



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto e Procedura penale degli enti

**CORPORATE INTERNAL
INVESTIGATIONS:
Indagini societarie interne e accertamento
della responsabilità dell'ente *ex d.lgs.*
231/2001**

Chiar.mo Prof.
Antonino Gullo

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Antonietta Di Bitonto

CORRELATORE

Elena Badò – 150863

CANDIDATA

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUZIONE | 1 |
|--------------------|---|

CAPITOLO I

CENNI DI DIRITTO COMPARATO: LE *INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS* NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

| | |
|--|----|
| 1. Premesse. La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento statunitense | 7 |
| 1.1. Principi generali sulla responsabilità degli enti: dalle <i>U.S Federal Sentencing Guidelines</i> ai <i>Principles of Federal Prosecution of Business Organizations</i> | 12 |
| 1.2. L'origine delle investigazioni societarie interne e l'evoluzione della prassi..... | 17 |
| 1.3. (Segue) I <i>Deferred Prosecution Agreement (DPA)</i> e <i>Non-Prosecution Agreement (NPA)</i> | 21 |
| 1.4. Il diritto delle <i>corporate investigations</i> | 25 |
| 1.5. Lo svolgimento delle indagini interne | 31 |
| 1.6. La disciplina dei diritti dei difensori e considerazioni sul <i>legal privilege (attorney-client privilege e la work product doctrine)</i> | 43 |
| 1.7. La conclusione delle indagini interne svolte dall'ente | 47 |
| 2. La positivizzazione del modello statunitense: l'esperienza del Regno Unito e i <i>DPAs</i> | 50 |
| 3. L'esperienza americana e gli strumenti di diversione processuale come possibile modello per l'ordinamento italiano? Alcune conclusioni intermedie | 62 |

CAPITOLO II

L'ESPERIENZA ITALIANA. LE *INTERNAL INVESTIGATIONS* NEL SISTEMA ITALIANO

| | |
|--|----|
| 1. Introduzione all'istituto e finalità delle indagini investigative | 67 |
| 2. L'attivazione di una indagine interna: le varie fonti..... | 75 |
| 2.1. Le indagini a seguito di una segnalazione interna..... | 78 |
| 2.1.1. Il <i>Whistleblowing</i> . Quadro normativo e disciplina | 78 |

| | |
|---|-----|
| 2.1.2. <i>Whistleblowing</i> e <i>internal investigation</i> | 86 |
| 2.2. Alcune problematiche penalistiche connesse alla disciplina normativa del <i>whistleblowing</i> nel settore privato | 90 |
| 2.3. Le indagini interne a seguito della notizia di un'indagine penale o amministrativa | 98 |
| 3. Le variabili del processo decisionale..... | 100 |
| 3.1. Esistono degli obblighi giuridici in capo agli organi sociali per l'avvio di un'indagine interna? | 102 |
| 3.2. Costi e benefici da ponderare nella decisione..... | 106 |
| 4. Gli attori delle indagini interne societarie..... | 107 |
| 4.1. L'Organismo di Vigilanza..... | 109 |
| 4.1.1. La composizione e le caratteristiche dell'Organismo di Vigilanza | 111 |
| 4.1.2. Le attività dell'Organismo di Vigilanza | 118 |
| 4.1.3. Le investigazioni interne e l'Organismo di Vigilanza..... | 123 |
| 4.1.4. Profili di responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza | 128 |
| 4.2. <i>Internal Audit</i> | 133 |
| 5. La prassi operativa e le tecniche di indagine | 135 |
| 5.1. Le fasi principali di un'indagine interna dall' <i>Alert</i> alla <i>Collaboration</i> | 137 |
| 5.2. Il <i>Risk Assessment</i> | 140 |
| 5.3. La pianificazione e l'inizio delle indagini | 143 |
| 5.4. Il cuore delle indagini: la fase dell' <i>Execution</i> | 147 |
| 5.4.1. Ricerca e analisi documentale..... | 149 |
| 5.4.2. Le indagini digitali forensi: <i>E-discovery</i> e <i>Data Analytics</i> | 150 |
| 5.4.3. Le interviste..... | 154 |
| 5.5. La conclusione delle indagini: <i>reporting</i> e <i>remediation</i> | 156 |
| 6. La gestione degli esiti delle indagini..... | 158 |
| 6.1. Utilizzo dei risultati ottenuti a seguito dello svolgimento delle indagini..... | 158 |
| 6.2. Investigazioni interne e ravvedimento dell'ente ex artt. 12 e 17 d.lgs. n. 231/2001 | 161 |

CAPITOLO III

I RAPPORTI TRA L'INVESTIGAZIONE INTERNA E IL PROCEDIMENTO PENALE TRA PERSONA FISICA ED ENTE

| | |
|---|-----|
| 1. Le indagini interne e le finalità processuali..... | 165 |
| 2. Investigazioni interne e indagini difensive..... | 171 |
| 2.1. Le investigazioni difensive penali nel codice di rito: artt. 391- <i>bis</i> e seguenti..... | 171 |
| 2.2. La disciplina dell'investigazione interna a seconda che sia svolta con la copertura o meno delle indagini difensive..... | 177 |
| 2.3. Lo svolgimento delle interviste nei confronti dei dipendenti..... | 182 |
| 2.4. L'utilizzabilità processuale degli esiti delle indagini e limiti previsti dal codice di rito..... | 187 |
| 3. Le interrelazioni tra il diritto di difesa e la disciplina del segreto professionale: il <i>legal privilege</i> nel sistema italiano..... | 193 |
| 4. Il rapporto tra le indagini interne e i diritti fondamentali della persona fisica imputata del reato presupposto..... | 201 |
| 5. Nuove frontiere della premialità nel procedimento per la responsabilità da reato degli enti..... | 206 |
| 5.1. La messa alla prova nel procedimento a carico degli enti: una questione ancora aperta..... | 206 |
| 6. Prospettive <i>de iure condendo</i> sulle investigazioni interne come strumento di prevenzione..... | 212 |
| 7. Il modello americano come prospettiva futura di riforma per l'ordinamento italiano..... | 215 |
| 7.1. Il <i>self reporting</i> | 215 |
| 7.2. La disciplina vigente: un sistema di incentivi alterato..... | 218 |
| CONCLUSIONI..... | 223 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 227 |

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto l'analisi della tematica delle investigazioni interne, le quali rappresentano uno strumento essenziale nella conduzione dell'ordinaria attività aziendale. Tali iniziative conoscitive perseguono un duplice scopo per l'impresa: da un lato esse hanno una finalità c.d. interna o manutentiva, in quanto consentono all'ente di svolgere le ordinarie verifiche sull'adeguatezza e idoneità della *compliance* aziendale, e contestualmente perseguono anche una finalità c.d. esterna o processuale poiché le indagini sono in grado di fornire all'impresa gli strumenti necessari per far fronte e gestire il versante patologico dell'attività collettiva. A tal proposito, in questa analisi si esaminerà l'importanza delle *internal investigations* come strumento in grado di realizzare una effettiva e compiuta collaborazione processuale delle persone giuridiche, in linea con quanto il nostro ordinamento prevede già per le persone fisiche.

Preso atto dell'assenza nell'ordinamento italiano di una regolamentazione delle indagini interne societarie, l'obiettivo che questo lavoro intende perseguire è fornire un quadro quanto più possibile chiaro e una ricostruzione sistematica dell'istituto delle *internal investigations*. Ai fini di una corretta elaborazione della tematica, si renderà necessario *in primis* volgere lo sguardo, in un'ottica comparatistica, all'ordinamento statunitense e anglosassone, in considerazione del fatto che ivi le *internal investigations* hanno ivi origine e, da diversi anni, questo tipo di attività è sia oggetto di regolamentazione sia a livello legislativo sia implementato nelle *best practices*, rappresentando così un punto di riferimento per l'interprete interno nell'analisi di tale tematica.

Questo studio in tre capitoli, nasce, dunque, dall'intento di delineare gli aspetti salienti dell'istituto delle *internal investigations* societarie individuando i mezzi a disposizione dell'organizzazione complessa e gli strumenti che possono essere coinvolti nello svolgimento di un'indagine, partendo dalle prassi che si sono sviluppate nel relativo contesto statunitense. Al tempo stesso, si vuole analizzare ed evidenziare le non poche criticità che possono derivare nel momento in cui un'impresa italiana ponga in essere le relative indagini, con l'intento di sfruttare i risultati ottenuti nel corso di un procedimento penale instauratosi nei suoi confronti volto ad accertare la responsabilità in ordine a fatti illeciti commessi al suo interno.

Il primo capitolo di questo elaborato, operando in ottica comparatistica, ha l'intento di fornire un inquadramento generale della materia delle *internal investigations*, a tal proposito si analizzerà il contesto statunitense poiché è proprio nell'ambito delle società americane che tale strumento ha avuto origine e si è maggiormente sviluppato sia a livello legislativo – essendo presente una disciplina delle investigazioni interne – sia a livello delle prassi giurisprudenziali. Nella prima parte del capitolo saranno individuati i principi alla base della *criminal corporate liability* che hanno portato a un riconoscimento effettivo della responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento statunitense, partendo da una disciplina di matrice giurisprudenziale a cui, successivamente, si è affiancata una legislazione statale o federale. Nel contesto statunitense, si è avvertita in maniera sempre più pressante l'esigenza di svolgere delle *internal investigation*, in considerazione dello specifico contesto che caratterizza la giustizia negli Stati Uniti, in cui negli ultimi anni si è assistito a un notevole incremento di accordi transattivi. Le indagini interne acquisiscono una notevole rilevanza non solo per le *corporations* – consentendo a quest'ultime di avere un ruolo proattivo nella ricerca di condotte illecite poste all'interno della struttura, e di fornire la propria collaborazione processuale per giungere a un accordo transattivo con le autorità inquirenti – ma anche per le autorità governative, risultando indispensabile la collaborazione delle *corporations* per poter effettivamente contrastare la criminalità economica. Si analizzeranno poi i principi fondamentali relativi alle *internal investigations*, con un particolare approfondimento della tematica dell'*attorney-client privilege*, il diritto alla riservatezza e al segreto professionale, che deve necessariamente trovare riscontro e applicarsi alle indagini interne societarie.

La nascita del fenomeno delle *internal investigations* nell'ambito societario, sembrerebbe, quindi, essere stata favorita, in parte, dalla disciplina dei c.d. *pre-trial diversion agreements*, accordi di diversione processuale tra le *corporations* e le autorità governative, i quali consentono, in caso di esito positivo del rispetto delle prescrizioni inserite nell'accordo, di ottenere l'estinzione dell'illecito commesso, evitando non solo lo svolgimento del procedimento penale, ma anche l'irrogazione della sanzione. È, infatti, proprio la fisionomia della “giustizia negoziata” statunitense a rappresentare il punto di partenza per lo sviluppo dell'istituto delle

investigazioni interne, puntando sulla cooperazione tra *corporation* e pubblica accusa secondo la filosofia del c.d. *carrot and stick approach*.

Nel secondo capitolo di questo elaborato si affronterà il tema delle investigazioni interne alla luce dell'esperienza italiana e delle prassi di settore che si sono sviluppate. Nello specifico, dopo una ricostruzione generale dell'istituto e delle finalità a cui esso tende, l'attenzione sarà rivolta alle diverse aree tematiche che una società dovrà prendere in considerazione qualora decida di dare avvio a un'indagine interna. Si tenterà di analizzare, innanzitutto, quali possano essere i fatti o notizie idonei ad attivare il processo decisionale della società al fine di intraprendere una *internal investigations*, dando conto dell'opportuno bilanciamento a cui è chiamata l'impresa tra i costi che si rendono necessari per intraprendere tale attività e i benefici che possono derivare in capo all'ente. In questo contesto, si avrà modo di esaminare come le segnalazioni in grado di attivare il processo di *internal investigations* possono essere sia interne all'ente – mediante l'istituto del *whistleblowing* – sia esterne, quali ad esempio l'apprendimento di una *notitia criminis* o a seguito della divulgazione di notizie riguardanti l'impresa da parte di *mass media* o della stampa.

Una volta individuate le questioni preliminari all'attivazione di un'indagine interna e i principali nodi problematici che discendono da tale attività, si passerà all'analisi dei soggetti che possono essere coinvolti in prima persona nel monitoraggio e nella conduzione delle singole attività di indagine, prospettando alcune soluzioni sviluppate nel contesto della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Nello specifico si indicherà nell'Organismo di Vigilanza il possibile soggetto interno all'ente in grado di coordinare e monitorare le predette investigazioni, in considerazione dei requisiti di autonomia e professionalità riconosciuti in capo a tale organismo, che lo rendono idoneo a supervisionare lo svolgimento dell'indagine interna.

Infine, si cercherà di delineare, con il prezioso ausilio delle *best practices* in materia di *internal investigation* sviluppatesi nell'ordinamento statunitense, le regole operative e le tecniche di indagine dal punto di vista della progettazione e conduzione di una indagine societaria interna. Particolare attenzione sarà rivolta sia alla fase preparatoria che esecutiva delle investigazioni, in quanto in tale

contesto si procederà alla definizione dell'oggetto, del perimetro dell'indagine e delle singole attività poste in essere, le quali potranno di volta in volta variare e richiedere un approccio metodologico differente e strumenti di analisi dedicati, motivo per cui è necessario conoscere già in partenza quelli che saranno gli aspetti fondamentali dell'indagine, affinché quest'ultima possa perseguire efficacemente gli obiettivi e gli scopi prefissati. Tra le principali attività d'indagine, si avrà modo di affrontare in particolare quella consistente nella ricerca e analisi dei documenti aziendali, e le interviste svolte nei confronti dei dipendenti, mettendo in luce alcune criticità che possono emergere dallo svolgimento di tali attività.

Nella parte finale dell'elaborato – il capitolo terzo – l'attenzione si soffermerà sul rapporto tra le investigazioni interne societarie e l'instaurazione di un procedimento penale a carico dell'ente nell'ipotesi in cui venga commesso un illecito rilevante ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Nello specifico si cercherà di analizzare *in primis* come lo svolgimento delle investigazioni interne societarie possa di fatto condurre ad effetti diversi, a seconda che sia svolto con o senza la copertura dell'istituto delle investigazioni difensive – *ex art. 391-bis ss. c.p.p.*

Infatti, stante l'assenza di una regolamentazione in merito, l'unico istituto previsto nell'ordinamento italiano che consente al privato di condurre delle indagini è rappresentato dalle investigazioni difensive, disciplinate nel codice di rito e volte a raccogliere elementi di prova utilizzabili nel giudizio instaurato o da instaurarsi – *c.d. investigazioni difensive preventive art. 391-nonies c.p.p.*

Tuttavia, si avrà modo di analizzare come, l'istituto delle investigazioni difensive sia previsto esclusivamente a favore del difensore esterno, appositamente incaricato dalla società. Questo, di fatto, pone un limite alla possibilità che le indagini vengano svolte da componenti *in-house*, i quali sebbene abbiano, di norma, una profonda conoscenza della realtà societaria e sarebbero in grado di guidare con sicurezza eventuali consulenti tecnici incaricati, non godono degli stessi privilegi dei difensori esterni soprattutto in termini di copertura del segreto professionale. Di conseguenza, le indagini condotte da componenti *in-house*, quali i legali interni all'ente e le funzioni di *compliance*, potrebbero in realtà rappresentare uno svantaggio più che un beneficio per l'impresa che decide di avviare una *internal investigation*, in quanto tali soggetti non potrebbero opporre il segreto professionale

sui contenuti delle indagini, per cui le informazioni raccolte in seno ad una *internal investigation* potrebbero, di fatto, fornire all'organo inquirente le prove fondamentali per sostenere le accuse formulate. A ciò si aggiunge anche il tema relativo all'utilizzabilità processuale degli esiti ottenuti in occasione dell'indagine interna, potendo, infatti, le risultanze rappresentare un prezioso strumento di prova utile sia ai fini di un'adeguata strategia di difesa sia in ipotesi di collaborazione volontaria. L'utilizzabilità delle prove ottenute in seno ad una *internal investigations*, come si avrà modo di analizzare di seguito, sottostanno a regole differenti a seconda che l'investigazione sia stata condotta dal difensore esterno, munito di apposito mandato, ovvero da componenti *in-house*.

Nell'ambito dell'analisi e del rapporto tra il procedimento penale instaurato nei confronti della persona giuridica e quello volto ad accertare la responsabilità della persona fisica – autrice del reato-presupposto – si cercherà di far luce sulle possibili interrelazioni tra la *corporate internal investigations* e i diritti fondamentali dell'imputato del reato presupposto, focalizzando l'attenzione su alcuni aspetti critici. Si avrà modo di osservare come la previsione di meccanismi premiali che inducano l'ente collettivo ad assumere un atteggiamento collaborativo e cooperativo *post-factum* possa porsi in contrasto con il rispetto di alcuni diritti fondamentali processuali della persona fisica, presunta autrice del reato-presupposto.

Da ultimo, sarà preso in esame l'istituto speciale della messa alla prova – disciplinato per le persone fisiche nel codice di rito *ex art. 464-bis c.p.p.* – e la sua compatibilità con il d.lgs. n. 231 del 2001, il quale ha il pregio di attuare una forte ed efficace responsabilizzazione dell'impresa che spinta dall'intento di conseguire l'estinzione dell'illecito pone in essere delle condotte che siano in grado di elidere le carenze organizzative riscontrate, assicurando sia il ripristino delle posizioni giuridiche lese sia il risarcimento alla collettività dei costi sopportati per effetto dell'illecito commesso. Invero, ove si riconoscesse l'applicabilità di tale rito speciale alla persona giuridica, si produrrebbe un reale incentivo alla effettiva collaborazione processuale dell'ente, prevedendo dei vantaggi che non si esauriscono solamente in benefici di tipo trattamentale e sanzionatorio – *ex artt. 12 e 17 del d.lgs. n. 231 del 2001* – essendo, altresì, in grado di esplicitare riflessi

notevoli in termini riabilitativi e reputazionali per l'impresa, nonché determinando l'estinzione dell'illecito amministrativo da reato.

In conclusione, le iniziative conoscitive societarie rappresentano una fonte di vantaggi per l'impresa, in quanto consentono non solo una verifica circa il grado di conformità organizzativa, ma anche la possibilità di rilevare l'esistenza di potenziali illeciti verificatesi al proprio interno. Tuttavia, anche in chiave evolutiva e prospettica, poter essere effettivamente implementate nell'ordinamento italiano le *internal investigations* richiedono un intervento positivo da parte del legislatore; regolamentare tale strumento consentirebbe non solo di inquadrare in termini chiari e precisi la collaborazione processuale delle persone giuridiche, ma in un'ottica sistematica rappresenterebbe una tappa fondamentale nell'ambito della prevenzione e contrasto alla criminalità economica.

CAPITOLO I

CENNI DI DIRITTO COMPARATO: LE INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Premesse. La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento statunitense. – 1.1. Principi generali sulla responsabilità degli enti: dalle *U.S. Federal Sentencing Guidelines* ai *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*. – 1.2. L'origine delle investigazioni societarie interne e l'evoluzione della prassi. – 1.3. (Segue) I *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* e *Non-Prosecution Agreement (NPA)*. – 1.4. Il diritto delle *corporate investigations*. – 1.5. Lo svolgimento delle indagini interne. – 1.6. La disciplina dei diritti dei difensori e considerazioni sul *legal privilege (attorney-client privilege)*. – 1.7. La conclusione delle indagini interne svolte dall'ente. – 2. La positivizzazione del modello statunitense: l'esperienza del Regno Unito e i DPAs. – 3. L'esperienza americana e gli strumenti di diversione processuale come possibile modello per l'ordinamento italiano? Alcune conclusioni intermedie.

1. Premesse. La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento statunitense

Nel panorama internazionale è noto che in un'ottica comparatistica, tra tutti, il sistema giuridico nordamericano riconosce un ambito di applicazione molto ampio alla responsabilità penale dell'ente. Un'analisi approfondita ci consente di ricercare le ragioni che hanno portato ad un'introduzione e sviluppo di questa disciplina nelle contingenze storiche, legate ad un rapido sviluppo industriale che ha caratterizzato questi paesi¹. Sembra, infatti, che piuttosto che ragioni di tipo ordinamentale, siano state proprio motivazioni di tipo storico² che hanno influenzato l'area anglo-americana, ed hanno portato l'ordinamento statunitense a superare il famoso brocardo latino secondo cui *societas delinquere non potest*, e considerare costituzionalmente legittime quelle forme di responsabilità penale nei confronti delle persone giuridiche, a seguito della commissione di illeciti all'interno dell'ente.

¹ In questo senso può leggersi BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 26.

² Gli Stati Uniti a partire dalla fine dell'800, dovettero affrontare le conseguenze dello sviluppo industriale e adottare provvedimenti a tutela del sistema del libero mercato, in relazione alla forte esplosione capitalistica.

L'ordinamento statunitense diede, così, avvio ad una disciplina di matrice giurisprudenziale, a cui lentamente, si affiancò anche una legislazione statale o federale proprio in seguito ad alcune vicende che videro coinvolte *corporations* americane in maniera negativa³, che richiesero un intervento legislativo per contrastare il fenomeno emergente. La scelta di prevedere una forma di responsabilità penale dell'ente risponde quindi ad una scelta politica, condizionata dalla sempre maggiore importanza che gli enti e le società rivestono nel tessuto economico e sociale del paese e delle conseguenze negative che scaturiscono dall'attività illecita riferibile all'ente⁴.

Il principio che si è affermato ed attorno al quale si è elaborato il modello statunitense è il principio c.d. *respondeat superior liability*⁵. L'applicazione di tale principio seguiva alla convinzione diffusa che, alle *corporations* potessero attribuirsi solamente quegli illeciti che venivano commessi nell'ambito delle attività economiche, in quanto privi di quella riprovevolezza morale che invece caratterizza l'agire umano ed individuale⁶.

Alla luce di ciò, l'ordinamento americano ha assunto come criterio di imputazione della responsabilità, un principio di matrice civilistica, delineando la c.d. responsabilità vicaria, un sistema di imputazione di tipo oggettivo ed indiretta che si applica ai casi di *strict liability*, fattispecie per le quali, appunto, non si richiede la sussistenza di una *mens rea*, motivo per cui le criticità ci furono soprattutto con riferimento agli illeciti per cui era necessario rinvenire l'elemento soggettivo. Lo schema civilistico del *respondeat superior* «è quello più estensivo e, almeno *prima facie*, più facile da maneggiare: l'ente può rispondere per la condotta illecita di un qualsiasi dipendente o *agent* sulla base di semplici criteri

³ Nell'evoluzione legislativa, un punto cruciale è stato rappresentato dal "U.S. Foreign Corrupt Practice Act" del 1977, che venne poi promosso in ambito internazionale, dove i vari convegni portarono nel 1997 alla *Convenzione OCSE* firmata a Parigi da parte di 34 paesi. Si prevedono delle sanzioni pecuniarie nei confronti delle *corporations* con l'obiettivo di avere un'effettiva persecuzione delle attività corruttive, nell'ambito del commercio internazionale. Cfr. BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., 28.

⁴ V. BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 38.

⁵ Si tratta di un principio, in forza del quale il datore di lavoro risponde, anche indirettamente, per gli illeciti commessi dai propri dipendenti nell'ambito delle loro funzioni. L'ente può essere chiamato a rispondere penalmente per gran parte reati commessi dai propri dipendenti, nell'ambito delle loro funzioni con l'intento di avvantaggiare la società.

⁶ Sul punto DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, Diritto sostanziale, vol. I, Torino, 2020, 4 s.

ascrittivi: il mero collegamento con l'attività dell'ente, secondo la logica del rischio d'impresa, oppure l'interesse/vantaggio dell'ente alla commissione del reato»⁷.

In merito a ciò, la giurisprudenza⁸ che ha cercato di delimitare tali concetti, stabili infatti che per avere responsabilità dell'ente erano necessarie una serie di condizioni ed elementi, tra cui anche il fatto che il dipendente avesse agito, anche in parte, al fine di recare un vantaggio o nell'interesse dell'ente, facendo ricorso ai concetti di “*scope of employment*” e di “*intent to benefit corporation*”⁹.

Lo sviluppo della società e i veloci cambiamenti economico-sociali hanno portato all'affermazione di una criminalità, principalmente legata alle imprese di grandi dimensioni, dove gli schemi sanzionatori previsti per le persone fisiche non erano in grado di porre adeguato rimedio e di fornire una risposta appropriata.

Questo mutamento socio-culturale ha portato con sé anche una nuova consapevolezza dal punto di vista giuridico, si avviano sempre più azioni penali nei confronti delle società per reprimere questi comportamenti criminali e per ristabilire l'ordine. Le nuove manifestazione della *corporate criminality* e le connesse esigenze che stavano lentamente emergendo nel sistema americano hanno dimostrato come il principio adottato fino a quel momento – *respondeat superior liability* – non poteva più rappresentare un modello da seguire per la repressione e prevenzione dei reati che venivano commessi dalle persone giuridiche, specialmente se di grandi dimensioni.

Un meccanismo di questo tipo, oltre ad essere costruito sul modello della responsabilità oggettiva, presentava ulteriori criticità: principalmente si

⁷ In argomento v. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017, 312. Questo schema di responsabilità civile aquilana era stato costruito e abbondantemente collaudato nei confronti delle persone fisiche. Tale modello prevede che il titolare di un'impresa o colui che si avvale della cooperazione di dipendenti, solo per questo, risponde del fatto illecito commesso da costoro nell'ambito delle rispettive attribuzioni. Si tratta di una responsabilità che potrebbe essere definita oggettiva, in quanto derivata da quella dell'autore in senso stretto, non a caso il termine stesso “*vicarious*” sembra evocare infatti una responsabilità sostitutiva.

⁸ Nella sentenza *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S., 1909, 481 ss., la Corte Suprema degli Stati Uniti riconobbe, per la prima volta in maniera compiuta, la responsabilità dell'ente per un reato commesso da un *agent* «si richiede da parte degli organi giurisdizionali che il reato sia stato commesso da un rappresentante o agente dell'ente, nell'esercizio delle funzioni attribuitegli e allo scopo di recare vantaggio alla persona giuridica». Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO, Parte Generale, Milano, 2008, 81.

⁹ L'atto deve essere compiuto in connessione e grazie al rapporto con l'impresa o con l'ente c.d. *scope of employment* ed a beneficio dell'ente medesimo c.d. *intent to benefit corporation*. V. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 15.

sottolineava la mancata collaborazione della società con le autorità governative a scoprire, e, di conseguenza, denunciare ed indagare la commissione di condotte illecite al loro interno, poiché ciò significava fornire informazioni utili alle autorità inquirenti che avrebbero usato tali informazioni per giungere all'applicazione di sanzioni ancora più elevate nei confronti degli enti¹⁰.

La collaborazione delle *corporations* era, quindi, disincentivata dal momento che non portava alcun beneficio per l'ente, ma al più aveva come effetto quello di vedersi applicata una sanzione ancora più elevata¹¹.

Un modello strutturato in questo modo non consentiva, quindi, di poter costruire un adeguato sistema che fosse volto non solo alla repressione del fenomeno, ma anche alla prevenzione di tali reati all'interno delle realtà societarie, cercando di incentivare un comportamento virtuoso dell'ente proprio per evitare l'applicazione della sanzione penale.

Occorre, da ultimo, sottolineare che ulteriori aspetti problematici erano dati anche dal fatto che il principio *respondeat superior* di fatto aveva come unico riferimento i dipendenti dell'ente e valeva solamente per quelle tipologie di reati che non richiedevano la sussistenza di un elemento psicologico, proprio perché ritenute incompatibili con il concetto di persona giuridica.

Alla luce di tutto ciò, nel corso degli ultimi anni, non sono mancate nuove prospettazioni e soluzioni della responsabilità penale delle *corporations*. Si inizia a cambiare prospettiva circa aspetti importanti della responsabilità dell'ente: si valorizza un concetto che fa leva sulla c.d. "colpa di organizzazione" (*organizational fault*). Si evidenzia la possibilità di parlare di elemento soggettivo anche con riferimento all'ente e – quindi – della colpevolezza basata sull'adozione o meno di idonei modelli di organizzazione nei processi decisionali e nelle procedure interne d'organizzazione dell'ente¹².

¹⁰ Sul punto ARLEN, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994, n. 2, 836 s.

¹¹ V. ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 9.

¹² Cfr. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del Convegno. Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, 277 ss.

Tuttavia, il concetto di “colpa di organizzazione” non riuscì negli Stati Uniti a diventare un vero e proprio criterio attributivo della responsabilità, come invece avvenne negli altri ordinamenti di area anglosassone; piuttosto venne considerato come criterio commisurativo della sanzione da irrogare¹³.

In questo contesto si sono sviluppate numerose forme di giustizia negoziata in ambito penale, mediante accordi transattivi per valori economici elevati; e ciò in considerazione del fatto che, nello stesso tempo, le autorità governative americane hanno perseguito un numero maggiore di azioni penali nei confronti di *corporations* e ottenuto un numero consistente di *settlements* con società di grandi dimensioni¹⁴.

Le numerose azioni penali contro le grandi società hanno portato gli Stati Uniti ad irrogare un numero di sanzioni maggiore rispetto a qualsiasi altro paese, di fatto facendo acquisire all’ordinamento statunitense una posizione preminente a livello globale, motivo per cui rappresentano un importante punto di riferimento nella disciplina della responsabilità delle persone giuridiche.

Nel 2011 gli Stati Uniti hanno imposto diverse sanzioni penali, nei confronti di 76 organizzazioni, le quali costituiscono l’84% del totale delle sanzioni a carico delle persone giuridiche in tutto il mondo¹⁵; nel 2018, gli Stati Uniti hanno irrogato 136 delle 203 sanzioni penali inflitte in tutto il mondo alle persone giuridiche¹⁶.

In considerazione delle premesse svolte e delle recenti evoluzioni degli ultimi anni, si ricorda chiaramente che le società hanno cercato di attivarsi in maniera sempre maggiore e con l’obiettivo di avere un ruolo proattivo nella verifica di possibili condotte illecite, proprio per poter fornire la loro collaborazione e concludere accordi idonei a recare all’ente numerosi vantaggi, innanzitutto sotto il profilo della riservatezza, e, inoltre, per limitare il danno reputazionale ma soprattutto per attenuare la sanzione definitiva in concreto irrogata.

Le *internal investigations* hanno dunque svolto un ruolo cruciale: mediante tali strumenti di investigazione interna, gli enti avevano la possibilità di ricostruire

¹³ V. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 83.

¹⁴ Sul punto ARLEN, BUELL, *L’importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 4.

¹⁵ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Working Group on Bribery. 2011 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention*, 2012, 3.

¹⁶ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Working Group on Bribery. 2018 Enforcement of the Anti-Bribery Convention: Investigations, Proceedings and Sanctions*, 2019, 2-4.

la vicenda illecita mediante canali privilegiati avvalendosi delle informazioni al fine di ricavare un beneficio dal punto di vista sanzionatorio.

1.1. Principi generali sulla responsabilità degli enti: dalle *U.S Federal Sentencing Guidelines* ai *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*

Gli sviluppi della legislazione e della giurisprudenza americana nel corso del ventesimo secolo hanno dimostrato un incremento di tecniche repressive della criminalità economica commessa dalle *corporations*, che vede un punto di svolta fondamentale nel novembre del 1991 con la promulgazione delle *Federal Sentencing Guidelines*¹⁷.

Il nuovo paradigma della c.d. “colpa di organizzazione” fa ingresso nel sistema americano, non come criterio di attribuzione della responsabilità all’ente per il reato commesso, bensì come criterio di commisurazione della pena. Tale riconoscimento avviene grazie ad una prima compiuta giuridificazione nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* del 1991¹⁸ il cui fulcro è rappresentato dai *compliance programs*¹⁹.

Le *Federal Sentencing Guidelines* sono state emanate in relazione alle *corporations* nel 1991 da un’apposita commissione: *U.S. Sentencing Commission*. Esse costituiscono delle linee guida che si rivolgono alle Corti Federali, in particolar modo il capitolo ottavo delle *Federal Sentencing Guidelines* contiene la disciplina della responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche.

Queste linee guida sono articolate nel seguente modo: «a) *General Application Principles* (principi di generale applicazione); b) *Remedying the harm from criminal conduct* (riparazione e risarcimento da reato); c) *Fines* (sanzioni); d) *Organizational probation* (vigilanza sugli enti)»²⁰.

¹⁷ V. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti: sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, 17.

¹⁸ In tal senso DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 83.

¹⁹ I *compliance programs* costituiscono dei modelli di gestione e di disciplina, dei protocolli mediante i quali le società prevedono un’organizzazione volta alla prevenzione di reato e l’implementazione di condotte conformi ai precetti legali. È necessario che questi modelli incoraggino i soggetti apicali, ma anche i dipendenti della *corporation* a conformarsi alla legge, e nel caso di violazioni, deve essere garantita l’identificazione del soggetto responsabile, a cui potranno applicarsi le sanzioni disciplinari previste. Cfr. DE SIMONE, *op. cit.*, 12.

²⁰ Così BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: le Federal Sentencing Guidelines*, in *Foro Ambrasiano*, 2003, n.4, 523.

In particolare, le *Federal Sentencing Guidelines* si soffermarono con attenzione sull'istituto dei *compliance programs*, con specifico riferimento «ai criteri orientativi rivolti ai giudici per la determinazione della pena da applicare in concreto alle società commerciali per i reati loro ascritti»²¹, soprattutto perché tra i motivi che spinsero l'introduzione delle Linee Guida spicca il fatto di voler differenziare la risposta sanzionatoria a carico delle persone giuridiche rispetto a quella nei confronti degli individui; e ciò in conseguenza della scelta dell'ente di collaborare con la giustizia, attraverso una riorganizzazione aziendale orientata al rispetto della legalità²².

L'adozione preventiva di questi modelli, così come delineati nelle *Federal Sentencing Guidelines*, consentiva all'ente di beneficiare di attenuanti dal punto di vista sanzionatorio – riduzione della sanzione pecuniaria.

Per dimostrare di aver agito correttamente nella gestione del “rischio reato”, le *Federal Sentencing Guidelines* richiedevano che tali programmi fossero dotati del fondamentale requisito dell’“effettività”; operando in tal modo «il coefficiente di colpevolezza (*culpability score*²³) destinato ad applicarsi alla pena base, e fissato di per sé in cinque punti, viene così ad essere ridotto di tre punti»²⁴.

All'interno delle Linee Guida, come “circostanza attenuante”, non veniva indicata esclusivamente l'efficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di tali reati, ma si rinveniva un ampio riferimento al fatto che, se l'ente si adoperava in una collaborazione efficace per le indagini, prima che il delitto fosse scoperto, ciò comportava un totale annullamento del coefficiente di colpevolezza, con «riduzione di cinque punti»²⁵.

Tuttavia, era necessario che il termine “efficacemente” fosse riempito di contenuto pratico, onde evitare che tutto questo rimanesse un mero principio

²¹ V. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 83.

²² In argomento RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 5.

²³ Secondo quanto prevedevano le *Federal Sentencing Guidelines* la pena pecuniaria che veniva irrogata nei confronti dell'ente era il risultato di un calcolo all'esito di un punteggio ottenuto secondo un'apposita tabella.

²⁴ Sul punto DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 84 s., altresì in argomento v. DE MAGLIB, *L'etica e il mercato*, cit., 78 ss.

²⁵ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 84 s.

astratto, formulato su carta, e di fatto inapplicabile nella prassi o di difficile valutazione pratica da parte del giudice stesso.

La *U.S. Sentencing Commission* elaborò, dunque, un commento che accompagnava le *Guidelines*, con il preciso scopo di fornire dei criteri e delle indicazioni affinché il giudice potesse più chiaramente riconoscere la presenza di tale requisito²⁶.

Per assumere efficacia attenuante i modelli dovevano essere espressione della *due diligence*, ovvero l'effettività doveva essere ragguagliata alla "ragionevolezza"²⁷. Il meccanismo strutturato sui *compliance programs* era coerente con l'idea di una attenuazione sanzionatoria, e non con l'esclusione di responsabilità, e con la limitazione dell'esposizione degli amministratori ad azioni civilistiche di natura risarcitoria da parte degli enti²⁸; e ciò proprio perché l'obiettivo di fondo era quello di contribuire alla creazione di modelli comportamentali virtuosi, consistenti in uno stile di gestione dell'impresa coerente con le istanze di prevenzione di gravi delitti.

Tale sistema definito *stick and carrot approach*²⁹, per cui la possibilità di una riduzione della sanzione dovrebbe, di fatto, spingere l'ente a dotarsi di sistemi che eliminano o, quantomeno, riducono sensibilmente la possibilità di commissione di tali reati.

In realtà i *compliance programs*, più che delineare una "condotta di vita aziendale", dovrebbero indicare delle misure che l'ente dovrebbe individuare per prevenire quello specifico reato; cioè delle regole ad *hoc* in grado di adattarsi all'ente di riferimento, di modo che in caso di violazione della regola cautelare ciò integri una "colpa specifica", ossia un vero e proprio coefficiente soggettivo della persona giuridica³⁰. Tuttavia, nell'esperienza statunitense tale profilo non si

²⁶ Il testo delle Federal Sentencing Guidelines Organizations (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Federal Sentencing Guidelines Manual. Chapter Eight —Sentencing of Organizations*) v. in *Dir. comm. int.*, 1998, 479 ss.

²⁷ In tal senso DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 12.

²⁸ V. BASSI, EPIDENDIO, *op. cit.*, 34.

²⁹ Il significato di questa espressione può essere tradotto nell'approccio della "carota e bastone", il quale si riferisce ad una politica motivazionale volta ad offrire una ricompensa se si pone in essere un comportamento corretto (carota), e incentivare alla legalità prospettando al tempo stesso la punizione come conseguenza del comportamento disdicevole (bastone). Si tratta di un sistema che, creando degli obiettivi attuabili e delle ricompense desiderabili, è volta a spingere l'impresa nello svolgimento della propria attività aziendale ad un costante tendere verso la legalità.

³⁰ V. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 85 s.

riscontra perché, tali modelli, di fatto, presuppongono una responsabilità già verificata ed essi non indicano dei criteri attributivi della responsabilità.

In ragione di ciò, è maturata sempre di più l'idea che per ottenere una collaborazione da parte delle società con le autorità governative fosse necessario garantire alle stesse degli strumenti più incentivanti; e ciò perché se per un verso potevano giovare di una attenuazione dal punto di vista sanzionatorio, dall'altro era comunque alto il prezzo da pagare, il quale di fatto rendeva il beneficio offerto inadeguato rispetto a ciò che si richiedeva all'ente³¹.

Era, allora, necessario trovare uno strumento, nuovo, diverso, che fosse in grado di prevedere dei benefici allettanti per le società, inducendole, così, a collaborare con le autorità governative, soprattutto perché era evidente che per reprimere questo tipo di criminalità la collaborazione dell'ente rappresentava un tassello fondamentale.

Per tali ragioni, nell'ambito dell'*U.S. Department of Justice* (DOJ) vennero individuati dei criteri per orientare la discrezionalità dei pubblici ministeri federali nell'esercizio dell'azione penale nei confronti delle società. Essa è stata limitata, per effetto dell'emanazione di fattori orientativi di imputazione della responsabilità, i quali vennero inseriti all'interno di linee guida: i cc.dd. *policy memoranda* diffusi sia dalla *Criminal Division* del DOJ, sia dalla Commissione per i Titoli e gli Scambi c.d. SEC (*Security Exchange Commission*)³².

Questi criteri orientativi sono stati elaborati proprio sulla base delle *Federal Sentencing Guidelines*; con la differenza che quelle condotte non avrebbero portato al riconoscimento di un'attenuazione della pena, bensì sarebbero state utilizzate dalla società non solo per evitare il processo (*trial*) bensì anche per evitare

³¹ In tal senso si parla proprio di insuccesso delle *Sentencing Guidelines*, e un riferimento a tal proposito v. ARLEN, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, 66 U. Miami L. Rev., 2012, 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».

Si aggiunga, anche, che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto non vincolanti le *Sentencing Guidelines* nel computo della pena, vedasi *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

³² V. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, n.2, 81.

l'imputazione formale dell'accusa (*indictment*)³³, mediante la stipula di accordi tra ente e pubblico ministero³⁴.

Nel 1999, nell'ambito dell'*U.S. Department of Justice* (DOJ) sono stati emanati i *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (c.d. "*Principles*")³⁵, ed in essi sono stati stabiliti i criteri che i pubblici ministeri federali devono adottare nell'esercizio dell'azione penale nei confronti delle società.

Tali *Principles* hanno ad oggetto, in particolare, nove criteri che hanno la funzione e l'obiettivo di orientare la pubblica accusa; quest'ultimi, a differenza delle *Federal Sentencing Guidelines*, non prevedono «*a formulaic decision-making process*»³⁶ bensì indicano gli elementi che i *prosecutors* devono considerare prima formulare l'accusa³⁷.

Nella versione originaria del 1999³⁸ – "*Holder Memorandum*" – si forniva una guida in cui si indicavano degli *standards* in base ai quali si potevano selezionare i casi che implicavano una responsabilità dell'impresa idonea ad un'imputazione. Si richiedeva di valutare positivamente una serie di fattori tra cui: qualsiasi tipo di collaborazione posta in essere dall'ente, la natura e la serietà dei fatti, l'esistenza di adeguati *compliance programs* o la disponibilità di attuarli, infine, il comportamento tenuto dal *management*.

Questi principi sono stati modificati, seppur parzialmente, nel tempo, e in particolare nel 2003³⁹ con il c.d. "*Thompson Memorandum*" sono divenuti applicabili a qualsiasi ipotesi di *corporate crimes*. Con essi si è giunti ad un primo

³³ In argomento RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit., 6

³⁴ Con il termine accordi si vuole intendere sia i c.d. *Deferred prosecution agreements*, ed anche i c.d. *Non prosecution agreements*.

³⁵ I *Principles* sono stati emanati, nella versione originaria nel 1999, dall'allora *Attorney General* Eric Holder, i quali successivamente sono stati modificati in maniera significativa. Cfr. RUGGIERO, *op. cit.*, 8.

³⁶ Una possibile traduzione in italiano potrebbe individuarsi in: un processo decisionale prestabilito che, al ricorrere di un presupposto, indica il modo per poter di applicare una sanzione in maniera attenuata.

³⁷ Sul punto WILKINSON, OH, *The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary*, *New York State Bar Association Inside*, 2009, vol.27, 8.

³⁸ Il c.d. *Holder Memorandum*, in tal senso si può vedere il 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.

³⁹ Nel 2002, il viceprocuratore generale Larry Thompson ha promulgato la *revision* del memorandum di Holder. Per un riferimento del 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.

ufficiale riconoscimento dei *Deferred Prosecution Agreements* e *Non Prosecution Agreements*: alle società non solo si richiedeva di collaborare, ma di far sì che questa cooperazione fosse autentica e non meramente formale⁴⁰.

Nel 2004 è stata operata un'ulteriore modifica, in linea con quanto prevedeva già il "*Thompson Memorandum*": le *U.S. Commission* hanno adottato un emendamento che imponeva come requisito necessario per poter accedere ai benefici stabiliti la rinuncia sia all'*attorney-client privilege* che alla *work-product protection*. Infine, nel 2006, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) ha ulteriormente modificato ed aggiornato i propri *standards* in relazione all'irrogazione delle sanzioni all'azienda⁴¹.

Negli ultimi anni⁴², il Dipartimento di Giustizia ha emendato e integrato i criteri da seguire nella scelta che deve fare il pubblico ministero tra l'esercizio dell'azione penale oppure il ricorso alla *pre-trial diversion*⁴³, tracciando le linee in merito ai termini dei possibili accordi con le imprese per evitare la formulazione dell'imputazione dell'accusa, ed i fattori orientativi per la riorganizzazione aziendale da attuare seguendo le indicazioni offerte dal *prosecutor* e da realizzare attraverso efficaci *compliance programs*, sorvegliati da un *monitor* esterno⁴⁴.

1.2. L'origine delle investigazioni societarie interne e l'evoluzione della prassi

Le investigazioni interne rappresentano un'esigenza particolarmente sentita nella vita delle società, soprattutto se dotate di una particolare consistenza organizzativa, proprio perché le *internal investigation* costituiscono uno degli strumenti fondamentali sia per poter mantenere il controllo della società nell'ipotesi

⁴⁰ Sul punto RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit, 9.

⁴¹ Così D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *Internal Corporate Investigation: la lezione americana*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2019, 2, 95.

⁴² Nell'aprile 2019, è stata pubblicata la versione aggiornata delle Linee Guida dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti.

⁴³ Per una definizione di *Pre-trial diversion* (PTD) «is an alternative to prosecution which seeks to divert certain offenders from traditional criminal justice processing into a program of supervision and services administered by the U.S. Probation Service. In the majority of cases, offenders are diverted at the pre-charge stage. Participants who successfully complete the program will not be charged or, if charged, will have the charges against them dismissed; unsuccessful participants are returned for prosecution», disponibile in www.justice.gov/jm/jm-9-22000-pretrial-diversion-program.

⁴⁴ Così RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit, 9.

di commissione di illeciti, consentendo di gestire il versante patologico, sia per poter svolgere le ordinarie verifiche sull'adeguatezza e idoneità della *compliance*.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'ordinamento statunitense, essendo stato uno dei primi ordinamenti a superare il brocardo "*societas delinquere non potest*"⁴⁵, è stato anche uno dei primi a ritenere possibile la responsabilità penale anche a carico delle persone giuridiche, rappresentando, così, uno dei Paesi di riferimento per lo studio di questa disciplina.

Di riflesso a ciò, è sorta la necessità da parte delle società stesse di prevedere degli strumenti che fossero in grado di assicurare all'ente la possibilità di poter gestire l'eventuale commissione degli illeciti all'interno della realtà aziendale.

Negli Stati Uniti, agli inizi del '900, iniziarono a diffondersi e svilupparsi dei riti alternativi al procedimento penale aventi natura negoziale, che consistevano in degli accordi stipulati tra l'autorità inquirente e il presunto responsabile⁴⁶.

Con lo sviluppo dell'industrializzazione, in un mercato interamente globalizzato, al fine di fronteggiare efficacemente la criminalità delle imprese c.d. *white-collar crimes*⁴⁷ di proporzioni sempre più rilevanti si è registrato un forte impulso verso istituti più flessibili, volti a conciliare da un lato gli interessi dell'economia, e dall'altro quelli della giustizia.

⁴⁵ Il brocardo *societas delinquere non potest*, ha rappresentato per molto tempo l'espressione di un rifiuto dogmatico che, trovava ragion d'essere negli assetti sociali. Si sancisce l'irresponsabilità penale delle persone giuridiche, in un contesto sociale in cui le società venivano ancora guardate con sospetto, ed erano soggette al privilegio soviano; a questo si aggiungeva anche il primato della pena detentiva, ponendo in secondo piano le pene pecuniarie, che ormai costituivano una sanzione per i fatti minori o al massimo si aggiungevano alla pena detentiva. La situazione che emergeva era poi confermata non solo dall'impossibilità di rintracciare i presupposti della colpa nella persona giuridica, ma anche dalla inapplicabilità della pena detentiva: «*no soul to be damned and no body to be kicked*». Questa presa di posizione, venne superata con lo sviluppo dell'industrializzazione, che ha portato ad una diversa consapevolezza della responsabilità delle *corporations*. Cfr. ALESSANDRI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in MOCCIA (a cura di) *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, 85.

⁴⁶ Inizialmente si trattava di strumenti che venivano utilizzati nell'ipotesi di commissione dell'illecito da parte del minore, e verso la fine del secolo scorso vennero estesi anche alle *corporations*. Cfr. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 81 ss.

⁴⁷ L'espressione *White-Collar Crime* risale allo statunitense Edwin H. Sutherland, con questa dicitura si vuole intendere i reati del colletto bianco, in contrapposizione ai crimini c.d. da strada commessi dai *Blue-Collar Workers* --operai e contadini-- in quanto erano soliti portare delle camicie colorate. Per Sutherland, il *white-collar crime* è il reato che viene commesso da «una persona rispettabile e di elevata condizione sociale nel corso della sua occupazione». Vedasi SUTHERLAND, *White Collar Crime* (1949), trad. it. di G. FORTI, *Il Crimine dei Colletti Bianchi*, Milano, 1987, 8.

In questo contesto, le *internal investigations* hanno acquisito un'importanza sempre maggiore, in quanto le società si sono avvedute della necessità di avere un ruolo attivo nella verifica degli illeciti che potevano essere commessi nella "vita aziendale", in linea con la consapevolezza che il "rischio reato zero" non poteva essere la strada perseguibile; era, pertanto, fondamentale un controllo interno costante, mediante iniziative conoscitive interne.

Anche all'interno delle realtà aziendali più virtuose, infatti, potevano, comunque, verificarsi eventi illeciti, proprio perché nessun livello di *policy* o di organizzazione è in grado di fornire una salvaguardia assoluta. Di conseguenza, sia nelle realtà più complesse ed organizzate, sia con riguardo alle imprese di piccole dimensioni occorreva adottare appositi meccanismi idonei ad indagare su accuse di condotte illecite contro i propri funzionari, dipendenti e *partner* commerciali⁴⁸.

Costituiva compito dell'azienda, in maniera del tutto autonoma, valutare se e come condurre un'indagine interna e ciò al fine di utilizzare le informazioni ottenute con tali investigazioni per fornire la propria collaborazione agli organi inquirenti, ottenendo così i vantaggi conseguenti. Tutto ciò con lo scopo di incentivare le imprese a svolgere le predette investigazioni.⁴⁹

Le informazioni sull'organizzazione acquisite tramite le indagini interne costituiva, inoltre, una condizione essenziale per adottare le giuste strategie processuali, nell'ambito del promuovendo procedimento penale in cui l'ente aveva il diritto di difendersi adeguatamente ed efficacemente⁵⁰.

È allora evidente la connessione alle investigazioni con i *compliance programs*, i quali prevedevano l'adozione di protocolli organizzativi idonei a consentire all'ente di monitorare la gestione interna ovvero di essere agevolato nella ricostruzione dell'illecito commesso.

Mediante apposite attività di rilevamento da adottarsi nell'ambito della *compliance* aziendale e delle indagini interne, le imprese potevano ritrarre un

⁴⁸ Sul punto CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, in E. DI FIORINO, G. FORNARI («a cura di») *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 193.

⁴⁹ In argomento BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE, MANTOVANI («a cura di») *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 199.

⁵⁰ Sul punto ampiamente CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. i limiti del d.lgs n. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it dir. proc. pen.* 2017, 945 ss.

vantaggio notevole. Ciò ha condotto alla diffusione di accordi, finalizzati a differire il procedimento penale alcune volte evitando del tutto la possibile applicazione della condanna penale, procedendo ad archiviazione del procedimento ovvero non esercizio dell'azione penale a monte (ponendo in essere gli accordi diversivi quali i *deferred prosecution agreements* e *non prosecution agreements*), e altre volte consentendo l'applicazione di sanzioni pecuniarie attenuate ovvero ridotte alle società che effettuavano un'auto segnalazione ovvero che cooperavano pienamente e adottavano le relative azioni rimediale⁵¹.

La grande diffusione di questi strumenti – che hanno poi di fatto rappresentato il cuore del modello statunitense in ambito di responsabilità penale delle persone giuridiche – la si deve anche al fatto che le autorità inquirenti si sono avvedute di non avere a disposizione gli stessi strumenti di cui disponevano le imprese nell'indagine della condotta illecita, e quindi risultando indispensabile la collaborazione delle *corporations* per poter effettivamente contrastare la criminalità economica. Non è un caso, infatti, che le Linee Guida che hanno stabilito i c.d. *compliance programs* e i criteri orientativi che il *prosecutor* deve seguire per orientare la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, provenivano da organi come il Dipartimento di Giustizia (DOJ) e dalla *Security Exchange Commission* (SEC).

Lo sviluppo del fenomeno delle *internal investigation*, ovvero delle iniziative conoscitive interne, originava, quindi, in tale ambito consentendo altresì la possibilità di attivare questi strumenti conoscitivi sia da parte di funzioni aziendali, ma anche da organismi di controllo, proprio al fine di recepire informazioni utili all'individuazione di «agenti *patogeni* in grado di alterarne gli equilibri vitali»⁵².

⁵¹ Cfr. ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 8 s. A tal proposito le società che effettuavano un'auto-segnalazione oppure si impegnavano nella collaborazione con le autorità inquirenti, potevano ottenere diversi vantaggi, oltre a quelli di maggior rilievo che abbiamo indicato, anche altri benefici come, ad esempio, non essere oggetto di sorveglianza obbligatoria attraverso l'imposizione di monitoraggi o di altri controlli da parte delle autorità governative, che rischiano di generare non solo un appesantimento nello svolgimento della regolare attività aziendale, ma anche un danno reputazionale che può avere serie ripercussioni per la "vita" stessa della società.

⁵² In argomento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 241.

1.3. (Segue) I *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* e *Non-Prosecution Agreement (NPA)*

Nell'ordinamento statunitense, alla luce delle Linee Guida che si sono sviluppate, il cui perno è rappresentato dai *compliance method*, non risulta difficile comprendere la prassi che, di conseguenza, si è sviluppata nell'ordinamento americano e che ha rappresentato un modello per altri ordinamenti.

Nell'affrontare la criminalità economica, gli Stati Uniti invece di adottare una strategia volta alla repressione del fenomeno, ovvero un sistema che prevede esclusivamente sanzioni nel caso di commissione degli illeciti, hanno puntato su un modello che incentivasse l'ente ad organizzare autonomamente i modi e le forme della propria attività, con autoregolazione, in modo da rispettare le aspettative dell'ordinamento⁵³.

Una svolta cruciale, in relazione al modello statunitense nel contrasto alla criminalità economica, si è avuta a partire dagli anni '90 del secolo scorso, in quanto si assiste alla progressiva diffusione di forme di "giustizia negoziata" con gli enti collettivi, che rispettivamente vengono individuate nei *deferred prosecution agreement* (c.d. DPA) e *non prosecution agreement* (NPA)⁵⁴.

Negli ultimi decenni, il ricorso sempre maggiore a questi strumenti di diversione⁵⁵, ha fatto sì che, i NPAs e DPAs siano diventati lo strumento privilegiato per fronteggiare la criminalità d'impresa, anche per effetto dell'affermarsi di politiche criminali orientate alla logica del *too big to jail*⁵⁶.

⁵³ Sul punto DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 13.

⁵⁴ Questa tipologia di accordi negoziati nasce negli USA, negli anni Trenta, con riferimento alla *juvenile delinquency*: si tratta di strumenti che servivano ad ottenere un recupero del minore, al fine di evitare le ripercussioni che potevano seguire, non solo a livello personale ma anche sociale, derivanti da una condanna in sede penale (viene ad esistenza la c.d. *pre-trial diversion*). In questi casi il pubblico ministero poteva decidere di non perseguire penalmente, in caso di esito positivo di un periodo di prova c.d. *probation*, dove il soggetto doveva dimostrare di ritornare sui giusti passi. Solo verso la fine del secolo si assiste ad un'estensione di questi strumenti anche nei confronti degli enti collettivi.

⁵⁵ Per alcuni esempi v. GARRET, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, 2007, vol. 93, 853 «Federal prosecutors have adopted a bold strategy under which dozens of leading corporations have entered into demanding settlements, including AIG, America Online, Boeing, Bristol-Myers Squibb Co., Computer Associates, HealthSouth, KPMG, MCI, Merrill Lynch & Co., and Monsanto».

⁵⁶ Vedasi D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2018, n. 2, 123.

Negli Stati Uniti non esiste una definizione normativa di DPAs e NPAs, in effetti può notarsi come i contenuti dell'accordo si siano delineati grazie alla prassi che si è sviluppata nel tempo; mentre, invece, per quanto attiene ai criteri formulati per guidare il pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, sono stati espressi nelle Linee Guida elaborate dal DOJ e dalla SEC⁵⁷.

Nell'analisi in dettaglio dei due strumenti di diversione processuale si osserva che il *deferred prosecution agreements* consiste in un accordo mediante il quale il *public prosecutor*, presenta un'accusa a carico della *corporation*, tuttavia, invece di proseguire nell'azione penale, egli decide di sottoporre l'impresa ad un periodo di prova, dandole un tempo determinato per adempiere ad una serie di prescrizioni riabilitative. Esse una volta realizzate, e in caso di esito positivo, potranno evitare che il pubblico ministero prosegua con l'avvio dell'azione penale, in tal caso quindi non si procederà a giudizio, e verrà disposta l'archiviazione del procedimento⁵⁸.

In tale ipotesi l'ente si impegna nel periodo assegnato al rispetto delle prescrizioni imposte; generalmente si tratta di un tempo che va dai 6 mesi ai 2 anni, al termine del quale il pubblico ministero valuta l'effettivo rispetto delle condizioni e se l'ente sia rientrato nei binari della legalità; questo stadio processuale prende il nome di *pre-trial diversion*.

Si tratta di un accordo "privato" che viene stipulato tra il *prosecutor* e la società, il quale sarà poi sottoposto al vaglio del giudice; in questo caso, infatti, non si ha un rapporto bilaterale, che coinvolge solo pubblica accusa ed ente, ma è coinvolto anche il giudice che di fatto deve autorizzare l'accordo di differimento dell'azione penale⁵⁹.

⁵⁷ Per una definizione di *DPA* è v. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, 2011, vol. 2, 69 ss.: «DPAs comprise a wide variety of agreements between the prosecution and culpable corporations, under which prosecutors agree to defer the prosecution of culpable corporations if these corporations fulfill their obligations to undertake dictated structural reforms and to comply with certain standards of behavior. Although the specific content of DPAs may substantially differ from one agreement to another, in most cases, such agreements include the following components: (a) Corporate commitment to pay a combination of a criminal fine, civil penalty, and restitution; (b) Corporate obligation to cooperate with ongoing investigations; and (c) Corporate commitment to adopt a preapproved compliance management system that is designed to ensure compliance with the agreement and disrupt misconduct».

⁵⁸ Sul punto RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.*, cit., 4.

⁵⁹ Così DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 13.

Gli obblighi che, solitamente, vengono indicati nei *deferred prosecution agreement* possono essere vari e molto impegnativi come: «la presa in carico da parte della società dell'addebito mosso nei suoi confronti, mediante uno *statement of facts*, irretrattabile ed utilizzabile nel procedimento penale, in caso di esito negativo della *diversion*; cooperare con le autorità inquirente nell'individuazione della persona fisica responsabile, anche attraverso la rinuncia ad una serie di prerogative costituzionali relative alla segretezza dei colloqui, confidenziali tra avvocato e cliente, nonché della documentazione difensiva; adottare o modificare il proprio *compliance program* a scopi prevenzionistici, spesso sotto il controllo di commissari esterni (c.d. *monitor*); versare una somma di denaro a titolo di *financial penalty*, consistente in una somma di denaro a titolo di risarcimento danni, con donazioni istituzioni pubbliche o private di beneficenza e così via; infine mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca»⁶⁰.

Infine, il *non prosecution agreements* (NPA) consiste anch'esso in un accordo tra pubblica accusa e società e si differenzia dal DPA, in quanto, il NPA si colloca in una fase antecedente all'iscrizione della notizia di reato; quindi, in questo caso non vi sarà alcun vaglio del giudice, ma bensì un rapporto bilaterale accusa-indagato.

Anche in questo caso – come per i DPA – non abbiamo una definizione di NPA formale, tuttavia sembrerebbero rientrare in questa categoria quegli accordi conclusi privatamente tra organo inquirente e *corporation*, in cui non si prosegue con l'azione penale dietro la garanzia dell'impegno e del rispetto della legge in futuro da parte dell'ente. L'adozione dei *compliance programs* in questi casi assume un'importanza ancora maggiore, in quanto la valutazione favorevole del *prosecutor* evita *tout court* l'azione penale, e ciò poiché l'accordo si colloca in una fase ancora antecedente – quindi risulta che l'azione penale, di fatto, non venga mai esercitata dal pubblico ministero⁶¹.

Le ragioni che hanno portato ad una larga diffusione di questi strumenti sono evidenti: da un lato i sistemi di *pre-trial diversion*, quali DPA e NPA, consentono alle società una soluzione a metà strada tra la condanna penale e l'archiviazione.

⁶⁰ In argomento MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 82 ss.

⁶¹ Così G. DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 13.

Principalmente si ha una attenuazione della pena pecuniaria che in concreto doveva irrogarsi, e, unitamente a questo, essi consentono la non applicazione di tutte quelle conseguenze collaterali alla condanna definitiva, quali l'applicazione delle sanzioni interdittive, l'interdizione dai pubblici uffici o anche la revoca di autorizzazioni⁶².

Dall'altro lato, gli strumenti di diversione processuale consentono di evitare tutte quelle conseguenze sfavorevoli che derivano dal procedimento penale, grazie all'assenza dell'eco mediatico che invece deriverebbe nel caso di giudizio – soprattutto quando sono coinvolte società di grandi dimensioni – causando un notevole danno reputazionale «Among the collateral consequences of conviction, the reputational damage can have a massive impact on business: the adverse publicity that follows [...] can devastate a corporation, owing to the effect on relationship with customers, creditors and the public at large. The devastating stigma generated by a criminal conviction has been known as “Arthur Andersen effect” »⁶³.

In conclusione, dalla prassi statunitense possiamo notare come sia i DPAs che i NPAs sono stati accolti con favore sia da parte delle imprese, oltre che dalle autorità governative. Ed alla luce di alcune statistiche, è stato possibile rilevare inoltre che questi accordi hanno portato ad un ripristino effettivo della legalità da parte delle società coinvolte nella commissione di illeciti.

Invero, ad oggi è possibile constatare che un solo *Deferred Prosecution Agreement* e un solo *Non Prosecution Agreement* abbia sortito esito negativo, conducendo alla riapertura del procedimento penale, con conseguente esercizio dell'azione penale da parte del *prosecutors*⁶⁴.

⁶² Sul punto ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 4; altresì sul punto v. GARRET, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia Law Review*, 2007, vol. 93, 886 ss.

⁶³ Testualmente in MAZZACUVA, *Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and NonProsecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice*, *The Journal of Criminal Law*, 2014, 250.

⁶⁴ In tal senso MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 83 «emerge che la quasi totalità delle imprese condannate ai sensi del capitolo ottavo delle *Federal Sentencing Guidelines*, non avesse precedenti penali degli ultimi 10 anni (inclusi DPA) e non possedesse un modello organizzativo: dato dal quale può desumersi che in genere le imprese, che si siano già sottoposte ad un programma di diversione, non vengono coinvolte nuove inchieste». Statistiche pubblicate su U.S. Sentencing Commission, “Sourcebook of Federal Sentencing Statistics”, 2014, consultabile su www.ussc.gov.

1.4. Il diritto delle *corporate investigations*

Nonostante la rilevanza che si è avuta nella prassi, tuttavia, il processo di attivazione e di gestione delle *internal investigations* in molti Paesi è ancora privo di regolamentazione⁶⁵.

Quale conseguenza dell'aumento delle imputazioni mosse nei confronti delle imprese, si è registrata un'ondata di procedimenti penali e di esecuzione civile che si diffondevano nei confronti delle *corporations* e dei loro dirigenti. A volte si trattava di episodi poco significativi dal punto di vista della rilevanza penale, con lievi ripercussioni sull'impresa stessa; altre volte, invece, sono state poste in essere delle condotte che avevano una forte rilevanza penale, cioè eventi in grado di travolgere la stabilità dell'organizzazione stessa, con imputazione dei soggetti che ricoprivano anche cariche apicali nell'azienda⁶⁶.

In questo contesto, i legali che rappresentavano le società in giudizio suggerivano regolarmente alle imprese di condurre delle indagini interne sui sospetti illeciti per diverse ragioni di cui si avrà modo di analizzare *infra*⁶⁷.

Il termine *internal investigation* è diventato, soprattutto nell'ultimo periodo, alla luce delle evoluzioni sociali che si sono avute, un segno distintivo della pratica legale aziendale. Le indagini interne all'ente non hanno una definizione normativa, bensì, rappresentano uno strumento che si è sviluppato nella prassi e che, in quanto tale, può essere definito come: «an inquiry conducted by, or on behalf of, an organization in an effort to discover salient facts pertaining to acts or omissions that may generate civil or criminal liability»⁶⁸.

⁶⁵ Tra i Paesi privi di regolamentazione vi è l'Italia in cui la disciplina delle *internal investigation* soffre di una enorme lacuna normativa. Nonostante si tratti di uno strumento sempre più essenziale per la verifica del grado di conformità e dell'esistenza di potenziali illeciti, nel nostro ordinamento si ha un vuoto normativo in materia; tuttavia, questo non ha impedito che iniziative di carattere conoscitivo venissero comunque avviate da parte dell'impresa, ed è per questo motivo che possiamo ricavare una disciplina "in negativo" attraverso i limiti posti dal diritto civile, del lavoro e della *privacy*. È ovvio però che l'assenza di una disciplina legislativa non consente di risolvere molte questioni pratiche che pertanto rimangono ancora aperte e che solo un intervento legislativo potrà risolvere.

⁶⁶ In argomento, DUGGIN, *Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and The Employee Interview*, *Colum. Bus. L. Rev.* 859, 2003, 862 s.

⁶⁷ Nel dettaglio vedasi *infra* al Capitolo I, paragrafo 1.5.

⁶⁸ Cfr. DUGGIN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 864. Una possibile traduzione in italiano dell'espressione "indagini interna" potrebbe essere di un accertamento condotto da, o per conto di un'organizzazione nel tentativo di scoprire degli aspetti salienti circa fatti, atti o omissioni che possono generare una responsabilità civile o penale dell'impresa o del singolo soggetto che opera per l'ente.

L'indagine ha quindi diverse finalità e funzioni, prima fra tutte quella di accertare la veridicità delle notizie avute e, pertanto, verificarne la gravità e le connesse conseguenze in termini di responsabilità. Si tratta di uno strumento essenziale che consente, non solo, di venire a conoscenza delle eventuali violazioni di legge o inosservanza di dovere o comportamenti scorretti che possono esporre la società a responsabilità e danni, ma permette anche alla società di predisporre un apposito piano in modo da consentire il ripristino della situazione *quo ante*, e, ove opportuno, impostare una strategia difensiva da poter spendere qualora si arrivi ad un processo⁶⁹.

A differenza di altri Paesi, nell'ordinamento statunitense si sviluppa un vero e proprio diritto delle indagini interne all'ente: il c.d. diritto delle *corporate investigations* che si incentra sull'ampiezza dei presupposti applicativi, in linea con una politica che è volta ad incoraggiare il *self-reporting* e la cooperazione con le autorità inquirenti al fine di raggiungere un accordo (*settlement*)⁷⁰.

In particolar modo, vi sono diversi aspetti come la regolamentazione in materia di accesso alle comunicazioni interne e alle testimonianze dei dipendenti sul posto di lavoro, ma anche i poteri che ha l'ente per ottenere le informazioni dai propri dipendenti e la disciplina dei diritti dei difensori c.d. *attorney-client privilege e joint defense*, che garantiscono alle imprese americane una posizione di rilievo nell'attività di acquisizione delle prove, soprattutto nella prima fase delle indagini, che come noto è un momento cruciale anche in vista di un futuro procedimento⁷¹.

Questa posizione predominante delle società ha fatto sì che la loro collaborazione con le autorità inquirenti divenisse fondamentale nella repressione della criminalità economica, e in cambio per incentivare le imprese a cooperare si sono previste delle esenzioni o, quantomeno, riduzioni delle pene che in concreto potevano essere inflitte all'ente nel caso di riconoscimento della responsabilità per la condotta illecita.

⁶⁹ Sul punto D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *Internal Corporate Investigation: la lezione americana*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2019, 2, 97.

⁷⁰ V. ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 4.

⁷¹ In tal senso ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, in 93 U.S.C. Law Review, 2020, 13-14 «In the U.S., doctrines relating to self-incrimination, employee rights during questioning, data privacy, and legal privileges combine to place firms in a superior position to the government when seeking to acquire evidence of misconduct, particularly at the early stages of an investigation».

Allo stesso tempo, però, non si può negare che anche le autorità governative americane abbiano ampi poteri nella scelta di avviare un'indagine nei confronti delle società, e a sua volta nell'ottenere informazioni dai dipendenti dell'ente e nell'imporre pesanti sanzioni in via amministrativa, che nei fatti quindi lasciano poche alternative all'ente, se non quella di collaborare⁷².

La normativa sulle indagini interne nell'ordinamento statunitense ha avuto una lunga evoluzione, in particolar modo, alla luce delle leggi che sono state emanate successivamente all'introduzione dei DPAs e che disciplinano le investigazioni aziendali; è proprio in relazione a tale normativa che sono emersi numerosi aspetti rilevanti degni di attenzione.

Prima di analizzare il modo in cui le società americane hanno disciplinato lo svolgimento delle indagini interne, vi sono una serie di questioni che l'impresa si trova ad affrontare e che necessariamente deve risolvere per poter strutturare una corretta ed efficace indagine; pertanto, sembrerebbe opportuno prima procedere all'analisi di tali questioni "preliminari", per poi, successivamente, esaminare le attività che costituiscono e caratterizzano le indagini interne.

Una prima questione che richiede di essere analizzata in via preliminare riguarda il modo in cui un'azienda o il pubblico ministero viene a conoscenza della notizia illecita per la quale si stabilisce la necessità di intraprendere un'indagine conoscitiva in merito ai fatti. Alle aziende non mancano canali attraverso cui è possibile scoprire una notizia che può avere una rilevanza penale; infatti, vi sono diversi modi per ravvisare eventuali condotte illecite o inosservanze di doveri comportamentali, le quali possono essere realizzate direttamente dai propri dipendenti oppure da parti terze.

I metodi più comuni ai fini del rilevamento iniziale della condotta illecita sono attraverso «a firm's compliance systems»⁷³ come, ad esempio, le segnalazioni da parte dei dipendenti, attraverso il sistema del *whistleblower*, o anche la raccolta e l'analisi dei dati che rilevano delle condotte irregolari oppure tramite dei sistemi di monitoraggio interni predisposti dall'impresa stessa. Parallelamente alle possibilità interne di cui dispone l'ente per scoprire il fatto, vi sono anche degli

⁷² Così BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 204.

⁷³ In tal senso ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, cit., 14.

elementi esterni, quali l'avviso di indagini governative (che possono poi trasformarsi in possibile instaurazione di giudizio) ovvero anche direttamente la notifica di un atto di citazione a giudizio oppure la richiesta di informazioni da parte di un'agenzia governativa; a queste situazioni si può aggiungere anche l'ipotesi in cui le accuse circa alcune irregolarità riscontrate vengano mosse da parte di *external auditor* oppure anche da parte di giornali e *mass media*⁷⁴.

I dipendenti rappresentano sicuramente una risorsa fondamentale per l'impresa, non soltanto nel monitoraggio degli eventi – in ottica di controllo e risoluzione dei problemi che si possono verificare nella vita aziendale – ma anche perché quello che viene documentato negli atti, con le loro testimonianze, assume dei contorni reali consentendo di interpretare nel modo migliore gli accadimenti che si sono verificati all'interno dell'azienda. I soggetti interni all'ente possono segnalare le questioni, sia in modo del tutto anonimo – questo sistema ha l'obiettivo specifico di incentivare a denunciare quei comportamenti scorretti senza avere però il timore di dover subire delle ripercussioni a causa di ciò, ma soprattutto, è necessario per poter segnalare eventualmente anche quei comportamenti scorretti commessi da soggetti in posizioni apicali dell'impresa– oppure è possibile anche inviare la segnalazione direttamente ai propri supervisor o alle funzioni di supporto, come ad esempio quelle legali e delle risorse umane, che consentono di mettere in moto la macchina delle indagini.

Una seconda questione, parimenti importante, attiene alla situazione in cui dopo aver appreso la notizia della possibile realizzazione di una condotta illecita, a prescindere da quale sia la fonte di provenienza e del controllo in merito alla credibilità dell'informazione ricevuta, è necessario dover accertare se l'informazione ricevuta possa sollevare potenziali problemi legali, di *policy* o di ogni altro genere. Si tratta di una scelta che l'impresa deve adottare basandosi sulle informazioni ricevute o sui documenti di cui dispone al momento, e solo laddove si constati la probabile veridicità e credibilità della notizia ricevuta l'ente dovrà decidere se un'indagine sia necessaria oppure anche solamente consigliabile⁷⁵.

⁷⁴ V. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies and their counsel in conducting internal investigations*, in *American Criminal Law Review*, 2009, vol. 46/73, 75.

⁷⁵ Così BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 204.

In alcuni casi, le indagini interne sono definite come necessarie poiché la segnalazione di determinate questioni, le quali vengono stabilite all'interno di *policies* adottate nell'azienda, richiedono l'immediato svolgimento di un'indagine. Tali *policies* possono far parte di un programma di *compliance* efficace, ad esempio in relazione ad accordi che hanno ad oggetto potenziali violazioni del *Foreign Corrupt Practices Act*, in questi casi il DOJ richiede alle aziende di attuare un sistema di monitoraggio costante, in grado di indagare e documentare le accuse di violazione delle leggi anticorruzione o delle politiche e procedure interne⁷⁶.

In altri casi invece l'attuazione di un'indagine interna non è strettamente necessaria ma può essere consigliabile e vantaggiosa per vari motivi: in primo luogo, conoscere meglio le cause che hanno causato un fatto illecito potrebbe di per sé aiutare l'impresa a identificare le cause e, di conseguenza, eliminare quei comportamenti scorretti⁷⁷ che, se non interrotti, causerebbero dei danni legali e reputazionali potenzialmente significativi. In secondo luogo, le società che hanno proceduto alla raccolta di dati ed informazioni su potenziali condotte penalmente rilevanti sono in grado di offrire alle autorità governative una collaborazione utile, potendo così ottenere una riduzione delle sanzioni e altri benefici. In terzo luogo, se l'ente riceve la notizia dello svolgimento di un'indagine da parte dell'autorità governativa per potenziali fatti illeciti commessi al suo interno, in questo caso condurre un'*internal investigation* consentirà all'ente di poter innanzitutto conoscere ed eventualmente fornire tutti i fatti rilevanti agli enti di controllo e scongiurare qualsiasi malinteso, costruendo anche la propria difesa, e, inoltre, evitare di essere colto alla sprovvista da fatti o accuse che avrebbe potuto risolvere autonomamente ed internamente senza il coinvolgimento delle autorità governative. Da ultimo, la decisione di effettuare un'indagine interna deve essere

⁷⁶ In questo senso CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 193 ss.

⁷⁷ L'eliminazione della condotta che ha causato l'evento illecito può avvenire ad esempio mediante una riprogettazione dei programmi di *compliance* adottati dall'azienda; quindi, ancora una volta notiamo il collegamento tra le indagini che vengono svolte dall'ente e i *compliance programs*. Per avere dei modelli organizzativi efficaci e idonei è quindi necessario attuare un costante monitoraggio, e nel momento in cui si verificano delle lacune di *compliance* e debolezze bisogna subito attuare delle misure correttive per il futuro per ristabilire l'efficienza del modello. Possono leggersi ad esempio sul tema le U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, 16 giugno 2020.

valutata positivamente sotto il profilo della *corporate governance* in quanto rappresenta un ottimo indizio dell'impegno della *corporation* a voler perseguire i propri valori e promuovere uno spirito di *compliance* e comportamento virtuoso dell'ente⁷⁸.

Un terzo aspetto da analizzare preliminarmente riguarda i soggetti coinvolti in prima persona nello svolgimento dell'indagine; cioè coloro che risultano essere maggiormente indicati per porre in essere l'attività di accertamento del fatto illecito, considerando che il modo in cui si è venuti a conoscenza della condotta può condizionare il modo in cui l'ente, il consiglio di amministrazione e la funzione di *audit* faranno le relative ricerche e analizzeranno i risultati ottenuti.

Le cariche di maggior rilievo all'interno della società quali il *Board* (Consiglio di Amministrazione) e la figura del *Management*, rappresentano "le braccia e le gambe" dell'ente anche alla luce delle informazioni che hanno o di cui possono avere la disponibilità. Tuttavia, non sempre questi soggetti sono indicati per lo svolgimento o la supervisione delle indagini, ad esempio nell'ipotesi in cui la segnalazione del comportamento illecito riguardi tali soggetti, in questi casi si rende necessario tenere fuori dalla conduzione dell'accertamento sia il *management*, ma anche il *general counsel* essendo evidente il loro coinvolgimento con l'oggetto della ricerca, potendo di fatto minare l'attendibilità e imparzialità dei risultati ottenuti⁷⁹.

Vista l'eterogeneità delle ipotesi con le quali la società può venire a conoscenza del fatto illecito, e considerando che chiunque può rendersi autore del comportamento inosservante, causando la responsabilità dell'ente, costituisce ragione d'opportunità individuare dei soggetti in grado di supervisionare le indagini a priori, per assicurarne la fondatezza. Una soluzione in tal senso⁸⁰, potrebbe essere quella di individuare dei soggetti in grado di poter svolgere e controllare il corretto andamento delle indagini senza rischiare che possano essere coinvolti nelle accuse,

⁷⁸ V. CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 195.

⁷⁹ Così AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies*, cit., 83.

⁸⁰ In questo senso possiamo leggere la soluzione che propongono alcuni autori che compongono l'American College of Trial Lawyers, nel 2009 pubblicano le "*Recommended practices for companies and their counsel in conducting internal investigations*" in cui espongono diverse argomentazioni a favore del fatto che a condurre le indagini interne all'ente dovrebbe essere un soggetto esterno ed indipendente, per garantire una situazione di imparzialità nel caso in cui soggetti al vertice fossero coinvolti nel fatto illecito.

affidando ad esempio il compito a membri indipendenti di un *audit committee* oppure delegando ad un gruppo indipendente di membri del consiglio di amministrazione raccolti in uno *special committee*. A tal proposito, in merito alla scelta di affidare il ruolo di svolgere le indagini interne ad un legale esterno indipendente si sono ravvisate alcune critiche, soprattutto perché anche il consulente esterno potrebbe in futuro assumere le vesti di testimone in una successiva inchiesta governativa, minando quindi l'imparzialità dell'indagine. Ciò nonostante, è prevalente l'idea che attribuire l'incarico ad un soggetto esterno (c.d. *Special Counsel*), dotato di particolari competenze, consente di gestire le indagini in maniera obiettiva, in quanto tali consulenti esterni vengono percepiti come distanti dalle società, con ciò convincendo anche l'autorità governativa circa la veridicità della cooperazione; inoltre, consente alla società di adottare condotte più adeguate alle circostanze del caso concreto, facendo leva su specifiche competenze, di cui i soggetti interni all'ente potrebbero essere carenti⁸¹.

Definiti i soggetti coinvolti nello svolgimento delle indagini, sarebbe opportuno determinare in modo preciso i poteri in capo a ciascun soggetto, e quelli spettanti allo *special counsel*, che dovrebbero risultare dalla lettera d'incarico. L'incarico può essere predisposto direttamente dal *Board*, oppure con apposita delibera dello stesso organo con cui si possono conferire i poteri per la nomina dello *special counsel* ad un *independent committee*, che oltre a procedere alla nomina potrà poi collaborare con quest'ultimo nel condurre l'indagine, ed infine riferire i risultati ottenuti al consiglio di amministrazione.

1.5. Lo svolgimento delle indagini interne

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, può dirsi quindi che in seguito alla scoperta di un presunto fatto illecito avvenuto all'interno di un'impresa, la società e/o i funzionari delle autorità governative dovranno porre in essere delle scelte su come muoversi e procedere, in linea generale quello che accade è che entrambi danno inizio ad un'indagine preliminare. In particolar modo, l'impresa

⁸¹Cfr. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies*, cit., 84 « [...] it is recognized that there are circumstances where regular outside counsel's knowledge of a company's business, special expertise, and distance from the core investigation issues and subjects permit it to conduct an objective investigation».

dopo aver affrontato tutta una serie di questioni preliminari – che saranno diverse a seconda del caso concreto – dovrà decidere se dare inizio ad un’indagine interna, e nel caso in cui la risposta alle diverse questioni analizzate precedentemente è affermativa, allora la società dovrà dotarsi di un preciso piano di svolgimento dell’indagine per poter procedere nel modo migliore possibile in linea con i risultati attesi.

Lo scopo principale di questa attività è verificare se effettivamente sia stata realizzata una condotta penalmente rilevante e quali siano i rischi legali associati a ciò, cercando, inoltre, di capire quali possano essere i soggetti coinvolti e in quale veste: se in qualità di dirigenti, oppure in quanto dipendenti della società, ovvero soggetti terzi, al fine di delineare un’adeguata strategia⁸².

In primo luogo, la società che decide di predisporre un’attività di indagine interna dovrà delineare l’ambito ed il perimetro di questa indagine c.d. *rules of the road*⁸³. Le *internal investigations* possono essere svolte in diversi modi e con ampiezze diverse. Dalla prassi che si è sviluppata negli ultimi anni, emerge chiaramente l’ampia autonomia di scelta che ha l’ente nell’individuare le modalità di gestione. Nell’ambito della definizione delle investigazioni il momento centrale è rappresentato non solo dalla previsione di quelli che saranno i costi per la conduzione dell’indagine e i relativi benefici che possono derivare all’ente, ma la *corporation* si trova davanti ad una decisione importante poiché deve tenere in considerazione anche tutte quelle attività che sono accessorie all’indagine stessa, ma che si rendono necessarie per ottenere dei risultati utili e proficui⁸⁴.

In secondo luogo, conseguentemente alla scelta di condurre un’indagine, l’impresa deve predisporre un apposito gruppo di lavoro (c.d. *team*⁸⁵) in grado di occuparsi di tutte le attività di indagini che seguiranno e che saranno appositamente

⁸² Così ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, cit., 15.

⁸³ V. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies* cit., 85.

⁸⁴ Sul punto CHANDHOK, *L’esperienza statunitense*, cit., 195.

⁸⁵ L’individuazione del *team* che seguirà l’esecuzione delle indagini è un momento fondamentale, inoltre a seconda delle accuse di condotte illecite, se il rischio è relativamente basso allora il *team* potrà essere composto da soggetti interni all’azienda, come ad esempio i legali, le risorse di *compliance*, le risorse umane e i componenti dell’*audit*; viceversa, se c’è un rischio maggiore allora sarà anche possibile strutturare un *team* in cui ci sono anche dei consulenti esterni, ad esempio professionisti o tecnici in determinate materie anche a seconda dell’ipotesi di illecito che si è verificato.

delineate e individuate in relazione alle circostanze del caso concreto⁸⁶, ad esempio nell'ipotesi in cui venga incaricato uno *special counsel* il *team* dovrà seguire le direttive impartite da quest'ultimo per lo svolgimento delle varie attività.

Per le considerazioni sopra svolte, si osserva che le indagini interne possano di volta in volta seguire un *iter* diverso a seconda del caso di specie, e questo si riflette anche nella difficoltà di predisporre un unico modello di svolgimento delle indagini. E ciò poiché, innanzitutto, il motivo che induce l'ente a condurre un'investigazione interna può ogni volta essere diverso; inoltre, l'ambito di indagine dovrà perfettamente essere "cucito" in relazione al caso concreto che l'impresa deve fronteggiare. Sarà, pertanto, necessario di volta in volta predisporre un piano di indagini che si adatti alle circostanze del caso, a seconda delle diverse esigenze che si presenteranno all'ente.

Nonostante ciò, nel corso del tempo, a seguito anche delle numerose indagini che si sono svolte, è stato possibile individuare dei tratti comuni alle varie indagini condotte da diverse società, per cui è stato possibile delineare alcune delle attività che l'ente si è trovato a svolgere quando è venuto a conoscenza della commissione di una condotta illecita all'interno dell'azienda.

In sintesi, lo svolgimento di un'indagine si caratterizza per alcuni aspetti: la raccolta e conservazione dei dati, la fase del monitoraggio e revisione dei documenti, le testimonianze dei dipendenti – che nella prassi vengono indicate come "interviste" –, la documentazione e catalogazione dei risultati ottenuti, e infine la gestione dei dati nell'ottica del c.d. "*self reporting*" o "*self disclosure*" e della collaborazione con le autorità inquirenti.

Quando la società inizia ad indagare sulle accuse di condotte illecite mosse nei suoi confronti si pongono alcune questioni circa la raccolta dei dati e la selezione dei documenti che siano pertinenti e necessari ai fini della ricostruzione della vicenda c.d. *litigation document hold*. Non tutti i documenti che un'azienda produce saranno necessari ai fini dell'accertamento, per cui in questa prima fase è necessario emettere un ordine di conservazione di tutto il materiale, per poi poter selezionare esclusivamente i documenti che si rivelano necessari ai fini di quella

⁸⁶ In argomento CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 196.

specifica indagine, senza correre il rischio che qualcosa possa essere distrutto o alterato⁸⁷.

Il *preservation notice*, che viene inviato ai dipendenti dell'azienda, dovrebbe indicare e descrivere quali siano documenti per cui è necessario predisporre la conservazione, evitando la loro distruzione senza il previo consenso dello *special counsel* ovvero del soggetto incaricato di gestire l'intera indagine; tuttavia, l'avviso di conservazione non dovrebbe svelare i dettagli dell'accusa oggetto di indagine per evitare che quest'ultime possano essere compromesse. La mancata conservazione tempestiva dei documenti, infatti, potrebbe portare a conclusioni negative nei procedimenti civili ma potrebbe anche essere considerata come un intralcio alla giustizia in un procedimento penale⁸⁸.

Dopo aver assicurato la conservazione di tutti i documenti pertinenti all'indagine, è necessario predisporre un sistema adeguato per catalogazione e archiviazione dei vari documenti che sono stati selezionati in quanto necessari per l'indagine in corso⁸⁹; in questa fase è necessario che il legale interno, insieme a colui che si è occupato della fase di conservazione dei documenti, predisponga con il servizio IT dell'azienda un sistema in grado di immagazzinare i dati oppure creare delle cartelle specifiche ai fini dell'indagine, predisponendo adeguati livelli di sicurezza in grado di proteggere le informazioni raccolte. Quest'ultimo aspetto nella gestione delle indagini non deve essere trascurato; infatti, i possibili rischi connessi al lato informatico rappresentano una delle minacce più concrete che ci si è trovati ad affrontare negli ultimi anni, essi sono in grado di generare per le imprese delle ricadute negative non solo economiche, ma anche di immagine⁹⁰.

Le imprese devono quindi tenere in considerazione la possibilità di subire degli attacchi informatici – c.d. *data breach* cioè il fenomeno per cui vengono

⁸⁷ V. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies*, cit., 91.

⁸⁸ In argomento CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 198.

⁸⁹ In questo senso in AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies*, cit., 92 «A revised document storage and retention policy should be established as early as possible [...] This should involve the segregation of relevant backup electronic media, which in some cases may necessitate counsel's taking physical possession of backup tapes».

⁹⁰ La diffusione del concetto di *cybersecurity* riflette un fenomeno culturale e un'esigenza della moderna società dell'informazione dove gli attacchi informatici sono divenuti il rischio più penetrante e maggiormente percepito. Di recente la *cybersecurity* è stata definita nell'ambito del Framework Nazionale di Cybersecurity come «bagaglio di conoscenze che consente a una entità la protezione dei propri asset fisici e la confidenzialità, integrità e disponibilità delle proprie informazioni dalle minacce che arrivano dal cyberspace».

sottratti in modo fraudolento dati, anche sensibili, dalle banche dati di industrie, enti pubblici ed organizzazioni di ogni genere nel corso della loro vita aziendale – e ancora di più nel momento in cui si intraprende un'indagine interna è necessario predisporre dei sistemi in grado di proteggere le informazioni raccolte e catalogate.

Questo sembrerebbe essere dovuto al fatto che, nel momento in cui nei confronti dell'impresa si muove un'accusa, quest'ultima potrebbe maggiormente essere esposta a rischi di infiltrazione informatica per poter raggiungere informazioni segretate dell'impresa, causandone danni di rilevante entità essendo informazioni strettamente riservate, le quali rappresentano una fonte preziosa per l'impresa.

Per le *internal investigations* in cui vengono selezionati dati particolarmente importanti o potenzialmente sensibili, che richiedono non solo un'attenzione particolare, ma anche delle conoscenze specifiche per poterli comprendere, sembrerebbe opportuno che la raccolta di tali documenti venga affidata a soggetti esterni ed indipendenti dotati di specifiche competenze tecniche; e ciò poiché in questo modo si garantirà che vengano utilizzate e documentate le informazioni mediante apposite tecniche di raccolta dati in modo che l'originalità e l'autenticità del contenuto non venga minata e possa essere dimostrata in futuro⁹¹.

I dati raccolti possono essere di conseguenza caricati su alcune piattaforme digitali o in apposite cartelle, di modo da consentire alla società di poter monitorare e revisionare i dati raccolti per facilitarne il controllo e l'analisi del contenuto⁹². Questo rappresenta un vantaggio notevole per le imprese, infatti, anche se le autorità governative negli Stati Uniti in base alla legge federale possono emettere un ordine di produzione della documentazione c.d. *Grand Jury subpoena*⁹³, per cui

⁹¹ Così AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies*, cit., 93.

⁹² Le società americane, in base alla legge federale, possono accedere a qualsiasi dato ed informazione relativa all'attività lavorativa che si trova all'interno di server o computer aziendali, anche qualora il materiale contenga dati personali. Cfr in ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 30.

⁹³ Nell'ordinamento statunitense, è prevista una categoria speciale di giuria c.d. *Grand Jury*, la cui funzione principale è quella di determinare se vi siano sufficienti ragioni per ritenere che una o più persone abbiano commesso reato federale all'interno della sede del tribunale distrettuale. Il riferimento normativo a questo organo indipendente lo possiamo vedere nella *Rule 6* delle *Federal Rules of Criminal Procedure*, in cui viene disciplinata non solo la composizione e le funzioni ma anche le principali attività che esso svolge. In particolar modo, il rapporto tra il pubblico ministero e il *Grand Jury* è di fondamentale importanza, poiché consente a quest'ultimo di poter decidere in ordine alle controversie di cui si discute, infatti, il pubblico ministero ha la responsabilità non solo di consigliare tale organo sulla legge, visto che è composto da persone comuni, ma anche di

le imprese sono obbligate a mostrare i relativi documenti all'autorità; tuttavia, tale obbligo non toglie che, comunque, vista la grande mole di documenti che un'impresa produce, complicata anche dal processo di digitalizzazione nella produzione dei documenti, i pubblici ministeri d'intesa con il *Grand Jury* per emettere un *subpoena* rispettoso dei requisiti di legge, dovranno possedere già un adeguato bagaglio conoscitivo sui fatti per cui si sta svolgendo l'accertamento.

Per questo motivo, le autorità inquirenti dovrebbero intraprendere un lavoro preliminare, che gli consenta di richiedere prove documentali coerenti ai fini dell'indagine, emettendo un ordine di produzione mirato. Tutta l'attività di indagine richiede sicuramente degli sforzi notevoli, ma, ancora di più, questa fase preliminare richiede che le autorità inquirenti siano dotate di risorse adeguate, in considerazione del fatto che si tratta di attività anche molto costose, pertanto, come conseguenza di ciò, i pubblici ministeri molto spesso non possono prescindere dal supporto conoscitivo fornito dalla società. Inoltre, è possibile che le accuse siano mosse nei confronti di aziende di grandi dimensioni, con diverse sedi collocate sia nel territorio nazionale che internazionale, in questo caso i documenti potranno essere archiviati tra le varie sedi, ed essere quindi sottoposti a giurisdizioni diverse. Altresì può trattarsi di prove documentali digitali collocate all'interno di piattaforme *online*, rendendo molto difficoltose per le autorità governative le attività volte all'acquisizione di tali documenti, soprattutto perché i materiali detenuti all'estero sono soggetti a complesse procedure internazionali⁹⁴.

presentare le prove per le successive considerazioni. Tra i poteri e le funzioni del *Grand Jury* vi è quella di citare in giudizio testimoni o emettere un mandato di produzione dei documenti c.d. *grand jury subpoena*, le cui regole sono indicate nella *Rule 17* delle *Federal Rules of Criminal Procedure*, il mandato di citazione non deve essere eccessivamente generico, infatti, i documenti richiesti devono essere ragionevolmente rilevanti rispetto all'indagine. La società che riceve un ordine di produzione della documentazione non può opporsi senza un giustificato motivo, infatti, «[...] a failure by a person without adequate excuse to obey a subpoena served upon him or her may be deemed a contempt of the court» (www.justice.gov). Comunque, la richiesta deve essere conforme ai principi costituzionali e avvenire nel rispetto della legge, infatti, la società può impugnare un *subpoena* se i presupposti sono generici oppure ha ad oggetto del materiale coperto dal segreto professionale (*attorney-client privilege*) come visto nella decisione *Swidler & Berlin e al. v. United States*, 524 U.S. 399, (1998), in cui il *Grand Jury* aveva emesso un ordine di produzione di alcune note protette dal segreto professionale, la decisione viene impugnata dai ricorrenti lamentando la lesione del *legal privilege*; la Corte d'Appello distrettuale accoglie il ricorso, riconoscendo che i documenti protetti dal segreto professionale non possono essere oggetto di un mandato di produzione. Gli investigatori penali hanno la possibilità in alternativa di procedere ad un mandato di perquisizione, che richiede però parametri ancora più stringenti di sospetta commissione del reato. Per un approfondimento sul *Grand Jury* si veda www.justice.gov.

⁹⁴ Cfr in ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 30.

Ancora una volta, la cooperazione da parte delle società con le autorità inquirenti permette in primo luogo di ridurre le difficoltà che i *prosecutors* possono incontrare per reperire i singoli documenti; in secondo luogo, di velocizzare le indagini, abbassando i costi e consentendo un accertamento delle condotte illecite più proficuo.

I responsabili interni delle indagini, se sono stati individuati, oppure i consulenti esterni, possono sviluppare un apposito protocollo per la revisione e consultazione dei documenti; negli ultimi anni è diventato sempre più frequente l'utilizzo di strumenti tecnologici avanzati nello svolgimento delle indagini interne, soprattutto per la ricerca dei documenti e la catalogazione degli stessi⁹⁵.

Nel corso dell'indagine per facilitare l'attività di revisione dei documenti, dovrebbero essere tenute delle annotazioni dettagliate sia sulla conservazione dei documenti, ma anche sull'analisi delle varie informazioni raccolte; sarebbe auspicabile, infatti, che il soggetto indicato come colui che conduce le indagini proceda ad un costante aggiornamento sia del registro dei testimoni, sia dei documenti esaminati; e, in particolar modo, i risultati ottenuti dovranno poi essere riferiti al Consiglio di Amministrazione oppure ad un *independent committee* ⁹⁶ che svolge una supervisione generale dell'indagine interna.

La comunicazione sull'andamento dell'indagine può avvenire in diversi modi, tuttavia, è importante sottolineare che, in questa prima fase, infatti, pare più opportuno che la divulgazione delle informazioni avvenga in forma orale, al fine di evitare che le annotazioni di questi risultati, che sono ancora preliminari, possano poi risultare sbagliate o incomplete ed essere di conseguenza pregiudizievoli per la società e i dipendenti coinvolti.

Tra tutte le attività che si possono predisporre durante le indagini, sicuramente, l'intervista e le testimonianze dei dipendenti e di terze parti sono quelle che maggiormente consentono di delineare e ricostruire la vicenda

⁹⁵ Tra gli strumenti tecnologici avanzati vediamo ad esempio la "*predictive coding*" –che viene anche definita come *technology assisted review* – si tratta di un applicativo che mediante algoritmi di ricerca consente e di *machine learning* consente di prevedere, grazie alle informazioni di base che vengono inserite prima di effettuare la ricerca, quali documenti di un ampio *database* saranno i più rilevanti per coloro che stanno svolgendo le indagini, sulla base della revisione manuale di un campione relativamente piccolo. In tal senso CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 200.

⁹⁶ V. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies*, cit., 99.

verificatesi, rappresentando il “cuore” dell’indagine interna⁹⁷, proprio perché la possibilità di avere un confronto con i soggetti che lavorano all’interno della società è uno strumento necessario per poter cristallizzare le numerose prove documentali che vengono raccolte nel corso dell’istruttoria. Questo meccanismo di confronto e di accesso alle dichiarazioni non solo può facilitare la ricostruzione dei fatti, garantendo un quadro completo di fatti e circostanze rilevanti, ma consente anche di farlo in tempi brevi, garantendo un notevole vantaggio all’impresa nella conduzione dell’accertamento di una presunta condotta illecita⁹⁸.

Nello svolgimento delle interviste vi sono alcuni aspetti di fondamentale importanza che devono essere sempre tenuti in considerazione, sia per tutelare il soggetto che viene sottoposto al confronto orale, sia per assicurare la ricostruzione puntuale dei vari documenti. Nella prassi le interviste rappresentano il momento centrale dell’indagine, per tali ragioni quando vengono disposte si potrebbe presumere che l’indagine non si trovi più ad una fase preliminare, ma inizi ad addentrarsi sempre più nello specifico della questione. Nel momento in cui l’ente decide di predisporre un’intervista di un proprio dipendente, sembrerebbe essere assolutamente necessario precisare lo scopo della stessa e l’ambito di protezione del segreto professionale, soprattutto con riferimento all’assistenza del legale durante la testimonianza.

Per tali ragioni, infatti, prima di procedere all’intervista, il legale interno ha il compito di indicare alcuni aspetti fondamentali dell’intervista individuati nei c.d. *Upjohn warnings*⁹⁹; in primo luogo il legale deve dichiarare di essere stato nominato dalla società – ciò significa che la società ha nominato un proprio difensore, e da quel momento quest’ultimo rappresenta e agisce per conto dell’azienda, motivo per cui il suo unico interesse è in relazione alla società – di conseguenza non rappresenta il dipendente che è sottoposto alla *interview*.

⁹⁷ Sul punto DUGGIN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 864.

⁹⁸ In argomento CHANDHOK, *L’esperienza statunitense*, cit., 201.

⁹⁹ Il termine ha avuto origine grazie ad una decisione della *US Supreme Court: Upjohn Company v. United States* (449 U.S. 383 (1981)). Come si evince dal termine stesso “warnings”, che letteralmente significa avvisi, costituiscono delle segnalazioni con le quali l’avvocato comunica al dipendente che l’*attorney* in quel momento rappresenta esclusivamente la *corporation* e non invece l’*employee* singolarmente individuato.

In secondo luogo viene ribadita la segretezza della comunicazione, in virtù del fatto che le dichiarazioni del testimone sono coperta dal *legal privilege*, anche se tutto quello che risulterà dalle interviste rientrerà nel patrimonio conoscitivo dell'impresa, motivo per cui se quest'ultima lo desidera potrà comunque utilizzare e condividere quelle dichiarazioni in vista di una collaborazione con l'autorità procedente¹⁰⁰, e in questo caso il singolo dipendente, le cui dichiarazioni vengono utilizzate, non avrà nessun potere per evitare la diffusione di quei contenuti.

Durante le prime fasi dell'indagine, nella fase di raccolta dei documenti, per poter identificare i soggetti le cui informazioni possono risultare rilevanti nella ricostruzione della vicenda, lo *special counsel* o direttamente il legale interno possono predisporre un elenco, che sarà nel corso del tempo aggiornato, in cui si indicano quei soggetti per cui può essere rilevante svolgere un'intervista. Questo modo di procedere consentirà quindi di avere una chiara linea di azione, renderà l'impresa consapevole fin dai primi momenti quali sono i soggetti che possono essere coinvolti, o anche quali, pur essendo estranei alla vicenda, possono comunque fornire delle informazioni utili. Uno studio preliminare accurato rappresenta un punto fondamentale sia per avere poi un'intervista di successo, sia per poter sviluppare delle domande in grado di guidare l'incontro e di ricevere le informazioni necessarie.

Il modo in cui viene gestita l'intervista con i dipendenti è ovviamente rimesso alla totale autonomia dell'azienda, probabilmente si cercherà di ricreare un ambiente sereno per evitare che il soggetto possa spaventarsi e di conseguenza non essere collaborativo, oppure intimidito non riesca a fornire i dettagli o le informazioni rilevanti, dal momento che l'obiettivo principale è sempre quello di ottenere informazioni veritiere che consentano un'adeguata ricostruzione della vicenda¹⁰¹.

A seguito delle diverse interviste che possono essere svolte nel corso di un'indagine interna nei confronti di plurimi soggetti – in quanto anche se principalmente vengono ascoltati dipendenti interni, non si esclude che possano essere ascoltate anche terze parti, – sia il pubblico ministero che l'ente possono

¹⁰⁰ Così BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 212.

¹⁰¹ In tal senso vedasi CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 202.

accedere a quelle dichiarazioni, ovviamente, facendo leva su presupposti ben diversi. Le società americane, anche alla luce delle regole sia di procedura penale che di diritto del lavoro previste dalle leggi federali, hanno dei vantaggi maggiori rispetto ai pubblici ministeri nell'ottenere queste informazioni, i quali comunque, anche se con maggiori difficoltà potranno usufruire di quelle dichiarazioni.

Il principale ostacolo è rappresentato dal Quinto Emendamento¹⁰² della Costituzione degli Stati Uniti (1789), emendamento che è divenuto simbolo delle libertà individuali in quanto enuncia una serie di diritti e garanzie fondamentali che si applicano ai procedimenti civili e penali, tra cui il *privilege against self-incrimination*. L'intento di questa clausola è proprio quello di impedire che il governo possa obbligare qualcuno a deporre su fatti da cui potrebbe derivare una responsabilità penale. Questo di fatto crea una sorta di barriera al potere dei pubblici ministeri nell'acquisizione delle prove di un fatto illecito, perché se anche è vero che le autorità inquirenti possono condurre delle indagini e assumere delle testimonianze, ascoltando i dipendenti dell'azienda che risulta in quel momento sottoposta all'accertamento, ciò, comunque, non toglie che i dipendenti o eventuali terzi soggetti possano appellarsi al Quinto Emendamento, se ritengono che da una loro dichiarazione possa derivare una responsabilità penale, con la conseguenza che quanto emerso nell'intervista con il pubblico ministero potrebbe, per tali ragioni, non essere utile ai fini dell'indagine.

¹⁰² La costituzione americana rappresenta la prima costituzione moderna di uno stato federale. Viene definita il 17 settembre 1787 dalla Convenzione di Filadelfia e ratificata da tredici stati, da poco indipendenti dall'Inghilterra, in un momento di transizione, nel giugno del 1788. È entrata in vigore nel marzo del 1789, composta originariamente da sette articoli a cui si sono aggiunti nel corso del tempo ventisette emendamenti, e si è passati dai tredici stati a cinquanta stati che oggi rappresentano una grande potenza politica ed economica. I primi dieci emendamenti costituiscono il *Bill of Rights* ossia la carta dei diritti fondamentali e sono stati adottati nel 1791. Possono leggersi dei riferimenti in particolare in VARANO, BARSOTTI, *La Tradizione Giuridica Occidentale: testo e materiali per un confronto civil law common law*, Sesta edizione, Torino, 2018, 316 s.

A tal proposito il Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti recita: «Nessuno sarà tenuto a rispondere di un reato che comporti la pena capitale, o comunque infamante, se non per denuncia o accusa fatta da una *Grand Jury* a meno che il reato non sia compiuto da individui appartenenti alle forze di terra o di mare, o alla milizia, quando questa si trovi in un servizio attivo, in tempo di guerra o pericolo pubblico; né alcuno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo delitto, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in una qualsiasi causa penale, a deporre contro se medesimo, né potrà essere privato della vita, della libertà o della proprietà, se non in seguito a regolare procedimento legale; e nessuna proprietà potrà essere destinata a un uso pubblico, senza un giusto indennizzo».

Al contrario, invece, la Costituzione degli Stati Uniti non impone alcun limite nei confronti dei soggetti privati, motivo per cui sembrerebbe che le società possano di fatto, costringere i propri dipendenti a rendere dichiarazioni al legale incaricato, per cui potenzialmente, la stessa audizione se condotta dal difensore della società sarà in grado di rivelare informazioni più dettagliate, e magari anche più attinenti alla vicenda, dato dal fatto che le *corporations* non subiscono nessun tipo di restrizione quando acquisiscono prove testimoniali da parte dei propri dipendenti che potrebbero essere potenzialmente implicati in condotte illecite¹⁰³.

L'autorità inquirente può comunque cercare di superare quest'ostacolo principalmente in due modi¹⁰⁴, una prima ipotesi potrebbe essere procedendo ad audizione di soggetti che presumibilmente non hanno ragionevole timore di dover invocare il Quinto Emendamento – diritto a non auto-incriminarsi – anche se queste dichiarazioni potrebbero comunque non essere propriamente utili ai fini dell'indagine. Ciò è dovuto al fatto che la maggior parte dei *white-collar crime*¹⁰⁵ si caratterizza per una struttura particolarmente complessa, inoltre queste ipotesi criminose risultano raramente dimostrabili senza la diretta testimonianza di coloro che sono stati coinvolti in prima persona nella commissione delle attività illegali, soprattutto perché molto spesso gli autori di questi reati sono stati anche in grado di eliminare le prove circa la loro colpevolezza, pertanto solo grazie alle testimonianze dirette è possibile ottenere la prova della commissione dell'illecito.

Una seconda ipotesi con la quale i pubblici ministeri possono ottenere delle informazioni in maniera diretta dai dipendenti dell'azienda potrebbe consistere nella possibilità che il soggetto decida volontariamente di rinunciare al diritto del Quinto Emendamento, accettando di sottoporsi ad interrogatorio. Anche in questa ipotesi, si tratta di circostanze molto rare, che difficilmente si realizzano nell'ambito di indagini penali contro le società, soprattutto perché la società nel momento in cui viene a conoscenza che un dipendente è stato convocato

¹⁰³ In argomento ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and The Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, cit., 20 s.; in questo senso gli autori ribadiscono che « [...] private corporations can compel their employees to speak to representatives of the firm tasked with determining whether and where law violations have occurred».

¹⁰⁴ COSÌ ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and The Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, cit., 16 ss.

¹⁰⁵ Sulla nozione e le caratteristiche della criminalità economica può leggersi in ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, vol. I, *I Principi Generali*, Torino, 2018, 1 ss.

dall'autorità per un'audizione, procede, molto spesso, alla nomina di un difensore di fiducia per il proprio dipendente, e questo consente sia di evitare che il dipendente, magari meno informato sui propri diritti, possa auto-incriminarsi, sia che venga convocato dalle autorità in assenza del difensore¹⁰⁶.

È evidente che la rinuncia al diritto del Quinto Emendamento implica che l'autorità inquirente dovrà offrire qualcosa in cambio al soggetto, che sia degno di tale rinuncia, infatti, per ottenere informazioni da testimoni informati ed esperti spesso i pubblici ministeri devono garantire una sorta di immunizzazione rispetto alle dichiarazioni fornite. Questa immunità legale viene anche definita "*Kastigar*" *Immunity*¹⁰⁷, prende questo nome a seguito del noto caso *Kastigar V. United States*, per cui la testimonianza ottenuta non potrà essere usata in nessun caso contro di lui proprio in virtù dell'ordinanza del tribunale distrettuale che ordina a tali soggetti di rispondere alle domande formulate e produrre prove in cambio della concessione dell'immunità.

In definitiva i pubblici ministeri hanno pochissime possibilità di ottenere delle informazioni in maniera diretta senza usufruire della collaborazione fornita dalle società, proprio alla luce dei limiti imposti dal Quinto Emendamento e dalle pronunce della Corte Suprema che hanno arricchito e delineato la portata delle garanzie sancite nel Quinto Emendamento.

¹⁰⁶ *V. Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964), si tratta di una vicenda avente ad oggetto le dichiarazioni auto-incriminanti e la loro validità processuale che viene portata davanti alla Corte Suprema, la questione era se le dichiarazioni auto-incriminanti di un imputato rese, dopo l'inizio del procedimento penale, in assenza del suo avvocato sono da ritenere ammissibili come prove. La Corte Suprema, analizzando il quesito alla luce della ampia portata del Sesto Emendamento, relativo al processo penale, ritiene che le dichiarazioni auto-incriminanti deliberatamente suscitate dagli agenti federali, dopo l'apertura del procedimento penale, rese in assenza del proprio avvocato violino il Sesto Emendamento e pertanto siano inammissibili.

¹⁰⁷ Nella vicenda *Kastigar V. United States*, 406 U.S. 441 (1972) la Corte Suprema si è pronunciata su una questione circa la concessione di un'immunità legale da parte del governo che costringe un testimone a dichiarare su fatti per cui potrebbe derivare una responsabilità penale, violando il Quinto Emendamento. L'ambito dell'immunità si basava sul fatto che "[...] the witness may not refuse to comply with the order on the basis of his privilege against self-incrimination; but no testimony or other information compelled under the order may be used against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order." (18 U.S.C. SEC. 6002) quello che viene affermato è, perciò, non un'immunità piena e totale per le dichiarazioni fatte, ma bensì un'immunità derivata, per tali ragioni infatti la persona può essere ancora perseguita per il reato oggetto di indagine, purché l'accusa si basi esclusivamente su prove diverse dalle dichiarazioni protette, e venga dimostrato in un'apposita udienza che alla base ci sono prove totalmente nuove.

Per contro, le società sono facilitate nell'ottenere informazioni dai propri dipendenti, soprattutto alla luce del fatto che le società stesse possono obbligare i dipendenti a collaborare e in caso di rifiuto applicare provvedimenti sanzionatori, come ad esempio il licenziamento, e questo comportamento è stato riconosciuto come valido e corretto anche in alcune decisioni della Corte d'Appello¹⁰⁸. Infine, le dichiarazioni ottenute dall'ente possono essere utilizzate da quest'ultimo a suo vantaggio, collaborando con le autorità inquirenti in cambio dell'applicazione nei loro confronti di sanzioni ridotte¹⁰⁹.

1.6. La disciplina dei diritti dei difensori e considerazioni sul *legal privilege* (*attorney-client privilege* e la *work product doctrine*)

Nell'ordinamento statunitense sono previste delle precise regole che disciplinano il rapporto di fiducia che vi deve essere tra l'avvocato e il suo cliente, il c.d. *attorney-client privilege*, si tratta del privilegio più antico, noto e riconosciuto dalla *common law* anglo-americana con riferimento alle comunicazioni riservate con il proprio difensore.

L'*attorney-client privilege* americano protegge le comunicazioni che avvengono tra l'avvocato e il suo cliente, alla sola condizione che quelle dichiarazioni siano avvenute con il preciso scopo di fornire una consulenza legale di qualsiasi tipo; è una forma di tutela del soggetto che si confida con il proprio legale, e garantisce la sicurezza al cliente di poter riferire in ordine a tutti i fatti rilevanti all'avvocato, senza avere il timore che quelle dichiarazioni possano essere divulgate senza il suo consenso. Questo privilegio consente di tutelare le comunicazioni e le dichiarazioni che avvengono tra il cliente e l'avvocato, le quali solitamente si verificano con il preciso scopo di ricevere un parere legale da

¹⁰⁸ V. *Gilman contro Marsh & McLennan Cos.* - 826 F.3d 69 (2d Cir. 2016), l'U.S. Court of Appeals, Second Circuit, stabilisce che secondo la legge del Delaware è considerata giusta causa di licenziamento il rifiuto dei dipendenti di obbedire ad un ordine diretto, inequivocabile, e ragionevole del datore di lavoro. I due dipendenti Gilman e McNenney avevano l'obbligo di divulgare le informazioni in loro possesso sulle accuse che erano state mosse nei confronti della società dall'autorità inquirente, erano stati avvisati dalla società Mash del fatto che il loro rifiuto di sottoporsi a tale intervista avrebbe portato al loro licenziamento. Date le circostanze la Corte ha concluso che il colloquio richiesto dalla società Mash era ragionevole, pertanto, il rifiuto dei dipendenti a testimoniare ha dato luogo ad una giusta causa di licenziamento.

¹⁰⁹ Sul punto ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and The Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*. cit., 21.

quest'ultimo, evitando che quanto detto possa essere divulgato; tuttavia, tale privilegio non copre i fatti che si sono verificati e che possono essere alla base della richiesta di comunicare con il legale. Pertanto, il soggetto potrà essere chiamato a rispondere dei fatti che possono essere oggetto della comunicazione avvenuta con il legale¹¹⁰, dal momento che ciò che rientra nell'ambito di tutela del *legal privilege* è solamente la conversazione che avviene tra i due soggetti in via del tutto confidenziale, e non la vicenda alla base.

Il principale obiettivo di questo privilegio è stato correttamente riassunto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nel caso *Upjohn Co. v. United States* in cui enunciano che «Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice»¹¹¹, in cui viene sottolineata la connessione tra efficienza del sistema giudiziario e la posizione dell'avvocato.

Il privilegio che viene riconosciuto a favore degli avvocati costituisce uno strumento, percepito come necessario, per assicurare il buon funzionamento di un efficiente ed imparziale modello processuale: «si tratta di dotare l'avvocatura di quegli strumenti necessari alla gestione della vicenda giudiziaria nell'interesse, non solo della parte, ma dell'intero sistema»¹¹².

¹¹⁰ Nella nota decisione *Upjohn Co. v. U.S.* la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America riafferma il principio secondo cui questo privilegio ha ad oggetto solo la divulgazione della comunicazione e non dei fatti, ribadendo la differenza che vi è far questi due concetti «[T]he protection of the privilege extends only to communications and not to facts. A fact is one thing and a communication concerning that fact is an entirely different [449 U.S. 383, 396] thing. The client cannot be compelled to answer the question, 'What did you say or write to the attorney?' but may not refuse to disclose any relevant fact within his knowledge merely because he incorporated a statement of such fact into his communications to his attorney». *Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 205 F. Supp. 830, 831 (ED Pa. 1962).

¹¹¹ *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 389, 391 (1981). Con questa decisione la Corte ha avuto modo di ripercorre precedenti decisioni in merito al *legal privilege* «As we stated last Term in *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40, 51 (1980): "The lawyer-client privilege rests on the need for the advocate and counselor to know all that relates to the client's reasons for seeking representation if the professional mission is to be carried out." And in *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 403 (1976), we recognized the purpose of the privilege to be "to encourage clients to make full disclosure to their attorneys.". Admittedly complications in the application of the privilege arise when the client is a corporation, which in theory is an artificial creature of the [449 U.S. 383, 390] law, and not an individual; but this Court has assumed that the privilege applies when the client is a corporation, *United States v. Louisville & Nashville R. Co.*, 236 U.S. 318, 336 (1915), and the Government does not contest the general proposition».

¹¹² In argomento BARLETTA, *Il "legal privilege" come principio fondamentale ed i suoi limiti: il caso della normativa antiriciclaggio*, in *Forum Qcost*, 2010, 4, 3.

Questo privilegio è riconosciuto a tutti i soggetti intesi come persone fisiche e viene esteso anche alle persone giuridiche; per cui nell'ipotesi in cui la società decida di nominare un difensore esterno, le comunicazioni che avvengono tra di esso e l'azienda saranno protette dall'*attorney-client privilege*.

Nell'ordinamento americano, le regole che disciplinano la segretezza delle comunicazioni tra avvocato e cliente hanno una peculiarità in più rispetto al nostro ordinamento, infatti, risultano protette sia le comunicazioni che avvengano con il legale esterno appositamente incaricato dalla società, sia quelle con i legali interni dell'azienda (*in-house counsel*) – tale ultimo aspetto invece non è disciplinato nel nostro ordinamento – a prescindere dal fatto che le dichiarazioni provengano da un dirigente della società o da un dipendente di livello più basso¹¹³.

Nella ricostruzione dell'ambito del *legal privilege*, quindi quando una determinata comunicazione non deve essere diffusa senza il consenso del titolare, è necessario individuare quando può dirsi instaurato il rapporto tra avvocato e cliente, perché solo dal momento in cui sorge tale rapporto potrà dirsi effettivo il riconoscimento della segretezza delle comunicazioni. Vi sono pertanto delle caratteristiche di base, che sono state individuate nel corso del tempo dalla giurisprudenza di modo da circoscrivere con maggiore precisione quando effettivamente si ricade nel *legal privilege*, cosicché, se nel caso in cui quelle informazioni coperte dal privilegio vengono diffuse, allora sarà possibile impugnarle contestando la loro divulgazione, in quanto inutilizzabili, beneficiando della copertura del segreto professionale.

Non sempre è facile individuare con esattezza il momento in cui può dirsi instaurato il rapporto cliente – avvocato, queste difficoltà si acquiscono quando ad essere cliente è una società, e a tal proposito, nella decisione sul caso *Upjohn Co. v. United States* la Corte d'Appello, infatti, ribadiva la difficoltà dell'applicazione del *legal privilege* con riferimento alle *corporation* proprio perché in questo caso il cliente «was an inanimate entity [...] only the senior management, guiding and integrating the several operations, can be said to possess an identity analogous to the corporation as a whole»¹¹⁴, per tali ragioni i tribunali hanno adottato negli anni

¹¹³ Sul punto ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and The Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, cit., 23.

¹¹⁴ *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 389, 391 (1981).

dei *test* per poter verificare l'esistenza di tale rapporto per poter verificare se quella determinata comunicazione potesse godere o meno dell'applicazione del relativo privilegio¹¹⁵.

Da ultimo, essendo un privilegio a tutela del cliente, quest'ultimo può derogarvi oppure rinunciare del tutto ai benefici che derivano dal *legal privilege*, diffondendo le comunicazioni tenute con il legale, ad esempio se la società decidesse di voler collaborare con le autorità inquirenti oppure ancora fin dall'inizio avesse deciso di voler svolgere delle indagini interne con il preciso obiettivo di attuare una successiva collaborazione e beneficiare di determinati vantaggi, e ciò significa che la società potrebbe decidere di rinunciare all'*attorney-client privilege* consegnando quindi tutte le comunicazioni avvenute tra il difensore esterno nominato dall'azienda e ad esempio i singoli dipendenti¹¹⁶.

Così come per l'*attorney-client privilege* anche la dottrina del *work product* è un privilegio e garantisce, a differenza del primo, la segretezza dei documenti materiali che vengono redatti dal difensore per il proprio cliente – come ad esempio i verbali delle interviste fatte nel corso delle indagini interne, oppure ancora dei *papers* che vengono preparati dal difensore con delle considerazioni difensive o di strategia processuale in vista di un possibile e futuro contenzioso – impedendo quindi la divulgazione di questi materiali.

Queste due tipologie di “privilegi” anche se hanno in comune lo stesso scopo principale presentano alcune differenze¹¹⁷: in primo luogo il *work-product doctrine* comprende in realtà un contenuto più ampio rispetto all'*attorney-client privilege*, alla luce del fatto che in relazione a quest'ultimo sono tutelate e coperte solo le comunicazioni che avvengono tra il cliente e l'avvocato, rispettando quei precisi requisiti, di cui abbiamo detto sopra; invece, il *work product* – testualmente può essere tradotto come il lavoro che viene prodotto dal legale – di per sé può includere anche delle dichiarazioni che gli sono state fornite da persone terze,

¹¹⁵ I *test* che venivano effettuati per verificare il rapporto *attorney-client* si basavano principalmente sull'oggetto della comunicazione, ed in base a quello si verificava se rientrasse nell'ambito del *legal privilege*, in tal senso vedasi *Harper Row Publishers, Inc. v. Decker*, 423 F.2d 487 (7th Cir. 1970).

¹¹⁶ In argomento ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne*, cit., 25.

¹¹⁷ Sul punto v. COHN, *The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, in *The Georgetown Law Journal*, 1983, vol. 71, no. 3, 922.

diverse dal cliente stesso, che possono aver contribuito alla ricostruzione di elementi utili di cui poi il difensore può servirsi nella redazione di documenti e materiali. In secondo luogo, vi sono delle differenze per quanto attiene al potere di rinuncia del privilegio. Infatti, mentre l'*attorney-client privilege* è una garanzia prevista a tutela del cliente, per cui soltanto quest'ultimo potrà decidere eventualmente di rinunciarvi o di derogare a tale privilegio; nel caso del *work product* sembrerebbe che il potere di rinuncia sia invece in capo al difensore.

Infine, un' ulteriore differenza rispetto all'*attorney-client privilege* è data dal fatto che la *work-product protection* può essere superata ¹¹⁸ a condizione che vengano dimostrati «substantial need of the materials in the preparation of his case [...] and he is unable without undue hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means»¹¹⁹.

In definitiva, sembrerebbe che le società, anche grazie alla disciplina sul *legal privilege* e le garanzie che derivano dal rapporto con il proprio difensore, possano gestire le indagini avendo essenzialmente un controllo esclusivo sulla divulgazione degli elementi raccolti, e pertanto, godano di un ulteriore strumento che, unito a quanto detto precedentemente, consentirebbe di avere dei vantaggi maggiori rispetto alle autorità inquirenti nello svolgimento delle indagini interne – motivo alla base del grande sviluppo del fenomeno delle *internal investigations* nell'ordinamento statunitense.

1.7. La conclusione delle indagini interne svolte dall'ente

Dopo aver svolto delle verifiche e dei controlli in merito ai documenti pertinenti per l'indagine in corso, da parte del legale o da soggetti incaricati dell'ente dotati di specifiche competenze, solitamente le imprese predispongono un *memorandum* all'interno del quale è possibile trovare un resoconto dettagliato di

¹¹⁸ Così COHN, *op. cit.*, 929.

¹¹⁹ FED. R. Crv. P. 26(b)(3). Inoltre, nella decisione *Hickman v. Taylor*, la Corte sottolinea la necessità che alla base della richiesta vi sia una necessità reale dei materiali o giustificazione al di là della pertinenza e del requisito che il materiale sia essenziale per la corretta preparazione del caso di un cliente. Cfr. COHN, *op. cit.*, 929.

quanto avvenuto nel corso delle indagini, con citazioni, documenti pertinenti, analisi dei dati e delle interviste¹²⁰.

In particolar modo, all'interno del *memorandum* è possibile ritrovare alcune informazioni come: « (i) summarizes the facts developed through the internal investigation, (ii) analyzes applicable legal principles, (iii) identifies any weaknesses in the company's practices or procedures, (iv) outlines the arguments against criminal prosecution or administrative sanctions, and (v) recommends any corrective actions or other measures which would improve operations and enhance the company's criminal and administrative defense of the case»¹²¹.

La predisposizione di un documento ad *hoc*, quale ad esempio un *memorandum*, risulta di enorme importanza sia perché consente di reperire in maniera più semplice la documentazione o le informazioni di cui l'ente potrebbe avere bisogno, ma anche perché nella maggior parte dei casi quello che si ottiene a seguito di un'indagine dovrà essere inviato al consiglio di amministrazione che svolge una funzione di supervisione generale delle indagini, e a cui spetta il compito di adottare le misure che si rendono necessarie.

La fase conclusiva delle indagini rappresenta perciò un momento fondamentale dell'*iter* procedimentale sull'accertamento della condotta illecita e le ragioni alla base di ciò possono rinvenirsi in diverse considerazioni.

In primo luogo, se i documenti e i dati raccolti non vengono archiviati e salvati correttamente questo può comportare dei rischi per la società, nonché degli svantaggi soprattutto se le informazioni confluissero accidentalmente nell'ambito di un'indagine dell'autorità oppure in un'una causa civile. In secondo luogo, la dispersione dei risultati ottenuti può creare delle problematiche per l'impresa, dato che all'interno dei documenti possono esservi non solo delle informazioni riservate che riguardano l'ente, ma soprattutto, possono esservi dei dati personali dei

¹²⁰ In argomento BENNETT, KRIEGEL, RAUH, WALKER, *Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era*, *The Business Lawyer*, in *American Bar Association*, 2006, vol. 62, no. 1, 79.

¹²¹ Sul punto BENNETT, KRIEGEL, RAUH, WALKER, *Internal Investigations and the Defense of Corporations*, cit., 79. Vengono indicate quali debbano essere i punti centrali di un'indagine soprattutto perché nella maggior parte dei casi i comportamenti illeciti che si sviluppano in un contesto aziendale coinvolgono fatti particolarmente complessi, che possono sfuggire o, addirittura, essere mal interpretati se non riprodotti correttamente in un documento scritto. La stesura di un documento scritto consentirebbe di un'accurata analisi, redatta da soggetti competenti, i quali si presume siano, pertanto, in grado di cogliere le varie sfaccettature.

dipendenti che hanno reso delle interviste o altre dichiarazioni, ovvero altro materiale ancora che, se divulgato senza il consenso del soggetto titolare possono comportare ulteriori rischi legali all'impresa¹²².

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, risulta necessario che la società con i risultati ottenuti e le conclusioni che sono state redatte, sia che vengano materialmente poste in essere dal difensore, sia che vengano riportate da parte di consulenti esterni esperti, proceda ad un'attività di catalogazione e archiviazione fatta con attenzione, predisponendo ad esempio un apposito *report*, di modo che la loro lettura o ricerca delle informazioni sia il più possibile chiara e organizzata.

È opportuno ricordare da ultimo che qualsiasi documento prodotto dal difensore esterno o dai legali interni all'ente è coperto dal *legal privilege*, e ciò significa che tali informazioni possono essere acquisite soltanto con il consenso della società – come analizzato precedentemente, infatti, vi è la possibilità che la società possa rinunciare all'*attorney-client privilege* rendendo note all'autorità inquirente tutte le informazioni.

Infine, come abbiamo avuto modo di illustrare precedentemente, i motivi che spingono l'ente a svolgere delle indagini interne possono essere diversi; e ciò significa che i risultati ottenuti possono essere utilizzati dalla *corporation* in svariati modi, quali ad esempio per collaborare con le autorità inquirenti. In quest'ultimo caso sarebbe necessario che tutta la documentazione venga indicata chiaramente di modo da essere correttamente predisposta per le autorità in ottica procedimentale.

Invero, le indagini possono essere svolte dall'ente anche a prescindere dall'attuazione di una collaborazione processuale, essendosi quest'ultime rivelate un ottimo strumento di verifica del programma di *compliance*.

I risultati delle indagini, anche se non dovranno essere inviati alle autorità governative, richiedono comunque un'adeguata archiviazione delle informazioni e dei dati ottenuti da predisporre in modo ordinato ed organizzato, al fine di evitare da un lato la perdita dei dati e, dall'altro facilitare l'uso e la consultazione delle informazioni raccolte.¹²³ L'azienda, ad esempio, potrebbe aver la necessità di utilizzare le prove raccolte durante un'indagine non tanto nell'immediatezza dei

¹²² In questi termini CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 210.

¹²³ Così CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, cit., 210.

fatti, ma anche in occasioni future, ad esempio nel caso in cui dovessero sorgere delle controversie per le quali l'ente ha la necessità di dimostrare la dinamica dei fatti verificatesi facendo uso di materiali ed informazioni raccolti nel corso di una precedente indagine interna.

2. La positivizzazione del modello statunitense: l'esperienza del Regno Unito e i DPAs

Volgendo lo sguardo al Regno Unito, può dirsi che, a livello cronologico, il diritto inglese vanta, per qualche manciata d'anni, il primato sul riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche rispetto all'esperienza nordamericana¹²⁴. L'esperienza inglese si è caratterizzata per il progressivo riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche attraverso l'adozione di diverse forme di responsabilità. Inizialmente si sono superate diverse fasi prevedendo forme di responsabilità diverse, con l'obiettivo di rendere la responsabilità dell'ente il più possibile rispondente a quei criteri e requisiti che sono richiesti per la responsabilità della persona fisica, superando con uno sforzo intellettuale quegli ostacoli interpretativi che vi sono quando si parla di persone giuridiche. Potrebbe distinguersi questa evoluzione circa la responsabilità penale delle persone giuridiche in tre distinte fasi.

La prima forma di responsabilità criminale delle persone giuridiche che si è avuta in Inghilterra è la c.d. *vicarious liability*,¹²⁵ un sistema di responsabilità di tipo oggettivo, che consente di attribuire la responsabilità all'ente per fatto altrui,

¹²⁴ La prima sentenza in materia di *corporate responsibility* nel Regno Unito risale al 1842: *Birmingham & Gloucester Railway Co.*, in cui una società di trasporto ferroviario venne condannata ad una pena pecuniaria e ritenuta responsabile del reato di *public nuisance*. In questo caso per la prima volta una società venne condannata per una condotta omissiva, consistente nel non aver ottemperato ad un ordine di giustizia che le prescriveva la rimozione di un ponte, dalla stessa illegittimamente costruito. Vedasi in *Birmingham & Gloucester Railway Co.* (1842) 3 Q.B. 223.

¹²⁵ Fino alla prima metà dell'800 le Corti inglesi erano restie nel riconoscere una responsabilità penale delle persone giuridiche e questo veniva attribuito principalmente a quattro fondamentali criticità che si riscontravano: in primo luogo poiché le società venivano considerate come delle creazioni fittizie e non reali, composte al loro interno dalle singole persone fisiche, secondariamente proprio la natura fittizia dell'ente rendeva difficoltosa la prova dell'elemento soggettivo in capo alla persona giuridica, la riconduzione della *mens rea*, infine l'incapacità della persona giuridica di poter comparire in giudizio al pari della persona fisica, considerando anche la difficoltà nel prevedere delle adeguate sanzioni criminali vista l'impossibilità di adottare delle misure detentive nei confronti della persona giuridica. In questo senso può leggersi GANDINI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 137.

sulla scia dello schema civilistico secondo cui il datore di lavoro risponde degli illeciti commessi dai propri dipendenti nello svolgimento delle relative funzioni¹²⁶. Tuttavia, anche se questo passaggio ha rappresentato una rivoluzione, consentendo l'estensione della responsabilità prevista per le persone fisiche anche agli enti, era comunque una responsabilità delimitata, in quanto prendeva in considerazione solo quei reati minori, quali ad esempio quelli previsti dallo *statute law* e in particolare i reati di c.d. *strict liability* – reati per cui l'integrazione non richiedeva la sussistenza di una *mens rea*¹²⁷ – che avevano consentito in un primo momento di poter facilmente attribuire la responsabilità penale alla persona giuridica, scavalcando quelle che erano le principali questioni, che non hanno tardato a ripresentarsi mostrando i limiti di questa forma di responsabilità.

A partire dai primi anni del ventesimo secolo, iniziava a percepirsi sempre di più la necessità di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati più gravi, emergevano chiaramente le difficoltà che avevano le corti inglesi nell'adattare il modello della responsabilità vicaria in relazione ad ipotesi criminose che erano incompatibili con esso, poiché si trattava di reati caratterizzati da precisi requisiti soggettivi. In conseguenza di ciò, nel Regno Unito iniziarono ad ipotizzarsi delle forme di responsabilità dell'ente differenti rispetto a quanto avveniva fino a quel momento, non più considerandola come una responsabilità oggettiva, da posizione per un fatto altrui, ma bensì legandola ai soggetti che rappresentavano la persona giuridica che di fatto costituivano “le braccia e le gambe” dell'ente: coloro che svolgevano funzioni di gestione e organizzazione dell'ente. Fu proprio in questo nuovo contesto che si sviluppò la dottrina dell'*alter ego*, definita in seguito dalla dottrina come *identification theory*¹²⁸.

¹²⁶ In argomento DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 7 s.

¹²⁷ L'assenza nella struttura di base dell'illecito dell'elemento soggettivo ha dato modo alle Corti inglesi di attribuire con più facilità la responsabilità all'ente della condotta illecita, infatti, questo evitava di dover rispondere all'interrogativo circa il modo di ipotizzare un criterio di imputazione soggettivo nei confronti dell'ente. Sul punto DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 72.

¹²⁸ In tal senso DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 73. Proprio in relazione all'evoluzione che si è avuta nel Regno Unito in relazione alla responsabilità penale delle persone giuridiche, si è soliti di distinguere tra responsabilità vicaria, che ha caratterizzato la prima fase del diritto inglese, e responsabilità non vicaria, che viene anche inquadrata nella *identification theory*, per cui viene richiesto che: « the identification principle requires identifying and establishing a directing mind and will [“dmw”] of the company, and then proving corporate criminal liability through his/her conduct and state of mind. it applies to all types of offences, including those which require mens rea.» Sul punto può leggersi in www.cps.gov.uk.

Il principio dell'identificazione¹²⁹ infatti consentiva alle corti inglesi di superare quello che si era dimostrato essere il principale limite della responsabilità vicaria: il requisito dell'elemento soggettivo, e immaginare un criterio di imputazione soggettivo con riferimento all'ente, per poter ascrivere, in *toto*, la responsabilità di quel fatto illecito in capo all'ente. La *identification theory* «si pone agli antipodi della *vicarious liability* [...] la persona giuridica risponde per un fatto illecito autenticamente proprio, che integra tutti gli estremi, oggettivi e soggettivi, della figura criminosa in questione. Ciò può avvenire in quanto il fatto che le si imputa coincide esattamente con il reato commesso da un soggetto individuale, anche sotto il profilo dello *state of mind*, rispettivamente in termini di *intention*, *recklessness* o *negligence*».¹³⁰

Viene fatto, quindi, un passaggio ulteriore, in particolar modo, si iniziava a ragionare per la prima volta in termini di imputazione non solo oggettiva, ma anche soggettiva e ciò viene fatto immedesimando le intenzioni dell'ente con le intenzioni e volontà di quei soggetti che rappresentano in un certo senso il “cervello” e la “mente” della persona giuridica.

Il modello della responsabilità non vicaria che si rinviene nell'*identification theory* costituisce l'ipotesi tipica della responsabilità delle persone giuridiche nel

¹²⁹ La prima elaborazione giurisprudenziale di questo principio, in ambito penale, si è avuta nel 1944, in relazione ad un caso di frode, *R. v. ICR Haulage Co.* in cui la corte inglese ha condannato la società ad una pena pecuniaria per un *serious offence* commesso dalla sua *directing mind*. Alla luce di questa pronuncia si evince un particolare importante, infatti, l'identificazione non era possibile con riferimento a qualsiasi persona fisica che componesse l'ente ma solamente in relazione a quei soggetti che costituivano il cuore della società, il c.d. *directing minds*. «L'atto criminale di una persona, il suo stato mentale, la volontà, la conoscenza siano da considerare l'atto della società di cui è impiegato, dipende dalla natura delle sue funzioni, dalla sua posizione di direttore o impiegato della società e da altri rilevanti fattori e circostanze [...]. Le azioni di un manager costituiscono le azioni della società e la truffa di tale persona è la truffa della società; pertanto, ammettiamo la condanna contro la persona giuridica». Vedasi *R. v. ICR Haulage Ltd.* (1944) 1 K.B. 551. Solo qualche anno dopo, nel 1972, si pervenne ad una compiuta e matura elaborazione dell'*identification theory* con la sentenza *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass* della *House of Lords*, il cui intento era proprio quello di chiarire quanto già espresso nelle precedenti pronunce degli anni Quaranta, stabilendo che la persona giuridica potrà essere ritenuta responsabile solo per gli atti compiuti dal *board of directors*, dal *managing director* e da quegli altri *superior officers* che svolgono delle funzioni di gestione, e se tali soggetti possano agire per conto della persona giuridica. Nel caso di specie la *House of Lords* mandò assolta la società, escludendo che questa potesse identificarsi con la persona fisica a cui doveva ascrivere il reato, poiché solo gli amministratori e i *managers* della *company* possono rappresentare la *directing mind and will* e non anche i meri dipendenti. Il testo è ripreso da LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, 57.

¹³⁰ Sul punto DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 74.

Regno Unito ed essa trova un compiuto riconoscimento a partire dagli anni quaranta dello scorso secolo per poi essere elaborata in maniera compiuta nel 1972.

Tuttavia, alla luce delle complessità date dalle moderne strutture decisionali, questa forma di responsabilità non sembrerebbe più idonea a far fronte ad un efficace repressione della criminalità d'impresa, e tale inidoneità potrebbe ricavarsi dalla particolare natura dell'onere probatorio che incombe sull'accusa¹³¹ – *Crown prosecution service* – che si trova di fronte ad una vera e propria *probatio diabolica*¹³².

Infine, un'ultima fase che ha caratterizzato l'esperienza inglese sulla responsabilità penale della persona giuridica si è avuta a partire dal 1996 quando la *Law Commission* ha avanzato una proposta di riforma delle figure di omicidio colposo. Tale proposta venne poi definitivamente presentata in Parlamento nel 2004, con la quale veniva prospettato un quadro ben preciso: oltre alla riformulazione delle ipotesi di omicidio tradizionalmente riferite alla persona fisica, si era sentita la necessità di costruire anche una fattispecie criminosa modellata *ab origine* sulle fattezze della persona giuridica, un'ipotesi delittuosa che fosse del tutto indipendente da un illecito penale accertabile in capo alla persona fisica: il *corporate killing*¹³³. In conseguenza di ciò, nel 2007, il Regno Unito adottò il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, con tali atti venne ufficialmente introdotta la fattispecie di *corporate manslaughter*, che ha rappresentato uno degli ultimi sviluppi in tema di responsabilità *ex crimine* degli

¹³¹ A questo proposito nelle istruzioni del CPS si può leggere che: «Evidential difficulties may arise where the company concerned has a diffuse structure, because of the need to link the offence to a controlling officer». V. www.cps.gov.uk/legal.

In particolar modo, le preoccupazioni del Governo inglese in merito all'attenuazione dell'onere probatorio sono con riferimento ai procedimenti relativi alle cc.dd. *mens rea offences*, ossia quei reati per cui il P.M. è tenuto a dimostrare non solo la configurabilità dell'elemento soggettivo, ma anche che l'illecito sia stato commesso da coloro nell'esercizio delle proprie funzioni secondo il principio dell'*identification theory*, così come elaborato dalla *House of Lords* nel caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass* (1972).

¹³² In argomento GANDINI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, cit., 140.

¹³³ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 76. In particolar modo può leggersi che, secondo l'autore, la figura del *corporate killing*: «[...] contempla come evento la morte di una persona addetta o coinvolta nell'esercizio delle attività d'impresa. L'evento viene imputato alla persona giuridica se è conseguenza di un *management failure*, cioè di una mancanza riscontrabile nell'attività di gestione ed organizzazione dell'impresa; tale *deficit* funge da criterio d'imputazione [...]. Il *management failure* ricorre, secondo il dettato normativo, allorché sia ravvisabile una condotta che si colloca molto al di sotto di quanto ci si può aspettare a livello cautelare da parte della *corporation* secondo le circostanze del caso».

enti. L'adozione di questi atti deve essere considerata un passo rivoluzionario sulla strada della responsabilità penale dell'ente, in quanto ci si avvicina sempre di più ad una responsabilità che rispetta i principi che regolano la responsabilità della persona fisica, circa il profilo dell'imputazione soggettiva del fatto illecito all'ente. Esso viene individuato nella «colpa di organizzazione di stampo metaindividuale»¹³⁴: l'ente risponde del fatto illecito, se il fatto viene commesso da un soggetto interno alla struttura aziendale, per quanto attiene il criterio di imputazione oggettivo, ma soprattutto, è responsabile se è possibile ravvisare una carenza o un *deficit* organizzativo interno che ha dato luogo al fatto di reato, dal punto di vista del criterio di imputazione soggettivo.

Alla luce delle premesse svolte, e della ricostruzione storica del quadro fattuale in merito alla responsabilità penale delle persone giuridiche nel Regno Unito, appare comunque evidente la connessione con l'esperienza nordamericana, data anche dalla grande influenza che la prassi delle società statunitensi ha avuto nell'ordinamento inglese.

In particolar modo, sembrerebbe inoltre che il Regno Unito¹³⁵ abbia mutato e positivizzato per la prima volta una prassi – che si era sviluppata per la prima volta negli Stati Uniti – i *Deferred Prosecution Agreements*.

Il Regno Unito è stato il primo ordinamento a positivizzare una prassi già emersa, nella disciplina nordamericana, in particolar modo nella *common law*. Tuttavia, il riferimento all'esperienza nordamericana riguarda i soli *Deferred Prosecution Agreements*, e non anche ai *Non Prosecution Agreements*, in quanto quest'ultimi si sono dimostrati inconciliabili con i principi fondamentali posti alla base del sistema processuale inglese. In particolar modo l'introduzione dei NPAs non è stata ritenuta possibile, poiché in questo caso l'accordo stipulato tra *prosecutor* e l'ente indagato difettava del controllo giurisdizionale, che rappresenta un elemento imprescindibile per la validità e l'efficacia dell'atto nel sistema legale inglese¹³⁶.

¹³⁴ In argomento DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, cit., 9.

¹³⁵ Come è noto, nel Regno Unito coesistono diversi ordinamenti penali; questo paragrafo si limita a considerare la disciplina in Inghilterra e Galles, poiché in Scozia e Irlanda del Nord vi sono dei sistemi diversi.

¹³⁶ Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, presentato al Parlamento

L'ordinamento inglese affinché il sistema giudiziario potesse « a) migliorare la flessibilità del sistema di gestione della criminalità economica commessa dalle organizzazioni commerciali, determinando processi più tempestivi ed efficaci ed un migliore utilizzo delle risorse; b) assicurare alla giustizia le organizzazioni commerciali più offensive, anche incentivando l'autocontrollo, l'autodenuncia e l'ammissione di illeciti, con sanzioni adeguate e proporzionate per i trasgressori e restituzione per le vittime»¹³⁷ ha regolamentato i *DPAs* prevedendo una disciplina positiva ad *hoc* contenuta nel *Crime and Courts Act (2013)*¹³⁸. Con l'entrata in vigore della suindicata legge, si prevedeva inoltre – Parte Prima articolo 6 della *Schedule 17 Section 45* – che, il *Director of Public Prosecutor* d'intesa con il *Director of the Serious Fraud Office* avrebbero dovuto emanare congiuntamente un Codice in cui venivano fissati indicazioni e principi che i pubblici ministeri avrebbero dovuto seguire in merito alla conclusione e lo svolgimento dei *DPAs*. A tal proposito l'anno successivo, nel 2014, venne, pertanto, pubblicato un apposito *Code of Practice*¹³⁹ congiuntamente dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service*. Il ricorso alle linee guida come strumento finalizzato alla riduzione dei margini di discrezionalità delle autorità inquirenti si pone infatti in linea con una tendenza e prassi che ha caratterizzato i paesi ad azione “flessibile”¹⁴⁰.

Tra gli aspetti di maggior pregio del modello inglese va annoverata, innanzitutto, la positivizzazione di una disciplina normativa, che fin a quel

dal *Lord Chancellor and Secretary of State for Justice*, maggio 2012, p. 19, § 69: «*Despite the effectiveness of the US model, the lack of judicial oversight to make it unsuitable for the constitutional arrangements and legal traditions in England and Wales. We have concluded that non-prosecution agreements are not suitable for this jurisdiction due to their markedly lesser degree of transparency, including the absence of judicial oversight.*»

¹³⁷ Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, cit., p. 12-13, § 43

¹³⁸ U.K. *Crime and Courts Act (2013)*, *Section 45 e Schedule 17* (il testo della legge è consultabile all'URL <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/schedule/17/enacted>).

¹³⁹ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, pubblicato dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service (2014)*, (per ulteriori approfondimenti il testo è disponibile: <https://www.cps.gov.uk/publication/deferred-prosecution-agreements-code-practice>).

La pubblicazione è stata preceduta da un periodo di consultazione (da giugno a settembre del 2013) concluso con la pubblicazione del documento *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Directors' response to the public consultation* (anch'esso disponibile all'URL suindicato).

¹⁴⁰ Sul punto MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de jure condendo*, *L'indice penale*, 2015, nn. 1-2, 179 s. Con riferimento al Regno Unito: le previsioni generali dettate dal *Code for Crown Prosecutor* sono specificate, nel settore della criminalità di impresa, dalla *Guidance on Corporate Prosecutions* e, in materia di corruzione, dalla *Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions*.

momento, veniva regolata solo dalla prassi, normativa in grado di fissare dei requisiti e delle indicazioni precise volte a scongiurare eventuali abusi da parte dei *prosecutors* in sede di trattative¹⁴¹.

In breve, la disciplina adottata in merito alla conclusione dei *Deferred Prosecution Agreements* è contenuta all'interno del *Crime Courts Act* (2013) nella *Schedule 17* alla *Section 45*: il legislatore inglese ha predisposto una serie di norme volte a disciplinare gli aspetti principali dei DPAs, in particolar modo la disciplina viene suddivisa in tre parti. Nella Parte Prima vengono predisposte delle norme di carattere generale, in cui sono enunciati i principi generali che regolano la materia, tali principi generalmente corrispondono a quelli cristallizzati nella prassi nordamericana anche se vi sono alcune differenze, in particolar modo con riferimento al ruolo del giudice. Nella Seconda Parte sono invece individuati i reati per cui scatta la possibilità di concludere un DPA al fine di evitare il proseguimento dell'azione penale, nell'ipotesi della positiva riuscita dell'accordo; infine, nella Terza Parte vengono stabilite delle disposizioni transitorie.

La positivizzazione dei DPAs consente, quindi, di poter inquadrare normativamente l'istituto in tutte le sue sfumature. Il DPA viene definito come: «an agreement between a designated prosecutor and a person whom the prosecutor is considering prosecuting for an offence specified in Part 2 (the “alleged offence”)»¹⁴²; viene per la prima volta formalizzata una definizione chiara e precisa, di uno strumento che si era per l'appunto sviluppato nella prassi, all'interno di un corpo normativo. Secondo la disciplina dettata dal *Crime and Courts Act* l'accordo stipulato deve contenere dei requisiti e termini precisi, sui quali le parti devono aver apposto il loro consenso, dal momento che l'indagato, per la buona riuscita dell'accordo, dovrà portare a compimento le attività richieste dai *prosecutors* così come indicate all'interno dell'atto per evitare il proseguimento dell'azione penale.

La conclusione di un DPA produce degli effetti¹⁴³, tra cui la sospensione del procedimento penale avviato dal Pubblico Ministero sulla base della notizia di reato commesso dall'ente, e tale procedimento resterà sospeso, come conseguenza

¹⁴¹ Così MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 84 s.

¹⁴² *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1 § 1.

¹⁴³ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1 § 2.

dell'accordo stipulato, per tutto il periodo di tempo che viene indicato all'interno dell'atto stesso, di modo che la società possa procedere ai vari adempimenti così come formulati all'interno del DPA; ed inoltre si prevedeva che nessun altro soggetto potesse perseguire l'indagato per il presunto reato per il quale era stato avviato il procedimento penale e posto in essere il DPA.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione della seguente disciplina, essa è limitata sia *ratione subiecti* sia *ratione materiae*: con riferimento ai soggetti legittimati alla conclusione del DPA il *Crime and Courts Act* individua precisamente coloro che possono sottoporsi ad un DPA e legittimamente concordare con il *prosecutor* i requisiti necessari, in particolare possono concludere un DPA soltanto «a body corporate, a partnership or an unincorporated association» e, invece, non vengono ricompresi tra i soggetti legittimati alla conclusione di un DPA le persone fisiche¹⁴⁴.

Inoltre, si stabilisce che per poter concludere un accordo è necessario che l'ente sia in quel momento indagato per uno dei reati indicati all'interno della Parte Seconda del *Crime and Courts Act*; viene individuato un catalogo di reati da parte del legislatore all'interno del quale è possibile rinvenire sia reati di *common law* che di *statutory offences*.

Anche per quanto attiene al contenuto del DPA è possibile rinvenire un'apposita disciplina: vengono individuate le condizioni che un DPA deve avere al suo interno per essere considerato valido ed efficace. Si prevede, innanzitutto, che l'accordo contenga «a statement of facts relating to the alleged offence, which may include admissions made by person»¹⁴⁵: l'elemento essenziale di un DPA è dato dalla dichiarazione di ammissione dei fatti da parte della persona indagata.

L'accordo deve indicare periodo massimo di durata, entro il quale è necessario che le attività concordate¹⁴⁶ tra *prosecutors* e persona indagata vengano

¹⁴⁴ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte I § 4.

¹⁴⁵ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte I § 5.

¹⁴⁶ In particolar modo tra i *requirements* che un DPA può avere, il legislatore indicandone alcuni, precisa comunque che non si tratta di un elenco tassativo, ma bensì questi indicati, vengono forniti a mero titolo esemplificativo: «(a) to pay to the prosecutor a financial penalty; (b) to compensate victims of the alleged offence; (c) to donate money to a charity or other third party; (d) to disgorge any profits made by P from the alleged offence; (e) to implement a compliance program or make changes to an existing compliance program relating to P's policies or to the training of P's employees or both; (f) to co-operate in any investigation related to the alleged offence; (g) to pay

portate a compimento, al fine di evitare il proseguimento del procedimento penale e constatare la buona riuscita dell'accordo. Invero, in caso contrario l'inadempimento da parte dell'ente indagato ai termini dell'*agreement* avrà come conseguenza che il *prosecutor* dovrà adire il giudice, il quale con provvedimento motivato, potrà invitare le parti a rinegoziare l'accordo oppure decretare la cessazione dello stesso, e con questo verrà revocata la sospensione del procedimento e avrà inizio il processo nell'ambito del quale lo *statement of facts* avrà valore di piena prova e non potrà essere oggetto di ritrattazione da parte della persona indagata¹⁴⁷. E ciò significa che il contenuto dell'accordo assume il valore di una dichiarazione di ammissione – *admission* – della persona indagata ai sensi della *Criminal Justice Act, Section 10* (1967).

La disciplina d'Oltremarica si differenzia dalla disciplina statunitense per quanto attiene al ruolo assegnato al giudice. A seguito dei negoziati tra il *prosecutor* e la persona indagata, il pubblico ministero prima di procedere alle fasi successive deve verificare la sussistenza di due elementi: “*evidential stage*” e “*public interest stage*”. Per quanto attiene al primo criterio il Pubblico Ministero è chiamato a valutare che gli elementi raccolti a carico dell'ente siano utilizzabili, attendibili e dotati di un certo grado di credibilità; solo il positivo superamento di tale prima verifica potrà poi consentire di continuare a procedere nelle indagini, altrimenti, sarà necessario disporre l'archiviazione del procedimento.

Per il *Code of Practice* si stabilisce che ai fini della legittima conclusione di un DPA sarà, quindi, sufficiente un compendio indiziario tale per cui possa verosimilmente dirsi che l'ente indagato abbia commesso l'illecito e che la prosecuzione delle indagini potrà condurre ad una “realistica prospettiva di

any reasonable costs of the prosecutor in relation to the alleged offence or the DPA». V. *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1 § 5.

¹⁴⁷ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1 § 13.

condanna¹⁴⁸, che, oltretutto, rappresenta il fulcro della disciplina della *prosecution* nell'esperienza di matrice anglosassone¹⁴⁹.

Solo dopo aver svolto queste preliminari verifiche allora il Pubblico Ministero dovrà rivolgersi alla *Crown Court* per ottenere da quest'ultima una prima valutazione.

In questa prima fase che si svolge in un'udienza preliminare a porte chiuse c.d. *preliminary hearing*¹⁵⁰ nella quale il giudice è chiamato a verificare innanzitutto che l'accordo sia stato stipulato nell'interesse della giustizia, ma anche che i contenuti del DPA rispondano a criteri di equità, ragionevolezza e proporzione rispetto ai fatti oggetto di contestazione. Al giudice non è affidato alcun potere sulla formazione o modifica del contenuto dell'accordo, in quanto è chiamato a deliberare esclusivamente sulla equità, ragionevolezza e proporzione dell'atto posto in essere; tuttavia, se necessario, potrà eventualmente apporre un rifiuto sulla proposta delle parti, le quali potranno riformulare e apportare delle modifiche all'accordo.

Il DPA entra in vigore solamente in una fase successiva: a seguito del c.d. *final hearing*¹⁵¹. Si tratta di un'udienza pubblica, e nel caso in cui si concluda con esito positivo, significa che viene ufficialmente approvato l'accordo, e contestualmente il giudice adotta anche le relative motivazioni. A seguito dell'approvazione del DPA da parte del Giudice, il Pubblico Ministero è tenuto a pubblicare l'accordo, in ossequio ai principi della *consistency* (correttezza, lealtà,

¹⁴⁸ *Deferred prosecution agreement. Code of Practice*, cit., §§ 1.2, i): «1.2 In order to enter a DPA the prosecutor is to apply the following two stage test. Prosecutors must be satisfied and record that: [...] Either: a) the evidential stage of the Full Code Test in the Code for Crown Prosecutors is satisfied or, if this is not met, that b) there is at least a reasonable suspicion based upon some admissible evidence that P has committed the offence, and there are reasonable grounds for believing that a continued investigation would provide further admissible evidence within a reasonable period of time, so that all the evidence together would be capable of establishing a realistic prospect of conviction in accordance with the Full Code Test». Inoltre, il parametro della "realistica prospettiva di condanna" è previsto anche dal § 4.5 del *Code for Crown Prosecutors* in cui si chiarisce che nel decide se proseguire con l'azione penale il pubblico ministero deve esperire una valutazione oggettiva in cui viene in considerazione principalmente l'interesse pubblico alla luce delle prove raccolte; pertanto il *prosecutor*, mediante le prove raccolte, deve valutare se deve l'ampia portata della criminalità è stata determinata ed è nelle condizioni di poter effettuare una valutazione pienamente informata dell'interesse pubblico, altrimenti, l'indagine dovrà continuare oppure dichiarare procedere all'archiviazione del procedimento.

¹⁴⁹ In argomento MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese*, cit., 182.

¹⁵⁰ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1 § 7.

¹⁵¹ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e Sched. 17, Parte 1 § 8.

equità) e della *transparency* (trasparenza) che ispirano l'intera procedura. Per tutto il periodo in cui vi è il DPA, il procedimento penale rimane automaticamente sospeso ed in caso di esito positivo interviene l'archiviazione dello stesso.

Da ultimo, per quanto attiene al *Code of Practice*, esso ha sicuramente diversi pregi, come si è potuto constatare nel corso di questa analisi, tuttavia, l'aspetto più innovativo riguarda ancora una volta i criteri che il *prosecutor* deve osservare nell'operare la propria valutazione di opportunità circa l'esercizio dell'azione penale. Si tratta di criteri generali contenuti all'interno di vari strumenti di *soft law*, all'interno dei quali si possono notare anche quei fattori che consentono il corretto esercizio della discrezionalità del *prosecutor* per la *diversion*, sulla base dell'analisi fatta, può notarsi, come nell'ordinamento inglese il DPA sia uno strumento che viene principalmente riservato alle imprese.

Il documento governativo fornisce un'inedita applicazione alla categoria della "*reactive fault*"¹⁵² prevedendo, al tempo stesso, un nuovo paradigma di *compliance* che si sostanzia in un "*proactive approach*"¹⁵³.

È senz'altro lodevole la nuova prospettiva che emerge, in linea con gli obiettivi che l'ordinamento inglese ha ideato per la *diversion*: non è incentrato solamente sulla possibile cooperazione tra l'impresa e l'autorità inquirente, quanto, bensì, sulla capacità dell'ente di saper reagire prontamente e virtuosamente alla condotta illecita con «l'ottica di incoraggiare una cultura della trasparenza e della cooperazione tra organizzazioni collettive e autorità»¹⁵⁴ e di «incentivare positivamente l'adozione di *compliance programs* atti a ridurre la probabilità di

¹⁵² Con il termine "*reactive fault*" è solito intendere una categoria teorizzata da B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, 49 ss. Gli autori osservano che: «[q]uesto concetto [di colpa di reazione degli enti collettivi, ndr] riflette tre luoghi comuni: 1) la forza di atteggiamenti di risentimento verso aziende le quali si rifiutino o comunque non riescano a reagire con diligenza, ogni qualvolta ciò sia richiesto dalla natura nociva o eccessivamente rischiosa delle attività svolte dalle aziende medesime; 2) la prassi inevitabile in organizzazioni di medio-grandi dimensioni di delegare gli aspetti di *compliance* a funzioni subordinate, salvo le questioni di maggiore importanza; e 3) l'affidamento che le società ripongono negli strumenti civilistici di *enforcement* e la tipica percezione che il procedimento penale venga aperto solo qualora non siano disponibili altri rimedi in sede civile».

¹⁵³ In argomento MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese*, cit., 188.

¹⁵⁴ In tal senso, può leggersi *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Directors' response to the public consultation*, cit., § 4.

commissione di reati economici»¹⁵⁵. Ed è proprio sulla base di queste finalità che devono essere interpretati i criteri orientativi della discrezionalità del *prosecutor* individuati nel *Code of Practice*: non è necessario che la società abbia da tempo adottato dei modelli organizzativi idonei ed efficaci ad evitare il rischio reato, quanto, piuttosto, che una volta verificatosi il fatto illecito, vengano predisposti immediatamente tutti quegli strumenti idonei a colmare la lacune organizzative, e, in subordine di pervenire ad un accordo con l'organo inquirente al fine di evitare il procedimento penale¹⁵⁶.

In questa prospettiva la categoria della “colpa di reazione” ha senz'altro il pregio di rappresentare un criterio di imputazione del fatto illecito alla *corporation* innovativo, poiché interamente “cucito” su quelle che sono le caratteristiche e le peculiarità della persona fisica¹⁵⁷.

In conseguenza della applicazione generalizzata dei *Deferred Prosecution Agreements*, divenuti uno strumento di utilizzo frequente per contrastare la criminalità d'impresa in qualsiasi situazione, emerge come le linee guida adottate nell'esperienza anglo-americana consentono, nell'orientare il modo di procedere degli organi inquirenti, di stravolgere i regimi di responsabilità vigenti nel diritto sostanziale¹⁵⁸ per renderli ancora più adeguati all'ambito in questione— le persone giuridiche — rappresentando così un modello di riferimento per gli altri ordinamenti nella lotta al contrasto della criminalità economica.

¹⁵⁵ Si veda *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Directors' response to the public consultation*, cit., § 54.

¹⁵⁶ Sul punto MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese*, cit., 187.

¹⁵⁷ Vedasi MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., 86.

¹⁵⁸ Sul punto, può leggersi MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese*, cit., 190. L'autore sostiene che si tratta di un approccio lodevole, caratterizzato da un maggior pragmatismo, che è il risultato di «scelte di politica criminale (affidate al pubblico ministero quale organo deputato a dare attuazione alle scelte di politica criminale) maturate in sistemi nei quali da tempo si tenta di individuare strumenti capaci di conciliare le esigenze di giustizia, da un lato, e del mercato, dall'altro».

3. L'esperienza americana e gli strumenti di diversione processuale come possibile modello per l'ordinamento italiano? Alcune conclusioni intermedie

Negli ordinamenti di area anglo-americana, la *diversion* viene vista, anche grazie alla evoluzione che si è avuta di questo strumento nel corso degli ultimi anni, come uno strumento privilegiato – ed oramai ordinario – per il contrasto alla criminalità d'impresa, da preferire rispetto ai canali *standard* di repressione del reato, ovvero al procedimento penale. La necessità di inserire tali strumenti si è percepita soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso, anche in relazione alle motivazioni storiche che hanno portato allo sviluppo delle realtà economiche, la cui battuta finale – per il momento – è stata rappresentata dalla introduzione di una disciplina positiva ad *hoc* prevista dall'ordinamento inglese.

Il termine “diversione”, alla luce dell'esperienza maturata nella prassi statunitense sta avendo anche in Italia una sua consolidazione; si vuole indicare una modalità alterativa di reazione dello Stato all'illecito penale: non si esplica nella celebrazione del processo penale nella sua forma classica, ma bensì si intende sottrarre al procedimento penale quelle categorie di reati per cui si reputa, in seguito ad un'analisi sull'esistenza di requisiti e condizioni indicate, che il procedimento penale sia superfluo, o addirittura dannoso¹⁵⁹.

Si tratta di una modalità alternativa di accertamento della responsabilità dell'illecito, in altre parole uno strumento che consente di reprimere l'illecito verificatosi, mediante una scelta differente rispetto alla celebrazione del processo penale; consiste quindi in una alternativa al procedimento e non alla pena¹⁶⁰.

Gli strumenti di diversione non implicano che lo Stato rinunci all'esercizio della pretesa punitiva, la quale si realizza mediante delle “modalità informali”, che sono comunque idonee a raggiungere i medesimi scopi del processo penale “ordinario”: prevenzione del reato, recupero della legalità violata, reinserimento sociale del soggetto colpevole.

¹⁵⁹ In forza della diversione «i reati meno gravi, commessi da soggetti considerati poco pericolosi, vengono estromessi dal processo e risolti al di fuori della giustizia penale, tramite modalità informali», in merito BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 48.

¹⁶⁰ In tal senso, vedasi BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione”, cit.*, 48.

Il contesto attorno al quale si è sviluppato il concetto di diversione si caratterizza per il fatto di vedere l'intervento penale non più in maniera esclusivamente repressiva, ma piuttosto si fa strada l'idea secondo cui «l'intervento penale [...] retroceda dal suo principio repressivo e tendenzialmente "distruttivo", del "colpo e contracolpo", a favore di una ricostruzione positiva della pace sociale»¹⁶¹, alla doverosità dell'azione penale, inizia ad affiancarsi ed a svilupparsi un'apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità mediante delle procedure di c.d. giustizia negoziata.

Gli strumenti di diversione processuali consentono di attuare numerosi principi fondamentali cui mira il procedimento penale. Essi tendono innanzitutto alla realizzazione del principio dell'intervento penale come *extrema ratio*. La sanzione penale, intesa quale epilogo del procedimento, si pone quale ultima *chance* di cui dispone l'ordinamento per reagire all'illecito.

Gli strumenti di diversione indirettamente perseguono obiettivi di economia processuale, poiché riducono il numero dei processi penali indirizzandosi verso quelli ritenuti strettamente necessari, così consentendone la celebrazione in tempi ragionevoli. Conseguono la riduzione della popolazione carceraria, evitando l'applicazione di sanzioni penali detentive in seguito a procedimenti penali, dal momento che si tratta di reati per cui se il processo si rende inutile, ancor di più lo è l'applicazione di una pena detentiva. A riprova di ciò, vi è chi sostiene che la diversione deve essere considerata «indipendentemente da logiche premiali per l'imputato od economiche per il sistema: si tratta piuttosto del riconoscimento dell'inutilità o della dannosità del rito penale, come ingranaggio risolutore della vicenda che dovrebbe esserne oggetto, cui consegue la laica rinuncia al progredire»¹⁶².

Seppur si tratta di strumenti che hanno riscontrato una grande fortuna a livello internazionale, ad oggi, non è possibile rinvenire una definizione univoca del termine *diversion* e delle conseguente disciplina¹⁶³. Tuttavia, i singoli

¹⁶¹ Cfr. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU - H. V. SCHROLL, Vienna, 1999, 32.

¹⁶² V. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 67.

¹⁶³ Tuttavia, fin dai primi anni in cui si è iniziato a sviluppare il concetto di diversione processuale, si sentiva la necessità di prevedere delle disposizioni comuni per poter reprimere la criminalità economica a livello sovrastatale. A questo scopo è stato dedicato il XIII Congresso Internazionale

ordinamenti, recependo i vari stimoli dall'orizzonte internazionale, hanno predisposto autonomamente delle alternative al processo, adattando le singole peculiarità dei vari ordinamenti alle proprie realtà nazionali dei sistemi processuali, ottenendo quindi, ovviamente, dei risultati differenti¹⁶⁴.

Per quanto riguarda l'esperienza italiana, nel corso degli anni si sono avute diverse riforme che hanno contribuito ad introdurre dei percorsi di "diversione" rispetto al canale giurizionario ordinario nella reazione all'illecito. Si rinvencono nell'ordinamento italiano delle figure¹⁶⁵, assimilabili agli strumenti di diversione, come analizzati nell'esperienza anglo-americana, anche se non propriamente qualificabili come tali.

Il mancato pieno accoglimento delle alternative al processo nel nostro ordinamento pare sia dovuto in particolar modo alla barriera rappresentata dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, ai sensi dell'art. 112 Cost., secondo cui il pubblico ministero non può discrezionalmente decidere quali reati perseguire nell'esercizio l'azione penale.¹⁶⁶

Tuttavia, recentemente sono state fatte delle valutazioni che consentono di leggere il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in linea con gli strumenti di diversione processuale. In particolar modo secondo alcuni autori, l'art. 112 Cost. non è da considerarsi realmente ostativo all'applicazione e previsione di strumenti di diversione processuale nel nostro ordinamento. E ciò poiché una precisa indicazione legislativa dei criteri applicativi e dei parametri di valutazione che

di Diritto Penale, nel 1984, dove all'interno del documento preparatorio ai lavori è possibile trovare traccia di una definizione di diversione: «any deviation from the ordinary criminal process, before an adjudication of guilt by a court, which results in the suspect's participation in some form of non-penal program». Con la precisazione che per programma penale si specifica che deve consistere in una forma di intervento che non abbia lo scopo di punire ma bensì di riabilitare e di risolvere la mancanza sottostante a reato commesso. Vedasi HIRANO, KOS, RABCEWICZ, ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di Diritto Penale, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, f.1, 84.

¹⁶⁴ Sul punto vedasi BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione"*, cit., 49.

¹⁶⁵ Nel diritto penale dell'economia i principali strumenti di diversione processuali sono basati sul ravvedimento operoso *post factum* da parte del soggetto responsabile dell'illecito. Tali figure è possibile rinvenirle sia nella disciplina specifica in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ma anche nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa dipendente da reato dell'ente.

¹⁶⁶ Cfr. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, f.1, 52: «il principio di obbligatorietà dell'azione penale continua oggi a dominare l'orizzonte del processo penale italiano, lasciando così margini assai ridotti all'accoglimento nel sistema di meccanismi riconducibili all'area della diversione».

l'organo inquirente deve attuare nell'operare la scelta in questione, consentirebbe di rispettare il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in quanto i requisiti dell'agire siano dettagliatamente indicati dal legislatore.

Di conseguenza, gli strumenti di diversione processuale altro non sono che un modo alternativo che il pubblico ministero ha per perseguire alcuni reati, in ipotesi in cui si considera non necessario il processo penale, si tratta di applicare delle modalità dell'esercizio dell'azione penale diverse da quelle classiche.

L'attuazione di strumenti di diversione non consisterebbe nel dare al pubblico ministero la possibilità di decidere discrezionalmente se e come esercitare l'azione penale, ma bensì rappresenterebbe una modalità alternativa con cui il pubblico ministero può assolvere i propri doveri. Pertanto in quest'ottica il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe rispettato «non tanto nel momento in cui ogni notizia di reato viene perseguita penalmente, come la lettera della Costituzione sembra suggerire, quanto tramite la tutela della *ratio* ad essa sottesa, che potrebbe essere ugualmente rispettata, a certe condizioni, anche laddove alcuni reati vengano perseguiti con modalità diverse da quelle classiche, in assenza di un'azione penale formale»¹⁶⁷.

In conclusione, oltre al fatto che i sistemi di diversione processuale consentirebbero di attuare obiettivi fondamentali in termini di economia processuale, si rileva che l'attuazione delle forme di diversione contribuirebbero a superare l'*impasse* che si è venuto a creare in merito al giudizio di idoneità ed efficace attuazione del modello organizzativo *ex art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001*, dal momento che i *compliance programs* rappresenterebbero il fulcro dell'accordo tra autorità inquirente e ente indagato, con necessario avallo del giudice al fine di consentire l'archiviazione del procedimento penale.

L'utilizzo degli strumenti di diversione potrebbe consentire, innanzitutto, di positivizzare – in termini di maggior chiarezza – i contenuti dei *compliance programs*, come conseguenza dell'indicazione da parte del legislatore delle precise condizioni e prescrizioni che l'ente deve soddisfare per poter accedere alle forme di diversione. Inoltre i predetti strumenti contribuirebbero anche a rendere il giudizio di valutazione dei modelli organizzativi quale giudizio *ex ante*, in modo

¹⁶⁷ In questi termini si esprime BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione"*, cit., 58.

tale da poter effettivamente dirsi attuato il sistema preventivo alla base del decreto legislativo sulla responsabilità da reato degli enti¹⁶⁸.

L'esperienza degli ordinamenti anglo-americani rappresenta, quindi, un punto di partenza per l'interprete, fornendo spunti di riflessione notevoli per testare il funzionamento di eventuali soluzioni che l'ordinamento italiano potrebbe, in una prospettiva futura, attuare con le dovute cautele, tenendo in considerazione quelli che sono i principi fondamentali del sistema costituzionale.

¹⁶⁸ Così MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese*, cit., 200.

CAPITOLO II

L'ESPERIENZA ITALIANA. LE INTERNAL INVESTIGATIONS NEL SISTEMA ITALIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione all'istituto e finalità delle indagini investigative. – 2. L'attivazione di una indagine interna: le varie fonti. – 2.1. Le indagini a seguito di una segnalazione interna. – 2.1.1. Il *Whistleblowing*. Quadro normativo e disciplina. – 2.1.2. *Whistleblowing* e *internal investigation*. – 2.2. Alcune problematiche penalistiche connesse alla disciplina normativa del *whistleblowing* nel settore privato – 2.3. Le indagini a seguito della notizia di un'indagine penale o amministrativa. – 3. Le variabili del processo decisionale. – 3.1. Esistono degli obblighi giuridici in capo agli organi sociali per l'avvio di un'indagine interna?. – 3.2. Costi e benefici da ponderare nella decisione. – 4. Gli attori delle indagini interne societarie. – 4.1. L'Organismo di Vigilanza. – 4.1.1. La composizione e le caratteristiche dell'Organismo di Vigilanza. – 4.1.2. Le attività dell'Organismo di Vigilanza. – 4.1.3. Le investigazioni interne e l'Organismo di Vigilanza. – 4.1.4. Profili di responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza. – 4.2. *Internal Audit*. – 5. La prassi operativa e le tecniche di indagine. – 5.1. Le fasi principali di un'indagine interna dall'*Alert* alla *Collaboration*. – 5.2. Il *Risk Assessment*. – 5.3. La pianificazione e inizio delle indagini. – 5.4. Il cuore delle indagini: la fase dell'*Execution*. – 5.4.1. Ricerca e analisi documentale – 5.4.2. Le indagini digitali forensi: *E-discovery* e *Data Analytics*. – 5.4.3. Le interviste. – 5.5. La conclusione delle indagini: *reporting* e *remediation*. – 6. La gestione degli esiti delle indagini. – 6.1. Utilizzo dei risultati ottenuti a seguito dello svolgimento delle indagini. – 6.2. Investigazioni interne e ravvedimento dell'ente ex artt. 12 e 17 d.lgs. n. 231/2001.

1. Introduzione all'istituto e finalità delle indagini investigative

Il decreto legislativo n. 231 del 2001, introducendo per la prima volta nell'ordinamento italiano la responsabilità delle persone giuridiche, ha rappresentato certamente una "rottura epocale" rispetto alla tradizione giuridico-legislativa italiana¹, superando il brocardo latino, fino a quel momento ritenuto intoccabile, *societas delinquere non potest*. La previsione di una responsabilità propria delle persone giuridiche ha mostrato come l'Italia si sia avvalsa, sotto diversi profili, dell'esperienza maturata in altri ordinamenti, primo fra tutti l'ordinamento statunitense, non soltanto per quanto attiene l'adozione funzionale

¹ V. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del convegno organizzato dalla facoltà di giurisprudenza e dal dipartimento di diritto comparato e penale* (15-16 marzo 2002), PALAZZO (a cura di), Padova, 2003, 320.

dei Modelli organizzativi di gestione e controllo, che si riflettono nei c.d. *compliance programs*, i quali, infatti, hanno sicuramente rappresentato per il legislatore italiano l'antefatto storico-giuridico; ma anche tenendo in considerazione le riflessioni mosse dalla dottrina statunitense, con riferimento all'applicazione e l'utilizzo della pena pecuniaria nella lotta alla criminalità degli enti.² L'impianto normativo posto alla base della disciplina sulla responsabilità *ex crimine* degli enti viene immaginato come un sistema che poggia le fondamenta sull'idonea ed efficace attuazione dei Modelli organizzativi, ai sensi dell'art. 6 del citato decreto, il quale pone in capo all'ente un onere di allegazione di fatti impeditivi della propria responsabilità³. L'ente, attraverso i soggetti inseriti all'interno della struttura, può rendersi responsabile della commissione di un fatto illecito commesso al proprio interno, e ne risponde, salvo essersi dotato di un Modello reputato idoneo e a cui sia stata data efficace attuazione⁴.

È necessario quindi che l'ente si adoperi affinché i requisiti di idoneità ed efficacia vengano riconosciuti con riferimento al Modello organizzativo adottato. In questa prospettiva, il sistema di controllo interno gioca un ruolo fondamentale, consentendo all'ente di eliminare quasi completamente il rischio per la commissione di illeciti; sembrerebbe che per aversi un adeguato ed efficace sistema di controllo interno sia necessario che i controlli si snodino in tre diversi "momenti" essenziali: "prevenire" "rilevare" e "porre rimedio", ritenendosi che il combinato di tali momenti possa garantire all'ente un effettivo controllo interno, atto a eliminare quasi completamente il rischio che alcuni esponenti della società possano commettere illeciti eludendo e violando il sistema di regole e controlli aziendali.⁵

² Così GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, 19. Si rinvia alla estesa trattazione comparativa in DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 37-57.

³ Sulla natura di tale previsione normativa v. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, Torino, 2020, 24 ss.

⁴ «Il Modello non deve essere un bell'abito, ma deve essere un abito usato, noi pubblici ministeri non vogliamo MOG perfetti ma MOG osservati ed effettivamente vigenti in azienda». Così SANTORIELLO, *La valutazione giudiziale del Modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei Modelli Organizzativi*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, 2, 198.

⁵ Così COTTONE, MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione nazionale e internazionale*, Milano, 2014, 10 s. Gli autori definiscono il sistema di controllo aziendale come «l'insieme di strumenti, strutture organizzative, norme e regole aziendali volto a consentire una conduzione dell'impresa corretta, rispettosa delle norme e delle regole interne ed esterne all'azienda e coerente con gli obiettivi aziendali attraverso un adeguato processo di identificazione,

Sinteticamente, il primo momento fondamentale per un efficace controllo interno è rappresentato dalla “prevenzione”, ovvero quell’attività volta a individuare i processi per poter successivamente redigere i modelli di controllo, il più possibile adeguati alla struttura organizzativa, volti a disciplinare ogni singolo momento dell’attività aziendale con lo scopo, quindi, di prevenire il realizzarsi di condotte illecite.

Con riferimento al “rilevare”, invece, deve intendersi quell’attività che viene posta in essere dall’azienda che si sostanzia nel «monitoraggio costante della corretta e adeguata applicazione dei modelli di controllo adottati»; costituisce, quindi, idealmente, la prosecuzione della fase precedente di prevenzione, sostanziandosi nella verifica di quanto adottato in partenza, ed è volta a rilevare se quanto previsto sia effettivamente adeguato all’azienda in questione. Rappresenta pertanto «un momento propedeutico all’individuazione di carenze del sistema di controllo interno». ⁶ A tal proposito, occorre evidenziare infatti che uno strumento importante del momento del “rilevare” possa essere rappresentato proprio dalla attività di investigazione interna ⁷, consentendo un monitoraggio costante dei principali tipi di rischio.

Da ultimo, tra le fasi fondamentali deve rilevarsi il momento del “porre rimedio” che rappresenta l’obiettivo principale delle fasi precedenti, consistendo per l’appunto nel momento di correzione da parte dell’organizzazione, sulla base dei risultati ottenuti dalle fasi precedenti.

misurazione, analisi, gestione e monitoraggio dei principali rischi, incluso il rischio di eventuali condotte illecite da parte di dipendenti «infedeli».

⁶ Sul punto v. sempre COTTONE, MANTOVANI, *La reazione dell’impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, cit., 10 s.

⁷ L’investigazione interna rappresenta un fenomeno recente, soprattutto per l’ordinamento interno, poiché si tratta di uno strumento che ha preso piede proprio in conseguenza dello sviluppo che si è avuto nell’ordinamento anglo-americano. In particolar modo, alla luce delle esperienze internazionali, si tratta di un fenomeno che ha preso piede con riferimento alle imprese multinazionali di grandi dimensioni, le quali avendo diverse sedi, poteva essere possibile che l’ente controllante fosse soggetto di diritto anglosassone dotato di *compliance programs*, già regolati sull’esigenza di azionare dei controlli sull’attività con la prospettiva di accedere ad incentivi nell’ipotesi di un’efficace cooperazione con le autorità. In riferimento D’ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L’investigazione interna nel procedimento a carico dell’ente: alcuni spunti per l’integrazione del modello di organizzazione di gestione*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2020, 1, 321.

Si definisce *internal investigation*⁸ quell'attività di controllo posta in essere dalla persona giuridica orientata ad accertare le possibili notizie riguardanti possibili violazioni di legge o delle *policy* aziendali, ed in generale volte a verificare complessivamente fatti che possano compromettere la società o i soggetti che operano al suo interno, da cui potrebbero scaturire delle responsabilità civili, amministrative o penali oppure che possano causare dei danni dal punto di vista reputazionale.⁹

Le investigazioni interne – alla luce del crescente espandersi delle aree di responsabilizzazione dell'impresa ed in particolar modo quando la criminalità d'impresa ha una dimensione transazionale coinvolgendo più giurisdizioni e regimi di *compliance* integrata – hanno rappresentato sempre di più uno strumento in grado di garantire all'impresa la possibilità di intervenire con maggior tempestività al verificarsi di condotte illecite, garantendo non solo la tracciabilità delle attività svolte, ma anche la possibilità di apportare i necessari aggiornamenti, una volta individuata la lacuna organizzativa.¹⁰ Le indagini interne venivano, infatti, utilizzate in origine come strumento di verifica dell'osservanza di *policy*, procedure e processi interni all'ente; tuttavia, visto il ricorso sempre maggiore a tale strumento, le indagini interne oggi consentono anche di svolgere delle verifiche ad ampio raggio delle possibili violazioni di legge commesse all'interno dell'ente e

⁸ In riferimento alla definizione di *internal investigations* non è possibile trovare una disposizione normativa che riesca a delimitare con precisione l'ambito delle investigazioni interne; a maggior ragione, infatti, non risulta esistente, al momento, un obbligo giuridico per le imprese di procedere ad *internal investigations*. Tuttavia, sembrerebbe possibile rinvenire un ancoraggio giuridico nella disposizione normativa del Codice civile che ai sensi dell'art. 2381 nel comma terzo individua i compiti e i doveri del consiglio di amministrazione, tra cui quello di «[...] valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società [...]»; ed, nel comma sei il dovere di «*agire informato*» che grava in capo all'organo amministrativo secondo cui «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato [...]». Per quanto attiene alle norme di *soft law*, potrebbe assumere rilevanza in tal senso il Codice di Autodisciplina delle Società Quotate, in cui si prevede tra i doveri del CdA di «provvedere alla gestione dei rischi in un'ottica di medio-lungo periodo». In riferimento si veda TOMBARI, *Governo Societario, compliance e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto*, Milano, 2017, 276 ss.

⁹ Sul punto D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti*, cit., 317; vedasi anche MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in Convegno ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMO DI VIGILANZA – AODV231, 2018.

¹⁰ V. BASSI, MORELLI, *Internal Investigations: uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, 4, 293.

della conseguente esposizione a rischi di natura civile, amministrativo o anche penale.¹¹

La conduzione da parte dell'ente di un'attività di controllo interno, che si sostanzia nelle indagini, da un punto di vista formale, potrebbe essere idealmente suddivisa in due macro-categorie: da un lato, le indagini interne c.d. aziendali, e, dall'altro lato, le indagini interne c.d. indipendenti¹². Le prime vengono definite "aziendali" in quanto lo svolgimento delle stesse risulta essere affidato esclusivamente al personale interno dell'organizzazione, ossia ai soggetti che si trovano nelle più immediate vicinanze spazio-temporali rispetto ai fatti oggetto dell'accertamento interno. Di norma, infatti, vengono coinvolte le funzioni di «*Internal Audit*», che possono essere eventualmente supportati anche dalle funzioni di «*Compliance*», «*Legal*» e «*Security*». Le seconde, invece, vengono definite "indipendenti" poiché, in questo caso, l'impresa adotta una decisione differente, affidando la conduzione dell'indagine a un consulente esterno, con specifiche competenze professionali e indipendente, il quale può intervenire a supporto degli organi di amministrazione e di controllo interno dell'ente.

La scelta sulla precisa tipologia da adottare con riferimento allo svolgimento dell'indagine interna è rimessa alla totale autonomia dell'ente, e tale decisione può variare a seconda dello stimolo ricevuto – i c.d. *input* – di avvio che spinge l'ente ad avviare un'indagine interna.

È possibile immaginare che la decisione dell'impresa, se affidarsi a un consulente esterno ovvero affidare le relative funzioni a soggetti interni, passi attraverso un'attenta analisi di quelli che possono essere i relativi vantaggi e svantaggi conseguenti ad una data scelta; e un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, considerando che, a seconda della modalità con cui vengono condotte le indagini e dei soggetti preposti allo svolgimento delle stesse, i risultati conseguiti potranno essere diversi, incidendo anche sulla credibilità dei dati raccolti.

Per quanto attiene alla tipologia delle indagini interne c.d. aziendali, tra i possibili vantaggi che questa scelta può comportare: vi è da un lato, la migliore

¹¹ In riferimento v. MANCUSO, "Indagini interne" disposte dall'ente: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 5, 1254.

¹² In tal senso CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, Atti del Convegno AODV231 – "L'Organismo di Vigilanza tra Indagini Interne e Investigazioni Processuali" Milano, 17 giugno 2013, 6.

conoscenza della realtà aziendale e dei soggetti che vi operano all'interno, soprattutto quando sono in gioco strutture organizzative particolarmente complesse, magari anche comprensive di sedi transnazionali. In questi casi la conduzione dell'indagine effettuata in prima persona da soggetti interni consente di avere un quadro preciso degli aspetti interni, e di avere dei contatti diretti con le dinamiche aziendali. Dall'altro lato, anche da un punto di vista economico, sicuramente affidare lo svolgimento delle indagini a funzioni interne all'ente consentirebbe di poter prevedere un risparmio di spesa in tal senso.

Tuttavia, le indagini interne c.d. aziendali presentano non poche criticità a partire dal fatto che, nelle ipotesi in cui lo svolgimento di determinati accertamenti richieda delle competenze specifiche e professionali, queste potrebbero non essere possedute da soggetti interni all'ente, in quanto le funzioni interne potrebbero non avere alcuna conoscenza per la specifica materia in questione; ovvero potrebbero avere una minore disponibilità di tempo per lo svolgimento dell'indagine, poiché si tratterebbe di un'attività ulteriore da aggiungersi alla normale funzione ricoperta all'interno dell'azienda; e infine soggetti interni all'ente godono di una minore indipendenza, in quanto si tratta di risorse che sono parte dell'organizzazione causando di riflesso anche una minore credibilità dei risultati ottenuti.

Queste problematiche e criticità potrebbero essere invece risolte nel caso in cui la conduzione delle indagini venga invece affidata a soggetti esterni, che possono essere individuati proprio perché esperti e competenti nelle specifiche materie per cui si richiede l'attività di accertamento, per di più si tratterebbe di soggetti dotati di specifiche competenze con riferimento alla casistica del catalogo dei reati-presupposto indicati nel d.lgs. 231/2001; essi, inoltre, possono svolgere le indagini usufruendo del tempo necessario, in virtù dell'incarico ricevuto dall'impresa per lo svolgimento dell'indagine; e soprattutto si caratterizzano per una maggiore indipendenza¹³ rispetto all'organizzazione complessa, e pertanto godono di una maggiore credibilità rispetto alle risultanze.

¹³ L'indipendenza del consulente esterno andrà verificata mediante delle apposite procedure di «*conflict checks*»; e inoltre l'attività professionale del consulente svolta nei confronti dell'ente sarà coperta da un «*confidentiality agreement*», in modo che le informazioni acquisite rimangano confidenziali e non rischiano di essere divulgate. Nel caso in cui la società che decide di affidare l'incarico ad un soggetto esterno sia una società quotata in tal caso, si aggiungeranno tutte quelle previsioni normative quali ad esempio le restrizioni previste sulle informazioni privilegiate. Sul

L'attività di indagine interna è in grado di raggiungere diversi obiettivi che l'ente può prefissarsi in linea con una maggiore conoscenza e rispetto delle procedure interne. Le indagini interne consentono infatti alla società di poter perimetrare il fenomeno per comprendere l'estensione e la pervasività che il fatto illecito abbia avuto in concreto; di identificare le eventuali anomalie ed i soggetti che risultano coinvolti nella condotta, ricostruendone anche i rispettivi ruoli, di modo da separare le responsabilità gestionali, a seconda della carica ricoperta ovvero delle eventuali deleghe di funzioni; di quantificare gli effetti economici e le conseguenze che ne possono derivare sotto diversi profili sia patrimoniali ma anche da un punto di vista reputazionale; di raccogliere e analizzare le prove documentali, che possono essere sia di natura cartacea o digitali, anche al fine di supportare i legali per eventuali azioni da intraprendere; e infine indirizzare le opportune azioni correttive volta a colmare le lacune organizzative che si sono riscontrate e che hanno portato al verificarsi del fatto illecito.¹⁴

Due, in linea di massima, possono dirsi le finalità¹⁵ che spingono l'impresa a valutare l'opportunità di avviare un'investigazione interna, a prescindere dal fatto che l'ente risulti effettivamente offeso dal reato ovvero quale potenziale imputato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Una prima finalità può dirsi *interna* o "*riparativa*", poiché è finalizzata a "mappare" la tenuta del sistema di controllo interno, che nella sostanza si identifica con il Modello organizzativo adottato dall'ente; pertanto, viene svolta con l'intento di saggiare la tenuta di tali controlli, e di rimediare alle eventuali carenze e debolezze riscontrate dell'organizzazione. Le investigazioni interne, a titolo esemplificativo¹⁶, possono essere utili per assicurare agli organi competenti un'adeguata conoscenza dei fatti avvenuti; per impedire che eventuali violazioni o condotte illecite siano ripetute o producano effetti ulteriori; per verificare i presupposti per l'avvio di eventuali provvedimenti disciplinari. Nella maggior parte

punto è possibile leggere la presentazione di CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 7.

¹⁴ V. CATTANEO, *Le indagini interne*, cit. 15.

¹⁵ Sul punto ampiamente MANCUSO, "*Indagini interne*" *disposte dall'ente*, cit., 1255.

¹⁶ In riferimento v. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Milanofiori Assago, 2020, 108.

dei casi, l'avvio di un'indagine con la finalità *interna*, intesa, quindi, come strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica di un'efficace attuazione del Modello organizzativo, ed in generale del sistema di controllo interno, potrebbe originare dalla segnalazione di un *whistleblower*. Si tratta di uno strumento di grande importanza in quanto, ove la segnalazione ricevuta appaia avere dei margini di fondatezza, l'impresa potrà attivare una indagine interna, che, in ogni caso risulterà proficua all'ente poiché, o ne potrà svelare la sua assoluta infondatezza nel merito ovvero se, all'esito dei controlli, ne rileva la fondatezza, consente all'ente di gestire immediatamente la carenza organizzativa, adottando in maniera tempestiva quelle misure di contrasto, atte a colmare il *gap* verificatosi e neutralizzare il rischio reato.¹⁷

Inoltre, anche nell'ipotesi in cui l'impresa non abbia adottato un Modello organizzativo, comunque, le indagini interne possono rivelarsi di estrema utilità in tal senso, poiché i risultati ottenuti dall'investigazione saranno in grado di consentire all'ente di adottare un Modello *ex post* che sia il più possibile adatto alla specifica realtà aziendale; e, soprattutto, esse accrediteranno l'ente in modo virtuoso, dimostrandone la fattiva volontà di tendere alla legalità, nell'ipotesi in cui dovesse aprirsi un procedimento penale nei suoi confronti. Dal momento che lo svolgimento di un'indagine si sostanzia in un comportamento proattivo dell'ente in grado di reagire alla eventuale violazione, ciò è indice di un comportamento virtuoso dell'ente atto ad allontanare il sospetto che l'impresa benefici della situazione irregolare, dimostrando, invece, di essere propensa all'immediato ripristino della situazione *quo ante* – dando prova in questo modo anche dell'efficacia del sistema di gestione dei rischi-reato, che si dimostra in grado di funzionare autonomamente con l'uso delle sole risorse interne.¹⁸

Una seconda finalità ascrivibile alle investigazioni interne può essere definita *esterna* – in quanto non attinente alla fisiologica attività dell'ente – o definita anche “*processuale*”, poiché finalizzata all'ipotesi in cui venga instaurato un procedimento penale per accertare la responsabilità dell'ente.

¹⁷ V. BASSI, MORELLI, *Internal Investigations*, cit., 294.

¹⁸ In questi termini si esprimono D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 319.

Con riferimento a questa specifica finalità, avremo modo di approfondire il tema nel corso nel capitolo III¹⁹, dedicato, per l'appunto, ai rapporti tra l'*internal investigation* e il procedimento penale tra la persona fisica e l'ente.

2. L'attivazione di una indagine interna: le varie fonti

L'ipotesi che venga intrapresa un'indagine interna, ponendo in essere le relative attività, può essere innescata da varie fonti: l'ente può essere spronato a decidere di avviare un'investigazione interna da una molteplicità di segnalazioni.

Anzitutto, la scelta di operare un'*internal investigation* potrebbe venire da eventi interni all'ente stesso: mediante una segnalazione interna di possibili illeciti proveniente dai sistemi di *whistleblowing*, che consistono in appositi *canali* predisposti all'interno dell'azienda i quali consentono ai soggetti interni all'ente di segnalare eventuali fatti illeciti, anche in maniera anonima.

Al tempo stesso, comunque, l'opportunità di predisporre un'indagine interna potrebbe provenire da eventi esterni ed essere determinata, ad esempio, da una richiesta rivolta da alcuni organismi indipendenti²⁰, preposti alla verifica di determinati processi dell'attività svolta dalla società, i quali a seguito di determinati controlli ispettivi richiedano all'ente la documentazione necessaria ovvero di illustrare in che modo l'ente ha attuato ed organizzato la propria struttura al fine di risultare *compliant* nel settore di riferimento.²¹ In questi casi, la finalità delle

¹⁹ V. *infra*, cap. III, par. 1.

²⁰ In ragione delle diverse regolamentazioni speciali che prevedono lo svolgimento di attività ispettive e di controllo da parte di autorità indipendenti nei confronti delle società, quali ad esempio Banca d'Italia, ANAC, CONSOB e IVASS che svolgono delle funzioni di: regolamentare, ispettiva e sanzionatoria. Quello che si verifica nella prassi, è che a seguito delle attività di ispettive-controllo delle Autorità Indipendenti, se emerge un fatto che costituisce un illecito, ciò determina parallelamente all'indagine che sarà avviata dal Pubblico Ministero, anche l'avvio di un'indagine interna da parte della stessa Autorità Indipendente, per cui la società potrà valutare di avviare un'indagine interna nel momento in cui riceve una segnalazione da tali organismi, al fine di poter fornire informazioni utili anche nei confronti di tali Autorità, potendo ottenere anche in questa ipotesi dei benefici sulla sanzione che sarà in concreto da applicarsi per la violazione rilevata. Possono leggersi dei riferimenti in D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 320.

²¹ I poteri di indagine che vengono riconosciuti in capo alle Autorità amministrative Indipendenti possono essere di diverso tipo, anche se non è possibile rintracciare una disciplina unitaria in materia, è comunque noto che tali organismi sono in grado di svolgere delle indagini, anche sufficientemente penetranti nei confronti delle società, poiché godono di sufficienti poteri e corrispettive sanzioni amministrative. Inoltre, anche se tali Autorità Indipendenti si caratterizzano per dei poteri meno incisivi rispetto al Pubblico Ministero o alla Polizia Giudiziaria, sono fortemente rispettati, anche alla luce delle conseguenze penali previste in caso di omessa collaborazione da

internal investigations sarà quella di creare una base di informazioni e dati necessari per un riscontro delle richieste provenienti da parte delle Autorità Amministrative Indipendenti, cercando così di ridurre il rischio di contestazioni originante da un errato flusso informativo tra ente e Autorità di Vigilanza; e anche dando la possibilità all'ente di introdurre a giudizio una documentata interpretazione difensiva dei fatti occorsi a seguito delle contestazioni mosse dall'Autorità Indipendente, poiché, nella prassi, le contestazioni vengono elaborate in via del tutto unilaterale.²²

Diversamente, l'investigazione interna potrebbe seguire all'acquisizione di una notizia di reato, di cui l'ente può venire a conoscenza tramite il compimento di atti investigativi. Tali atti possono essere posti in essere dall'autorità giudiziaria, che nel corso delle indagini preliminari può compiere atti di indagine c.d. "a sorpresa", portando solo in quel momento alla conoscenza dell'ente la notizia di un procedimento penale pendente, il quale può essere sia a carico di un soggetto apicale o subordinato, ovvero ad accertare la responsabilità *ex crimine* dell'ente, spingendo così l'impresa ad avviare un'indagine interna per le finalità suindicate, *in primis* per adottare una corretta strategia difensiva.²³

Infine, un ulteriore *input* allo svolgimento di un'investigazione interna potrebbe provenire da segnalazioni poste in essere dall'Organismo di Vigilanza, a seguito delle attività di controllo svolte da quest'ultimo, in linea con le funzioni che esso ricopre, ovvero dalle componenti *in-house* istituite all'interno della società, quali ad esempio il responsabile della funzione di *internal audit*, il responsabile degli affari legali e, se esistente, il responsabile della *compliance* e della valutazione dei rischi.

Può evincersi, pertanto, che le segnalazioni in grado di innescare nell'ente la decisione di svolgere delle indagini interne possono essere diverse, e provenire da soggetti od organi diversi, anche a seconda di quella che è la precisa struttura

parte della società alle richieste di tali organismi, ai sensi dell'articolo 2638 c.c. rubricato "Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza".

²² Così BILIGOTTI, *Ragioni, finalità, team e action plan*, in E. DI FIORINO, G. FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 5 s.

²³ In questi termini, D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 320.

adottata dall'azienda e dell'oggetto in questione che merita degli approfondimenti investigativi.

Da ultimo, un fattore estremamente importante che la società non può trascurare nell'ipotesi di avviare un'indagine interna deriva anche dalla divulgazione di notizie di stampa che rivelino eventuali fatti illeciti verificatisi nel contesto aziendale ovvero che accennino all'inizio di un'inchiesta giudiziaria nei confronti di soggetti interni all'ente che ricoprono posizioni apicali. Il diffondersi di notizie di tal genere suscita nell'ente il bisogno immediato di disporre una serie di attività volte a far luce sulla vicenda o sui fatti, oggetto della notizia, considerando anche l'enorme danno reputazionale che ciò può comportare, a prescindere dalla fondatezza della notizia. Per di più, se si tratta di notizie infondate, onde evitare che il propagarsi delle stesse possa causare dei danni di immagine considerevoli, se l'ente aveva già da tempo predisposto adeguati strumenti di indagine interna – garantendo così un costante monitoraggio della gestione – per quanto non potrà dirsi al riparo dal verificarsi di situazioni simili, esso sarà nelle condizioni di poter immediatamente rispondere “all'attacco subito” dimostrando con dati certi l'infondatezza della notizia, potendo reperire le informazioni in tempi rapidissimi.

È evidente, quindi, che la tempestività nell'avvio di un'investigazione interna non solo rappresenterebbe un fattore decisivo nell'ottica di una possibile collaborazione con le autorità, ma altresì consentirebbe all'ente di porre in essere un Modello di organizzazione, gestione e controllo effettivamente idoneo e capace di reagire davanti a possibili condotte illecite.²⁴

²⁴ Ciò che ne risulta è che l'ente sia sempre spronato ad operare nei corretti binari della legalità, e laddove si verificano delle lacune organizzative, possa intervenire tempestivamente, andando a colmare i *gap* verificatisi, e impedendo che possano realizzarsi danni ulteriori. Così, D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 320

2.1. Le indagini a seguito di una segnalazione interna.

2.1.1. Il *Whistleblowing*. Quadro normativo e disciplina.

A partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso si è sempre più intensificata a livello globale la lotta per il contrasto dei fenomeni corruttivi²⁵. In ambito nazionale, a partire dalla riforma attuata con la l. n. 190/2012, il legislatore ha puntato maggiormente sulla componente preventiva, in ottica *ex ante*, innovando il tradizionale approccio focalizzato sul momento sanzionatorio²⁶. Proprio in questo mutato contesto si inserisce l'istituto del *whistleblowing* e la protezione del segnalante²⁷, che risponde «all'obiettivo di prevenire possibili conflitti di interessi o comunque situazioni che possano favorire il radicarsi di fenomeni corruttivi».²⁸

Il fenomeno del *whistleblowing*, di origine anglo-americana²⁹, è stato introdotto nel nostro ordinamento per la prima volta con la l. n. 90 del 2012 intitolata "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e

²⁵ In argomento SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2016, fascicolo n. 3, 635 ss. La lotta alla corruzione nel corso degli ultimi anni ha interessato ampi settori del diritto penale interno, e le ragioni alla base di questo maggiore interesse verso i fenomeni corruttivi sempre essere «Per un verso, si è assistito dal punto di vista criminologico all'emersione di una corruzione sistematica: le inchieste del Pool di Mani Pulite hanno messo in risalto come il patto corruttivo si presentasse sempre meno come isolato mercimonio delle funzioni da parte del pubblico agente, per prospettarsi di contro quale stabile accordo. Per altro verso, si è chiaramente affermata l'idea che la corruzione in un limite al suo spettro di incidenza beni quali il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione ma lede altresì l'economia pubblica, la leale concorrenza tra imprese».

²⁶ In argomento SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, cit., 640. «Il vero cambio di prospettiva avviato dalla legge n. 190 del 2012 nella lotta alla corruzione è dato dalla valorizzazione della componente preventiva. [...] mutamento di approccio al contrasto del fenomeno corruttivo si realizza con l'estensione di fatto, seppur con gli opportuni adattamenti, la pubblica amministrazione dell'esperienza maturata nel settore con la disciplina in tema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231 del 2001. Si vuole con ciò rafforzare anche nella pubblica amministrazione l'etica della responsabilità e spingere la struttura organizzativa a dotarsi delle cautele e dei presidi necessari a minimizzare il rischio reato».

²⁷ Così CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001* (art. 1, comma 51), in MATTARELLA, PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 246-248.

²⁸ Così SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, cit., 640.

²⁹ Il *whistleblowing* si sviluppa nei contesti di *common law* a partire dagli anni '50; in particolar modo negli USA, l'attenzione da parte del legislatore americano al tema viene infatti testimoniata da diversi provvedimenti culminati con il "*Sarbanes Oxley Act*" (2002) ed il "*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (2011), invece in Gran Bretagna con il "*Public Interest Disclosure*". L'attenzione per questo fenomeno, che nasce nel mondo anglosassone, diviene di attualità a livello globale, coinvolgendo, da un lato, aspetti relativi a riservatezza e lealtà verso l'organizzazione di appartenenza e, dall'altro lato, la necessità di prevedere strumenti il più possibile idonei nella lotta alla corruzione. Cfr. PAGANELLI, *Whistleblowing. Gestione e tutela delle segnalazioni di illeciti*, in *Azienditalia*, 2019, n.12, 1731 ss.

dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione”, dove all'art. 1, comma 51 si prevede l'inserimento dell'art. 54-*bis* nel d. lgs. 30 marzo 2001 n. 65, che disciplina, per l'appunto, la “Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti”³⁰.

La disciplina del *whistleblowing* venne introdotta inizialmente solo nell'ambito del settore pubblico³¹ e il relativo regime di tutela si applicava solo se il segnalante era un lavoratore alle dipendenze di una pubblica amministrazione, il quale, grazie alla sua qualità di “*insider*” nella struttura organizzativa, poteva venire a conoscenza di un illecito con maggiori facilità.

La materia è stata in seguito innovata dalla legge n. 179 del 2017 intitolata “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato” la quale ha previsto una nuova regolamentazione del fenomeno nel settore pubblico, e ha introdotto, per la prima volta, anche nel settore privato una disciplina normativa sul tema³².

In particolar modo, il legislatore ha ritenuto di introdurre una serie di regole sul *whistleblowing* nel contesto del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, con la quale si è prevista la possibilità di istituire specifici sistemi di tutela per coloro che operassero delle segnalazioni di condotte o fatti illeciti; e con riferimento al settore privato, la relativa disciplina si è sviluppata avuto riguardo ai Modelli di organizzazione, gestione e controllo (c.d. MOG): infatti, il sistema che ruota attorno al *whistleblowing* viene introdotto nel contesto della responsabilità *ex crimine* dell'ente come ulteriore requisito di idoneità del modello organizzativo.

Nel dettaglio, nell'art. 6 del decreto, nel comma 2-*bis*, si prevede una regolamentazione specifica con riferimento ai canali di segnalazione che l'ente

³⁰ L'art. 54-*bis* del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 prevede che: «il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia». Per un approfondimento vedasi PESENATO A., PESENATO E., *Organismo di Vigilanza: ex D.lgs. 231/2001*, VII edizione, Milano, 2019, 622 ss.

³¹ La disciplina è stata integrata con il D.L. n. 90 del 2014, che modificando l'art. 54-*bis*, introduce anche l'ANAC come soggetto destinatario delle segnalazioni di *whistleblowing*. Quindi l'ANAC è chiamato a gestire le segnalazioni provenienti, oltre che dal proprio interno, anche da altre Amministrazioni Pubbliche.

³² Sul punto vedasi TURTURIELLO, *Il ritardo dell'Italia nel recepimento della direttiva europea sul whistleblowing*, in *Azienditalia*, 2022, n.3, 592.

deve predisporre, all'individuazione dell'oggetto della comunicazione e la rispettiva tutela del *whistleblower*.³³ Bisogna precisare, però, che nonostante la previsione di una regolamentazione del *whistleblowing* abbia attinto anche il settore privato, permangono alcune criticità che potrebbero inficiare l'effettività del "nuovo" sistema.

È possibile notare, infatti, che nei confronti delle imprese sorge l'obbligo di dotarsi di uno o più "canali", in grado di consentire i c.d. "flussi informativi" per l'inoltro delle segnalazioni relative a illeciti o violazioni, le quali vengono rilevate durante lo svolgimento delle proprie attività, verso organi interni, competenti a recepire tali segnalazioni. È evidente, quindi, che aver previsto l'introduzione del *whistleblowing* per il settore privato all'interno del d. lgs. n. 231 del 2001, ha fatto sì che, ad oggi, la tutela del *whistleblower* sia prevista e disciplinata solamente per il lavoratore alle dipendenze di una impresa che ha adottato un MOG – che ricordiamo essere una scelta a discrezione dell'impresa – dato che l'istituzione dei "canali di segnalazione" costituisce un ulteriore requisito di idoneità del modello³⁴.

A seguito delle recenti evoluzioni sul tema, la situazione normativa, nel settore privato, è destinata a subire notevoli cambiamenti, soprattutto in termini di espansione della tutela prevista nei confronti del segnalante. E ciò in conseguenza della necessità di adeguare la normativa nazionale alla recente direttiva (UE) 2019/1937³⁵, con cui vengono stabilite norme minime comuni volte a garantire la

³³ Al fenomeno del *whistleblowing* nel settore privato è stata dedicata una regolamentazione puntuale, frutto delle interpolazioni all'art. 6 operate dall'articolo 2 della l. n. 179 del 2017; in particolar modo vengono introdotti tre nuovi commi all'articolo 6: comma 2-bis, ter, quater. Vengono arricchiti gli adempimenti relativi ai modelli di organizzazione, in grado di escludere la responsabilità degli enti per i reati commessi da soggetti al suo interno, nel suo interesse o vantaggio.

³⁴ Si veda TURTURIELLO, *Il ritardo dell'Italia nel recepimento della direttiva europea sul whistleblowing*, cit., 592.

³⁵ La direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione sul posto di lavoro; in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 26 novembre 2019. A norma dell'articolo 26, il termine di trasposizione della direttiva scadrà il 17 dicembre 2021 ed è previsto un ulteriore termine che scadrà il 17 dicembre 2023 con riferimento all'obbligo, fatto ai soggetti del settore privato aventi date più di 50 e meno di 250 lavoratori, di dotarsi di canali di segnalazione interna. In attesa delle indicazioni che verranno date in sede di recepimento della direttiva, si consiglia alle Pubbliche Amministrazioni ed enti di verificare le indicazioni che vengono date nelle Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che vengono adottate sentito il Garante per la protezione dei dati personali. Cfr. TURTURIELLO, *Il ritardo dell'Italia nel recepimento della direttiva europea sul whistleblowing*, cit., 594. Per maggiori dettagli v. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist. pen.*, 6 dicembre 2019.

protezione dei *whistleblowers*, che segnalano violazioni relative a specifici settori del diritto dell'Unione sul posto di lavoro negli ordinamenti dei Paesi Membri. Nel dettaglio, per quanto attiene al campo di applicazione dell'istituto, esso dovrebbe riguardare indistintamente tutte le imprese con più di 250 dipendenti. Per tali ragioni, a seguito dell'implementazione della direttiva nel sistema italiano, si dovrebbe superare il limite di applicazione alle sole imprese che si siano dotate di un Modello organizzativo interno, e di conseguenza prevedere un'applicazione su larga scala, la quale sarebbe idonea a garantire anche una tutela maggiore del segnalante.

Bisogna comunque evidenziare che, all'inizio del 2022 – quindi oltre i termini stabiliti per il recepimento della direttiva (UE) 2019/1937 a tutela del *whistleblowing* – il presidente dell'ANAC, Giuseppe Busia³⁶, ha ribadito da un lato l'inadempimento dell'Italia e dall'altro, ha ribadito l'importanza che i *whistleblowers* svolgono nella lotta e prevenzione della corruzione.

Il *whistleblowing*, tralasciando le diatribe di carattere linguistico sull'esatta definizione del termine³⁷, tradotto letteralmente con il termine “soffiare il

³⁶ Il presidente dell'ANAC, Giuseppe Busia, ribadisce come: «[...]la lotta alla corruzione non ammette cedimenti o che si abbassi la guardia. I *whistleblower* svolgono un ruolo essenziale nel portare alla luce fatti corruttivi o fondati sospetti di illeciti che possono minacciare l'interesse pubblico [...] proteggere i *whistleblower* da comportamenti ritorsivi è l'imperativo di organizzazioni internazionali, governi e organizzazioni della società civile convinti che sia un efficace meccanismo di prevenzione e lotta alla corruzione, e di tutela del diritto alla libertà di espressione. I segnalatori di malaffare sono molte volte le prime vittime delle loro stesse rivelazioni, dovendo affrontare spesso minacce e ritorsioni sul posto di lavoro, isolamento e stress psicologici di notevole entità». V. www.anticorruzione.it.

³⁷ La difficoltà nel nostro Paese di individuare un termine, con cui tradurre letteralmente il concetto di *whistleblowing* si collega soprattutto a riflessioni di tipo culturale e sociologico, dovute all'atteggiamento che si intende assumere nei confronti del soggetto “segnalante”: se considerarlo una figura positiva, essenziale nella lotta al fenomeno corruttivo, ovvero una figura negativa, vista quasi come un traditore, che rivela informazioni interne alla propria organizzazione. Si veda NEAR, MICELI, *Blowing the Whistle: The Organizational and legal implications for companies and employees*, New York, 1992, 1 ss.

Con riferimento all'Italia, la discussione sul significato da attribuire a tale termine ha richiesto un'apposita “mozione d'ordine” da parte dell'Accademia della Crusca. In particolar modo, affermano che «se guardiamo alla forma originale, il composto inglese, parafrasabile letteralmente come ‘chi soffia (*blower*) nel fischietto (*whistle*)’, deriva dall'espressione metaforica *to blow the whistle* che, inizialmente (a partire dai primi anni '30 del Novecento, stando alle attestazioni dell'*Oxford English Dictionary*), veniva usata col significato di ‘interrompere qualcosa bruscamente’ proprio come farebbe un arbitro con un colpo di fischietto.

L'espressione acquista poi nell'uso informale, di registro basso, il senso ulteriore, connotato negativamente, di ‘vuotare il sacco, rivelare (proditoriamente) informazioni riservate e incriminanti su qualcuno’». Cfr. ACCADEMIA DELLA CRUSCA, *Che cosa indica e come si traduce la parola inglese whistleblower?* TORCHIA (a cura di), in www.accademiadellacrusca.it, 2014.

fischietto”, viene definito quale «istituto giuridico volto a disciplinare la condotta di quelle persone che segnalano irregolarità o addirittura illeciti penali, all’interno del proprio ambito lavorativo»³⁸. In altri termini, il *whistleblower* è colui che «avendo osservato o temendo di trovarsi di fronte ad un comportamento illegale o, comunque, non etico, provvede a darne comunicazione ad un soggetto che ritiene in grado di intervenire sul comportamento per prevenirlo o circoscriverne gli effetti»³⁹. Si deve perciò trattare di segnalazioni o denunce di illeciti, da parte del lavoratore, che, tuttavia, non sia già formalmente obbligato a rendere determinate dichiarazioni in forza di specifiche disposizioni normative⁴⁰; e tali comunicazioni siano dirette a una figura autoritaria, capace di intervenire per far cessare la situazione illecita.

Con riguardo al settore privato, la disciplina che il legislatore ha previsto nella lotta al contrasto della corruzione mediante lo strumento del *whistleblowing* si caratterizza per alcune peculiarità e differenze, rispetto a quanto era già previsto, e successivamente integrato, nel settore pubblico. L’elemento principale attorno a cui ruota la disciplina del *whistleblowing* è la tutela del segnalante, la quale si sostanzia nell’assicurare l’anonimato del soggetto che effettua la segnalazione, così da incentivare le segnalazioni, garantendo un’adeguata protezione nei confronti di colui che si espone proprio in ragione della sua funzione sociale. Per quanto attiene alla segretezza circa l’identità del soggetto che effettua la segnalazione, non sono mancate in dottrina considerazioni in merito ai riflessi che tale anonimato poteva portare soprattutto nell’ottica dell’instaurazione di un procedimento penale;

Nel segno di voler quindi attribuire un significato positivo alla figura del *whistleblower*, si può condividere la definizione che *Transparency International Italia* (distaccamento nazionale della più importante organizzazione mondiale per la lotta alla corruzione) ha coniato nel tentativo di dare un inquadramento migliore al tema: “vedette civiche” o “sentinelle civiche”. Sul punto FRASCHINI, PARISI, RINOLDI, *Protezione delle “vedette civiche”: il ruolo del whistleblowing in Italia*, Milano, 2009, 19.

³⁸ V. NADDEO, *Prefazione*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2009, 10.

³⁹ Sul punto INVERNICI, *sub artt. 5,6 e 7 – Profili societari, Il Whistleblowing*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 228.

⁴⁰ Quali ad esempio gli obblighi previsti dagli artt. 361 e 361 c.p.; 331 e 347 c.p.p.; art. 149 comma 3 d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.); e gli artt. 42 e ss. d.lgs. n. 231/2007.

tuttavia, per un approfondimento ulteriore sul tema si rinvia al paragrafo che segue.⁴¹

Con riferimento ai soggetti a cui si applica tale regolamentazione si evince chiaramente che il soggetto che effettua la segnalazione deve essere alle dipendenze della struttura organizzativa; inoltre, anche se sembrerebbe che nonostante il decreto includa tra i segnalanti solo coloro che ricoprono all'interno dell'ente una posizione apicale o sottoposta, può dirsi, comunque, che l'ente possa estendere la sfera applicativa della disciplina del *whistleblowing* anche a soggetti esterni – i quali possono entrare in relazione con l'ente per lo svolgimento di attività di impresa (ad esempio, consulenti, fornitori o clienti dell'organizzazione) – e a soggetti che sono stati alle dipendenze della struttura complessa in passato.⁴² Conseguentemente, non rientra nella definizione di *whistleblower* colui che, ad esempio, prende semplicemente contezza di un comportamento illecito, ovvero colui che, resosi conto dell'illiceità, chieda al trasgressore di desistere dal proprio comportamento senza però richiedere un intervento attivo a soggetti competenti, oppure di colui che, venuto a conoscenza della pratica illegale, decida di lasciare l'organizzazione senza comunicare alcunché in merito ai fatti.⁴³

Per quanto concerne l'oggetto della segnalazione, essa può riguardare sia la violazione di obblighi comportamentali che possono tradursi in violazioni del modello organizzativo, ovvero segnalazioni in merito alla eventuale commissione di una fattispecie di reato presupposto, previste dal d.lgs. n. 231 del 2001, commesse a danno dell'azienda; si richiede, quindi, un nesso funzionale tra la notizia appresa e l'esercizio delle proprie funzioni. Con riferimento alle prime, esse ricomprendono qualsiasi comportamento, attivo od omissivo, scorretto ovvero non conforme ad una regola in vigore nell'organizzazione di riferimento (quali ad esempio le disposizioni che possono essere inserite nei Codici di condotta, nel regolamento interno, nei protocolli, alla luce di singole procedure interne oppure previste nel Codice etico adottato dalla società), anche se tali inosservanze non

⁴¹ Si rinvia *infra*, cap. II, par. 2.2.: “*Alcune problematiche penalistiche connesse alla disciplina normativa del whistleblowing nel settore privato*”.

⁴² V. SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Milano, 2019, 101.

⁴³ Cfr. NEAR, MICELI, *Blowing the Whistle: The Organizational and legal implications for companies and employees*, New York, 1992, 16.

integrino di per sé alcuno dei reati inseriti nel “catalogo dei reati presupposto” previsti dal decreto.

Non è necessario che il *whistleblower* nell’effettuare la comunicazione sia assolutamente certo della notizia. E ciò perché, come si evince dalla disciplina in esame – si tratta infatti di mere segnalazioni– sarà poi compito di colui che è preposto a ricevere la segnalazione verificare la fondatezza della stessa, accertando la sua attendibilità e pertinenza, e anche assicurando l’anonimato e la protezione del segnalante. Ciò nonostante, sarà comunque necessario che l’oggetto della comunicazione sia perlomeno fondato su elementi di fatto precisi e concordanti; in altri termini, che vi sia una fondata percezione della violazione che il dipendente ha intenzione di segnalare.

Sarà poi compito del destinatario della segnalazione verificarne la fondatezza, anche se, in merito a ciò, la l. n. 179/2017 per il settore privato non ha individuato un soggetto specifico (come invece avviene nel settore pubblico)⁴⁴ a cui devono indirizzarsi le segnalazioni, né tantomeno quali saranno le relative sanzioni da applicare in caso di violazioni delle misure di tutela previste; per cui spetterà all’ente adottare le procedure di dettaglio per definire chi dovrà ricevere le segnalazioni – per cui l’interlocutore naturale sembrerebbe l’Organismo di Vigilanza – e quali misure adottare in caso di violazione delle misure di tutela previste.⁴⁵

Il soggetto collettivo, quindi, dovrà predisporre uno o più canali idonei a garantire lo svolgimento della procedura di segnalazione, anche mediante modalità informatiche⁴⁶; a seconda delle dimensioni dell’ente e delle risorse economiche che

⁴⁴ Secondo quanto previsto dall’art. 1 della l. 179/2017, per poter applicare le tutele previste dalla legge, la segnalazione deve essere effettuata mediante specifici canali e nel settore pubblico: sono previsti sia dei canali interni, rappresentato dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT), individuato dall’organo di indirizzo della p.a. ex art. 1 co. 7, l.n. 190/2012, e dei canali esterni, rappresentato dall’ Autorità nazionale anticorruzione (A.n.a.c.); oppure può assumere la forma della denuncia all’Autorità giudiziaria ordinaria o contabile. In riferimento DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell’ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, n.3, 1415.

⁴⁵ Così SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/200*, cit., 102.

⁴⁶ È ormai frequente che, nel sistema 231, i modelli di organizzazione, gestione e controllo prevedono la creazione di una casella e-mail, che è destinata a ricevere le segnalazioni in merito a presunte violazioni delle disposizioni del modello e delle procedure, con la promessa di garantire l’anonimato. Sul punto MAGRI, DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in *Diritto Penale delle Società. Accertamento delle*

la società sarà in grado di destinare a tale attività, potranno essere previste modalità di segnalazioni differenti.

Il cuore della materia è rappresentato dall'istituzione di un'adeguata tutela legale della riservatezza dell'identità del segnalante, idonea a preservarlo da eventuali atti ritorsivi derivanti dalla segnalazione⁴⁷, strumento necessario per poter garantire il dipendente a segnalare effettivamente eventuali illeciti, senza il timore di poter subire delle ritorsioni sulle condizioni di lavoro per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla denuncia fatta. Prevedere adeguate misure di protezione del *whistleblower* era pertanto necessario, nell'ottica di voler dar vita ad uno strumento utilizzabile in concreto, e non previsto solo "sulla carta", idoneo a combattere la corruzione e a sostenere un ambiente imprenditoriale trasparente.

Da ultimo, è prevista anche un'apposita responsabilità penale e disciplinare del *whistleblower*, proprio al fine di evitare un uso distorto dello strumento. Sono previste, infatti, all'interno del citato art. 6 anche delle sanzioni disciplinari in caso di segnalazioni infondate effettuate con dolo o colpa grave.⁴⁸

responsabilità individuali e processo alla persona giuridica (a cura di) CANZIO, CERQUA, LUPÀRIA, Seconda edizione, Milanofiori Assago, 2016, 906 s.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene nel settore pubblico, nell'ambito privato il legislatore non ha previsto alcun canale esterno di segnalazione; pertanto, non è prevista alcuna protezione quando la segnalazione avviene al di fuori dei canali predisposti all'interno dell'ente.

⁴⁷ La lettera d) del comma 2-*bis* dell'art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 prevede l'inserimento, nel sistema disciplinare adottato dall'ente, di sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante. Infatti, nella lettera c) del citato comma si stabilisce che è precluso al datore di lavoro procedere all'irrogazione di sanzioni, o misure in senso lato ritorsive o discriminatorie nei confronti del segnalante, per motivi collegati, direttamente o indirettamente alla segnalazione. Inoltre, il comma 2-*ter* prevede la possibilità di denunciare gli atti di ritorsione, eventualmente posti in essere, all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, oltre che all'organizzazione sindacale di cui il segnalante appartenga. Il comma 2-*quater* dell'art. 6 sancisce la nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio, come anche il mutamento di mansioni, ai sensi dell'art. 2103 c.c., e ogni altra misura a carattere ritorsivo. Viene quindi prevista una tutela rafforzata del *whistleblower*, data anche dal fatto che l'onere di provare che l'adozione di tali misure sia stata causata da motivi diversi dalla segnalazione graverà in capo al datore di lavoro. Su questi profili vedasi GULLO, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I Diritto sostanziale, Torino, 2020, 259 s.

Con riferimento a questi temi, è intervenuta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo (sez. II, sent. del 27/02/2018 n. 1085), con cui si ribadisce la necessità che gli Stati assicurino un'adeguata protezione ai *whistleblower*; non essendo sufficiente prevedere un formale rientro nel posto di lavoro, ma sarà necessario che venga garantito, anche attraverso l'autorità giurisdizionale, che il lavoratore venga reinserito nello svolgimento effettivo della propria attività. In riferimento LAMBROU, *Il fenomeno del whistleblowing in Italia*, in *Pratica Lavoro*, 2021, n. 2, 26.

⁴⁸ Possiamo notare, confrontando la disciplina della tutela del lavoratore prevista, nel settore pubblico, e in quello privato, come, nell'ambito privato la tutela sia meno accentuata; infatti, nel settore pubblico, la speciale protezione al segnalante viene meno soltanto in caso di sentenza di condanna per calunnia o diffamazione, o per responsabilità civile in relazione ai corrispondenti illeciti ex art. 20143 c.c., nella quale siano accertati il dolo o la colpa grave del *whistleblower*. V.

Per completezza, la trama normativa richiede di essere letta in combinato con l'art. 3 della l. n. 179/2017, che – sempre nell'ottica di favorire il fenomeno del *whistleblowing* – ha introdotto una causa di esenzione della responsabilità per il *whistleblower* che con la sua condotta abbia rilevato notizie coperte da segreto, realizzando una delle fattispecie di reato, poste a tutela del segreto specificamente indicato⁴⁹. Tale causa di esenzione opera solo nel caso in cui la segnalazione venga effettuata nelle forme e nei limiti stabiliti dall'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, per il settore pubblico, ovvero dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, per il settore privato.⁵⁰

2.1.2. *Whistleblowing e internal investigation*

Il *whistleblowing*, alla luce della breve disamina svolta nel paragrafo che precede, rappresenta sia un notevole strumento nella lotta alla corruzione, intesa in chiave preventiva, sia uno strumento in grado di inserirsi perfettamente nell'organizzazione aziendale in ottica di informazione e comunicazione, il quale può costituire parte fondamentale del sistema di controllo interno⁵¹, essendo funzionale anche all'emersione di illeciti già perfezionatisi.

Con l'inserimento della disciplina del *whistleblowing* anche nell'ambito privato, mediante la l. n. 179 del 2017, si è sottolineata ancora di più la funzione del *whistleblowing* come strumento volto a far emergere condotte illecite e violazioni organizzative, proprio dato dal fatto che il meccanismo di segnalazione viene inserito agganciandolo al sistema della responsabilità *ex crimine* delle

CORTI, *Sub. Art. 2 Legge n. 179/2017*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 1743.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 3 della l. n. 179 del 2017 si prevede una "giusta causa di rivelazione", il legislatore, nel comma 1, sancisce che tale esenzione fa leva sul «perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni». Le ipotesi di segreto coperte dalla norma sono: il segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), segreto professionale (art. 622 c.p.) segreto scientifico o industriale (art. 623 c.p.) ed infine l'obbligo di fedeltà all'imprenditore (art. 2105 c.c.).

⁵⁰ Su questi profili, CORTI, VARRASO *sub. Art. 3 Legge n. 179/2017*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 1748.

⁵¹ In riferimento INVERNICI, *Sub artt. 5,6 e 7*, cit., 249. Nell'ambito del CO.S.O. (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) viene riconosciuto che «[...] il *whistleblowing* come elemento essenziale per la valutazione di adeguatezza del sistema di controllo interno nel suo complesso, poiché è in grado di offrire *feedback* che derivano direttamente dall'interno e dai livelli gerarchici inferiori».

persone giuridiche; è, quindi, un istituto strettamente connesso alla tematica della *compliance* aziendale, soprattutto nell'ottica di una corretta gestione organizzativa del "rischio-reato".

Il legislatore, con riferimento al settore privato, ha avuto come obiettivo quello di tutelare l'integrità dell'ente, ed è proprio in questa prospettiva che il meccanismo della segnalazione da parte di soggetti interni alla struttura si dimostra uno strumento con un grande potenziale coerente con la logica di prevenzione che ha ispirato il decreto legislativo n. 231 del 2001.

Le comunicazioni interne, definite come "segnalazioni", sono uno strumento di grande rilievo per l'ente, soprattutto alla luce dei diversi vantaggi che ne derivano in ottica di corretta gestione del rischio: esse possono essere considerate come il principale deterrente rispetto al rischio del c.d. *management override*, ovvero l'abuso di potere da coloro che si trovano al vertice della struttura, essendo anch'essi sottoposti a controlli e potendo essere oggetto di segnalazioni.

Inoltre, nell'ottica di una corretta gestione interna, il *whistleblowing* consente di avviare anticipatamente attività di accertamenti e indagini (c.d. di *follow-up*) o quantomeno di poter reagire tempestivamente davanti a situazioni disdicevoli, che altrimenti, qualora tali attività d'indagine fossero realizzate in maniera postuma e con ritardi, porterebbero l'ente ad una maggiore esposizione al rischio, con i conseguenti danni che ne possono derivare. Il *whistleblowing* consentirebbe all'ente di costruire un sistema interno in cui, grazie ai "campanelli d'allarme", rappresentati dalle segnalazioni interne, l'impresa non solo è in grado di individuare subito l'eventuale presenza di stati o situazioni di turbamento dell'ambiente di controllo interno, ma consentirebbe anche di poter reagire prontamente.⁵²

I sistemi di segnalazione interna, quindi, possono rappresentare un *input* per l'avvio di investigazioni interne, che si riveleranno di estrema importanza, soprattutto in considerazione del fatto che un'indagine avviata in maniera tempestiva potrà garantire all'ente la predisposizione di un'adeguata strategia

⁵² Sul punto FORTUNATO, Corporate Governance. *Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, n. 3, 397.

difensiva, tenuto conto che l'ente potrà essere chiamato a rispondere del reato verificatosi, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.⁵³

In altri termini dal punto di vista della predisposizione di una confacente strategia difensiva, non vi è alcun dubbio che lo strumento del *whistleblowing* possa consentire all'ente di giovare di informazioni sicuramente rilevanti poiché, ai sensi dell'art. 2 comma 1 lettera a), della l. n. 179/2017, si stabilisce che deve trattarsi di «segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti»; e dunque, le segnalazioni che l'ente può ricevere mediante tali meccanismi, e che possono dar origine ad un'indagine interna, devono essere caratterizzate da elementi specifici. Quindi il *whistleblower* fornirà all'impresa una base di partenza consistente in delle informazioni rilevanti, poiché è come se ci fosse una sorta di filtro preliminare, per cui l'avvio delle indagini seguirebbe solo nel caso di notizie solide, corroborate da elementi di prova, che, anche se a livello indiziario, rappresentano comunque una buona base di partenza, il che eviterà che vengano disperse risorse dell'impresa in percorsi investigativi totalmente infondati.

Inoltre, la segnalazione interna circa la commissione di illeciti ovvero di lacune organizzative e violazioni del modello organizzativo consente alla società di disporre di un congruo termine per attivarsi e porre in essere quelle condotte riparatorie in maniera tempestiva, finalizzate a ottenere i benefici premiali individuati dal d.lgs. n. 231 del 2001; condotte che possono portare l'ente a ottenere la non applicazione di talune sanzioni – quelle interdittive – o quanto meno a giovare di una risposta sanzionatoria più mite.⁵⁴ Tuttavia, anche in questo caso la conoscenza tempestiva dei fatti si rivela di fondamentale importanza per l'ente, poiché per poter fruire del beneficio premiale previsto dall'art. 17 del d.lgs. n. 231 del 2001 è necessario porre in essere le relative condotte entro una fase ben precisa

⁵³ Sul punto, BARBIERI, *Whistleblowing e Internal Investigation: Una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sist. pen.*, 2020, n.6, 198.

⁵⁴ Con il termine "condotte riparatorie" si intende fare riferimento all'art. 17 del d.lgs. n. 231 del 2001 che consente all'ente di escludere l'applicazione di sanzioni interdittive anche nell'ipotesi in cui il modello organizzativo venga adottato *post factum*. Tuttavia, dal disposto della norma, emerge chiaramente che laddove vi sia una conoscenza tardiva del procedimento ovvero laddove l'ente abbia posto in essere tali condotte in un momento avanzato del procedimento non sarà più possibile applicare il beneficio previsto dall'art. 17 del decreto; poiché è necessario che le condotte riparatorie vengano poste in essere «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento»; quindi con riferimento ad un arco temporale ben preciso.

del procedimento penale –prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.⁵⁵

In conclusione, volendo fare qualche riflessione circa l'effettivo utilizzo dello strumento del *whistleblowing* nella prassi, è possibile notare che nel settore pubblico, alla luce del monitoraggio annuale dell'Autorità nazionale anticorruzione⁵⁶, si evince un lento ma progressivo aumento del numero delle segnalazioni ma, al tempo stesso, emerge come nella maggior parte dei casi lo strumento venga utilizzato impropriamente, e non in un'ottica di salvaguardia della legalità. Inoltre, risulta essere ancora meno utilizzato il *whistleblowing* nel settore privato, nonostante l'adeguamento formale ai sistemi prescritti dalla legge.⁵⁷

Un primo spunto di riflessione in merito alle difficoltà sull'effettivo utilizzo del *whistleblowing* sembrerebbe porsi in riferimento alle diversità culturali che caratterizzano il nostro paese, rispetto al *background* culturale e sociologico degli ordinamenti in cui tale istituto è sorto e si è sviluppato. L'ordinamento interno – a causa di un approccio culturale ostico nei confronti di chi decide di denunciare atti corruttivi o irregolarità, in cui vi è «una cultura che storicamente vittimizza i difensori dell'interesse collettivo, e che preferisce comportamenti omertosi ed individualistici» – rende sicuramente più complesso l'inserimento di un istituto di tal genere, con la conseguenza che nella prassi tale meccanismo può risultare inefficace.⁵⁸

È quindi necessario un mutamento di prospettiva sulla considerazione dei segnalanti, che sembrerebbe essersi iniziato a diffondersi negli ultimi tempi, anche grazie alla spinta europea, ed alla diffusione dell'idea che i *whistleblower* siano una risorsa da proteggere⁵⁹ e non, al contrario, considerarli un problema.

⁵⁵ Così BARBIERI, *Whistleblowing e Internal Investigation*, cit., 201.

⁵⁶ I dati sono raccolti nella *Relazione annuale* trasmessa dall'Autorità nazionale anticorruzione al Parlamento il 18 giugno 2021.

⁵⁷ In riferimento DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano*, cit., 1425 s.

⁵⁸ Sul punto FORTUNATO, *Corporate Governance. Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno*, cit., 404.

⁵⁹ In questi termini INVERNICI, *sub artt. 5,6 e 7 – Profili societari*, cit., 230, secondo cui: «[...] i cittadini e i lavoratori, per la loro posizione interna e privilegiata, sono i primi soggetti in grado di notare il malfunzionamento di un'organizzazione, pubblica e privata o dei servizi pubblici e a consentire un immediato intervento correttivo contro svariati tipi di pericoli».

2.2. Alcune problematiche penalistiche connesse alla disciplina normativa del *whistleblowing* nel settore privato

La disciplina del *whistleblowing*, seppur volta a ricomprendere, entro principi ben definiti, gli aspetti fondamentali delle segnalazioni di fatti illeciti o irregolarità denunciati dal lavoratore che ne sia venuto a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro contiene ancora alcune lacune e profili critici.

Un primo aspetto che – ad oggi – non sembra ancora esser stato affrontato in maniera sufficientemente esaustiva dal legislatore, e che presenta non pochi profili di complessità, riguarda la possibilità di garantire la tutela dell'anonimato del *whistleblower* nell'ambito del processo penale; si tratta di un aspetto di grande interesse considerato che la segretezza sull'identità del segnalante costituisce un incentivo per il soggetto a denunciare l'illecito, che viene scoperto durante lo svolgimento della propria attività lavorativa, senza avere il timore di subire delle ritorsioni.

Il nostro ordinamento, secondo quanto previsto dall'art. 329 c.p.p.⁶⁰, opera un giusto bilanciamento tra quella che è la necessità di assicurare la genuinità degli elementi di prova, senza che possano esservi delle "contaminazioni", e l'interesse dell'indagato a conoscere in modo tempestivo l'accusa formulata e quelli che sono gli elementi a sostegno, per poter preparare un'adeguata e puntuale difesa, nel rispetto del principio del contraddittorio, secondo i termini sanciti dall'articolo 111 della Costituzione Italiana⁶¹. Alla stregua di tali considerazioni, si può desumere che l'identità del denunciante possa, ai sensi dell'art. 329 c.p.p., restare segreta «fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, e comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari»; e inoltre in linea con l'art. 111, comma 4,

⁶⁰ L'articolo 329 del nostro codice di rito disciplina: "*Obbligo del segreto*", norma volta a contemperare da un lato, esigenze di accertamento istruttorio e, dall'altro, tutelare l'esplicazione del, di difesa dell'indagato, che ha diritto di conoscere le accuse mosse nei suoi confronti e gli elementi che la sostengono. L'art. 329 stabilisce, infatti, che gli atti di indagine preliminare sono coperti dal segreto, nel senso che il pubblico ministero e gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria che li hanno compiuti hanno il dovere di non comunicarli né all'indagato, né al suo difensore, né, naturalmente, a terzi. La violazione di tale dovere è sanzionata penalmente, ai sensi dell'art. 326 c.p. "Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio".

⁶¹ Per riferimenti v. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, (*diritto processuale penale*), in *Enc. dir. Annali VII*, Milano, 2015, 247 ss.; più di recente v. anche DINACCI, *Il contraddittorio per la prova: anàbasi e catàbasi*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 4, 1714 ss.

Cost.⁶² secondo cui la formazione della prova deve avvenire nel contraddittorio tra le parti, sembrerebbe per l'appunto emergere un obbligo insuperabile relativo alla necessaria rivelazione dell'identità del testimone, per consentire all'imputato lo svolgimento dell'esame incrociato nel corso del procedimento penale.

Lo strumento del *whistleblowing* si inserisce perfettamente nell'architettura delineata dall'art. 329 c.p.p. e pertanto, vista l'assenza di qualsiasi norma in tal senso, si deve concludere che tale istituto non possieda forza derogatoria rispetto alla relazione tra segretezza investigativa e diritto di difesa. Per cui può dirsi che il sistema delle segnalazioni da parte del dipendente in ambito lavorativo è configurato in modo tale da conservare l'anonimato del segnalante entro orizzonti temporali ristretti. Pertanto, per poter rispettare quei principi fondamentali del processo penale contemporaneo, la segretezza sull'identità del segnalante deve necessariamente regredire.⁶³

A tal proposito, appare di interesse una recente pronuncia⁶⁴ dei Giudici di legittimità, che seppur in materia di *whistleblowing* nel settore pubblico, affermano un importante principio sul rapporto tra tale istituto e il processo penale, il quale sembra potersi applicare anche con riguardo alle segnalazioni veicolate nell'ambito del *whistleblowing* nel settore privato.

La Corte Suprema di Cassazione analizza il rapporto tra la disciplina del *whistleblowing* e il procedimento penale, con specifico riferimento all'utilizzabilità delle dichiarazioni fatte dal segnalante nel processo penale, e la segretezza sull'identità di quest'ultimo. In questo contesto, la Corte enuncia il principio secondo cui il riserbo sull'identità del *whistleblower* rileva ai soli fini disciplinari e non penali.⁶⁵ Sul tema del riserbo dell'identità del segnalante, la Cassazione si

⁶² In particolare, ai sensi dell'art. 111, comma 4, Costituzione «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato del suo difensore». Pertanto, colui che ha dichiarato fatti contro l'imputato nel segreto preistruttorio, se, successivamente, si rifiuta di sottostare al confronto con la difesa davanti al giudice, le sue dichiarazioni non possono essere valutate per affermare in sentenza la responsabilità penale dell'accusato. Riferimenti possono leggersi in MOSCARINI, DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Torino, 2018, 99 s.

⁶³ EVARISTI, *Whistleblowing, tutela dell'anonimato e processo penale: tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali*, in *Diritto penale e processo*, 2021, n. 7, 973 s.

⁶⁴ V. Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 9047.

⁶⁵ Così Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 9047 in www.onelegale.wolterskluwer.it. Il ricorrente segnalava una discrasia tra, la tutela del dipendente pubblico che segnalava gli illeciti, garantita dal riserbo sulle generalità, ed i principi del processo penale che impongono

esprime in questi termini: «l'anonimato del denunciante – che è solo il riserbo sulle generalità, salvo ovviamente il consenso dell'interessato alla loro divulgazione – opera unicamente in ambito disciplinare. [...] Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.».

La conclusione può dirsi, quindi, coerente con quanto aveva già previsto il legislatore, declinando diversamente la segretezza circa l'identità del segnalante nel giudizio disciplinare e in quelli penale e contabile; così anche la Cassazione penale, allineandosi a tale impostazione, ritiene che la previsione dell'anonimato di fatto miri a proteggere il *whistleblower* esclusivamente con rilievo interno all'azienda ovvero nel caso in cui si tratti di instaurare un procedimento disciplinare.⁶⁶

Alla luce del recente arresto della Corte di Cassazione, si evince che la segnalazione interna non costituisce un mero spunto investigativo, bensì assurge al rango di vera e propria dichiarazione accusatoria; inoltre, ai fini della valutazione dei gravi indizi di reato in sede di autorizzazione delle intercettazioni, è utilizzabile

l'inutilizzabilità ai fini investigativi delle dichiarazioni anonime, in ogni forma, pervenute all'Autorità giudiziaria. In realtà i Giudici di legittimità, enunciando il seguente principio di diritto, ribadiscono come la discrasia sia solamente apparente poiché: «il c.d. "canale del *whistleblowing*" [...] realizza "un sistema che garantisce la riservatezza del segnalante nel senso che il dipendente che utilizza una casella di posta elettronica interna al fine di segnalare eventuali abusi non ha necessità di firmarsi, ma il soggetto effettua la segnalazione attraverso le proprie credenziali ed è quindi individuabile seppure protetto". D'altro canto, la lettura della norma dettata dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 54-*bis* - nella formulazione vigente all'epoca dei fatti - offre puntuale conferma dell'esattezza dell'impostazione seguita dai giudici napoletani, atteso che il secondo comma dell'articolo in questione è esplicito nel significare che l'anonimato del denunciante - che, in realtà, è solo riserbo sulle generalità, salvo ovviamente il consenso dell'interessato alla loro divulgazione - opera unicamente in ambito disciplinare, essendo peraltro subordinato al fatto che la contestazione "sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione", giacché, ove detta contestazione si basi, in tutto o in parte, sulla segnalazione stessa, "l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato": ne consegue - né potrebbe essere diversamente - che, in caso di utilizzo della segnalazione in ambito penale, non vi è alcuno spazio per l'anonimato – *rectius*: per il riserbo sulle generalità - in tal senso essendo altresì significativa l'espressa salvezza delle ordinarie previsioni di legge operata dal comma 1 della succitata norma, per il caso che la denuncia integri gli estremi dei reati di calunnia o diffamazione, ovvero ancora sia fonte di responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 di quel codice. Il che trova ancor più tangibile riscontro nella recentissima modifica del detto art. 54 bis di cui alla l. 30 novembre 2017, n. 179 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 14.12.2017), ove, con disciplina più puntuale, coerentemente alla perseguita finalità di apprestare un'efficace tutela del dipendente pubblico che riveli illeciti, è precisato espressamente che: "Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p."».

⁶⁶ In approfondimento sulla pronuncia della Cassazione Penale può leggersi anche, *Il riserbo sull'identità del whistleblower rileva ai soli fini disciplinari e non penali. Pertanto, una segnalazione anonima di cui sia successivamente reso noto l'autore non osta al compimento di atti di indagine*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2018.

la segnalazione proveniente dal *whistleblower* in quanto l'identità del denunciante è nota, pur essendo coperta da riserbo al fine di tutelare il pubblico dipendente che segnali condotte illecite, sicché non si incorre nel divieto di utilizzazione delle fonti anonime previsto dall'art. 333, comma 3, c.p.p.

Un secondo profilo degno di attenzione, ma che parimenti non è stato oggetto di specifica disciplina normativa, lasciando quindi all'interprete l'analisi della questione, riguarda la sussistenza o meno di un obbligo di denuncia all'Autorità Giudiziaria della segnalazione ricevuta, da parte di coloro che sono individuati quali destinatari della ricezione.

Per poter affrontare il tema, occorre preliminarmente soffermarsi sull'identificazione di coloro che, alla luce della normativa, vengono effettivamente individuati come soggetti destinatari delle segnalazioni. Tuttavia, la regolamentazione attualmente vigente in tema di *whistleblowing* nel settore privato – a differenza di quanto previsto nell'ambito pubblicistico – tace in merito ai soggetti che possono ricevere le segnalazioni, né tantomeno si preoccupa di indicare quali soggetti siano in grado di poter porre in essere gli opportuni accertamenti, dopo aver ricevuto la segnalazione, atti a dimostrarne la fondatezza. Ciò significa che il legislatore ha rimesso alla totale autonomia e discrezionalità delle imprese la gestione di tale strumento, delineando *ex lege* solo gli aspetti fondamentali dell'istituto.

In assenza, dunque, di una soddisfacente disciplina sul punto sono state le Linee Guida – considerando soprattutto le note illustrative di Confindustria – e la prassi a irrobustire la cornice regolatoria e a prospettare quegli aspetti che vengono poi rimessi all'autonomia delle singole imprese.

Alla luce di tali fonti, si richiede che i destinatari delle segnalazioni vengano individuati con precisione, disponendo che tale compito venga assolto dai Modelli organizzativi, di gestione e controllo – i quali dovranno designare con esattezza a quale soggetto o organo aziendale debbano essere indirizzate le relative segnalazioni –; ritenendosi altrettanto necessario che la società elabori, attui e diffonda una procedura *ad hoc* (c.d. *whistleblowing scheme*)⁶⁷, in modo tale da

⁶⁷ In riferimento v. ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMO DI VIGILANZA – AODV231, Il Whistleblowing, 16 novembre 2015.

disciplinare nel dettaglio il meccanismo delle segnalazioni e anche i destinatari delle relative comunicazioni.

A tal proposito, secondo la lettura offerta da Confindustria, proprio in ragione dello specifico oggetto di tali comunicazioni, sembrerebbe che l'interlocutore naturale possa essere l'Organismo di Vigilanza⁶⁸, il quale potrebbe essere individuato, sia come destinatario autonomo e indipendente delle segnalazioni, sia come destinatario in via concorrente; proprio per le peculiari caratteristiche dell'Organismo di Vigilanza sembrerebbe che esso debba essere sempre coinvolto nella gestione di tali segnalazioni.⁶⁹

Ad ogni modo, sembrerebbe possibile individuare nella figura dell'Organismo di Vigilanza l'ideale destinatario delle segnalazioni interne anche alla luce della disciplina prevista dall'art. 6, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 231 del 2001. La regolamentazione ex d.lgs. n. 231 del 2001 è fortemente incentrata sull'adozione dei Modelli organizzativi, i quali se ritenuti idonei sono in grado di mandare esente da responsabilità l'ente per l'illecito commesso; segnatamente l'art. 6 del suindicato decreto rappresenta "il cuore" della materia della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, poiché all'interno di tale disposizione vengono tratteggiati i criteri di imputazione soggettiva, che mirano ad individuare le condizioni in presenza delle quali la commissione del reato da parte della persona fisica potrà impegnare la responsabilità dell'ente sul piano della colpevolezza.⁷⁰

In particolar modo, i requisiti individuati dal legislatore per escludere la responsabilità dell'ente sono indicati nel comma 2 dell'art. 6, in cui si precisa che i

⁶⁸ CONFINDUSTRIA, "La disciplina in materia di Whistleblowing", Nota illustrativa, Gennaio 2018. «L'Organismo di Vigilanza, ad esempio, potrebbe essere individuato come destinatario autonomo e indipendente delle denunce. Tale soluzione sembra poter realizzare con efficacia le finalità della nuova disciplina, di salvaguardare l'integrità dell'ente e tutelare il segnalante; finalità che difficilmente potrebbero essere perseguite se, invece, le segnalazioni venissero recapitate a soggetti nei cui confronti il segnalante abbia una posizione di dipendenza funzionale o gerarchica ovvero al presunto responsabile della violazione ovvero ancora a soggetti che abbiano un potenziale interesse correlato alla segnalazione. Se, invece, l'Organismo di Vigilanza non è individuato come destinatario esclusivo, sembra comunque opportuno prevedere il suo coinvolgimento in via concorrente ovvero successiva, per evitare il rischio che il flusso di informazioni generato dal nuovo meccanismo di whistleblowing sfugga del tutto al controllo dell'Organismo di Vigilanza. D'altra parte, occorre considerare che tale meccanismo è una parte del più ampio Modello Organizzativo di cui l'Organismo di Vigilanza è tenuto a verificare il funzionamento».

⁶⁹ Per un approfondimento circa l'Organismo di Vigilanza si rinvia *infra*, cap. II, par. 4.1.

⁷⁰ In riferimento DI GIOVINE, I criteri di imputazione soggettiva, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I Diritto sostanziale, Torino, 2020, 203 ss.

Modelli devono prevedere, *inter alia*, «obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli». Pertanto, anche se il dato normativo risulta lacunoso, si evince chiaramente che devono essere predisposti dei meccanismi a proposito dei flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza. Inoltre, la giurisprudenza⁷¹ sembra aver tracciato sul punto una linea di particolare rigore, da cui emerge che le informazioni da riferire nei confronti dell'Organismo di Vigilanza, non devono soltanto riguardare notizie in merito agli esiti delle periodiche attività di controllo, ma anche le anomalie riscontrate nell'esecuzione delle procedure e dei presidi previsti dal Modello, quindi compresa l'eventuale consumazione di un reato tra quelli previsti nel catalogo dei reati-presupposto.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'Organismo di Vigilanza, in quanto destinatario di tali flussi informativi, si appalesa come interlocutore naturale delle segnalazioni di *whistleblowing*⁷², in quanto l'oggetto di tali comunicazioni consiste in violazioni del Modello organizzativo ovvero segnalazioni aventi ad oggetto condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, comprese, quindi, anche ipotesi di commissione di reati-presupposto.⁷³

Svolte queste considerazioni iniziali sul destinatario naturale delle segnalazioni interne, secondo quanto previsto dalla disciplina del *whistleblowing*, possiamo ora soffermarci su un quesito interpretativo, ossia se sussista o meno in capo all'Organismo di Vigilanza un obbligo di denunciare all'Autorità Giudiziaria

⁷¹ Tribunale di Milano, G.I.P. Dott.ssa Secchi, Ordinanza 9 novembre 2004. Con questo provvedimento, per quanto concerne i sistemi di controllo e di monitoraggio del funzionamento e aggiornamento del modello, si enuncia che per far sì che, il modello possa essere ritenuto idoneo ed efficace, deve essere: «previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori delle società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reato». Cfr. ARENA, CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007, 150 ss.

⁷² A vent'anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 231/2001, nell'ambito di un ampio progetto di ricerca promosso dalla Fondazione Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (CNPDS), Assonime ha condotto un'indagine sullo stato di attuazione della disciplina, con specifico riguardo all'Organismo di vigilanza ed al ruolo svolto nel sistema dei controlli societari. Dall'indagine emerge che: «il 67% delle società affida all'Organismo di vigilanza la tutela whistleblowing. Il 13% ha optato, invece, per altri soggetti, tra cui in particolare l'internal audit o funzioni responsabili appositamente istituite. Per il 20% delle società il dato non è disponibile.

⁷³ ASSONIME, circolare n. 16 del 28 giugno 2018». V. ASSONIME, *L'Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Note e studi n. 10 del 2021, 58 s.

l'eventuale commissione di un fatto di reato, realizzatosi all'interno dell'ente, di cui venga a conoscenza a seguito della segnalazione.

A tal proposito, considerato che è possibile che tra le segnalazioni che l'OdV può ricevere, ve ne possono essere alcune che potrebbero contenere la rappresentazione di una *notitia criminis*, potrebbe in tal senso applicarsi la disposizione normativa prevista nel codice di procedura penale, ex art. 331, comma 1, che prevede un obbligo di denuncia, dei reati perseguibili d'ufficio, all'Autorità Giudiziaria.⁷⁴ Tuttavia, tale disposizione normativa impone l'obbligo di denuncia da parte di pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, che nell'esercizio o a causa delle loro funzioni vengano a conoscenza di una notizia di reato; pertanto, per poter applicare la relativa disposizione sarà necessario verificare che l'attività svolta dal destinatario delle segnalazioni possa rientrare negli ambiti delineati dalla disposizione codicistica.

Le nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio trovano la loro definizione normativa nel Codice penale, rispettivamente ai sensi degli artt. 357 e 358, la cui lettura ha subito delle modifiche con la riforma del 1990⁷⁵, a

⁷⁴ L'articolo 331 c.p.p. rubricato: "*Denuncia da parte di pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio*", prevede un vero e proprio obbligo di denuncia in capo ai pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio, i quali nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni pubbliche, vengono a conoscenza di uno o più reati perseguibili d'ufficio. Tale denuncia, a differenza di quanto accade per i privati, costituisce un obbligo, penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 361 e 362 del Codice penale, che deve essere rispettato necessariamente per iscritto e senza ritardo.

⁷⁵ Per un riferimento dottrinale sulla nozione generale di pubblico ufficiale v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 168, 2012; FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in ED, XLV, Milano, 1992, 566; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 1999, 254; SEVERINO, DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio*, in *Digesto pen.*, X, Torino, 1995, 513.

Fino alla riforma del 1990, intorno alla definizione del concetto di "pubblico ufficiale" si distinguevano due teorie: una di natura soggettiva, secondo cui è pubblico ufficiale colui che vanta nei confronti dell'ente un rapporto di pubblico impiego; ed una di natura oggettiva, secondo cui è P.U. colui che esercita in concreto una funzione pubblica, che può essere legislativa, giudiziaria o amministrativa. Inizialmente, il legislatore del 1930 aveva aderito in maniera chiara alla tesi di natura soggettiva; al contrario nel 1990, con la l. n. 86 del 1990, ci fu un'inversione di tendenza, infatti, il legislatore ha manifestato la sua preferenza nei confronti della concezione c.d. funzionale-oggettiva, superando del tutto la previgente concezione soggettivistica. Sul punto sono allineate sia la dottrina che la giurisprudenza. V. TRAMONTANO, *Codice penale e leggi complementari guidato*, Piacenza, 2021, 430 ss. Pertanto, ad oggi, la qualifica di pubblico ufficiale dipende esclusivamente dall'esercizio di un'attività avente le caratteristiche della pubblica funzione, a nulla rilevando il vincolo di dipendenza da un ente pubblico. Lo stesso dicasi anche con riferimento alla nozione di "persona incaricata di pubblico servizio" per cui tale nozione va correlata all'attività concretamente esercitata dall'agente, a prescindere da un rapporto di subordinazione con l'ente pubblico. V. Cass. Pen., Sez. VI, 26/03/2019, n. 39434.

seguito della quale il concetto di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, si delinea sulla base di una concezione c.d. funzionale oggettiva, che fa dipendere tale qualifica esclusivamente dall'attività esercitata; di fatto quindi operando un ampliamento della nozione. Al riguardo, la Suprema Corte⁷⁶, conformemente a quello che ormai è un orientamento consolidato, ha statuito che la qualifica pubblicistica dell'agente deve essere connessa alla natura oggettiva dell'attività svolta; pertanto, rientrano in tale nozione coloro che adempiano un servizio perseguendo un interesse pubblico, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'ente di appartenenza.

In conclusione, alla luce di tali principi normativi e giurisprudenziali, può evincersi che l'attività svolta dai soggetti indicati come destinatari delle segnalazioni, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 – quale ad esempio l'Organismo di Vigilanza – non possa essere assimilata né alla nozione di pubblica funzione, ai sensi dell'art. 357 c.p., né tantomeno alla nozione di pubblico servizio, ai sensi dell'art. 358 c.p.

Per tali ragioni, sembrerebbe che i possibili soggetti individuati come destinatari delle segnalazioni non rientrino nella nozione di cui agli artt. 357 e 358

⁷⁶ V. Cass. Pen., Sez. VI, 6/03/2017, n. 10875 «Non si richiede quindi che l'attività svolta sia direttamente imputabile a un soggetto pubblico, essendo sufficiente che il servizio, anche se concretamente attuato attraverso organismi privati, realizzi finalità pubbliche. [...] Ai fini penali, la qualifica pubblicistica dell'agente deriva quindi dall'effettivo esercizio di funzioni nell'ambito di un pubblico ufficio o servizio e prescinde dalla natura privata o pubblica dell'ente di appartenenza, con la conseguenza che la natura dell'ente e la sua attività tipica potranno eventualmente costituire utili indizi ai fini della individuazione della qualifica soggettiva ma essi non sono di per sé a tale scopo determinanti. V. anche Cass. Pen, Sez. VI, 08/10/2019, n. 44667 secondo cui «Non è, pertanto, di alcun rilievo la circostanza che il soggetto non sia incardinato in un ente pubblico e che operi per conto di un ente privato, essendo necessario discriminare oggettivamente l'attività svolta e il modo in cui la stessa si correla al perseguimento di interessi pubblici, che costituisce l'essenza del pubblico servizio. [...] la qualità di servizio pubblico viene ad essere correlata a due requisiti essenziali, quello teleologico della finalità di interesse generale dell'attività svolta, e quello normativo, della previsione di una disciplina di carattere imperativo che, in ragione della rilevanza di interesse generale dell'attività svolta, ne disciplini le modalità di svolgimento con stringenti limiti all'autonomia privata allo scopo di salvaguardare il prevalente interesse generale rispetto a quello privato». In linea con i principi statuiti infatti, il Massimo Consesso, in una recente pronuncia ha statuito che: «I soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici». In via esemplificativa, in questo caso, se la società dovesse ricevere una segnalazione *whistleblowing* in cui si ipotizzino condotte delittuose inerenti al servizio stesso, se la normativa aziendale individua un soggetto apicale come figura deputata ad assumere le determinazioni al riguardo, in questo caso l'apicale potrebbe essere obbligato a informare l'Autorità Giudiziaria ai sensi dell'art. 331 c.p.p. V. in tal senso, Cass. Pen., Sez. VI, 27/11/2012, n. 49759.

c.p., quindi nei loro confronti non è possibile applicare la disposizione normativa di cui all'art. 331 comma 1 c.p.p., in quanto tale obbligo è previsto solo nei confronti di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. Di conseguenza, in capo all'Organismo di Vigilanza non è configurabile alcuna qualifica pubblicistica, sicché non risulterà gravato da obblighi di denuncia all'Autorità Giudiziaria.

2.3. Le indagini interne a seguito della notizia di un'indagine penale o amministrativa

Nei paragrafi precedenti è stato analizzato il tema delle investigazioni interne avviate sulla base di segnalazioni interne, le quali possono essere effettuate dai dipendenti dell'impresa attraverso la procedura del *whistleblowing*, che possono riguardare violazioni del Modello organizzativo ovvero condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

Tuttavia, l'attivazione di un'indagine interna – come si accennava precedentemente – può essere innescata da varie fonti; ciò è dovuto al fatto che i soggetti interni all'ente durante lo svolgimento delle attività aziendali possono venire a conoscenza di atti o fatti inerenti alle loro funzioni, ovvero anche di semplici anomalie, che possono determinare il sospetto di una possibile commissione di atti illeciti all'interno della struttura organizzata. Si tratta di «ragionevoli segnali di allarme sull'esistenza di potenziali condotte illecite di fronte ai quali è richiesta una pronta reazione da parte della società».⁷⁷

Possono essere numerose le tipologie di campanelli d'allarme; pertanto, lo sviluppo di iniziative conoscitive interne può sopraggiungere anche nell'ipotesi in cui la società venga a conoscenza dell'iscrizione di una notizia di reato a suo carico ovvero nei confronti di soggetti interni all'ente. L'acquisizione di tale informazione può, ad esempio, derivare dallo svolgimento di atti di indagine, i quali vengono posti in essere dall'organo inquirente nella fase delle indagini preliminari.

È infatti noto che sia nell'ipotesi in cui venga instaurato un procedimento penale a carico di soggetti apicali o subordinati all'interno dell'impresa, sia nel caso in cui il procedimento giurisdizionale sia volto ad accertare la responsabilità *ex crimine* dell'ente, si tratta di eventi in grado di destabilizzare e turbare il normale

⁷⁷ Così COTTONE, MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, cit., 7.

svolgimento dell'attività aziendale. E ciò anche alla luce del fatto che l'avvio di indagini giudiziarie implica per definizione che la valutazione di un'ipotesi di reato è stata già eseguita dalla stessa autorità giudiziaria⁷⁸; e questo ha ovviamente delle ricadute sulla società, considerando anche il possibile e immediato rischio reputazionale che ne può derivare in capo alla stessa, soprattutto a seguito della frequente propagazione delle notizie di stampa.

Fin dalla primissima fase delle indagini preliminari, infatti, all'ente potranno applicarsi – al ricorrere di determinati presupposti – delle misure cautelari, le quali sono segnatamente afflittive per l'impresa, consistenti in misure interdittive, quali ad esempio l'interdizione dall'esercizio dell'attività, che di fatto possono arrivare a “paralizzare” totalmente l'attività aziendale⁷⁹.

Pertanto, anche in queste circostanze le *internal investigations* possono rappresentare un grande beneficio per l'impresa, primo fra tutti, quello di anticipare l'organo inquirente nello svolgimento delle indagini, al fine di costituire una base documentale conoscitiva per poter far fronte all'attività di indagine per mano della Pubblica Accusa, cercando di contestualizzare ogni eventuale fatto illecito ed evitare un'estensione del perimetro di indagine, impedendo che quest'ultimo venga ampliato mosso da logiche punitive.⁸⁰

Le investigazioni interne consentono all'impresa un duplice giovamento non solo connesso al procedimento giurisdizionale in corso, garantendo a quest'ultima un ampio compendio conoscitivo sul quale basare una propria strategia difensiva; inoltre le indagini possono garantire anche la possibilità di dimostrare un comportamento virtuoso dell'ente, apprezzabile in ottica reputazionale, volto ad allontanare l'idea che la società possa trarre un profitto da tale situazione, anzi

⁷⁸ Sul punto COTTONE, MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, cit., 8.

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. 231/2001 rubricato: “*Applicazione delle misure cautelari*” dispone che «Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate». Questo significa che, ancora prima dell'accertamento definitivo circa la responsabilità dell'ente, nei confronti di quest'ultimo possono applicarsi delle misure interdittive, andando di fatto a minare la sopravvivenza dell'ente.

⁸⁰ Sul punto, BILGOTTI, *Ragioni, finalità, team e action plan*, cit., 3 s.

improntato alla ricerca di episodi illeciti avvenuti al proprio interno, per ristabilire il corretto svolgimento dell'attività aziendale.

3. Le variabili del processo decisionale

Quando da una segnalazione o da un altro indicatore emergono segnali di allarme, altresì quando la stampa diffonde notizie su asseriti comportamenti illeciti commessi, ovvero quando viene aperto un procedimento penale, allora potrebbe essere utile e opportuno che la società decida di attivare delle indagini interne dirette a fare luce su ciò che è accaduto.⁸¹

Nella vita delle società, dotate di una particolare consistenza organizzativa, le investigazioni interne rappresentano uno strumento essenziale per poter condurre le ordinarie verifiche sull'adeguatezza e idoneità dei *compliance programs*, e per gestire al meglio il versante patologico dell'attività d'impresa c.d. gestione del *compliance risk* aziendale. Come abbiamo avuto modo di vedere nei paragrafi che precedono, le violazioni delle procedure interne, la notizia di illeciti, e anche la notizia circa lo svolgimento di indagini penali o amministrative nei confronti dell'ente possono innescare la necessità di svolgere alcune attività al fine di comprendere gli eventi verificatisi, raccogliere il materiale necessario, accertare eventuali responsabilità anche al fine di predisporre gli adeguati rimedi.

Tuttavia, non si tratta di un percorso agevole per l'ente, poiché nell'auto-investigare i propri comportamenti, esso dovrà maturare una sorta di «intelligenza organizzativa» idonea a ottenere ed elaborare informazioni chiare ed affidabili, che si dimostrano idonee a sostenere la consapevolezza di quello che sta accadendo all'interno della struttura organizzativa⁸²; e in questo contesto, le difficoltà sono diverse, poiché «non sono solo di tipo informativo e cognitivo, ma anche di tipo emotivo e culturale, legate a specifici processi di *blaming* e *shaming* nelle organizzazioni».⁸³

⁸¹ In riferimento GROSSO, *Funzione di compliance e rischio penale*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?* Milano, 2017, 300 ss.

⁸² In riferimento CENTONZE, GIAVAZZI, *Le indagini interne: un inventario delle questioni attuali*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, IX.

⁸³ Così CATINO, *Capire le organizzazioni*, Bologna, 2012, 261.

Per tali ragioni la decisione di predisporre un'investigazione interna all'ente implica un delicato bilanciamento e ponderazione di diversi interessi, dentro un quadro normativo che, in Italia, è tuttavia privo di chiare direttrici di comportamento, soprattutto per coloro che devono, di fatto, assumere la decisione finale di avviare le indagini interne. Da un lato le *internal investigations* rappresentano uno strumento estremamente utile nell'ottica di una corretta gestione del rischio aziendale, sia per poter predisporre un eventuale collaborazione con le autorità giudiziarie, sia per poter porre rimedio alla situazione illecita, la quale può essere riscontrata grazie alla segnalazione interna, attuando così le conseguenti modifiche atte a colmare le lacune e ristabilire una situazione di liceità. Dall'altro lato, invero, deve rilevarsi come l'avvio di indagini interne impone all'impresa di dover affrontare svariate problematiche procedurali al fine di poter assicurare una buona qualità dell'indagine in termini di riservatezza, indipendenza ed efficienza. La società deve essere in grado di prevedere i possibili rischi che possono manifestarsi nello svolgimento di un'indagine interna, proprio al fine di poter attuare delle indagini tenendo in considerazione ogni aspetto.

In particolar modo, deve essere preso in considerazione il rischio che le informazioni e i dati che vengono raccolti nel corso delle investigazioni interne possano, poi, essere poste a fondamento di iniziative da parte dell'autorità pubblica contro la stessa impresa. Gli esiti dell'attività di *internal investigations* possono finire per avvalorare la tesi dell'accusa postulata dall'organo inquirente, ovvero fornire allo stesso ulteriori spunti investigativi.

E con ciò è evidente, quindi, la necessità per l'ente di mantenere, in ogni stato della procedura, l'assoluto controllo sulle informazioni provenienti dall'attività di investigazione, garantendo un'adeguata *confidentiality* sull'attività svolta. Per poter, quindi, massimizzare la riservatezza sugli esiti ottenuti delle indagini sarà opportuno – e pertanto deve essere oggetto di valutazione – porre in essere delle scelte di modalità di svolgimento delle singole attività d'indagine nell'ottica di poter garantire tali aspetti essenziali.⁸⁴

Le società che decidono di avviare delle investigazioni interne devono necessariamente operare un bilanciamento tra quelli che possono essere i benefici

⁸⁴ Sul punto vedasi BILIGOTTI, *Ragioni, finalità, team e action plan*, cit., 13.

attesi da tale attività, e dall'altro, tenere in considerazione quegli ulteriori interessi, che devono essere tutelati adeguatamente nel caso in cui si svolga un'indagine; pertanto, l'ente dovrà predisporre gli strumenti necessari in tal senso, i quali comporteranno dei costi per la società. È indispensabile, perciò, compiere, di volta in volta, una complessa valutazione che «muovendo dalla necessità di tutelare gli interessi societari, ponderi tali rischi insieme ai vantaggi concretamente raggiungibili attraverso lo strumento delle indagini interne». ⁸⁵

L'importanza di tale operazione si desume anche dal fatto che svolgere l'*internal investigation* nel modo sbagliato, rischia non solo di vanificare gli esiti attesi da tale attività; ma anche di esporre l'impresa al rischio di danni ulteriori. Per cui se l'investigazione interna non viene impostata in maniera adeguata, passando attraverso una corretta valutazione degli elementi che si ritengono necessari, invece che apportare dei benefici, rappresenterà per l'ente uno svantaggio tale per cui sarebbe consigliabile astenersi totalmente dall'attuare tale attività.

In conseguenza di ciò, è possibile desumere che la conduzione di un'investigazione interna rappresenterebbe per l'ente una facoltà, in quanto tale da adottarsi sulla scorta di un criterio essenzialmente economico-utilitaristico, assunto all'esito di una attenta ponderazione di quelli che possono essere gli eventuali costi-benefici. ⁸⁶

3.1. Esistono degli obblighi giuridici in capo agli organi sociali per l'avvio di un'indagine interna?

Nell'ordinamento italiano, nell'ottica dell'avvio delle indagini interne, occorre preliminarmente interrogarsi su quali possano essere gli organi sociali principalmente coinvolti in tale attività, e se il sistema interno preveda degli obblighi giuridici in capo a quest'ultimi non solo per quanto concerne l'avvio delle investigazioni interne, ma anche in merito alla sussistenza di specifici doveri per l'attività di indagine e all'eventuale utilizzo delle informazioni acquisite.

Si tratta di una questione di ordine generale, attinente ad aspetti di diritto societario, tuttavia, rilevante per poter comprendere l'approccio sulle modalità circa

⁸⁵ V. CENTONZE, GIAVAZZI, *Le indagini interne*, cit., XXIII.

⁸⁶ In merito BILIGOTTI, *Ragioni, finalità, team e action plan*, cit., 2.

lo svolgimento delle investigazioni interne secondo la normativa italiana. Per poter verificare, quindi, se sussiste, dal punto di vista del diritto interno, un obbligo indefettibile in capo ai vertici dell'impresa di effettuare una *internal investigation*, nell'ipotesi in cui pervenga la notizia di un'indagine penale o anche amministrativa – in particolare da parte di un'Autorità di vigilanza – ovvero giunga una segnalazione dalla funzione di *compliance* o dai sistemi di *whistleblowing*, occorre analizzare le disposizioni normative che disciplinano i doveri in capo agli organi di vertice della società.

Con riferimento a tali questioni, sembrerebbe preferibile aderire alla tesi secondo cui le *internal investigations* – allo stato attuale – non rappresentano un obbligo per le organizzazioni complesse⁸⁷, dal momento che, ipotizzando che la competenza ad assumere tale decisione vada ascritta al Consiglio di amministrazione⁸⁸, occorre analizzare le disposizioni normative previste nel Libro V del Codice civile, le quali disciplinano i compiti e funzioni del Consiglio di amministrazione.

Alla luce di ciò, non sembrerebbe possibile rinvenire una disposizione specifica grazie alla quale potrebbe dirsi previsto, con certezza, in capo ai vertici dell'impresa un obbligo giuridico di svolgere le indagini interne.

Analizzando la relativa disciplina, infatti, ai sensi dell'art. 2381, comma 6, c.c.⁸⁹, che individua le funzioni del Consiglio di amministrazione, si prevede che,

⁸⁷ Così RONDINONE, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 106. Secondo l'Autore, infatti, non è possibile rinvenire un obbligo giuridico nei confronti di tali soggetti; tuttavia, l'autore non esclude che possano essere previsti degli obblighi di tal tipo nei confronti degli organi sociali deputati a tali attività; tuttavia, ciò è possibile solo per via di un'autoregolamentazione interna, ovvero nell'ipotesi in cui tali obblighi siano stabiliti nei regolamenti adottati dall'ente. Infatti, specie nelle società in cui le attività economiche caratteristiche presentino un elevato grado di rischio sulla possibilità di avvio di azioni penali o amministrative, vengono adottati in seno all'ente apposite regole interne che stabiliscono che l'indagine interna debba essere avviata, senza eccezioni, ogniqualvolta si verifichino delle situazioni particolarmente rischiose.

⁸⁸ Secondo Rondinone, la competenza ad assumere eventualmente la decisione di svolgere delle indagini interne spetterebbe al consiglio di amministrazione. Infatti, analizzando l'art. 2381 c.c., comma 3, prevede che tra i compiti e le funzioni del consiglio di amministrazione vi sia quella di «valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società»; in effetti, le indagini interne si inserirebbero perfettamente in tale contesto, essendo uno strumento suscettibile di indurre l'organo sociale a rivedere alcuni aspetti organizzativi, sulla base degli esiti ottenuti, e quindi valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi della società. Nello stesso senso di è espresso TOMBARI, *Governo Societario, compliance e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, cit., 276 ss.

⁸⁹ L'art. 2381 c.c. è una norma chiave che, colmando una lacuna, precisa innanzitutto le competenze del consiglio di amministrazione; vengono disciplinati i compiti del presidente del consiglio di

al fine di garantire il valore della trasparenza nella gestione della società, gli amministratori hanno il generico dovere di «agire in modo informato», che rappresenta a sua volta un'importante precisazione e integrazione dei doveri di diligenza e di intervento, per impedire il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose, che sono sanciti dall'art. 2392 c.c.

Dalla lettura di tali disposizioni normative, è possibile intuire che, per adempiere correttamente ai doveri previsti tutto quello che attiene alla disciplina dei flussi informativi all'interno dell'ente rappresenterebbe uno strumento di fondamentale importanza, potendo assicurare all'organo amministrativo di adempiere correttamente al principale dovere imposto, ovvero quello di agire informato – così come sancito nel Codice civile.

Pertanto, alla luce della normativa vigente, in assenza di un riferimento diretto, anche se le indagini interne sono in grado di assicurare agli organi competenti un'adeguata conoscenza dei fatti, potendo garantire quel flusso informativo, tale per cui gli amministratori potrebbero giovare nel corretto esercizio del loro dovere di agire informato, esse continuano, tuttavia, a rappresentare una mera facoltà per gli organi sociali.

Secondo alcuni autori⁹⁰ sembrerebbe, invece, possibile ravvisare un dovere in capo all'organo amministrativo di svolgere le indagini interne a fronte della presunta commissione di violazioni di legge ovvero del Modello organizzativo ex d.lgs. n. 231 del 2001 o di procedure aziendali. Tale dovere sembrerebbe essere ricostruito sulla base del secondo comma dell'art. 2392 c.c., il quale prevede una responsabilità degli amministratori nei confronti della società, se, nel caso in cui essi vengano a conoscenza di fatti illeciti dannosi, non compiano quanto in loro potere per impedire, eliminare o attenuare le conseguenze dannose che possano derivare⁹¹. Tuttavia, ciò non significa prevedere in capo all'organo amministrativo

amministrazione, stabilendo che esso non ha una funzione gestionale, ma bensì quella di far funzionare in maniera efficiente il consiglio. In particolar modo, il comma 6 impone agli amministratori di agire «in modo informato», per cui spetta al presidente provvedere nell'imminenza delle sedute consiliari, affinché tutti ricevano adeguate informazioni sulle materie all'ordine del giorno. Cfr. BEVILACQUA, *Codice civile Commentato artt. 1678-2969*, (a cura di) BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, Quarta Edizione, Torino, 2012.

⁹⁰ Vedasi SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., 110.

⁹¹ L'art. 2392 c.c. rubricato "*Responsabilità verso la società*" nel comma 2 sancisce che: «in ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono

un obbligo giuridico di compiere delle indagini interne qualora vengano a conoscenza di un eventuale fatto illecito o altrettante violazioni.

Al più, sembrerebbe possibile potersi individuare nei confronti di tali organi sociali «un obbligo giuridico di prendere in considerazione la possibilità di compiere l'indagine interna»⁹², nel senso che l'organo amministrativo della società per assolvere correttamente ai propri doveri – ai sensi degli artt. 2381 c.c. e 2392 c.c. – debba prendere una posizione in merito ai fatti verificatesi, proprio al fine di evitare di essere ritenuto responsabile, ed evitare che nei confronti della società possano discendere delle ulteriori conseguenze dannose a seguito di eventuali fatti pregiudizievoli che si sono verificati nell'azienda.

Per cui aderendo a tale tesi –la quale sembrerebbe anche più in linea con un'interpretazione letterale delle suindicate norme – può dirsi sussistente in capo all'organo amministrativo un obbligo di prendere in considerazione qualsiasi strumento che possa rivelarsi efficace e idoneo a evitare il verificarsi di conseguenze dannose nei confronti della società. In tale contesto, sembra potersi concludere nel senso che le investigazioni interne rappresentino un valido strumento, soprattutto nell'ottica di un controllo costante degli assetti interni della società, consentendo all'ente di poter adottare con maggiore rapidità i rimedi necessari nel caso in cui si verificano delle violazioni. In altri termini, quindi, le indagini interne rappresentano uno dei diversi strumenti che l'organo amministrativo può prendere in considerazione al fine di adempiere ai doveri sanciti nel Codice civile nel miglior modo possibile.

Infine, qualora l'organo amministrativo decida di avviare le indagini interne alla società, nel caso in cui dovessero essere accertati degli elementi critici e rilevanti sul piano penale o ai fini della vigilanza, in questo caso sussiste un obbligo giuridico in capo al Consiglio di amministrazione di portare a conoscenza di tali informazioni la Procura della Repubblica e/o l'Autorità di vigilanza, inviando alle stesse un *report* finale.⁹³

solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

⁹² Così RONDINONE, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, cit., 107.

⁹³ Sul punto v. RONDINONE, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, cit., 113.

3.2. Costi e benefici da ponderare nella decisione

La decisione di intraprendere e avviare un'investigazione interna alla società rappresenta una facoltà rimessa alla autonomia decisionale dell'ente; sarà, quindi, frutto di un'analisi dei diversi elementi che la società deve tenere in considerazione al fine di decidere se esperire e porre in essere l'*internal investigation*.

Alla luce dell'analisi svolta, si ritiene che l'organo di amministrazione possa essere individuato come soggetto ideale in grado di assumere tale decisione, in base alle disposizioni normative; spetterà, quindi, a quest'ultimo effettuare un'opportuna valutazione fra i vari interessi in gioco cercando di operare un corretto bilanciamento sia dei benefici che la società può ricavare, ma anche delle conseguenze negative che potrebbero derivare da tale decisione. Qualora l'ente interessato decida di avviare un'indagine interna, considerando l'assenza di un obbligo legale, il percorso logico si baserà essenzialmente su un criterio economico, tale per cui l'organo sociale sarà chiamato ad operare un raffronto in termini di costi-benefici.

In conclusione, può evincersi che le *internal investigation* possono rivelarsi un efficace strumento per la gestione dei rischi aziendali, offrendo così diversi vantaggi alla società che decide di attuarle; benefici che possono sostanziarsi sia in un giovamento interno all'ente – consentendo di eliminare le eventuali criticità riscontrate – sia da un punto di vista processuale – evitando alla società ulteriori conseguenze dannose, sia di ordine reputazionale che pecuniarie.

Tuttavia, non si tratta di uno strumento che apporta solo utilità in capo all'ente, in quanto vi sono anche elementi che potrebbero condurre a una decisione negativa circa la volontà di avviare delle indagini interne – primo fra tutti l'impossibilità di gestirla in totale riservatezza.

Le informazioni e i dati che vengono raccolti nel corso delle varie fasi di un'indagine interna potrebbero portare alla luce degli elementi nuovi, non ancora individuati dalla Procura della Repubblica o dall'Autorità di vigilanza, cui non è possibile opporre il segreto aziendale; per cui si avrebbe il paradosso che è l'ente

stesso a creare i presupposti per un incremento del danno pecuniario e reputazionale in capo alla società.⁹⁴

Inoltre, porre in essere un'indagine interna all'ente, dato che allo stato non è prevista alcuna disciplina normativa in merito, imporrebbe che sia la società a occuparsi di tutte quelle complessità procedurali specifiche di un'indagine, quali ad esempio la gestione dei dati sensibili in conformità alle norme sulla *privacy* o tematiche legate al trattamento dei dati personali dei dipendenti, che richiedono apposite competenze giuslavoristiche; si tratta, quindi, di elementi ulteriori i quali devono necessariamente essere presi in considerazione dalla società prima di decidere di avviare una indagine al proprio interno, rappresentando essa per l'ente un impegno notevole e un enorme uso di risorse ed energie.⁹⁵

Da ultimo non deve dimenticarsi che, nell'ottica di dover decidere se predisporre delle indagini interne, l'ente interessato dovrà tenere in considerazione un aspetto connesso alla gestione di un'attività di tal genere: i costi che sono necessari per svolgere tutte le attività ritenute necessarie.

Deve evidenziarsi, infatti, che l'ammontare della spesa dovuto per avviare e mantenere le investigazioni interne è sicuramente considerevole, ed è connesso altresì alla natura e dimensioni dell'ente. Una chiara dimostrazione in questo senso è ricavabile dalle esperienze internazionali, come ad esempio quello statunitense, in cui più l'impresa è di grandi dimensioni, maggiori saranno gli oneri e i costi legati allo svolgimento di una *internal investigation*.⁹⁶ Un'indagine interna, se svolta correttamente, rappresenta un'attività particolarmente dispendiosa per l'ente, motivo ulteriore per cui, spesso, nonostante i molteplici vantaggi che possono derivare all'impresa, comunque, la scelta di avviarla non rappresenta una decisione immediata e un percorso semplice e lineare per l'ente.

4. Gli attori delle indagini interne societarie

La società che ritenga di voler avviare delle indagini interne dovrà, quindi, svolgere una serie di attività preliminari volte a individuare alcuni aspetti

⁹⁴ Così RONDINONE, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, cit., 108 s.

⁹⁵ In riferimento v. DEL NINNO, *Data Protection*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di), *Indagini interne*, Pisa, 2022, 113 ss.

⁹⁶ Così D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *Internal Corporate Investigation: la lezione americana*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2019, 2, 95.

fondamentali per lo svolgimento delle stesse. È necessario, in primo luogo, effettuare un'istruttoria preliminare che consenta di poter stabilire se le informazioni siano effettivamente meritevoli di un'investigazione interna, tenendo in debita considerazione le circostanze concrete e il rispetto di principi di ragionevolezza e proporzionalità. Successivamente, devono essere previsti e individuati degli aspetti attinenti alla modalità dell'investigazione, quale ad esempio, il perimetro delle verifiche, con particolare riguardo all'ambito soggettivo – ossia i soggetti incaricati di acquisire e analizzare le informazioni presenti nei sistemi aziendali – e al periodo temporale di riferimento, prestabilendo adeguati flussi informativi, nonché il relativo monitoraggio.⁹⁷

Un aspetto fondamentale riguarda quindi l'individuazione dei soggetti che vengono incaricati di condurre l'investigazione interna; scelta che viene rimessa all'autonomia decisionale dell'ente, la quale, anche alla luce delle specifiche funzioni previste per tali organi sociali, individua nell' Consiglio di Amministrazione e nell'Organismo di Vigilanza, i soggetti adatti per la supervisione e il coordinamento delle indagini interne, in quanto requisito essenziale è l'autonomia e indipendenza di tali organi per garantire la buona riuscita delle indagini.

La configurazione di un *investigation team* rappresenta, quindi, un passaggio necessario per poter svolgere efficientemente le indagini interne, e renderle, così, funzionali al raggiungimento degli obiettivi prefissati e ai vantaggi attesi. Le investigazioni interne possono realizzare principalmente due finalità: da un lato possono assumere un assetto meramente interno o manutentivo; dall'altro lato possono prevalere delle finalità tipicamente esterne o processuali, soprattutto quando si presuppone che possa esservi una implicazione sotto il profilo della responsabilità amministrativa dell'ente.

Nel caso in cui l'*internal investigation* venga predisposta con obiettivi interni ovvero manutentivi dell'organizzazione complessa, il ruolo di iniziativa e di supervisione, nel contesto italiano, sembra destinato a ricadere in capo all'Organismo di Vigilanza ovvero alla funzione di *Internal Audit*.

⁹⁷ Sul punto SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., 111.

Inoltre, in questi casi, vengono abitualmente coinvolte nelle attività d'indagine sia le risorse *in-house* – come funzioni di *compliance* interne quali il comitato controllo-rischi – sia delle componenti esterne – come studi legali indipendenti o *advisor* esperti in indagini forensi o contabili – soprattutto quando si inseriscono degli aspetti che richiedono delle particolari competenze tecniche.

Invece, qualora si rappresenti l'ipotesi di un possibile coinvolgimento di responsabilità penale per l'ente, in questo caso la finalità dell'*internal investigation* sarà prettamente processuale, e solitamente in questi la società decide di affidare lo svolgimento delle stesse a un difensore esterno all'impresa, incaricato con apposito mandato fiduciario per il procedimento in corso ovvero per quello che verrà a instaurarsi in ottica preventiva.⁹⁸ Di conseguenza, in queste ipotesi, l'Organismo di Vigilanza sembrerebbe non essere più il soggetto principale nello svolgimento delle indagini, ma il suo ruolo viene meno, a salvaguardia del privilegio della riservatezza delle comunicazioni – prerogativa che, nell'ordinamento italiano, è riconosciuta esclusivamente al difensore esterno appositamente incaricato con specifico mandato.⁹⁹

4.1. L'Organismo di Vigilanza.

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono, si evince come l'Organismo di Vigilanza, nel corso delle indagini interne all'ente, svolge un ruolo fondamentale di coordinamento delle attività d'investigazione e di supervisione delle stesse – essendo destinato a ricevere e analizzare le informazioni ottenute – per cui si reputa opportuno, in questa sede, svolgere alcune considerazioni generali sul ruolo di tale organismo.

Il sistema di controllo interno prevede tra i requisiti per consentire all'ente di andare esente da responsabilità nel caso di commissione di un reato, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), d. lgs n. 231 del 2001, oltre al Codice Etico e al

⁹⁸ Così D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 321 s. Nell'ordinamento interno, il difensore rappresenta l'unico soggetto in grado di assicurare alla società sia una massima copertura, in termini di *legal privilege*, delle informazioni e dei dati raccolti nel corso di un'indagine interna all'ente; sia di garantire la genuinità e utilizzabilità degli elementi di prova.

⁹⁹ Nel caso in cui venga incaricato un difensore esterno, sembrerebbe possibile anche che l'Organismo di Vigilanza possa surrogare alcuni suoi doveri attraverso un accordo codificato di coordinamento con il legale esterno ovvero con i soggetti incaricati di svolgere le indagini. V. D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna*, cit., 323.

Modello di organizzazione e gestione, una ulteriore condizione: l'istituzione di un organismo, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, denominato Organismo di Vigilanza (nel seguito OdV), il quale rappresenta, per tali ragioni, una figura essenziale e centrale all'interno dell'ente.¹⁰⁰ Tale organo viene così inserito all'interno dell'ampio reticolato dei controlli endo-societari, il quale però – allo stato attuale – non trova un'adeguata regolamentazione.

Ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, si prevede che a tale organismo spetti il compito di «vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli organizzativi e di curarne il loro aggiornamento». Già dal sintetico dato normativo si evince l'importanza dell'OdV, «motore della struttura complessa organizzativa»¹⁰¹ poiché vigila su quello che è il «perno del sistema di prevenzione degli illeciti commessi dall'ente»¹⁰². Anche ove l'ente fosse invero dotato del più strutturato sistema di organizzazione, in assenza di un apposito OdV detto sistema non potrebbe ritenersi efficacemente attuato, per cui non sarà in grado di evitare le sanzioni previste a carico dell'ente nel caso di commissione di illeciti da parte di suoi esponenti.

Tuttavia, a fronte della centralità attribuita a tale organismo, è evidente che la normativa prevista sia sotto diversi aspetti lacunosa. Alcuni autori, infatti, hanno definito la disciplina dell'OdV come uno «dei punti più oscuri» della regolamentazione sulla responsabilità *ex crimine* degli enti¹⁰³ in considerazione del fatto che il legislatore ha indicato solo brevemente le funzioni di tale organismo e tratteggiato i suoi poteri. Al di là della previsione generale dei compiti dell'OdV,

¹⁰⁰ Tra le condizioni fissate dall'articolo 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, ai sensi del comma 1, lett. b), per consentire all'ente di andare esente da responsabilità nel caso di commissione di un reato da parte di un proprio apicale, ma anche se commesso da un sottoposto. Viene richiesta la costituzione di un organismo, denominato Organismo di Vigilanza, al quale deve essere affidata la funzione di «vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento». V. FRUGENTI, PRESCIANI, *L'Organismo di Vigilanza*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 251 ss.; altresì interessante sul punto è la pronuncia Cass. pen., Sez. II, 27.9.2016, n. 52316 in *DeJure*.

¹⁰¹ V. LIONZO, *Artt. 5,6 e 7– Profili aziendali, L'organismo di vigilanza: ruolo e attività*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 324.

¹⁰² Così ABRIANI, GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *La Resp amm. soc. e enti*, 2012, n.3, 191.

¹⁰³ L'espressione di ABRIANI, GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. cit.*, 192.

non vi è alcuna menzione circa la composizione, le caratteristiche e gli strumenti di cui esso deve essere dotato per funzionare efficacemente, ovvero di aspetti rilevanti nell'ottica di una corretta attuazione dell'organismo.¹⁰⁴

In assenza di un soddisfacente quadro normativo, gli aspetti di rilievo sono stati rimessi, generalmente, alla prassi, per cui sia i numerosi interventi della giurisprudenza sia le Linee Guida delle associazioni di categoria hanno rappresentato un fondamentale punto di riferimento volto ad irrobustire la cornice regolatoria, anche se, comunque, sarebbe auspicabile ed opportuno l'intervento del legislatore su tali aspetti, al fine di chiarire molte delle questioni rimaste aperte.¹⁰⁵

4.1.1. La composizione e le caratteristiche dell'Organismo di Vigilanza

Si ritiene utile tratteggiare, sebbene in modo molto sintetico, i principali aspetti che caratterizzano la figura dell'OdV, partendo dal dato normativo, tenuto conto però sia delle posizioni di giurisprudenza e dottrina in merito, sia delle Linee Guida redatte dalle associazioni di categoria, che hanno consentito di delineare gli aspetti rilevanti sulla disciplina di tale organismo, in considerazione della laconicità del legislatore.

Per quanto attiene la composizione dell'Organismo di Vigilanza, è necessario rimettersi alle *best practice* che si sono sviluppate, anche in linea con quanto sancito dalla giurisprudenza nel corso degli ultimi anni. In tale ambito, vi sono diversi dubbi di tipo applicativo. Il silenzio riguarda, *in primis*, la circostanza se l'OdV debba essere interno all'ente ovvero possa essere esterno alla sua organizzazione, per meglio adempiere i compiti ad esso affidati.¹⁰⁶ Tale quesito nella prassi si è risolto a favore di un soggetto interno alla struttura complessa, e ciò non solo sulla base di un argomento letterale – la disposizione normativa parla di «organismo dell'ente» – ma anche per rispondere a un'esigenza di tipo sistematico-funzionale, in quanto l'OdV è deputato sia a svolgere un controllo costante di

¹⁰⁴ Così GROSSO, *Funzione di compliance e rischio penale*, cit., 303 s.

¹⁰⁵ In CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di) *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, 2016, 286 s.

¹⁰⁶ V. ASSUMMA, LBI, *Commento Articolo 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione («diretto da»)* LEVIS, PBRINI, Bologna, 2021, 252.

verifica e idoneità del Modello organizzativo, sia a ricevere eventuali segnalazioni su anomalie dai dipendenti. Per cui sembrerebbe necessario che l'istituzione di siffatto organismo sia interna all'ente «per evitare facili manovre volte a preconstituire una patente di legittimità sull'operato della *societas* attraverso il ricorso ad organismi compiacenti»¹⁰⁷.

Inoltre, il silenzio del legislatore riguarda anche l'indicazione del soggetto a cui, presumibilmente, compete la responsabilità della nomina di tale organismo, poiché a prescindere dal fatto che esso sia interno od esterno all'ente è necessario, per garantire i requisiti di autonomia ed indipendenza, che esso sia nominato da un organo sociale atto a garantire il rispetto dei requisiti richiesti. A tal riguardo, sono maturati diversi orientamenti, i quali, però, sono stati superati dalla prassi, ormai consolidata, secondo cui l'OdV dovrebbe essere nominato dall'organo di gestione.¹⁰⁸

Ancora, il dato normativo tace circa la composizione dell'OdV e sulla designazione dei suoi membri, se cioè debba essere composto da più soggetti ovvero se sia sufficiente un solo componente. Proprio questo silenzio consente quindi all'ente di optare per una forma monocratica, ovvero per quella collegiale, sempre rispettando le caratteristiche proprie dell'ente di riferimento.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Relazione ministeriale d'accompagnamento al d.lgs. 231/2001, par. 3.4.

¹⁰⁸ In riferimento VOLTAN, *Riflessioni sulla nomina dell'Organismo di Vigilanza anche negli enti di piccole dimensioni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, n. 4, 157. Secondo l'Autore sono principalmente tre le linee di pensiero in merito: secondo un primo orientamento l'organismo dovrebbe essere nominato attraverso la procedura prevista per le modifiche statutarie; altrimenti secondo un'ulteriore corrente di pensiero la nomina spetta all'Assemblea dei Soci; infine, un'ultima opinione – che sembra essere quella maggiormente condivisa – assegna all'organo di indirizzo la responsabilità della nomina. Inoltre, da una ricerca condotta da Assonime nell'ambito di un progetto promosso dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, i cui dati sono stati resi pubblici nell'ottobre del 2021, risulta che nel 98,6% delle società quotate la nomina dell'Organismo di Vigilanza sia di competenza del consiglio di amministrazione. Le ragioni alla base del fatto che la nomina dell'OdV sia rimessa all'organo dirigente è perché: «i) la legge attribuisce all'organo dirigente il compito di definire il perimetro e le modalità di esercizio dei compiti dell'OdV, attraverso la predisposizione del proprio modello di organizzazione e di gestione; ii) la predisposizione del modello organizzativo e la garanzia del suo funzionamento entra nel perimetro dei doveri che il diritto societario pone in capo agli amministratori di assicurare assetti organizzativi adeguati; iii) la nomina dell'OdV configura un atto di tipo organizzativo, normalmente attribuito all'organo cui compete la gestione societaria. Anche la nuova formulazione del Codice di Corporate Governance, peraltro, rimette all'organo dirigente la nomina dell'Organismo». Sul punto ASSONIME, *L'Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Note e studi n. 10 del 2021, 33.

¹⁰⁹ Come affermato anche dalle Linee Guida di Confindustria «a dispetto della indifferenza del legislatore rispetto alla composizione, la scelta tra l'una o l'altra soluzione deve tenere conto della finalità perseguite dalla stessa legge, e quindi, assicurare l'effettività dei controlli. Come ogni

L'utilizzo del termine "organismo" sembrerebbe evidenziare necessariamente l'adozione di una struttura collegiale, infatti, generalmente le società si dotano di un modello organizzativo che prevede un organismo a forma collegiale – con un numero di tre membri, prevalentemente a composizione mista – anche se in via di principio, non pare possa escludersi anche la forma monocratica. Deve comunque evidenziarsi che in questo senso, la giurisprudenza, che si è espressa circa la composizione dell'OdV, ha, in più circostanze, censurato la forma monocratica¹¹⁰. La prassi in materia, infatti, sembrerebbe confermare la tendenza delle società di medio-grandi dimensioni di nominare un OdV in composizione collegiale, anche alla luce delle complessità che derivano dalla maggiore dimensione della struttura organizzativa; invece, nelle aziende di minori dimensioni, potrebbe valutarsi, sempre con le dovute cautele, la composizione monocratica.¹¹¹

Un ulteriore quesito, circa la struttura organizzativa dell'OdV, attiene al fatto se sia necessario creare un organismo apposito cui attribuire tali funzioni ovvero se sia possibile utilizzare delle strutture aziendali di controllo esistenti. In merito a ciò, la formulazione legislativa prevedeva inizialmente, ai sensi dell'art. 6, comma 4, che solo gli enti di piccole dimensioni potessero affidare i compiti

aspetto del modello, anche la composizione dell'Organismo di Vigilanza dovrà modularsi sulla base delle dimensioni e del tipo di attività e della complessità organizzativa dell'ente».

Sul punto anche i "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231" di CNDCEC, ABI, Confindustria e CNF, febbraio 2019, si sono espressi nel senso che la composizione dell'OdV deve essere modulata sulla base delle dimensioni, dell'organizzazione e del tipo di attività dell'ente. Essi hanno precisato che «[...] quella collegiale, in cui oltre a professionisti esterni possono combinarsi soggetti interni all'Ente – anche al fine di agevolare i flussi informativi – potrebbe soddisfare al meglio i requisiti di continuità di azione e, soprattutto quello relativo alle competenze che l'Organismo deve possedere: attraverso una configurazione plurisoggettiva, infatti, sarà possibile combinare *skills* relative a materie aziendalistiche, profili penali, aspetti tecnici concernenti il *core business* dell'impresa (si pensi ai rischi connessi alla sicurezza) e così via. D'altro canto, la composizione monocratica talvolta può risultare più opportuna nelle realtà più piccole o laddove esistano già strutture composite di internal auditing e/o di compliance».

¹¹⁰ Il Tribunale del Riesame di Parma, con ordinanza del 22 giugno 2015 ha evidenziato la potenziale inefficacia del controllo e monitoraggio affidato all'OdV di natura monocratica, evidenziando come tale opzione costituisca per il modello organizzativo adottato «una non trascurabile criticità», giacché «il fatto stesso che l'organismo di vigilanza sia di natura monocratica è idoneo a pregiudicare l'efficacia concreta della sua azione di monitoraggio».

¹¹¹ Da una ricerca condotta da Assonime nell'ambito di un progetto promosso dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, i cui dati sono stati resi pubblici nell'ottobre del 2021, risulta che nel 94% delle società quotate adotta una struttura collegiale, e nel 77% dei casi composta da tre membri. Vedasi ASSONIME, *L'Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Note e studi n. 10 del 2021, 28 s.

dell'OdV direttamente all'organo dirigente; per cui con tale previsione il legislatore non solo ha previsto una delimitazione notevole del campo applicativo, rivolgendosi esclusivamente agli enti di piccole dimensioni, ma ha altresì introdotto una disposizione foriera di criticità.¹¹² Solo recentemente il legislatore, intervenendo sull'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, ha cercato di riequilibrare la disciplina prevista, inserendo il comma 4-bis¹¹³, per cui nelle società di capitali è possibile utilizzare, con funzione di Organismo di Vigilanza, organi o strutture aziendali già esistenti: in particolare individua il Collegio Sindacale, il Consiglio di Sorveglianza e il Comitato di controllo della gestione. Questa norma consente quindi di arricchire le possibilità organizzative a disposizione dell'impresa che intenda allinearsi alle prescrizioni previste nel d.lgs. n. 231 del 2001; per cui soprattutto negli enti di dimensioni medio-grandi, siano essi società quotate e non, il conferimento di funzioni di vigilanza al Collegio Sindacale si aggiunge alle altre opzioni già praticabili, quali l'attribuzione del medesimo ruolo al Comitato controllo e rischi, e all'*internal audit* o a un organismo istituito *ad hoc*.¹¹⁴

Nonostante il dichiarato fine fosse quello di offrire una opportunità di risparmio dei costi alle imprese di maggiori dimensioni, la soluzione così prospettata, in termini puramente facoltativi, ha in realtà sollevato non pochi dubbi da parte di alcuni interpreti¹¹⁵ che, infatti, vedono in tale scelta legislativa più che altro una sovrapposizione dell'esercizio della funzione di OdV (che si colloca comunque su un piano di amministrazione dell'ente) e quella riconosciuta all'organo di controllo nelle società di capitali, che, inoltre, si pone in termini differenti a seconda del modello di amministrazione e controllo prescelto dalla

¹¹² Tale disposizione creerebbe un sistema in cui l'organo dirigente assume al contempo la duplice veste di controllore e controllato: v. ASSUMMA, LEI, *Commento Articolo 6*, cit., 255 s.

¹¹³ Il nuovo comma viene inserito dall'articolo 14, comma 12 della l. 12 novembre 2011, n. 183 recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" c.d. legge di Stabilità 2012. Il comma 4-bis dispone testualmente «Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)». L'introduzione di tale disposizione non ha comunque risolto i molteplici dubbi e le criticità connesse alla possibilità di attribuire le funzioni di Organismo di Vigilanza al Collegio sindacale. In tal senso, vedasi VERNERO, *La funzione dell'Organismo di Vigilanza svolta da uno o più componenti del Collegio Sindacale: criteri di nomina, requisiti e modalità di svolgimento dell'incarico*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2018, n.3, 135-147; FRIGENI, PRESCIANI, *Artt. 5, 6 e 7- Profili societari, L'organismo di vigilanza*, cit., 257 s.

¹¹⁴ In tal senso possono leggersi CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, 2021, 83 ss.

¹¹⁵ Vedasi FRIGENI, PRESCIANI, *Artt. 5, 6 e 7- Profili societari, L'organismo di vigilanza*, cit., 257.

società, portando così ad «una pericolosa commistione tra controllore e controllati».¹¹⁶ Al contrario, invece, Banca d'Italia, condividendo le indicazioni legislative si è posta a sostegno dell'accorpamento delle due funzioni, e attraverso un documento per la consultazione, ha indicato come regola organizzativa l'attribuzione delle funzioni dell'OdV all'organo con funzioni di controllo, riconoscendo, comunque, la possibilità di porre in essere soluzioni alternative «in presenza di particolari e motivate esigenze».¹¹⁷

In conclusione, sembra opportuno, con riferimento all'Organismo di Vigilanza e, di conseguenza, a tutto ciò che attiene al giudizio sull'idoneità del Modello organizzativo, evidenziare come si tratti di temi in cui non mancano le pronunce della giurisprudenza e le prassi sviluppate, fondamentali poiché rappresentano un punto di riferimento in termini di disciplina. In particolar modo, prendendo spunto da due recenti sentenze emesse in esito al giudizio di primo grado nei noti procedimenti penali a carico di “Banca Monte dei Paschi di Siena” e “Banca Popolare di Vicenza”¹¹⁸, si sono svolte delle riflessioni proprio su temi legati all'adeguatezza dei Modelli organizzativi e al ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

Entrambe le sentenze hanno affrontato il tema del ruolo dell'OdV, e in particolar modo nella sentenza “Banca Popolare di Vicenza” vengono svolte delle considerazioni in merito alla composizione di tale organismo, le quali richiedono un approfondimento in questa sede: l'organo giudicante, ai fini del giudizio di adeguatezza dell'OdV, si è invero discostato dalle *best practice* di settore, individuando, così, un nuovo orientamento in merito alla composizione dell'OdV. Nel caso di specie, un primo profilo di censura mosso all'OdV attiene alla composizione dello stesso, in quanto era composto da soggetti «non esenti da

¹¹⁶ Sul punto, CARDIA, *Legge di Stabilità 2012 e D.Lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. ann. soc. e enti*, 2012, n.1, 127.

¹¹⁷ Banca d'Italia, Documento per la consultazione, settembre 2012.

¹¹⁸ Tribunale di Vicenza, Sez. Penale, 17 giugno 2021, n. 348 e Tribunale di Milano, Sez. II, 7 aprile 2021, n. 10748. In particolar modo, la vicenda nei confronti dei vertici della Banca Popolare di Vicenza vedeva fra i protagonisti anche lo stesso istituto di credito, chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 25 ter comma 1 lett. r) ed s) del d.lgs. n. 231 del 2001 dei reati di agiotaggio ed ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza di cui agli artt. 2638 e 2637 c.c. Il giudizio si è concluso con una severa condanna per l'istituto di credito e la motivazione della decisione – in linea con quello che sembra essere ormai un canone costante nella giurisprudenza – con la censura del comportamento dei membri dell'Organismo di Vigilanza la cui inadeguatezza – in termini di funzionamento e composizione – rende, secondo il collegio giudicante, inidoneo il modello e quindi responsabile l'ente.

ingerenza e condizionamento» poiché al suo interno era presente come membro dell'OdV il Responsabile *Internal Audit*¹¹⁹, che, per il fatto di dipendere gerarchicamente e funzionalmente dai soggetti che era tenuto a controllare, non poteva quindi avere quei requisiti di autonomia e indipendenza richiesti all'Organismo di Vigilanza.¹²⁰

Tuttavia, tale decisione appare controversa e suscita non poche perplessità, in quanto alcune *best practice* di settore¹²¹ contemplano la possibilità per il responsabile *Internal Audit* di partecipare quale membro dell'OdV delle società. Infatti, la funzione di *Internal Auditing*, se ben posizionata e dotata di risorse adeguate, potrebbe essere ritenuta idonea a ricoprire il ruolo dell'Organismo di Vigilanza. È evidente che, comunque, solo l'Autorità Giudiziaria è preposta all'analisi circa la valutazione del Modello Organizzativo, e quindi, nonostante questo disallineamento porti non poche perplessità, consente però di indirizzare gli enti sulla composizione dell'OdV, adeguandosi all'orientamento della giurisprudenza. Applicando la relativa pronuncia, allo stato attuale, deve, quindi, concludersi nel senso di escludere l'*Internal Audit* dall'Organismo di Vigilanza, al più, assegnando allo stesso un ruolo di supporto nella conduzione e programmazione delle attività di verifica dell'OdV.¹²²

Per quanto attiene invece ai requisiti¹²³ che caratterizzano tale organismo, alla luce del d. lgs. n. 231 del 2001, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), si prevede

¹¹⁹ Il fatto che in seno all'OdV venisse nominato il Responsabile dell'ufficio di *internal audit*, non è un fatto peculiare, ma anzi si tratta ormai di una prassi invalsa, soprattutto, negli ultimi anni, sia alla luce delle Linee Guida di settore, sia per la somiglianza funzionale che è possibile ravvisare tra *internal audit* e l'Organismo di Vigilanza. Infatti, proprio alla luce della vicinanza delle funzioni assegnate all'OdV e quelle che in via generale vengono riconosciute all'*internal audit*, era stato possibile attingere alle diverse fonti normative dedicate a quest'ultimo, ivi incluse le regole di *soft law*, al fine di chiarire, più nel dettaglio i compiti e le attività che l'OdV è tenuto a svolgere nell'esercizio dell'incarico affidatogli. In merito FRIGENI, PRESCIANI, *Artt. 5, 6 e 7 – Profili societari*, L'organismo di vigilanza, cit., 254.

¹²⁰ In riferimento SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'Odv: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 7-8, 2.

¹²¹ Per tutti v. CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, 2021, 88. Si prevede precisamente che: «[...] le società che ne siano provviste potranno decidere di attribuire il ruolo di organismo di vigilanza alla funzione di *Internal Auditing*».

¹²² V. BORTOLOTTI, CORINO, *Organismo di Vigilanza e Modello Organizzativo: due recenti sentenze di merito intervengono sul "Sistema 231"*, NT+ Diritto Norme & Tributi Plus, il Sole 24 ore, 14 aprile 2022.

¹²³ Per un approfondimento si segnala, tra gli altri, ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA – AODV 231, *Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*, Milano, 2010, www.aodv231.it.

brevemente ed esclusivamente che esso deve essere «dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo»; per cui sembra possibile evincere che tale organismo debba essere autonomo in relazione ai compiti che la legge a esso assegna. Nonostante ciò, la giurisprudenza, la dottrina e le principali associazioni di categoria ¹²⁴ hanno chiarito che i componenti dell'OdV debbano possedere ulteriori prerogative: è necessario che i singoli componenti siano in possesso dei requisiti di professionalità ed onorabilità; mentre l'OdV nel suo complesso deve essere caratterizzato da autonomia, indipendenza e continuità d'azione. Tale posizione è stata negli anni confermata e corroborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, tale per cui la valutazione di idoneità del Modello organizzativo, per quanto attiene alla figura dell' Organismo di Vigilanza, passa attraverso la corretta attuazione di tali requisiti; infatti, se l'organo giudicante non riscontra il rispetto di ciascuno di tali requisiti nella realtà quotidiana della vita dell'impresa, allora non sarà possibile emettere una pronuncia nel senso di idoneità del Modello, tale per cui la società sarà chiamata a rispondere dell'illecito commesso, non potendo beneficiare dell'esenzione della responsabilità.

In sintesi, secondo le Linee Guida di Confindustria, per garantire l'autonomia e l'indipendenza in particolare è necessario evitare che all'OdV siano affidati compiti operativi¹²⁵ ed eliminare ingerenze e condizionamenti di tipo

¹²⁴ La giurisprudenza, infatti, ha dapprima affiancato al requisito dell'autonomia quello dell'indipendenza (Cfr. G.i.p. Tribunale Milano, ordinanza 20 settembre 2004). Successivamente si sono sviluppati ulteriori principi, che sono stati oggetto di numerose pronunce della giurisprudenza, tra cui Tribunale di Napoli, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, Sez. XXXIII, ord. 26 giugno 2007 in cui si chiarisce che «l'Organismo di Vigilanza pur essendo interno alla società, sia dotato nell'esercizio delle sue funzioni di autonomia e indipendenza dagli organi societari e dagli altri organismi di controllo interno. I suoi componenti devono essere dotati della professionalità e della competenza necessaria per lo svolgimento dei compiti assegnati e dei requisiti di onorabilità vigenti per gli amministratori delle imprese». Anche in un ulteriore pronuncia del G.i.p. di Roma si osserva che affinché questo organo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere i propri compiti è necessario che ne sia garantita l'autonomia, indipendenza e professionalità. Tribunale di Roma, G.i.p., 4 aprile 2003 in IANNINI e ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Roma, 2005, 325 ss.

¹²⁵ Confindustria, nelle proprie Linee guida ha affermato che «Per garantire la necessaria autonomia di iniziativa e l'indipendenza è indispensabile che all' OdV non siano attribuiti compiti operativi che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul Modello». A tal proposito, infatti, si vuole richiamare anche una pronuncia in cui, al fine di garantire l'efficienza e la funzionalità l'OdV, si ribadisce che quest'ultimo non deve avere compiti operativi «per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che al fine di garantire l'efficienza e la funzionalità, l'organismo di controllo non dovrà avere i compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbe

economico o personale da parte degli organi di vertice. Per poter invece garantire un'adeguata professionalità è invece necessario nominare dei soggetti competenti nelle materie per cui si prevedono le rispettive funzioni dell'organismo quindi in materia ispettiva e consulenziale che siano in grado di compiere attività valutazione e contenimento dei rischi.¹²⁶ Da ultimo, la continuità d'azione deve essere considerata in relazione alla tipologia e alle dimensioni aziendali; e per assicurare tale requisito potrebbe essere necessario predisporre una struttura apposita dedicata all'attività di vigilanza sul modello e volta a curare la documentazione dell'attività svolta, al fine di consentire un monitoraggio pressoché costante sull'operato dell'ente.

4.1.2. Le attività dell'Organismo di Vigilanza

Chiarita, nei termini di cui al paragrafo che precede, la struttura dell'Organismo di Vigilanza, volgiamo ora l'attenzione alle attività e funzioni che sono state attribuite a tale organismo, le quali possono ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 del decreto.

Come si è avuto modo di evidenziare precedentemente, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 231 del 2001, il primo potere-dovere che viene attribuito all'OdV consiste nel «vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne il loro aggiornamento». Anche in questo caso – come accaduto nell'ambito della delineazione della struttura dell'OdV – sono risultate fondamentali le pronunce della giurisprudenza e le Linee guida delle associazioni di categoria, le quali hanno consentito di meglio delineare i contenuti delle attività e dei poteri attribuiti all'OdV. Il fulcro dell'attività dell'OdV ruota attorno al Modello di organizzazione, gestione e controllo, il quale funge da riprova per il corretto funzionamento dell'ente – l'osservanza delle prescrizioni contenute al suo interno è infatti volto alla prevenzione della commissione dei reati.

pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche». (G.i.p. Tribunale Roma, 4 aprile 2003, in IANNINI e ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 325 ss.).

¹²⁶ Al fine di assicurare la giusta professionalità in capo ai componenti dell'OdV è fondamentale che la scelta avvenga verificando il possesso di specifiche competenze professionali; si richiedono conoscenze specifiche e tecniche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati. (Così Tribunale di Napoli, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, Sez. XXXIII, ord. 26 giugno 2007).

Con il termine «vigilanza sul funzionamento» si intende fare riferimento alla reale tenuta del Modello rispetto alla possibile commissione di illeciti, ossia alla concreta idoneità del Modello a prevenire la commissione di reati previsti dal d. lgs. n. 231/2001; invece «vigilanza sull'osservanza» sembrerebbe richiamare l'effettività del Modello, volta a verificare che sia effettivamente riconosciuto il suo valore normativo nell'ambito del tessuto aziendale, ossia che i comportamenti posti in essere all'interno dell'ente corrispondano a quanto previsto all'interno del Modello.¹²⁷

Inoltre, dal combinato disposto con l'art. 7, comma 4, lett. a) emerge un ulteriore potere-dovere in capo all'OdV, secondo cui quest'ultimo sarebbe tenuto a intervenire «quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività»¹²⁸; esso rappresenta un ulteriore aspetto volto a verificare l'efficace attuazione del Modello organizzativo, per cui le attività dell'OdV devono essere orientate anche a riferire e prevedere opportune soluzioni anche con riferimento a tali aspetti.¹²⁹

Si tratta di attività che risultano essere funzionali e necessarie per poter mantenere efficiente e operativo il Modello organizzativo, consistenti essenzialmente in attività di vigilanza e controllo, le quali possono sostanziarsi in verifiche o interventi da parte dell'OdV – esse rappresentano l'attività ordinaria e fisiologica dell'organismo e sono pertanto finalizzate a valutare l'adeguatezza del modello, ossia l'idoneità dello stesso a prevenire i c.d. reati presupposto. A ciò si aggiungono le attività di aggiornamento del modello: l'OdV ha il dovere di curare

¹²⁷ Sul punto IPPOLITO, *I compiti dell'Organismo di Vigilanza: soluzioni operative e check list di controllo*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2011, n. 4, 220.

¹²⁸ Con il termine “violazioni significative” si intendono tutte quelle violazioni delle regole e dei principi fondamentali che sono fissati all'interno del Modello organizzativo adottato dall'ente, non necessariamente deve trattarsi di fattispecie criminose potendo rientrarvi anche comportamenti contrari a doveri previsti dal Modello che integrino delle sanzioni disciplinari; tuttavia, per imporre l'aggiornamento del Modello è necessario che tali inosservanze siano “significative” ovvero che l'unico modo per rimediare è appunto l'adeguamento della regola. Invece con “mutamenti nell'organizzazione e nell'attività dell'ente” non si fa solo riferimento all'ipotesi in cui si verifica una modifica o ristrutturazione della struttura interna dell'ente, ad esempio prevedendo nuove aree di business, in conseguenza del quale sarà necessario rivedere la mappatura dei rischi che era prevista originariamente, a seguito anche dell'ampliamento dell'area di rischio; ma anche qualora intervengano delle modifiche al d.lgs. n. 231/2001, che inseriscono delle nuove ipotesi di reato-presupposto, ovvero dei nuovi orientamenti giurisprudenziali. Sul punto SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001*, cit., 95.

¹²⁹ Sul punto SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001*, cit., 94 s.

l'aggiornamento dei modelli per far sì che essi siano sempre rispondenti a requisiti di idoneità ed efficacia, e per tali ragioni l'OdV deve essere in grado di individuare le eventuali carenze dei modelli e, conseguentemente, individuare i rimedi opportuni da proporre all'organo amministrativo, il quale opererà le relative valutazioni e determinazioni del caso.

Infine, si riconoscono in capo all'OdV anche attività di formazione, le quali si sostanziano nella gestione corretta dei flussi informativi da e verso l'OdV. Infatti, affinché l'OdV possa adempiere correttamente le funzioni che ad esso vengono attribuite è necessario che venga posto in essere un corretto controllo delle informazioni, aspetto di rilevante importanza per far sì che l'organismo assolva in maniera adeguata i propri doveri.¹³⁰

Con specifico riferimento all'attività di formazione e aggiornamento, essa rappresenta un aspetto imprescindibile per garantire l'efficace attuazione del Modello organizzativo¹³¹; tali attività dovrebbero svolgersi in più momenti, e soprattutto, dovrebbero essere mantenute per tutta la durata dell'adozione dei *compliance programs*, al fine di assicurare una costante attenzione al rispetto delle sue regole e ad eventuali modifiche delle stesse. Inoltre, sembrerebbe opportuno che tale attività coinvolga tutti i soggetti delle aree a rischio, coinvolgendo non solo soggetti interni all'azienda, ma anche soggetti esterni con cui l'ente entra in contatto, quali ad esempio fornitori e appaltatori.¹³²

Tuttavia, la normativa non individua con precisione quali siano le concrete modalità attese di svolgimento dell'attività dell'OdV: il legislatore, infatti, individua l'area di attività dell'organismo, senza però prevedere delle specifiche modalità di attuazione.¹³³ A tal proposito sembrerebbe possibile, visti gli ambiti di intervento e la natura delle verifiche, fare riferimento ai principali *«framework in*

¹³⁰ In questo senso IPPOLITO, *I compiti dell'Organismo di Vigilanza*, cit., 220 ss.; v. altresì ASSUMMA, LEI, *Commento Articolo 6*, cit., 259.

¹³¹ Su questo aspetto rilevante è la pronuncia della Corte di Assise di Appello nel caso Thyssenkrupp, Corte ass. app. Torino, Sez. I, 28 febbraio 2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1557 ss.; in cui si enuncia che una formazione assente o sufficiente del personale dirigente e subordinato determina un Modello concretamente inadeguato, considerando l'adozione del Modello un mero adempimento formale.

¹³² Sul punto LUPÀRIA, VACIAGO, *Modelli organizzativi, compliance aziendale e vigilanza 231: un quadro d'insieme*, in LUPÀRIA, VACIAGO (a cura di) *Compliance 231. Modelli organizzativi e Odv tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Milano, 2020, 22 ss.

¹³³ Così LIONZO, *Artt. 5, 6 e 7 – Profili aziendali, L'organismo di vigilanza*, cit., 326.

materia di controllo interno, gestione dei rischi e compliance, nonché gli standard rilevanti in materia di gestione dei rischi, compliance e auditing»¹³⁴ tra cui l'Internal Control – Integrated Framework (“CoSO Framework”), che fornisce indicazioni sulla progettazione, implementazione e conduzione del controllo interno e valutazione della sua efficacia; Enterprise Risk Management – Integrated Framework (“CoSO ERM Framework”), che descrive le componenti essenziali, i principi e i concetti di gestione del rischio aziendale; International Standards on Auditing (“ISA”). Tuttavia, si tratta di un'elencazione non esaustiva e meramente indicativa, poiché sarà poi, a seconda del caso concreto, l'Organismo di Vigilanza ad adottare la metodologia che si ritiene più appropriata alle necessità che di volta in volta possono manifestarsi nello svolgimento delle verifiche.

L'attività di verifica e controllo posta in essere dall'OdV è finalizzata, in primo luogo, alla verifica circa il rispetto delle varie procedure e *policy* interne poste a presidio del rischio di commissione di reati predisposti dall'ente – mediante un controllo astratto in merito a quanto indicato dall'impresa; e, in secondo luogo, alla concreta attuazione delle lacune riscontrate attraverso un monitoraggio costante, analisi di documenti e svolgimento di interviste ai soggetti individuati come responsabili delle relative funzioni.

In considerazione di ciò, sembrerebbe necessario che, al fine di approntare un adeguato monitoraggio delle aree di rischio individuate dal Modello, si predisponga una pianificazione delle singole attività da porre in essere, tramite un apposito programma o un piano, elaborato dallo stesso OdV.¹³⁵

L'attuazione di un piano contenente le varie attività poste in essere dall'OdV viene, solitamente, definito su base annuale e comunicato all'organo dirigente. Questo è dovuto al fatto che all'interno del piano, contestualmente alla comunicazione delle singole attività, viene richiesto anche un *budget* funzionalmente correlato per poter adeguatamente svolgere le suddette attività, alla

¹³⁴ V. ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA – AODV231, *Le verifiche dell'OdV, programmazione e svolgimento*, Edizione 1.0, 6 dicembre 2016.

¹³⁵ V. IPPOLITO, *I compiti dell'Organismo di Vigilanza*, cit., 225. In cui l'Autore individua la pianificazione dell'attività dell'Organismo di Vigilanza attraverso delle apposite *check list* di controllo, che consentirebbero così di definire un piano di azione attraverso l'identificazione delle attività da svolgere, della frequenza con cui le stesse devono essere ripetute, delle informazioni da acquisire e della documentazione di cui prendere visione, ma indicare gli eventuali interventi che si rendono necessari.

luce del fatto che l'OdV deve essere corredato da «autonomi poteri di iniziativa e controllo»¹³⁶. Il piano redatto dall'OdV rappresenta perciò quello strumento necessario per poter individuare non solo quelli che sono gli aspetti necessari affinché l'OdV possa efficacemente porre in essere i poteri-doveri ad esso attribuiti, ma anche gli aspetti funzionali ad esso come, ad esempio, la definizione delle attività ovvero l'individuazione dei componenti dell'OdV responsabili delle singole attività.¹³⁷

Inoltre, in caso di commissione di un reato, il piano di attività predisposto dall'organismo rappresenta sicuramente uno dei primi documenti che possono essere acquisiti ed esaminati dall'autorità giudiziaria, per cui la pianificazione delle verifiche da parte dell'OdV e l'elaborazione di un adeguato piano rappresentano un momento fondamentale ai fini della valutazione di idoneità del Modello.

In sintesi, l'attività di vigilanza dell'OdV si sostanzia in una serie di verifiche volte a valutare principalmente l'adeguatezza del Modello; le quali possono, di fatto, concludersi in un'attività di investigazione interna ad esito della quale potranno essere formulati relativi giudizi, sia sulla funzionalità effettiva del Modello –sulla capacità di prevenire la commissione di illeciti¹³⁸ –, sia in merito ai fatti verificatosi all'interno dell'ente, che hanno portato alla commissione dell'illecito in questione, fornendo così un quadro probatorio adeguato al fine di costruire una strategia difensiva dell'ente.¹³⁹

In relazione al momento in cui vengono effettuate le verifiche da parte dell'organismo è possibile distinguere tra verifiche *ex ante*, le quali vengono svolte in un momento precedente alla commissione del reato, si caratterizzano essenzialmente come strumenti di prevenzione e rappresentano l'attività ordinaria e fisiologica dell'OdV; e verifiche *ex post*, le quali sono invece poste in essere in

¹³⁶ Art. 6, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 231 del 2001.

¹³⁷ In riferimento LIONZO, *Artt. 5, 6 e 7 – Profili aziendali, L'organismo di vigilanza*, cit., 328 s.

¹³⁸ La valutazione circa la capacità di prevenire la commissione di illeciti all'interno della struttura organizzata, può consistere in una valutazione in astratto, che afferisce alla necessità di prevedere se i meccanismi interni all'ente sono idonei alla prevenzione di specifici rischi-reato oggetto di investigazione; ma può anche sostanziarsi in una valutazione in concreto, che invece attiene al grado di applicazione delle procedure e del Modello organizzativo da parte della funzione di audit. Così CARNÀ, *L'organismo di vigilanza ex. Dlgs n. 321/2001 L'attività di vigilanza e le investigazioni interne*, in F. CENTONZE, S. GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Giappichelli, 2021, 125.

¹³⁹ Sul punto CARNÀ, *L'organismo di vigilanza ex. Dlgs n. 321/200*, cit., 125.

un momento successivo alla commissione di un eventuale illecito, possono infatti sorgere come reazione dell'ente e dell'organismo al verificarsi di condizioni "patologiche" di fonte esterna, come ad esempio la ricezione di una notizia di reato e l'instaurazione di un procedimento penale a carico dell'ente.¹⁴⁰

In quest'ultimo caso, le verifiche hanno lo scopo di ricostruire le cause che hanno condotto alla situazione illecita, i soggetti che ne sono coinvolti e le eventuali lacune del Modello, con l'obiettivo di fornire un adeguato supporto probatorio e indicare le modifiche al fine di migliorare i presidi di controllo e ridurre il rischio che possano ripetersi fatti simili.¹⁴¹

4.1.3. Le investigazioni interne e l'Organismo di Vigilanza

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di evidenziare come la mancanza di una disciplina normativa sulle investigazioni interne faccia sì che molti aspetti – tra cui le modalità sullo svolgimento delle indagini – siano rimessi all'autonomia decisionale dell'ente, come ad esempio, l'individuazione del soggetto o organo aziendale chiamato a condurre le indagini interne all'ente.

Nel caso in cui si decida di avviare un'investigazione interna con finalità principalmente manutentive – con l'obiettivo di avere un controllo costante delle procedure e dei modelli interni all'ente, così da intervenire immediatamente qualora si ravvisino delle lacune di *compliance* – preso atto del silenzio del legislatore su tali aspetti, le prassi di settore hanno solitamente riconosciuto competente l'OdV.¹⁴²

Tale organismo è deputato ad intercettare e gestire, anche con risorse indipendenti, tutti i flussi informativi relativi alle segnalazioni di possibili

¹⁴⁰ In riferimento LIONZO, *Artt. 5, 6 e 7 – Profili aziendali, L'organismo di vigilanza*, cit., 327.

¹⁴¹ Per un approfondimento sul tema v. CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2010, n. 1, 73 ss. L'Autore evidenzia come si affermi sempre di più per le società la necessità di adottare un Modello organizzativo, e di conseguenza, il ruolo dell'OdV diviene sempre più importante. In particolar modo, l'OdV sembra essere avere un rilievo notevole nella conduzione di investigazioni interne all'ente, essendo tale organismo il naturale destinatario di segnalazioni e notizie circa eventuali violazioni del Modello o illeciti attinenti al decreto 231, essendo quest'ultimo deputato a vigilare sul funzionamento del Modello e curarne il relativo aggiornamento.

¹⁴² Sul punto si rinvia *supra*, cap II, par. 4. Il ruolo principale per il coordinamento e monitoraggio delle attività nel contesto delle indagini nell'ordinamento italiano, visto il silenzio da parte del legislatore sul tema, viene solitamente attribuito all'Organismo di Vigilanza e/o al Consiglio di amministrazione.

violazioni del Modello organizzativo adottato dall'ente, le quali possono essere poste in essere sia da parte di amministratori sia da dipendenti dell'ente.

Inoltre, l'OdV ha il dovere di «vigilare sul funzionamento del modello e curarne l'aggiornamento» per cui, al fine di adempiere tali doveri, le verifiche rappresentano la modalità principale attraverso cui l'organismo compie e matura il proprio giudizio sull'adeguatezza e effettività del Modello – l'OdV viene per l'appunto indicato come garante del Modello, c.d. custode del MOG. Pertanto, ogniqualvolta vi siano dei c.d. segnali di allarme, riguardanti possibili violazioni o segnalazioni su quest'ultimo, è evidente che l'OdV possa essere coinvolto, nella gestione e analisi circa i fatti, assumendo così un rilievo fondamentale nella disciplina delle indagini interne.

È possibile rilevare l'importanza di tale organismo anche alla luce del fatto che la particolare natura delle strutture organizzate fa sì che esse stesse diventino «una inesauribile sorgente di elementi probatori per l'organo inquirente»¹⁴³, cosicché l'ente finisce per essere egli stesso una importante fonte di prova, e i documenti e le informazioni in seno all'ente rappresentano uno strumento di grande valore nell'ottica di un procedimento penale.

Per tali ragioni i flussi di informazione, da e verso l'OdV, rappresentano un canale privilegiato di conoscenza di fatti potenzialmente rilevanti sul piano penale; deve evincersi tuttavia che tale aspetto per l'ente può rappresentare allo stesso momento sia un beneficio, ma anche uno svantaggio poiché si tratta di informazioni che non potranno essere negate qualora venga formulata apposita istanza di esibizione da parte del pubblico ministero inquirente, che sta procedendo con lo svolgimento delle indagini preliminari.¹⁴⁴

¹⁴³ Così SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001*, cit., 180.

¹⁴⁴ Sul punto appare di rilievo evidenziare che l'OdV, nell'ambito delle sue attribuzioni, viene in possesso di elementi accusatori rilevanti, soprattutto quando le verifiche sono state attivate proprio a seguito della commissione di un fatto illecito. Tuttavia, tali informazioni e risultanze non sono coperte dal segreto o dall'immunità, per cui qualora il pubblico ministero richieda determinate informazioni, tali risultanze non potranno essergli negate. Per tali ragioni, il ruolo dell'OdV rappresenta sicuramente un'arma a doppio taglio per l'ente, potendo quindi anche rappresentare fonti di prova per il pubblico ministero. La raccolta e la documentazione delle informazioni, rappresenta, quindi, ancora una volta un momento fondamentale anche nell'ottica in cui il naturale destinatario dell'attività dell'OdV è l'autorità giudiziaria chiamata ad effettuare un giudizio circa l'idoneità del Modello.

Vista l'eterogeneità e il diverso grado di rilevanza che possono avere le segnalazioni che giungano all'OdV, quest'ultimo, a livello operativo, dovrà in primo luogo operare un giudizio di valore e evidenziare le possibili criticità, a seconda che integrino la mera violazione di una procedura del Modello ovvero siano espressione della commissione di una fattispecie penalmente rilevante consumatasi all'interno dell'ente, da cui possono derivare delle implicazioni sotto il profilo della responsabilità *ex crimine*.¹⁴⁵ Sembrerebbe opportuno che tale attività preliminare venga svolta da organi dotati di un'adeguata indipendenza ed autonomia, come, infatti, l'OdV o le funzioni di *internal audit*.

A seguito dell'istruttoria preliminare, potrà iniziare il vero e proprio percorso delle investigazioni interne all'ente, il quale può essere caratterizzato da diverse attività, le quali saranno svolte sotto il costante coordinamento e monitoraggio dell'Organismo di Vigilanza, che non avendo alcun poter di intervento diretto, né di comminare sanzioni disciplinari¹⁴⁶, avrà il dovere di comunicare all'organo amministrativo gli esiti ottenuti e le violazioni riscontrate. Infatti, nonostante l'OdV rivesta un ruolo centrale nella prevenzione dalla commissione di reati ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, sembrerebbe che esso, in realtà, svolga un'attività di natura sussidiaria rispetto agli organi di controllo istituiti all'interno dell'ente, operando di fatto come un organo di «secondo grado»¹⁴⁷ che può verificare e svolgere gli opportuni controlli, ma nei fatti non può intervenire al fine di rimediare e colmare alle lacune riscontrate.

Sarà poi compito dell'organo amministrativo adottare i relativi provvedimenti, che possono sostanziarsi, a seconda della violazione rilevata, in sanzioni disciplinari, ovvero in azioni correttive, al fine di ripristinare la situazione *quo ante* affinché non vengano più commesse irregolarità della stessa indole di

¹⁴⁵ V. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 111.

¹⁴⁶ Il potere di comminare sanzioni disciplinari compete all'organo dirigente, invece all'OdV è piuttosto attribuito il compito di promuovere l'esercizio dell'azione disciplinare. Per assicurare la necessaria autonomia e indipendenza all'Organismo di Vigilanza, quindi, è indispensabile che non gli siano attribuiti compiti operativi; diversamente potrebbe essere minata l'obiettività di giudizio come organo all'atto delle verifiche sui comportamenti e sul Modello. In questo senso, CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, 2021.

¹⁴⁷ Così si esprime MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. Comm.*, 2009, n.4, 648.

quelle riscontrate, oppure predisporre un'adeguata strategia difensiva nel caso di instaurazione di un procedimento penale.

Può dirsi, quindi, che l'OdV svolge un ruolo centrale nell'ambito delle investigazioni interne; tuttavia, nonostante l'importanza di tale organismo nella gestione delle indagini interne, non sembrerebbe possibile attribuire all'OdV autonomi poteri di indagine nel caso in cui voglia raccogliere elementi a difesa dell'ente a seguito della commissione di un fatto illecito. In quest'ultimo caso, infatti, sembrerebbe che l'OdV possa svolgere delle verifiche al fine di ricercare eventuali elementi rilevanti. Tuttavia, è necessario che l'impulso delle indagini trovi un riscontro nelle segnalazioni ricevute, relegando, così, il ruolo dell'OdV a un coordinamento delle attività di indagine e supervisione dei risultati attesi, i quali dovranno poi essere riferiti agli organi competenti.

Nonostante l'Organismo dell'ente sia dotato di specifici requisiti, in termini di autonomia, indipendenza e professionalità nell'esercizio dei propri poteri – potendo, così, di propria iniziativa attivarsi per svolgere delle verifiche ispettive, al fine di vigilare correttamente sul funzionamento del Modello – sembrerebbe invece che, proprio a tutela delle suindicate prerogative riconosciute all'OdV, non sia concesso all'organismo svolgere di propria iniziativa delle investigazioni volte alla ricerca di elementi di prova a favore della difesa dell'ente nel procedimento penale instauratosi o che dovrebbe instaurarsi. Tanto è possibile desumere dal dato normativo, in quanto il decreto stesso demanda espressamente all'Organismo dell'ente poteri e funzioni che hanno presupposti e finalità diverse rispetto a quelle difensive, trattandosi per lo più di attività di vigilanza sul funzionamento del Modello.¹⁴⁸ L'OdV, pertanto, sarà sempre chiamato ad analizzare i fatti in maniera oggettiva, potendo solo in questo modo adempiere correttamente alle funzioni ad esso attribuite, garantendo un risultato favorevole per l'ente.¹⁴⁹ Di contro, all'OdV sembrerebbe essere riconosciuto un dovere di segnalazione tempestiva delle anomalie riscontrate all'organo dirigente¹⁵⁰, che sarà il solo a poter effettivamente

¹⁴⁸ Così SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001*, cit., 182.

¹⁴⁹ Più l'Organismo di Vigilanza agisce in modo corretto e scevro da condizionamenti esterni, più l'ente sarà in grado di poter respingere qualsiasi accusa mossa nei suoi confronti, in ordine alla mancanza di sistemi organizzativi idonei ed efficaci.

¹⁵⁰ V. BOSSI, BORTOLOTTO, *Vigilanza e controllo, i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2013, n.1, 112. Secondo gli Autori l'Organismo di Vigilanza

intervenire nei limiti indicati dall'OdV. Può dirsi che l'OdV abbia un potere investigativo nei fatti limitato alla sola dimensione organizzativa.

In conclusione, alla luce del dato normativo e delle prassi di settore sembrerebbe che la principale attività dell'OdV si esplica mediante verifiche e controlli, che possono essere condotte secondo differenti modalità e metodologie, aventi come scopo principale quello di vigilare sul Modello organizzativo adottato in seno all'ente, al fine di poter verificarne la costante idoneità ed efficacia.

Tuttavia, le verifiche poste in essere dall'OdV possono fondarsi anche su presupposti ulteriori e differenti: ad esempio potrebbero anche essere ritenute necessarie a fronte di una segnalazione circa l'instaurazione di un procedimento penale o la ricezione di una notizia di reato, in cui l'ente potrebbe risultare come soggetto indagato.

L'Organismo di Vigilanza, quindi, sta acquisendo un rilievo sempre maggiore nell'ambito delle investigazioni interne sia in quanto naturale destinatario delle segnalazioni circa eventuali violazioni sul Modello o illeciti inerenti al d.lgs. n. 231 del 2001, sia perché consente, anche dal punto di vista processuale, di attivarsi al fine di acquisire le informazioni utili alla ricostruzione dei fatti verificatesi, mettendo così l'ente nella condizione di poter elaborare adeguate scelte difensive e gestorie incluse eventuali condotte riparatorie.¹⁵¹ L'OdV potrà svolgere un'istruttoria preliminare al fine di meglio comprendere e individuare la violazione denunciata, con lo scopo di porre in essere le opportune verifiche atte a rilevare le violazioni in corso. In seguito a ciò, potrà elaborare una valutazione finale in cui potrà indicare adeguate misure correttive e raccomandazioni, per colmare le lacune riscontrate o anche solo per riferire circa i fatti che si sono verificati e sugli eventuali soggetti coinvolti.

Tuttavia, non può negarsi che, con riferimento a quest'ultimo aspetto, l'attività dell'OdV che entra nel vivo della vita aziendale, ponendo in essere monitoraggi e audizioni dei soggetti interni all'ente, come ad esempio i dipendenti che possono essere informati sui fatti e fornire informazioni rilevanti, non è foriera

non avendo poteri operativi «è tenuto a non ingerirsi nelle attività di predisposizione o di modifica di protocolli, deleghe o poteri inerenti alla società». Infatti, per tali ragioni sembrerebbe che «rilevate eventuali violazioni del Modello o del Codice etico aziendale, i compiti dell'OdV appaiano limitati ad un dovere di segnalazione in capo ai competenti organi di amministrazione e gestione».

¹⁵¹ Così CARNA, *L'organismo di vigilanza ex. Dlgs n. 321/2001*, cit., 137.

di criticità, soprattutto perché non appare chiaro il quadro normativo entro il quale collocare tali iniziative.¹⁵²

In conclusione, si evince che il rapporto tra le indagini interne e l'OdV attiene principalmente a una prospettiva di recupero dell'adeguatezza del Modello organizzativo, che viene definita di «decision support»¹⁵³ in quanto strumentale rispetto alle scelte che, in concreto, poi l'organo dirigente dovrà intraprendere per ripristinare la situazione illecita. Inoltre, l'attività dell'OdV è in grado di poter fornire all'organo dirigente tutte le informazioni rilevanti sui fatti illeciti che possono essersi verificati all'interno della struttura organizzata.

4.1.4. Profili di responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza

Appare opportuno ora accennare al dibattito, rinnovatosi proprio in seguito a una recente pronuncia della Corte di Cassazione, sull'esistenza o meno di un obbligo di impedimento della commissione di illeciti in capo ai membri all'Organismo di Vigilanza. L'ipotesi di una responsabilità penale in capo ai componenti dell'organismo si è posta con riferimento all'art. 40 cpv c.p., in considerazione del fatto che i singoli membri potrebbero essere titolari di una posizione di garanzia per cui non impedire la commissione di un illecito equivale a cagionarlo, ritenendo, quindi, sussistente un profilo di responsabilità penale.¹⁵⁴

Non si pongono particolari dubbi circa la possibilità di ammettere una responsabilità penale dei membri dell'organismo in relazione ad una condotta attiva, ex art. 110 c.p., ad esempio nel momento in cui essi agiscano in concorso con i vertici della struttura complessa, sebbene si tratti di ipotesi di difficile ricorrenza sul piano applicativo¹⁵⁵.

¹⁵² Sul punto sono diversi gli interrogativi che sorgono, primo fra tutti proprio quale deve essere la veste per cui l'Organismo di Vigilanza possa interrogare il dipendente non assistito dal difensore su fatti anche gravi che possono coinvolgerlo da un punto di vista di responsabilità penale. In questi termini v. CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, cit., 82.

¹⁵³ In questi termini, JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali. Dalla prevenzione al contrasto*, Milano, 2015, 135.

¹⁵⁴ V. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv.soc.*, 2012, 317 ss.

¹⁵⁵ V. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 280.

Più complessa invece sembrerebbe la questione circa l'ipotesi di una possibile responsabilità omissiva¹⁵⁶; è bene sottolineare che, per orientamento costante e consolidato, la configurabilità di una responsabilità penale in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza per omesso impedimento di un reato-presupposto, rilevante ai sensi del d. lgs. n. 231/2001, è fino ad oggi sempre stata esclusa, tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza. Il tema sulla configurabilità di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV, in realtà è un tema ricorrente nel diritto penale societario, poiché si ripropone negli stessi termini della questione dell'esistenza di una posizione di garanzia in capo agli amministratori non esecutivi all'interno di una società o dei sindaci.

Il dibattito circa i profili di responsabilità dell'OdV è tornato in auge soprattutto a seguito del d. lgs. 21 novembre 2007 n. 231, in materia di prevenzione delle attività di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo¹⁵⁷, dove si prevedeva un obbligo di segnalazione esterno dell'OdV, verso l'autorità di vigilanza di settore e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, penalmente sanzionato.¹⁵⁸ In realtà, tale previsione rappresentava piuttosto una conferma circa l'assenza della configurabilità di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV, in quanto individuava una ipotesi di reato omissivo proprio, fondata, quindi, su una violazione di uno specifico obbligo che di per sé presuppone quindi l'assenza di un obbligo di garanzia. Deve comunque ritenersi archiviato il tema, in considerazione delle modifiche apportate dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90, per cui sono stati espunti tra i destinatari degli obblighi di comunicazione i componenti dell'Organismo di

¹⁵⁶ Ai sensi dell'articolo 40 c.p.v c.p., per il principio secondo cui "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo", la questione di fondo è se l'Organismo di Vigilanza possa risultare punibile a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente, a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza e controllo sull'attuazione di Modelli organizzativi allo stesso attribuito.

¹⁵⁷ Sul punto GULLO, *La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, vol. 2, Torino, 2019, 3495 ss.

¹⁵⁸ Il problema ermeneutico sorge per il combinato disposto tra l'art. 55, comma 5, e l'art. 52 del d.lgs n. 231/2007. Ai sensi dell'art. 52 alcuni organi societari tra cui anche l'Organismo di Vigilanza di un ente destinatario degli obblighi di contrasto al riciclaggio devono comunicare alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, ovvero comunicare le infrazioni alle norme sulla segnalazione delle operazioni sospette, inoltre sono previsti degli obblighi di comunicazione anche verso il Ministero dell'economia e delle finanze. L'articolo 55, comma 5, del presente decreto invece disponeva una sanzione in caso di omesso adempimento degli obblighi di segnalazione previsti dalla presente disciplina.

Vigilanza, per cui ad oggi, sono menzionati solo i membri del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione.

Per poter configurare una posizione di garanzia in capo all'OdV è condizione necessaria la sussistenza in capo al garante di un corredo di doveri e corrispondenti poteri impeditivi degli eventi lesivi, che nel caso in questione, sarebbero i reati-presupposto rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Al fine di chiarire tale aspetto è necessario partire dall'analisi del dato normativo, in cui emerge con chiarezza come l'attività dell'Organismo di Vigilanza sia proiettata sul modello e sulla struttura organizzativa, e ciò trova conferma anche in relazione ai poteri che gli sono attribuiti. Dalla disciplina si ricava che i poteri attribuiti all'OdV sono funzionali alla verifica dell'idoneità del modello, e quindi dotati di una valenza indiretta: per preservare la propria autonomia e indipendenza, l'OdV deve passare sempre attraverso «la mediazione dell'agire degli organi societari effettivamente garanti»¹⁵⁹.

Inoltre, va rilevato che il compito di vigilanza attribuito all'OdV è assegnato all'organismo nel suo insieme, nella sua veste istituzionale, per cui un obbligo imposto ad un soggetto collettivo non può estrapolarsi e riferirsi automaticamente ai singoli membri, persone fisiche, che ne fanno parte.

Pertanto, ad avviso della dottrina maggioritaria¹⁶⁰, i poteri riconosciuti all'organismo non sembrano poter configurare in capo ad esso una posizione di garanzia. E, fino ad oggi, la discussione circa i profili di responsabilità penale dell'OdV non sembrava aver trovato dei riscontri effettivi nemmeno in giurisprudenza; infatti, nonostante vi siano delle pronunce in cui si è trattato di alcuni profili dell'OdV; tuttavia, non si è mai delineato chiaramente il tema in

¹⁵⁹ V. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 282.

¹⁶⁰ In questo senso si vedano, *ex multis*, PRESUTTI, BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, II ed., Milano, 2018, 163; CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 412; ALESSANDRI, *I soggetti*, in Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 42; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 19; GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 611; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 108; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 107; *contra* MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo di insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 510; VIGNOLI, *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *La resp. amm. e soc. enti*, 2009, n.2, 99.

questione o riconosciuta effettivamente la titolarità di una posizione di garanzia in capo all'Organismo di Vigilanza.

Sembrava dirsi predominante l'orientamento secondo cui non fosse possibile prevedere poteri-obblighi impeditivi in capo ai membri dell'OdV né conseguentemente una posizione di garanzia, ritenendosi configurabile al più una responsabilità civilistica ovvero una responsabilità penale in caso di concorso attivo nella commissione dell'illecito¹⁶¹.

Tuttavia, negli ultimi anni sembrerebbe esserci stata un'inversione di tendenza, in quanto comincia ad affacciarsi, con una certa frequenza a livello giurisprudenziale¹⁶², soprattutto da parte dei giudici di merito, la tesi secondo cui si possa riconoscere una responsabilità per omissione in capo all'OdV, gravato dal dovere di impedire la commissione dei reati presupposto richiamati dagli artt. 24 ss. d.lgs. 231/2001 – conclusione che sembra condurre a uno stravolgimento del ruolo e delle funzioni di tale organismo.

Una prima decisione in tal senso, ormai non più così recente, proviene della Cassazione¹⁶³, la quale ha poi dato luogo a successive riflessioni, formulate in sede di merito, in particolar modo nella decisione del Tribunale di Milano, sez. II pen.,

¹⁶¹ Sul tema della responsabilità penale dell'OdV, viene in rilievo Cass. pen., Sez. I, 20/01/2016, n. 18168 relativa a un addebito ex art. 437 c.p. (omissione dolosa di cautele antinfortunistiche) nei confronti dei membri del CdA e dell'OdV; nel caso concreto si perviene ad un'esclusione della responsabilità dei componenti del consiglio di amministrazione e dei membri dell'organismo di vigilanza. Tale pronuncia più che confermare la qualifica dell'organismo di vigilanza come soggetto garante, sembra in realtà costituire un'occasione mancata per gettare luce sulla questione. La Cassazione, difatti, non riconosce neppure in astratto la titolarità di obblighi impeditivi in capo ai membri dell'organismo di vigilanza, per poi di fatto andare ad escludere una loro responsabilità nel caso concreto, negando la ricorrenza in capo a detti organi di obblighi riferiti a singole minute prestazioni lavorative.

¹⁶² Sul punto SANTORIELLO, *La più recente giurisprudenza di merito sull'organismo di vigilanza fra riconoscimento dell'importanza della funzione ed equivoci sui suoi compiti*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2021, n. 4, 216.

¹⁶³ Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4667. I Giudici di legittimità in una vicenda di aggio di informazione in cui erano coinvolti gli apicali dell'ente, in conseguenza della diffusione di un comunicato stampa non veritiero, hanno escluso l'applicazione dell'esimente dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo, svolgendo un giudizio di inidoneità delle facoltà riconosciute in capo all'OdV. La Corte pare quindi attribuire all'Organismo di Vigilanza una vera e propria funzione impeditiva dell'evento-reato, ritenendo che per poter effettivamente porre in essere un'attività di vigilanza è necessario che compia un controllo sui più importanti atti di gestione, altrimenti l'attività di vigilanza si riduce ad un «mero simulacro». In commento v. SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 1 ss.; PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis*, in *Le Soc.*, 2014, 469.

sentenza n. 13490/2019¹⁶⁴, relativa alle sorti della Banca Monte dei Paschi di Siena, in cui muovendosi nella stessa prospettiva di un precedente della Cassazione – il caso Impregilo¹⁶⁵ – la Corte riconosce all’OdV una sorta di sindacato nel merito dell’attività gestoria, attribuendo ad esso un controllo diretto degli atti del potere gestionale. Ed è proprio in questa linea di tendenza che si pone un’ultima pronuncia sul tema, Tribunale di Milano, sez. II pen., 7 aprile 2021 Viola e altri¹⁶⁶, in cui i giudici milanesi non hanno riconosciuto l’effettiva idoneità del Modello organizzativo a prevenire reati della specie di quello che si è verificato, a causa dell’omesso intervento dell’OdV. Specificatamente, il Tribunale di Milano ha sottolineato che un intervento immediato da parte dell’OdV avrebbe impedito il realizzarsi dell’evento illecito. Tuttavia, nonostante tale pronuncia abbia di fatto riconosciuto una responsabilità omissiva in capo all’OdV, i giudici milanesi non paiono offrire un adeguato iter logico a sostegno della declaratoria di responsabilità – sia pure in termini omissivi – dell’OdV. In altri termini, non è chiarito il compito doveroso assegnato all’OdV: se quello di mera vigilanza ovvero attivo e diretto a

¹⁶⁴ Tribunale di Milano, 8 novembre 2019, n. 13490. Il Tribunale di Milano, nella sentenza in commento, non affronta direttamente il tema circa l’esistenza di un obbligo di impedimento di reati-presupposto in capo all’OdV, anche se aderiscono comunque alla prospettiva che era stata avanzata in un precedente caso giurisprudenziale “Impregilo”, dove i Giudici di legittimità ammettevano il controllo diretto degli atti del potere gestionale da parte dell’OdV, trasfigurando l’OdV che da controllore della compliance, diverrebbe organo di prevenzione e repressione dei reati commessi dalla società. Per una critica alla sentenza vedasi FUSCO, FRAGRASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all’organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 113 ss. Secondo gli Autori non sembrerebbe possibile riconoscersi in capo all’OdV una posizione di garanzia, in quanto esso è un organo deputato al solo controllo sull’adeguatezza e sull’attuazione dei modelli organizzativi e non sui singoli atti gestori; infatti, «l’Organismo di Vigilanza può adempiere correttamente i propri compiti solo nella misura in cui è separato rispetto alla gestione della società e verifica, in maniera indipendente, l’adozione e l’attuazione dei modelli organizzativi». Inoltre, ribadiscono che «in assenza di espliciti obblighi – e dei correlativi poteri – di impedimento di reati, deve inoltre rimarcarsi in capo ai membri dell’organismo di vigilanza non possa configurarsi una posizione di garanzia idonea a fondare la responsabilità per omesso impedimento dell’evento lesivo, ai sensi dell’articolo 40 cpv. c.p.».

¹⁶⁵ V. Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, dep. 30 gennaio 2014, n. 4677.

¹⁶⁶ Tribunale di Milano, sez. II, 7 aprile 2021. V. SANTORIELLO, *Non c’è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all’Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell’azienda*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 5. In tale decisione il Tribunale di Milano afferma la negligenza dell’OdV per aver «sostanzialmente omesso i doveri accertamenti funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati»; nella pronuncia il Tribunale ha riconosciuto l’inadeguatezza dell’attività dell’Organismo, non tanto per non aver impedito l’operazione sospetta, quanto piuttosto per essere rimasto totalmente inerte a fronte delle segnalazioni provenienti dalle funzioni interne e dalle notizie di stampa, circa le criticità dell’operazione sospetta e l’avvio di indagini penali nei confronti del *management*. Sul punto ASSONIME, *L’Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent’anni dal d.lgs. 231/2001*, Note e studi n. 10 del 2021, 48.

porre in essere condotte volte ad impedire il verificarsi dell'evento penalmente rilevante.

Parrebbe che, alla luce delle recenti prese di posizione da parte della giurisprudenza, il punto di arrivo, e, di conseguenza, i futuri sviluppi, siano tutt'altro che condivisibili, rischiando di condurre a una modifica radicale del ruolo dell'Organismo di Vigilanza all'interno del sistema di governance, andando a minare quella che è la natura di tale organismo di organo di controllo di secondo livello¹⁶⁷, volto non alla prevenzione della commissione di reati da parte dell'impresa, ma a effettuare un controllo circa il rispetto delle misure atte a prevenire la commissione di illeciti¹⁶⁸.

4.2. *Internal Audit*

In considerazione del fatto che, oltre all'Organismo di Vigilanza, sembrerebbe potersi attribuire il ruolo di coordinamento e monitoraggio delle investigazioni interne anche alle funzioni di *Internal Audit*, si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni al riguardo.

Il sistema di *corporate governance* in Italia, negli ultimi anni, ha subito profondi cambiamenti, in cui si riflette un'importanza sempre maggiore sia del sistema di controllo interno alle aziende¹⁶⁹, sia di una figura che solo recentemente sta trovando attuazione nel nostro ordinamento, ovvero quella dell'*internal auditor*.¹⁷⁰ Essendo il sistema dei controlli interni particolarmente articolato, al fine

¹⁶⁷ In riferimento MONTALENTI, *Modello «231» ed Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2014, n. 2, 7 ss.

¹⁶⁸ In riferimento SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, cit., 6 s.

¹⁶⁹ Il sistema di controllo interno di un'impresa è, come noto, piuttosto articolato ed assume una struttura piramidale; infatti la tipologia di controlli può essere sintetizzata in tre livelli: i controlli di primo livello (sono i controlli c.d. di linea, generalmente di competenza dello stesso titolare del processo in questione); i controlli di secondo livello (sono i controlli volti a monitorare e gestire i rischi tipici aziendali, quelli propri della funzione di *compliance*, *risk management*, dirigente preposto e controllo gestione), infine i controlli di terzo livello (sono quelli tipici della funzione *Internal Audit*, che hanno come obiettivo quello di valutare la funzionalità complessiva del sistema dei controlli interni dell'azienda). Tale inquadramento è ripreso da CARNÀ, *Le policy aziendali quali strumenti di autoregolamentazione: dalla implementazione al monitoraggio*, in *La gestione della compliance. Sistemi normativi e controllo dei rischi*, (a cura di) ADOTTI, BOZZOLAN, Luiss University Press, 2020, 137 ss.

¹⁷⁰ L'*internal auditing* è un'attività indipendente ed obiettiva di *assurance* e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione. È finalizzata ad assistere l'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale e

di individuare correttamente il rapporto intercorrente tra l'OdV e l'*internal auditor*, è necessario porre l'accento sulla differenza tra attività di vigilanza e attività di controllo. Seppur le funzioni di *internal auditing* e quelle attribuite all'OdV possono risultare simili, talvolta anche sovrapponibili, pare opportuno sottolineare, come si evince in recenti pronunce e nelle Linee Guida delle associazioni di categoria, che si tratta di funzioni distinte e, per certi aspetti, complementari. Sebbene il controllo esercitato dall'OdV si avvicini a quello dell'*Internal Audit*, è comunque differente da quest'ultimo, poiché, il primo si concentra esclusivamente sugli *standard di compliance 231*, con competenze più marcatamente normative e con compiti anche di proposta sul piano delle procedure¹⁷¹; invece, l'*internal audit* si connota per un più marcato grado di autonomia rispetto alla fase di predisposizione delle procedure interne, rappresentando un momento di verifica e controllo caratterizzato da una spiccata indipendenza di giudizio.¹⁷²

La possibilità di svolgere delle investigazioni interne attraverso la funzione di *audit* rappresenta quindi un ottimo strumento in grado di testare non solo la capacità cautelare del Modello, in un'ottica preventiva, ma anche, ad esempio, l'eventuale aggiramento fraudolento dello stesso da parte di soggetti apicali nella struttura, al fine di poter escludere la responsabilità dell'ente nel caso di commissione di un illecito.

Al pari di quanto abbiamo chiarito nei paragrafi che precedono, in merito alla possibilità per l'Organismo di Vigilanza di svolgere delle indagini interne, così anche la funzione di *audit* potrebbe essere individuata come soggetto aziendale in grado di effettuare delle verifiche nell'ambito delle investigazioni interne all'ente. La funzione di *internal auditing* si ritiene compatibile con la possibilità di svolgimento delle indagini interne, soprattutto alla luce dell'indipendenza che caratterizza tale funzione, al pari dell'OdV. L'indipendenza dell'*internal audit* si evince «attraverso l'attribuzione di autonomi poteri di iniziativa nella

sistematico, volto a valutare e migliorare i processi di gestione dei rischi, di controllo e di *governance*. Questa funzione è richiamata dal d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.) che, all'articolo 150, prevede la figura di "colui che è preposto ai controlli interni". Sul punto v. BOSSI, BORTOLOTTO, *Vigilanza e controllo*, cit., 109 ss.

¹⁷¹ Vedasi GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 276.

¹⁷² In tal senso FRIGENI, PRESCIANI, *Artt. 5,6 e 7 - Profili societari, L'organismo di vigilanza*, cit., 254.

predisposizione del piano di *audit* e nell'attivazione dei singoli interventi, sia attraverso le modalità stabilite per la nomina, revoca e remunerazione del suo responsabile»¹⁷³. L'*internal audit* è quindi perfettamente in grado di svolgere la verifica dell'operatività e dell'idoneità del sistema di controllo interno e gestione dei rischi – essendo il principale ruolo che gli viene attribuito.¹⁷⁴

Pertanto, chiarito che la funzione di *audit* debba essere tenuta distinta dall'OdV, si evince come anche l'*internal audit* sia dotato di poteri adeguati che consentono ad esso di operare autonomamente nello svolgimento delle indagini interne, raggiungendo in maniera più che sufficiente gli obiettivi prefissati dalle indagini stesse. Inoltre, l'OdV potrebbe anche servirsi dei risultati ottenuti dalle indagini e attività poste in essere dalle funzioni di *audit*, realizzando così un'ottima *compliance* integrata.

Le attività tipiche delle funzioni di *audit* consentono sia di accertare le carenze organizzative nell'impianto prevenzionistico, prescritto dal decreto, così da individuare idonei strumenti correttivi; sia di cogliere al meglio l'illecito realizzatosi, per poter verificare non solo l'entità del danno ma anche l'identificazione delle figure coinvolte e il grado di responsabilità.¹⁷⁵

5. La prassi operativa e le tecniche di indagine

Delineati alcuni aspetti preliminari circa le indagini interne, tra cui gli obiettivi e le finalità a cui può tendere un'investigazione interna e i soggetti coinvolti nello svolgimento delle indagini, si passerà ora ad analizzare le singole fasi che generalmente caratterizzano l'*iter* procedurale dell'attività investigativa all'interno dell'ente.

¹⁷³ Tratto dai Commenti all'art. 7 "Sistema di controllo interno e gestione dei rischi" del Codice di autodisciplina per le società quotate, emesso da Borsa Italiana, dicembre 2011.

¹⁷⁴ V. BOSSI, BORTOLOTTO, *Vigilanza e controllo*, cit., 114 s.

¹⁷⁵ Le attività delle funzioni di audit si inseriscono perfettamente nel contesto delle investigazioni interne all'ente, essendo in grado di fornire all'impresa tutte le informazioni necessarie per poter predisporre un corretto supporto probatorio in ottica difensiva qualora dovesse instaurarsi un procedimento penale nei suoi confronti.

Come già rilevato nei paragrafi che precedono – allo stato attuale – nell’ordinamento italiano¹⁷⁶ non sembra possibile rinvenire una disciplina normativa sull’investigazione interna alle società, nemmeno a livello di *soft law*.

Per tali ragioni, l’analisi che segue è il risultato delle prassi esistenti che si sono sviluppate in materia di *internal investigation* in altre giurisdizioni comunitarie ed extra-europee, come ad esempio la Germania o gli Stati Uniti d’America.¹⁷⁷ Si tratta di una suddivisione di carattere meramente formale e organizzativo, in cui si è soliti individuare una prima fase preliminare di valutazione della notizia e pianificazione delle indagini, una seconda fase operativa finalizzata alla ricerca delle prove documentali e interviste, e, in conclusione, un’ultima fase volta alla valutazione delle risultanze, con conseguente archiviazione delle informazioni e invio all’organo dirigente degli esiti ottenuti.

Da ultimo, si vuole evidenziare che non sembra possibile poter individuare lo svolgimento delle indagini in un unico schema procedurale, poiché ciascuna investigazione può presentare dei caratteri differenti a seconda dei molteplici fattori che possono entrare in gioco¹⁷⁸; tuttavia, l’obiettivo di questa analisi è individuare

¹⁷⁶ È possibile notare come l’ordinamento italiano nel disciplinare la responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001 abbia in realtà incentrato tutta la disciplina in ottica prevenzionistica, facendo sì che l’ente potesse andare esente da responsabilità adottando un Modello organizzativo idoneo ed efficiente. Il legislatore ha poi previsto alcuni requisiti per far sì che il Modello potesse risultare idoneo, tra questi ad esempio rientra la predisposizione dell’Organismo di Vigilanza. Tuttavia, la normativa e la giurisprudenza italiana non hanno ancora considerato l’*internal investigation*, come un aspetto in grado di far risultare idoneo ed efficace il Modello adottato dall’ente, seppur secondo alcuni Autori sia del tutto evidente la necessità di introdurre una disciplina in merito, visti i notevoli benefici che possono derivare da tale attività. In riferimento FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di), *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 164.

¹⁷⁷ In base all’esperienza italiana, sembrerebbe che fino ad oggi solamente grandi società multinazionali hanno intrapreso e avviato delle indagini interne. Per di più si evince che le ragioni che hanno spinto tali imprese ad avviare le indagini, non siano da rinvenire nel fatto che tali strumenti possano effettivamente migliorare il sistema di controllo interno, bensì lo hanno fatto perché «richieste da standard di comportamento previsti da legislazioni estere o perché sono utilizzate ad hoc dalle società quotate di più grandi dimensioni a supporto dell’informativa degli organi di governo al mercato e alle autorità di vigilanza in merito a violazioni normative o regolamentari e relativi procedimenti». Sul punto FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 163.

¹⁷⁸ Affinché un’indagine possa portare dei risultati idonei ad essere utilizzati eventualmente anche in giudizio dinanzi all’organo giurisdizionale, è necessario sia che l’attività d’indagine venga posta in essere nel rispetto di precisi parametri di riservatezza, indipendenza ed efficienza; sia che si dimostri essere perfettamente adeguata al caso in questione, così da impiegare le risorse e gli strumenti necessari. Per tali ragioni, vista la possibilità che vi siano fattori diversi, a seconda del singolo caso che fa sorgere la necessità di svolgere delle indagini interne, di riflesso quest’ultime saranno diverse fra loro. Questo perché le caratteristiche oggetto dell’indagine possono essere diverse, considerato il lungo e differente elenco dei reati-presupposto previsto dal decreto, come

in linea generale quello che potrebbe essere – idealmente – il percorso da seguire nello svolgimento delle indagini interne, al fine di evitare la commissione di alcuni rischi operativi che potrebbero di fatto portare al fallimento dell'indagine stessa.

5.1. Le fasi principali di un'indagine interna dall'*Alert* alla *Collaboration*

Lo svolgimento di un'investigazione interna rappresenta un processo dinamico, attraverso il quale l'ente può raccogliere le evidenze documentali che possono rivelarsi, sotto diversi aspetti sia meramente interni che in ottica difensiva, estremamente utili per le società.

Si tratta, quindi, di un percorso che richiede un'attenta supervisione interna con l'ausilio di idonee metodologie e strumenti anche informatici c.d. *evidence management*. Le principali attività, alla luce delle prassi comuni sviluppatesi, possono essere suddivise in sette fasi principali¹⁷⁹: l'*Alert*, ovvero la reazione dell'ente ai c.d. indicatori di anomalie; il *Risk Assessment*, fase in cui la società procede ad un'attenta valutazione delle informazioni ricevute al fine di individuare il modo in cui procedere, se avviare un'indagine interna o meno; il *Planning*, consistente nella predisposizione di un piano d'azione nello svolgimento dell'indagine, riguardante ad esempio le risorse, le tempistiche, le metodologie; il *Kick-Off*, vale a dire l'effettivo avvio dell'indagine interna che solitamente avviene mediante la formalizzazione e comunicazione del c.d. mandato di *internal investigation*; l'*Execution*, ossia “il cuore” delle indagini, fase di analisi e ricerca dei documenti aziendali, in cui si svolgono le c.d. interviste e la valutazione delle evidenze ottenute; il *Reporting*, riguardante la stesura della relazione conclusiva, mediante la quale è possibile trasmettere gli esiti ottenuti dalle indagini agli organi dirigenti, a cui spetta il compito di attuare le misure necessarie alla luce delle risultanze emerse; infine la *Remediation*, fase conclusiva in cui sostanzialmente possono essere indicate le misure correttive che si rendono necessarie sulla base dei risultati ottenuti dall'indagine. Infine, a conclusione delle indagini potrebbe esservi

anche il contesto legale di riferimento può ovviamente variare a seconda della società. Può dirsi, infatti, che al fine di ottenere un'indagine di qualità è essenziale che le singole fasi del processo dell'indagine siano rispettate e perfettamente adeguate al caso di specie.

¹⁷⁹ In riferimento FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate Governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o «internal investigation»*, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 234.

una fase ulteriore ed eventuale, nel caso in cui la società sia sottoposta ad un procedimento penale, per cui potrebbe essere intenzionata a condividere gli esiti delle relative indagini, ponendo in essere la c.d. *Collaboration*, ovvero la condivisione di quanto ottenuto in sede di indagine interna, concedendo alle autorità competenti di utilizzare tali documenti.

Come detto, la prima fase delle indagini interne è il c.d. *Alert* che si sviluppa attorno alla ricezione e registrazione della anomalia avvenuta e che consentirà di individuare l'area di riferimento della investigazione, delineando ciò che sarà nel concreto l'oggetto delle indagini, a seguito di una ponderata valutazione circa la necessità o meno di intraprendere delle indagini interne. Lo scopo principale di questa prima fase è rappresentato proprio dalla necessità di cogliere tutti quegli eventi sospetti, che sono in grado di procurare dei rischi di diversa natura alla società, per evitare che possano portare a delle conseguenze ulteriori.

È evidente che la ricezione dei diversi segnali d'allarme, a prescindere dalla decisione della società di avviare delle indagini interne, rappresenta un momento fondamentale per la stessa, poiché la tempestiva ricezione delle anomalie consente di poter rispondere adeguatamente al rischio verificatosi; al contrario, se la registrazione della violazione non avviene prontamente, la società avrà sicuramente maggiori difficoltà nel poter prevenire il rischio. Per tali ragioni, è necessario che, fin dai primissimi istanti, vengano predisposte delle apposite procedure aziendali in materia di gestione delle segnalazioni, affinché siano definite *ex ante* le misure atte ad assicurare la corretta ricezione delle anomalie, le quali potrebbero far sorgere la necessità di svolgere un'indagine.¹⁸⁰

¹⁸⁰ In merito FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 235 ss. Secondo gli Autori si sottolinea l'importanza di formalizzare in ottica *ex ante*, mediante delle procedure aziendali interne, una disciplina riguardante la ricezione dei segnali d'allarme; individuando sia i soggetti destinatari, sia i possibili temi che possono essere oggetto di segnalazione. Questo per assicurare che, nel momento in cui vi sia una segnalazione, venga comunque assicurato il corretto trattamento della notizia ricevuta, secondo delle modalità predefinite e prestabilite dalla azienda, al fine di evitare che l'impresa possa poi essere esposta ad ulteriori rischi. Inoltre, secondo gli Autori, sarebbe auspicabile che le aziende individuassero una struttura indipendente preposta alla ricezione dei c.d. *alert*, predisponendo un "registro delle segnalazioni", proprio con l'obiettivo di assicurare una gestione delle segnalazioni il più affidabile e corretta possibile. Infatti, l'esistenza di una procedura specifica, volta a regolare la ricezione e registrazione dei segnali di allarme, consente alla società di ridurre il rischio che le notizie ricevute possano non essere riconosciute come rilevanti ovvero non indirizzate correttamente, finendo, quindi, per far verificare effettivamente il rischio, che tali sistemi sono invece destinati a prevenire.

Come si è avuto modo di illustrare, gli *input* per l'avvio di un'indagine interna possono essere di varia natura. Generalmente l'avvio di un'indagine interna segue al rilevamento di alcuni indicatori di anomalie che si registrano all'interno dell'ente; le segnalazioni possono essere di diverso tipo e possono provenire sia dall'interno della struttura complessa, ad esempio tramite i canali di *whistleblowing*, per una sospetta violazione del Modello o di *policy* aziendali interne, sia da fonti esterne, quali *mass media*, notificazioni di una notizia di reato della Pubblica Autorità in occasioni di attività di polizia giudiziaria, oppure reclami da parte di clienti o fornitori della società o richieste di informazioni/documenti da parte di enti regolatori (come ad esempio, Consob, Banca d'Italia, AGCM, Garante *Privacy*). Infine, le segnalazioni possono provenire anche da parte di funzioni interne all'ente, come ad esempio la funzione di *internal audit* o la funzione di Antiriciclaggio, oppure a seguito di attività di verifica da parte dell'Organismo di Vigilanza.

Gli indicatori di anomalia possono riguardare diversi aspetti della vita della società: ad esempio possono essere delle segnalazioni che riguardano nel dettaglio dei documenti aziendali ovvero attinenti a comportamenti sospetti che siano stati tenuti da soggetti interni all'ente nello svolgimento delle loro attività.¹⁸¹

Tali segnali d'allarme possono essere rilevati in un primo momento da soggetti diversi, in considerazione delle diverse fonti da cui può essere attivata la fase di *alert*, e inoltre possono essere differenti anche i soggetti che a loro volta verranno informati delle relative segnalazioni; per cui, a seconda della natura dell'irregolarità rilevata, gli organismi interni di controllo che dovranno essere avvisati circa i fatti verificatisi potranno essere diversi. Tuttavia, si ritiene che principalmente sarà necessario riferirne all'organo dirigente, al fine di predisporre

¹⁸¹ V. CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, Atti del Convegno AODV231 – "L'Organismo di Vigilanza tra Indagini Interne e Investigazioni Processuali" Milano, 17 giugno 2013. L'Autore individua tre differenti tipologie di indicatori di anomalia: documentali, comportamentali e quantitativi. Con riferimento agli indicatori di anomalia documentali, esse possono riguardare ad esempio delle irregolarità circa le modalità esecutive delle operazioni, oppure la tracciabilità documentale dell'operazione; si tratta quindi di ipotesi in cui vi è l'irregolarità viene individuata all'interno di un documento. Invece, con riferimento agli indicatori di anomalia comportamentali e quantitativi, i primi attengono a comportamenti sospetti tenuti da dipendenti dell'impresa, come ad esempio reazioni "nervose" alla richiesta di informazioni aggiuntive e di dettaglio oppure la ricezione di informazioni "non concordanti" fornite da soggetti diversi; i secondi invece riguardano ad esempio delle anomalie di tipo numerico, come ad esempio la rilevazione di uno scostamento inatteso tra i dati consuntivi e di *budget*.

le misure necessarie per far seguito a quanto riscontrato, ed eventualmente avviare l'indagine interna.

È necessario, infatti, che le varie segnalazioni, rilevate nella fase iniziale, siano approfondite adeguatamente nella loro specifica natura e origine, per essere valutate sotto il profilo delle potenziali implicazioni lesive, al fine di decidere se si ritenga opportuno avviare un'indagine, ma soprattutto con l'intento di predisporre le misure e gli strumenti più adeguati al caso di specie.

5.2. Il *Risk Assessment*

Un adeguato processo di selezione e organizzazione delle informazioni consente di circoscrivere l'ambito delle ricerche evitando che l'attività d'indagine possa, in realtà, portare a ulteriori rischi per l'ente. Prima di intraprendere effettivamente un'indagine sarà necessario valutare e verificare la fondatezza della notizia ricevuta, onde evitare che l'inizio improvvisato di una *internal investigation*, senza una chiara comprensione delle potenziali ramificazioni e difficoltà, possa in realtà rivoltarsi contro la stessa società. È, infatti, per tali esigenze che si sviluppa la fase di *Risk Assessment*¹⁸², il cui obiettivo è quello di assumere una decisione circa la necessità di svolgere un *internal investigation* che sia il più possibile accurata, a seguito di un'attenta comprensione degli eventi e di un'adeguata ponderazione dei vari interessi in gioco. Il *Risk Assessment* viene, infatti, definito come un processo sistematico di identificazione e valutazione delle aree di rischio, con l'obiettivo di individuarle e prevenirle per evitare di pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi posti dalla società; tale fase viene inserita nell'ambito di un percorso volto all'avvio di un'indagine interna, rappresenta quel momento in cui si analizzano i fatti, per decidere la fattezza di una investigazione interna.

¹⁸² Il processo di "*Control & Risk Self Assessment*" è un meccanismo che consente alla società di analizzare autonomamente i processi interni, con il fine di migliorare la cultura de controllo a tutti i livelli manageriali ed operativi. In particolar modo l'*Institute of Internal Auditors* – un'organizzazione che sostiene e sviluppa *standard*, orientamento e certificazione per la professione di revisore interno – la definisce come «approccio di team, fattuale, strutturato, analitico e facilitato, che utilizza le competenza degli esperti, usa l'anonimato per far emergere la verità relativamente al conseguimento degli obiettivi, identifica le cause di fondo dei rischi e delle debolezze del controllo e fornisce indicazioni quantificate per la presa di decisioni e lo sviluppo di miglioramenti».

È necessario, quindi, porre in essere un'adeguata valutazione dei rischi, che sembrano essere scaturiti a seguito dell'*alert* avuto; poiché solo una attenta comprensione degli eventi, ponendosi gli interrogativi giusti per poter ricostruire l'ipotesi denunciata, sarà in grado di individuare correttamente tutti gli aspetti coinvolti, al fine di poter predisporre le misure necessarie. In caso di segnalazione avvenuta attraverso i canali di *whistleblowing*, è evidente che andrà verificata la credibilità della notizia e la fondatezza dei fatti riportati, avendo sempre a mente, infatti, i rischi connessi ad una segnalazione di questo tipo, evitando di disperdere risorse fondamentali dell'impresa in relazione a notizie false o magari spinte da rivendicazioni di tipo personale.¹⁸³

In particolar modo, in questa fase sarà necessario *in primis* focalizzare l'area di rischio in questione (c.d. *subject matter*)¹⁸⁴ non solo con riferimento alla specifica materia in questione che risulta dalla segnalazione, ma anche in merito a tutti gli aspetti che possono avere una qualche connessione con il tema delineato; pertanto, ancora una volta appare chiaramente come la struttura preposta a tale fase debba essere necessariamente dotata di un elevato grado di conoscenza della struttura organizzata, sia per quanto attiene i processi aziendali della stessa, sia in relazione ai flussi informativi all'interno della società.¹⁸⁵

L'individuazione dell'area oggetto d'esame, rappresenta, idealmente, un primo *step* della fase di valutazione del rischio, e ciò per una duplice ragione: sia

¹⁸³ In merito FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 236.

¹⁸⁴ Sul punto FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 169.

¹⁸⁵ È possibile che si verifichi una situazione in cui vi sia una *cross-border investigations*, ad esempio nel caso di società inserite all'interno di gruppi multinazionali, in cui le società facenti parte di un unico gruppo sono in realtà soggette a giurisdizioni differenti. In questo caso la valutazione di *Risk Assessment* richiederà la valutazione della questione sotto i diversi aspetti a seconda della normativa prevista dalla giurisdizione di riferimento. Si tratta di un aspetto che non deve essere sottovalutato perché ad esempio la gestione dei dati e delle informazioni e il loro successivo trattamento può richiedere delle variazioni a seconda dello Stato in cui vengono svolte, e anche in vista di un possibile scambio di informazioni. Ad esempio, la gestione dell'indagine da parte di consulenti interni alla società, nella giurisdizione degli Stati Uniti d'America prevede che quanto raccolto sia soggetto al *legal privilege* e quindi le informazioni acquisite potranno essere mantenute riservate anche nei confronti delle autorità pubbliche; la situazione invece è diversa nel caso della giurisdizione italiana in cui l'unico caso affinché si possa opporre il segreto professionale è affidare lo svolgimento dell'indagine ad un legale esterno, con apposito mandato difensivo. È evidente quindi, che a maggior ragione nel caso in cui siano coinvolti gruppi multinazionali, la fase di *Risk Assessment* richiederà oltre le naturali valutazioni dell'area di rischio anche uno studio e approfondimento sulle differenti normative applicabili. In riferimento FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 237.

perché impedisce che aspetti essenziali vengano poi trascurati – fin dai primissimi istanti si delineano chiaramente quelli che devono essere i *focus* dell'indagine – sia perché individuando l'area organizzativa e le funzioni aziendali coinvolte si consente di fare chiarezza anche su un'ulteriore questione che deve essere esaminata, ovvero i soggetti protagonisti dell'attività d'indagine. Con riferimento ai soggetti coinvolti in prima persona nello svolgimento delle indagini si intende sia coloro che in prima persona vengono incaricati di eseguire le singole attività d'indagine che saranno predisposte c.d. Responsabili, sia coloro che invece assumono più un ruolo di coordinamento e supervisione generale dell'attività svolta c.d. Supervisor.¹⁸⁶

L'intento, infatti, è quello di evitare che vi possano essere delle sovrapposizioni e impedire che soggetti incaricati di condurre l'indagine o di supervisionarla siano poi gli stessi verso cui è indirizzato il sospetto circa la commissione di una violazione e/o sono oggetto di segnalazione, portando così ad avere delle indagini totalmente falsate e quindi qualitativamente inutilizzabili.

A seguito di questa fase di valutazione, dopo una istruttoria preliminare e un'accurata analisi sui temi scaturenti dalla segnalazione ricevuta, in caso di esito positivo, qualora venga disposto l'avvio dell'indagine interna sarà, quindi, necessario procedere formalmente alla decisione di avvio della stessa, individuando i soggetti responsabili per l'attuazione delle attività d'indagine, poiché questi ultimi non solo compiranno le singole attività, sulla base di un piano investigativo, ma altresì, saranno responsabili di tutto quello che avverrà nel corso delle indagini – e,

¹⁸⁶ Un aspetto fondamentale per assicurare la buona riuscita delle indagini è rappresentato dalla scelta dei soggetti incaricati a condurre le singole attività d'indagine, quali ad esempio la ricerca dei documenti oppure lo svolgimento delle interviste; e al tempo stesso è opportuno individuare un soggetto o un organo anche interno, dotato di adeguate competenze in termini di autonomia e indipendenza, in grado di coordinare e supervisionare la completezza delle indagini. A tal proposito è necessario ribadire che anche il soggetto incaricato di svolgere le singole attività d'indagine deve essere dotato di indipendenza ed autonomia rispetto alla materia oggetto d'indagine. Il soggetto incaricato di supervisionare l'*internal investigation* è necessario che assicuri la disponibilità adeguata delle risorse ai fini dello svolgimento delle indagini, esamini il piano di lavoro nella sua interezza, faciliti la comunicazione e collaborazione tra i soggetti incaricati alla conduzione dell'indagine ed infine valuti gli esiti ottenuti, in quanto sarà poi quest'ultimo ad avere l'incarico di comunicarli all'organo dirigente, l'unico in grado di poter effettivamente attuare le misure correttive necessarie. Invece, per quanto attiene al soggetto responsabile della conduzione delle singole attività d'indagine è necessario che sia dotato di adeguate competenze di processo e competenze con specifico riferimento alla materia oggetto d'indagine. V. FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 172 ss.

di conseguenza, dovranno riferire gli esiti ottenuti ai soggetti individuati come supervisori, ruolo spesso affidato all'Organismo di Vigilanza.

In conclusione, è necessario che la valutazione fatta in sede di *Risk Assessment* sia tenuta costantemente aggiornata per tutta la durata delle indagini, proprio al fine di evitare che dei mutamenti interni possano poi di fatto compromettere l'indagine in corso andando a minare i relativi risultati.¹⁸⁷

5.3. La pianificazione e l'inizio delle indagini

A seguito dell'attenta valutazione e ponderazione dei vari interessi in gioco, qualora si renda necessario l'avvio di un'indagine interna, sarà necessario provvedere alla pianificazione del lavoro investigativo (c.d. *Planning*) ovvero formalizzare quelli che sono gli obiettivi dell'investigazione di modo da tradurli nel dettaglio a livello operativo. Normalmente la stesura di un buon piano investigativo richiede alcune considerazioni e valutazioni preliminari riguardanti le specifiche modalità di approccio all'indagine; in questa fase, infatti, sarà necessario procedere ad alcune valutazioni alla luce del c.d. «*subject matter*».

In primo luogo, è opportuno procedere a una comprensione del contesto di riferimento, al fine di verificare un duplice aspetto: sia quali siano le risorse e le competenze necessarie per svolgere le attività definite, in quanto è possibile che siano richieste delle competenze specifiche e non disponibili o reperibili all'interno della struttura complessa, per cui si rende necessario coinvolgere uno o più specialisti esterni; sia poiché in tale modo è possibile individuare con maggiore precisione gli obiettivi a cui mira l'investigazione. In secondo luogo, dopo aver delineato il contesto dell'analisi, al fine di poter individuare correttamente le singole attività da inserire nel piano investigativo, è opportuno individuare quale sia la normativa applicabile, sulla base delle possibili e differenti giurisdizioni e aree coinvolte che potranno richiedere degli accorgimenti diversi (ad esempio in tema *privacy*), rilevanti nel momento in cui si predispongono le singole attività e le modalità di gestione delle stesse.¹⁸⁸ Infine, sarà opportuno in questa fase valutare sia un dato oggettivo, ovvero l'arco temporale che viene messo a disposizione per

¹⁸⁷ Sul punto FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 176.

¹⁸⁸ In riferimento FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 240.

poter svolgere le indagini¹⁸⁹, sia un elemento soggettivo, ovvero i soggetti da coinvolgere nella presentazione dell'avvio dell'*internal investigation* e, di conseguenza, il personale coinvolto nella raccolta e analisi delle evidenze documentali. L'individuazione dei soggetti responsabili allo svolgimento dell'indagine può essere effettuata sia nella fase precedente di *risk assessment*, contemporaneamente, quindi, alla valutazione del rischio e della segnalazione ricevuta, ma al tempo stesso può anche essere ufficializzata e formalizzata direttamente nella fase di predisposizione del piano investigativo, in cui si individuano le singole attività d'indagine e i soggetti coinvolti.

In questa fase, dovendo definire quello che sarà il perimetro di analisi dell'investigazione interna, sembra opportuno che vengano individuate le specifiche attività, che verranno poste in essere nel corso dello svolgimento delle indagini e che sono, pertanto, risultate come necessarie alla luce delle considerazioni preliminari svolte.

In linea generale, le prassi comuni che si sono sviluppate in tale ambito hanno individuato diverse attività; fra queste, sicuramente, di grande interesse è la

¹⁸⁹ Il fattore temporale per lo svolgimento dell'indagine rappresenta un aspetto cruciale, a seguito del fatto che le fonti che possono spingere alla decisione di avviare un'investigazione interna possono essere diversi, allo stesso modo è comprensibile che vi possano essere delle pressioni esterne e differenti ragioni per cui è necessario che l'indagine avvenga entro certi limiti temporali. Ad esempio, nel caso in cui vi siano delle notizie di stampa o mediatiche che si vuole smentire, oppure anche nel caso in cui si instauri un procedimento penale, per cui i tempi dell'indagine saranno dettati dalle scadenze processuali. È necessario che nella predisposizione del piano investigativo si faccia quindi menzione circa la stima dei tempi di svolgimento delle indagini, anche se, non sempre è semplice rispettare tali scadenze per diverse ragioni: in *primis*, le indagini si svolgono in ambiti lavorativi e spesso hanno ad oggetto situazioni che si sono sviluppate nel contesto lavorativo e coinvolgono soggetti interni alla struttura complesso, per cui possono crearsi situazioni organizzative preoccupate e turbate dagli eventi che si riflettono quindi in atteggiamenti poco collaborativi. In *secundis*, è possibile che l'avvio dell'indagine si basi su delle informazioni approssimative o incomplete, per cui l'approfondimento di tali aspetti richiede sia delle tempistiche che non sempre sono note e conosciute a priori, considerando che spesso le metodologie di ricerca dei dati sono massive; ed anche perché vi possono essere dei tempi minimi necessari, alla luce del fatto che sono necessarie delle attività di supervisione e controllo sulle attività che gravitano su un numero necessariamente ridotto di risorse, che non possono però essere eliminati in quanto necessari per garantire delle indagini qualitativamente adeguate. Spesso, accade che, le attività predisposte dal piano di indagine vengano in realtà divise in degli *step* intermedi di *reporting*, questo significa che gli attori responsabili di ciascuna attività presentino, mediante delle relazioni preliminari c.d. interinali, gli esiti ottenuti fino a quel momento (soluzione di compromesso individuata per poter rispettare i tempi previsti), anche se non foriera di criticità, considerando che l'utilizzo di tali risultanze può in realtà rappresentare un rischio per la società, visto e considerato, che l'attività di indagine non si è esaurita, pertanto, potrebbe nel prosieguo portare a esiti differenti rispetto a quanto affermato in precedenza. Così FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 178 s.

ricerca e l'analisi delle fonti di prova interne all'ente, in particolare tutto ciò che attiene alla documentazione amministrativo-contabile, la quale, come è comprensibile, è in grado di fornire dettagli utili e rilevanti alle indagini in corso, specie se l'ambito di indagine riguarda anomalie e segnalazioni documentali. Inoltre, un'ulteriore attività in grado di svelare informazioni utili è rappresentata dalle interviste, le quali possono essere svolte sia nei confronti di dipendenti della società – come accade nella maggior parte delle ipotesi – ma anche nei confronti di soggetti esterni, che hanno avuto dei contatti con la società – che possono rilevarsi di fondamentale importanza – come ad esempio clienti o fornitori dell'ente.¹⁹⁰ In particolar modo, potrebbero anche richiedersi delle indagini di *Integrity Due Diligence*, ovvero investigazioni che hanno ad oggetto l'approfondimento specifico dei comportamenti e degli assetti societari di alcuni soggetti coinvolti nella vicenda, come ad esempio le controparti in transazioni o operazioni segnalate come sospette.¹⁹¹

È evidente che le attività di indagine non possono essere inquadrare in una lista chiusa ed esaustiva, soprattutto alla luce delle continue innovazioni e cambiamenti sociali e tecnologici che si sono avuti negli ultimi anni. In particolare, basti pensare a come, in virtù dell'evoluzione tecnologica, quasi l'intera documentazione delle società sia in formato digitale per cui si richiedono delle attività di indagine che a loro volta sino in grado di adattarsi a tali specifiche esigenze. Per tali ragioni un'ulteriore attività è rappresentata dalle indagini informatiche, in cui rientra anche la c.d. *E-discovery*¹⁹², finalizzata alla

¹⁹⁰ Sul punto FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 239.

¹⁹¹ CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, Atti del Convegno AODV231 – "L'Organismo di Vigilanza tra Indagini Interne e Investigazioni Processuali" Milano, 17 giugno 2013, 19. L'Autore evidenzia come lo scopo di tale approfondimento sia «l'identificazione del "beneficial owner" ovvero quello di poter chiaramente identificare e delineare il reale assetto effettivo della società, quindi al di là delle "schermature" societarie» che possono invece risultare a primo impatto, al fine di poter individuare esattamente quali sono le reali catene societarie all'interno e i titolari effettivi di determinati poteri, in un contesto in cui spesso si è in presenza di deleghe e quindi la ricostruzione della vicenda non è semplice, né scontata.

¹⁹² La *E-discovery* rappresenta uno strumento utile per la conduzione di indagini digitali, in particolare tale termine deriva dalla c.d. *Electronic Discovery*, di origine statunitense, con cui si è soliti indicare uno strumento di natura processual-civiltistico. Tuttavia, tale termine si è ampiamente diffuso, anche nel contesto europeo. In particolare, nella dialettica italiana tale termine ha assunto un'accezione leggermente diversa, per cui mediante tale locuzione si vuole indicare il processo di selezione e acquisizione delle informazioni e dei dati informatici, conservati in appositi supporti

individuazione e acquisizione di dati e informazioni, i quali sono contenuti all'interno di documenti in formato digitale e possono rivelarsi necessari per una corretta ricostruzione delle vicende sospette; tuttavia, tali indagini richiedono delle valutazioni ulteriori in quanto saranno necessarie specifiche metodologie compatibili con il relativo supporto di conservazione.

Si segnala da subito come, le diverse tipologie di indagine che possono essere previste, devono essere logicamente e cronologicamente coordinate ed integrate tra loro, per cui è necessario che per ottenere un'indagine qualitativamente idonea e compatibile ai fini di un suo successivo utilizzo, ad esempio in sede processuale, pare opportuno e imprescindibile assicurare un «approccio investigativo integrato»¹⁹³.

In conclusione, la pianificazione del lavoro investigativo, oltre al fatto di dover essere – al pari della valutazione di *risk assessment* – costantemente aggiornata, sarebbe opportuno venga predisposta dallo stesso soggetto che risulta incaricato di svolgere le singole attività d'indagine, dal momento che quest'ultimo sarà in grado di individuare con maggior esattezza il perimetro dell'analisi e i documenti necessari per lo svolgimento delle stesse. Inoltre, pare altrettanto necessario che il piano investigativo venga di seguito approvato dall'organo indicato come supervisore e coordinatore dell'intera attività investigativa.¹⁹⁴

Per poter ufficialmente procedere con l'investigazione interna è necessario, tuttavia, un ulteriore *step*, che possa ufficializzare l'avvio dell'indagine, in linea con quanto previsto nel piano investigativo. Questa fase viene definita *Kick-off* e

digitali, per cui anche la stessa ricerca richiederà l'utilizzo di strumenti informatici idonei per poter raccogliere i dati informatici richiesti, immagazzinati negli archivi digitali della struttura complessa. In riferimento DI PIETRO, VINTIADIS, *Le indagini digitali forensi: e-discovery*, in E. DI FIORINO, G. FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 148.

¹⁹³ CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 15. La necessità che vi sia un coordinamento tra le singole attività d'indagine è un fatto noto, e lo si può notare a prescindere dal tema delle investigazioni interne all'ente, essendo un concetto generale che caratterizza tutto il tema delle investigazioni. In particolar modo si evidenzia che quanto ottenuto in esito ad una singola attività di indagine può essere infatti completato ovvero meglio definito grazie ad ulteriori attività di tipo diverso, così da avere un quadro più ampio non solo dei soggetti coinvolti nella vicenda ma anche con riferimento ai fatti oggetto d'indagini; ad esempio può accadere che l'indagine informatica riesca a riempire di contenuti un'ipotesi di reato che era invece emersa durante le verifiche di ricerca di documenti interni all'ente ovvero in seguito alla segnalazione ricevuta attraverso i canali di *whistleblowing* individuati in seno alla società. Il coordinamento tra le varie attività svolte e le risultanze ottenute consente sia di indirizzare il seguito delle verifiche, ma anche di ottimizzare al meglio le risorse della struttura nella conduzione delle indagini.

¹⁹⁴ Così FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 176.

consiste nella formalizzazione del mandato di *internal investigation* in capo al soggetto individuato come responsabile¹⁹⁵, con cui viene data la comunicazione agli organismi interni della struttura complessa sull'avvio delle indagini, con riferimento alle aree interessate e i soggetti che ne risultano coinvolti. La formalizzazione del mandato rappresenta, idealmente, il momento di inizio delle indagini, a partire dal quale non solo potranno iniziare ad effettuarsi le singole attività previste, che altrimenti non potevano essere iniziate in assenza del conferimento di appositi poteri e autorizzazioni; inoltre, tutti i soggetti interni alla società saranno messi nella condizione di essere a conoscenza circa il fatto che è in corso un'indagine interna.

5.4. Il cuore delle indagini: la fase dell'*Execution*

Dopo aver esaurito correttamente ed efficacemente le precedenti fasi di valutazione dell'area di rischio e di pianificazione del lavoro investigativo, l'attuazione delle indagini passa attraverso lo svolgimento delle singole attività previste e immaginate nel piano di lavoro da parte del soggetto responsabile. Infatti, l'obiettivo di tale fase c.d. *Execution* è di poter raccogliere e analizzare le informazioni necessarie, cercando di rispettare quanto previsto in sede di pianificazione, di modo da attuare quanto dettagliatamente descritto nel piano investigativo, e, di conseguenza, nel mandato di *internal investigation*, e infine valutare le risultanze ottenute. In altri termini, tale fase rappresenta la messa in atto di quanto teorizzato nelle fasi precedenti, sia in sede di valutazione che di pianificazione.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Il mandato di *internal investigation* rappresenta un atto formale in cui vengono individuati gli aspetti centrali dell'indagine, quali le informazioni rilevanti; il contesto di riferimento; gli obiettivi; la composizione del *team* di investigazione e la distribuzione dei ruoli; ed infine anche nel dettaglio quello che è il piano di lavoro proprio in termini di attività da svolgere, tempistiche e funzioni responsabili. Si tratta quindi del conferimento di un incarico professionale, altrimenti non sarebbe possibile svolgere le varie attività d'indagine per cui è richiesta una determinata autorità e le relative autorizzazioni per l'acquisizione delle informazioni nel rispetto delle discipline previste. Accade nella prassi che il mandato richieda la preventiva approvazione mediante delibera dell'organo dirigente, che eventualmente può nominare anche consulenti tecnici o specialisti esterni, che si rendono necessari per lo svolgimento di determinate attività attinenti a materie particolari. Sul punto FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 241.

¹⁹⁶ In merito FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 183.

In tale fase, a seconda delle specifiche circostanze che hanno indotto la società ad avviare delle indagini interne, in linea generale possono comunque sintetizzarsi quelle che sono le attività più frequentemente svolte nel corso di una *internal investigation*.

Una prima attività consiste nella ricerca e analisi della documentazione della società, infatti, è in questa fase che si procede a reperire nello specifico i documenti necessari e di seguito ad analizzarli. È evidente che una *internal investigation* può comprendere l'analisi di un quantitativo immenso di dati e documenti, e proprio in considerazione del fatto che i documenti possono essere sia in formato cartaceo ovvero in formato elettronico sarà necessario predisporre adeguate metodiche e procedure per la raccolta di tali informazioni, senza che venga pregiudicata la rilevanza e l'affidabilità dei risultati raggiunti.¹⁹⁷ Si tratta di una fase particolarmente delicata, in considerazione delle notevoli difficoltà che possono esservi, sia da un punto di vista tecnico, connesso ai vari rischi in tema di raccolta e corretta conservazione dei dati per preservarne la loro genuinità; sia per via delle criticità in diritto che possono riscontrarsi, considerando che il mancato rispetto delle regole in tali ambiti ha come conseguenza l'inutilizzabilità di tali evidenze probatorie, che possono rilevarsi estremamente utili, in sede processuale e/o disciplinare.¹⁹⁸

Inoltre, una attività particolarmente importante al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati dall'investigazione potrebbe essere rappresentata dalle già menzionate interviste, che possono indirizzarsi sia nei confronti di soggetti interni alla struttura complessa sia verso soggetti esterni ad essa. Lo svolgimento delle interviste riveste un ruolo importante nella ricerca delle prove, rappresentando uno

¹⁹⁷ Un aspetto sempre più rilevante è rappresentato dal dato informatico e tecnologico, soprattutto a seguito della costante evoluzione in tali ambiti, tanto che l'archiviazione delle informazioni all'interno delle società è strutturata solo in maniera digitale. Questo ha indotto, quindi, anche le attività di indagine a adeguarsi alle recenti evoluzioni, predisponendo delle metodologie di ricerca adeguate, in grado quindi di rispettare la specifica natura del documento. Per tali ragioni, infatti, sembra opportuno che, coloro che vengono incaricati di svolgere la specifica attività di indagine, definiscano con esattezza eventualmente il grado di coinvolgimento di esperti, quali ad esempio esperti di *Forensic Technology*, specie se ad oggetto della indagine vi sono documenti di tipo informatico. Questo si ritiene necessario soprattutto se si vuole evitare che tali dati possano poi essere manipolati o distrutti, prima della conclusione delle indagini interne. Così FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate Governance. Le Fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 242.

¹⁹⁸ In merito ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 35.

degli strumenti migliori per poter verificare quanto accaduto; pertanto, anche in tale occasione verranno creati dei documenti oggetto di analisi, per cui la predisposizione di adeguate procedure di raccolta e supervisione delle attività appare, ancora una volta, quanto mai necessaria.

5.4.1. Ricerca e analisi documentale

Solitamente il punto di partenza dell'attività investigativa è rappresentato dalla ricerca dei documenti presenti negli archivi aziendali al fine di poter procedere ad una loro analisi ed eventualmente acquisire tali informazioni, soprattutto se considerate in linea con l'oggetto e le finalità stabilite nel mandato di *internal investigation*. In tal modo vengono esaminati i processi interni, i quali potrebbero essere rivelatori di una condotta illecita e svelare eventuali soggetti responsabili e lacune presenti in termini organizzativi che hanno portato all'evento verificatosi, ovvero potrebbero rappresentare dei tasselli in grado di indirizzare la prosecuzione delle indagini in corso.

In linea generale, la ricerca dei documenti presenti all'interno degli archivi digitali, nel caso in cui si svolga un'indagine interna, secondo alcuni¹⁹⁹ non dovrebbe rappresentare un momento critico dell'investigazione, essendo tali documenti di proprietà della società, per cui non sembrerebbe necessario dover richiedere delle autorizzazioni considerando che se, situati in luoghi fisici o informatici, accessibili liberamente dai soggetti interni, questi possono essere raccolti ed analizzati senza particolari ostacoli.

Nel caso in cui i relativi documenti, rilevanti ai fini degli obiettivi prefissati dall'indagine interna, siano nella disponibilità della società, custoditi da parte di singoli dipendenti, sembrerebbe opportuno che quest'ultimi vengano richiesti al dipendente senza però particolari ostacoli in merito. Infatti, a tal proposito può dirsi che essendo tali documenti della stessa società, in quanto costituenti « la memoria storica delle vicende connesse all'attività d'impresa », i dipendenti, a seguito della relativa richiesta di esibizione del documento, dovrebbero mostrarsi estremamente collaborativi, alla luce dei doveri sanciti dall'art. 2104 c.c., consegnando quanto

¹⁹⁹ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRINUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 1936.

richiesto, alla luce dei doveri nascenti dal contratto d'opera o di lavoro, dovendo quindi fornire il massimo supporto allo svolgimento dell'indagine, sempre nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste dalla normativa in ambito di riservatezza.²⁰⁰

5.4.2. Le indagini digitali forensi: *E-discovery* e *Data Analytics*

Come si è avuto modo di anticipare, a seguito dell'evoluzione informatica e tecnologica la maggior parte dei documenti aziendali, rilevanti ai fini di un'investigazione interna, quali ad esempio quelli di natura commerciale, sono conservati in archivi aziendali quasi totalmente digitalizzati; per tali ragioni si rende necessario che l'indagine proceda non solo con particolare cautela, ponendo in essere tutti gli accorgimenti necessari previsti nel caso in cui si proceda su dati contenuti in supporti digitali in uso ai dipendenti e nel rispetto delle normative vigenti in tali settori; ma anche che vengano poste in essere attività specificamente indirizzate a tali fini. Le attività d'indagine, che hanno come ambito di riferimento contenuti digitali o informatici, possono articolarsi in operazioni di *e-discovery* e di *data analytics*: la prima può sintetizzarsi nella attività di raccolta e conservazione di informazioni in formato elettronico, che possono presentarsi come dati c.d. "non strutturati" (ad esempio *e-mail*, file di *word*, *pdf*, *excel*, *power point* etc.), il cui contenuto è rilevante ai fini dell'indagine; invece con il secondo termine si indica l'analisi massiva di dati e documenti, avente ad oggetto l'estrapolazione e razionalizzazione delle informazioni contenute all'interno di detti documenti c.d. "strutturati" (quali ad esempio *database* aziendali, contabilità, bilanci, etc.).²⁰¹

Le indagini informatiche sono finalizzate, al pari della fase di ricerca dei documenti cartacei, all'individuazione e acquisizione delle evidenze probatorie che in tal caso saranno invece in formato digitale, le quali possono rivelarsi significativi

²⁰⁰ In merito MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1937. Inoltre, si segnala che nel caso in cui il dipendente non si mostri collaborativo, a seguito della richiesta di esibizione di determinati documenti aziendali, sembrerebbe che al datore di lavoro, in termini generali l'impresa stessa, venga riconosciuta la possibilità di agire di conseguenza, ad esempio ponendo in essere un'ispezione della documentazione informatica in possesso del dipendente, purché sia riferibile alle mansioni da quest'ultimo svolte. Sul punto GARBO, GAUDINO, MANCUSO, VASILE, *Italy*, in SPEHL, GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, München, 2012, 260.

²⁰¹ In riferimento ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, cit., 36.

per una completa e corretta ricostruzione delle vicende oggetto d'indagine.²⁰² In particolare, lo svolgimento di questa attività richiede alcuni accorgimenti: innanzitutto, sembrerebbe opportuno che quest'ultime siano svolte da personale specializzato in questi settori, quali ad esempio esperti in *IT Forensic*, per cui se non sono presenti all'interno della struttura aziendale, è necessario che vengano incaricati per la gestione della raccolta e conservazione di tali dati. In secondo luogo, al fine di prevenire i possibili rischi connessi allo svolgimento di tali attività, sarebbe opportuno che vengano predisposti adeguati protocolli interni e che siano utilizzati degli specifici strumenti di *Forensic Technology*, possibilmente certificati da terze parti indipendenti proprio a garanzia che lo svolgimento di tale attività avvenga nel rispetto e a salvaguardia dell'integrità, della tracciabilità e sicurezza dei dati originali.²⁰³

Un'ulteriore considerazione attiene al fatto che in tale ambito possono essere molteplici i profili di rischio connessi a violazioni in materia di trattamento dei dati personali e *privacy*.²⁰⁴ Infatti, potrebbe verificarsi che determinate notizie e informazioni siano contenute all'interno di *device* (quali ad esempio *personal computer* in dotazione al dipendente), al cui interno è possibile rinvenire sia informazioni di carattere strettamente personale, le quali non possono in alcun modo essere oggetto di analisi e controllo, e al contempo informazioni connesse all'espletamento di mansioni lavorative, per cui è possibile procedere ad un controllo, specie se nell'ambito oggetto di indagine.

A tal proposito un tema di particolare interesse, e al tempo stesso non privo di criticità in punto di diritto, attiene proprio all'analisi e acquisizione di dati e informazioni le quali sono contenute all'interno di *e-mail* aziendali, per cui si

²⁰² V. CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 20.

²⁰³ In riferimento è possibile leggere CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 20. In particolare, l'Autore nel prevedere alcuni aspetti per far sì che vi sia un corretto svolgimento delle indagini informatiche, individua la possibilità che vengano utilizzati strumenti certificati da parte di soggetti terzi ed indipendenti; a tal proposito indica come possibile riferimento il *National Institute of Standards and Technology - NIST*. Ricordando infatti che si tratta di un istituto che nasce nel contesto statunitense, la figura indicata dall'Autore è, per l'appunto, un'agenzia del governo degli Stati Uniti d'America, sorta nel 1901, che si occupa della gestione delle tecnologie, ed oggi fa parte del Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti. Per un ulteriore approfondimento in materia è possibile consultare <https://www.nist.gov/about-nist>.

²⁰⁴ Sul punto CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 20.

richiede il rispetto delle restrizioni previste in materia.²⁰⁵ È evidente che il tema è particolarmente delicato in considerazione dell'opportuno bilanciamento che si richiede tra i diversi interessi in gioco ponendosi: da un lato, l'interesse alla riservatezza e libertà di espressione del singolo dipendente e dall'altro, interessi di tipo aziendale per cui l'organizzazione ha il diritto di poter monitorare la struttura interna, ponendo in essere i relativi controlli, per poter in qualunque momento intervenire e sanare una situazione di illegalità verificatasi al suo interno.

L'analisi dei contenuti delle *e-mail* rappresenta un aspetto complesso, sotto diversi aspetti: in *primis* perché risulta spesso difficoltoso poter individuare ciò che effettivamente può essere oggetto di analisi, separando quindi tutto ciò che attiene alla sfera personale del dipendente; e inoltre poiché devono sempre tenersi in considerazione quelli che sono i limiti all'acquisizione di tali informazioni, agendo quindi nel rispetto della normativa vigente, per cui si richiamano principalmente aspetti di *data privacy* e trattamento dei dati personali.²⁰⁶

Svolgendo alcune riflessioni in merito al controllo della casella aziendale di posta elettronica, si evidenzia come la casella di posta elettronica rientri nella nozione di "sistema informatico o telematico", quest'ultima riferendosi a un soggetto definito e individuato. Essendo protetta da apposite *password* essa rappresenta «un'espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantita dall'art. 14 Cost. e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali dagli artt. 614 e 615 c.p.»²⁰⁷; la casella di posta elettronica viene, infatti, individuata come «domicilio informatico»²⁰⁸, assistito quindi dalle relative garanzie costituzionali.

²⁰⁵ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1937.

²⁰⁶ Nell'ordinamento italiano, il riferimento è alla normativa in materia di protezione dei dati personali e al Codice della *Privacy*, in cui si prevedono numerosi limiti e condizioni per poter procedere all'acquisizione di dati contenuti in *e-mail* del dipendente. In particolare, il mancato rispetto della normativa in questione, potrebbe esporre il responsabile del trattamento dei dati ad elevate sanzioni, anche di natura penale. Si prevede una adeguata disciplina di tutela del dipendente nel caso in cui i suoi dati non vengano trattati secondo le disposizioni di legge, dandogli la possibilità di intraprendere un'azione legale, con conseguente possibilità di ottenere un risarcimento danni. Sul punto FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 185.

²⁰⁷ Così, la Relazione al disegno di legge 2773/1993, poi trasfuso nella l. 547/1993.

²⁰⁸ Cass. pen., Sez. V, n. 13057/2015 in www.onelegale.wolterskluwer.it.

È proprio alla luce di tali considerazioni che, la recente giurisprudenza di legittimità²⁰⁹ non accoglie la possibilità che il datore di lavoro possa, nel corso di indagini o ispezioni, accedere liberamente alle *e-mail* in uso ai dipendenti. Il Massimo Consesso ritiene che l'accesso alla casella di posta elettronica di un dipendente – essendo protetta dalle relative *password* – non sia possibile al datore di lavoro per nessuna ragione. Nel caso in cui il dipendente non presti il suo consenso al controllo della relativa posta elettronica, il datore di lavoro non ha alcuna possibilità di potervi accedere, altrimenti tale accesso unilaterale potrebbe configurare sia delle responsabilità sul piano penale – in quanto la giurisprudenza ritiene che tale condotta possa integrare le fattispecie penale di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, ai sensi dell'articolo 615-ter c.p.²¹⁰ e anche di violazione di corrispondenza, ai sensi dell'art. 616 c.p. – sia potrebbe determinare non poche problematiche sotto il profilo della *privacy*.²¹¹

Un ulteriore aspetto delle investigazioni informatiche è rappresentato dalla *Data Analytics*, ovvero una procedura di analisi avanzata in grado di prendere in considerazione una quantità enorme di dati e informazioni, disponibili solo in formato digitale²¹²; infatti, essa appare estremamente utile quando, ad esempio, vi sia il sospetto che siano stati commessi degli illeciti in ambito finanziario, per cui viene generalmente usata quando è necessario analizzare una serie di dati di

²⁰⁹ Cass. pen., Sez. II, 29 aprile 2016, n. 38331 in www.onelegale.wolterskluwer.it. Secondo cui «integra il reato di cui all'art. 615 ter c.p. la condotta di colui che accede abusivamente all'altrui casella di posta elettronica trattandosi di uno spazio di memoria, protetto da una *password* personalizzata, di un sistema informatico destinato alla memorizzazione di messaggi, o di informazioni di altra natura, nell'esclusiva disponibilità del suo titolare, identificato da un account registrato presso il *provider* del servizio. In motivazione la Corte di cassazione ha precisato che anche nell'ambito del sistema informatico pubblico, la casella di posta elettronica del dipendente, purché protetta da una *password* personalizzata, rappresenta il suo domicilio informatico, sicché è illecito l'accesso alla stessa da parte di chiunque, ivi compreso il superiore gerarchico (n. 13057 del 2015)».

²¹⁰ Il reato di accesso abusivo a sistema informatico o telematico, secondo la giurisprudenza inoltre, non è escluso nemmeno se «le chiavi di accesso al sistema informatico protetto siano state comunicate dall'autore del reato, in epoca antecedente rispetto all'accesso abusivo, dallo stesso titolare delle credenziali, qualora la condotta incriminata abbia portato ad un risultato certamente in contrasto con la volontà della persona offesa ed esorbitante l'eventuale ambito autorizzatorio»; così Cass. pen., Sez. V, n. 72/2020 in www.onelegale.wolterskluwer.it. Tuttavia, potrebbe invece non applicarsi la relativa fattispecie se, in considerazione di procedure interne il lavoratore fosse a conoscenza e avesse accettato la possibilità che l'organizzazione ovvero il datore di lavoro possano effettuare dei controlli sulla casella di posta elettronica del dipendente, stabilendo le relative condizioni e modalità. In riferimento ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, cit., 40.

²¹¹ V. sul punto ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, cit., 43 s.

²¹² Sul punto CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 23.

carattere economico, ovvero si devono ricostruire determinate transazioni, informazioni che sono strutturate tipicamente all'interno di *data base* predisposti internamente dall'azienda.²¹³ Mediante tale procedura di analisi massiva di informazioni e dati si agevola l'analisi di una serie innumerevole di informazioni immagazzinate negli archivi digitali dell'impresa, andando ad individuare con esattezza eventuali anomalie e deviazioni, grazie all'utilizzo di *software* i quali, essendo basati su sistemi di intelligenza artificiale e sofisticati algoritmi, consentono l'analisi di una mole enorme di informazioni in tempi rapidissimi.²¹⁴

5.4.3. Le interviste

Un'altra tecnica di indagine, particolarmente efficace per la corretta ricostruzione dei fatti alla base dell'*internal investigation*, è rappresentata dallo svolgimento delle interviste che consentono di raccogliere, in modo rapido ed efficace, le informazioni rilevanti potendo ascoltare direttamente soggetti informati sui fatti verificatisi.²¹⁵ Nonostante, come abbiamo avuto modo di vedere, la raccolta e analisi delle informazioni rilevanti possa avvenire mediante la ricerca documentale (anche grazie alle tecniche informatiche che consentono di analizzare un quantitativo massivo di dati e documenti restituendo le informazioni rilevanti), deve comunque evidenziarsi che la possibilità di procedere a confronto con il dipendente, mediante l'instaurazione di un contraddittorio con un soggetto che risulti coinvolto nei fatti oggetto di accertamento, rappresenti sicuramente un aspetto di fondamentale importanza.

Lo svolgimento delle interviste si concretizza in un'operazione complessa e delicata, che, invero, richiede alcuni accorgimenti e un'adeguata pianificazione. Soprattutto alla luce del fatto che, trattandosi di un colloquio con soggetti potenzialmente informati dei fatti, è necessario preliminarmente elaborare e tenere

²¹³ Così FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 190.

²¹⁴ Le attività di *Data Analytics* consentono di svolgere, ad esempio, «un'analisi dei bilanci della singola azienda al fine di verificare, nel periodo di riferimento, se vi sono state determinate anomalie o scostamenti significativi o indicatori di rischio di frode c.d. *red flags*»; appare chiaro come la componente tecnologica svolga un ruolo decisivo, infatti, un'analisi di tal genere, senza l'utilizzo di strumenti informatici non sarebbe minimamente possibile, considerata la quantità di dati che ogni giorno vengono generati all'interno della società. In riferimento FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate Governance. Le Fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 247.

²¹⁵ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1937.

in considerazione tutti gli elementi che possono venire in rilievo. Si richiede pertanto un'adeguata preparazione per evitare che il mancato rispetto delle normative vigenti possa poi pregiudicare i risultati ottenuti attraverso le interviste.²¹⁶

In prima battuta è necessario, quindi, pianificare le interviste che si vogliono svolgere alla luce dell'*action plan* predisposto a inizio indagine, seguendo sempre un ordine di tipo logico e cronologico, in ottica di «un approccio investigativo integrato»²¹⁷. Potrebbe, infatti, risultare proficuo predisporre sia un piano delle singole audizioni da svolgere, sia una lista di domande da porre all'intervistato.

Inoltre è necessario sia definire con esattezza i ruoli dei soggetti incaricati di svolgere le interviste c.d. *investigation team*, sia che questi ultimi abbiano tutti gli strumenti per poter valutare consapevolmente i dati raccolti; occorre altresì ricevere e analizzare tutte le informazioni preliminari, sia attinenti al soggetto da intervistare – interno o esterno alla struttura organizzata – sia attinenti al contesto lavorativo.²¹⁸ Uno studio preliminare in grado di inquadrare correttamente l'ambiente di riferimento e il soggetto che si intende intervistare è in grado di aumentare maggiormente la buona riuscita dell'intervista, consentendo di poter attuare la strategia più opportuna nella conduzione del colloquio, ed essere, così, maggiormente preparati sotto aspetti più tecnici, anche dal punto di vista giuridico, coinvolgendo eventualmente esperti.²¹⁹

Inoltre, considerato che l'intervista nel corso di un *internal investigation* rappresenta un colloquio, che deve essere tenuto distinto dalla audizione che potrebbe invece seguire nel corso di un procedimento disciplinare²²⁰, è necessario che anche il modo i toni con cui viene gestito il colloquio siano obiettivi e imparziali. All'inizio dell'intervista è opportuno che il soggetto sottoposto al colloquio sia informato correttamente e sia a conoscenza di tutto ciò che è

²¹⁶ In riferimento PROCOPIO, *Attività: Le interviste*, in E. DI FIORINO, G. FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 22.

²¹⁷ Sul punto CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 15

²¹⁸ In merito FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate Governance. Le Fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 245.

²¹⁹ Così PROCOPIO, *Attività: Le interviste*, cit., 23.

²²⁰ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1937.

necessario per poter valutare autonomamente il contesto in cui si sta effettuando l'intervista.²²¹

Alla luce delle considerazioni svolte, si può evincere che la conduzione delle interviste deve necessariamente tenere in considerazione diversi aspetti: sia il rispetto della disciplina vigente nel paese di riferimento in cui esse vengono espletate, sia le *best practice* di settore che si sono consolidate nel tempo, e infine gli eventuali limiti connessi all'utilizzabilità delle risultanze ottenute – i quali potranno essere differenti a seconda del territorio in cui si sono attuate le relative indagini.²²²

5.5. La conclusione delle indagini: *reporting e remediation*

Le ultime fasi che caratterizzano un'indagine interna riguardano il momento in cui quest'ultima viene portata a termine secondo quanto prescritto e previsto nell'*action plan*. Gli esiti delle indagini verranno, in un primo momento, analizzati e rielaborati da parte dei soggetti che hanno svolto le relative attività investigative, al fine di poter fornire un risultato chiaro su quanto riscontrato. In un secondo momento, le risultanze ottenute dovranno essere precisate all'interno di una relazione finale, la quale sarà predisposta dai soggetti che hanno effettuato le relative indagini, e consegnata a coloro che vengono individuati quali responsabili del monitoraggio e supervisione generale dell'attività di investigazione interna. Infine, le relative conclusioni e considerazioni su possibili misure da adottare per colmare le lacune riscontrate saranno indirizzate all'organo dirigente, il quale potrà predisporre in maniera definitiva l'effettiva attuazione delle misure.

La fase di *reporting* consiste, infatti, nel riferire, in forma scritta ovvero orale i risultati ottenuti dall'*internal investigation*; si tratta principalmente di una fase che ha carattere «ricostruttivo e descrittivo»²²³ delle attività svolte, dovendo il responsabile riportare, in maniera tecnica e oggettiva, quanto riscontrato nel corso dell'intera indagine.²²⁴ Questo soprattutto poiché dalla relazione deve emergere la

²²¹ In riferimento FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 187.

²²² Per le modalità operative delle interviste, in particolare svolte nei confronti del dipendente interno della struttura organizzata si rinvia *infra*, cap. III, par. 4.

²²³ Sul punto CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 24.

²²⁴ In merito FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 205. Secondo l'Autore si tratta di una fase essenziale, i cui obiettivi possono essere diversi, dove principalmente la finalità della

qualità del processo di *internal investigation*, essendo la relazione idealmente indirizzata a un organo giurisdizionale, che potrà prenderla in considerazione solo nel caso in cui essa rispecchi effettivamente quei termini di autonomia, indipendenza ed efficienza che si richiedono ad un'indagine.²²⁵

In particolare, la redazione di un apposita relazione ha indubbiamente dei vantaggi; in primo luogo consente di avere un quadro chiaro di quelle che sono state le attività di indagine poste in essere, e le conseguenti evidenze emerse; in secondo luogo, alla luce della relazione è possibile quantificare eventuali danni subiti da parte della società, e al tempo stesso verificare quali possono essere le azioni più opportune da intraprendere nei confronti dei soggetti che sono risultati responsabili dei fatti verificatisi; infine, sulla base della relazione finale, si consente di individuare le possibili azioni e misure correttive che la società può attuare per evitare che fatti analoghi si verifichino nuovamente in futuro c.d. *remediation*.²²⁶

A tal proposito – come si è avuto modo di analizzare in precedenza – gli esiti e le risultanze ottenute potranno essere riferite al soggetto individuato come supervisore delle relative indagini; quest'ultimo, non avendo poteri operativi, dovrà riferire all'organo dirigente, quale il Consiglio di Amministrazione, il risultato dell'indagine, al fine di attuare le relative misure, dimostrando l'impegno della società nell'implementare le azioni correttive individuate.²²⁷

Qualora si riscontrino delle criticità operative e delle lacune in termini di *compliance* aziendale potranno essere predisposti dei piani di azioni rimediale (c.d. *remediation plan* o *master plan*), volti a colmare le inefficienze del sistema di controllo interno, prevedendo le apposite azioni correttive, a cui l'organo dirigente dovrà rispondere con l'indicazione sia delle risorse da predisporre, sia delle tempistiche necessarie per attuare ciascuna azione correttiva che è stata indicata.²²⁸

relazione deve essere quella di soddisfare l'utilizzatore previsto, ovvero il consiglio di amministrazione ma anche l'organo giurisdizionale. Inoltre, si legge che «la relazione conclusiva è coerente con il mandato di *internal investigation* e con i suoi aggiornamenti; essa riporta la descrizione della *Subject Matter*, comprensiva delle sue limitazioni ed esclusioni, unitamente alla descrizione delle metodologie di indagini e di valutazione delle evidenze raccolte, le conclusioni raggiunte sulla base dei più rilevanti fatti relativi alla *Subject Matter*, accertati sulla base di evidenze specificamente identificate od allegate».

²²⁵ In merito FORFUNATO, *Le prassi di internal investigation*, cit., 195.

²²⁶ In riferimento CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, cit., 24.

²²⁷ Sul punto FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 250.

²²⁸ V. ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, cit., 49.

6. La gestione degli esiti delle indagini

6.1. Utilizzo dei risultati ottenuti a seguito dello svolgimento delle indagini

Tra le varie aree tematiche che intersecano il tema delle indagini interne all'ente, la gestione degli esiti delle indagini rappresenta uno degli aspetti più interessanti, ma al tempo stesso non mancano anche diverse critiche in merito. In tal senso, una premessa inevitabile attiene al vuoto normativo circa la disciplina dello svolgimento delle indagini, compreso il momento finale volto all'utilizzo degli esiti ottenuti. La conseguenza di tale situazione è che gli operatori stessi siano dubbiosi sulla utilità delle indagini svolte all'interno dell'ente, il che si riflette in una mancata attuazione di tale strumento nell'ordinamento interno.

Al termine della ricostruzione sulla attività di indagine è possibile individuare chiaramente come tali attività siano in grado di arrecare alla società diversi vantaggi e benefici, infatti – come si è avuto modo di analizzare nel corso dei paragrafi precedenti – la conduzione di un'indagine interna all'ente può rispondere a due grandi finalità: una “interna o riparativa” che riflette benefici diretti a migliorare l'organizzazione aziendale, e una invece “esterna o processuale” nell'ottica di un procedimento penale volto ad accertare la responsabilità dell'ente in corso o futuro.²²⁹

Pertanto, appare evidente che nel caso in cui l'indagine interna abbia condotto alla scoperta di carenze interne, in questo caso le risultanze ottenute a seguito delle singole attività realizzate saranno indirizzate all'organo dirigente, affinché possa predisporre l'attuazione delle misure correttive, a sua volta individuate per colmare le lacune di *compliance* verificatesi. L'*internal investigation* consente di individuare e, in seguito, di attuare, in un'ottica di costante miglioramento del sistema di controllo interno, tutte quelle misure che si rendono necessarie per poter ridurre il rischio che si verifichino dei comportamenti illeciti nel medio-lungo termine.²³⁰

²²⁹ Si rimanda all'analisi delle finalità delle indagini interne trattate *supra*, cap. II, par. 1.

²³⁰ Così PARRELLA, *Internal Investigations: note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 208.

Tuttavia, come si è avuto modo di constatare, tra i benefici che l'*internal investigation* è in grado di apportare alla società molti di tali vantaggi si sostanziano nelle c.d. finalità "esterne", in quanto le risultanze possono costituire un ottimo strumento da poter spendere in sede processuale. Tra le molteplici fonti che possono dar origine a un'indagine interna deve ricordarsi che un *input* è rappresentato dall'apprendimento di una notizia di reato che vede coinvolto l'ente o i soggetti interni alla società. Inoltre, una valida ragione che può spingere l'ente ad avviare delle indagini è rappresentata dall'ipotesi in cui si instauri un procedimento penale; in tal caso, gli obiettivi prefissati nell'indagine vengono indicati in considerazione degli eventi processuali, per cui le risultanze saranno indispensabili per poter elaborare una efficace strategia difensiva volta a provare l'assenza di responsabilità dell'ente, dimostrando i requisiti sanciti ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001, i quali consentono l'esclusione della responsabilità della persona giuridica.

Questo rappresenta sicuramente l'aspetto più interessante, per cui l'assenza di una specifica disciplina normativa rende incerte le possibili "mosse" che la società potrebbe intraprendere – soprattutto, nell'ottica in cui l'impresa decida di voler procedere, ad esempio, ponendo in essere delle condotte proattive, idonee ad attuare una collaborazione con l'autorità giudiziaria, inviando i risultati ottenuti dallo svolgimento di proprie indagini.

In questo caso, si evince chiaramente come l'assenza di una disciplina volta a regolamentare la collaborazione della persona giuridica faccia sì che qualora l'ente assuma un atteggiamento proattivo di condivisione dei risultati ottenuti, ciò significherebbe condividere con la Pubblica accusa un compendio conoscitivo potenzialmente dannoso per la società. La collaborazione, anziché premiare l'ente, presumibilmente condurrà all'instaurazione di un procedimento e all'applicazione delle relative sanzioni. Ciò è dovuto al fatto che nel nostro ordinamento vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, ai sensi dell'articolo 112 della Costituzione²³¹, per cui si impone che il pubblico ministero tenga assolutamente in

²³¹ In riferimento al tema dell'obbligatorietà dell'azione penale nel contesto della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche si deve rilevare la non unanimità di vedute. Nel senso che sia da qualificare come obbligatoria l'azione per l'illecito dipendente da reato v. DI BIFONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, 632 ss.; DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, 2012, 100 ss. In particolar modo, *in primis*

considerazione quanto ricevuto, e conseguentemente, se si rilevano fatti illeciti, si muova nella direzione della contestazione dell'illecito nei confronti dell'ente.²³²

In conclusione, deve affermarsi senz'altro l'evidente presenza dei vantaggi che possono derivare da una investigazione interna. Tuttavia, in assenza di una disciplina normativa che regoli tali aspetti, parrebbe doversi sostenere che essa possa risultare vantaggiosa solo nell'ottica di una prospettiva aziendale interna, volta ad attuare dei miglioramenti interni in presenza di carenze organizzative, e non anche nel caso in cui le violazioni riscontrate possano poi sfociare in un procedimento penale.²³³ E questo alla luce del fatto che i risultati delle investigazioni interne possono portare delle prove alla pubblica accusa e, inoltre, non sempre queste vengono valutate positivamente dall'autorità giudiziaria, la

sembra opportuno risolvere l'interrogativo sulla natura dell'azione che il pubblico ministero esercita nei confronti dell'ente, se essa possa essere qualificata come azione penale. A tale quesito si può dare una risposta positiva sulla base di diversi aspetti: in primo luogo in relazione all'articolo 34 del d.lgs. n. 231 del 2001 il quale prevede una clausola di compatibilità con il codice di rito per le persone fisiche, che rende chiaro come l'azione del procedimento *de societate* sia la stessa azione del codice di procedura penale per cui si tratta di un'azione governata dall'art. 112 Cost. In secondo luogo, con riferimento ai procedimenti sanzionatori amministrativi di regola si applica sempre il principio di obbligatorietà in base alla L. n. 689/1981 per cui si è ritenuto che quando si tratti di irrogare una sanzione la pubblica amministrazione non abbia quella discrezionalità che invece ha negli altri ambiti amministrativi, per cui deve concludersi nel senso che non solo si tratta di un'azione penale a tutti gli effetti e quindi soggetta all'applicazione dell'art. 112 Cost, ma inoltre anche volendola qualificare come azione diversa da quella penale, ad esempio azione amministrativa, a maggior ragione dobbiamo applicare il principio dell'obbligatorietà in quanto essa rappresenta la regola generale del procedimento amministrativo sanzionatorio. Tuttavia, deve comunque evidenziarsi come la prassi in materia di procedimento penale *de societate* sembra presentarci un ambito applicativo governato dal principio di discrezionalità. Sul punto MAZZA, *Conclusione delle indagini e udienza preliminare*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II Diritto processuale, Torino, 2020, 226 ss.; altresì CERESA-GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019. In generale sul tema dell'archiviazione v. MANCUSO *Sub art. 58*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 1133 ss.

²³² In riferimento PARRELLA, *Internal Investigations*, cit., 209.

²³³ Sul punto PARRELLA, *Internal Investigations*, cit., 209. Secondo l'Autore infatti «[...] le risultanze delle attività svolte dalle funzioni aziendali di audit (fermo restando il limite intrinseco delle stesse, derivante dalla mancata opponibilità del segreto professionale agli organi inquirenti) hanno una scarsa utilizzabilità laddove si incarni il procedimento penale». Invece deve essere considerata «parzialmente diversa l'ipotesi del procedimento nella specifica fase di indagini preliminari dove la "collaborazione" tra le strutture aziendali di interna Lodi e l'organo giudiziario preposto all'indagine può portare a risultati di rilievo in termini, tra l'altro, di contributo all'esito delle attività di indagine: in tal caso il contributo fattivo offerto dall'ente può costituire un "valore" nell'ottica dell'accertamento dell'efficacia adozione del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001».

quale sembra essere maggiormente incline a non considerarle del tutto imparziali, autonome e indipendenti, proprio perché condotte da soggetti interni all'ente.²³⁴

6.2. Investigazioni interne e ravvedimento dell'ente ex artt. 12 e 17 d.lgs. n. 231/2001

Il decreto legislativo che ha introdotto la responsabilità *ex crimine* della persona giuridica ha inteso valorizzare, in maniera del tutto innovativa, l'attuazione di condotte riparatorie *post factum*, ovvero a seguito della commissione del fatto illecito ma prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.²³⁵ Sembra evincersi, quindi, come l'incentivo alla collaborazione della persona giuridica non sia un aspetto da trascurare, potendosi esso tradursi nella previsione di misure premiali per l'ente che dimostri fattivamente la volontà di ravvedersi, ponendo in essere le condotte riparatorie individuate all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001.²³⁶

Il legislatore ha, infatti, costruito l'impianto della responsabilità delle persone giuridiche come un sistema di «penetranti strumenti di coazione o "persuasione" dell'ente per poterne guidare il ritorno alla legalità»²³⁷; in questo contesto si inseriscono le previsioni di benefici premiali connessi ad adempimenti di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa, che rappresentino un ravvedimento dell'ente, il quale dimostri di volersi distaccare dal "disordine organizzativo" che si era verificato a seguito della commissione del fatto illecito, adoperandosi mediante azioni in grado di ripristinare «lo status quo ante

²³⁴ Sul punto FORTUNATO, DI NOCCO, *Corporate governance. Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 253.

²³⁵ Vedasi RELAZIONE allo schema di decreto legislativo, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 510. In cui si enuncia chiaramente che «[...] la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa».

²³⁶ Sul punto BARBIERI, *Whistleblowing e Internal Investigation*, cit., 202. L'Autore sottolinea come la collaborazione dell'ente rappresenti in realtà un fattore che non deve essere sottovalutato, soprattutto in relazione a determinati settori come quello dei fenomeni corruttivi. Infatti, a seguito dell'introduzione del comma 5-bis nell'articolo 25 del d.lgs. n. 231 del 2001, sembra emergere in maniera sempre più evidente l'intento del legislatore di servirsi in misura sempre maggiore della collaborazione da parte di soggetti privati. L'Autore, evidenzia come ormai sembra essersi creato una sorta di «diritto di difendersi accusando» poiché con riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione, l'ente per beneficiare dell'attenuazione della durata della misura interdittiva debba «adoperarsi per individuare gli autori materiali del reato».

²³⁷ Così CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2021, 61.

delictum»²³⁸. Le disposizioni normative a cui si fa espresso riferimento sono gli artt. 12, comma 2, e 17 del d.lgs. n. 231 del 2001: si prevede, nel primo caso²³⁹, la possibilità di un'attenuazione della risposta sanzionatoria, e nell'altro caso²⁴⁰ la totale esclusione dall'applicazione delle sanzioni interdittive, stante il rispetto delle condizioni sancite nel predetto articolo.

A fronte del modello di responsabilità per la persona giuridica delineato in tal senso, l'attivazione tempestiva delle indagini interne consentirà all'organo dirigente di poter valutare, avendo a disposizione tutti gli strumenti necessari, quale strategia difensiva eventualmente adottare, soprattutto alla luce della possibilità prevista per l'ente di poter ottenere dei benefici premiali, nel caso in cui decida di

²³⁸ In riferimento PANASITI, *Commento all' articolo 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione* (diretto da) LEVIS, PERINI, Bologna, 2021, 454.

²³⁹ L'articolo 12 comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001 recita che: «La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;

b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Tale disposizione prevede una circostanza attenuante con specifico riferimento alle sanzioni pecuniarie, nel caso in cui l'ente abbia realizzato un'attività riparatoria o si sia comunque adoperato in tal senso, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado; per cui non è necessario che venga effettivamente assolto l'obbligo risarcitorio e/o di eliminare le conseguenze dannose e pericolose del reato, in quanto comunque può applicarli l'attenuante. In merito CERQUA, *Commento all'articolo 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione* (diretto da) LEVIS, PERINI, Bologna, 2021, 379.

²⁴⁰ L'articolo 17 del d.lgs. n. 231 del 2001 dispone che: «Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:

a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;

b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca». La previsione dell'articolo 17 è volta a disciplinare l'esclusione dall'applicazione delle sanzioni interdittive, sia in fase di misure cautelari, che in sede di sanzioni definitive. La norma prevede alcune condizioni, che necessariamente devono essere rispettate per potersi applicare la disciplina in questione: solo nel caso in cui l'ente dimostri di aver adottato, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, contestualmente le condizioni specificamente compendiate nelle lettere a), b), e c) dell'art.17. Le condizioni individuate dal legislatore si pongono tra loro in una «evidente sinergia funzionale», infatti rispondono perfettamente alla ratio sottesa all'articolo, rispetto alla quale le condotte ripristinatorie e riparatorie «si pongono in senso opposto e contrario, elidendo e "riparando" i complessivi effetti di pregiudizio in vista delle quali le sanzioni interdittive possono essere applicate». È necessario che per potersi applicare la causa di esclusione, l'ente si sia adoperato, nel corretto sbarramento temporale, eliminando le conseguenze dannose o pericolose del reato, ed inoltre è necessario che abbia eliminato anche il fattore di rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo. Sul punto PANASITI, *Commento all' articolo 17*, cit., 453 s.

intraprendere un percorso collaborativo con l'autorità giudiziaria, in quanto, anche se ciò non consentirà di esimere il pubblico ministero dalla contestazione dell'illecito²⁴¹, sarà comunque funzionale all'accesso delle condotte riparatorie come descritte nel decreto legislativo.

Appare evidente come, in una logica che non è volta solo alla repressione del fenomeno illecito, ma altresì a incentivare il comportamento proattivo dell'ente, nell'ottica di una «corresponsabilizzazione della persona giuridica ai fini della prevenzione del reato»²⁴², per potersi ottenere dei benefici premiali, considerato lo sbarramento temporale previsto, è necessario che la società possa vantare in qualsiasi momento di avere un quadro ben definito circa i profili di responsabilità interna e/o delle carenze organizzative. Per tali ragioni, le *internal investigation* rappresentano lo strumento ideale di cui può disporre l'impresa, per poter efficacemente attuare le riparazioni e riorganizzazioni necessarie al fine di realizzare le condizioni previste dagli articoli 12 e 17 del relativo decreto, soprattutto dal punto di vista temporale.²⁴³

Può dunque affermarsi che lo svolgimento di verifiche interne alla struttura organizzata sia un elemento essenziale sotto un duplice aspetto: in *primis*, in quanto rispondente alla logica alla base del d. lgs. n. 231 del 2001, fortemente improntato alla valorizzazione dei modelli organizzativi, più che all'aspetto repressivo-sanzionatorio. In secondo luogo, va evidenziato che il comportamento proattivo dell'ente è in grado di dimostrare all'autorità giudiziaria, fin da subito, un netto

²⁴¹ In merito MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1944.

²⁴² Così PANASITI, *Commento all'articolo 17*, cit., 454.

²⁴³ Sotto un aspetto critico, deve comunque notarsi che, se da un lato viene apprezzato il fatto che il legislatore ha voluto valorizzare le condotte riparatorie, dall'altro lato comunque questo aspetto è stato delimitato esclusivamente alla prospettiva *post factum*. Questo significa che, solo nel momento in cui nei confronti della società si è già instaurato un procedimento penale, allora il legislatore premia la condotta collaborativa dell'ente, qualora, invece, l'ente si adoperi in maniera preventiva, ponendo in essere un atteggiamento cooperativo, esso non si vede riconosciuto alcun vantaggio, o meglio, nessun beneficio ulteriore rispetto a quanto si verificherebbe nel caso in cui quest'ultimo si attivi *post delictum*; di fatto quindi scoraggiando l'ente ad agire preventivamente, anche alla luce dei cospicui costi che derivano da un'attività di tal genere. In quest'ottica l'intervento del legislatore, disciplinando tali ambiti, potrebbe infatti chiarire e distinguere a seconda del momento in cui si pone in essere la condotta collaborativa, differenziando anche da un punto di vista di benefici premiali che si possono ottenere. Ad ogni modo, la conduzione delle indagini, alla luce della disciplina ad oggi vigente, rappresenta comunque un momento essenziale poiché sarebbe in grado di riportare all'ente quali sono le carenze organizzative interne di modo da poter intervenire entro i limiti temporali richiesti, che altrimenti potrebbero non essere rispettati, se l'ente viene a conoscere tardivamente delle lacune interne.

distacco rispetto alle carenze organizzative interne che hanno portato alla commissione dell'illecito amministrativo; in questo modo la società può godere di una valutazione giudiziaria positiva fin dagli inizi del procedimento, aumentando da un lato le possibilità che non vi sia il bisogno di ricorrere a misure cautelari interdittive e/o reali, e dall'altro le possibilità che vi sia una pronuncia favorevole di idoneità del Modello organizzativo, con conseguente non applicazione della relativa sanzione.²⁴⁴

²⁴⁴ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1944. L'Autore ritiene che il comportamento collaborativo dell'ente, che mette a disposizione elementi probatori raccolti in seno ad un'indagine interna possano «segnare una netta linea di discontinuità rispetto al disordine organizzativo interno che quella violazione aveva consentito». Sul punto v. anche STELLA, *Criminalità di impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 462.

CAPITOLO III

I RAPPORTI TRA L'INVESTIGAZIONE INTERNA E IL PROCEDIMENTO PENALE TRA PERSONA FISICA ED ENTE

SOMMARIO: 1. Le indagini interne e le finalità processuali. – 2. Investigazioni interne e indagini difensive. – 2.1. Le investigazioni difensive penali nel codice di rito: artt. 391-*bis* e seguenti. – 2.2. La disciplina dell'investigazione interna a seconda che sia svolta con la copertura o meno delle indagini difensive. – 2.3. Lo svolgimento delle interviste nei confronti dei dipendenti. – 2.4. Utilizzabilità processuale degli esiti delle indagini e limiti previsti dal codice di rito. – 3. Interrelazione tra il diritto di difesa e la disciplina del segreto professionale: il *legal privilege* nel sistema italiano. – 4. Il rapporto tra le indagini interne e i diritti fondamentali della persona fisica imputata del reato presupposto. – 5. Nuove frontiere della premialità nel procedimento per la responsabilità amministrativa da reato. – 5.1. La messa alla prova nel procedimento a carico degli enti: una questione ancora aperta. – 6. Prospettive *de jure condendo* sulle investigazioni interne come strumento di prevenzione. – 7. Il modello americano come prospettiva futura di riforma per l'ordinamento italiano. 7.1. Il *self reporting*. – 7.2. La disciplina vigente: un sistema di incentivi alterato.

1. Le indagini interne e le finalità processuali

Nei capitoli precedenti si è avuto modo di ripercorrere e analizzare il fenomeno delle investigazioni interne all'ente, concepite come il principale strumento di risposta che le funzioni di controllo dell'ente possono attivare, fin dai primi segnali sospetti, con il fine di verificare le possibili violazioni di legge ovvero delle procedure interne aziendali, e più in generale, in merito a ogni fatto che possa vedere coinvolto l'ente e i suoi dipendenti.¹ Nei paragrafi che seguono si vuole, da ultimo, porre l'attenzione sul rapporto che intercorre tra le investigazioni interne e l'instaurazione di un procedimento a carico dell'ente, volto ad accertare la sua responsabilità, ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001.

¹ Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente, in Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 1934.

In particolar modo, si intende qui ripercorrere alcuni punti della disciplina processual-penalistica interna la cui conoscenza risulta estremamente utile, non solo per poter svolgere proficuamente le relative indagini, ma anche al fine di assicurare un'effettiva utilizzabilità degli esiti ottenuti nel caso in cui venga instaurato un procedimento penale a carico dell'ente.

Il sistema sulla responsabilità delle persone giuridiche – delineato nel d. lgs. n. 231 del 2001 – ha rappresentato un primo tentativo da parte del legislatore italiano volto a normativizzare «una “co-regolamentazione statale-privata” dei relativi rischi» che potrebbero derivare dalla gestione illecita dell'attività d'impresa.² Si è trattato di ideare un sistema che non fosse più basato esclusivamente sulla forza deterrente del controllo interno (c.d. “*deterrence-based enforcement approach*”), bensì un modello incentrato sulla ricerca di una verifica coordinata e cooperativa in merito all'osservanza delle regole da parte dell'ente: c.d. “*cooperative enforcement approach*”³.

L'idea era infatti quella di incoraggiare delle forme di controllo spontanee e delle strategie difensive che fossero basate sulla verifica del patrimonio informativo di cui l'ente stesso è in grado di disporre. Ed invero, alla luce di questo contesto, si percepisce chiaramente l'importanza sempre maggiore delle investigazioni interne, intese proprio come «prima linea di difesa dell'ente»⁴: non solo nell'ottica della predisposizione della migliore strategia difensiva, ma, soprattutto, anche in ottica di accesso ai diversi incentivi previsti nell'ambito del procedimento a carico dell'ente, delineato dal d. lgs. n. 231 del 2001.

Come abbiamo avuto modo di approfondire nel corso di questa analisi⁵, le investigazioni interne possono avere diverse finalità, che vengono essenzialmente raggruppate in due grandi categorie: da un lato, esse possono avere una finalità definita come meramente interna o “manutentiva”, la quale è finalizzata principalmente a garantire la migliore organizzazione interna possibile, grazie ad

² V. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, issue 2, 219 ss.

³ In merito v., ODED, *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013, 1 ss.

⁴ Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1934.

⁵ V. *supra*, cap. II, par. 1.

un costante controllo e supervisione dei meccanismi e delle procedure interne; dall'altro lato, un'ulteriore finalità viene invece definita come esterna o "processuale", in quanto si è dimostrato che le indagini possono rivelarsi un ottimo strumento per l'impresa, soprattutto nel caso in cui, instauratosi un procedimento penale, che può vedere coinvolto direttamente l'ente ovvero soggetti interni ad esso, gli esiti ottenuti dalle indagini possono costituire un adeguato supporto probatorio – oltre al fatto che, mediante le investigazioni, si consente all'impresa di fare luce su diversi aspetti, che possono rivelarsi utili ai fini della preparazione di una tempestiva e consapevole strategia difensiva da attuare.⁶

Proprio l'esigenza di non essere colti alla sprovvista, davanti alle possibili richieste che l'autorità giudiziaria può formulare nei confronti dell'ente-indagato, impone la necessità di predisporre dei meccanismi di risposta efficaci «che consentano di fornire gli elementi richiesti e determinare l'avvio di un processo decisionale virtuoso, atto a porre una censura rispetto a prassi incerte o di dubbio fondamento: la minuziosa comprensione dei fatti, oggetto di potenziale addebito, costituisce presupposto imprescindibile per la pianificazione di scelte difensive e gestorie».⁷ Appare chiaro che la possibilità, in capo alla struttura organizzata, di effettuare e porre in essere un controllo costante volto al tempestivo rilievo delle segnalazioni interne rappresenta la chiave per la società di ottenere una difesa penale efficiente; solamente avendo una conoscenza piena dei fatti che si verificano al proprio interno sarà possibile predisporre la migliore strategia difensiva.

In questo caso, quindi, le investigazioni interne trovano la loro ragion d'essere nell'esigenza di ricostruire e di conoscere in maniera dettagliata i fatti che potrebbero essere oggetto di verifica da parte dell'autorità giudiziaria e, di conseguenza, costituire la base della contestazione che sarà mossa all'ente. Le indagini interne consentono, quindi, di acquisire, nel miglior modo possibile, il controllo della situazione interna, agendo nel rispetto delle regole, e di ottenere tutte le informazioni utili alla ricostruzione dei fatti oggetto dell'ipotesi accusatoria, ponendo in essere attività di ricerca e raccolta di elementi probatori difensivi.⁸

⁶ Così MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1935.

⁷ In riferimento v. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 222.

⁸ Sul punto, MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1933.

Tuttavia, le singole attività di indagine – le quali possono apportare dei benefici notevoli all’impresa – per poter efficacemente essere utilizzate nel contesto processuale è necessario vengano poste in essere nel rispetto delle disposizioni normative, che possono variare a seconda del Paese in cui l’indagine interna viene posta in essere.

A tal proposito, infatti, sembra opportuno che l’impresa, nel caso in cui non sia dotata di soggetti esperti in tali settori, ponga in essere come attività preliminare all’indagine l’individuazione dei soggetti esterni che abbiano le rispettive competenze, garantendo in questo modo che le attività vengano svolte nel pieno rispetto delle regole, in particolar modo, con riguardo alle regole del codice di procedura penale e delle normative in tema di *privacy* e trattamento dei dati personali.

Si tratta, infatti, di aspetti fondamentali che non devono essere trascurati dall’impresa che svolge delle investigazioni interne, soprattutto con riguardo al momento dell’acquisizione di dati ed informazioni, che per consentire all’ente una loro piena utilizzabilità sia nello spazio processuale (ma anche al di fuori di tale cornice), è bene che siano, innanzitutto, individuati dalla società che pone in essere l’indagine e siano rispettati in concreto da quest’ultima per garantire un’efficace attuazione dell’indagine stessa.

Inoltre, alla luce delle considerazioni sopra svolte in merito ai numerosi incentivi che possono essere previsti per la persona giuridica nell’ipotesi di un’efficace cooperazione con le autorità, spingono ancora di più l’ente a dotarsi di un sistema in grado di poter fornire le informazioni necessarie per porre in essere una valida cooperazione con le autorità, così da beneficiare sia di significative riduzioni sanzionatorie, sia di evitare lunghi procedimenti penali, i quali possono causare notevoli danni reputazionali – soprattutto se si tratta di grandi società quotate in mercati azionari pubblici.⁹ L’attività di investigazione interna può invero mettere l’impresa nelle condizioni migliori per scegliere volontariamente se collaborare con l’ autorità inquirente e, a seconda della specifica situazione, può

⁹ V. NIETO, *Internal Investigations, Whistleblowing and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, MANACORDA, CENTONZE, FORTI (a cura di) *Preventing Corporate Corruption*, Springer, 2014, 70 s.

consentire all'ente di accedere ai numerosi benefici previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001.

L'ente, per potersi giovare dei numerosi incentivi previsti dal decreto legislativo, deve in primo luogo dimostrare un efficace funzionamento del sistema di controlli interni e, in ogni caso, un comportamento proattivo nella risposta all'illecito. Aver predisposto delle indagini interne consentirà all'ente di poter dimostrare il comportamento virtuoso tenuto, soprattutto rimuovendo qualsivoglia sospetto di aver conosciuto ovvero tollerato la realizzazione delle condotte illecite verificatesi nella gestione aziendale, se non addirittura di avervi cooperato.¹⁰

Inoltre, le investigazioni interne rappresentano uno strumento proficuo anche nell'ipotesi in cui l'azienda voglia adottare delle condotte riparatorie *post delictum*, ai sensi degli artt. 12 e 17 d.lgs. n. 231/2001, la realizzazione delle quali, nel caso sia instaurato il giudizio per la verifica della colpevolezza dell'ente, consentirà l'accesso a benefici sanzionatori, quali l'esclusione delle sanzioni interdittive oppure l'attenuazione delle sanzioni pecuniarie, ovvero procedurali.¹¹

Proprio per le ragioni appena indicate «si manifesta la spiccata vicarietà delle indagini interne rispetto alla ricerca delle fonti probatorie e, se del caso, alla raccolta dei correlativi elementi di prova da introdurre nell'instaurando procedimento»¹², che spingono sempre di più a considerare non solo l'importanza di uno strumento di tal genere – che necessita una regolazione normativa – ma anche un nuovo modo di immaginare il contrasto alla criminalità economica. Sembrerebbe potersi dire, infatti, che lo strumento delle *internal investigation* rappresenti una delle possibili declinazioni assolutamente in linea con la *ratio* che ha ispirato il legislatore nell'introdurre la responsabilità amministrativa *ex crimine* dell'ente disciplinata nel d.lgs. n. 231 del 2001.¹³

¹⁰ In riferimento, MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1934.

¹¹ V. SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Milanofiori Assago, 2020, 108. Sul punto PANASITI, *Commento all' articolo 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione* (diretto da) LEVIS, PERINI, Bologna, 2021, 455. Per un'analisi sull'articolo 17 del d.lgs. n. 231 del 2001 si rinvia, *supra*, al cap. II, par. 6.2. in cui si analizza il rapporto tra le indagini interne e le condotte riparatorie come descritte all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001.

¹² Così MANCUSO, *"Indagini interne" disposte dall'ente: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 5, 1256.

¹³ In riferimento ANGIULI, *Responsabilità da reato dell'ente*, in E. DI FIORINO, G. FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 71. Il d.lgs. n. 231 del 2001 è ispirato principalmente ad una

Tuttavia, nonostante il rilevante ruolo che tale strumento potrebbe potenzialmente assumere nell'attività di prevenzione e gestione del rischio di condotte illecite nell'attività aziendale, la prassi interna, ancora oggi, mostra grandi difficoltà nell'attribuire un effettivo riconoscimento e legittimazione a tale strumento, a differenza di quanto accade in altre giurisdizioni e, come abbiamo avuto modo di analizzare nei capitoli precedenti, specie nell'ordinamento statunitense.

A riprova di ciò, come si è già rilevato¹⁴ nell'ordinamento italiano riscontriamo sia l'assenza di qualsivoglia riferimento normativo che possa disciplinare la materia delle investigazioni interne in maniera coerente e adatta per far fronte alle esigenze dei tempi¹⁵, sia lo sguardo diffidente della magistratura giudicante, la quale percepiva il comportamento proattivo dell'ente e le attività di controllo interne come una forma di intralcio alla giustizia ovvero come un'attività che veniva svolta con l'intento di un «occultamento di prove»¹⁶. L'ordinamento interno, a differenza delle altre giurisdizioni che hanno accolto con favore tale strumento, si è mostrato restio nel riconoscere il potenziale delle organizzazioni complesse nel contrasto alla criminalità economica, quali preziosi alleati nello svolgimento delle essenziali attività di verifica volte a individuare non solo

logica special preventiva, che prende ispirazione da un principio di chiara matrice statunitense c.d. *carrot and stick approach*, tale per cui la *ratio legis* che ha ispirato il legislatore è quella di «incoraggiare le imprese a dotarsi di forme di controllo spontaneo del rischio di commissione di reati: dietro la promessa dell'esenzione da responsabilità». Appare evidente, quindi, che ogni strumento in grado di spingere l'ente ad un costante controllo interno atto a prevenire la commissione dei reati appare perfettamente in linea con l'idea alla base della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

¹⁴ V. *supra*, cap. II, par. 6.

¹⁵ Sul punto v., MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 217 ss.

¹⁶ In riferimento COTTONE, MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, in *Corruzione nazionale e internazionale*, (a cura di) BONELLI, MANTOVANI, Milano, 2014, 19. Sul punto anche Mancuso sottolinea come tali strumenti siano stati accolti «con la diffidenza tipica dei regolatori di *civil law*, che – ben lungi dall'accettare un'idea di cooperazione paritaria nella ricerca degli elementi utili all'inchiesta – esigono ruoli ben distinti nel processo e vedono nella partecipazione dei privati alla raccolta delle informazioni utili alla verifica dell'ipotesi accusatoria più un ostacolo, talvolta ai limiti dell'ostruzione alla ricerca della verità, che ausilio». Cfr., MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 218. Secondo l'Autore, infatti, nei sistemi di *civil law* si registra quella «[...] diffidenza tipica che – ben lungi dall'accettare un'idea di cooperazione paritaria nella ricerca degli elementi utili all'inchiesta – esigono ruoli ben distinti nel processo e vedono nella partecipazione dei privati alla raccolta delle informazioni utili alla verifica dell'ipotesi accusatoria più un ostacolo, talvolta i limiti dell'ostruzione alla ricerca della verità, che un ausilio».

violazioni della legge penale, ma anche inosservanze comportamentali e violazioni del Modello Organizzativo¹⁷.

2. Investigazioni interne e indagini difensive

2.1. Le investigazioni difensive penali nel codice di rito: artt. 391-bis e seguenti

L'istituto delle investigazioni difensive¹⁸ ha rappresentato una novità all'interno del nostro ordinamento: esso è stato inserito successivamente a una riforma organica operata dalla L. 7 dicembre 2000, n. 397¹⁹ che ha abrogato l'art. 38 delle disposizioni attuative e al suo posto ha inserito l'art. 327-bis²⁰ e il nuovo titolo VI *bis* del libro V del codice di procedura penale (artt. 391-bis e seguenti). L'istituto in questione ha, infatti, dato modo al difensore di svolgere un ruolo attivo nel campo della ricerca delle prove, di fatto riconoscendo «dignità e autonomia all'iniziativa investigativa del difensore»²¹ e garantendo una maggior esplicazione e attuazione del diritto – costituzionalmente previsto e garantito – di difesa.

¹⁷ In tal senso, NIETO MARTIN, *Internal Investigations, Whistleblowing and Cooperation*, cit., 83, l'Autore evidenzia che « [...] in continental criminal law, in which the public prosecutor is considered the "owner of the investigation" and any other parallel investigation is regarded with suspicion».

¹⁸ La disciplina delle investigazioni difensive introdotta nel codice di procedura penale rappresenta un'importante novità, che deve essere completata anche con le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive; si tratta di un testo approvato dalle Camere penali il 14 luglio 2001, e modificato successivamente il 9 gennaio 2007, all'interno del quale sono previste le regole che il difensore è tenuto a seguire nel corso dello svolgimento delle investigazioni difensive. Consultabili sul sito www.camerepenali.it. Inoltre, il Consiglio Nazionale Forense, nel 26 ottobre 2002, ha apportato delle modifiche al Codice deontologico, in particolar modo con riferimento alla disciplina sullo svolgimento delle investigazioni difensive; il mancato rispetto della disciplina ivi indicata costituisce un illecito disciplinare.

¹⁹ L'introduzione della nuova disciplina delle indagini difensive, si inserisce nel lungo percorso diretto a rafforzare i poteri della ricerca della prova da parte della difesa, cercando di rendere effettiva la parità e l'equilibrio tra le due parti del processo: il pubblico ministero, da un lato, e l'indagato, dall'altro, specialmente nella fase delle indagini preliminari, in attuazione del fondamentale principio del giusto processo ex art. 111 Cost.

²⁰ La disposizione, al primo comma, sancisce che «Fin dal primo momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI *bis* del presente titolo». Tale norma, inserita con la riforma della L. n. 397/2000, si inserisce nell'ottica di dare attuazione ad uno dei fondamentali principi del c.d. giusto processo, la parità tra accusa e difesa nella vicenda processuale. Si ribadisce, però, che il difensore a differenza della Pubblica accusa, non ha l'obbligo di produrre le informazioni ottenute e raccolte, ma lo farà solo qualora ritenga che, l'introduzione di tali informazioni, possa giovare al proprio assistito.

²¹ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1940.

Tali indagini, invero, se svolte con delle specifiche modalità tassativamente individuate dal legislatore, potranno, poi confluire nel fascicolo delle indagini – qualora il difensore si rivolga direttamente al Pubblico ministero – ovvero in un apposito fascicolo del difensore – nel caso in cui depositi gli esiti al Giudice delle indagini preliminari – consentendo così ai singoli atti di indagine svolti dal difensore di entrare nel procedimento penale.

Senza la pretesa di procedere a un'analisi dettagliata dell'istituto in esame, si vogliono segnalare alcuni aspetti peculiari della materia, atteso che, come anticipato, ad oggi si riscontra un vuoto normativo sia in relazione alle condotte collaborative poste in essere dalle persone giuridiche in favore dell'Autorità Giudiziaria, sia di una regolamentazione sulle attività da porre in essere nel corso di una *internal investigation*.²² Le investigazioni interne, introdotte nel codice di rito, sembrerebbero, pertanto, poter rappresentare un punto di riferimento per l'interprete italiano, nello svolgimento delle attività di indagine, per varie ragioni: sia perché consentono di individuare alcune delle possibili attività di indagine, che il legislatore ha disciplinato negli artt. 391-*bis* e seguenti, prevedendo le specifiche modalità di svolgimento e disciplinando anche l'ipotesi che queste vengano svolte in funzione preventiva (in assenza della formalizzazione di un procedimento penale); sia poiché, qualora si vogliano utilizzare gli esiti ottenuti in sede processuale, il legislatore indica i requisiti necessari che devono essere rispettati per poter, di conseguenza, entrare nel procedimento, assicurando una loro piena utilizzabilità.

Il titolo VI *bis* del codice di rito disciplina le investigazioni difensive, individuando sia i soggetti a cui è attribuito il compito di svolgere le relative indagini, sia l'utilizzo processuale degli esiti ottenuti. Tra i soggetti a cui si attribuisce il compito di procedere all'investigazione, *in primis*, il riferimento è al difensore, munito di apposito mandato; possono procedere all'espletamento dei singoli atti investigativi anche il sostituto del difensore, gli investigatori privati (che siano stati autorizzati dal prefetto, ai sensi dell'art. 222 disp. coord.) e, qualora la

²² Sul punto ANGIULI, *Responsabilità da reato dell'ente*, cit., 73.

materia richieda delle specifiche competenze tecniche, si attribuisce il compito di attuare le relative indagini anche ai consulenti tecnici incaricati.²³

Le attività investigative disciplinate nel codice di rito possono essere di vario genere, al fine di consentire un ampio margine d'azione al difensore nella ricerca delle fonti di prova da sottoporre all'organo giudicante per fondare il convincimento sulla richiesta di assoluzione; principalmente si tratta di attività a carattere dichiarativo, consistenti nella ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni dalle persone a conoscenza dei fatti, ex artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p.²⁴ Mediante tali attività, si consente alla difesa di poter acquisire un quadro completo dei fatti verificatosi, idoneo a costruire una efficace e solida strategia difensiva.

Le c.d. interviste difensive di possibili testimoni e di indagati connessi rappresentano una delle attività investigative disciplinate nel codice di rito, e anche uno degli atti d'indagine più rilevanti al fine di ricostruire la vicenda; esse possono svolgersi secondo tre diverse modalità, ossia il colloquio non documentato, l'assunzione d'informazioni documentate, e infine la ricezione di una dichiarazione scritta, redatta direttamente dalla fonte di prova. Tali atti potrebbero, comunque, essere prodromici tra loro; infatti, spesso può accadere che il difensore, in un primo momento, non essendo approfonditamente a conoscenza dei fatti decida di intraprendere un primo colloquio non documentato a fini "esplorativi", che si sostanzia in un'interazione tra il difensore e il soggetto informato dei fatti, e, in un secondo momento, ritenendo le informazioni rilevanti, possa poi richieder gli di reiterare le sue dichiarazioni in un colloquio documentato²⁵. Invece, nel caso della ricezione di dichiarazioni scritte, il difensore procede, nelle forme e nei modi previsti dal codice di rito, ad autenticare la dichiarazione sottoscritta, e redigere una relazione in cui sono riportati gli aspetti centrali su cui verte la dichiarazione; si

²³ In riferimento può leggersi CAMON, *Le indagini preliminari*, in CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, II ed., Milano, 2020, 439.

²⁴ Nell'ambito delle indagini tipiche il più importante atto di indagine è rappresentato dall'assunzione e ricezione di informazione da parte di persone informate sui fatti, la cui disciplina è prevista negli artt. 391-*bis* e *ter* c.p.p.

²⁵ In particolar modo, la modalità di ricezione delle informazioni nella forma del colloquio oggetto di specifica verbalizzazione rappresenta l'ipotesi da prediligere nel corso di un *internal investigation* che viene svolta utilizzando la veste giuridica delle investigazioni difensive, poiché sarà in grado di assicurare una migliore cristallizzazione delle dichiarazioni che vengono effettuate dal lavoratore, garantendo sempre la tutela difensiva dell'ente. Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 236.

prevede, inoltre, che la documentazione delle informazioni deve rispettare le disposizioni di cui al titolo terzo del libro secondo del codice di rito, altrimenti le informazioni saranno inutilizzabili.²⁶

L'aspetto più rilevante dell'istituto delle investigazioni difensive attiene soprattutto alle modalità, tassativamente indicate dal legislatore, per procedere all'assunzione e all'utilizzo delle relative informazioni. La non osservanza delle disposizioni previste nel titolo VI *bis* del codice di rito determina infatti una duplice sanzione: l'inutilizzabilità delle informazioni acquisite e un illecito disciplinare nei confronti del difensore, il quale sarà comunicato dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare, ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 6, c.p.p.

In particolar modo, per l'assunzione delle predette informazioni sono previsti alcuni limiti: uno soggettivo, per cui chi procede deve rispettare le incompatibilità fissate nell'art. 197 c.p.p. lett *c* e *d*²⁷, e uno oggettivo, ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 4, c.p.p., per cui non è possibile richiedere a persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero richieste in relazione alle domande formulate ovvero le risposte che sono state fornite. Inoltre, lo svolgimento delle attività di cui si è detto sopra deve essere preceduto da alcuni adempimenti da parte del difensore. In *primis* il difensore dovrà convocare il soggetto nei cui confronti si vogliono ottenere le dichiarazioni²⁸; in secondo luogo il difensore ha l'obbligo di fornire al soggetto che si sottopone al colloquio alcuni ragguagli, puntualmente descritti dal legislatore nel comma 3 dell'art. 391-*bis* c.p.p.²⁹, la cui

²⁶ In riferimento CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 439 s.

²⁷ L'articolo 197 c.p.p. disciplina le incompatibilità con l'ufficio di testimone, ed in particolar modo vengono richiamate le lettere *c* e *d* che prevedono: «c) il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria; d) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391 *ter*».

²⁸ Le modalità di convocazione possono essere diverse a seconda che il soggetto sia un possibile testimone, per cui il legislatore non prescrive alcuna formalità, ovvero nel caso in cui il soggetto da sentire sia coimputato o imputato connesso o collegato, per cui occorrerà preavvisare il relativo difensore, e la sua presenza è necessaria.

²⁹ Gli specifici adempimenti che il difensore deve compiere nel rispetto dello svolgimento delle investigazioni difensive sono indicati al comma 3 dell'art. 391-*bis* c.p.p., il quale prescrive che: «In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di

omissione rende del tutto inutilizzabili le dichiarazioni o informazioni rese.³⁰ Il legislatore ha poi disciplinato l'assunzione delle informazioni anche in ipotesi particolari, come, ad esempio qualora la persona da ascoltare sia detenuta, ovvero indagata o imputata nel medesimo procedimento o in procedimento connesso, ovvero nell'ambito di procedimenti per determinati delitti, tassativamente indicati, in cui viene ascoltato un minorenne.

Il soggetto che decide di sottoporsi al colloquio non ha alcun obbligo di rispondere alle domande che gli vengono rivolte dal difensore, per cui, al fine di evitare che si verifichi una disparità rispetto all'attività di indagine svolta dal pubblico ministero (in quanto in questo caso il soggetto ha invece l'obbligo di rispondere) il legislatore ha comunque previsto alcuni meccanismi per ottenere le informazioni; pertanto, il difensore potrà chiedere che l'audizione venga disposta direttamente dal Pubblico ministero, ovvero potrà rivolgersi direttamente al Giudice, chiedendogli di esperire un incidente probatorio.³¹ Infine, quanto alle garanzie riconosciute nei confronti di coloro verso cui si svolgono gli atti di investigazione difensiva, si stabilisce che, se nel corso dell'assunzione delle informazioni emergano indizi a loro carico, il difensore è tenuto ad interrompere immediatamente l'attività cognitiva, con conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate fino a quel momento nei confronti dei soggetti che le abbiano rese.³²

rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione». I raggugli che il difensore ha l'obbligo di fornire al soggetto sottoposto all'intervista sono a tutela e garanzia del soggetto intervistato, consistono, infatti, innanzitutto nella spiegazione della qualifica del difensore e lo scopo del colloquio stesso, ed inoltre ha l'obbligo di informarlo circa il fatto che non ha obbligo di rispondere alle domande che gli vengono rivolte, e che non può rivelare le domande eventualmente fattegli dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. Infine, nel caso in cui il soggetto che rende le dichiarazioni, decide di rispondere alle domande che gli vengono rivolte, in questo caso avrà l'obbligo di dire la verità, per cui nel caso in cui dichiarasse il falso, si esporrebbe a responsabilità penali, ai sensi dell'art. 371-ter c.p.

³⁰ Sul punto merita evidenziare una pronuncia della Cassazione penale (Cass. pen., Sez. II, 30, I 1, 2016, La Cava e altri, CED 268903) con cui viene ribadito come l'assenza degli avvertimenti imposti dall'art. 391-bis, comma 3, c.p.p., rendono inutilizzabili le dichiarazioni scritte raccolte dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis, comma 2, c.p.p.

³¹ In riferimento CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 440 s.

³² Tale previsione, contenuta nell'art. 391-bis, comma 9, c.p.p., oltre ad attuare il brocardo *nemo tenetur se detegere*, rappresenta chiaramente la ratio dell'istituto delle investigazioni difensive, che, infatti, sono volte esclusivamente a raccogliere elementi a favore del proprio assistito, e non a carico di terzi.

In conclusione, seppur l'attività a carattere dichiarativo rappresenta il fulcro delle investigazioni difensive, il legislatore ha, comunque, individuato ulteriori attività di indagine che il difensore può porre in essere, le quali possono essere a carattere reale – quale ad esempio la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione *ex art. 391-quater* c.p.p.³³ – ovvero a carattere ricognitivo-valutativo – quale ad esempio l'accesso ai luoghi *ex art. 391-sexies* e seguenti c.p.p.³⁴; inoltre, il catalogo degli atti investigativi, indicato nel titolo VI *bis* del codice di rito, non è a carattere tassativo, per cui il difensore potrà anche mediante altre modalità acquisire le informazioni necessarie, sempre nel rispetto dell'art. 189 c.p.p., tale per cui l'indagine deve essere idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudichi la libertà morale della persona.³⁵

In aggiunta, al difensore, ai sensi dell'art. 391-*decies* c.p.p., viene altresì riconosciuta la facoltà di compiere indagini tecniche, e inoltre il legislatore disciplina il caso in cui il difensore debba compiere degli accertamenti tecnici non ripetibili, stabilendo che ai fini della loro validità, si dispone l'obbligo in capo al difensore di darne avviso al pubblico ministero, senza ritardo, affinché quest'ultimo possa esercitare i poteri previsti dall'art. 360 c.p.p.³⁶

Alla luce della disamina svolta sull'istituto delle investigazioni difensive introdotto nel Libro V del codice di rito pare opportuno prendere in considerazione la disciplina appena esposta, e seguire lo schema delle indagini difensive in relazione allo svolgimento delle *internal investigations*, potendo in questo modo

³³ Il difensore, ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.p., può presentare istanza all'ente che ha formato il documento stesso o a quello che lo detiene stabilmente, e chiederne di estrarne copia a sue spese; se l'amministrazione si rifiuta, allora il difensore potrà rivolgersi al Pubblico ministero, che dovrà disporre il sequestro ovvero lasciare che sia il Giudice a decidere in merito. Tuttavia, in merito a tale istituto, non sembrano mancare critiche da parte della dottrina, che evidenzia la mal riuscita dell'istituto in quanto, da un lato, impone in capo al difensore che si vede rifiutata la richiesta di svelare la propria strategia al Pubblico ministero, e dall'altro lato, non prende in considerazione la mole di documenti, altrettanto utili, che possono essere detenuti da soggetti privati. Sul punto CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 441.

³⁴ Un'ulteriore attività di indagine prevista è quella degli "accessi" disciplinata negli artt. 391-*sexies* e seguenti c.p.p. Il legislatore ipotizza diverse ipotesi di accesso ai luoghi, i quali possono essere ordinati secondo una scala a seconda del loro grado di incidenza. Disciplina l'ipotesi di accesso a luoghi pubblici, privati o comunque non aperti al pubblico, ai luoghi di abitazione; ciascuna di essere proprio perché va ad incidere in maniera sempre maggiore su diritti fondamentali della persona prevederà modalità di richieste differenti.

³⁵ In merito D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 328.

³⁶ In riferimento ANGIULI, *Responsabilità da reato dell'ente*, cit., 77.

assicurare che lo svolgimento delle attività, e di conseguenza, i rispettivi risultati siano l'esito di un'attività svolta nel rispetto delle garanzie previste dal codice di rito – per cui si prevede l'utilizzabilità in sede processuale dei risultati ottenuti al pari di quelli raccolti dal pubblico ministero.³⁷

2.2. La disciplina dell'investigazione interna a seconda che sia svolta con la copertura o meno delle indagini difensive

L'investigazione interna all'ente costituisce un valido strumento in grado di consentire all'impresa lo sviluppo di una linea di difesa efficace, potendo quest'ultima sia esercitare consapevolmente i diritti che il codice di rito disciplina, sia definire immediatamente la vicenda processuale, poiché potendo giovare delle informazioni acquisite nel corso delle indagini può consapevolmente scegliere di definire il giudizio mediante vie alternative, più celeri, previste dal codice di rito.³⁸

Lo specifico assetto delle indagini interne può variare a seconda degli obiettivi che preliminarmente si prefigge l'azienda quando decide di avviare un'indagine interna. Infatti, la società potrebbe intendere esclusivamente limitarsi alla raccolta di dati e informazioni con lo scopo di ricostruire i fatti oggetto della vicenda al fine di predisporre una strategia di difesa limitata alla risposta delle accuse che possono esserle mosse³⁹; ovvero potrebbe, fin da subito, decidere di porre in essere un atteggiamento collaborativo con le autorità giudiziaria, tale per cui le relative indagini dovranno prendere in considerazione tale aspetto e svilupparsi coerentemente con gli obiettivi prefissati.⁴⁰

³⁷ V. CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 442.

³⁸ Sul punto MANCUSO, *"Indagini interne" disposte dall'ente*, cit., 1256.

³⁹ In riferimento a questo aspetto sembra opportuno richiamare autorevole dottrina che delinea il processo penale come una battaglia in cui due parti combattono ferocemente per il controllo delle informazioni, in cui da un lato, vi è il Pubblico Ministero e la polizia e le autorità amministrative che cercano di ottenere tutte le informazioni necessarie affinché sia possibile superare la presunzione di innocenza, traducendosi così nell'irrogazione di una sanzione; e dall'altro lato, l'indagato-imputato cerca di controllare il flusso delle informazioni che possano arrivare dall'accusatore, introducendo, dove possibile, elementi utili alla difesa. Così, NIETO MARTIN, *Internal Investigations, Whistleblowing and Cooperation*, cit., 69: «The criminal process can be seen as a battle in which two sides fight fiercely for control of information». Il controllo delle informazioni rappresenta sicuramente un aspetto di grande vantaggio nel corso del procedimento penale, essendo «il miglior elemento d'indirizzo della strategia difensiva, poiché consente di anticipare le scelte che la parte pubblica che indaga, è presto o tardi, chiamata a compiere». Così MANCUSO, *Le indagini interne nel sistema processuale italiano*, cit., 220.

⁴⁰ In merito v. punto MANCUSO, *"Indagini interne" disposte dall'ente*, cit., 1256.

Tra gli aspetti preliminari che la società deve prendere in considerazione al fine di decidere se avviare un'investigazione interna, vi è sicuramente la scelta circa la composizione della squadra investigativa, che rappresenta un momento fondamentale poiché riflette anche gli obiettivi prefissati dall'azienda. Infatti, la scelta di ricorrere alle sole risorse interne ovvero di incaricare soggetti esterni, ad esempio esperti in determinate materie ovvero incaricare un apposito legale esterno per lo svolgimento delle singole attività d'indagine, risponde principalmente all'esigenza, da un lato, di privilegiare al massimo la riservatezza dell'agire investigativo garantendo la copertura dei dati raccolti nel corso delle investigazioni, e, dall'altro, di assicurare che gli esiti ottenuti rispettino i principi di indipendenza ed efficienza, al fine di rendere effettivamente attendibile il materiale raccolto agli occhi dell'autorità giudiziaria, garantendo la futura utilizzabilità degli elementi di prova raccolti.⁴¹

In questo contesto – alla luce delle considerazioni svolte in merito ai possibili vantaggi, soprattutto dal punto di vista processuale, che l'ente può ricevere nel caso in cui decida di avviare un'investigazione interna – si inserisce la disciplina delle investigazioni difensive, svolte dal difensore incaricato, di cui al libro V, titolo VI-*bis* del codice di procedura penale. Nonostante l'assenza di una normativa specifica in tema di *internal investigations*, la disciplina delle investigazioni difensive è, alla luce della clausola di compatibilità *ex art. 34* del d.lgs. n. 231 del 2001⁴², pienamente applicabile nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato degli enti, per cui rappresenta un ottimo

⁴¹ Sul punto MANCUSO, *“Indagini interne” disposte dall'ente*, cit., 1256.

⁴² L'articolo 34 del d.lgs. n. 231 del 2001 dispone che: «Per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271»; mediante tale disposizione il legislatore ha previsto che l'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti e l'applicazione delle relative sanzioni avviene in sede penale, operando un rinvio all'interna disciplina prevista nel codice di rito. Tale rinvio deve essere inteso come un rinvio aperto, infatti, anche gli istituti regolati con norme *ad hoc* nel decreto legislativo n. 231 del 2001 possono essere integrati con la disciplina prevista dal codice di rito; solo nel caso in cui la disciplina dettata dal decreto sia perfettamente autosufficiente, allora l'interprete non dovrà procedere ad un'analisi e integrazione con quanto disposto dal codice di procedura penale per le persone fisiche. V. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II Diritto processuale, Torino, 2020, 10 s; altresì CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, Torino, 2021, 63 ss.

strumento da tenere in considerazione per lo svolgimento delle singole attività di indagine.⁴³

Infatti, nei casi in cui può presentarsi il rischio di un coinvolgimento penale per l'ente, ovvero qualora l'organo gestorio venga a conoscenza del fatto che è stata acquisita una notizia di reato nei confronti della struttura organizzata, sembrerebbe che una delle prime azioni che presumibilmente la società può intraprendere, dopo aver appreso la relativa notizia, sia di nominare, mediante apposito mandato, un difensore di fiducia, affidandogli l'incarico di svolgere le indagini interne. Quest'ultimo potrà essere incaricato anche in via preventiva rispetto alla formalizzazione di un procedimento penale nei confronti dell'ente, ad esempio nel caso in cui, nonostante l'assenza di un'indagine penale in corso, comunque si ravvisino diversi segnali d'allarme tali da far presupporre un possibile rischio per l'impresa, potendo porre in essere le relative investigazioni difensive preventive alla luce della disciplina prevista dall'art. 391-*nonies* c.p.p.⁴⁴

Con l'art. 391-*nonies* c.p.p. l'ordinamento interno ha disciplinato specificamente la possibilità di svolgere degli atti di indagini in ottica preventiva, ovvero in assenza di un procedimento penale in corso⁴⁵, il cui obiettivo di fondo è quello di arrivare il più possibile preparati davanti a una, possibile e futura, contestazione di un illecito penale. In questo contesto, si evince ancora di più la scelta di seguire il modello delle investigazioni difensive per lo svolgimento delle *internal investigations*: secondo la disciplina *ex art. 391-*nonies* c.p.p.* si darà modo all'ente di effettuare un monitoraggio costante con riferimento ai propri meccanismi e *policy* interni, potendo in questo modo beneficiare di tutte le apposite garanzie che conseguono nel caso in cui tali attività vengano svolte dal difensore (o da soggetti equiparati) alla luce della specifica disciplina prevista negli artt. 391-*bis* e

⁴³ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1940.

⁴⁴ Così SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, cit., 112.

⁴⁵ L'art. 391-*nonies* c.p.p. prevede che «L'attività investigativa [...] può essere svolta dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si insaturi un procedimento penale». Secondo il disposto dell'art. 391-*nonies* si stabilisce che l'attività di ricerca delle fonti di prova può essere posta in essere dal difensore, anche in una fase preventiva ovvero prima dell'iscrizione di un procedimento nel registro delle notizie di reato, purché si rispettino le condizioni indicate dall'articolo; per cui il difensore sia munito di apposito mandato, ed all'interno si indichino i fatti cui l'attività investigativa deve riferirsi.

seguenti c.p.p., per cui si richiede che il difensore sia munito di apposito mandato, e l'attività si riferisca ai fatti ivi indicati.⁴⁶

Ciò è una diretta conseguenza del fatto che l'ente non ha la possibilità di mantenere riservati i dati "sensibili" che vengono acquisiti nel corso di una investigazione interna e, pertanto, nel caso in cui venga formulata apposita richiesta da parte del Pubblico ministero, le informazioni raccolte dovranno essere consegnate, alla luce del fatto che «i dossier delle indagini interne rispondono, almeno in astratto, al requisito di pertinenza all'oggetto dell'indagine che ne giustifica la richiesta di consegna o il sequestro probatorio»⁴⁷. Al contrario, invece, nel caso in cui vengano svolte delle attività d'indagine interna sotto la copertura della disciplina delle investigazioni difensive, svolte dall'avvocato incaricato dalla società, esse potranno beneficiare della tutela del segreto professionale e dell'immunità reale, che viene assicurata dal codice di rito al difensore incaricato; infatti, quest'ultimo non solo non potrà essere obbligato a deporre su quanto conosciuto in ragione della propria professione, ai sensi dell'art. 200 c.p.p., ma soprattutto, sono previste specifiche garanzie che limitano la possibilità di procedere a ispezioni, perquisizioni o sequestro che il legislatore ha disciplinato con riferimento al difensore, ai sensi dell'art.103 c.p.p.⁴⁸

In conclusione, sembrerebbe potersi affermare che la disciplina delle investigazioni difensive del codice di rito e il rispetto delle modalità ivi indicate costituisce un «contenitore *omnibus*»⁴⁹ per le investigazioni interne, consentendo di individuare le possibili attività di indagine e le modalità di svolgimento delle stesse, affidando tali poteri al difensore munito di apposito mandato, soprattutto nell'ottica di delimitare ciò che legittimamente costituisce attività di difesa rilevante ai sensi degli artt. 24 e 111 della Costituzione – anche se l'ambito di applicazione

⁴⁶ Sul punto BASSI, MORELLI, *Internal Investigations: uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, n.4, 295. Gli Autori evidenziano, infatti, come nel caso in cui vi sia un probabile rischio di coinvolgimento penale per l'ente, ovvero l'ambito di accertamento dell'indagine possa risultare particolarmente invasivo le garanzie previste nel caso in cui le attività di indagine vengano svolte dal difensore appaiono non solo opportune, ma addirittura necessarie se si vuole preservare l'integrità degli esiti ottenuti ed una loro utilizzabilità.

⁴⁷ V. CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, cit. 183.

⁴⁸ Sul punto CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, cit., 183. Per un approfondimento riguardo ai temi del segreto professionale e delle specifiche garanzie stabilite in capo al difensore v. *infra*, cap. III, par. 3..

⁴⁹ Così MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit. 225.

è limitato al fatto che possa sorgere un futuro procedimento penale, e alla sua successiva ed eventuale utilizzabilità in giudizio.⁵⁰

Sembra, comunque, opportuno sottolineare che nella prassi lo svolgimento delle investigazioni interne non faccia della disciplina delle investigazioni difensive il punto di riferimento. Infatti, accade solitamente che le stesse si svolgano in forma sostanzialmente libera, quindi al di fuori dei requisiti previsti dal codice di rito, con le dovute conseguenze in termini di copertura del segreto e utilizzabilità in sede processuale.⁵¹

Da ultimo, si vuole evidenziare che le società che decidono di avviare una *internal investigation* possano farlo ugualmente, anche «senza il cappello delle investigazioni difensive»⁵²; tuttavia, seppur le modalità di svolgimento siano sostanzialmente libere e rimesse alla totale autonomia e decisione dell'ente – caratterizzate da procedure informali – deve essere comunque garantito il rispetto delle leggi sulla protezione dei lavoratori, ai sensi della l. 300 del 1970 e della normativa in materia di trattamento dei dati personali, ai sensi del Codice *Privacy* a seguito delle recenti modifiche ex d.lgs. n. 101/2018.

Deve comunque ritenersi che lo svolgimento delle indagini interne al di fuori del campo applicativo delle investigazioni difensive abbia delle conseguenze poco vantaggiose per l'ente, poiché ciò si riflette sia sull'opponibilità del *legal privilege* alle autorità procedenti, sia sull'effettivo utilizzo degli esiti ottenuti in sede processuale. L'utilizzabilità processuale delle risultanze delle indagini sarà ovviamente diversa a seconda che esse siano state attuate nell'ambito delle investigazioni difensive o meno; infatti, in assenza della copertura della disciplina dettata per le investigazioni difensive, non sarà possibile una piena utilizzabilità processuale ma, al massimo, gli esiti raccolti potranno essere considerati al pari di una prova documentale, ai sensi dell'art. 234 c.p.p.⁵³

⁵⁰ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit. 225 s.; v. anche D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione di gestione*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2020, n.1, 330.

⁵¹ In merito ANGIULI, *Responsabilità da reato dell'ente*, cit., 78.

⁵² Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne le sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi incerte*, Laboratorio AODV-231, 18 aprile 2018.

⁵³ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1941.

2.3. Lo svolgimento delle interviste nei confronti dei dipendenti

Alla luce dell'analisi svolta nel capitolo precedente⁵⁴, si è evidenziata la possibilità per l'impresa che decide di avviare un'*internal investigation* di porre in essere una varietà di attività di indagine, ai fini della verifica delle condotte illecite che si sono consumate nell'ambito societario. Tipicamente, nella predisposizione iniziale del piano di indagine (c.d. *action plan*), si prevede il ricorso ad attività consistenti nella raccolta delle informazioni che possono essere rilevanti nell'ambito della specifica indagine; tale attività, di regola, trae la propria origine dalla ricerca e analisi dei documenti aziendali, i quali saranno successivamente volti a una catalogazione, e suddivisione, al fine di tenere solo quanto sia effettivamente utili ai fini dell'indagine.⁵⁵

Tuttavia, l'attività volta alla ricerca e verifica dei documenti aziendali, seppur possa essere considerata quale miglior modo per avviare un'attività di indagine, di cui essendo i contorni sono ancora poco chiari e definiti, dovrà necessariamente essere compendiata da ulteriori e diverse attività, che vadano a completare i dati raccolti, e al tempo stesso siano in grado di dare un significato preciso a quanto raccolto e analizzato fino a quel momento, potendo in questo modo garantire «un approccio investigativo integrato»⁵⁶, per cui solo in questo modo si potranno rendere effettivamente efficaci le indagini interne condotte e, di conseguenza, gli esiti ottenuti.

A tal proposito, si inseriscono, come possibile attività di indagine, le interviste, le quali possono svolgersi sia nei confronti di soggetti interni all'impresa – i dipendenti – ovvero nei confronti di soggetti che, seppur non lavorino all'interno dell'impresa, è, comunque, possibile che essendo entrati in contatto con quest'ultima possano essere a conoscenza di fatti rilevanti e utili al fine di meglio comprendere quanto raccolto da una prima analisi dei documenti.

In particolar modo, l'esigenza di procedere a un confronto diretto con i dipendenti rappresenta la strada più facile e veloce a disposizione dell'impresa – consistendo in un vantaggio previsto solo nei confronti dell'ente rispetto all'autorità

⁵⁴ V. *supra*, cap. II, par. 5.

⁵⁵ V. ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 35.

⁵⁶ Sul punto CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, in *Convegno AODV 231*, 2013, 15.

giudiziaria – per poter effettivamente verificare e controllare immediatamente il risultato ottenuto dalla precedente analisi documentale.⁵⁷ Le interviste svolte, in seno a un'investigazione interna, nei confronti dei dipendenti hanno uno scopo puramente informativo; queste ultime, infatti, si distinguono rispetto al colloquio che può svolgersi nei confronti del dipendente, qualora siano sorti elementi fattuali che consentano di addebitare una violazione degli obblighi di fedeltà e collaborazione al lavoratore, che potrà poi portare all'inizio di un procedimento disciplinare per il dipendente.⁵⁸

Dal punto di vista delle specifiche modalità operative in merito allo svolgimento dell'intervista nei confronti del dipendente, in assenza di una normativa interna esse si svolgono essenzialmente in forma libera, avendo come possibile riferimento le prassi interne che si sono consolidate, da cui è possibile ricavare alcuni aspetti rilevanti: in *primis*, esse possono essere pianificate e svolte da soggetti interni all'ente, quali ad esempio componenti *in-house*, come le funzioni di *audit* o di *compliance*; ovvero l'impresa può, fin da subito, decidere di coinvolgere un legale esterno, a cui attribuire il compito di svolgere nel dettaglio le singole attività di indagine, quindi sia con riferimento alla ricerca e analisi documentale, sia con riferimento alla successiva attività di verifica e riscontro delle informazioni ottenute mediante le interviste con i dipendenti.

A seconda che le interviste siano poste in essere da componenti *in-house* all'impresa, ovvero siano affidate ad un difensore di fiducia esterno, sarà possibile procedere seguendo modelli differenti; infatti, nel primo caso, è possibile che queste ultime si possano svolgere in forma libera, essendo rimessa alla discrezionalità dell'*investigation team* la decisione di come procedere e che parametri seguire; nel secondo caso, invece, attribuito il compito di procedere alle interviste al difensore di fiducia ovvero un suo sostituto, sarà possibile applicare le disposizioni in tema di investigazioni difensive, ai sensi degli art. 391-*bis* e seguenti del codice di rito.⁵⁹ Con riferimento a questa prima considerazione, si osserva che

⁵⁷ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 233.

⁵⁸ Su tale differenza tra le interviste condotte in ambito di *internal investigation* e colloquio a seguito del riscontro di violazioni di obblighi di fedeltà e collaborazione, si sofferma in particolare MANCUSO, "Indagini interne" *disposte dall'ente*, cit., 1259.

⁵⁹ V. PROCOPIO, *Attività: Le interviste*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 23.

è possibile applicare la disciplina delle investigazioni difensive anche nel caso in cui esse siano svolte da componenti *in house*⁶⁰, soggetti interni all'ente.

In questa ipotesi, a differenza delle investigazioni svolte dal difensore – cui si applica la disciplina codicistica in termini di utilizzabilità processuale degli esiti ottenuti, le garanzie sulla segretezza delle informazioni raccolte ed opponibilità alle richieste di esibizione dei documenti da parte della pubblica autorità – per le componenti interne la normativa italiana non prevede le stesse garanzie. Quanto raccolto nel corso dell'intervista svolta non potrà beneficiare degli effetti previsti dalla disciplina codicistica in tema di investigazioni difensive svolte dal difensore, a tale scopo nominato dall'impresa. Ciò comporta, dunque, notevoli svantaggi per l'impresa stessa che ha proceduto in tal senso.

In secondo luogo, nel momento in cui il dipendente viene coinvolto in un'intervista, condotta nell'ambito di un'*internal investigation*, indipendentemente dalla possibile veste giuridica che può assumere l'indagine interna, l'intervista comunque si caratterizza per il fatto di essere un'attività a scopo puramente informativo ed esplorativo, in grado di fare maggiore chiarezza su dati e informazioni già raccolti, e questo si riflette anche nel fatto che il lavoratore, salve rare eccezioni, è tenuto a porsi in relazione alle interviste sempre in un'ottica collaborativa, aiutando dove possibile nella ricostruzione degli aspetti connessi alle mansioni lavorative svolte, come conseguenza degli obblighi di cooperazione e fedeltà, artt. 2094, 2104, 2105 e 2106 c.c., che caratterizzano l'espletamento delle mansioni lavorative; inoltre, qualora il dipendente non mostri un atteggiamento collaborativo, potrebbe essere valutato negativamente in sede disciplinare.⁶¹

⁶⁰ La possibilità di svolgere delle tipiche attività di indagine interna, quali le interviste con i dipendenti dell'impresa, in considerazione, come è noto, dell'assenza di una regolamentazione generale e consolidata in tal senso, può essere rimessa anche alle componenti *in-house*. Tuttavia, proprio il silenzio del legislatore in tal senso, fa sì che seppur possa farsi riferimento alla disciplina delle investigazioni difensive come modello, tuttavia, non possono estendersi le conseguenze pratiche a soggetti che la disposizione normativa non comprende, lasciando quindi delle lacune che comunque possono essere colmate solo mediante un intervento del legislatore.

⁶¹ Sul punto MANCUSO, "*Indagini interne" disposte dall'ente*, cit., 1259. Le interviste rappresentano un'attività di indagine che consente all'impresa di avere un confronto diretto, ad esempio con il singolo dipendente che ha prodotto il documento alla base della ricerca investigativa, per cui si rende necessario avere un contraddittorio diretto con tale soggetto, il quale sarà in grado di fornire più di tutti le informazioni necessarie per fare chiarezza sul punto. Per tali ragioni, si ritiene che il dipendente che venga coinvolto nelle interviste abbia un dovere di collaborare e condividere ogni elemento che possa aiutare a fare luce sull'ipotesi investigativa, essendo la tutela dell'integrità del patrimonio aziendale l'interesse in rilievo. L'Autore, infatti, in considerazione degli obblighi di

Tuttavia, nonostante le considerazioni fatte finora, anche se si esamina un ambito in cui non vi sono delle specifiche indicazioni legislative in merito, è doveroso ribadire che, seppur in capo al lavoratore si riconosce un dovere di collaborazione nello svolgimento delle *internal investigation*, vi sono delle garanzie che non possono essere ignorate, a prescindere alla veste giuridica attribuita alle indagini interne. Il lavoratore deve essere avvertito della possibilità che nei suoi confronti si svolgerà un'intervista; è, inoltre, doveroso che quest'ultimo sia reso edotto sugli aspetti centrali su cui verterà la successiva intervista, ricevendo gli opportuni avvertimenti⁶²; ma soprattutto, non potrà mai essere costretto a rispondere a quelle domande che possano far sorgere nei suoi confronti una responsabilità penale, andando a minare la sua integrità, e di conseguenza violando il c.d. *privilege against self-incrimination*, riconosciuto nel nostro ordinamento come corollario del diritto inviolabile di difesa e della stessa presunzione di innocenza, ai sensi degli artt. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 27, comma 2, della Costituzione.⁶³

Un ultimo aspetto, che risente di particolari criticità, dovuta anche in questo caso all'assenza di una regolamentazione generale e consolidata che possa far luce sul modo di procedere, è costituito dalla possibilità o meno in capo al dipendente di potersi far assistere da un difensore durante lo svolgimento dell'intervista, che

cooperazione e fedeltà in capo al lavoratore sottolinea come quest'ultima sia «tenuto a rispondere alle domande che gli sono poste e a riferire di ogni condotta illecita o comunque inosservante del codice di condotta aziendale, delle procedure e dei regolamenti interni tenute da altri dipendenti di cui abbia conoscenza».

⁶² Sembrerebbe potersi ritenere, che anche nel caso in cui l'intervista non sia attuata seguendo il modello delle investigazioni difensive, in ogni caso comunque colui che procede all'intervista dovrebbe esporre gli opportuni avvertimenti all'intervistato, così come descritti all'art. 391-bis, comma 3, c.p.p., anche alla luce di quanto avviene nel panorama internazionale, in particolar modo avendo come riferimento l'ordinamento statunitense in cui si sono sviluppati i c.d. *Upjohn warnings*. Per un maggior approfondimento sul tema degli avvertimenti prima dello svolgimento delle interviste, e delle prassi che si sono sviluppate nel contesto statunitense si rinvia *supra*, cap I, par. 1.6.

⁶³ In questi termini MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 233. Inoltre, il divieto di autoincriminazione rappresenta il baluardo attorno al quale ruota il sistema accusatorio, possono infatti trovarsi diverse disposizioni a conferma di ciò, tra cui anche nella disciplina delle investigazioni difensive, ai sensi dell'art. 391-bis, comma 9, c.p.p., si prevede che il difensore, debba seguire alcune regole, innanzitutto, prima di procedere al colloquio deve riferire circa i vari avvertimenti, consistenti in obblighi e diritti in capo al soggetto sottoposto a colloquio, ed inoltre nel caso in cui nel corso dell'assunzione delle informazioni il soggetto rende delle dichiarazioni da cui possono emergere indizi di reità a suo carico, il difensore sarà tenuto ad interrompere immediatamente il colloquio, e quanto detto sarà inutilizzabile verso la persona che ha reso tali dichiarazioni. V. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, III ed., 509.

viene svolta in seno a una *internal investigation*.⁶⁴ La questione, in realtà, non può essere risolta in modo unitario, poiché a seconda della precisa condizione, o *status* che caratterizza il dipendente in quel momento, possono aversi soluzioni differenti.

Innanzitutto, bisogna distinguere l'ipotesi in cui il dipendente con cui si vuole svolgere l'intervista in realtà abbia già ricevuto una formale comunicazione circa l'avvio di un procedimento disciplinare a suo carico; in questo caso, ragionando per logica, non solo è possibile la presenza del difensore già nell'ambito del primo colloquio, che è poi finalizzato, nel caso di esito negativo, a dare avvio al procedimento disciplinare; ma a *fortiori* si rende possibile per il dipendente farsi assistere dal proprio difensore nell'ambito dell'intervista, che viene successivamente fissata nel corso di un'investigazione interna, la quale ha ad oggetto essenzialmente la verifica e la ricostruzione della vicenda precedentemente contestata.⁶⁵

Da tale situazione deve essere tenuta distinta un'ulteriore ipotesi, ovvero il caso in cui il dipendente a cui si chiede di svolgere la relativa intervista sia già sottoposto a indagini da parte dell'autorità giudiziaria, ovvero imputato nell'ambito del procedimento che ha dato origine all'attività di investigazione interna oppure nell'ambito di un procedimento connesso a quello per cui si è avviata l'indagine – ai sensi dell'art. 12 c.p.p. o per fatti di reato collegati ex art. 372, comma 2, lett. b) c.p.p. Con riferimento alla prima situazione, si ritiene che il dipendente non solo abbia la facoltà di non rispondere, non fornendo alcun contributo all'indagine, esercitando così l'inviolabile diritto al silenzio, ma altresì potrà chiedere, nel caso in cui decida di sottoporsi all'intervista – in quanto quest'ultima avviene sempre su base volontaria – di farsi assistere da un difensore, affinché possa guidarlo al meglio nella scelta della propria strategia difensiva.⁶⁶ Invece, nel caso in cui egli sia imputato nello stesso procedimento o in procedimento connesso o collegato, sembrerebbe esserci una tutela ancora maggiore che vede non solo la presenza

⁶⁴ Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1939.

⁶⁵ Così MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1939.

⁶⁶ In riferimento v. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 235 s. L'Autore evidenzia come «il dipendente potrà decidere se fornire o meno il contributo [...] esercitando un diritto al silenzio, analogo a quello eventualmente opposto alle autorità inquirenti, ma potrà altresì chiedere di essere assistito da un difensore».

necessaria del difensore, ma altresì, l'avviso almeno ventiquattrore prima dello svolgimento dell'intervista nei confronti del suo cliente.⁶⁷

Al di fuori delle ipotesi testé esaminate, invece, non sembra possibile rinvenire un diritto del dipendente all'assistenza da parte del difensore nello svolgimento delle interviste in seno a una *internal investigation*. Essendo l'intervista volta alla analisi delle violazioni verificatesi all'interno dell'ente, il contributo che si richiede al lavoratore sembrerebbe rientrare nell'ambito del rispetto dei doveri scaturenti dall'esecuzione del rapporto di lavoro. Nel corso di un'intervista, solitamente, si richiede al dipendente di far luce su fatti – oggetto dell'indagine in corso – i quali sono per ovvie ragioni connessi alle mansioni lavorative del dipendente; per cui non si ritiene sussista in capo a tale soggetto il diritto di farsi assistere da un difensore. Altresì si richiede al dipendente un dovere di collaborare nello svolgimento delle indagini, e quindi di fornire supporto nelle interviste, con l'unico limite, connesso al principio del divieto di autoincriminazione, per cui il dipendente non potrà riferire di fatti che possano far sorgere indizi di reità a suo carico.⁶⁸

2.4. L'utilizzabilità processuale degli esiti delle indagini e limiti previsti dal codice di rito

Nel corso di un'investigazione interna, a seguito dell'analisi della grande quantità di dati ed informazioni che vengono raccolti e conservati, è evidente che l'impresa si collochi in una posizione di vantaggio, in quanto sarà in grado di fornire utili e preziosi elementi di prova – sia qualora essa sia imputata per l'illecito amministrativo, sia qualora essa si costituisca come persona offesa.

L'utilizzo di tali elementi potrà portare numerosi vantaggi all'ente; in *primis*, qualora l'ente sia coinvolto come responsabile all'interno di un procedimento penale, in questo caso gli esiti ottenuti dall'indagine garantiranno all'ente di avere il materiale sufficiente per attuare un'idonea strategia difensiva ed assolvere l'onere di allegazione⁶⁹ ex artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001; lo stesso

⁶⁷ In merito MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1939; altresì SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, 139.

⁶⁸ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 235.

⁶⁹ Per un approfondimento sull'analisi dell'articolo 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 v. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, cit., 26. L'analisi letterale dell'articolo sei poneva non poche

dicasi anche qualora l'ente decida, sulla base degli elementi raccolti, di volere porre in essere una collaborazione volontaria con l'autorità procedente.⁷⁰

Tuttavia, nell'ordinamento italiano, come precedentemente visto, difetta di una regolamentazione generale e consolidata, sia con riferimento alla collaborazione spontanea dell'ente, sia con riferimento alle investigazioni interne societarie. E ciò comporta che la possibilità di utilizzare gli esiti ottenuti in sede di indagine interna, quali ad esempio specifici documenti aziendali ovvero le dichiarazioni dei dipendenti ottenute nel corso delle interviste, dipende dalla distinzione precedentemente precisata – e cioè la diversità tra l'*internal investigation* condotta mediante l'ausilio di soggetti esterni, ossia «con il cappello delle investigazioni difensive»⁷¹, e quella espletata da componenti dell'ente secondo i protocolli di ricerca interni, che non sono invece funzionali a una diretta utilizzazione processuale delle risultanze.

L'analisi che segue, quindi, richiede di svolgere qualche riflessione, avendo chiari quelli che sono i limiti imposti dal codice di procedura penale, con specifico riferimento al valore probatorio che viene riconosciuto ai documenti raccolti dal soggetto privato nel corso di una propria indagine, per cui successivamente si richiede un inserimento di tali elementi nell'ambito processuale.

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di analizzare come l'istituto codicistico delle investigazioni difensive rappresenti per l'interprete interno non solo un valido strumento da tenere in considerazione qualora si decida di avviare delle *internal investigation*, ma anche l'unico riferimento normativo in grado di regolare e disciplinare il fenomeno delle indagini poste in essere dal soggetto privato.

In conseguenza di ciò, qualora la società abbia come obiettivo quello di raccogliere dati e informazioni con il fine di poter strutturare una propria strategia difensiva, e con la prospettiva di utilizzare i dati raccolti nell'indagine in sede

perplexità alla luce dei principi costituzionali a fondamento del nostro ordinamento, tale per cui l'articolo in questione non deve essere letto come un onere della prova in capo all'ente, poiché quest'ultimo deve rimanere sempre in capo alla Pubblica accusa; tuttavia, in capo all'ente si viene a creare un onere di allegazione di fatti impeditivi della propria responsabilità.

⁷⁰ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1941.

⁷¹ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne le sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi incerte*, Laboratorio AODV-231, 18 aprile 2018.

processuale come fonti di prova, sarà necessario che queste ultime si sviluppino nel rispetto delle disposizioni che disciplinano le investigazioni difensive nel codice di rito. In questo modo sarà possibile conferire all'indagine interna «una veste giuridica adeguata»⁷² per poter introdurre gli elementi raccolti come fonte di prova all'interno del procedimento penale in corso; purché, ovviamente, le relative indagini si siano svolte nel rispetto delle formalità ivi prescritte, le quali sono individuate a tutela dei destinatari degli accertamenti svolti, e dei requisiti necessari per l'acquisizione delle prove.

Qualora tali indagini si siano svolte secondo la disciplina delle investigazioni difensive, il difensore potrà decidere liberamente di produrre i relativi risultati o meno, ricordando infatti che gli elementi di prova potranno essere introdotti se considerati favorevoli all'ente. Il codice di rito prevede in capo al difensore una duplice possibilità: infatti, ai sensi dell'art. 391-*octies* c.p.p. i relativi verbali⁷³, con i risultati delle indagini svolte, potranno confluire nel fascicolo del pubblico ministero, ovvero potranno confluire direttamente nel fascicolo del Giudice delle indagini preliminari, di modo che ne possa tenere conto, fin da subito, in vista della possibile decisione sulla archiviazione o meno del procedimento.⁷⁴

In questo caso, la disciplina prevista ai fini dell'utilizzabilità delle relative dichiarazioni è caratterizzata da maggior chiarezza, potendosi ravvisare la relativa disciplina all'interno del codice di rito, in cui sono presenti apposite disposizioni riguardanti l'utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive. L'utilizzabilità in sede processuale non è indiscriminata, poiché deve seguire il rispetto delle specifiche formalità richieste, altrimenti esse saranno inutilizzabili⁷⁵,

⁷² Così ANGIULI, *Responsabilità da reato dell'ente*, cit., 76.

⁷³ Il verbale redatto dal difensore, come si legge anche in recente giurisprudenza, ha lo stesso valore probatorio e regime di nullità di quello redatto dal pubblico ministero. In tal senso Cass. pen., Sez. III n. 2049/2019.

⁷⁴ Sul punto CAMON, *Le indagini preliminari*, cit., 442.

⁷⁵ Con riferimento al requisito della sottoscrizione del verbale da parte del soggetto che rende la dichiarazione, parte della giurisprudenza, più rigorosa, sostiene l'inutilizzabilità del verbale che non è stato sottoscritto in ogni foglio dal soggetto intervenuto. In questo senso Cass. pen., Sez. II n. 51073/2016, conforme Cass. pen., Sez. III, n.24320/2018. Altra parte della giurisprudenza, meno intransigente, ritiene invece che il verbale di dichiarazione sia valido, anche se privo di sottoscrizione foglio per foglio del soggetto sentito, in quanto è da considerarsi nullo solo nell'ipotesi di incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione dell'difensore o sostituto che lo ha redatto. Così Cass. pen., Sez. II, n. 6524/2011.

«non essendovi prova alcuna della corretta osservanza delle formalità prescritte dalla legge ai fini della loro legittima acquisizione»⁷⁶.

La disciplina di riferimento è prevista dall'art. 391-*decies* c.p.p. per cui le dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore potranno essere utilizzate dalle parti per effettuare le contestazioni nell'esame testimoniale, a norma dell'art. 500 c.p.p. (ad esempio, nel caso in cui le dichiarazioni che erano state rese dall'intervistato nelle vesti di testimone divergano da quelle che erano state precedentemente rese), nonché essere oggetto di lettura dibattimentale ex artt. 512 c.p.p., nel caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, e 513 c.p.p., nel caso di soggetto che ha assunto le vesti di imputato, e ove questi sia rimasto assente o abbia rifiutato di sottoporsi ad esame dibattimentale.⁷⁷ Infine, per quanto attiene all'utilizzabilità dei documenti, si rinvia alla disciplina prevista per la prova documentale ai sensi dell'art. 234 c.p.p, mentre con riferimento agli accertamenti tecnici irripetibili, è prevista un'apposita disciplina ai sensi dell'art. 391-*decies*, comma 3, c.p.p. per cui l'utilizzabilità è subordinata alla preventiva instaurazione di un contraddittorio tecnico con il pubblico ministero, che deve essere avvisato senza ritardo, e ne è previsto l'inserimento diretto nel fascicolo del dibattimento ex art. 431, comma 1, lett. c) c.p.p.

In conclusione, il rispetto delle previsioni codicistiche nel caso delle indagini interne svolte con la copertura delle investigazioni difensive sembrerebbe essere essenziale ai fini di un possibile utilizzo in sede processuale senza incorrere in particolari ostacoli.⁷⁸

Differenti considerazioni devono essere svolte nel caso in cui, invece, la conduzione delle investigazioni interne non sia stata condotta seguendo la disciplina delle investigazioni difensive, bensì da parte di soggetti interni all'ente sulla base di protocolli interni; in questo caso la possibilità di introdurre il relativo materiale in sede processuale deve necessariamente fare riferimento ad altre disposizioni normative previste dal codice di rito. In particolar modo, il tema si focalizza sulla possibilità di introdurre in sede processuale le dichiarazioni dei dipendenti ottenute in sede di interviste; ma anche la possibilità di introdurre

⁷⁶ In riferimento v. PROCOPIO, *Attività: Le interviste*, cit., 32.

⁷⁷ Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1943.

⁷⁸ In riferimento PROCOPIO, *Attività: Le interviste*, cit., 32.

specifici documenti aziendali, a riprova della non colpevolezza della società, i quali possono essere di tipo economico-finanziario ovvero di tipo organizzativo interno, come ad esempio il sistema di deleghe interne previsto.

La mancanza di una esplicita indicazione da parte del legislatore, con riferimento a tali temi, ha generato nel corso del tempo opinioni divergenti⁷⁹; sembrerebbe potersi concludersi nel senso di ritenere che le dichiarazioni scritte, rilasciate da una persona che sia informata dei fatti, possono essere considerate a tutti gli effetti dei documenti probatori – alla luce della definizione di documento che viene data sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina⁸⁰ –, essere introdotte in sede processuale, al pari di ogni altro documento, secondo la disciplina prevista ex art. 234 c.p.p. che riguarda la prova documentale, ed essere valutate pienamente utilizzabili.⁸¹ La tesi del riconoscimento del valore probatorio a tali documenti poggia sul duplice assunto secondo cui, in *primis*, la piena valenza probatoria con riferimento ai documenti si deve alla collocazione sistematica, che inserisce la disciplina nella parte del codice che disciplina i mezzi di prova; ma soprattutto è connessa al fatto che la sanzione dell'inutilizzabilità è una conseguenza che segue solamente nei casi individuati espressamente dalla legge – essendo quest'ultima una causa di invalidità che colpisce le prove, al pari delle cause di invalidità previste nel sistema devono essere tassative, ovvero individuate dal legislatore, per cui esse vengono ad esistere solo laddove la legge le prevede espressamente.⁸² Pertanto,

⁷⁹ V. TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, fascicolo n. 12, 2213. Si evidenzia come, Secondo alcuni, si deve escludere che le dichiarazioni scritte possano avere un valore processuale, per cui non sarebbero utilizzabili nemmeno per le contestazioni, ma bensì esse avrebbero natura interna all'attività di difesa; invece, secondo altri, si dovrebbe ammettere la possibilità che le dichiarazioni scritte possano essere utilizzate per le contestazioni, tuttavia solo al fine di dimostrare la poca credibilità del testimone. Tuttavia, l'Autore evidenzia come tali tesi siano basate su un ragionamento viziato, poiché la collocazione nel fascicolo del pubblico ministero è provvisoria e vale solo per le fasi anteriori al dibattimento.

⁸⁰ Il documento, a differenza dell'atto processuale, indica tutto ciò che si è formato fuori dal procedimento ed indipendentemente da esso, inoltre la dottrina penalistica individua il documento come quella rappresentazione di un contenuto di pensiero che è incorporata in una base materiale. Cfr. MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958, 23 ss.

⁸¹ L'articolo 243 c.p.p. disciplina l'ipotesi di ammissione della prova documentale, ed inoltre chiarisce che per l'ammissione della prova documentale sono necessari due requisiti: uno oggettivo, per cui si richiede un qualsiasi incorporamento su di una base materiale (lasciando, tuttavia, molto ampia e generica la definizione di documento); ed uno soggettivo, per cui si impone che non deve trattarsi di un atto processuale, per cui è infatti prevista una differente disciplina. Cfr. TONINI, *Il valore probatorio dei documenti*, cit., 2214.

⁸² Così TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, cit., 2216.

deve concludersi che non potendo ricavarsi dal sistema normativo nessun divieto, né esplicito, né implicito, di assunzione dei verbali delle interviste, allora l'acquisizione di una dichiarazione scritta potrà seguire la disciplina *ex art.* 234 c.p.p. e inoltre la sua utilizzabilità, a fini processuali, sarà ritenuta valida, anche alla luce del fatto che laddove abbia voluto vietare l'utilizzazione di determinati documenti, il legislatore lo ha fatto espressamente.⁸³

In conclusione, qualora l'impresa decida di svolgere l'attività di indagine seguendo appositi protocolli interni, ovvero al di fuori degli schemi codicistici delineati nell'ambito delle investigazioni difensive, i documenti potranno essere introdotti in sede processuale, come prova documentale, ed essere pienamente utilizzabili. Tuttavia, resterà affidato al giudice, al pari di ogni prova introdotta nell'ambito del procedimento penale, la decisione circa l'attendibilità della fonte e la credibilità della dichiarazione scritta contenuta all'interno del documento.⁸⁴ Tuttavia, nonostante tale ricostruzione in merito alla questione del c.d. documento dichiarativo sia preferibile, deve farsi menzione anche di orientamenti opposti che riconoscono invece l'utilizzabilità del documento solo per la parte volta a rappresentare l'evento verificatosi, ma non anche con riferimento al suo contenuto testimoniale.⁸⁵

Da ultimo, si vuole evidenziare anche la possibilità di considerare l'istituto della consulenza tecnica, per poter introdurre gli esiti raccolti nel corso delle relative indagini all'interno del procedimento penale. Come si è, infatti, evidenziato, lo svolgimento delle indagini interne potrebbe richiedere il coinvolgimento di soggetti esterni dotati di specifiche competenze tecniche, qualora vengano ad evidenza fatti dotati di particolare complessità tecnica, la cui analisi richieda necessariamente la conoscenza di determinate competenze per poter, non solo far luce su quanto accaduto ma anche per poter meglio apprezzare i dati raccolti, conoscenze che i soggetti interni all'ente potrebbero non avere. È possibile

⁸³ Ad esempio, ai sensi dell'art. 240 c.p.p. in tema di documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali; tale per cui «i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisite né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano copro del reato o provengano comunque dall'imputato».

⁸⁴ In riferimento TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, cit., 2216.

⁸⁵ V. CAMPANELLA, *Profili problematici in tema di documenti dichiarativi*, in *Ind. Pen.* 2008, n. 11, 162.

quindi usufruire dell'istituto della consulenza tecnica, per introdurre determinati aspetti all'interno del procedimento penale, ma a condizione che vengano delineate in maniera puntuale tutte le circostanze che siano meritevoli di un apprezzamento tecnico, scientifico o artistico, e che in considerazione di ciò richiedano l'intervento di un soggetto esperto.⁸⁶

3. Le interrelazioni tra il diritto di difesa e la disciplina del segreto professionale: il *legal privilege* nel sistema italiano

Come si è avuto modo di analizzare, lo svolgimento di un'attività di indagine interna può scaturire da una varietà di eventi, e rispondere ad esigenze diverse: da un lato, le *internal investigation*, grazie ai diversi strumenti d'indagine, possono perseguire una finalità che guarda essenzialmente a scopi propri della realtà aziendale, il cui obiettivo è quello di ricercare e svelare possibili trame lesive dell'interesse sociale, al fine di poter ristabilire il corretto ordine interno, riportando l'ente nei binari della legalità; dall'altro lato, le investigazioni interne possono rappresentare uno strumento in grado di rispondere a finalità proprie del processo penale, essendo in grado di fornire all'impresa i mezzi necessari per far fronte efficientemente a un procedimento penale che la vede coinvolta per il verificarsi di un illecito amministrativo dipendente da reato commesso da un soggetto interno all'ente, nell'interesse e/o vantaggio di quest'ultimo.

In merito a quest'ultima ipotesi, si vuole evidenziare come l'impresa, in questi casi, prima ancora di decidere se avviare un *internal investigation* o meno, intenda assicurarsi, fin dai primi momenti del recepimento di una notizia di un possibile illecito amministrativo, il coinvolgimento di legali, al fine di poter assicurare la riservatezza delle informazioni che potranno essere raccolte nel corso delle indagini interne, consolidando quello che nell'ordinamento statunitense viene definito come *attorney-client privilege*, principio connaturato alla funzione difensiva.⁸⁷

Durante lo svolgimento delle investigazioni interne, è evidente che la società possa trovarsi davanti alla gestione di un quantitativo innumerevole di dati e informazioni, le quali potranno essere in gran parte considerate come altamente

⁸⁶ In merito MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 237 s.

⁸⁷ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 227.

sensibili, per cui si richiede un'attenzione particolare, proprio volta alla loro salvaguardia. La società deve, quindi, mettersi nella situazione tale per cui è in grado di assicurare la protezione delle relative comunicazioni e dei documenti che vengono prodotti nello svolgimento delle indagini, quali ad esempio i verbali delle interviste; per tali ragioni appaiono di fondamentale importanza sia la modalità con cui le indagini stesse si svolgono, ma anche a quali soggetti tale incarico venga conferito, proprio sotto tale specifico aspetto della copertura della riservatezza delle informazioni.⁸⁸

Il tema del segreto difensivo e della possibilità di riconoscere una tutela privilegiata, in relazione allo scambio di informazioni confidenziali e riservate tra cliente e avvocato, rappresenta un principio fondamentale alla base delle diverse tradizioni giuridiche, sia di *common law* che di *civil law*, con riferimento al quale, tuttavia, è possibile notare alcune differenze di approccio. Definito come *legal professional privilege*⁸⁹ (c.d. *legal privilege*) nei sistemi di *common law*, è il punto

⁸⁸ In merito MORRONE, *Legal privilege*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 51.

⁸⁹ L'affermazione di questo principio è da rinvenire sicuramente nelle fonti sovranazionali. In merito alle fonti internazionali, è il caso di richiamare la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il cui art. 14, par.3, lett. b), attribuisce il diritto di disporre del tempo e dei mezzi per poter preparare la difesa e riconosce il diritto di comunicare con il proprio difensore; nonché l'art. 17, par. 1 della stessa Convenzione che attribuisce il diritto alla riservatezza. Tuttavia, di fondamentale importanza nel riconoscimento di tale principio, sono le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa ha riconosciuto l'esistenza del dovere di segretezza in capo al difensore dal combinato disposto degli art. 6, n.1 e 3, lett. c), della C.e.d.u., in tema di diritto ad un giusto processo, con l'art. 8, n.1, C.e.d.u., in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Il riconoscimento alla riservatezza delle comunicazioni tra il cliente e il proprio avvocato si rinviene, *in primis*, dall'art. 8 C.e.d.u. per il fondamentale ruolo che viene assegnato ai difensori all'interno di una società democratica e del rapporto di fiducia che si instaura con il proprio assistito; e dall'art. 6 C.e.d.u. che tutela il diritto ad un equo processo e alla corretta amministrazione della giustizia che potrebbe essere minata se si verificassero delle interferenze con il segreto professionale. (Corte EDU, *Michaud c. Francia* n.12323/11, 6.12.2012) Inoltre, il sostrato normativo del *legal privilege* lo si ricava anche da norme di matrice europea, in particolar modo infatti anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi sul tema, la quale tuttavia riconosce l'esistenza di un *legal privilege* di matrice europea legato all'esercizio del diritto di difesa da parte di avvocati indipendenti, di fatto quindi limitandolo agli avvocati e non estendendolo anche ai giuristi d'impresa. Altre disposizioni fondamentali sul tema si rinvencono nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che dal combinato disposto degli artt. 7, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, 47, comma 1 e 2, sul diritto ad un equo processo, e 48, n.2, in tema di presunzione di innocenza e diritto di difesa, delinea l'ambito della riservatezza delle comunicazioni tra cliente e avvocato. Il quadro così delineato deve inoltre menzionare anche la prima adozione del Codice Deontologico degli Avvocati Europei da parte del Consiglio degli Ordini Forensi Europei, nel 1988, che nel definire il ruolo e la figura dell'avvocato, dedica una disposizione internamente al segreto professionale, l'art. 2, comma 3, secondo cui «[...] È nella natura stessa della funzione dell'avvocato che gli sia depositario dei segreti del suo cliente e destinatario di comunicazioni riservate. Senza la garanzia della riservatezza, non può esservi fiducia. Il segreto professionale è dunque riconosciuto come un diritto e un dovere

di partenza che ha successivamente ispirato le grandi codificazioni continentali, traducendosi nella disciplina del segreto professionale, che ha trovato in particolar modo un ampio riconoscimento con riferimento al processo penale, in merito al rapporto fiduciario che si deve instaurare tra il difensore ed il suo assistito per rendere effettive le garanzie di difesa⁹⁰; tale privilegio rappresenta infatti «una manifestazione del diritto a non autoincriminarsi, corollario imprescindibile del diritto di difesa nell'ambito di un giusto processo»⁹¹.

Nel corso del primo capitolo⁹², si è avuto modo di analizzare, mediante un esame comparato con l'ordinamento statunitense, la portata del *legal privilege*, che viene declinato nelle forme dell'*attorney-client privilege* e *work-product doctrine*, previsto espressamente sia nei confronti delle persone fisiche che delle persone giuridiche.⁹³ Con riferimento a questo aspetto, si ribadisce che il legislatore italiano, per scelte di tecnica normativa, nell'istituire la responsabilità *ex crimine* degli enti ha previsto che tutte le disposizioni del codice di procedura penale, previste per le persone fisiche, si applicassero, in quanto compatibili, all'ente, ai sensi degli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 231 del 2001. Di conseguenza, è evidente la piena applicabilità nei confronti dell'ente delle norme del codice di rito che prevedono delle fondamentali garanzie procedurali, e quindi, è innegabile il riconoscimento nei

fondamentale e primario dell'avvocato. L'obbligo dell'avvocato di rispettare il segreto professionale volto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia che quelli del cliente. È per questo che esso gode di una speciale protezione da parte dello Stato».

Per quanto attiene, invece, alle fonti normative interne, il segreto professionale trova copertura costituzionale nel complesso dei diritti inviolabili quali artt. 2, 13, 14, 15 Cost., ma soprattutto con riferimento all'art. 24, comma 2, Cost.; art. 111, comma 3, Cost. circa il diritto di difesa nell'ambito del giusto processo e della corretta amministrazione della giustizia. Infine, il quadro normativo interno è completato sia dalle Regole contenute nell'art. 6 delle regole di comportamento del penalista durante le investigazioni difensive, nonché dalle disposizioni in materia nel Codice deontologico forense del 2014 (artt. 13, 28 e 55); sia dalle disposizioni normative all'interno del Codice penale, ai sensi dell'art. 622 (integra un illecito penale la rivelazione, senza giusta causa, delle notizie apprese in ragione della propria professione), e nel codice di procedura penale, ai sensi degli artt. 103, 200 e 256. Per ulteriore approfondimento sul tema e sul fondamento normativo del *legal privilege* vedasi NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (a cura di) CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO, Milano, 2019, 1955 s.; altresì MORRONE, *Legal privilege*, cit., 52 ss.

⁹⁰ V. NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, cit., 1959.

⁹¹ Così MANCUSO, "Indagini interne" disposte dall'ente, cit., 1262.

⁹² V. *supra*, cap. I, par. 1.6.

⁹³ Si delle diverse declinazioni del *legal privilege* (privilegio alla riservatezza delle comunicazioni); declinazioni di matrice giurisprudenziale facenti parte di principi che vengono riconosciuti anche a livello federale.

confronti dell'ente delle disposizioni in materia di segreto professionale e difensivo, declinazioni ulteriori del diritto inviolabile alla difesa.⁹⁴

Volgendo ora l'attenzione all'analisi di tale principio, si è evidenziato come nell'ordinamento americano, e in generale nei Paesi di *common law*, l'ampiezza della tutela offerta dal *legal privilege* ha consentito all'ente collettivo di beneficiare della riservatezza delle informazioni necessaria per poter ritenere effettivamente proficue le indagini interne; infatti, non è un caso che è proprio nei Paesi di *common law* – in cui si registra una maggior presenza di procedure di natura collaborativa e di *discovery* – si siano sviluppate maggiormente le riflessioni della dottrina con riferimento alle *internal investigations*, potendo queste ultime essere maggiormente utilizzate anche grazie alle garanzie che vengono riservate all'impresa.⁹⁵ In breve, alla luce delle premesse già svolte, sembra opportuno richiamare alcuni aspetti del *legal privilege* che caratterizzano l'ordinamento statunitense per poter meglio evidenziare il confronto con l'ordinamento interno.

Nel contesto statunitense, il *legal privilege* spetta alle persone fisiche, e anche alla società che potrà quindi disporre liberamente, potendo anche decidere di rinunciarvi. In particolar modo, quest'ultimo viene riconosciuto non solo all'avvocato esterno, incaricato dalla società con apposito mandato per lo svolgimento delle attività relative alla difesa della persona giuridica; ma nei Paesi di *common law* l'ampiezza di tale privilegio si estende anche verso quei soggetti interni alla società (*in-house counsel*) che ricoprono la qualifica di legali d'impresa. Tali soggetti nello svolgimento delle *internal investigation* potranno essere individuati al fine di compiere direttamente alcune attività specifiche d'indagine – in considerazione delle particolari competenze – e godono anche della tutela della riservatezza (individuata nel *legal privilege* e nella *work product doctrine*) delle informazioni apprese nello svolgimento del proprio ufficio, senza che si debba operare una distinzione tra difensore esterno e legale d'impresa.

⁹⁴ V. NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, cit., 1958.

⁹⁵ L'applicabilità alla persona giuridica del *legal privilege* negli Stati Uniti, grazie anche alla giurisprudenza sul tema, ha consentito un terreno fertile allo sviluppo delle *internal investigations*; quest'ultime potevano essere svolte beneficiando della massima copertura in termini di riservatezza delle informazioni ottenute e, al tempo stesso, incentivava la società ad individuare e indagare i comportamenti illeciti che si commettevano al suo interno. In giurisprudenza rilevante è il caso *US Supreme Court: Upjohn Company v. United States* (449 U.S. 383 (1981)).

La possibilità di applicare la disciplina del *legal privilege* in tal senso rappresenta sicuramente un aspetto fondamentale per l'impresa che decide di avviare delle indagini interne; in primo luogo, consente a quest'ultima di indagare e gestire le relative indagini più liberamente, senza avere il timore che quanto raccolto in sede di indagine possa poi arrivare, indebitamente, nelle mani delle autorità governative e, in secondo luogo, potrebbe aggiungersi anche che la possibilità di beneficiare di un grado massimo di riservatezza delle informazioni è in grado di incentivare gli stessi dipendenti a essere più collaborativi durante lo svolgimento delle indagini interne e rendere dichiarazioni.⁹⁶

Per tali ragioni, estendendo la relativa disciplina anche al legale d'impresa, si consentirebbe anche a quest'ultimo, in ogni caso, di poter opporre il segreto professionale, senza che egli sia obbligato a rivelare informazioni apprese nel corso della propria attività; ma soprattutto si consentirebbe l'applicazione delle garanzie connesse, ovvero di opposizione alle richieste provenienti dalle autorità governative di esibizione di documenti e informazioni.⁹⁷

Volgendo ora l'attenzione all'ordinamento italiano, deve evidenziarsi fin da subito come l'aspetto relativo alla tutela del privilegio sulla segretezza professionale scaturente dalle *internal investigation* si inserisca in un quadro piuttosto complesso, e talvolta privo di chiari riferimenti.

Ciò è dovuto a diverse ragioni, in *primis* la mancanza di uno statuto normativo che definisca in via generale una disciplina di favore per l'ente che decide di collaborare su base volontaria, per cui non sembra possibile individuare con certezza i rapporti intercorrenti tra i soggetti interni all'ente, chiamati a svolgere le relative indagini, e l'autorità giudiziaria; in secondo luogo, poiché per la legislazione interna il difensore esterno rappresenta l'unico soggetto coperto dalla tutela del *legal privilege* in merito alle comunicazioni e materiali condivisi nell'ambito dell'esercizio della relativa funzione difensiva.⁹⁸

⁹⁶ V. ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in CENTONZE, GIAVAZZI («a cura di») *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 23 s.

⁹⁷ Per un approfondimento sul tema, v. *supra*, cap. I, par. 1.6, nel quale si è svolta un'analisi, in ottica comparatistica, con particolare riferimento al modello statunitense per quanto attiene alle *internal investigation* e i profili ad essa connessi, quali il tema dell'*attorney-client privilege*.

⁹⁸ V. NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, cit., 1959.

Quello che ne risulta è, quindi, un sistema che fa leva su una «diversa gradazione del livello di tutela della riservatezza delle informazioni e delle comunicazioni»⁹⁹ che possono scambiarsi nel contesto del segreto difensivo ed in quello professionale: tale differenziazione si basa sul diverso *status* che viene riconosciuto al soggetto che viene a conoscenza della relativa informazione. Il nostro sistema normativo, infatti, delinea un doppio binario con riferimento alla segretezza delle comunicazioni, prevedendo solo in capo all'avvocato esterno l'applicazione del *legal privilege*, nelle forme declinate dalle disposizioni del codice di rito; al contrario invece, non riconosce quel carattere professionale all'attività del giurista d'impresa, stante l'assenza del requisito dell'indipendenza – essendo, comunque, quest'ultimo un dipendente all'interno della stessa impresa.¹⁰⁰ Per tali ragioni, le attività svolte dalle componenti *in-house*, nonostante possano essere condotte da soggetti altamente competenti, e caratterizzarsi comunque di una valenza difensiva, saranno da ritenersi sopravviste di una qualsivoglia copertura in termini di segretezza delle informazioni; di fatto quindi facendo svanire i benefici che possono essere connessi all'attività di indagine svolta dall'ente.¹⁰¹

La normativa italiana (a prescindere dallo specifico ruolo che viene concretamente svolto dai soggetti interni all'impresa, i quali – nel corso delle proprie funzioni – possono venire a conoscenza di informazioni rilevanti per l'impresa nella ricerca di illecite avvenuti al proprio interno) non prevede – tranne alcune eccezioni – una regolamentazione che possa equiparare tali soggetti al difensore esterno.

Sembrerebbe, infatti, che le componenti *in house* siano considerate a tutti gli effetti dei veri e propri dipendenti della società; e questo è anche il motivo per cui, nonostante i legali interni all'ente siano in possesso dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'albo ordinario professionale per l'accesso al patrocinio, il sistema interno non consente detta iscrizione, ritenendo prevalente il rapporto di lavoro subordinato; per cui essi vengono di fatto privati dei relativi diritti e privilegi che la

⁹⁹ In riferimento MANCUSO, "Indagini interne" disposte dall'ente, cit., 1261.

¹⁰⁰ Il legale d'impresa non gode del relativo privilegio, poiché sembra prevalere il rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa. Sul punto CAPPA, *La figura del giurista d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2005, issue 1, 170.

¹⁰¹ In merito MANCUSO, "Indagini interne" disposte dall'ente, cit., 1261.

professione forense, alla luce delle disposizioni codicistiche, attribuisce al difensore.¹⁰²

Alla luce delle considerazioni svolte, sembrerebbe quindi che l'unico modo per estendere la copertura privilegiata alle comunicazioni intercorse con i componenti *in-house* sia rappresentata dall'intervento diretto del legislatore. Fino ad allora, l'unico soggetto che nel sistema italiano è in grado di assicurare una copertura di tal genere è il difensore esterno, incaricato dalla società.

Le disposizioni del codice di rito prevedono in capo al difensore delle generiche facoltà che consentono di garantire un'idonea copertura alle informazioni raccolte in seno ad un'indagine interna; innanzitutto, la disciplina del segreto professionale, *ex art. 200 c.p.p.*, prevede la facoltà di astenersi dall'obbligo testimoniale; per cui ogniqualvolta gli avvocati ed i soggetti indicati dalla previsione normativa sono chiamati a deporre su quanto hanno conosciuto in ragione della propria professione o ufficio, non possono essere obbligati a rendere la testimonianza se oppongono il proprio dovere di riservatezza.¹⁰³ Allo stesso modo, *ex art. 256, comma 1, c.p.p.*, si prevede la facoltà in capo ai medesimi soggetti di rifiutare l'esibizione dei documenti in loro possesso per ragioni professionali o d'ufficio, mediante dichiarazione resa per iscritto.¹⁰⁴ Inoltre, in aggiunta alle generiche facoltà appena esposte, il difensore gode di particolari

¹⁰² Sul punto MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 230. V. inoltre Di GARBO, GAUDINO, MANCUSO, VASILE, *Italy*, in SPEHL, GRUETZNER (a cura di), *Corporate Internal Investigations*, München, 2012, 275.

¹⁰³ Art. 200 c.p.p. «1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria: a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai; c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale. 2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga. 3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia, se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni».

¹⁰⁴ Art. 256, comma 1, c.p.p. «1. Le persone indicate negli articoli 200 e 201 devono consegnare immediatamente all'autorità giudiziaria, che ne faccia richiesta, gli atti e i documenti, anche in originale se così è ordinato, nonché i dati, le informazioni e i programmi informatici, anche mediante copia di essi su adeguato supporto e ogni altra cosa esistente presso di esse per ragioni del loro ufficio, incarico, ministero, professione o arte, salvo che dichiarino per iscritto che si tratti di segreto di Stato ovvero di segreto inerente al loro ufficio o professione».

prerogative riconosciute ai sensi dell'art. 103 c.p.p., che tutela dalle intrusioni investigative.¹⁰⁵ In particolar modo si dispone che le attività di ricerca dei mezzi di prova quali ispezioni, perquisizioni, sequestri e intercettazioni condotte negli uffici del difensore¹⁰⁶ sono consentite solo in limitate ipotesi indicate dal legislatore: ossia, quando i difensori o persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio siano imputati e ai soli limitati fini dell'accertamento del reato loro attribuito ovvero per rilevare tracce o altre effetti materiali del reato. Inoltre, si stabilisce che nei confronti del difensore non è possibile procedere a sequestri di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, con l'unica eccezione nel caso in cui quest'ultime costituiscano corpo del reato. Infine, come corollario del dovere di riservatezza in capo al difensore si prevede anche, ex art. 334.bis c.p.p., l'esclusione dall'obbligo di denuncia per il difensore qualora venga a conoscenza della notizia di reato nell'ambito dell'attività investigazione difensiva; previsione necessaria per poter effettivamente far instaurare quel rapporto fiduciario che caratterizza il rapporto tra il difensore ed il proprio assistito.¹⁰⁷

In conclusione, si evince che se le *internal investigation* sono condotte da un difensore, in forza di uno specifico mandato, allora potranno godere della copertura privilegiata che assicurano le disposizioni codicistiche appena esaminate; esclusivamente in questo modo le informazioni e le comunicazioni oggetto d'indagine potranno trovare il massimo grado di tutela. Da ultimo si vuole anche sottolineare come la stessa giurisprudenza ha ribadito più volte, nel corso degli ultimi anni, l'impossibilità di estendere tali garanzie al di fuori del difensore; essendo le guarentigie previste dall'art. 103 c.p.p. volte a salvaguardia dell'effettivo diritto di difesa e non alla tutela personale e privilegiata del ruolo del difensore, o degli esercenti la professione legale in generale.¹⁰⁸

¹⁰⁵ In merito NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, cit., 1959.

¹⁰⁶ L'art. 103 c.p.p. assimila al difensore anche i consulenti tecnici e gli investigatori privati autorizzati e incaricati, in particolare con la l.397/2000 sono state estese anche a tali soggetti le garanzie previste dalla disposizione normativa, in considerazione del ruolo svolto nelle investigazioni difensive: quest'ultimi, tuttavia, per poter ritenere operanti le relative garanzie devono essere autorizzati dalle competenti autorità amministrative e devono aver ricevuto l'incarico il relazione allo specifico procedimento, dandone atto all'autorità procedente. Sul punto MORRONE, *Legal privilege*, cit., 61 s.

¹⁰⁷ V. MORRONE, *Legal privilege*, cit., 59 s.

¹⁰⁸ Cass. pen., Sez. V, n. 12155/2012 in www.onelegale.wolterskluwer.it; Cass. pen., Sez. I, n. 25848/2015 in www.onelegale.wolterskluwer.it. In quest'ultima decisione il Massimo Consesso enuncia che «Le garanzie previste dall'art. 103 c.p.p. non sono volte alla tutela personale e

4. Il rapporto tra le indagini interne e i diritti fondamentali della persona fisica imputata del reato presupposto

Il sistema della responsabilità *ex crimine* delineato dal legislatore ad opera del d.lgs. n. 231 del 2001, con il superamento del brocardo latino *societas delinquere non potest*, ha sicuramente rappresentato un momento di grande rilievo per l'ordinamento interno. Tuttavia, fin da subito è stato possibile notare come il legislatore abbia trascurato alcuni aspetti estremamente rilevanti, lasciando così delle zone d'ombra – sulle quali la dottrina si è spesso interrogata – circa l'effettivo rispetto dei diritti da assicurare all'ente accusato di illecito¹⁰⁹ e anche in merito all'effettività dei diritti fondamentali processuali della persona fisica imputata della commissione del reato presupposto, nonché di come la sua posizione possa essere influenzata a seconda degli atteggiamenti posti in essere dall'ente.¹¹⁰

In particolar modo, anche alla luce dell'esperienza maturata negli ordinamenti statunitensi in tema di *corporate criminal liability*, sembrerebbe che gli aspetti che hanno destato maggiori perplessità, con riferimento al rispetto dei diritti fondamentali della persona fisica imputata del reato presupposto, siano derivati nel contesto in cui la *corporation* decida di porsi in un'ottica collaborativa nei confronti delle autorità governative, cercando di accedere a uno degli accordi con le autorità, che si sono sviluppati maggiormente nel contesto di *common law* – i c.d. *Deferred prosecution agreement* e *Non prosecution agreement*.¹¹¹ Con riferimento alla collaborazione tra l'ente e l'autorità governativa, nel contesto

privilegiata del soggetto esercente la professione legale, ma sono previste a favore di colui che riveste la qualità di difensore in forza di specifico mandato conferitogli nelle forme di legge, essendo essenzialmente apprestate in funzione di garanzia del diritto di difesa dell'imputato; pertanto, esse non possono trovare applicazione qualora gli atti di cui all'art. 103 c.p.p. (ispezioni, perquisizioni, sequestri) debbano essere compiuti nei confronti dell' esercente la professione legale sottoposto ad indagine e non siano attinenti all'oggetto di alcuna difesa».

¹⁰⁹ V. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, 31 s.

¹¹⁰ Sembrerebbe, infatti, che il sistema della responsabilità delle persone giuridiche non prevedendo delle specifiche disposizioni atte a regolare nel dettaglio il rapporto con la persona fisica imputata del reato presupposto, possa poi di fatto porre l'individuo accusato del reato presupposto in una posizione di svantaggio rispetto all'impresa nell'accertamento delle relative responsabilità.

¹¹¹ V. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 3-4, 787. In particolar modo, con riferimento all'ordinamento statunitense, la collaborazione tra gli enti e le autorità governative rappresenta un fenomeno sicuramente maggiore rispetto all'ordinamento italiano, grazie ai c.d. *Deferred Prosecution Agreement* e *Non prosecution agreement*, volti a costituire una vera e propria intesa tra la società e l'autorità governativa che sta procedendo.

statunitense, per le precise caratteristiche che delincono quel sistema, si è infatti sviluppata ampiamente la prassi delle *internal investigation*, che – come si è sottolineato nel primo capitolo – si è basata essenzialmente sui principi di volta in volta enunciati dalle Corti americane, i quali hanno posto le basi per la disciplina in questione.

Prendendo come punto di partenza l'esperienza sviluppata nel contesto statunitense, è possibile notare come l'attuazione di un atteggiamento collaborativo da parte della persona giuridica, sembrerebbe, in realtà, andare a minare quelle garanzie fondamentali, che vengono riconosciute in capo alla persona fisica, indicata come presunto autore del reato presupposto della responsabilità dell'ente, le quali non dovrebbero mai essere sacrificate, in nome di un possibile vantaggio in capo ad altro soggetto, in questo caso l'ente collettivo.

In primo luogo, sembrerebbe che tali criticità emergano nel caso in cui l'ente venuto a conoscenza della realizzazione di un illecito commesso al suo interno, dal quale può derivare una sua responsabilità in termini penali o civili, potrebbe decidere di voler avviare delle *internal investigations*. Gli obiettivi di un'indagine interna possono essere svariati, ma certo è che nel caso in cui l'ente giunga a conoscenza di una *notitia criminis*, lo scopo delle relative indagini sarà quello di reperire tutte le informazioni utili e rilevanti, ai fini della ricostruzione della vicenda verificatasi. Inoltre, qualora la società lo ritenga utile e necessario, potrà usufruire del materiale raccolto e avviare una collaborazione con l'autorità giudiziaria, condividendo con quest'ultima le informazioni in suo possesso – con l'intento di ottenere vantaggi e benefici di varia natura.

In questo contesto la «*corporation* arriva a comportarsi alla stregua di un agente governativo, barattando gli esiti della propria attività di revisione interna»¹¹²; in altri termini, da un lato si riconosce la possibilità all'impresa di svolgere autonomamente e indipendentemente delle indagini interne, per conoscere immediatamente gli aspetti rilevanti in merito alla vicenda verificatasi, e dall'altro lato si consente di fatto all'impresa di poter diventare un duplicato dell'autorità governativa nella ricerca delle fonti di prova, alla quale però sono concesse

¹¹² Così NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti*, cit., 790.

maggiori libertà, in quanto non si richiede che quest'ultima debba rispettare le specifiche regole che sono invece poste in capo alle autorità governative.¹¹³

Tutto questo ovviamente ha delle evidenti ricadute sul il rispetto dei diritti fondamentali processuali della persona fisica imputata del reato presupposto; in particolar modo, l'ente, ad esempio mediante la tecnica delle interviste, ma anche senza dover attuare una specifica attività d'indagine ovvero in maniera del tutto libera, potrebbe venire a conoscenza di informazioni o notizie rilasciate da dipendenti che, spinti da un dovere di fedeltà verso il datore di lavoro, e spesso anche ignari delle conseguenze, potrebbero rendere delle dichiarazioni, talvolta anche autoincriminanti, le quali saranno poi "nelle mani dell'impresa", e solo in capo a quest'ultima sarà riconosciuto il potere di decidere autonomamente in che modo sfruttare e utilizzare quelle informazioni.¹¹⁴

Alla luce dell'esperienza americana che si è sviluppata negli ultimi anni in tale contesto, con specifico riferimento alle regole da seguire nel corso di una *internal investigation* assumono rilievo quegli avvertimenti che la giurisprudenza ha imposto in capo al difensore, il quale prima di procedere ad assumere le relative dichiarazioni, è tenuto obbligatoriamente a enunciare al dipendente, in quanto persona informata sui fatti nei cui confronti si sta per svolgere l'audizione, i c.d. *Upjohn warnings*, i quali secondo dottrina prevalente, non sembrerebbero comunque idonei a garantire al soggetto interno una corretta comprensione delle dinamiche sottese all'attività di indagine posta in essere in quel momento dalla persona giuridica, lasciando, quindi, priva di un'adeguata disciplina la possibile violazione dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona fisica – accusata per la possibile commissione del reato presupposto.¹¹⁵

¹¹³ In merito GREEN, PODGOR, *Unregulated Internal Investigation: Achieving Fairness for Corporate Constituents*, in *Boston College Law Rev.*, 54, 201, 76 «corporations' internal investigations contrast with government and regulatory investigations, which are subject to rules of criminal procedure and federal statutes to protect individuals from overreaching by investigators».

¹¹⁴ In riferimento NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti*, cit., 790. L'Autore evidenzia come può accadere spesso infatti che «i soggetti coinvolti nelle investigazioni non siano immediatamente edotti della situazione di potenziale conflitto di interessi che li vede opposti al soggetto collettivo, ignorando dunque gli effettivi pregiudizievoli potenzialmente derivanti dalla loro cooperazione». V. GREEN, PODGOR, *Unregulated Internal Investigation: Achieving Fairness for Corporate Constituents*, cit., 100.

¹¹⁵ In tal senso MARK, PEARSON, *Corporate Cooperation during investigations and audits*, in *Stanford Journ. Of Law, Business & Finance*, 13, 2007, nota n. 179.

La situazione appena analizzata, seppur calata nello specifico contesto statunitense, non sembra priva di riflessi per il sistema italiano: considerata l'assenza di una regolamentazione *ad hoc* in tema di indagini interne, potrebbero di fatto ripresentarsi le medesime criticità di cui si è appena riferito, in merito al rapporto tra lo svolgimento di una investigazione interna e il rispetto dei diritti processuali fondamentali in capo alla persona fisica imputata del reato presupposto.

Allo stato attuale, con riferimento all'ordinamento interno, si può notare come nel sistema della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche si possano individuare diverse disposizioni normative in tema di collaborazione tra la persona giuridica e l'autorità giudiziaria – *ex artt. 17, 49, 50, 65 e 78 d.lgs. n. 231/2001* – le quali valorizzano le condotte riparatorie *post factum* e riconoscono dei benefici premiali all'ente che pone in essere determinate condotte.

Alla luce di ciò non sembra potersi escludere che possano verificarsi delle situazioni tali per cui l'ente, essendo incentivato dai possibili benefici che possono derivare dall'attuazione di tali condotte riparatorie, ponga in essere un comportamento atto alla ricerca di informazioni rilevanti circa i fatti verificatesi, potendo così utilizzare quanto raccolto in suo esclusivo favore e vantaggio e a discapito della persona fisica imputata del reato presupposto.¹¹⁶

In conclusione, può dirsi che il rispetto dei diritti fondamentali processuali in capo alla persona fisica, la quale può essere coinvolta come presunto autore del reato presupposto, vengono nel sistema italiano adeguatamente tutelati mediante le disposizioni in materia di indagini preliminari e investigazioni difensive.¹¹⁷ Sembrerebbe quindi che, qualora l'ente decida di avviare delle investigazioni interne, applicando la copertura delle investigazioni difensive, andrebbe così anche a garantire e tutelare il rispetto del *privilege against self-incrimination* riconosciuto

¹¹⁶ In riferimento NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti*, cit., 799 s.

¹¹⁷ Nello svolgimento delle investigazioni difensive, il codice di rito «prevede esplicitamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere alle domande poste dal difensore, e si ritiene generalmente applicabile il disposto dell'art. 63, comma 2, c.p.p. [...] per le indagini compiute ai sensi degli artt. 391 bis e ss. c.p.p., rileva l'obbligo di avvertire il soggetto circa la «propria qualità e lo scopo del colloquio», adempimento sicuramente funzionale ad accrescere il grado di consapevolezza del dichiarante, ed è infine d'uopo segnalare la prescrizione di sospendere l'esame contestualmente all'emersione di indizi di reità». In merito NICOLOCCIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti*, cit., 804.

alla persona fisica, nel caso in cui dalla sua dichiarazione possa derivare una propria responsabilità.

Invece maggiori perplessità emergono nel caso in cui il soggetto collettivo decida di svolgere delle indagini interne senza «il cappello delle investigazioni difensive»¹¹⁸, assumendo così un ruolo attivo nella ricerca delle fonti di prova; in questo modo sarà possibile trovarsi di fronte «ad un'attività incidente sui diritti dell'indagato per il reato presupposto potenzialmente assai pregiudizievole per la sua sorte processuale, la quale risulterebbe sprovvista di qualsivoglia specifica regolamentazione»¹¹⁹. Tuttavia, con riferimento a tale ultima ipotesi, sembra comunque potersi riconoscere il rispetto delle garanzie previste in capo alla persona fisica poiché, seppur il soggetto possa di fatto rendere delle dichiarazioni *contra se*, in sede di indagine interna, svolta direttamente dall'ente, non è comunque possibile poter utilizzare quel materiale informativo in sede processuale. La Cassazione a Sezioni Unite, in una pronuncia ormai risalente ma estremamente chiara sul punto, ha infatti enunciato che anche nel caso in cui vengano assunti contributi investigativi in maniera atipica rispetto a quanto formalmente indicato nel codice di rito, «la “deformalizzazione” del contesto nel quale determinate dichiarazioni vengono percepite [...] non deve costituire un espediente per assicurare comunque al processo contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse di sondaggio delle conoscenze del dichiarante»¹²⁰.

In conclusione, riconosciuta l'importanza e la centralità sul tema dei diritti dell'imputato del reato presupposto e le influenze che possono derivare dalle dinamiche del processo *de societate*, aderendo agli orientamenti della giurisprudenza che sanciscono chiaramente il massimo rispetto dei diritti fondamentali processuali in capo a quest'ultimo, sembrerebbe opportuno un intervento del legislatore atto a scongiurare possibili violazioni.¹²¹

¹¹⁸ Vedasi MANCUSO, *Le investigazioni interne le sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi incerte*, Laboratorio AODV-231, 18 aprile 2018.

¹¹⁹ In riferimento NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti*, cit., 805.

¹²⁰ Nello specifico Cass. pen., Sez. Unite, (data ud. 28/05/2003) 24/09/2003, n. 36747 in www.onelegale.wolterskluwer.it.

¹²¹ In merito NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti*, cit., 807. L'Autore in particolar modo sul punto ritiene che sia opportuno procedere mediante «l'introduzione di specifiche previsioni che, sulla falsariga di quanto sancito dall'art. 220 disp. att. c.p.p., prescrivono

5. Nuove frontiere della premialità nel procedimento per la responsabilità da reato degli enti

5.1. La messa alla prova nel procedimento a carico degli enti: una questione ancora aperta

Come sin qui evidenziato, l'attuale normativa in tema di responsabilità *ex crimine* degli enti non è del tutto priva di spazi in cui si realizza un'effettiva valorizzazione delle condotte di collaborazione poste in essere dall'ente; tuttavia, le forme di incentivazione della collaborazione dell'ente con le autorità procedenti si ravvisano in una fase avanzata del procedimento. Le previsioni legislative in ambito di collaborazione dell'ente sembrano tutte collocarsi in una fase *post-delictum*, prevedendo dei vantaggi per l'ente che, ponendo in essere un comportamento reattivo e proattivo, decida, così, di "rientrare" nei binari della legalità nell'esercizio dell'impresa, dimostrando la piena volontà di allontanarsi dall'illecito verificatosi.¹²²

In considerazione di ciò, sembrerebbe quindi che il sistema di incentivi che emerge dal d. lgs. n. 231 del 2001 «s'incardina prevalentemente nel filone della c.d. "premialità sostanziale"»¹²³, lasciando sullo sfondo, e, di fatto quindi, rimettendo la questione all'interprete, il tema della "premialità processuale" e della messa a disposizione degli elementi raccolti per la ricostruzione dei fatti e della responsabilità; ed è proprio con riferimento a tale secondo aspetto che, in assenza di una normativa su una procedura collaborativa su base volontaria, la dottrina si è interrogata e ha fornito alcune proposte.

esplicitamente di garantire l'osservanza delle garanzie del codice di rito nei momenti successivi all'emersione di indizi di reato anche nel contesto di un'attività ispettiva non disciplinata da specifiche disposizioni di legge e compiuta da soggetti privati comunque diretta ad acquisire elementi a carico dell'indagato». Infatti, secondo l'Autore questa precisa soluzione sarebbe in grado di «preservare l'efficacia rappresentativa dei contributi così raccolti, garantendo però un livello di tutela equivalente indipendentemente dagli attributi formali dell'indagine».

¹²² Si intende riferirsi in particolar modo agli artt. 12 e 17 del d.lgs. n. 231 del 2001 che sanciscono la possibilità per l'ente di ottenere dei benefici in ottica sanzionatoria se pongono in essere delle condotte riparatorie e ripristinatorie. La valorizzazione delle condotte riparatorie emerge anche dal combinato disposto degli artt. 49, 50, 65, 78 del suindicato decreto, che incentiva un comportamento reattivo dell'ente che dimostra di essere effettivamente allontanato dall'illecito commesso, tuttavia, sempre in un'ottica *post factum*.

¹²³ Così MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1944.

A tal proposito, alcuni autori¹²⁴ hanno evidenziato la possibilità di applicare all'ente un procedimento speciale, previsto per le persone fisiche, e introdotto con l. 28 aprile 2014 n. 67¹²⁵: la sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati adulti.

In breve, prima di analizzare gli aspetti che hanno spinto la dottrina a considerare la rilevanza del nuovo istituto nel procedimento *de societate*, è opportuno premettere alcune considerazioni sulla effettiva possibilità di ricorrere a tale istituto nell'ambito del procedimento nei confronti degli enti collettivi, stante l'assenza di ogni indicazione normativa in tal senso all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001. In seguito, si procederà ad illustrare, alla luce delle riflessioni di alcuni autori, quelli che possono essere i possibili vantaggi – in ottica di ravvedimento e incentivazione alla collaborazione dell'ente – che deriverebbero dall'applicazione dell'istituto della messa alla prova.

Nel silenzio del legislatore la possibilità di poter ricorrere a tale istituto nell'ambito del procedimento penale *de societate* è stata diversamente interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. La dottrina sembra essere per lo più favorevole alla possibilità di applicare direttamente all'ente la disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, *ex artt. 464-bis c.p.p.* – le disposizioni normative in discorso sono state inserite nel codice di rito nel 2014, ovvero dopo

¹²⁴ In questo senso FIDELBO, RUGGERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 3 ss.; v. altresì RUGGERO, *Il futuro delle responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in *Cass. pen.*, 2019, 3386 ss.

¹²⁵ La l. 28 aprile 2014 n. 67 ha introdotto una modalità alternativa di definizione del processo, con riferimento agli imputati adulti. Si trattava di un istituto non sconosciuto al nostro sistema, che era infatti già previsto con riferimento al sistema minorile dagli artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 448/1988, ed in fase di esecuzione nel procedimento per adulti. L'istituto in questione può essere attivato fin dalla fase delle indagini preliminari, potendo la relativa richiesta pervenire anche prima dell'esercizio dell'azione penale, prevedendosi infatti che possa essere direttamente il pubblico ministero, qualora ne ricorrano i presupposti, a darne avviso all'indagato circa la possibilità di accedere all'istituto della sospensione con messa alla prova. L'istituto rappresenta uno strumento in grado di realizzare effettivamente quella funzione rieducativa della pena sancita dalla nostra carta costituzionale *ex art. 27*; ha una spiccata funzione di riparazione sociale ed individuale. Per quanto attiene ai criteri di ammissibilità all'istituto, la richiesta può essere avanzata in relazione ad alcune tipologie di illeciti; la richiesta deve provenire dal soggetto sottoposto ad indagini o imputato nel relativo procedimento, purché non sia stato dichiarato delinquente o contravventore abituale, professionale o per tendenza; infine, non deve aver già beneficiato dell'istituto in questione. Il soggetto sottoposto a messa alla prova, beneficia della sospensione del relativo procedimento per tutta la durata del programma individuato; viene sottoposto ad un periodo di prova, entro il quale deve adempiere alle prescrizioni stabilite all'interno di un programma *ad hoc*, sottoscritto e approvato dall'autorità giudiziaria, infine, laddove il periodo di prova si concluda con un esito positivo, il reato si estingue, pervenendo così ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato.

l'entrata in vigore del sistema 231 – adattando i relativi schemi alle specifiche necessità della persona giuridica.¹²⁶ Il programma riabilitativo potrebbe sostanziarsi in una nuova rimodulazione dei modelli organizzativi, i quali ad esempio potranno essere individuati in maniera più dettagliata per l'ente a seguito dello svolgimento di indagine interne. Infatti, potrebbe dirsi che grazie allo svolgimento di specifiche attività di indagine, mirate a seconda delle necessità dell'impresa, sarà possibile per l'ente beneficiare di un'analisi completa della propria organizzazione interna, mettendo in luce tutte le eventuali carenze in termini di *compliance* esistenti in quel momento, così da poter ridisegnare un modello organizzativo, che possa effettivamente “vestire” l'ente, ritenendosi in questo modo realmente rispettati i requisiti sanciti sul tema dal d.lgs. n. 231 del 2001.¹²⁷ Nel caso in cui il modello organizzativo di gestione e controllo dell'ente non venga valutato idoneo alla prevenzione dei reati della specie di quello che si è verificato, si potrebbe ritenere che, proprio mediante l'istituto della messa alla prova, l'ente possa dare effettivamente dimostrazione della sua riorganizzazione, e in caso di esito positivo ottenere l'estinzione dell'illecito – garantendo in questo modo un'effettiva valorizzazione del sistema dei modelli organizzativi, i quali sono posti al centro di tutto il sistema 231.¹²⁸

Al contrario, invece, in giurisprudenza non si registra uniformità di pensiero. Talvolta si leggono pronunce favorevoli sul punto, altre volte si giunge a conclusioni negative e si ritiene inammissibile l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova nel procedimento a carico dell'ente; per tali

¹²⁶ V. BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, Torino, 2020, 272.

¹²⁷ In merito a ciò è stato affermato che l'applicazione dell'istituto della messa alla prova, ovvero di un istituto analogo a quest'ultimo, potrebbe effettivamente «dare smalto alla funzione special-preventiva del sistema 231, che rischia di smarrirsi in sede pratica, anche a causa delle difficoltà del sistema dei modelli, spesso utilizzati in chiave riparatoria piuttosto che preventiva». Così BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, cit., 272. In aggiunta si deve constatare che la valutazione dei modelli organizzativi, che fino a questo momento sono stati sottoposti allo scrutinio dell'autorità giudiziaria, è stata ritenuta insufficiente al rispetto dei requisiti prescritti dal legislatore; di conseguenza, quello che si rileva è una *impasse* che necessita di essere superata per evitare che tutto il sistema delineato sulla responsabilità amministrativa degli enti possa crollare. Per tali ragioni, si ritiene che se effettivamente la collaborazione dell'ente nell'attività di controllo della criminalità economica sia fondamentale per poter rendere effettivo il contrasto a tali fenomeni allora è necessario che, di conseguenza, i modelli organizzativi siano effettivamente funzionali ad operare come causa di esclusione della responsabilità dell'ente. Cfr. FIDELBO, RUGGERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., 6.

¹²⁸ Così BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, cit., 272.

ragioni sembrerebbe che la questione non possa ancora dirsi effettivamente risolta, anche alla luce del fatto che sul punto ancora non sono pervenute delle decisioni da parte della Corte di Cassazione.¹²⁹

In senso negativo al riconoscimento dell'istituto della messa alla prova si pongono alcune decisioni: ad esempio, il Tribunale di Milano, XI Sezione penale, con ordinanza del 27 marzo 2017¹³⁰ ha negato la possibilità di applicare l'istituto della messa alla prova sia in assenza di qualsivoglia riferimento normativo, sia perché l'applicazione analogica dell'istituto della messa alla prova sarebbe in realtà preclusa vista la natura sostanziale dell'istituto in questione. Dello stesso avviso sono anche il Giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna¹³¹ e il Tribunale di Spoleto¹³², i quali, seppur in maniera diversa, giungono alla

¹²⁹ In riferimento SANTORIELLO, *Cause di non punibilità, cause di estinzione del reato e processo alle società*, in *Arch. Pen.*, Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti, 2022, n. 1, 24 s.

¹³⁰ Tribunale di Milano, XI Sezione penale, ordinanza 27 marzo 2017, Est. Corbetta. La soluzione di applicare l'istituto della messa alla prova nel procedimento a carico dell'ente va esclusa per ragioni di ordine sostanziale ed inoltre per il richiamo al principio di legalità, ex art. 25, comma 2, Cost., per cui "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Ciò significa che «mentre il principio della riserva di legge può, a certe precise e limitate condizioni, essere relativo quanto alla descrizione del precetto, esso ha carattere assoluto quanto all'individuazione della pena», per cui «la sanzione da applicare ad una fattispecie che ne sia priva non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica. In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe il legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia sulla stessa efficacia e determinazione delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa». Pertanto «in assenza, *de jure condito*, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168-bis c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l'istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001».

¹³¹ Tribunale di Bologna, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 10 dicembre 2020, Giudice Gamberini. Sottolinea come l'applicazione della messa alla prova per gli enti sia preclusa per il fatto stesso che il legislatore non abbia provveduto ad un coordinamento fra le previsioni presenti nella l. n. 67/2014 ed il testo del d.lgs. n. 231/2001, di fatto quindi rendendo incompatibili le due discipline.

¹³² Tribunale di Spoleto, ordinanza 21 aprile 2021, Est. Cercola. Questo Tribunale ritiene che «il ricorso all'analogia risulti comunque inibito dal fatto che il percorso esegetico astrattamente concepito lascerebbe in concreto ampi margini di incertezze operative; in particolare rimarrebbe imprecisato l'ambito di applicazione della messa alla prova per gli enti, non essendo chiari i requisiti oggettivi di ammissibilità, a differenza di quanto invece previsto per gli imputati persone fisiche, a cui l'art. 168-bis c.p. accorda il beneficio della messa alla prova alla duplice condizione che non ne abbiano già usufruito in precedenza e che si proceda per reati puniti con pena pecuniaria ovvero detentiva non superiore nel massimo a quattro anni di reclusione». Inoltre, il Tribunale individua un'ulteriore ragione per negare agli enti l'accesso al rito premiale della messa alla prova in quanto «[...] il programma di messa alla prova [...] finirebbe con l'assumere un contenuto sostanzialmente equipollente alle prescrizioni elencate nell'art. 17 D.lgs. 231/2001» per cui di fatto «offrire all'ente anche la possibilità di avanzare istanza di sospensione del processo con messa alla prova significherebbe fornirgli uno agevole strumento per eludere la disciplina degli artt. 17 e 65 D.lgs. 231/01, consentendogli di ottenere, alle stesse condizioni dettate dalle disposizioni normative appena menzionate e senza alcun onere aggiuntivo, il beneficio della estinzione del reato».

medesima conclusione circa la non applicabilità dell'istituto della messa alla prova nei confronti dell'ente.

Al contrario invece, si è pronunciato in senso favorevole all'ammissione alla *probation* il Tribunale di Modena, con due decisioni distinte. Con la prima decisione nel 2020¹³³ il tribunale ha ammesso la persona giuridica alla sospensione del procedimento con messa alla prova – mettendo in discussione quanto detto dal Tribunale di Milano nel 2017 – ritenendo che tale soluzione sia l'unica in grado di valorizzare effettivamente lo spirito del d.lgs. n. 231 del 2001, il quale si caratterizza per la particolare attenzione che viene riservata alle occasioni di ravvedimento *post factum*, come momenti in grado di riportare l'ente sui corretti binari della legalità.

Successivamente, il Tribunale di Modena ritorna sul tema dell'ammissibilità dell'ente alla messa a prova¹³⁴, con una decisione in cui, seppur viene rigettata l'istanza presentata dal soggetto collettivo, l'autorità giudiziaria continua a ribadire fermamente la possibile applicazione dell'istituto della messa alla prova all'ente, chiarendo tuttavia che l'ammissione debba essere subordinata alla sussistenza, prima della commissione dell'illecito contestato, di un modello di organizzazione e gestione. Sembrerebbe che l'autorità giudiziaria volesse in questo senso intendere che laddove l'ente non fosse stato sprovvisto di un *compliance program* al momento della verifica del fatto di reato, l'autorità giudiziaria procedente avrebbe potuto effettivamente prendere in considerazione la sua richiesta; e in

¹³³ Tribunale di Modena, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 ottobre 2020, Giudice Dott. Romito. In questa occasione l'autorità giudiziaria « dopo aver appurato l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato e la concreta capacità dell'istante di tornare a operare entro i binari della legalità, ha acconsentito all'esecuzione del programma di trattamento proposto dalla difesa, dal quale emergeva l'intenzione dell'impresa di provvedere, in maniera seria e tempestiva: a) alla eliminazione degli effetti negativi dell'illecito; b) al risarcimento degli eventuali danneggiati; c) al restyling del modello di organizzazione e gestione, attraverso il potenziamento delle procedure di controllo relative all'area aziendale in cui si è verificata l'azione criminosa; d) allo svolgimento di una attività di volontariato, consistente nella fornitura gratuita di una parte della propria produzione in favore di un organismo religioso che gestisce un punto di ristorazione rivolto a persone bisognose. Verificato il corretto svolgimento di tali adempimenti, il giudice per le indagini preliminari ha successivamente dichiarato l'estinzione del reato». Sul punto v. GARUTI, TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 10, 4. Mediante tale decisione, il Tribunale di Modena «valorizzando la natura anfibia dell'istituto *de quo* – causa di estinzione del reato, da un lato, e procedimento speciale, dall'altro –, ha sfruttato le clausole di rinvio "aperto" di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001 e ammesso così la persona giuridica a beneficiare del meccanismo di *diversion in parola*».

¹³⁴ Tribunale di Modena, Ordinanza 15 dicembre 2020, Giudice Dott.ssa Quattrocchi.

questo modo si sarebbe giunti a un programma di trattamento che avrebbe potuto assicurare non solo l'intenzione dell'impresa di risarcire il danno cagionato ed eliminare, ove possibile, le conseguenze negative, ma altresì di procedere ad un effettiva ed efficace riorganizzazione del proprio assetto interno mediante la correzione e/o implementazione del modello che già una volta si è rivelato inidoneo a prevenire il reato della specie di quello verificatosi.¹³⁵

Sembrirebbe quindi che alla luce delle posizioni – brevemente esaminate – assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, affinché questo scenario possa definitivamente giungere a un punto decisivo sia necessario l'intervento del legislatore, per poter effettivamente fare chiarezza sul tema.

Qualora si riconosca l'applicabilità di tale rito speciale sembrerebbe potersi dire che la realizzazione di tali meccanismi sia in grado di incentivare effettivamente l'ente alla collaborazione, prevedendo dei vantaggi che non si esauriscano solamente in benefici di tipo trattamentale e sanzionatorio, ma, altresì, siano in grado di avere dei riflessi notevoli in termini riabilitativi e reputazionali. L'ente potrebbe dare prova immediata di un suo ravvedimento, dimostrando l'intenzione di condannare apertamente la condotta illecita che si è verificata al proprio interno; nell'esercizio di un'attività imprenditoriale sembrerebbe impensabile poter parlare di un "rischio zero" della commissione di illeciti, per cui un meccanismo idoneo a incentivare la collaborazione dell'ente consente di dare valore a quelle previsioni legislative su cui, di fatto, si è costruita la responsabilità *ex crimine* degli enti, puntando sull'adozione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo.

Con il riconoscimento dell'applicabilità della messa alla prova anche per le persone giuridiche sembrerebbero allora maggiori le possibilità di una reale collaborazione da parte dell'ente con le autorità governative.¹³⁶ In questo modo, infatti, l'ente potrebbe essere spinto e incentivato a mettere a disposizione le informazioni raccolte, potendo beneficiare delle conseguenze positive discendenti da tale rito alternativo. Inoltre, un meccanismo di tal fatta è anche idoneo a

¹³⁵ V. GARUTI, TRABACE, *Il Tribunale di Modena ancora sull'ammissibilità della persona giuridica al rito della sospensione del procedimento con messa alla prova: una conferma o una retromarche?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 2, 3.

¹³⁶ V. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1944.

dimostrare agli occhi di tutti l'intenzione dell'ente di esercitare l'attività d'impresa nel rispetto delle regole, traendone il soggetto collettivo giovamento così anche in termini reputazionali.

Infine, qualora l'ente abbia osservato le prescrizioni imposte dal programma riabilitativo, appositamente validate dall'organo giurisdizionale, sembrerebbe possibile che, l'esito positivo possa portare a una pronuncia di non doversi procedere per l'illecito ascritto in capo all'ente, avendo quest'ultimo dato tempestiva prova della sua riabilitazione, attuando il ripristino della situazione *quo ante* e il recupero di una corretta *compliance* aziendale.¹³⁷

6. Prospettive *de iure condendo* sulle investigazioni interne come strumento di prevenzione

La diffusione delle *internal investigations*, di pari passo al graduale diffondersi della cultura della legalità d'impresa, rappresenta un fenomeno ancora molto recente; in particolar modo, si può notare come l'intenzione di avviare un'indagine interna, su base spontanea, rappresenti una disciplina che fatica a prendere piede in Italia, e attualmente sembra essersi consolidata solo con riferimento alle multinazionali di grandi dimensioni, sovente controllate da entità di diritto statunitense o britannico.

In altri termini, quindi, si evince che l'attuazione del fenomeno delle *internal investigations* nell'ordinamento interno ancora non rappresenti una realtà autonoma, essendo possibile rinvenire esempi di *internal investigation* solo nell'ambito di grandi gruppi multinazionali, all'interno dei quali la capogruppo spesso è una società statunitense, per cui l'avvio di un'indagine interna sembrerebbe quasi obbligata, per essere in linea con quanto accade nella realtà americana.¹³⁸

Alla luce delle premesse fatte, si può inoltre notare che a livello internazionale, le indagini interne, inserite in un contesto articolato e complesso,

¹³⁷ In merito MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1946.

¹³⁸ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 227. Inoltre, l'Autore evidenzia come il fatto che le indagini interne si siano maggiormente sviluppate, nell'ordinamento italiano, in contesti di gruppi multinazionali, controllate da entità statunitensi «non è privo di significato, poiché il recepimento dei modelli di verifica della *compliance* è destinato a risentire dei modelli gestori che le *subsidiaries* inevitabilmente subiscono».

come quello dell'odierno tessuto socio-economico, rappresentino, in realtà, uno strumento estremamente efficace nella lotta alla criminalità di impresa. In questo contesto, diversi autori¹³⁹ hanno avuto modo di sottolineare come il comportamento proattivo dell'ente è in grado di porre in essere un reale freno a tali fenomeni, garantendo un effettivo contrasto alla commissione di condotte illecite nel mondo degli affari. In particolar modo, grazie a uno studio dell'OCSE¹⁴⁰, è emerso chiaramente in relazione al contrasto ai fenomeni corruttivi «il chiaro beneficio che può derivare dall'incentivazione dell'impresa a svolgere un'attività di primo piano nella prevenzione e/o segnalazione di questa tipologia di illeciti».¹⁴¹

I benefici di un'indagine interna, se svolta correttamente, possono essere notevoli e risolvere sia eventuali contrasti verificatisi in seno all'ente nel normale svolgimento dell'attività d'impresa (consentendo *in primis* di identificare e punire coloro che hanno posto in essere le relative violazioni), sia migliorare l'organizzazione della società, a prescindere dalla violazione di determinate *policy* aziendali, nel caso in cui si riscontrino delle lacune in termini di buona *compliance*. Tuttavia, avviare una *internal investigation* rappresenta una decisione che la società deve prendere, nell'ottica di un corretto bilanciamento di vari interessi in gioco, considerando che spesso possono risultare particolarmente difficoltose per varie ragioni; in primo luogo, perché generalmente esse si svolgono in ambienti che a seguito della notizia di un'indagine in corso possono mostrarsi tendenzialmente poco collaborativi o comunque turbati dagli eventi; in secondo luogo, può accadere

¹³⁹ Sul punto si sono espressi SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 73 ss.; ma anche MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 117 ss.

¹⁴⁰ Di recente, nel 2014 si sono avuti i risultati di una ricerca svolta dall'OCSE che ha riguardato l'analisi di 427 casi di corruzione internazionale, i quali si sono realizzati all'interno di Paesi che hanno aderito alla «Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali», stipulata il 17 dicembre 1997, ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999. Gli esiti di tale ricerca, *Foreign Bribery Report*, hanno riportato come oltre il 30% dei casi di corruzione che sono emersi, lo si deve grazie all'impulso dell'impresa (self-reporting), la cui conoscenza è derivata principalmente a seguito di attività di *audit* interno (31%) o di *due diligence* realizzate nell'ambito di operazioni di acquisizione di partecipazioni societarie (28%). Al contrario, emerge che solamente il 13% dei procedimenti per corruzione sono stati avviati a seguito di un'iniziativa dell'autorità giudiziaria; infine, il 69% dei procedimenti che sono stati avviati si sono poi conclusi tramite un accordo fra l'autorità giudiziaria e l'azienda coinvolta. Così MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 120.

¹⁴¹ In merito MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica*, cit., 119.

spesso che l'inizio dell'indagine si basi su segnalazioni approssimative, o che hanno bisogno di attività preliminari volte alla definizione dell'ambito di indagine e verifica della veridicità della notizia.¹⁴² Inoltre, ulteriori difficoltà derivano dal fatto che l'analisi dei documenti interni nel corso di un'indagine è ingente, e questo deve essere al tempo stesso bilanciato insieme al fattore temporale di cui dispone la società per svolgere l'indagine.

Nell'ordinamento italiano sono state avviate in alcuni casi investigazioni interne all'ente e tuttavia, come accennato precedentemente, i motivi che ne hanno determinato l'avvio sono in realtà distanti dalle valutazioni circa i possibili benefici che potrebbero derivare in capo all'ente, trattandosi, essenzialmente, di attività poste in essere per soddisfare aspettative di *stakeholders* esterni all'impresa.¹⁴³ Questo significa che le investigazioni interne vengono svolte senza la pretesa di divenire «parte integrante di un sistema circolare interno di apprendimento organizzativo e di miglioramento continuo del sistema di controllo interno»¹⁴⁴; quindi, limitando, nei fatti, quelli che potrebbero essere i vantaggi maggiori che discendono da un'attività che, essendo di per sé costosa e spesso difficoltosa anche in termini tecnico-operativi, meriterebbe di essere tenuta in considerazione in tutti i suoi aspetti.

In conclusione, può dirsi che le indagini interne all'ente potrebbero rappresentare, in primo luogo, un ottimo strumento in grado di prevenire la commissione di illeciti rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 oppure di violazioni di *policy* aziendali. Inoltre, mediante lo svolgimento delle investigazioni interne sembrerebbe possibile “riempire” di contenuto quanto previsto in ambito di Modelli organizzativi – *ex art. 6 d.lgs n. 231 del 2001* – i quali potrebbero dirsi idonei ed efficaci poiché si garantirebbe un sistema in grado di effettuare dei costanti controlli interni, con l'immediata conseguenza che, nel caso in cui vengano

¹⁴² In riferimento FORTUNATO, DI NOCCO, *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o «internal investigation»*, in *Riv.dott. comm.*, 2018, n. 2, 253. L'Autore infatti sottolinea che «spesso le internal investigation sono svolte in Italia o perché richieste da standard di comportamento previsti da legislazioni estere o comunitarie o perché, nelle società quotate di più grandi dimensioni, occorre riferire al mercato ed alle autorità di vigilanza la valutazione degli organi di governo».

¹⁴³ Così FORTUNATO, DI NOCCO, *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 253.

¹⁴⁴ V. FORTUNATO, DI NOCCO, *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 253.

riscontrate delle lacune di *compliance*, esse potranno essere prontamente ed immediatamente sanate dall'ente adottando i relativi correttivi.

Tuttavia, l'assenza di una disciplina normativa in grado di definire gli aspetti di rilievo dell'istituto dell'investigazione interna comporta in *primis* che ogni condotta di tipo collaborativo adottata dall'ente su base volontaria sia di fatto sempre oggetto di valutazione giudiziaria ai fini del trattamento sanzionatorio.¹⁴⁵ Inoltre, si osserva che l'autorità giudiziaria non sia orientata a tenere in considerazione gli esiti prodotti dalle indagini interne; anche se queste ultime vengono condotte da soggetti indipendenti e in maniera professionale e deontologicamente corretta.¹⁴⁶

7. Il modello americano come prospettiva futura di riforma per l'ordinamento italiano

7.1. Il *self reporting*

Recentemente, sulla spinta di diverse sollecitazioni provenienti da sistemi di matrice nordamericana e anglosassone, si è iniziato a ragionare diversamente in ambito di valorizzazione delle condotte di collaborazione da parte dell'ente, l'adozione delle quali potrebbe essere in grado di portare l'impresa stessa ad ottenere l'esclusione della responsabilità per il procedimento avviato nei suoi confronti. La normativizzazione della collaborazione processuale consisterebbe nella possibilità di premiare coloro che concretamente pongano in essere una condotta volta ad aiutare l'autorità giudiziaria nella raccolta di tutti gli elementi utili ai fini della corretta ricostruzione dei fatti e per l'individuazione dei soggetti responsabili.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Così MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano*, cit., 228.

¹⁴⁶ FORTUNATO, DI NOCCO, *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna*, cit., 253. Questa situazione, tuttavia, genera un paradosso dovuto al fatto che le autorità inquirenti non vogliono tenere in considerazione le risultanze delle indagini svolte dall'ente, nemmeno nell'ottica di poterle considerare un punto di partenza; tale per cui l'ente è quindi scoraggiato dall'avviare l'indagine, soprattutto alla luce dei costi che un'attività del genere richiede e degli sforzi che la società deve fare per poterle svolgere nella maniera migliore possibile. Ma al tempo stesso, l'amministrazione pubblica non è in grado di svolgere delle indagini congrue, non avendo a disposizione le strutture e i mezzi necessari per poter compiere l'investigazione di propria iniziativa e nei tempi richiesti, il tutto riflettendosi quindi nell'ingiustificato dilatamento della complessità e durata dei procedimenti, a danno delle imprese ma anche della collettività.

¹⁴⁷ Cfr. FIDELBO, RUGGERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., 8.

Il meccanismo alla base del sistema di c.d. *self-reporting* (“auto-denuncia”), si traduce in una tempestiva comunicazione degli illeciti scoperti alle autorità giudiziarie mediante una segnalazione spontanea, con cui vengono condivisi tutti i risultati, i quali possono essere stati conseguiti a seguito di un’attività di investigazione interna, per cui possono essere estremamente utili, talvolta anche indicando i potenziali soggetti responsabili dell’illecito verificatosi.

Questo meccanismo ha evidenti vantaggi, i quali possono, da un lato, consentire di eliminare eventuali comportamenti illeciti e lacune interne, ponendo in essere immediatamente correttivi, senza dover richiedere l’intervento di soggetti terzi, assicurando il perseguimento della legalità; inoltre, proprio grazie alla condivisione di tali risultati, nell’ipotesi in cui venga instaurato un procedimento penale, l’ente potrà beneficiare dei vantaggi premiali individuati all’interno del d.lgs. n. 231 del 2001.

Il meccanismo del *self-reporting*, ovvero questo sistema di segnalazione spontanea da parte dell’ente, si è principalmente sviluppato nel contesto statunitense, dove si prevede che l’ente che ponga in essere un atteggiamento collaborativo nei confronti dell’autorità governativa possa ottenere che nei suoi confronti non venga esercitata l’azione penale – grazie alla conclusione di accordi quali *Deferred prosecution agreements* ovvero *Non prosecution agreements*– evitando così del tutto, quindi, di subire non solo il procedimento penale, ma altresì tutte le conseguenze che da ciò derivano in termini di danni economici e reputazionali.¹⁴⁸ Tale meccanismo sembrerebbe essere ben lontano dall’essere implementato nell’ordinamento interno; il nostro sistema, infatti, sembra mostrarsi refrattario alla possibilità di introdurre meccanismi in grado di valorizzare una collaborazione dell’ente *tout court*, ancora disconoscendo «una cooperazione paritaria pubblico-privato nella ricerca degli elementi utili all’inchiesta»¹⁴⁹, in quanto, da un lato l’ente, e dall’altro la pubblica accusa, rivestono ruoli ben distinti e non riescono, ancora, ad essere visti in maniera paritaria.

¹⁴⁸ In riferimento BARBIERI, *Whistleblowing e Internal Investigation: Una prospettiva di collaborazione dell’ente*, in *Sistema penale*, n.6, 2020, 205.

¹⁴⁹ In questi termini BONELLI, «*Collaborazione*» tra autorità pubbliche e società private per un’efficace lotta alla corruzione, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, n. 3, 675 s.

Nel sistema interno sembrerebbe che la collaborazione dell'ente e quindi il meccanismo di *self-reporting* venga più che altro ostacolato, e non considerato come uno strumento idoneo; si evidenzia come «l'assenza di una procedura collaborativa su base volontaria, avente carattere generale, riconduce ogni forma di denuncia del comportamento inosservante operata dalla società alla dinamica dell'acquisizione di una notizia di reato, costituendo in linea di principio un disincentivo, ben più che un premio, al coinvolgimento delle pubbliche autorità e alla collaborazione nel facilitare l'emersione dell'illecito».¹⁵⁰

Ciononostante, viste le notevoli potenzialità che un meccanismo del genere può portare, sia all'ente collettivo, ma anche al sistema interno potendo garantire una maggior effettività nel contrasto alla criminalità economica, la dottrina italiana ha ipotizzato la possibilità di mutuare dall'ordinamento statunitense il c.d. *self-reporting*, e la configurabilità di una causa di non punibilità nei confronti della persona giuridica che decida di porre in essere una segnalazione spontanea e collaborare con l'autorità giudiziaria.¹⁵¹ A sostegno delle proposte formulate in dottrina, si vuole, da ultimo, sottolineare come la logica della collaborazione sia alla base della intera normativa in materia di responsabilità da reato degli enti, e giustifichi l'opportunità di introdurre un sistema idoneo a incentivare forme di collaborazione "processuale", prevedendo degli effettivi vantaggi in termini di

¹⁵⁰ In riferimento MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1944.

¹⁵¹ In merito CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di) *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, 2016, 287 ss. Gli Autori evidenziano l'importanza che «una volta verificatosi il reato, l'ordinamento dovrebbe favorire l'emersione delle condotte illecite e la collaborazione dell'ente con l'autorità giudiziaria». Tuttavia, essendo l'ordinamento interno privo di una regolamentazione in grado di assicurare incentivi reali all'ente per l'attivazione di tale meccanismo virtuoso, di fatto la collaborazione delle persone giuridiche ad oggi sembra quasi inesistente, soprattutto se dalla segnalazione spontanea da parte dell'ente l'unica conseguenza è in termini di attivazione del pubblico ministero e conseguente acquisizione di una notizia di reato. È evidente, quindi, che in un contesto simile la persona giuridica sarà sicuramente disincentivata dal far emergere condotte illecite verificatesi al suo interno. Per tali ragioni gli Autori ritengono necessario «elaborare un'espressa e inequivoca disciplina premiale per l'ente che scelga la strada del *self-reporting*. [...] Una possibile soluzione normativa potrebbe essere la previsione di una causa di non punibilità per la società che, entro tre mesi dalla conoscenza di fatti illeciti commessi da dipendenti o apicali della società stessa, riporti all'autorità giudiziaria quanto appreso, fornendo elementi utili all'avvio e alla prosecuzione delle indagini e mettendo a disposizione l'eventuale profitto conseguito. La *disclosure* dovrebbe in ogni caso avvenire prima che l'ente abbia avuto – tramite i suoi gestori – formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dall'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per il reato presupposto oggetto della collaborazione volontaria».

esclusione della responsabilità dell'ente; e ciò al fine di allinearsi con la *ratio legis*.¹⁵²

7.2. La disciplina vigente: un sistema di incentivi alterato

Il d.lgs. n. 231 del 2001, come si è avuto modo di illustrare nel corso di questa analisi, consente all'ente numerose occasioni per poter effettivamente attuare il ripristino della legalità violata, prevedendo sia degli strumenti da attuarsi prima della commissione della condotta illecita, sia strumenti che consentono un recupero della legalità *ex post*; in linea con quella filosofia di origine statunitense del c.d. "*carrot-stick-approach*"¹⁵³.

Il legislatore italiano, tenendo in considerazione la prassi di matrice statunitense, nel disegnare l'impianto normativo della responsabilità dell'ente ha predisposto un sistema di incentivi nei confronti della società che si attivi per giungere all'emersione dell'illecito verificatosi; per contrastare la criminalità economica il sistema italiano appresta, più che misure esclusivamente repressive, una serie di strumenti e di misure atti a far sì che l'impresa stessa operi sempre in una dimensione volta alla legalità nell'esercizio dell'attività economica.

Tuttavia, alla luce della storia giurisprudenziale che ha accompagnato il d.lgs. 231/2001 e delle numerose critiche che sono emerse in dottrina, non sembra possa dirsi che il sistema di incentivi ideato dal legislatore sia effettivo e reale¹⁵⁴. Numerose sono infatti le criticità e le perplessità emerse con riferimento alla effettiva attuazione dei Modelli organizzativi, i quali possono, se posti in essere correttamente, portare alla scoperta da parte dell'impresa di condotte illecite, senza però che siano previsti strumenti in grado di regolare normativamente l'utilizzo di tali informazioni in ottica premiale per l'ente.

¹⁵² BARBIERI, *Whistleblowing e Internal Investigation*, cit., 207.

¹⁵³ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 71.

¹⁵⁴ Sul punto è possibile leggere «L'ordinamento non prevede invece incentivi per la segnalazione dell'illecito all'autorità giudiziaria e ciò determina un'obiettiva irrazionalità rispetto agli scopi di un "partenariato" nato per gestire il rischio criminale», così CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 111.

Per tali ragioni infatti possiamo notare che, da un lato, alla luce del sistema normativo vigente, l'ente è chiamato alla «tensione permanente verso la legalità»¹⁵⁵ – ad esso viene costantemente richiesto di agire al fine di eliminare ogni possibile rischio di reato –; per altro verso, non sono in alcun modo previste e normativizzate misure in grado di porre l'ente nella condizione di auto-denunciare, sporgendo denuncia-querela, un reato commesso da un soggetto incardinato nella sua struttura senza al tempo stesso correre il rischio di vedersi coinvolto direttamente nel procedimento penale.

Le investigazioni interne da un lato consentono alla società di poter ampiamente indagare sulle eventuali condotte illecite poste in essere da soggetti interni all'impresa, prevedendo così gli opportuni provvedimenti disciplinari e colmando i *gap* di *compliance* che hanno portato alla commissione dell'illecito; dall'altro lato, però non potranno dirsi altrettanto utili con riferimento alla decisione di presentare denuncia-querela nei confronti dell'autore del reato, dal momento che non vi sarà certezza alcuna per l'ente di non subire un procedimento penale *ex d.lgs.* 231/2001, con tutti i conseguenti rischi connessi.

La mancanza di sistemi di *self-reporting* normati, in grado di apprestare delle garanzie nei confronti dell'ente che decide di voler effettivamente collaborare con l'autorità inquirente, mostra ancora una volta il lato debole dei Modelli organizzativi e dell'impianto normativo che fa perno sull'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001. L'impianto delineato con riferimento alla responsabilità dell'ente impone che quest'ultimo adotti un Modello organizzativo che, alla stregua di tutti i requisiti normativi richiesti dalla norma, venga di conseguenza ritenuto efficace e idoneo. Tuttavia, anche qualora il sistema di *compliance* interna sia talmente efficiente da rispondere a quelli che sono gli obiettivi di una buona *policy* aziendale, non può certamente dirsi idoneo ad intercettare, *rectius*, prevenire la condotta illecita.

La lacuna è data dal fatto che, nonostante una buona *compliance*, all'ente non viene data nessuna garanzia in termini procedurali, ed esso potrà certamente essere coinvolto nel procedimento penale, e – conseguentemente – essere ritenuto

¹⁵⁵ In riferimento, BASSI, MORELLI, *Internal Investigations: uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, n.4, 298.

responsabile per il verificarsi dell'illecito, nonostante l'adozione del Modello organizzativo.

Il legislatore italiano, con l'introduzione della responsabilità dipendente da reato delle persone giuridiche, sembra aver disciplinato diversi aspetti – in un'ottica di prevenzione più che di repressione – che sembrano però non riuscire ad avere la portata reale che il legislatore si era prefissato, generando, di fatto, una *impasse*.

Si rende necessario, pertanto, un intervento normativo in tal ambito sul d.lgs. n. 231 del 2001 al fine di dare un nuovo slancio alla rivoluzione culturale avviata più di vent'anni con il superamento del brocardo *societas delinquere non potest*.

Il ruolo rappresentato dalle investigazioni interne è stato senz'altro rilevante, tanto da aver assunto nel settore della responsabilità *ex crimine* degli enti – soprattutto per le aziende inserite in contesti particolarmente complessi – un punto di svolta nell'efficace attuazione dei Modelli organizzativi.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge in maniera sempre maggiore l'importanza delle investigazioni interne e di come queste ultime debbano essere prese in considerazione dal legislatore interno in vista di un intervento in materia¹⁵⁶, al fine di soddisfare gli obiettivi di fondo cui è improntato l'assetto del d.lgs. n. 231 del 2001 formalizzando però ulteriori modalità e corrispondenti benefici a cui l'ente possa accedere, laddove intraprenda percorsi volontaristici che mirino a garantire concretamente il ripristino della legalità al proprio interno. Può dirsi, infatti, che sia giunto il momento di abbandonare l'approccio inquisitorio che guarda con sfiducia alle organizzazioni complesse, in favore di un'apertura alla collaborazione.

Non appare logico prevedere una disciplina improntata al soddisfacimento di diversi requisiti e criteri che vengono richiesti all'ente, inteso come tutti i suoi organi, al fine di prevedere un'efficace prevenzione del rischio reato senza però poi consentire ad esso, all'emersione dell'illecito, di finalizzare tutti gli sforzi posti in essere. In tale contesto si può richiamare l'immagine, anch'essa di origine statunitense, che viene evocata in dottrina per descrivere l'azione che il legislatore

¹⁵⁶ Al momento la normativizzazione delle indagini interne è un fenomeno che inizia ad essere disciplinato nell'ordinamento tedesco; la bozza del «*Verbandssanktionengesetz*» all'art. 18, comma 1, prevede incentivi nel caso in cui la società collabori con le autorità e metta a disposizione le informazioni rilevanti acquisite con lo svolgimento di un'indagine interna.

esercita nei confronti dell'organizzazione complessa: il riferimento è alla tecnica del lottatore di judo, il quale, a differenza di quello di sumo che invece fa affidamento sulla forza bruta, «sfrutta la forza del suo avversario contro di lui»¹⁵⁷; in effetti il sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 richiede numerosi sforzi all'organizzazione complessa per andare esente da responsabilità, tuttavia se non si prevedono dei reali strumenti volti ad incentivare l'emersione dell'illecito, il rischio è che le previsioni rimangano astratte senza riuscire ad avere un risvolto concreto nella lotta al contrasto della criminalità economica.¹⁵⁸

Non si può pretendere una gestione aziendale in cui vi sia il “rischio zero” di reato; al contrario ciò che si potrà invece pretendere sarà la gestione ottimale delle criticità finalizzata a fare emergere detti rischi e trasformare i punti deboli in un momento di crescita e miglioramento per la società, valorizzando la collaborazione attiva con l'organo inquirente.¹⁵⁹

In conclusione, sembra evidente la necessità di una regolamentazione espressa delle indagini interne, prevedendone chiaramente le funzioni e i limiti in raccordo con le indagini e le relative inchieste sviluppate dall'autorità inquirente. In particolar modo, sembrerebbe che una disciplina delle investigazioni interne debba incidere su alcuni aspetti fondamentali: in primo luogo, la disciplina del *legal privilege*, ovvero la copertura privilegiata delle informazioni e dei dati raccolti, non solo in capo al difensore esterno appositamente incaricato, ma estendendola anche a soggetti interni all'ente che possono svolgere le relative attività di indagine. In secondo luogo, sembrerebbe opportuno che vengano predisposte delle specifiche regole atte a disciplinare in maniera puntuale le singole attività di indagine: sia con riferimento alla ricerca, acquisizione e conservazione dei documenti aziendali, con particolare attenzione al tema della analisi della posta elettronica del dipendente;

¹⁵⁷ Così STELLA, *Criminalità di impresa: lotta di stano e lotta di judo*, in *Riv. Trim. dir. pen.*, 1998, 471: «È a quest'ultima strategia [del lottatore di judo] che bisognerebbe ispirarsi nella lotta contro la criminalità di impresa: per dissuadere il manager dal compimento di atti illeciti bisogna analizzare e capire la forza delle società per usarla contro i managers che agiscono illegalmente, e prima che agiscano illegalmente».

¹⁵⁸ Sul punto GULLO, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I Diritto sostanziale, Torino, 2020, 244. La logica è quella di «utilizzare la stessa impresa [...] avvalendosi dell'accurata capacità di diagnosi della propria struttura interna, della conoscenza analitica dei meccanismi di funzionamento, dell'attitudine a indirizzare i comportamenti dei membri e a forgiare «dispositivi di autorinforzo» volti a mitigare il rischio di realizzazione di reati».

¹⁵⁹ V. GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 245

sia con riferimento alle interviste, al fine di stabilire non solo le modalità di svolgimento, ma soprattutto i limiti a tali attività al fine di individuare le opportune garanzie a tutela dei soggetti sottoposti alle attività di indagine interna, i quali, al momento, sono sprovvisti di adeguate garanzie. Da ultimo, un aspetto fondamentale della disciplina delle investigazioni interne che richiede l'intervento del legislatore è rappresentato dal rapporto tra le indagini interne condotte dalla società e le indagini condotte dall'autorità giudiziaria, sia in termini di condivisione degli esiti ottenuti, sia di utilizzo effettivo delle risultanze, disciplinando gli effetti, di conseguenza, della collaborazione.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Sul punto CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 289 s.

CONCLUSIONI

A oltre vent'anni dall'introduzione della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche nel nostro Paese, sono emersi diversi profili, non sufficientemente disciplinati, che richiedono un intervento del legislatore, volto a preservare l'impianto entrato in vigore nel 2001 ed evitare che risultino minati gli obiettivi e le finalità posti alla base di tale sistema.

Segnatamente, pare opportuno rilevare che le finalità che il legislatore intendeva perseguire con l'adozione della normativa in tema di responsabilità dell'ente non risultano compiutamente conseguite o conseguibili allo stato nel nostro ordinamento, come emerso anche alla luce delle esperienze degli ordinamenti statunitensi e anglosassoni presi precedentemente in esame.

L'analisi svolta ha evidenziato *in primis* gli aspetti vantaggiosi dell'istituto delle investigazioni interne nell'ambito societario, in linea con gli obiettivi e le finalità esposti nell'introduzione svolta in apertura. La precedente disamina ha, in particolare, posto in evidenza la carenza di una disciplina positiva sulla specifica materia delle investigazioni interne. Anche muovendo dalla comparazione con i sistemi stranieri, si è tentato di rinvenire nella normativa esistente elementi utili ad inquadrare la disciplina delle investigazioni interne.

In altri termini, interpretativamente si è ritenuto di poter individuare nell'Organismo di Vigilanza il soggetto atto a condurre e monitorare lo svolgimento delle investigazioni interne, alla luce dei requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità che caratterizzano tale organismo. Tuttavia, l'Organismo di Vigilanza, pur se dotato di ampi strumenti e capacità di coordinamento e supervisione dell'attività dell'ente – in linea con i poteri attribuiti a esso ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 –, inevitabilmente, riporta i risultati della sua attività all'organo amministrativo, c.d. *board*. Questo aspetto limita gli effetti delle attività di indagine, in quanto l'utilizzo delle stesse è rimesso al soggetto che organicamente rappresenta l'ente ed è quindi in posizione conflittuale rispetto, appunto, agli esiti (soprattutto se pregiudizievoli) ottenuti. In sostanza, la posizione indipendente e professionale dell'Organismo di Vigilanza, proprio in ragione della sua collocazione nell'organigramma dell'ente, può risultare attenuata, se non svilita, dal fatto che la decisione finale in ordine all'utilizzo delle risultanze delle *internal*

investigations è rimessa al soggetto (Consiglio di Amministrazione) inciso dalle stesse investigazioni. E tale aspetto, evidentemente, costituisce un *vulnus* alla affidabilità dei risultati stessi delle investigazioni interne, dal momento che i risultati conseguiti saranno assoggettati al filtro dell'organo amministrativo, il quale sarà interessato alla salvaguardia e tutela degli interessi dell'ente – ed anche, eventualmente, propri, in ragione dei diritti economici legati alla sua attività amministrativa – possibilmente confliggenti con quelli di giustizia.

La situazione appena delineata mette in evidenza la necessità di una disciplina positiva in ordine alle investigazioni interne, poiché, a legislazione esistente, l'unico riferimento rinvenibile è quello delle investigazioni difensive *ex artt. 391-bis e seguenti* del codice di rito.

Tale tracciato normativo costituisce la sola chiave per l'interprete per inquadrare il tema delle *internal investigations* nel nostro ordinamento. L'analisi di questo istituto consente anche di evidenziare l'utilità per l'ente di un'attività preventiva d'indagine attraverso un difensore del libero foro, appositamente incaricato. I risultati conseguiti da tale attività, invero, beneficeranno della copertura del segreto professionale e al tempo stesso consentiranno all'ente di valutare l'esatta portata delle condotte tenute senza, tuttavia, essere esposti alla possibile acquisizione da parte della magistratura, ottenibile invece nel caso in cui le investigazioni siano svolte da componenti *in-house*. Nell'ambito delle investigazioni difensive esistono infatti precisi limiti, soprattutto soggettivi; esse si applicano soltanto al difensore appositamente incaricato, il quale unicamente potrà opporre il segreto in ordine ai risultati investigativi conseguiti. Al contrario, soggetti designati all'interno dell'organizzazione dell'ente non potranno beneficiare dello stesso trattamento riservato dalla legge al difensore.

Ne consegue che la normativa italiana sulle investigazioni difensive non riesce a coprire interamente i vari aspetti delle *internal investigations* perché in concreto tali non possono dirsi quando sono svolte da un soggetto esterno, difensore di libero foro, in ogni caso legato da un mandato defensionale nei confronti del proprio committente. E tale situazione pone nuovamente in evidenza il fatto che i risultati delle indagini svolte *ex artt. 391-bis e nonies c.p.p.* sono d'appannaggio del conferente l'incarico professionale – l'ente – il quale rimane arbitro dell'utilizzo

degli stessi. In altri termini si giunge allo stesso epilogo già delineato per i risultati conseguiti dall'Organismo di Vigilanza: è sempre il soggetto in conflitto d'interesse a dover decidere dell'utilizzo dei risultati delle investigazioni difensive secondo calcoli opportunistici.

Quanto detto finora mette in evidenza la necessità di un adeguato intervento legislativo, il quale non soltanto disciplini *ad hoc* l'istituto delle investigazioni interne, ma altresì le renda interessanti e convenienti per l'ente; considerato che in capo ad esso e ai suoi organi rappresentativi vi è piena consapevolezza dei risultati delle indagini interne e delle relative implicazioni penali. Invero, l'assenza di una disciplina positiva non consente di delineare gli aspetti centrali delle *internal investigations* e i relativi effetti, specie in termini di benefici premiali, che interessano la collaborazione della persona giuridica.

Uno spunto, a tal proposito, può trarsi dall'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001 che prevede la clausola c.d. di compatibilità con le disposizioni del codice di rito nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Tuttavia, si osserva come non tutti gli interpreti sono concordi nell'applicazione di alcuni istituti previsti dal codice di procedura penale nel relativo procedimento di accertamento per la responsabilità degli enti, quale ad esempio l'istituto speciale della sospensione del procedimento con messa alla prova. L'applicazione di tale istituto non solo consentirebbe di ottenere una maggiore implementazione delle *internal investigations*, ma altresì in ottica di benefici premiali permetterebbe all'ente di ottenere – in caso di esito positivo del periodo di prova – la conseguente estinzione dell'illecito. Alcuni autori ritengono non compatibile tale rito alternativo con il procedimento penale *de societate*, e ciò mette in evidenza – ancora una volta – la necessità di una disciplina positiva che regoli gli effetti della collaborazione con la condivisione degli esiti delle *internal investigations*.

Ad oggi, l'unico incentivo previsto per l'ente è rappresentato dall'attuazione di condotte riparatorie e ripristinatorie, le quali, però, devono realizzarsi all'interno dei precisi limiti delineati dall'art. 17 del d.lgs. n. 231 del 2001 – prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado – che consentono all'ente solamente una riduzione della sanzione pecuniaria.

La persona giuridica – allo stato attuale – non può confidare sui benefici che la collaborazione, invece, riserva alla persona fisica. L'unico aspetto premiale appena evidenziato, peraltro, attiene a una fase processuale contraddistinta dall'avvenuto rinvio a giudizio e quindi da effetti negativi reputazionali già subiti dall'ente. In altri termini, l'assenza di una disciplina positiva in termini premiali non consente di affrontare preventivamente il tema della responsabilità dell'ente scaturente dagli effetti delle investigazioni interne. E ciò induce l'ente stesso a non propalare gli esiti delle indagini (interne o difensive che siano) poiché interessato a non pregiudicare sé stesso, bensì a utilizzare quanto conseguito durante le indagini in termini di difesa nel caso di avvio da parte della pubblica accusa di un procedimento penale.

La mancanza di una disciplina positiva, allora, incide sulla possibilità che le *internal investigations* divengano strumento di ausilio nel contrasto alla criminalità economica, poiché l'ente interessato non è incentivato allo svolgimento delle investigazioni, né alla condivisione dei risultati, in assenza di risvolti favorevoli per l'ente stesso. *De iure condendo*, appare, allora, essenziale definire un quadro di certezza in termini premiali – come per la collaborazione della persona fisica – al fine non soltanto di incentivare lo svolgimento delle investigazioni interne, bensì di positivizzare i vantaggi derivanti dalla condivisione degli esiti delle stesse con la pubblica accusa, con complessivi benefici per il sistema tutto in termini di lotta al *corporate crime*.

BIBLIOGRAFIA

- ABRIANI, GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2012, 3, 191 ss.
- ALESSANDRI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, 75 ss.
- ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, vol. 1, *I Principi Generali*, Torino, 2018.
- AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended Practices for Companies and their Counsel in Conducting Internal Investigations*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2009, 46/73, 75 ss.
- ANGIULI, *Responsabilità da reato dell'ente*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di), *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 71 ss.
- ARENA, CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007.
- ARLEN, BUELL, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di), *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 4 ss.
- ARLEN, BUELL, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, in *U.S.C. L. Rev.*, 2020, 93, 13 ss.
- ARLEN, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines*, in *U. Miami L. Rev.*, 2012, 66, 321 ss.
- ARLEN, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 1994, 23, 2, 836 ss.

ASSONIME, Circolare n. 16 del 28 giugno 2018.

ASSONIME, *L'Organismo di Vigilanza nella prassi delle imprese a vent'anni dal d.lgs. 231/2001*, Note e studi n. 10 del 2021, 58 ss.

ASSUMMA, LEI, *Commento Articolo 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione* (diretto da) LEVIS, PERINI, Bologna, 2021, 231 ss.

BARBIERI, *Whistleblowing e Internal Investigation: Una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, 197 ss.

BARLETTA, *Il "legal privilege" come principio fondamentale ed i suoi limiti: il caso della normativa antiriciclaggio*, in *Forum Qcost.*, 2010, 4, 3 ss.

BASSI, MORELLI, *Internal Investigations: uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, 4, 292 ss.

BASSI., EPIDENDIO. *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.

BENNETT, KRIEGL, RAUH, WALKER, *Internal Investigations and the Defense of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era*, *The Business Lawyer*, in *American Bar Association*, 2006, 62, 1, 55 ss.

BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: le Federal Sentencing Guidelines*, in *Foro ambr.*, 2003, 4, 523 ss.

BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti di riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 47 ss.

- BILIGOTTI, *Ragioni, finalità, team e action plan*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di), *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 1 ss.
- BONELLI, «*Collaborazione*» tra autorità pubbliche e società private per un'efficace lotta alla corruzione, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 3, 675 ss.
- BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI, *Codice civile Commentato*, IV ed., Torino, 2012.
- BOSSI, BORTOLOTTO, *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2013, 1, 109 ss.
- BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE, MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 199 ss.
- BRONZO, *Procedimenti speciali e giudizio*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, Diritto processuale Torino, 2020, 272 ss.
- BRUNO, BOTTIGLIONI, *Sub art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001*, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 430 ss.
- CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2010, 1, 73 ss.
- CAMON, *Le indagini preliminari*, in CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, II ed., Milano, 2020, 387 ss.
- CAPPA, *La figura del giurista d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2005, 1, 170 ss.
- CARDIA, *Legge di Stabilità 2012 e D.Lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, 1, 123 ss.

- CARNÀ, *L'organismo di vigilanza ex. Dlgs n. 321/2001. L'attività di vigilanza e le investigazioni interne*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Giappichelli, 2021, 115 ss.
- CARNÀ, *Le policy aziendali quali strumenti di autoregolamentazione: dalla implementazione al monitoraggio*, in *La gestione della compliance. Sistemi normativi e controllo dei rischi*, (a cura di) ADOTTI, BOZZOLAN, Luiss University Press, II ed., 2020.
- CATINO, *Capire le organizzazioni*, Bologna, 2012.
- CATTANEO, *Le indagini interne: presupposti, finalità e aspetti operativi*, in Convegno AODV 231, 2013.
- CENTONZE, GIAVAZZI, *Le indagini interne: un inventario delle questioni attuali*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Giappichelli, 2021, IX.
- CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv.soc.*, 2012, 317 ss.
- CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 2, 219 ss.
- CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 87 ss.

- CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di) *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, 2016.
- CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. i limiti del d.lgs n. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it dir. proc. pen.* 2017, 945 ss.
- CERESA-GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019.
- CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, Torino, 2021.
- CERQUA, *Commento all'articolo 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in LEVIS, PERINI (diretto da) *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021, 375 ss.
- CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.
- CHANDHOK, *L'esperienza statunitense*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 193 ss.
- COHN, *The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege*, in *Georgetown L. J.*, 1983, 71, 3, 917 ss.
- CONFINDUSTRIA, *“La disciplina in materia di Whistleblowing”*, Nota illustrativa, gennaio 2018.
- CORTI, *sub. Art. 2 Legge n. 179/2017*, in C,ASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 1741 ss.

- COTTONE, MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, in BONELLI, MANTOVANI (a cura di), *Corruzione nazionale e internazionale* Milano, 2014, 7 ss.
- D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *Internal Corporate Investigation: la lezione americana*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2019, 2, 97 ss.
- D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione di gestione*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2020, 1, 317 ss.
- D'ACQUARONE, ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2018, 2, 123 ss.
- DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- DE SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in LATTANZI, SEVRINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Diritto sostanziale, Torino, 2020, 3 ss.
- DE VERO *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Parte Generale, Giuffrè, 2008, 72 ss.
- DEL NINNO, *Data Protection*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 113 ss.
- DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 415 ss.
- DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist. pen.*, 6 dicembre 2019.

- DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II ed., Milano, 2010, 632 ss.
- DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, 2012.
- DI GARBO, GAUDINO, MANCUSO, VASILE, *Italy*, in SPEHI, GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, München, 2012.
- DI GIOVINE, *I criteri di imputazione soggettiva*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, 203 ss.
- DI PIETRO, VINTIADIS, *Le indagini digitali forensi: e-discovery*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 147 ss.
- DINACCI, *Il contraddittorio per la prova: anàbasi e catàbasi*, in *Cass. pen.*, 2019, 4, 1714 ss.
- DUGGIN, *Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and The Employee Interview*, in *Colum. Bus. L. Rev.* 859, 2003, 862 ss.
- EVARISTI, *Whistleblowing, tutela dell'anonimato e processo penale: tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 7, 973 s.
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 2012.
- FIDELBO, RUGGERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, 3 ss.

- FORTUNATO, Corporate Governance. *Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 2, 397 ss.
- FORTUNATO, DI NOCCO, *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o «internal investigation»*, in *Riv. dott. comm.*, 2018, n. 2, 233 ss.
- FORTUNATO, *Le prassi di internal investigation*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 161 ss.
- FRIGENI, PRESCIANI, *Artt. 5, 6 e 7–Profili societari, L'organismo di vigilanza*, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* Milano, 2019, 251 ss.
- FUSCO, FRAGRASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, nota al Trib. Milano, 8 novembre 2019, n. 13490, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 113 ss.
- GANDINI, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *La Resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 137 ss.
- GARRET, *Structural Reform Prosecution*, in *Virginia. L. Rev.*, 2007, 93, 853 ss.
- GARUTI, TRABACE, *Il Tribunale di Modena ancora sull'ammissibilità della persona giuridica al rito della sospensione del procedimento con messa alla prova: una conferma o una retromarche?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2021.
- GARUTI, TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 10, 2020.

- GIAVAZZI, *Sub art. 17 D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milanofiori Assago, 2017, 1671 ss.
- GREEN, PODGOR, *Unregulated Internal Investigation: Achieving Fairness for Corporate Constituents*, in *Boston U. L. Rev.*, 54, 2013, 100 ss.
- GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rass. pen. crim.*, 1983, 1, 52 ss.
- GROSSO, *Funzione di compliance e rischio penale*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Milano, 2017, 281 ss.
- GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti: sanzioni e loro natura*, Milano, 2006.
- GULLO, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, Diritto sostanziale, Torino, 2020, 241 ss.
- GULLO, *La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, vol. 2, Torino, 2019, 3495 ss.
- HIRANO, KOS, RABCEWICZ, ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale, in *Rass. pen. crim.*, 1983, 1, 84 ss.
- IANNINI, ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Roma, 2005.
- INVERNICI, *Sub artt. 5,6 e 7 – Profili societari, Il Whistleblowing*, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 228 ss.

- IPPOLITO, *I compiti dell'Organismo di Vigilanza: soluzioni operative e check list di controllo*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2011, 4, 219 ss.
- JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali. Dalla prevenzione al contrasto*, Milano, 2015.
- LAMBROU, *Il fenomeno del whistleblowing in Italia*, in *Pratica Lavoro*, 2021, 2, 26 ss.
- LIONZO, *Artt. 5, 6 e 7–Profili aziendali, L'organismo di vigilanza: ruolo e attività*, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 299 ss.
- LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, III ed., 2009, 509 ss.
- LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.
- LUPÁRIA, VACIAGO, *Modelli organizzativi, compliance aziendale e vigilanza 231: un quadro d'insieme*, in LUPÁRIA, VACIAGO (a cura di) *Compliance 231. Modelli organizzativi e Odv tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Milano, 2020, 22 ss.
- MAGRI, DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in CANZIO, CERQUA, LUPÁRIA (a cura di), *Diritto Penale delle Società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, II ed., Milanofiori Assago, 2016, 906 ss.
- MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Milano, 1958.
- MANCUSO, *"Indagini interne" disposte dall'ente: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in *Proc. pen. e giust*, 2020, 5, 1254 ss.

- MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 1933 ss.
- MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 241 ss.
- MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in Convegno AODV 231, 2018.
- MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 23172001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 117 ss.
- MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del convegno organizzato dalla facoltà di giurisprudenza e dal dipartimento di diritto comparato e penale (15-16 marzo 2002)*, PALAZZO (a cura di), Padova, 2003.
- MARK, PEARSON, *Corporate Cooperation during investigations and audits*, in *Stanford Journ. Of Law, Business & Finance*, 13, nota n. 179, 2007.
- MAZZA, *Conclusione delle indagini e udienza preliminare*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, Torino, 2020, 223 ss.
- MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, (*diritto processuale penale*), in *Enc. dir. Annali VII*, Milano, 2015, 247 ss.

- MAZZACUVA, *Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice*, in *J. Crim. Law*, 2014, 250 ss.
- MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del Code of Conduct inglese: spunti per alcune riflessioni de iure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2015, 1-2, 179 ss.
- MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*", in *Dir. pent. cont.*, 2016, 2, 81 ss.
- MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, MIKLAU, SCHROLL (a cura di), Vienna, 1999, 32 ss.
- MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017.
- MONTALENTI, *Modello «231» ed Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 2, 7 ss.
- MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 648 ss.
- MORRONE, *Legal privilege*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 51 ss.
- MOSCARINI, DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Torino, 2018.
- NADDEO, *Prefazione*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2009.
- NEAR, MICELI, *Blowing the Whistle: The Organizational and legal implications for companies and employees*, New York, 1992.

- NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, in C,ASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 1949 ss.
- NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4, 2014, 781 ss.
- NIETO, *Internal Investigations, Whistleblowing and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, MANACORDA, CENTONZE, FORTI (a cura di) *Preventing Corporate Corruption*, Springer, 2014, 69 ss.
- ODED, *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013, 1 ss.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Working Group on Bribery. 2011 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention*, 2012, 3, 3.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Working Group on Bribery, 2018 Enforcement of the Anti-Bribery Convention: Investigations, Proceedings and Sanctions*, 2019, 2-4.
- PAGANELLI, *Whistleblowing. Gestione e tutela delle segnalazioni di illeciti*, in *Azienditalia*, 2019, 12, 1731 ss.
- PALIERO, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009.
- PANASITI, *Commento all' articolo 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in LEVIS, PERINI (diretto da), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, Bologna, 2021, 453 ss.

- PARRELLA, *Internal Investigations: note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021, 207 ss.
- PESENATO A., PESENATO E., *Organismo di Vigilanza: ex D.lgs. 231/2001*, VII ed., Milano, 2019.
- PROCOPIO, *Attività: Le interviste*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 21 ss.
- RELAZIONE allo schema di decreto legislativo, in AA.VV. *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 510 ss.
- ROCCO, *Attività: ricerca e analisi documentale ed altre attività*, in DI FIORINO, FORNARI (a cura di) *Investigazioni interne*, Pisa, 2022, 35 ss.
- RONDINONE, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, in CENTONZE, GIAVAZZI (a cura di) *Internal Investigations, best practices e istanze di regolamentazione*, Giappichelli, 2021, 105 ss.
- RUGGERO, *Il futuro delle responsabilità degli enti e la valorizzazione del modello post factum mediante un nuovo rito speciale*, in *Cass. pen.* 2019, 9, 3386 ss.
- RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss.
- SANTORIELLO, *Autonomia, indipendenza ed operato dell'Odv: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 7-8.

- SANTORIELLO, *Cause di non punibilità, cause di estinzione del reato e processo alle società*, in *Arch. Pen.*, Osservatorio sulla responsabilità penale degli enti, 2022, 1, 24 s.
- SANTORIELLO, *La più recente giurisprudenza di merito sull'organismo di vigilanza fra riconoscimento dell'importanza della funzione ed equivoci sui suoi compiti*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2021, 4, 216 ss.
- SANTORIELLO, *La valutazione giudiziale del Modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei Modelli Organizzativi*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2019, 2, 198 ss.
- SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 5.
- SBISA, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Milanofiori Assago, 2020.
- SCHETTINO, LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Milano, 2019.
- SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 73 ss.
- SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Arch. Pen.*, 2016, 3, 635 ss.
- STELLA, *Criminalità di impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. Trim. dir. pen.*, 1998, 471 s.
- SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014.

- SUTHERLAND, *White Collar Crime* (1949), trad. it. di FORTI, *Il Crimine dei Colletti Bianchi*, Milano, 1987.
- TOMBARI, *Governo Societario, compliance e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto*, Milano, 2017, 261 ss.
- TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, 12, 2213 ss.
- TRAMONTANO, *Codice penale e leggi complementari guidato*, Piacenza, 2021.
- TURTURIELLO, *Il ritardo dell'Italia nel recepimento della direttiva europea sul whistleblowing*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 592 ss.
- VARANO, BARSOTTI, *La Tradizione Giuridica Occidentale: testo e materiali per un confronto civil law common law*, VI ed., Torino, 2018.
- VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, Torino, 2020, 3 ss.
- VERNERO, *La funzione dell'Organismo di Vigilanza svolta da uno o più componenti del Collegio Sindacale: criteri di nomina, requisiti e modalità di svolgimento dell'incarico*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2018, 3, 135 ss.
- VOLTAN, *Riflessioni sulla nomina dell'Organismo di Vigilanza anche negli enti di piccole dimensioni*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2013, 4, 157 ss.
- WILKINSON, ALEX YOUNG K. OH, *The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations: A Ten-Year Anniversary*, in *NYSBA Inside*, 27, 2009, 8 ss.