

Università Commerciale Luigi Bocconi

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**“Le investigazioni interne societarie. L’Internal Audit e il D.Lgs.
8 giugno 2001, n. 231.”**

Relatore:

Prof. MASSIMO CERESA-GASTALDO

Controrelatore:

Dott.ssa GAIA CANESCHI

**Tesi di Laurea Magistrale di:
NICOLO’ EMILIO MARIA BARUFFI
Matricola n. 1573559**

Anno Accademico 2015-2016

Abstract

Il presente lavoro affronta la tematica delle investigazioni interne societarie, svolte dalla Funzione di *Internal Audit*, nello specifico ambito della prevenzione del rischio-reato di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Dopo una premessa introduttiva finalizzata alla ricostruzione della Funzione aziendale in riferimento al ruolo assunto nel sistema dei controlli interni, l'analisi procede mediante una ricognizione delle possibili interazioni instaurabili tra questa e l'Organismo di Vigilanza, cui segue un esame approfondito delle attività operative che coinvolgono l'*Internal Audit* nel processo investigativo delle violazioni del Modello Organizzativo.

In tal senso, vengono analizzati sia gli aspetti tecnico-procedurali dell'indagine interna che le principali problematiche connaturate alla tipologia di attività ed emergenti dalla sovrapposizione con le istanze di tutela provenienti dal Codice della Privacy e dallo Statuto dei Lavoratori. Ulteriori spunti di riflessione sono poi offerti dall'analisi dei profili processuali penali che possono riguardare l'operato dell'*internal auditor* nella particolare cornice del procedimento penale agli enti, rilevando come l'assenza di riferimenti normativi sul punto sia fonte di incertezze per l'operatore economico che stenta a riconoscere nell'attività in esame una reale opportunità.

L'obiettivo perseguito consiste, dunque, nel fornire all'interprete una ricostruzione sistematica dell'istituto, cercando di evidenziarne i potenziali benefici e le possibili prospettive evolutive, anche in chiave *de jure condendo*. Sotto questo aspetto la parte finale dell'elaborato, operando in ottica comparatistica, attinge dall'esame dell'esperienza statunitense spunti utili a stimolare un maggiore interesse verso una tematica che sebbene non risulti ancora valorizzata dall'ordinamento domestico, potrebbe nondimeno assumere un rilievo preminente nell'ambito della repressione della criminalità d'impresa.

Alla mia famiglia, ai miei affetti e a tutte le persone che mi sono state vicine in questo stimolante percorso.

INDICE

pag.

INTRODUZIONE	V
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

L'INTERNAL AUDITING NELLA DISCIPLINA AZIENDALISTICA

1. L'attività di <i>Internal Auditing</i> : una definizione generale.....	1
2. Il contesto normativo di riferimento.....	8
2.1. La <i>corporate governance</i> e l'evoluzione dei controlli societari.	8
2.2. L'autoregolamentazione	12
2.3. Le disposizioni inerenti l' <i>Internal Audit</i>	14
3. L' <i>Internal Audit</i> nel complesso sistema dei controlli interni.	16
3.1. Il sistema dei controlli interni.	16
3.2. Gli attori dei controlli societari e le relazioni che si instaurano con l' <i>Internal Audit</i>	18
3.3. Verso un sistema di controlli integrato.....	21
4. Le varie tipologie d' <i>Internal Audit</i> : commistioni e sinergie.	24
4.1. <i>Operational Audit</i>	24
4.2. <i>Compliance Audit</i>	25
4.3. <i>Financial Audit</i>	26
4.4. <i>Management Audit</i>	26
4.5. <i>Fraud Audit</i>	27
4.6. <i>Audit</i> ai fini del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.....	28

CAPITOLO SECONDO

L'INTERNAL AUDIT NEL CONTESTO DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231

1. La responsabilità amministrativa degli enti: il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. ...	31
1.1. Cenni storici.	31
1.2. La normativa: gli aspetti principali.	38
2. La previsione del Modello e l'Organismo di Vigilanza.	48
2.1. Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo.	48
2.2. L'Organismo di Vigilanza: composizione, funzioni e poteri.	57
3. Il responsabile dell' <i>Internal Audit</i> in qualità di OdV.	68
3.1. L'analisi delle principali <i>best practices</i> : Linee Guida Confindustria e ABI. ..	68
3.2. Un'indagine empirica.	71
3.3. Alcuni pro e contro.	75

CAPITOLO TERZO

LE ATTIVITÀ OPERATIVE DELL'INTERNAL AUDIT NELL'AMBITO DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231: LE INVESTIGAZIONI INTERNE

1. La vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello.	79
1.1. Le verifiche dell'OdV e dell' <i>Internal Audit</i>	79
1.2. I flussi informativi.	83
1.2.1. I flussi informativi periodici.	86
1.2.2. I flussi informativi " <i>ad hoc</i> " e " <i>whistleblower schemes</i> ".	87
1.2.3. I flussi informativi provenienti dall'OdV.	94
2. Le investigazioni interne societarie.	96
2.1. Introduzione all'istituto.	96
2.2. Le investigazioni dell' <i>Internal Audit</i> a seguito della segnalazione di una violazione del Modello.	105
2.2.1. La fase preliminare: il <i>Data Collection Plan</i>	107
2.2.2. La fase esecutiva dell'indagine: l'analisi documentale e le interviste. ..	108
2.2.3. La fase valutativa e l'archiviazione dei risultati.	111

2.3. Le investigazioni interne a seguito della notizia di un reato presupposto. .	113
2.3.1. Le indagini difensive penali ex art. 327- <i>bis</i> c.p.p. e l'«attività Investigativa preventiva» ex art. 327- <i>bis</i> c.p.p. e 391- <i>nonies</i> c.p.p.....	115
3. Le difficoltà operative connesse all'attività investigativa.	120
3.1. Il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in materia di protezione dei dati personali.	120
3.2. I controlli "a distanza" e lo Statuto dei Lavoratori.	125
4. Profili processuali penali.....	132
4.1. Il ruolo dell' <i>Internal Audit</i> nel procedimento penale delle società.	132
4.2. I benefici derivanti dall'attività investigativa interna nel procedimento penale delle società.....	139

CAPITOLO QUARTO

CENNI COMPARATIVISTICI: LA *CRIMINAL CORPORATE LIABILITY* E LE *INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS* NEL PANORAMA GIURIDICO STATUNITENSE

1. La <i>criminal corporate liability</i> negli Stati Uniti.	147
1.1. La responsabilità penale degli enti e i criteri imputativi.	147
1.2. Le <i>Federal Sentencing Guidelines</i> (FSG) e <i>Compliance and Ethics Programs</i>	151
2. Le <i>internal corporate investigations</i>	154
2.1. Le indagini interne e la cooperazione pubblico-privato.	154
2.2. I vantaggi del " <i>self reporting</i> " e della collaborazione attiva dell'ente.	157
2.3. Gli elementi distorsivi del sistema degli incentivi.	167
2.4. Un possibile trapianto del modello premiale statunitense.....	170

BIBLIOGRAFIA	175
---------------------------	-----

MATERIALI	191
------------------------	-----

INTRODUZIONE

Gli scandali finanziari che si sono susseguiti dagli anni duemila fino ai giorni nostri hanno reso esplicita la necessità che le società rivestano un ruolo attivo nell'ambito della prevenzione ai fenomeni criminosi, attraverso l'implementazione di presidi di controllo interno che siano improntati ad una mitigazione dei rischi tipici della attività di impresa, tra cui assume particolare rilievo il c.d. rischio-reato di cui al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. In questo contesto, il tradizionale paradigma punitivo lascia spazio a forme di «sussidiarietà regolatoria»¹ che prevedono un particolare sforzo in capo all'operatore economico nell'articolare la propria attività al fine di prevenire, rilevare e rimediare ai comportamenti devianti². È proprio in quest'ottica di contributo virtuoso alla prevenzione dei reati che bisogna leggere l'istituto delle investigazioni interne societarie, il cui interprete privilegiato è rappresentato, come si vedrà, dalla Funzione aziendale di *Internal Audit*.

Il presente lavoro si pone quale obiettivo quello di cercare di chiarire quale sia la portata dell'attività investigativa interna nel panorama giuridico domestico attraverso una ricostruzione in chiave sistematica dell'istituto che, attualmente, non trova alcun riconoscimento a livello normativo³. L'analisi condotta cerca di offrire spunti sia per comprendere le insidie, ma anche i benefici, derivanti da una simile attività, tentando al contempo di stimolare riflessioni *de iure condendo*.

A tale proposito, l'elaborato viene suddiviso in quattro capitoli. Il primo capitolo, nell'ottica di fornire un inquadramento generale della Funzione di *Internal Audit*, ne

¹ In questi termini, E. M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 218. In senso conforme all'idea che il paradigma penalistico abbia subito una trasformazione in quanto «ha accolto al suo interno, quale soggetto attivo, anche l'ente», si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 77.

² L'efficace attuazione dei Modelli Organizzativi richiesti dal decreto implica infatti lo svolgimento di attività di prevenzione, rilevamento e di continuo miglioramento. Sul punto si veda, M. MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 118.

³ Fatta eccezione per l'«attività investigativa preventiva» disciplinata dagli art. 327-bis e 391-*nonies* c.p.p.

descrive le peculiarità e i tratti caratterizzanti traendo spunto oltre che dagli *Standard* internazionali (IIA) che contraddistinguono la professione, anche dal ridotto numero di previsioni che vengono dedicate a tale attore societario. La trattazione si sviluppa prendendo poi in considerazione la complessa articolazione del sistema dei controlli interni, cercando di chiarire il ruolo dei principali soggetti coinvolti e le tipologie di relazioni che si vengono ad instaurare con l'*Internal Audit*, garante dei controlli di terzo livello. Chiude il primo capitolo una ricognizione tipologica delle attività di *auditing*, strutturata in relazione all'ambito oggetto di indagine.

Il secondo capitolo, ripercorrendo il superamento del dogma *societas delinquere non potest*, opera un'analisi concisa dei principali aspetti – sostanziali e processuali – caratterizzanti la responsabilità amministrativa degli enti così come delineata dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, per poi focalizzarsi sui presidi di controllo demandati dagli art. 6 e 7 del decreto: il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo e l'Organismo di Vigilanza. Sotto questo aspetto si cerca di comprendere quale ruolo possa assumere la Funzione di *Internal Audit* rispetto alle istanze del decreto; sia nella prospettiva di soggetto che coadiuva l'Organismo nell'attività tipica di vigilanza⁴, sia in qualità di membro dello stesso OdV, cercando di cogliere – anche in virtù dei risultati elaborati dalle indagini empiriche condotte sulla tematica – quale siano le tendenze evolutive accolte dalle migliori pratiche aziendali e, allo stesso tempo, valutare i pro e contro delle possibili soluzioni.

Nel terzo capitolo viene offerta un'ampia visione sul tema delle investigazioni interne societarie. L'analisi prende le mosse dalle attività operative che coinvolgono la Funzione di *Internal Audit* cercando di gettare luce, successivamente, sui principali nodi problematici che discendono dallo svolgimento di una simile attività. In particolare, vengono analizzate dapprima le modalità attraverso le quali viene ad esplicarsi l'investigazione: dal momento genetico della notizia di una violazione del Modello captata attraverso i meccanismi di segnalazione e rilevamento – tra i quali spiccano per interesse e rilevanza i sistemi di *whistleblowing* – passando per le

⁴ Come si vedrà l'*Internal Audit*, in ragione delle qualità specialistiche che lo contraddistinguono, può assumere la connotazione di «*longa manus*» dell'OdV, svolgendo all'uopo gli accertamenti e le attività aventi carattere ispettivo. Così, A. DE NICOLA, *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015.

tecniche di raccolta di dati ed informazioni, culminando nella fase valutativa e di archiviazione delle risultanze. Spunti di riflessione vengono offerti dalla ripartizione dell'attività investigativa a seconda che la stessa scaturisca dalla notizia di una mera violazione del Modello ovvero dalla segnalazione di un fatto che integri, già di per sé, una fattispecie penalmente rilevante, determinando in questo secondo caso un *modus operandi* diversificato.

Nella seconda parte del capitolo si cerca invece di effettuare una ricostruzione delle maggiori criticità che tale tipologia di attività può riscontrare; i riferimenti sono alle disposizioni contenute nel D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *Privacy*) e nella l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei Lavoratori), con particolare riguardo alla delicata tematica dei controlli "a distanza", oggetto peraltro di modifica in seguito all'emanazione del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151 attuativo delle previsioni contenute nel c.d. *Jobs Act*. L'intento è quello di fornire una chiave di lettura – anche mediante l'interpretazione degli orientamenti giurisprudenziali delineatisi – di come si possa raggiungere un bilanciamento delle diverse esigenze contrapposte: da un lato la riservatezza dell'indagine, dall'altro la tutela della *privacy* e della libertà e dignità dei lavoratori.

Chiude il capitolo la trattazione dei profili processuali penali che inevitabilmente coinvolgono l'operato dell'*auditor* in funzione investigativa. Sono così analizzati, per contrasto, i differenti regimi processuali che caratterizzano l'attività dell'*Internal Audit* rispetto allo svolgimento di indagini difensive condotte secondo le disposizioni del codice di rito. Nel medesimo contesto viene poi operata una ricognizione dei possibili benefici che, sebbene le previsioni del decreto non accordino direttamente, sono comunque riconducibili all'implementazione di una efficiente attività investigativa interna.

Il quarto ed ultimo capitolo opera in una prospettiva comparatistica, delineando nella sua prima parte i tratti salienti dell'esperienza statunitense in materia di *criminal corporate liability*, per poi giungere ad approfondire la tematica delle *internal corporate investigations*. L'attenzione viene dunque posta sui peculiari meccanismi incentivanti le condotte collaborative del privato, sia in termini di segnalazione spontanea degli illeciti (c.d. *self reporting*), sia attraverso la consegna delle risultanze ottenute in sede di indagini interne alle autorità inquirenti. Il "*carrot and stick*"

*approach*⁵ adottato dal governo statunitense prevede infatti lauti benefici alle società che si adoperino in tal senso, assumendo le forme di trattamenti sanzionatori mitigati ovvero configurando vere e proprie ipotesi di diversione processuale, mediante la stipulazione di accordi di *non prosecution* o *deferred prosecution* con la pubblica accusa. In chiusura di capitolo, viene effettuata una concisa analisi in merito alla possibilità di un trapianto dei meccanismi di incentivazione nell'ordinamento giuridico domestico: con le dovute cautele, vengono affrontate le istanze di modifica provenienti dal panorama internazionale così come i fattori che potrebbero determinare una "crisi di rigetto".

⁵ Per un approfondimento sulla politica degli incentivi adottata dal Governo americano attraverso il c.d. "*carrot and stick*" approach, si vedano i contributi di, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 71 e ss; A. NIETO MARTIN, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: The struggle for Information in the Criminal Process*, in AA.VV., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di F. CENTONZE- G. FORTI- S. MANACORDA, Heidelberg, 2014, p. 71-72.

CAPITOLO PRIMO

L'INTERNAL AUDITING NELLA DISCIPLINA AZIENDALISTICA

SOMMARIO: 1. L'attività di *Internal Auditing*: una definizione generale. – 2. Il contesto normativo di riferimento. – 2.1. La *corporate governance* e l'evoluzione dei controlli societari. – 2.2. L'autoregolamentazione. – 2.3. Le disposizioni inerenti L'*Internal Audit*. – 3. L'*Internal Audit* nel complesso sistema dei controlli interni. – 3.1. Il sistema dei controlli interni. – 3.2. Gli attori dei controlli aziendali e le relazioni con l'*Internal Audit*. – 3.3. Verso un sistema di controlli integrato. – 4. Le diverse tipologie di *audit*: commistioni e sinergie. – 4.1. *Operational Audit*. – 4.2. *Compliance Audit*. – 4.3. *Financial Audit*. – 4.4. *Management Audit*. – 4.5. *Fraud Audit*. – 4.6 *Audit* ai fini del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

1. L'attività di *Internal Auditing*: una definizione generale.

Le violente crisi economiche di inizio millennio e i ripetuti scandali finanziari che si sono succeduti nel corso degli ultimi vent'anni¹, perpetrati perlopiù grazie a schemi di frode societaria e ad una gestione opaca delle attività aziendali, hanno generato una forte attenzione per la tematica dei controlli interni. In un contesto dove le imprese moderne cercano di mantenere salda la propria efficienza ed efficacia gestionale al fine di assicurarsi la costante creazione di valore, dove alla luce delle odierne dinamiche di mercato sempre più "fagocitanti", è in gioco la stessa sopravvivenza della realtà aziendale, la figura dell'*internal auditor* ha assunto un ruolo di primaria importanza². Quale soggetto avente compiti di supervisione dell'intero sistema dei controlli aziendali, l'*Internal Audit* ha come precipua finalità quella di garantire la correttezza dell'operato societario e la mitigazione dei rischi connessi all'attività d'impresa. Tale figura professionale, nonostante il recente "appeal", trova le proprie origini in epoche antiche. Le prime civiltà a sviluppare forme embrionali di revisione

¹ In particolare si fa riferimento ai noti scandali *Enron*, *WorldCom*, *Tyco* che hanno coinvolto nelle loro vicissitudini anche due note società di revisione: *Arthur Andersen* e *Pricewaterhouse Coopers*, oltre ai "crack" domestici Parmalat, Cirio e Bipop. Si veda sul tema, F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2014, p. 17-21.

² L. F. MARINIELLO, *Internal Auditing*, Milano, 2010, p. 15.

contabile furono infatti gli egizi, i sumeri e i fenici³, ma è solamente con l'impero romano che si assiste ad un vero e proprio riconoscimento dell'importanza dei sistemi di controllo interno, esigenza nata dall'espansione dei territori dell'impero e dalla correlata necessità di avere uno strumento di riscontro verso l'operato dei governatori delle province. Gli *auditores*, erano i soggetti deputati a questi compiti di verifica periferici ma, essendo sprovvisti di poteri gerarchici e sanzionatori, erano di fatto incapaci di incidere sui soggetti auditati⁴; peculiarità dell'attività di *auditing*, che resterà immutata fino ai giorni nostri. Non è un caso allora che l'etimologia del termine *audit*, seppure di matrice anglosassone, derivi proprio dalla lingua latina: dal verbo *audire* inteso come sentire, ma anche dal verbo *audere*, nella sua accezione di verifica, riscontro⁵. Tuttavia, l'evoluzione più consistente per la professione si registra solamente sul finire del XIX secolo quando l'industrializzazione in terra britannica, di pari passo all'esponentiale aumento delle attività commerciali in forma societaria, così come l'invenzione delle reti ferroviarie negli Stati Uniti, richiedevano forme di controllo pervasive volte a scongiurare l'incrementato rischio di commissione di frodi. Vengono all'uopo istituiti i primi organi con funzioni ispettive e di *auditing*. È proprio negli Stati Uniti che gli *internal auditors* acquistano speciale rilevanza nella *detection* delle irregolarità in cui potevano incorrere le moderne *corporations*; ed è infatti in questo specifico ambito – quello delle frodi societarie – che dalla fine degli anni settanta, vengono emanate una serie di normative volte alla prevenzione dei suddetti comportamenti fraudolenti: si pensi al *Foreign Corrupt Practices Act* (1977) emanato dalla *Securities Exchange Commission* (SEC) con l'intento di rafforzare il sistema dei controlli interni, ma sulla stessa scia si posiziona il documento elaborato dalla *Treadway Commission* nel 1992, il *Committee of sponsoring Organizations (CoSO) Report*, nel quale venivano delineate le caratteristiche, gli obiettivi e le finalità che il sistema di controllo interno doveva avere.⁶

³ Per una ricostruzione storica della figura professionale si veda P. TETTAMANZI, *Internal Auditing. Evoluzione storica, stato dell'arte e tendenze di sviluppo: Italia e Regno Unito a confronto*, Milano, 2003, p. 37-38.

⁴ P. GIANANTE, *Internal auditing. Contenuto, struttura e processo*, Roma, 2009, p. 16-17.

⁵ P. TETTAMANZI, op. cit., p. 39-40.

⁶ L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 18-19.

Dopo questa breve ricognizione storica dell'istituto è giunto il momento di addivenire ad un'analisi dell'attività svolta dall'*internal auditor*.

L'evoluzione storica dell'istituto e le mutate esigenze del *management* dettate dalla necessità di adeguarsi ai cambiamenti normativi e socio-economici, hanno comportato una trasformazione dei connotati fondamentali dell'attività di *internal auditing*; si è passati da un'attività a carattere meramente ispettivo volta alla verifica della conformità a livello normativo e procedurale, ad un ruolo di maggior rilievo nella progettazione del sistema dei controlli interni, prestando servizi sia di *assurance* che di consulenza⁷. L'estensione delle responsabilità che l'*internal auditor* si assume, esercitando attività sempre più complesse, ha determinato il conseguente innalzamento di quelle che sono le *technical skills* richieste dalla professione⁸, nonché una costante riformulazione dei principali elementi di riferimento per la disciplina, che si rinvengono negli *Standard* internazionali (IIA) e nell'*International Professional Practices Framework* (IPPF)⁹. Proprio questi due elementi, Il Framework e agli *Standard* Professionali, unitamente al Codice Deontologico della professione¹⁰, identificano la base comune dell'attività d'*internal auditing*, la quale poi conserva un grado di specificità seguendo percorsi personalizzati in relazione alle istanze dei singoli contesti aziendali in cui si trova ad operare.

Si arriva dunque a definire l'attività dell'*internal auditing* sulla scorta di quanto individuato dalla Associazione Italiana *Internal Auditors* (AIIA):

⁷ M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, *Internal auditing. Una professione in continua evoluzione*, Milano, 2011, p. 39.

⁸ Generalmente le competenze richieste per lo svolgimento dell'attività possono riassumersi nella:

- padronanza degli *standard*, delle procedure e delle tecniche di *internal auditing*;
- padronanza dei principi contabili;
- cognizione dei principi di *management*;
- cognizione di base di contabilità, economia, diritto commerciale e legislazione fiscale.

Cfr. M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 46.

⁹ Il *Framework*, nella sua versione più aggiornata entrata in vigore nel luglio 2015, individua le linee guida per la pratica dell'attività di *auditor* che possono essere agevolmente individuate nella dimensione globale delle prescrizioni, nel legame gerarchico limitato all'alta direzione, nell'obiettività e oggettività, nell'assenza di mansioni operative.

¹⁰ Il Codice Deontologico si articola su quattro principi: Integrità, Obiettività, Riservatezza e Competenza.

«L'*internal auditing* è un'attività indipendente e obiettiva di *assurance* e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione. Assiste l'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto, in quanto finalizzato a valutare e a migliorare i processi di gestione dei rischi, di controllo, e di *governance*»¹¹

La definizione, nella sua sinteticità, racchiude nondimeno una pluralità di elementi che necessitano di un'attenta ed accurata disamina.

Il primo concetto che acquisisce rilevanza a tale fine è il carattere dell'«indipendenza», declinato come la possibilità per il professionista di compiere la propria attività immune da ogni possibile influenza esterna¹². Seguendo l'impostazione degli *Standard IIA*, l'indipendenza viene assicurata in una duplice prospettiva: a livello organizzativo tramite un diretto riporto del revisore ai vertici aziendali¹³, evitando dunque eventuali condizionamenti che si potrebbero generare in presenza di una pluralità di passaggi all'interno della struttura; Dall'altro lato l'indipendenza viene garantita escludendo che l'*internal auditor* possa assumere mansioni di natura operativa o gestionale all'interno del medesimo contesto aziendale¹⁴.

L'«obiettività» è il secondo requisito individuato dalla citata definizione. Complementare rispetto all'indipendenza, l'*obiettività individuale*¹⁵ pertiene alla sfera mentale del singolo. Gli *internal auditors*, nell'esecuzione del proprio mandato, devono mostrare un atteggiamento imparziale e scevro da pregiudizi, evitando così il sorgere di conflitti di interesse. Tutto ciò è necessariamente correlato all'etica e alla professionalità del soggetto incaricato e qualora il professionista ravvisi una di quelle condizioni che possono o potrebbero inficiare l'obiettività o l'indipendenza della propria figura, avrà l'obbligo di comunicarle tempestivamente al «livello di

¹¹ Traduzione integrale della definizione di *internal auditing* dell'*Institute of Internal Auditors* (IIA) tratta da AIIA, 1999.

¹² Cfr. *Standard IIA* 1100 *Indipendenza e Obiettività*.

¹³ Cfr. *Standard IIA* 1110 *Indipendenza Organizzativa*.

¹⁴ C. A. DITTMEIER, *Internal Auditing. Chiave per la corporate governance*, Milano, 2011, p. 5.

¹⁵ Cfr. *Standard IIA* 1120 *Obiettività individuale*.

management più appropriato»¹⁶. Alla luce di questa marcata indipendenza ed obiettività richiesta all'*internal auditor*, che ne va ad esaltare il carattere della professionalità, si ravvisa la possibilità di poter optare per l'*outsourcing* di tale funzione, originariamente insita nell'organigramma aziendale¹⁷. In linea con questa ricostruzione, anche la stessa definizione di *IA* ha subito un mutamento; la terminologia attuale supera la precedente dizione¹⁸ che definiva l'*Internal Auditing* come una funzione aziendale, andando invece a caratterizzare la stessa come un'attività, prescindendo dalla ubicazione interna od esterna del professionista¹⁹. L'esternalizzazione di questa attività trova una sua *ratio* giustificatrice nelle realtà imprenditoriali di medie e piccole dimensioni, atteso che per le stesse risulterebbe particolarmente oneroso implementare una Funzione di *Audit ad hoc*. I benefici sono pertanto riconducibili ad un contenimento delle spese, alla possibilità di concentrare la forza lavoro sul proprio *core business* e all'affidamento delle verifiche ad un *team* altamente specializzato. Ostanto invece all'*outsourcing*, le maggiori difficoltà di gestione dei flussi informativi nonché la minore conoscenza della specifica realtà aziendale²⁰.

Tornando agli elementi costitutivi della definizione, «*assurance* e consulenza» sono le due tipologie di servizi che possono essere offerte dagli *auditors*. Con il termine *assurance* si fa generalmente riferimento a quelle prestazioni che sono volte ad assicurare una migliore qualità ai processi decisionali del *management* attraverso l'apporto di nuove informazioni, oppure garantendo l'attendibilità e la rilevanza delle stesse. Il servizio di *assurance* ha come caratteristica distintiva il coinvolgimento di tre figure: i soggetti auditati (*auditee*), l'*internal auditor* (*assurer*) ed il committente²¹.

¹⁶ Cfr. *Standard IIA 1130 Condizionamenti dell'Indipendenza o dell'Obiettività*.

¹⁷ L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 101.

¹⁸ AIIA, *Standard per la pratica professionale dell'internal auditing*, Milano, 1995, p. 1.

¹⁹ P. TETTAMANZI, op. cit., p. 21-22.

²⁰ D. ANDREIS-A. TONANI-E. NIDA, *L'affidamento in outsourcing delle attività di auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (3), p. 194-195; si veda al riguardo come lo stesso Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a., al criterio applicativo 7.C.6., prenda in considerazione espressamente lo svolgimento dell'attività da parte di soggetti esterni.

²¹ G. C. GROSSI, *Internal Auditing. L'inizio di una nuova avventura*, Milano, 2002, p. 43.

La consulenza, servizio sviluppatosi in maniera consistente solamente negli ultimi anni, ha segnato un forte cambio di passo rispetto alla prassi precedente. Il professionista, in tale caso, non si limita a svolgere un'attività puramente di natura ispettiva ma, su espresso incarico del committente, formula pareri ed indicazioni per coadiuvare la gestione nella risoluzione delle problematiche riscontrate²². In ogni caso, pur essendo un ruolo maggiormente propositivo, viene esplicitamente escluso qualsiasi potere di natura gestoria, prerogativa dell'organo amministrativo²³. Non è affatto infrequente che le due tipologie di servizi si cumulino, atteso che le esigenze del *management* spesso richiedono che a fronte di un'attività di *assurance* venga prestata una successiva consulenza volta a dare "sostanza" ai rilevamenti effettuati con il *report*, suggerendo ristrutturazioni del sistema dei controlli interni²⁴.

Il ruolo svolto dall' *auditor* ha come preminente finalità il «miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza» della struttura organizzativa. L'attività d'*internal auditing* è quindi volta, secondo una definizione a maglie larghe, ad assistere gli ordinari processi che scandiscono l'agire dell'impresa moderna; in tale modo si vuole agevolare il raggiungimento dei principali obiettivi che le società si definiscono di realizzare in adesione a quello che è il loro oggetto sociale. L'innalzamento dei ricavi, l'aumento della qualità, così come la riduzione dei costi, sono solo alcuni esempi delle finalità che si perseguono tramite l'*auditing* interno, alle quali si affiancano l'affidabilità dei sistemi informativi, la sicurezza e l'osservanza della normativa. Importante notare come se da un lato l'efficacia²⁵, considerata in una prospettiva isolata, condurrebbe ad una massimizzazione dei controlli, l'efficienza²⁶, al contrario, spinge verso una più attenta ponderazione del livello dei presidi, escludendo le eventuali attività aggiuntive che si dovessero considerare superflue alla luce di un'analisi costi-benefici²⁷.

²² Così, M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 44.

²³ C. A. DITTMEIER, op. cit., p. 6.

²⁴ M. BORTOLOTTO-D. BOSSI, *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, (1), p. 117.

²⁵ L'efficacia viene generalmente definita come l'attitudine di un'organizzazione a raggiungere i propri obiettivi.

²⁶ L'efficienza viene generalmente definita come il rapporto che si instaura tra il grado di raggiungimento degli obiettivi e la quantità di risorse utilizzate.

²⁷ C. A. DITTMEIER, op. cit., p. 8.

Viene inoltre in rilievo «l'approccio professionale sistematico» che deve animare l'attività dell'*auditor*, intimamente connaturato alle capacità professionali del soggetto. Tale figura si contraddistingue per l'ampiezza del proprio *background* conoscitivo, per l'esperienza maturata nelle metodologie di *auditing* e di acquisizione delle evidenze, per l'analisi dei dati e per le tecniche d'intervista. L'*internal auditor* deve inoltre possedere una buona conoscenza multidisciplinare che viene peraltro attestata tramite la Certificazione CIA (*Certified Internal Auditor*)²⁸.

Arriviamo dunque a delineare quello che è uno dei punti focali dell'attività d'*internal auditing*: la creazione di «valore aggiunto» per l'Organizzazione. Tale aspetto traduce in un risultato, tangibile, la finalità di ottenere miglioramenti in termini di efficacia ed efficienza della struttura. La realizzazione di un valore aggiunto sussiste nel momento in cui l'analisi dei rischi e la valutazione del sistema di controllo interno contribuiscono effettivamente al raggiungimento degli obiettivi prefissati, favorendo la diffusione di un'etica del controllo e allo stesso tempo preservando il patrimonio aziendale dai possibili danni che allo stesso possono essere arrecati²⁹.

L'attività, in conclusione, è «finalizzata a valutare e migliorare i processi di controllo, di gestione dei rischi e di *corporate governance*». Il compito del professionista non si può limitare quindi ad un mero *assessment* delle problematiche concernenti l'adeguatezza ed efficacia del sistema dei controlli interni, del *Risk Management* e dell'assetto di governo, ma deve essere in grado di offrire soluzioni tese al concreto miglioramento dell'Organizzazione, attraverso la promozione di azioni correttive.

A consuntivo possiamo dunque statuire che, in virtù di quanto enucleato dagli *Standard* internazionali, dalle linee guida in materia e da quanto si ricava dalla stessa definizione, l'attività d'*Internal Auditing* ha come prerogativa il monitoraggio del complesso sistema dei controlli interni riportando, all'Alta Direzione, le valutazioni e le proposte di miglioramento ed innovazione della struttura organizzativa.

²⁸ G. C. GROSSI, op. cit., p. 45.

²⁹ M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 60-61.

2. Il contesto normativo di riferimento.

2.1. La corporate governance e l'evoluzione dei controlli societari.

Per arrivare a delineare l'apparato normativo di riferimento per la disciplina dei controlli aziendali è necessario prendere le mosse dall'evoluzione storico-normativa nazionale ed internazionale che ha visto innalzarsi, sensibilmente, le barriere e i presidi con finalità di controllo dell'agire imprenditoriale.

Come già brevemente anticipato, il diffuso clima di "laissez faire" rappresentato da fenomeni di deregolamentazione, di pari passo ad una diffusione endemica della criminalità dei colletti bianchi³⁰, sfociarono in clamorosi scandali societari³¹, noti alla cronaca del tempo per essere stati perpetrati attraverso condotte fraudolente del management apicale, mostrando come fossero presenti falle, vistose, nei sistemi di controllo aziendali³². Tutto ciò, unitamente all'aumento della complessità dell'attività d'impresa ciclicamente investita dall'avanguardismo tecnologico, moltiplicatore delle fonti di rischio³³, ha suscitato un vivace dibattito sulla scena economico-giuridica mondiale. Gli operatori e i regolatori si sono interrogati sulla necessità di adottare meccanismi idonei a scongiurare eventi simili, ma soprattutto sull'opportunità di implementare sistemi di controllo volti a tutelare la totalità dei soggetti che ripongono la propria fiducia nelle società, gli *stakeholders*³⁴. È in questo contesto che

³⁰ Sulla definizione di criminalità dei colletti bianchi si rimanda alla trattazione di E. H. SUTHERLAND, *White-Collar Crime*, New York, 1949.

³¹ Per un approfondimento sul tema delle crisi finanziarie recenti si veda, A.ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 101-109.

³² Si pensi al riguardo al noto caso di *Bernard Madoff* (2008), il quale ha posto in essere una frode societaria riproponendo sostanzialmente il c.d. *Ponzi Scheme*, metodologia di frode che ha riscosso particolare successo nel corso degli anni grazie alla sua semplicità di esecuzione. Cfr. F. D'ALESSANDRO, op. cit., p. 20.

³³ A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 69-70.

³⁴ Inteso generalmente come la pluralità dei soggetti che hanno nella società interessi diretti e indiretti, tra cui si possono annoverare:

- Istituti di credito e altri enti finanziatori;
- Dipendenti;
- Fornitori;
- Investitori;
- Clienti;
- Autorità di vigilanza del settore in cui opera la società.

si assiste ad un ripensamento complessivo degli assetti di governo societario, ispirato dai principi di onestà, trasparenza e correttezza, e da meccanismi di gestione del rischio più consapevoli. Si è arrivati dunque ad una ridefinizione dei sistemi di *corporate governance*, quest'ultima declinata come «l'insieme dei principi e degli strumenti che presidiano il governo delle società da parte degli organi sociali preposti, in una prospettiva di correttezza, trasparenza e creazione di valore non soltanto per gli azionisti, ma anche per tutti gli altri portatori di interessi nei confronti della società (i c.d. *stakeholders*)»³⁵. Così inteso anche un buon sistema di *corporate governance* può assurgere a "baluardo" contro fenomeni di criminalità economica³⁶.

In ambito internazionale l'interesse per il tema dei controlli interni si è acuito, già in epoche pregresse, a partire dal *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), normativa emanata negli Stati Uniti nel 1977, avente quale principale finalità la repressione della corruzione di funzionari stranieri da parte di società americane, ma che annovera altresì prescrizioni in materia contabile e di controlli interni³⁷.

Viene previsto, a tale scopo, il mantenimento di registri contabili in modo da agevolare la rintracciabilità di eventuali transazioni sospette nonché l'implementazione di un sistema di controllo interno con l'apposito fine di individuare eventuali scostamenti tra il *cashflow* reale e quanto invece riportato nelle scritture contabili, oltre che a fungere da efficace deterrente contro pagamenti illeciti³⁸.

Tale provvedimento normativo oltre ad aver favorito la costituzione di modelli organizzativi idonei a scongiurare la commissione di reati di corruzione³⁹, ha certamente stimolato l'interesse verso la figura dell'*auditor* interno, atteso che molte

³⁵ M. IPPOLITO, *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 190.

³⁶ A. ALBERICI, *La Corporate Governance ex D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 288.

³⁷ C. A. DITTMEIER, op. cit., p. 38.

³⁸ Così, L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 47.

³⁹ Si noti, a tal fine, il parallelismo con il D.Lgs. 231/2001, normativa che ha tratto significativi spunti dal *FCPA* statunitense nella previsione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo con finalità preventiva rispetto alla commissione di reati.

società quotate si sono dotate di organismi di *auditing* qualora non già presenti nella propria struttura, o ne hanno considerevolmente innovato funzioni e poteri⁴⁰.

La diffusione sistemica del falso in bilancio nel tessuto societario statunitense ha portato, in seguito, all'istituzione nel 1985 della *Treadway Commission*⁴¹ che, con la pubblicazione del celebre *report* del 1992, il c.d. *CoSO report*, ha promosso in maniera attiva lo sviluppo di un'idea comune di sistema di controllo interno, andando inoltre a porre una maggior responsabilità sulle società, più nello specifico in capo all'organo amministrativo, primo soggetto a cui è demandata la pianificazione di presidi di controllo adeguati⁴².

Successivamente, proprio in risposta ai c.d. *corporate scandals* dei primi anni duemila, è stato promulgato nel 2002 il *Sarbanes-Oxley Act*, legge federale statunitense meglio nota come SOX⁴³. Tra le novità di questa normativa, volta alla tutela del pubblico dei risparmiatori, si rinvengono l'istituzione del *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) che assolve compiti di controllo sulla qualità e l'indipendenza dell'operato dello società di revisione; la ridefinizione dei compiti della *SEC*; il potenziamento dell'*Audit Committee* costituito da amministratori indipendenti⁴⁴; la presenza di un'intera *Section*, la 404, dedicata alla predisposizione di un sistema di controllo interno adeguato; infine, l'inasprimento dello strumento penalistico che raggiunge livelli di pena definiti «draconiani»⁴⁵, *ex Title 8 (Corporate and Criminal Fraud Accountability)*. Una simile impostazione ha sicuramente incentivato le società sottoposte alla normativa a predisporre un sistema di controllo interno idoneo a prevenire la commissione di attività illecite da parte di *manager* e

⁴⁰ Si veda, C. A. DITTMEIER, op. cit., p. 38-39.

⁴¹ Inizialmente nota come la *National Commission on Fraudulent Financial Reporting*.

⁴² Il *Committee of Sponsoring Organizations* ha poi emanato un secondo *report* nel 2004, denominato per l'appunto *CoSO II*, che ha incentrato il proprio lavoro sull'approccio di *Risk Management* (ERM) oltre ad un successivo aggiornamento nel 2013, *Internal Control-Integrated Framework* (CoSO III), resosi necessario per adeguarsi ai cambiamenti intercorsi nel panorama operativo societario, ma che di fatto non ha rivoluzionato il *framework* di riferimento delineato nella prima versione del 1992.

C. A. DITTMEIER, op. cit., p. 55.

⁴³ SOX che sarà frutto di un'autonoma trattazione nel corso del capitolo IV.

⁴⁴ M. IPPOLITO, *Il Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 e la Sarbanes-Oxley statunitense*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (2), p. 176.

⁴⁵ A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 111.

subordinati oltre a costituire un forte incentivo verso condotte di *voluntary disclosure*⁴⁶.

Per quanto concerne la normativa domestica, i principali interventi riformatori del legislatore italiano possono essere fatti risalire all'introduzione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (TUF), che ha avuto il merito di essere il primo riferimento normativo in ambito di *corporate governance* e di sistema dei controlli interni⁴⁷. Il TUF, anche noto come la "riforma Draghi", esaltando i principi di trasparenza e correttezza, mira ad un buon funzionamento del sistema finanziario in un'ottica di tutela del pubblico degli investitori. Le disposizioni riguardanti i controlli interni sono contenute nella sezione dedicata al Collegio Sindacale, al quale è attribuita «la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione»⁴⁸, oltre che all'art. 150, comma 4, TUF quando viene preso in considerazione il continuo flusso informativo che deve intercorrere tra i soggetti preposti al controllo interno e il Collegio Sindacale.

A questo provvedimento normativo ha fatto seguito la riforma del diritto societario, c.d. Riforma Vietti, attuata con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 che, oltre ad avere esteso la vigilanza del Collegio Sindacale alle società non quotate, ha esplicitamente affiancato al modello tradizionale, due modelli di *governance* societaria alternativi: il modello dualistico ed il modello monistico⁴⁹. Altri aspetti salienti della riforma riguardano la disciplina, puntuale, del conflitto d'interessi e dei suoi connessi obblighi informativi *ex art.* 2391 c.c. nonché, per le società che fanno ricorso al capitale di rischio, l'applicazione dell'art 2391-*bis*, che assicura il rispetto della trasparenza e della correttezza procedurale nelle operazioni con parti

⁴⁶ A. MARINONI, *Regulation internazionale in tema di corporate governance. Il sistema dei controlli aziendali*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, (4), p. 835-837.

⁴⁷ L. F. MARINIELLO, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸ D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (TUF), art. 149 comma 1 *lett. c*).

⁴⁹ Il sistema tradizionale di amministrazione e controllo viene regolato dagli art. 2380 e ss. del c.c., il sistema dualistico dagli art. 2409-*octies* e ss. del c.c., il sistema monistico dagli art. 2409-*sexdecies* e ss. del c.c.

correlate⁵⁰. La legge del 28 dicembre 2005, n. 62, anche nota come “legge sul risparmio”, ha poi rafforzato ulteriormente la normativa in tema di controlli, andando a modificare gli articoli del TUF ed introducendo nuove disposizioni a tutela del risparmio e della disciplina dei mercati finanziari, prevedendo, tra l’altro, la nuova figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari *ex art. 154-bis* TUF. Sempre in ambito di *corporate governance* e assetti organizzativi, si rinviengono le Disposizioni di vigilanza emanate da Banca d’Italia, in materia di rischio di *compliance*⁵¹, le Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, contenente prescrizioni in merito alla gestione e al controllo dei rischi⁵² oltre che le Disposizioni di Vigilanza per le banche, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 che prevede un capitolo, il terzo, dedicato al Sistema dei Controlli Interni, così come predisposto dall’11° aggiornamento del 21 luglio 2015⁵³.

Da notare infine come la *corporate governance* assuma un rilievo significativo con l’introduzione ad opera del legislatore della responsabilità amministrativa degli enti per il tramite del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, atteso che un adeguato governo societario costituisce uno degli elementi di partenza, e di successo, per la redazione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al decreto in questione⁵⁴.

2.2. L’autoregolamentazione.

Di pari passo all’evoluzione normativa in tema di assetti di governo societario che ha coinvolto il nostro legislatore nell’emanazione di una pluralità di fonti di rango primario e secondario, sono stati elaborati, sulla scia di quanto già affermatosi in altri

⁵⁰ A. ALBERICI, *op. cit.*, p. 289.

⁵¹ BANCA D’ITALIA, *Disposizioni di vigilanza in materia di conformità (compliance)*, 10 luglio 2007, abrogate dal 1° luglio 2015.

⁵² BANCA D’ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n.263 del 27 dicembre, 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, Titolo V, Capitolo 7, “il Sistema dei Controlli Interni”.

⁵³ BANCA D’ITALIA, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n.285 del 17 Dicembre 2013. L’ultimo aggiornamento risale al 17 maggio 2016.

⁵⁴ Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231, sarà oggetto di una diffusa trattazione nel corso del secondo capitolo.

paesi della cultura occidentale⁵⁵, codici di condotta, regolamenti e linee guida con l'intento di disciplinare, seppure in maniera "leggera", il sistema di *governance* societaria.

Si è assistito ad una proliferazione negli ultimi anni di forme di *soft law*, caratterizzate dall'assenza di un valore cogente, ma che tuttavia sono state in grado di riscuotere un forte successo grazie alla flessibilità e alla capacità di adattarsi alle singole realtà aziendali. L'autoregolamentazione trova il proprio fondamento in una concezione neoliberistica del mercato, dove imprese e imprenditori, conoscono meglio di chiunque altro, anche dello stesso legislatore, come regolare la propria attività.

Nonostante lo scetticismo mostrato da alcune voci dottrinali⁵⁶, contrarie all'idea che possa esistere un'etica del mercato⁵⁷ e corroborato dal fatto che molti degli stessi scandali e *crack* finanziari hanno visto partecipi proprio società che avevano adottato codici etici e di autoregolamentazione, l'autodisciplina ha avuto un generale apprezzamento grazie alla flessibilità che le deriva dalla caratteristica di essere ad adesione volontaria. A ciò si aggiunga il fatto che la stessa può essere considerata una scelta obbligata per le imprese italiane, dal momento che molto spesso le fonti autoregolamentari recepiscono nel nostro ordinamento le *best practices* internazionali oltre ad essere fonti di razionalizzazione e semplificazione di molti istituti; le società scelgono dunque di adeguarsi alle raccomandazioni dei codici per attrarre, anche, gli investimenti stranieri.

Esempio emblematico per la sua autorevolezza, è sicuramente il Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a, il c.d. Codice Preda, emanato in seguito alla costituzione del Comitato per la *corporate governance* di Borsa Italiana, la sua prima versione è stata pubblicata nel 1999, a cui hanno fatto seguito gli aggiornamenti del 2006, 2011 e 2015.

⁵⁵ Primo fra tutti il c.d. *Cadbury Code* in Gran Bretagna (1992), a cui hanno fatto seguito i *Principles* dell'*American Law Institute* (1994) e il *Rapport Viénot* in Francia (1995).

⁵⁶ Posizioni di sfiducia e scetticismo nei confronti dell'autodisciplina sono state espresse da V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, (1), p. 181; ma anche da C. PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Diritto Penale*, vol. III, Milano, 2003, p. 247 e G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, p. 71.

⁵⁷ Così, G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 35.

Il Codice di Autodisciplina, rientra nel novero dei codici di comportamento in quanto vengono individuati *standard* di condotta che devono indirizzare l'operato dei soggetti coinvolti nella struttura societaria, soggetti di vertice e subordinati. Il fine è quello di delineare un assetto organizzativo e gestionale improntato a regole di correttezza e trasparenza che se applicato in maniera esaustiva, può essere un grande contributo rispetto alla prevenzione di tutti quei comportamenti che possono sfociare in addebiti penalistici. Latamente intesi, i codici, hanno la finalità di diffondere una cultura di eticità nell'ambiente aziendale, accrescere la fiducia del pubblico verso la società e massimizzare il valore per gli investitori⁵⁸.

L'adesione è volontaria e si basa sul meccanismo del "*comply or explain*". Il non seguire, in tutto o in parte, le raccomandazioni fornite dal codice non comporta a priori, conseguenze negative per l'impresa, a patto che tale scelta sia adeguatamente giustificata nella relazione sul governo societario⁵⁹. Ciò permette di seguire solo i percorsi che più si adattano alla realtà aziendale garantendo quel grado di flessibilità particolarmente apprezzato dagli operatori.

2.3. Le disposizioni inerenti l'Internal Audit.

Sebbene l'attività di *Internal Auditing* occupi una posizione centrale dal punto di vista del corretto svolgimento dell'attività d'impresa, non vi è stato, ad oggi, una normativizzazione di tale figura professionale, dal momento che nessuna legge

⁵⁸ M. IPPOLITO, *La Corporate Governance ex D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 336.

⁵⁹ L'adesione al Codice di Autodisciplina è volontaria, così come disposto dal Codice stesso al principio guida I. Il meccanismo del "*comply or explain*" trova invece la propria disciplina all'art. 123-*bis* del TUF, intitolato «Relazione sul governo societario e gli assetti societari», il quale statuisce espressamente al c.2 *lett. a)* che nella relazione sul governo societario devono essere riportate le informazioni riguardanti: «l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché le pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari. La società indica altresì dove il codice di comportamento in materia governo societario al quale aderisce è accessibile al pubblico».

prende in considerazione i processi di certificazione dei soggetti che svolgono questa attività⁶⁰. Cionondimeno, vi sono una serie di disposizioni normative e di natura autoregolamentare che contemplano espressamente l'attività di *auditing*. Il Codice Preda, come già anticipato, individua la figura dell'*Internal Audit* quale uno dei soggetti facente parte della complessa "architettura" dei controlli interni. Il codice ne descrive le modalità di nomina e revoca, di spettanza del Consiglio di Amministrazione, su impulso dell'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e del comitato controllo e rischi, così come spetta al Consiglio la predisposizione di risorse adeguate per svolgere la funzione e la definizione della remunerazione e delle politiche aziendali⁶¹; viene inoltre previsto che lo stesso organo amministrativo approvi il piano di *audit* con cadenza almeno annuale⁶². Alla parte del Codice riguardante i criteri applicativi spetta invece individuare i compiti che dovrà svolgere tale figura; questi possono riassumersi nella verifica e monitoraggio circa l'operatività e l'idoneità del sistema dei controlli interni, a cui seguono relazioni periodiche agli organi gestori e di controllo⁶³.

Altri riferimenti diretti alla figura dell'*internal auditor* sono contenuti nelle Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n.263 del 27 dicembre 2006, aggiornata al 2 luglio 2013, la quale prende in considerazione tra le funzioni di controllo aziendale, la *revisione interna*, individuandone specificatamente i compiti e le responsabilità⁶⁴, ma anche dalle Disposizioni di vigilanza per le banche, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, aggiornata al 17 maggio 2016, che contempla l'*Internal Audit* quale figura deputata ad assolvere compiti di *assurance* in merito al sistema informativo aziendale (*ICT audit*).

⁶⁰ L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 25.

⁶¹ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina Borsa Italiana S.p.a.*, luglio 2015, criterio applicativo 7.C.1.

⁶² COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, op. cit., criterio applicativo 7.C.1 *lett. c)* «approva, con cadenza almeno annuale, il piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di *internal audit*, sentiti il collegio sindacale e l'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi».

⁶³ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, op. cit., criterio applicativo 7.C.5. *lett. f)* «trasmette le relazioni di cui ai punti d) ed e) ai presidenti del collegio sindacale, del comitato controllo e rischi e del consiglio di amministrazione nonché all'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi».

⁶⁴ BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di Vigilanza prudenziale per le Banche*, Circolare n.263 del 27 dicembre 2006, 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, Titolo IV, 3.4 Funzione di revisione interna (*internal audit*).

La funzione di "revisione interna" caratterizza inoltre il sistema dei controlli interni nella discipline del settore delle Società d'intermediazione mobiliare (SIM)⁶⁵, delle Società di Gestione del Risparmio (SGR)⁶⁶ e delle Società di Assicurazione⁶⁷.

3. L'*Internal Audit* nel complesso sistema dei controlli interni.

3.1. Il sistema dei controlli interni.

Nell'attuale scenario economico societario, dominato dal fenomeno della "dissociazione tra proprietà e controllo", caratterizzante soprattutto le società ad azionariato diffuso, l'esigenza di predisporre strumenti di controllo mirati a verificare l'operato manageriale si è fatta sempre più pressante.

Si è assistito negli ultimi anni ad una proliferazione di fonti legislative e regolamentari che ha portato alla costante creazione di nuovi organismi e funzioni deputate alle varie istanze di controllo sulle fonti di rischio; ecco allora che l'*Internal Audit*, intesa come funzione⁶⁸, va ad arricchire quello che può essere descritto come il complesso "mosaico" dei controlli interni aziendali⁶⁹.

Molte di queste normative poggiano sulla nozione di sistema di controllo interno (SCI) che può essere definito, assecondando quanto disposto dal Codice di

⁶⁵ BANCA D'ITALIA e CONSOB, *Regolamento congiunto in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, adottato con provvedimento 29 ottobre 2007, modifica del 19 gennaio 2015, art. 14. "La revisione interna".

⁶⁶ BANCA D'ITALIA, *Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio* del 19 gennaio 2015, Allegato IV.4.1 Relazione sulla struttura organizzativa, "gestione del rischio, controllo di conformità e revisione interna".

⁶⁷ ISVAP, Codice delle assicurazioni private, D.Lgs. 209/2005, aggiornato al Giugno 2016, art. 30-*quinquies* (Funzione di Revisione Interna), articolo inserito dall'articolo 1, comma 26, D.Lgs. 74/2015.

⁶⁸ Come già analizzato nel § 1. l'*Internal Audit* può essere considerata una vera e propria funzione aziendale se svolta da un organismo interno dove per funzione aziendale si intende – in ossequio a quanto individuato dalla Circolare n.263 del 2006 di Banca D'Italia – «l'insieme dei compiti e delle responsabilità assegnate per l'espletamento di una determinata fase dell'attività aziendale», altrimenti assumerà i connotati di un'attività che può essere data in *outsourcing* a soggetti qualificati professionalmente.

⁶⁹ G. GALATERI, *Il modello è ok, ora serve la prova*, in *Riv. AIIA*, aprile/giugno 2013, p. 6.

Autodisciplina di Borsa Italiana, come «l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi» e aggiunge: «Un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli. Esso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità delle informazioni fornite agli organi sociali ed al mercato, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne». Il Codice di Autodisciplina nel delineare le principali caratteristiche del sistema dei controlli interni riprende sostanzialmente quanto già delineato dal *Committee of Sponsoring Organizations*, che con il CoSO I del 1992 definiva il sistema dei controlli interni come «un processo mediante il quale il *management* e gli operatori aziendali ottengono una ragionevole certezza di perseguire gli obiettivi di aderenza alle regole, salvaguardia del patrimonio, affidabilità delle informazioni e dei bilanci, efficacia ed efficienza della gestione»⁷⁰.

L'*Internal Audit*, quale componente del sistema dei controlli interni, svolge quello che viene comunemente definito come una verifica di "terzo livello", avendo quale ambito d'indagine proprio il funzionamento complessivo dell'intera struttura dei controlli interni aziendali⁷¹. La suddivisione piramidale in livelli di controllo⁷², caratterizzante gli attuali assetti di *governance* delle società di capitali, si basa sul grado di lontananza delle istanze di controllo rispetto alle singole fonti di rischio; ciò impatta necessariamente anche sulla capacità di incidere direttamente per modificare e risolvere le eventuali difficoltà riscontrate. I controlli di "primo livello", noti anche come i controlli "di linea", sono effettuati dalle medesime strutture operative e hanno

⁷⁰ Definizione di "sistema di controllo interno" della *Treadway Commission* (CoSO) tradotta da AIIA (Associazione Italiana *Internal Auditors*); P. TETTAMANZI, op. cit., p. 9-12.

⁷¹ AIIA, *Corporate Governance Paper, Approccio integrato al Sistema di Controllo Interno ai fini di un'efficace ed efficiente governo d'impresa*, febbraio 2008, p. 8.

⁷² La suddivisione in tre livelli di controllo nata con le disposizioni previste in ambito finanziario, è stata affrontata e approfondita anche dalla *European Confederation of Institutes of Internal Audit* (ECIIA) nel modello "Three Lines of Defence", che funge da schema di riferimento per il legislatori europei. Cfr. C. A. DITTMAYER, op. cit., p. 87.

come finalità quella di assicurare il corretto espletamento delle operazioni aziendali; essendo titolari dei poteri e delle responsabilità del singolo processo (*process owners*) possono direttamente assumere le decisioni per mitigare i rischi. Il “secondo livello” di controllo viene invece attuato attraverso strutture aziendali specifiche, prive di mansioni operative, che hanno come fine l’individuazione, la valutazione e la gestione di rischi tipici, quali ad esempio il rischio finanziario, il rischio operativo e quello di non conformità. Vengono comunemente annoverati nella seconda linea di difesa il *Risk Management*, il Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e la Funzione *Compliance*⁷³.

Tornando ai controlli di “terzo livello”, quest’ultimi hanno natura trasversale rispetto all’organizzazione e assolvono un ruolo fondamentale di prevenzione dei disallineamenti e malfunzionamenti che possono coinvolgere lo SCI, dal momento che la singola segregazione dei poteri non è sufficiente, isolatamente, ad escludere i potenziali conflitti d’interesse che possono sorgere tra le funzioni organizzative⁷⁴.

3.2. Gli attori dei controlli societari e le relazioni che si instaurano con l’Internal Audit.

Avendo constatato come la stratificazione normativa in tema di controlli interni abbia portato ad un arricchimento sia delle tipologie di controlli, sia delle funzioni ed organi deputati agli stessi, è bene procedere ad una rassegna dei principali protagonisti che compongono tale sistema, delineando, sinteticamente, quelli che sono i poteri, le responsabilità e le interrelazioni che si instaurano con l’*Internal Audit*. Risulta dirimente, a tale fine, prendere le mosse dalle indicazioni fornite dal Codice di Autodisciplina in merito al «sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi», così rubricato all’art. 7.

Il primo soggetto a trovare una collocazione nel contesto dei controlli aziendali è il Consiglio di Amministrazione che, oltre a garantire l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile *ex art. 2381 c.3 del c.c.*, è depositario, in

⁷³ M. BORTOLOTTO-D.BOSSI, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁴ AIIA, *op. ult. cit.*, p. 9.

ossequio a quanto previsto dal Codice di Autodisciplina⁷⁵, del ruolo chiave di indirizzo e di valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia del sistema dei controlli interni. L'attività che lo coinvolge ha cadenza annuale ed è parametrata alle caratteristiche dell'impresa ed al tipo di rischio assunto. All'interno del Consiglio Amministrazione possono essere costituiti, inoltre, uno o più «amministratori incaricati del Sistema di Controllo Interno e di Gestione dei Rischi»⁷⁶ e un «Comitato controllo e rischi»⁷⁷, a supporto dell'attività del Consiglio.

La funzione d'*Internal Audit* si interfaccia con tali organi porgendo all'attenzione del Comitato e dello stesso Consiglio, le relazioni periodiche o *ad hoc*⁷⁸, circa il funzionamento e l'idoneità del SCI (la c.d. attività di *reporting*). Al Consiglio di Amministrazione spetta l'approvazione del piano annuale di *audit*, previo parere del Comitato controllo e rischi, sentiti sul punto il Collegio Sindacale e l'amministratore incaricato⁷⁹. L'*Audit* interno può essere altresì destinatario di richieste specifiche di verifica su determinate aree operative, mentre l'attività partecipativa viene garantita attraverso la presenza alle riunioni del Comitato controllo e rischi⁸⁰.

L'organo di controllo tradizionale, il Collegio Sindacale⁸¹, è soggetto che *ex art.* 149 c.1 *lett c)* del TUF è posto al vertice del sistema di vigilanza societario dovendo lo stesso vigilare sull'adeguatezza del sistema dei controlli interni dell'emittente. Per le società non quotate il codice non prevede, espressamente, la vigilanza sul sistema di controllo interno, anche se la stessa può essere fatta risalire al dettato dell' art.

⁷⁵ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, op. cit., art. 7 " Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi", principio 7.P.3.

⁷⁶ L'amministratore è incaricato dell'individuazione dei principali rischi aziendali, nonché della progettazione, realizzazione e attuazione dell'intero sistema in virtù di quelle che sono le linee di indirizzo predisposte dal Consiglio di Amministrazione. Cfr. criterio applicativo 7.C.4.

⁷⁷ Il Comitato svolge principalmente attività istruttoria a favore del Consiglio. Per una panoramica più dettagliata del compito del Comitato cfr. criterio applicativo 7.C.2.

⁷⁸ Questa tipologia di *audit report* viene attivata su specifiche istanze di verifica che seguono determinati eventi o condizioni, queste verifiche quindi esulano dal piano di *audit*.

⁷⁹ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, op. cit., art. 7 " Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi", criterio applicativo 7.C.1 *lett. c)*

⁸⁰ AIIA, *Corporate Governance Paper, Approccio integrato al sistema di controllo interno.*

Gli organi e le funzioni preposte al controllo interno aziendale e loro relazioni, novembre 2009, p. 22.

⁸¹ Nel sistema dualistico tale ruolo è assolto dal Consiglio di Sorveglianza art. 2409-*duodecies* c.c., mentre nel sistema monistico dal Comitato per il Controllo sulla Gestione art. 2409-*octiesdecies* c.c.

2403 del c.c. che ricomprende tra i doveri del Collegio quello di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile oltre a garantire l'osservanza della legge, dello statuto ed il rispetto dei principi di corretta amministrazione. Tra i poteri tipici dell'organo si annoverano la possibilità di predisporre ispezioni e controlli⁸².

Anche in tale caso l'*Internal Audit* ha l'onere di presentare al Collegio Sindacale, con cadenza almeno annuale, il proprio piano di lavoro oltre ad intrattenere con lo stesso relazioni periodiche. La Funzione di *Audit* interno riceve inoltre informazioni utili ai fini della valutazione del sistema dei controlli interni attraverso la conoscenza di verbali, specifiche relazioni del collegio o partecipando alle adunanze. Dall'altro lato, così come accade per gli altri organi o funzioni aziendali coinvolte nel sistema dei controlli, l'*Internal Audit* può essere destinatario di specifiche richieste di verifica.

Il D.Lgs. 231/2001, inerente la responsabilità amministrativa degli enti, ha previsto l'istituzione di un Organismo di Vigilanza con il compito precipuo di garantire la corretta attuazione e l'aggiornamento del Modello di Organizzazione, Gestione e controllo previsto dalla suddetta normativa. In tale contesto l'*Internal Audit* instaura relazioni a supporto dell'Organismo di Vigilanza: l'ODV condivide con gli *auditors* interni la strutturazione del piano di verifiche concernenti le aree soggette a rischio di commissione di reati rientranti nel "catalogo" del D.Lgs. 231/2001; l'*Internal Audit*, successivamente, trasmette all'Organismo quanto riscontrato in ambito di verifica. Il Responsabile della Funzione di *Internal Audit*, come già abbiamo visto essere valido per gli altri organi, partecipa agli incontri dell' ODV oltre a poter essere membro dello stesso.⁸³

Per quanto attiene alle funzioni aziendali che svolgono controlli di secondo livello, tra cui il Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari così come la Funzione Conformità e quella di *Risk Management*, l'*Internal Audit* interagisce con le stesse condividendo informazioni e conoscenze. Le Funzioni possono fare istanza

⁸² La tematica del ruolo del Collegio Sindacale nel sistema di controllo interno viene accuratamente ricostruita in L. BIOCCHI-D. ROSSETTI, *Rischi monitorati per le imprese*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 agosto 2016.

⁸³ Tematica a cui verrà dedicata un'attenta analisi nel corso del prossimo capitolo.

all'*Internal Audit* affinché questi esegua verifiche mirate su determinate fattispecie di rischi utili alle rispettive attività di controllo, mentre lo stesso può richiedere alle Funzioni di rilasciare giudizi e analisi in modo da acquisire ulteriori elementi per compiere la valutazione del sistema dei controlli.

Il panorama dei controlli è poi completato, oltre che dalla Revisione Legale dei Conti, da tutte quelle funzioni e organi aziendali previsti da specifiche normative. Costituiscono esempi emblematici le disposizioni in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, il settore ambientale, il trattamento e la protezione dei dati personali, nonché la recente normativa in materia di antiriciclaggio⁸⁴.

In questo contesto di affollamento e disorganicità, non è facile intraprendere un approccio coerente e sistematico rispetto all'attività di controllo. Lo sforzo maggiore viene quindi richiesto alla Funzione di *Internal Audit*, a cui è demandato l'arduo compito di ricondurre ad un'unità le attività svolte da tutti gli attori aziendali, proponendo, in caso di malfunzionamenti, azioni di correzione e miglioramento.

3.3. Verso un sistema di controlli integrato.

Alla luce dell'elencazione di ruoli e responsabilità a cui si ha avuto modo di assistere nel paragrafo precedente, non si può non notare come la struttura aziendale risulti appesantita, irrigidita. È la «società dei controlli»⁸⁵ che, sulla base di un «desiderio di verifica istituzionalizzato e della crescente richiesta di produzione di garanzia»⁸⁶, ha portato a convogliare sempre più risorse verso attività di sorveglianza, determinando il proliferare di organismi deputati al controllo delle più diversificate fonti di rischio. La ricerca di fiducia nel sistema ha portato alla ciclica produzione di nuove istanze di controllo che assolvono ad un ruolo di riassicurazione,

⁸⁴ Così, F. ACCARDI-R. ROSATO, *Quando il Sistema dei Controlli è DOC*, in *Riv. AIA*, aprile/giugno 2013, p. 25.

⁸⁵ In questi termini, M. POWER, *La società dei controlli. Rituali di verifica*, Torino, 2002.

⁸⁶ Così, M. POWER, op. cit., p. 212.

quali «diffusori di fiducia sistemica»⁸⁷, garantendo che il mercato funzioni secondo le regole a cui lo stesso soggiace. Lo Stato delega al privato la propria *potestas* di vigilanza, attuando la c.d. privatizzazione dei controlli, basandosi sull'assunto che le imprese sappiano gestire, meglio, le varietà di rischi connaturati alla specifica attività che svolgono. Allo Stato non resta che un ruolo residuale rispetto a quanto già fatto in sede di controllo interno⁸⁸.

È con un accento di critica che Francesco Centonze parla di una nuova «Babele dei controlli»⁸⁹, per «fotografare» la situazione in cui si trovano ad agire le imprese moderne, colme di soggetti che affollano⁹⁰, con una costruzione barocca⁹¹ il sistema dei controlli interni. L'impatto di una simile struttura, macchinosa e ridondante, ricade sulla dinamicità che dovrebbe contraddistinguere l'agire imprenditoriale, generando un evidente *trade off* tra la prontezza richiesta alla società nel reagire alle mutevoli condizioni del mercato e l'efficacia del complesso dei controlli aziendali rispetto alla neutralizzazione delle fattispecie di rischio.

Da più parti si è avvertita l'esigenza di operare una revisione del sistema dei controlli interni in funzione razionalizzatrice⁹². La confusione di ruoli e funzioni necessita di una sistematizzazione a livello normativo, che possa evitare le sovrapposizioni e le duplicazioni che si rinvengono quando più organi e funzioni non operano in modo coordinato sotto un unico disegno organizzativo. Serve definire le modalità di interrelazione tra i vari attori che si intrecciano nell'attività di controllo, per arrivare ad una cooperazione fonte di sinergie⁹³: la comunicazione tra organi assume a punto cardine per il corretto svolgimento del sistema dei controlli interni, «pena l'impossibilità di evolvere da una sommatoria di controlli ad un sistema di controllo»⁹⁴. Ovviamente, il raggiungimento di un livello ottimale dei presidi, che sia

⁸⁷ Così testualmente, A. MUTTI, *Le inerzie della fiducia sistemica*, in *Rass. it. Soc.*, 2004, (3), p. 426.

⁸⁸ Si veda F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 75-78.

⁸⁹ F. CENTONZE, op. cit., p. 68.

⁹⁰ In questi termini S. FORTUNATO, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in *Soc.*, 2008, (4), p. 401.

⁹¹ B. ERMOLLI, *Governance con troppe teste*, in *Il Sole-24 Ore*, 23 maggio 2006.

⁹² Così, S. FORTUNATO, *Il « Sistema dei Controlli » e la gestione dei rischi (a quindici anni dal t.u.f.)*, in *Soc.*, 2015, (2-3), p. 253.

⁹³ Si veda, P. MONTALENTI, *Amministrazione e Controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Soc.*, (1), 2013, p. 61-62.

⁹⁴ AIIA, op. loc. ult. cit.

calibrato rispetto alla tipicità della singola realtà aziendale, viene ottenuto solamente qualora i controlli vengano percepiti come «un’opportunità»⁹⁵, giustificandosi in termini di benefici attesi e perdendo quella connotazione di mero adempimento normativo⁹⁶.

La suddivisione più puntuale dei ruoli, unita ad una semplificazione normativa delle attività di controllo, può essere un fattore risolutivo nell’evitare che si generino diseconomie oltre ad apportare vantaggi alla stessa attività di *auditing* la quale, ottenendo informazioni precise e qualificate, concentrerà le proprie attenzioni sui rischi di maggior entità per la specifica realtà aziendale⁹⁷. La razionalizzazione della normativa riguardante i controlli trova una sua *ratio* anche in un’ottica di competitività del mercato azionario italiano nel panorama delle scelte d’investimento in mercati europei⁹⁸; un sistema dei controlli astruso e frammentario, preclude la tutela degli investimenti e di conseguenza può comportare una scarsa attrattività per il mercato dei capitali domestico.

Non va poi sottaciuto il fatto che l’implementazione di un sistema dei controlli “integrato”⁹⁹ può scongiurare il verificarsi di pericolosi fenomeni a livello societario, si pensi ai diffusi episodi di illegalità, cause di danni anche di natura reputazionale che le imprese vogliono in tutti modi evitare. Data l’importanza che hanno assunto la reputazione e l’immagine, l’approccio che dovrà guidare l’impresa non potrà che essere di lungo periodo, attraverso lo sviluppo di comportamenti responsabili e di una cultura dei controlli che pervada tutta la compagine societaria. L’allineamento a codici di comportamento promotori di valori e di un’etica aziendale, così come la strutturazione di presidi di controllo interno in linea con le più moderne tendenze, fanno sì che i benefici generati non vengano incamerati solamente dall’impresa in

⁹⁵ Cfr. P. MONTALENTI, op. cit., p. 52.

⁹⁶ TWISTER, *La flessibilità può migliorare i controlli*, in *Riv. AIA*, aprile/giugno 2014, p. 7-8.

⁹⁷ Sul punto, F. ACCARDI-R. ROSATO, op. cit., p. 26.

⁹⁸ S. ALVARO-D. DERAMO-G. GASPARRI, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate. Aspetti comparatistici e linee evolutive*, in *Quaderni Giuridici CONSOB*, maggio 2015, p. 82-84. Utile a tale scopo anche un’analisi del *report* della Banca Mondiale, intitolato «*Doing Business*» (2015).

⁹⁹ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, op. cit., Commento art. 7 “sistema dei controlli interni”.

quanto tale, ma anche dal mercato, atteso che una società virtuosa è capace di ridurre i costi di transazione per tutti gli operatori¹⁰⁰.

4. Le varie tipologie d' *Internal Audit*: commistioni e sinergie.

4.1. *Operational Audit*.

L'attività di *Internal Auditing* ha subito un processo evolutivo costante nel corso degli ultimi decenni dovendosi adattare alle mutevolezze e alle esigenze del contesto sociale in cui si trovava ad operare, ciò ha favorito il sorgere di nuovi ambiti d'indagine per la propria attività.

Le varie tipologie di *audit* nonostante risultino essere caratterizzate da diversi obiettivi, modalità di espletamento e metodologie, oltre a essere serventi le necessità di diversi committenti, non trovano una reale distinzione nella prassi applicativa, atteso che non di rado si assiste a commistioni tra le diverse attività di *auditing*, dovendo le stesse assecondare le molteplici richieste del cliente e gli obiettivi dallo stesso prefissati. Risulta chiaro come sia necessario, in un'ottica di ottimizzazione delle risorse disponibili e del buon funzionamento della struttura dei controlli nel suo complesso, adottare un approccio integrato di *audit* che sia in grado di cogliere le possibili sinergie che si possono ottenere attivando più modalità di *audit* congiuntamente.

La prima tipologia di *audit* che merita di essere analizzata è l'*Operational Audit*, anche noto come il controllo interno operativo; tale tipologia ha lo scopo di accertare che l'organizzazione aziendale o meglio, quella parte di organizzazione che è sottoposta a verifica, sia in grado di conseguire gli obiettivi prefissati dagli organi di vertice, in quanto a efficacia, efficienza ed economicità¹⁰¹. L'attività di *audit* pertanto

¹⁰⁰ Così, G. F. SIMONINI, *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2016, (1), p. 90-92.

¹⁰¹ M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 51.

si focalizzerà sui processi che coinvolgono tali aree aziendali, verificando che l'impiego delle risorse, i tempi, le procedure e le modalità tecniche siano coerenti con un'efficiente gestione aziendale¹⁰². L'attività di revisione culmina, se necessario, in proposte di miglioramento da condividere con l'Alta Direzione e i responsabili delle aree funzionali verificate, al fine di perfezionare i processi aziendali.

4.2. Compliance Audit.

Il *Compliance Audit* è un tipologia di *audit* che ha come finalità la verifica dell'osservanza da parte della società, di tutte la normativa a cui la stessa soggiace nell'esercizio della attività d'impresa. Il controllo di conformità, in un'accezione ampia, ricomprende non solo tutte le norme di rango primario e secondario applicabili, ma anche le regole interne, le procedure, le prescrizioni contrattuali, le politiche e le circolari aziendali¹⁰³. Il *Compliance Audit* può essere svolto periodicamente, in ossequio a quanto individuato dal piano di *audit* oppure in via preventiva, cioè senza notifiche alla struttura esaminata, assumendo i connotati di un'attività di tipo ispettivo. Da notare il contributo che può essere dato da una simile attività di revisione, in quanto idonea a scongiurare la *deminutio patrimonii* che potrebbe derivare dalle sanzioni eventualmente comminate all'impresa inadempiente, oltre naturalmente ai danni reputazionali connessi¹⁰⁴.

Sebbene non siano richieste conoscenze particolari, se non quelle riferibili alla normativa applicabile, molte organizzazioni che operano in settori particolarmente complessi e sottoposti alle autorità di pubblica vigilanza, si pensi al riguardo al settore bancario, assicurativo o ai soggetti sottoposti alle norme sui mercati finanziari, istituiscono al proprio interno una figura *ad hoc*, denominata *compliance officer*¹⁰⁵.

¹⁰² L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 111.

¹⁰³ L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 108.

¹⁰⁴ C. A. DITTMER, op. cit., p. 253.

¹⁰⁵ M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 48. Per una trattazione più dettagliata sulla figura del *compliance officer* e sulla evoluzione normativa si veda il

4.3. Financial Audit.

Tale tipologia di controllo ha come oggetto le operazioni societarie per quanto concerne gli aspetti finanziari e contabili. L'*internal auditor* ha il compito di verificare che esista un'attendibile ed adeguato sistema informativo riguardante i dati sulla contabilità, sul bilancio di esercizio, e più in generale sulla situazione economico-finanziaria. Le attività che lo vedono generalmente coinvolto possono essere individuate nella verifica circa l'adeguatezza del sistema dei controlli interni in materia contabile e finanziaria, nonché nell'accertamento che sussista corrispondenza tra le scritture contabili e i fatti aziendali sottostanti che ne sono fonte¹⁰⁶.

Data l'importanza che riveste l'attendibilità dei flussi informativi nella formulazione dei dati di bilancio, l'*auditing* vede il coinvolgimento di una pluralità di soggetti interni ed esterni alla struttura, quali il revisore contabile, le società di revisione, il Collegio Sindacale e il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (nelle società che sono sottoposte alla disciplina del TUF). Per ottenere una significativa riduzione dei rischi e operare in sinergia, si rende necessario un coordinamento tra le diverse attività di controllo, così come previsto dagli *Standard* internazionali¹⁰⁷. In considerazione dell'alto carattere tecnico che contraddistingue l'ambito d'indagine, sono richieste specifiche conoscenze all'*internal auditor* sulle tematiche della disciplina giuridica di bilancio, padronanza delle tecniche ragionieristiche e la conoscenza dei principi contabili.

4.4. Management Audit.

Conosciuto anche come *audit* dell'organizzazione, indaga le attività dei soggetti che ricoprono incarichi direzionali all'interno della struttura organizzativa. La verifica

contributo di F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer ed Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (1), p. 115 e ss.

¹⁰⁶ L. F. MARINIELLO, op. cit., 109-110.

¹⁰⁷ Cfr. *Standard IIA 2050 Coordinamento delle attività*.

riguarda l'operato del *management* in rapporto agli obiettivi prefissati ¹⁰⁸, al fine di cogliere gli eventuali disallineamenti rispetto all'impostazione strategica previamente delineata. L'oggetto d'indagine ricomprende anche gli scostamenti rispetto alla normativa interna aziendale, ciò vale soprattutto per i grandi gruppi societari operanti in una pluralità di Stati, in quanto sussiste la possibilità che si verifichino episodi di non adesione del *management* locale, rispetto alle *policies* diramate dalla capogruppo¹⁰⁹.

4.5. Fraud Audit.

Un'ulteriore tipologia di *audit* che ha registrato un forte aumento di interesse, dovuto alla circostanza che sempre più frodi vengono perpetrate all'interno e all'esterno delle organizzazioni aziendali, è il *Fraud Audit*. Con frodi¹¹⁰ si intendono generalmente tutti quei comportamenti che, intenzionalmente adottati, deviano dagli standard di correttezza e sono consumati al fine di ottenere un vantaggio ingiusto per sé o per altri. Premesso che le condotte criminose vengono perlopiù commesse approfittando delle debolezze insite nei presidi di controllo, tipiche fattispecie che integrano gli estremi della frode possono essere ravvisate nei falsi in bilancio, negli episodi corruttivi e di appropriazione indebita.

L'attività richiesta all'*auditor* si sostanzia nel prevenire, con un controllo *ex ante*, le frodi societarie: tale analisi riguarderà i processi gestionali e aziendali, al fine di verificare l'adeguatezza del sistema dei controlli interni a impedirne la commissione, scongiurando, pertanto, distruzioni di valore per la società. Risulta fondamentale vagliare l'assenza di segnali – c.d. *red flags* – che possano condurre a gravi sospetti circa la presenza di comportamenti fraudolenti; cionondimeno l'attività di *fraud*

¹⁰⁸ M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 52.

¹⁰⁹ C. A. DITTMER, op. cit., p. 264.

¹¹⁰ Per una ricostruzione più accurata della nozione di frode si veda la definizione presente negli *Standard Professionali IIA*: «Qualsiasi atto illegale caratterizzato da raggirio, occultamento e abuso di fiducia. Tali atti non fanno ricorso a minacce di violenza o all'uso della forza fisica. Le frodi sono perpetrate da individui e organizzazioni per ottenere denaro, beni o servizi; per evitare il pagamento o la perdita di servizi; o per procurarsi vantaggi personali o aziendali».

auditing, non avendo la capacità di poter individuare tutte le condotte criminose, interviene anche a fattispecie già consumata e, attraverso un servizio di consulenza, suggerisce quale presidi adottare al fine di rafforzare il sistema dei controlli interni per scongiurare, comunque, episodi futuri. Situazioni patologiche, che possono agevolare la commissione, sono individuabili in un potere gestionale accentrato su un'unica persona, nella scarsa segregazione di ruoli e responsabilità, nei cambiamenti continui di consulenti legali e contabili, nelle anomalie contabili, nell'occultamento di documenti o inspiegabili mancanze¹¹¹.

Da ultimo va segnalato come in tale settore si sia sviluppata un'apposita categoria di figure professionali specializzate, dotate delle qualità richieste per svolgere attività investigativa sulle frodi, si tratta dei *fraud investigators*, per i quali è prevista un'apposita certificazione la *Certified Fraud Examiner (CFE)*¹¹². L'attività di *fraud investigation* si differenzia da quella di *fraud auditing* – le cui risultanze hanno carattere propulsivo rispetto alla scelta di intraprendere indagini – poiché il *modus operandi* e i principi riferimento non sono quelli della revisione, come per le altre ipotesi di *audit*, bensì le disposizioni procedurali civili e penali¹¹³.

4.6. Audit ai fini del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Le prestazioni d'*internal auditing* che vengono svolte ai fini del D.Lgs. 231/2001 hanno visto un sostanziale innalzamento di richieste, anche in considerazione del fatto che il numero dei reati presupposto è significativamente incrementato nel corso degli anni. Tale tipologia, si badi bene, non costituisce un'ulteriore categoria di *audit*, ma rappresenta la finalità a cui possono essere asservite le altre tipologie di revisione.

¹¹¹ Così, M. ANACLERIO-A. MIGLIETTA-R. SALVI-F. SERVATO, op. cit., p. 48-49.

¹¹² Si veda, C. A. DITTMEIER, op. cit., p. 261.

¹¹³ G. POGLIANI-N. PECCHIARI-M. MARIANI, *Frodi aziendali. Forensic accounting, fraud auditing e litigation*, Milano, 2012, p. 55.

Premesso che tutte le modalità di *audit* sopra analizzate concorrono alla strutturazione del piano di verifiche ai fini del D.Lgs. 231/2001¹¹⁴, le tipologie di *audit* coinvolte con maggiore intensità sono però l'*Operational Audit* e il *Compliance Audit*. Il controllo operativo valuta l'adeguatezza, in termini organizzativi, dei presidi adottati rispetto alla prevenzione dai reati individuati dal decreto, in tale frangente l'*internal audit* svolge anche attività di *risk assessment* e *gap analysis*, fungendo da valido ausilio sia in sede di mappatura dei rischi che di redazione ed aggiornamento del Modello¹¹⁵. L'*Audit* di Conformità attesta invece l'osservanza della normativa e delle indicazioni procedurali contenute nel Modello di Gestione, Organizzazione e Controllo.

Le attività di *auditing*, così come già visto per le altre tipologie, possono essere programmate e quindi svolgersi secondo una cadenza periodica individuata dal piano di *audit* oppure essere attivate su specifica istanza dell'Organismo di Vigilanza o dell'Organo Amministrativo, qualora destinatari di segnalazioni concernenti plausibili violazioni del modello o, addirittura, di condotte integranti fattispecie di reato 231. In tali frangenti si verranno a configurare interventi mirati che rientrano nella categoria degli *audit* di conformità ai quali si potranno affiancare, nei casi più problematici, interventi di *fraud auditing* e *fraud investigations*; risulta chiaro allora come sia necessario ricercare delle sinergie tra le varie tipologie di *audit* che intervengono sui processi 231, addivenendo ad un pianificazione integrata degli *audit* da effettuare¹¹⁶.

¹¹⁴ Così, C. A. DITTMER, op. cit., p. 267.

¹¹⁵ D. ANDREIS-A. TONANI, *Il processo di audit e l'adattamento delle tecniche a quanto previsto dal d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (2), p. 196-197.

¹¹⁶ Si veda, C. A. DITTMER, op. cit., p. 269.

CAPITOLO SECONDO

L'INTERNAL AUDIT NEL CONTESTO DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231.

SOMMARIO: 1. La responsabilità amministrativa degli enti: il D.Lgs 8 giugno 2001, n. 231. – 1.1. Cenni storici. – 1.2. La normativa: gli aspetti principali. – 2. La previsione del Modello e l'Organismo di Vigilanza. – 2.1. Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo. – 2.2. L'OdV: composizione, funzione e poteri. – 3. Il responsabile dell'*Internal Audit* in qualità di OdV. – 3.1. L'analisi delle principali *best practices*: Linee guida Confindustria e ABI. – 3.2. Un'indagine empirica. – 3.3. Alcuni pro e contro.

1. La responsabilità amministrativa degli enti: il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

1.1. Cenni storici.

Il dibattito alimentatosi circa la possibilità di ascrivere una responsabilità di natura penalistica agli enti collettivi ha registrato un picco d'interesse solamente negli ultimi due secoli. Il brocardo *societas delinquere non potest* rappresentava con estrema chiarezza la forte presa dogmatica del principio secondo cui le persone giuridiche non potessero commettere illeciti penali. A onor del vero, la responsabilità penale di entità collettive non era sconosciuta agli ordinamenti giuridici passati, esemplari in tal senso erano la responsabilità del gruppo parentale, del casato e dei comuni per i fatti illeciti commessi dai propri cittadini¹, ma la rivoluzione francese, esaltando la centralità dell'individuo e operando la dissoluzione di tutti i corpi interposti tra il cittadino e il sovrano, tornava a negare che potesse sussistere alcuna capacità personale in capo agli enti collettivi² e sanciva, quale *condicio* indispensabile per potere ascrivere una responsabilità di natura penale, che la condotta fosse riferibile

¹ Si veda A. ALESSANDRI, *Art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di A. BRANCA- F. PIZZORUSSO, Bologna, 1991, p. 64; R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 193.

² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 148.

ad un soggetto persona fisica³. Sulla medesima scia si collocavano il pensiero illuminista⁴ e la scuola pandettistica tedesca. Proprio quest'ultima, rivisitando la teoria finzionistica in ottica diametralmente opposta rispetto al passato⁵, si poneva in contrasto al riconoscimento di una responsabilità penale delle persone giuridiche. Secondo il suo massimo esponente, *Savigny*, la *fictio* attraverso la quale veniva attribuita la capacità giuridica ad enti collettivi non era altro che una tecnica legislativa che accomunava persone fisiche e giuridiche solamente dal punto di vista dei rapporti di diritto privato; ostava inoltre a tale riconoscimento il fatto che non fosse rinvenibile negli enti collettivi quell'elemento volitivo che invece contraddistingue l'essere umano⁶. Sebbene il pensiero di *Savigny* avrebbe sostenuto ideologicamente il "*societas puniri non potest*" per circa un secolo nonostante comunque la presenza di modelli alternativi⁷, le esigenze di politica criminale legate al sempre più crescente fenomeno della criminalità d'impresa⁸, unite all'avvento della

³ In senso conforme C. PIERGALLINI, «*Societas delinquere et puniri non potest*»: la fine tardiva di un dogma, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, (3), p. 573 e ss., «il dogma *societas delinquere non potest* sarebbe la coerente derivazione del dogma dell'azione, secondo il quale il destinatario del precetto può essere solo la persona umana; dogma perpetuato e approfondito dalla concezione finalistica e dalla successiva concezione personalistica dell'illecito penale, secondo le quali solo la persona umana è capace di un comportamento colpevole, finalisticamente orientato, così da poter essere destinataria di un rimprovero».

⁴ Secondo Beccaria il rimprovero penalistico non poteva che essere mosso nei confronti dell'individuo, perché è solamente rispetto a quest'ultimo che può essere predicata l'utilità della pena, Cfr. C. BECCARIA (1764), *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2007, p. 56.

⁵ La teoria della *fictio* venne elaborata dal diritto canonico nel corso del XIII secolo. I Canonisti sostenevano che vi sarebbe stata equiparabilità tra persona fisica e persona giuridica e sebbene non fosse possibile sottoporre le stesse alle censure spirituali, si ammetteva invece l'applicabilità di sanzioni di natura penalistica. Si veda A. COSSEDDU, *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, (1-2), p. 8; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, (2-3), p. 449.

⁶ Ripercorre il pensiero di *Savigny*, M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano, 2003, p. 130 e ss.

⁷ Si fa riferimento principalmente alla cd. teoria organica, promossa da *Otto Von Gierke*. I fautori di questa scuola di pensiero sostenevano come le persone giuridiche potessero identificarsi in «"reali persone collettive" dotate di capacità giuridica di agire senza bisogno di uno specifico intervento creativo da parte dello Stato» così, M. BASILE, op. cit., p. 132. I fatti che venivano posti in essere dalla persona fisica che agiva per conto dell'ente, erano fatti immediatamente attribuibili all'ente, essendovi coincidenza tra ente e persona fisica ai fini imputativi. Sul punto si veda inoltre, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, (1-2), p. 43.

⁸ I mutamenti economici legati al fenomeno della globalizzazione avevano portato ad una maggior diffusione del modello d'impresa societario rispetto alla figura obsoleta dell'impresa

tecnica e ai disastri di cui la stessa era stata portatrice⁹, stimolarono un ripensamento rispetto alla netta chiusura ad una responsabilità, penale, della società.

Le prime considerazioni in favore all'introduzione di modelli di responsabilizzazione dell'attività dei "corpi morali" risalgono agli inizi degli anni '70 del secolo scorso¹⁰, tuttavia le istanze di superamento del principio *societas delinquere non potest* incontrarono fin da subito problemi di natura sistematica, derivanti dal contrasto con il principio di responsabilità penale personale enunciato all'art. 27 c.1 della Costituzione, frenando così la carica innovativa degli spunti a quel tempo emersi.

Se la riluttanza della dottrina penalistica dell'Europa continentale aveva di fatto sbarrato l'ingresso a qualsiasi paradigma di responsabilità di stampo penalistico degli enti commerciali, di tutt'altro tenore fu il percorso tracciato in terra britannica.

Nella tradizione giuridica di *common law*¹¹, dominata dal pragmatismo delle corti, la possibilità di elaborare una responsabilità delle *corporations* si evolse molto rapidamente nonostante anche qui si partisse da una situazione in cui venivano lapidariamente respinte ipotesi di responsabilità penale in capo alle società, sulla pretesa che non avendo le stesse né un'anima da condannare né un corpo da colpire – «*no soul to be damned, no body to be kicked*» – l'inflizione della pena sarebbe risultata opera vana¹².

individuale esigendo, pertanto, che l'apparato punitivo fosse rivolto anche nei confronti degli illeciti penali commessi dalla persona giuridica, non essendo più un mistero che le «*societas saepe delinquit, sed numquam puniri potest*». Cfr. G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, (4), p. 946.

⁹ Esempari furono le stragi del *Vajont* (1963) e dell'Icmesa di Seveso (1976) che mostrarono quanto potessero essere letali le esternalità negative prodotte dai contesti produttivi industriali moderni. Sul tema si confronti A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 194.

¹⁰ Si fa riferimento in prima battuta alle intuizioni di F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, (4), p. 951 e ss., a cui si aggiunsero nello stesso periodo altre autorevoli voci dottrinali, Cfr. G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi di amministratori di società per azioni*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. NUVOLONE, Milano, 1971, p. 98 e ss.

¹¹ Per una ricostruzione dettagliata dell'ordinamento giuridico inglese si veda R. LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

¹² Il celebre inciso viene attribuito a *Edward Thurlow* (1731-1806), *Lord Chancellor of England*; opinione peraltro condivisa dal suo contemporaneo *William Blackstone* che nei *Commentaries of the Law of England* sottolinea l'impossibilità, delle *corporations*, di

Il cambio di marcia in oltremanica si registrò con la rivoluzione industriale, promotrice di un'evoluzione tecnologica mai incontrata sino ad allora. Il connubio ferro-vapore, che aveva condotto alla costruzione delle prime reti ferroviarie e trasformato radicalmente il trasporto navale, fu anche il portatore di serie minacce all'incolumità pubblica, poiché portava fuori dal "recinto" della fabbrica, le esternalità negative. L'ordinamento di allora apprestava quali rimedi al nuovo fenomeno criminoso *offences* penali che non richiedevano l'elemento soggettivo, essendo basate su una responsabilità di natura oggettiva, la *strict liability*. In aggiunta, venne mutuato senza troppa difficoltà dalla *law of torts* il principio del *respondeat superior*, che nel frangente penalistico venne etichettato come *vicarious responsibility*¹³. È sulla base di questo duplice compendio di azioni che i giudici inglesi andarono a coniare un sistema di punitivo nei confronti delle società.

Sebbene la responsabilità penale degli enti venne riconosciuta per la prima volta con la celebre sentenza *R. vs. Birmingham and Gloucester Railway Co.* del 1842¹⁴, di lì a poco il paradigma di punibilità delle persone giuridiche avrebbe mostrato i suoi limiti strutturali che derivavano dalla mancanza del requisito soggettivo della *mens rea*¹⁵, sancendo di fatto l'inapplicabilità della teoria della responsabilità vicaria a quei

commettere crimini (se non attraverso i suoi membri), di essere imprigionate o arrestate «*a corporation cannot commit treason, or felony, or other crime, in its corporate capacities [...] cannot be committed to prison; for its existence being ideal, no man can apprehend or arrest it*» Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Oxford, 1765-1769, vol. I, cap. XVIII. Cfr. A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 201.

¹³ La responsabilità vicaria assumeva i connotati di un responsabilità per fatto altrui, dove i soggetti, altri, erano gli *employees* e gli *agents*; ciò permetteva di arrivare a coniare una responsabilità che prescindesse dall'elemento della *mens rea* permettendo di far risalire automaticamente la responsabilità al superiore, la *corporation*, per il fatto proprio della persona fisica.

¹⁴ La nota decisione, che alcuni autori fanno risalire al 1840 (P. LEE, *Corporate criminal liability*, in *Col. Law. Rev.*, 1928, p. 4. e L.H. LEIGH, *The Criminal Liability of Corporations*, in AA.VV. *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 377), tratta della condanna di una società di trasporto su rotaia, la *Birmingham and Gloucester Railway Co.*, che si era resa responsabile per non avere adempiuto lavori ad essa imposti dalla legge: «*was indicted and fined for its nonfeasance*». Venne così giudicata penalmente responsabile la società per i crimini commessi dai suoi funzionari nell'esercizio del loro incarico e nel corso dell'attività societaria «*for crimes committed by its agents in the course of its business and their employment*» Cfr. S.M. CORSO, *Lavoro e responsabilità d'impresa nel sistema del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.*, Torino, 2015, p.11. Per una ricostruzione dettagliata della vicenda si veda anche G. MARINUCCI, op. ult. cit, p. 455 e ss.;

¹⁵ Viene definita come «lo stato soggettivo richiesto per l'integrazione di un determinato reato, ad un soggetto diverso dalla persona giuridica». Sul punto F. GANDINI, *La*

reati che richiedevano un particolare *intent* in capo al soggetto agente, persona fisica. La portata del principio *societas puniri potest* veniva sensibilmente ridotta da un'applicazione della *respondeat superior* ai soli casi di *regulatory offences*, atteso che la maggior parte dei reati di *common law*, richiedendo l'elemento psicologico, esulavano dal meccanismo di estensione della condotta alla persona giuridica¹⁶.

Ma ancora una volta, le corti inglesi superarono l'*impasse* creatosi in relazione ai criteri d'imputazione della responsabilità da reato alle persone giuridiche, assecondando quanto già sviluppato in sede dottrinale; fu così affermata nel 1944 nelle sentenze *D.P.P. vs. Kent and Sussex Contractors* e *R. vs. ICR Haulage Moore vs. I. Bresler*, la teoria dell'immedesimazione¹⁷. Secondo questa *theory*, vi è identificazione tra l'ente collettivo e i soggetti che per esso hanno agito, venendosi a determinare un'attribuzione degli stati mentali dei funzionari direttamente alla *corporation*. La natura della responsabilità in capo all'ente non era più legata ad un fatto altrui, ma assumeva i connotati di una responsabilità diretta, per fatto proprio: il funzionario che si era macchiato dell'illecito, veniva a coincidere dal punto di vista fisico e mentale, con la società stessa¹⁸.

Se non vi erano ostacoli ad attribuire il fatto penalmente rilevante all'ente, i problemi sorsero in considerazione dell'elemento psicologico. L'*identification principle* trovava infatti terreno fertile quando la categoria dei funzionari che avevano impegnato la società, apparteneva ai vertici societari; in questi frangenti la *mens rea*

responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (3), p. 137.

¹⁶ Così G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, vol. IV, Milano, 2008, p. 73.

¹⁷ Cfr. sul tema A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 204. In realtà "apripista" rispetto all'affermazione della teoria dell'immedesimazione nell'ordinamento britannico, fu la decisione del caso *Lennard's Carrying Co.*, in cui la *House of Lords* stabilì che gli atti e gli stati mentali dei *senior officers* (cd. *directing minds*) fossero considerati, a tutti gli effetti, atti e stati mentali della persona giuridica. Così F. GANDINI, op. cit., p. 138.

¹⁸ Emblematico a tal proposito l'estratto della pronuncia *Tesco*, nella quale viene affermata, ancora una volta, l'essenza della teoria dell'immedesimazione: «*a living person has a mind which can have a knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must act through living persons [...] He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then the guilt is the guilt of the company*». Si veda D. PELLOSO, *La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Il leading case Tesco e la responsabilità diretta: un'analisi critica*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, (1), p. 5.

del soggetto era facilmente ascrivibile all'ente, operava una piena immedesimazione¹⁹. I giudici britannici si mostrarono invece riluttanti ad estendere l'ambito di applicazione della teoria a soggetti che rivestivano posizioni gerarchicamente inferiori; espressione emblematica di questo limite applicativo la si ritrova nel *leading case Tesco Supermarkets Ltd. vs. Natrass* (1971), nel quale venne annullata la sentenza di merito che aveva condannato la società per i fatti commessi dal direttore di una succursale, atteso che tale carica non veniva considerata, dalla Camera dei Lord, abbastanza elevata da poter ravvisare quell'immedesimazione richiesta sotto l'aspetto volitivo e psicologico²⁰. Poco più tardi, due eclatanti disastri navali, *Zebrugge* (1987) e *Southwall* (1997), misero in luce l'estrema incapacità che una simile impostazione aveva nel garantire un effettivo grado di tutela nei confronti dei consociati²¹. Anche in questa circostanza, il canone attributivo della responsabilità penale dell'ente venne bloccato dall'impossibilità di chiamare in causa i vertici aziendali (*senior officers*), con conseguente proscioglimento della società.

Il dibattito sorto in seguito, che coinvolse anche la dottrina del panorama europeo continentale, prendeva atto del fatto che l'impostazione tradizionale non fosse più adeguata rispetto alle istanze di tutela, soprattutto rispetto agli eventi rovinosi che potevano investire la società; la conclamata incapacità della *vicarious responsibility* e dell'*identification approach* a cogliere l'essenza della moderna criminalità d'impresa, favorirono il sorgere di modelli alternativi che prendevano in considerazione la particolare natura "organizzativa" della persona giuridica, abbandonando quella ormai anacronistica visione antropomorfa di ente²². Si era aperta la strada per introdurre all'interno degli ordinamenti giuridici moderni il concetto di "colpa di

¹⁹ A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 204-205.

²⁰ A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 2006, p. 117.

²¹ Sulla tematica degli eventi catastrofici dovuti all'avvento della tecnica si veda l'ampio contributo offerto da F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

²² Significativa era la descrizione di ente fornita da Ascarelli quale «omone» o «macroantropo» in T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Soc.*, 1957, p. 921.

organizzazione²³, sulla pretesa che il canone attributivo della responsabilità non poteva che discendere da un colposo modo di essere dell'ente, che prescindesse e superasse la singola responsabilità del componente interno e fosse invece frutto di un rimprovero, diretto, all'ente. La colpa aziendale, assecondando quanto disposto dalla c.d. *holistic theory*, veniva così ritrovata nelle procedure, nei sistemi operativi e nella cultura caratterizzanti la società²⁴.

Anche in Italia il fenomeno, ormai diffuso, dell'«irresponsabilità individuale organizzata»²⁵, sanciva la definitiva inadeguatezza di un modello penale classico, esclusivamente rivolto all'individuo, non capace di contenere i comportamenti devianti della criminalità d'impresa. Sebbene questa situazione avesse condotto a tentativi di risposta in sede dottrinale, fu solamente grazie alle sollecitazioni provenienti dagli organismi internazionali ed europei²⁶, reclamanti una risposta certa sul fronte penalistico, che venne arato il terreno per la previsione di una responsabilità autonoma, *ex crimine*, delle *societas*. La legge n. 300 del 29 settembre 2000 oltre a ratificare i vari atti internazionali sottoscritti dall'Italia, delegò il Governo a introdurre nell'ordinamento una responsabilità amministrativa degli enti, che dipendesse dalla commissione – nel loro interesse o vantaggio – di un reato, da parte di soggetti legati alla struttura dell'ente.

²³ K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, (3), p. 615.

²⁴ Così C. WELLS, *Corporate Criminal Liability in England and Wales*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. PALAZZO, Padova, 2003, p. 112.

²⁵ La natura organizzativa delle società impediva, il più delle volte, l'identificazione dell'autore materiale dell'illecito. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 706.

²⁶ Si fa riferimento a tutte le fonti normative europee e internazionali tra le quali possono essere annoverate la Raccomandazione (88) 18 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa che richiedeva, agli Stati che non l'avessero ancora fatto, di introdurre un compendio penalistico nei confronti delle società; la Convenzione in materia di tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee elaborata in base all'art. K3 del Trattato sull'Unione Europea (*Bruxelles*, 26 luglio 1995) e i successivi protocolli del 27 settembre 1996, del 29 novembre 1996 concernente l'interpretazione della Convenzione data dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e quello del 19 giugno 1997; la Convenzione in tema di corruzione dei funzionari della Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione (*Bruxelles*, 26 maggio 1997); la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri (Parigi, 17 dicembre 1997) e la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo (*New York*, 9 dicembre 1999). Si veda M. CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, Torino, 2015, p. 2.

1.2. La normativa: gli aspetti principali.

Il D.Lgs. 8 luglio 2001, n. 231, in ossequio alle direttive contenute all'art. 11 della legge delega, individua un modello di responsabilità "amministrativa"²⁷ delle persone giuridiche ed enti privi di personalità giuridica che presuppone la commissione di un reato, tra quelli tassativamente indicati dal decreto²⁸, da parte di un soggetto legato

²⁷ Premesso che non è scopo di questo lavoro indagare circa la natura della responsabilità degli enti, si segnalano solamente gli indirizzi invalsi maggiormente nel panorama dottrinale e giurisprudenziale. A favore di una ricostruzione della responsabilità in senso penalistico, E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Diritto e giustizia*, 2001, (23), p. 8; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi, «societas delinquere (et puniri) potes»*, in *Corr. giur.*, 2001, (7), p.845; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine giuridico*, in *Soc.*, 2001, (11), p. 1306; configurandosi pertanto una "truffa delle etichette". Ne riconoscono la natura amministrativa G. MARINUCCI, *«Societas puniri potest»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, (4), p. 1193; M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Soc.*, 2002, (2-3), p. 393. A sostegno di una soluzione che qualificerebbe la responsabilità degli enti come un *tertium genus*, sulla scorta di quanto indicato nella Relazione Ministeriale al decreto, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, (4), p. 1126. e Cass. pen., Sez. Un., 24 Aprile 2014, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni s.p.a., in *Soc.*, 2015, (2), p. 215, con nota di R. BARTOLI, *Le sezioni unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del «sistema 231»*.

²⁸ Il catalogo dei reati presupposto contenuti nel decreto, inizialmente composto esclusivamente da ipotesi dolose, ha ampliato la propria portata a seguito dei numerosi interventi legislativi che hanno introdotto nuove fattispecie. Ad oggi il decreto annovera: i reati di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 24); i delitti informatici e il trattamento illecito di dati (art. 24-bis, articolo aggiunto dalla L. n. 48/2008; modificato dal D.Lgs. n. 7 e 8/2016); i delitti di criminalità organizzata (art. 24-ter, articolo aggiunto dalla L. n. 94/2009 e modificato dalla L. 69/2015); i delitti di concussione, induzione indebita a dare o promettere altra utilità e corruzione (art. 25, articolo modificato dalla L. n. 190/2012); i delitti di falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25-bis, articolo aggiunto dal D.L. n. 350/2001; convertito con modificazioni dalla L. n. 409/2001; modificato dalla L. n. 99/2009; modificato dal D.Lgs. 125/2016); i delitti contro l'industria e il commercio (art. 25-bis.1, articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009); i reati societari (art. 25-ter, articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 61/2002; modificato dalla L. n. 190/2012 e dalla L. 69/2015); i reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali (art. 25-quater, articolo aggiunto dalla L. n. 7/2003); il delitto previsto all'art. 583-bis c.p., pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25-quater.1, articolo aggiunto dalla L. n. 7/2006); i delitti contro la personalità individuale (Art. 25-quinquies, articolo aggiunto dalla L. n. 228/2003); i reati di abuso di mercato (Art. 25-sexies, articolo aggiunto dalla L. n. 62/2005); i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (Art. 25-septies, articolo aggiunto dalla L. n. 123/2007); i delitti di

all'ente da un «rapporto qualificato»²⁹. Il campo di applicazione della normativa ricomprende tra i destinatari delle prescrizioni le persone giuridiche così come le società ed associazioni sprovviste di personalità giuridica³⁰, restando comunque esclusi dalla portata applicativa lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, così come disposto dall'art. 1 c.3 del decreto³¹.

Per quanto attiene ai criteri di imputazione della responsabilità all'ente, dirimente è la lettura dell'art. 5 del decreto in quanto individua, quale criterio obiettivo di ascrizione, il fatto che il reato sia stato commesso «nell'interesse o a vantaggio» dell'ente, da soggetti "apicali" o da soggetti "sottoposti all'altrui direzione o vigilanza"³², quindi sostanzialmente da soggetti inseriti nella struttura organizzativa,

ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio (Art. 25-octies, articolo aggiunto dal D. Lgs. n. 231/2007; modificato dalla L. n. 186/2014); i delitti in materia di violazione del diritto d'autore (Art. 25-novies, articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009); i delitti di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (Art. 25-decies, articolo aggiunto dalla L. n. 116/2009); i reati ambientali (Art. 25-undecies, articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 121/2011; modificato dalla L. n. 68/2015); il reato di impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (Art. 25-duodecies, articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 109/2012); infine i reati transnazionali di cui alla L. n. 146/2006, artt. 3 e 101.16.

²⁹ A. ASTROLOGO-F. SGUBBI, *Art. 5. Responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p.150.

³⁰ Così come disposto all'art. 1 c. 2 del D.Lgs. 231/2001. È altresì prevista l'applicabilità ad enti stranieri nel cui interesse o vantaggio è stato commesso un reato, da parte dei soggetti di vertice o subordinati, nel territorio dello Stato Italiano. G.i.p. Trib. Milano, 27 aprile 2004, Siemens, in *Foro. It.*, (2), p. 434 e ss.

³¹ Non sono ricompresi in tale elenco gli enti pubblici economici: La Corte di Cassazione ha infatti riconosciuto l'applicabilità del D.Lgs. 231/2001 alle società partecipate dallo Stato in misura mista o totalitaria, qualora esercitino attività economica. La Corte ha infatti statuito come «la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente per esonerarlo dalla responsabilità da reato ex d. lgs. n. 231 del 2001, dovendo altresì concorrere la condizione che lo stesso ente non svolga attività economica». Cfr. Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2010, Is. Co. Pu. S.p.A., in *Dir. e pratica Lav.*, 2011, (3), p. 982.

³² Con "apicali" si fa riferimento, in accordo a quanto stabilito dall'art. 5 c.1 *lett. a)* del decreto, alle «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso». Per quanto concerne la categoria dei soggetti "subordinati" questa annovererebbe, secondo dottrina prevalente, sia i lavoratori subordinati inseriti stabilmente nel contesto produttivo, sia i collaboratori esterni comunque sottoposti all'altrui direzione e vigilanza. Così, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 155; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, p. 66; A. MEREU, *La responsabilità «da reato» degli enti*

escludendosi la responsabilità qualora tali soggetti abbiano agito animati da un «interesse esclusivo proprio o di terzi»³³. Sebbene non ci sia uniformità di vedute circa l'interpretazione delle locuzioni «interesse» e «vantaggio»³⁴, si segnala la ricostruzione effettuata dalla Relazione Ministeriale al decreto ed avallata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite³⁵, secondo la quale «il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e [...] "si accontenta" di una verifica *ex ante*; viceversa, il *vantaggio*, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*».³⁶

In sostanza, l'interesse tende ad individuarsi in una proiezione finalistica della condotta dell'autore del reato rispetto all'utile d'impresa³⁷, il vantaggio, invece, sarebbe identificabile nell'oggettivo beneficio, non necessariamente a contenuto

collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi, in *Ind. pen.*, 2006, (1), p. 50.

³³ Art. 5 c.2., D.lgs. 231/2001.

³⁴ Il dibattito alimentatosi in merito all'interpretazione del requisito «interesse o a vantaggio» ha visto contrapporsi molteplici voci dottrinali. Ad un'interpretazione in chiave marcatamente soggettiva del criterio dell'interesse, indubbiamente riferibile al momento volitivo della persona fisica che agisce, O. DI GIOVINE, op. ult. cit., p. 62, si contrappongono ricostruzioni del medesimo criterio in senso decisamente oggettivo, in quanto basate sul mero fatto che il reato sia stato commesso dal soggetto agente nell'ambito delle funzioni istituzionali ricoperte all'interno dell'ente, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, (3-4), p. 671-672; G. DE VERO, op. ult. cit. C'è poi chi ravvisa nella lettura dei due termini «interesse o a vantaggio» un'endiadi, attribuendo all'interesse un'accezione oggettiva, D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, (2), p. 426.

³⁵ Così afferma «il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile "*ex ante*", cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo, mentre quello del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile "*ex post*", sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito». Cass., Sez. Un., 24 Aprile 2014, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni s.p.a., cit.

³⁶ In questi termini si esprime la Relazione Ministeriale al D.lgs. 231/2001, par. 3.2.

³⁷ Problematiche sono sorte in riferimento ai reati colposi, in considerazione della contraddizione che sussiste tra la connotazione finalistica insita nel concetto d'interesse e l'assenza di volontà dell'evento che per definizione caratterizza le fattispecie colpose. Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza riconducono l'interesse o il vantaggio non già all'evento, bensì alla condotta integrante la violazione delle regole cautelari e caratterizzata da un risparmio in termini di risorse economiche. Così, Cass. pen., Sez. Un., 24 Aprile 2014, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni s.p.a., cit.

patrimoniale³⁸, derivante dalla commissione del reato presupposto. Si ricorda poi, che nonostante i due requisiti non debbano ricorrere congiuntamente, l'interesse dovrà sempre connotare l'agire del funzionario anche qualora non venga tratta alcuna utilità dalla società³⁹.

Il secondo criterio su cui si fonda il rimprovero mosso all'ente si basa sul concetto di «colpa di organizzazione»⁴⁰, individuabile nella «mancata adozione o l'inefficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi ovvero il mancato affidamento del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli a un organismo autonomo dell'ente»⁴¹. All'ente viene rimproverato di non essersi adeguatamente organizzato, di aver dunque violato gli obblighi prevenzionistici che gli imponevano di adottare strumenti e procedure idonee a prevenire la commissione di reati da parte dei soggetti interni alla struttura⁴². Il disallineamento tra lo *standard* di diligenza richiesto e la condotta realmente tenuta dall'ente fa sì che l'addebito abbia natura colposa, in quanto colposo è il modo di essere organizzato. Colpa, peraltro definita "normativa", ricavandosi nella difformità rispetto alle «regole cautelative»⁴³ che sono connaturate all'attività dell'ente.

La responsabilità assume dunque i connotati di una responsabilità diretta, per un "fatto" proprio dell'ente che non coincide con il reato commesso dalla persona fisica ma che è invece qualificabile come un autonomo illecito, costituito da una fattispecie

³⁸ G. VACIAGO, *La responsabilità amministrativa degli enti: profili normativi*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 43.

³⁹ M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 12

⁴⁰ Si veda a tal proposito C.E. PALIERO-C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (3), p. 167 e ss.

⁴¹ Così, E. DOLCINI-G. MARINUCCI, op. cit., p. 703. Il decreto prescrive infatti all'ente di dotarsi ed attuare un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo per prevenire le tipologie di reati che possono essere più facilmente commesse nell'ambito dell'attività d'impresa (art. 6 c.1 *lett. a*) oltre a prevedere l'affidamento della vigilanza del modello di cui sopra ad uno specifico organismo autonomo dell'ente, denominato Organismo di Vigilanza (art. 6 c.1 *lett. b*).

⁴² M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 15.

⁴³ Intese come le regole cautelari che impongono l'adozione di precauzioni a fronte della prevedibilità di un determinato evento, pur non garantendo la neutralizzazione del rischio di verificazione dello stesso ma solo una riduzione. Così, P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 15.

complessa⁴⁴; una responsabilità che poi è aggiuntiva, in quanto si affianca a quella persona fisica ma è da questa indipendente, poiché l'accertamento della responsabilità in capo all'ente potrà prescindere, nei casi specificamente individuati all'art. 8, dall'individuazione della autore materiale del reato o dalla non punibilità dello stesso per estinzione del reato dovuta a causa diversa dall'amnistia⁴⁵.

Caratteristico risulta essere il regime probatorio. Infatti, nel caso in cui la condotta criminosa sia stata posta in essere da soggetti in posizione apicale, sarà onere dell'ente fornire la prova di essere stato vittima di un'«elusione fraudolenta del modello» oltre che della «bontà» di quest'ultimo «a prevenire i reati della specie di quello verificatosi»⁴⁶, pena l'operatività della presunzione di colpevolezza (organizzativa). Non si può non notare come tale ricostruzione non faccia che richiamare una visione antropomorfa di ente, secondo la quale i fatti dei vertici costituiscono immediatamente fatti della società, riesumando quella teoria dell'immedesimazione organica elaborata dalle corti britanniche⁴⁷. L'incombenza probatoria così descritta si rinvia possa integrare gli estremi di una «*probatio diabolica*»⁴⁸ atteso che l'ente dovrà provare che nonostante sia stato commesso un

⁴⁴ M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 11-12. Si vedano inoltre le argomentazioni fornite dalla Corte Costituzionale a sostegno della natura di fattispecie complessa dell'illecito amministrativo ascrivibile all'ente. La Corte prende in considerazione quali elementi fondanti la responsabilità: la commissione di un reato da parte di una persona fisica legata all'ente; la sussistenza dell'interesse o vantaggio per l'ente; le lacune organizzative che hanno reso possibile la realizzazione della condotta criminosa. Cfr. C. cost., 18-23 luglio 2014, n.218, in *Cass. pen.*, 2014, (9), p. 3733.

⁴⁵ L'art. 8 del D.Lgs. 231/2001 prevede che la responsabilità dell'ente sussista anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; il reato si sia estinto per una causa diversa rispetto all'amnistia.

⁴⁶ Art. 6 c.1, D.Lgs. 231/2001, «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)».

⁴⁷ A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 229.

⁴⁸ G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV.,

reato, il Modello fosse efficacemente adottato e attuato e l'Organismo fosse vigilante. Nel caso invece in cui l'autore sia qualificabile come "subordinato" l'onere, come di consueto, ricadrà sull'accusa.

Sul fronte sanzionatorio, l'indicazione contenuta all'art 11 lett. f) della l. 29 settembre 2000, n. 300 di prevedere un apparato effettivo, proporzionato e dissuasivo viene colta dal legislatore delegato che ha predisposto un arsenale punitivo alquanto gravoso. Ruolo da protagonista viene assolto dalla sanzione pecuniaria, commisurata in base allo schema delle quote⁴⁹, a cui possono essere affiancate, al ricorrere di almeno una delle condizioni previste dall'art. 13⁵⁰, sanzioni interdittive a carattere temporaneo o definitivo che vanno ad incidere direttamente sull'operatività dell'ente.

La scelta della sanzione è guidata dai medesimi criteri utilizzati per l'individuazione del numero di quote, così come disposto all'art. 11 del decreto. Nei casi contrassegnati da un notevole disvalore, stante la recidività dell'ente, è possibile procedere all'applicazione di sanzioni interdittive in via definitiva, tra le quali viene annoverata l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, equiparabile alla "morte"

Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 110.

⁴⁹ Il legislatore ha previsto per la modulazione della sanzione pecuniaria lo schema per quote, caratterizzato da un duplice momento di commisurazione. Dapprima viene individuato il numero di quote, che può spaziare da un minimo 100 ad un massimo di 1.000, in base alla «gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti» ex art. 11 c.1. Successivamente, il giudice stabilisce l'entità di ciascuna quota in relazione «condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione» ex art. 11 c.2, che comunque non potrà superare l'importo massimo di 1.549 euro per quota.

⁵⁰ Le sanzioni interdittive, che possono essere applicate in via temporanea o definitiva, sono elencate all'art. 9 c.2 e sono: l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

⁵⁰ L'art. 13 c.1 del D.lgs. 231/2001 prevede che «Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti».

metaforica dell'ente, sempre disposta nel caso in cui l'ente o una sua unità organizzativa vengano stabilmente utilizzati «allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati» (art. 16). A completare il corredo punitivo vi è poi la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre disposta, anche per equivalente, in caso di condanna (art. 19)⁵¹, oltre alla possibilità per il giudice di predisporre la pubblicazione della sentenza di condanna nei soli casi in cui sia stata applicata la sanzione interdittiva; misura, questa, in grado di impattare in maniera consistente sull'immagine delle società.

Affrontati gli aspetti sostanziali della normativa, seppur in via concisa, l'analisi passa alla disciplina processuale del decreto, così come individuata al Capo III. Assume rilievo focale in tale senso la scelta operata dal legislatore delegante (art 11 lett. *q*)), e ripresa poi dal delegato (art. 36), di individuare la competenza a conoscere dell'illecito amministrativo in capo al giudice penale competente per il reato da cui l'illecito dipende. Nonostante l'etichettatura delle sanzioni e ragioni di deflazione ed economicità spingessero verso la giurisdizione amministrativa⁵², la scelta di affidare la cognizione al giudice penale si giustifica, tuttavia, per una serie di ragioni. Innanzitutto la particolare incisività dell'apparato sanzionatorio, che può arrivare fino all'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività, ha spinto per esigenze di garanzia nei confronti dell'ente "incolpato"⁵³, volendosi assicurare allo stesso quell'«effettiva partecipazione e difesa [...] nelle diverse fasi del procedimento penale»⁵⁴. Il secondo aspetto che trova rilievo in funzione giustificatrice concerne la possibilità di predisporre gli strumenti di accertamento tipici del processo penale⁵⁵, al

⁵¹ Si noti come all'art. 6 c.5 venga previsto che la confisca del profitto del reato sia disposta anche qualora l'ente provi, con successo, la propria diligente organizzazione.

⁵² Il riferimento è al procedimento sanzionatorio amministrativo così come delineato dalla l. 24 novembre 1981, n. 689.

⁵³ M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 36.

⁵⁴ L. 29 settembre 2000, n. 300, art. 11 lett. *q*).

⁵⁵ Preoccupazione palesata anche nella Relazione Ministeriale al decreto che prendeva atto «dell'insufficienza dei poteri istruttori riconosciuti alla pubblica amministrazione nel modello procedimentale delineato nella legge n. 689 del 1981 rispetto alle esigenze di accertamento che si pongono all'interno del sistema di responsabilità degli enti. Poiché l'illecito penale è uno dei presupposti della responsabilità, occorre disporre di tutti i necessari strumenti di accertamento di cui è provvisto il procedimento penale, nettamente più incisivi e penetranti

fine di garantire un risultato segnatamente più attendibile e affidabile; a ciò si aggiunga poi la volontà di sottoporre l'attività cognitiva alle prescrizioni costituzionali in tema di giusto processo.

Tuttavia, ad una lettura più scrupolosa della normativa non potrà sfuggire il fatto che l'impianto complessivo sia animato, anche, da una finalità celata e non esplicitata in Relazione, ovvero quella di disporre di uno strumento di persuasione, se non di vera e propria coazione, per ricondurre l'ente sulla via della legalità⁵⁶. Quello a cui il legislatore aspira è un ravvedimento operoso del soggetto collettivo⁵⁷, che passi attraverso condotte riparatorie, risarcitorie e riorganizzative, fonte di benefici di natura premiale per gli enti che virtuosamente decidano di adoperarsi in tal senso⁵⁸. La funzione catartica-pedagogica⁵⁹, così delineata, assume rilievo prevalente rispetto a finalità di stampo repressivo ma anche rispetto alle esigenze difensive poc'anzi accennate, atteso che il quadro garantista promesso viene poi disatteso da forme di tutela riconosciute solo a livello embrionale: si pensi alla presunzione di colpevolezza che determina l'inversione dell'*onus probandi* oltre a porre su un piano di conflitto l'ente e il soggetto apicale imputato⁶⁰, così come il *vulnus* alle garanzie derivante dal mancato diritto al silenzio nell'ipotesi prevista all'art. 44, oltre alla possibilità di applicare in via anticipata le sanzioni interdittive, quali misure cautelari⁶¹.

rispetto all'arsenale di poteri istruttori contemplato nella legge 689/1981». Relazione Ministeriale al D.Lgs. 231/2001, par. 15.

⁵⁶ In questi termini, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 41.

⁵⁷ Ravvedimento definito operoso perché ricollega benefici premiali o incentivi alla dimostrazione concreta da parte dell'ente di aver eliminato le carenze organizzative e di aver adottato iniziative volte a prevenire la commissione di reati in futuro. Così, A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 241 e ss. L'Autore sebbene riconosca che alcuni tratti della legge abbiano di mira la riabilitazione degli enti, esprime la propria perplessità circa l'idea di una rieducazione della persona giuridica.

⁵⁸ Si fa riferimento, ad esempio, alla sospensione, non applicazione o revoca delle misure cautelari interdittive (art. 49), così come alla riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12) e all'inapplicabilità di quelle interdittive (art. 17).

⁵⁹ Il processo penale quale «luogo della catarsi etica dell'ente». Così testualmente, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit. p. 41.

⁶⁰ Portando di fatto l'ente ad allearsi con il pubblico ministero. M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 51.

⁶¹ Tale ultimo aspetto solleva non poche perplessità dal punto di vista sistematico. Il rischio connaturato ad una simile impostazione è quello di un'applicazione *ante iudicatum* di sanzioni aventi carattere permanente, si pensi ai casi della revoca dell'autorizzazioni, licenze, concessioni, contributi, finanziamenti e agevolazioni; situazione che difficilmente potrebbe non essere connotata da un intento punitivo, piuttosto che da una finalità cautelare. Tuttavia, si ritiene che il tenore letterale dell'art. 45 c.1 possa essere superato ricavando un

Tornando al dettato normativo in materia procedurale, il Capo III esordisce all'art. 34 con la previsione 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». Viene dunque a delinearsi un vero e proprio microsistema di procedura penale per le società, le cui lacune vengono colmate dalle disposizioni del c.p.p. solamente in seguito ad un giudizio di compatibilità, che vedrà coinvolto l'interprete di volta in volta, non operando una presunzione assoluta sul punto. Allo stesso modo, viene sottoposta ad un giudizio di conciliabilità la possibilità di estendere all'ente le disposizioni processuali relative all'imputato *ex art. 35*; scelta, questa, sicuramente in linea con il *favor* verso finalità garantiste-difensive, essendo volta ad un'equiparazione delle due posizioni processuali⁶².

La partecipazione della società al procedimento avviene attraverso il proprio legale rappresentante «salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo» (art. 39). Peculiare il fatto che venga negato il diritto al silenzio a tale soggetto qualora non abbia rivestito la carica al momento della commissione del reato, essendo in tale ipotesi non incompatibile con l'ufficio di testimone (art. 44).

Altra anomalia che contraddistingue il processo penale alle società rispetto al rito ordinario concerne la procedura d'archiviazione. Il pubblico ministero potrà infatti operare direttamente la scelta archiviativa senza passare attraverso il vaglio del giudice per le indagini preliminari, essendo sottoposto esclusivamente ad un controllo di tipo gerarchico svolto dal procuratore generale presso la corte d'appello (art. 58). L'assenza dell'obbligo, in capo al pubblico ministero, di esercizio dell'azione penale, che ricorda un po' quella discrezionalità tipica del sistema penale nordamericano, si giustificerebbe alla luce della natura della responsabilità, amministrativa⁶³. Il regime

limite intrinseco all'applicabilità di alcune delle sanzioni elencate all'art. 9 c.2 proprio nella natura permanente delle stesse. Si veda, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 102-107.

⁶² M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 54.

⁶³ Secondo la Relazione Ministeriale, trattandosi di un illecito amministrativo «non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. E' sembrata, pertanto, del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica. Le esigenze di verifica dell'operato del pubblico ministero in relazione alla contestazione di queste violazioni sono assicurate attraverso un meccanismo meno articolato, che prevede una comunicazione al procuratore generale, il quale può

semplificato ricalca infatti l'impostazione data al procedimento sanzionatorio amministrativo dall'art.18 c.2 l. 689/1981, che non prevede per l'appunto il controllo giurisdizionale sull'inazione.

Il D.Lgs. 231/2001 prevede inoltre che Il giudice competente a conoscere dell'illecito sia anche il giudice che può disporre con ordinanza l'applicazione di sanzioni interdittive – quali misure cautelari – al ricorrere dei presupposti indicati dalla legge⁶⁴. L'esigenza, esplicitata in Relazione, di «"paralizzare" o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati»⁶⁵ ha permesso di anticipare ad una fase preliminare del procedimento le sanzioni interdittive, considerando che potrebbe risultare vana un'applicazione successiva al passaggio in giudicato⁶⁶.

La scelta in merito alla tipologia di misura cautelare da applicare al caso di specie verrà effettuata dal giudice in ossequio ai criteri di idoneità, proporzionalità e gradualità (art. 46)⁶⁷, fermo restando che una loro sospensione o revoca potrà

sostituirsi al pubblico ministero e contestare direttamente l'illecito amministrativo», Relazione Ministeriale al D.Lgs. 231/2001, par. 18. Sono contrari ad una ricostruzione secondo cui l'art. 58 del decreto negherebbe l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale *ex art. 112 Cost. ex multis*, A. BASSI, *Commento Articolo 34. Disposizioni processuali applicabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p. 872; P. IELO, *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (2), p. 88. Dubbi sulla legittimità costituzionale di siffatto meccanismo sono stati sollevati da P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 225; G. PAOLOZZI, «*Vademecum*» per gli enti sotto processo, Torino, 2006, p. 178.

⁶⁴ Il D.Lgs. 231/2001 subordina la richiesta di applicazione di misure cautelari alla presenza di due presupposti (art. 45): «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».

⁶⁵ Relazione Ministeriale al D.Lgs. 231/2001, par. 17. Per la medesima finalità il D.Lgs. 231/2001 ha previsto l'applicabilità dell'istituto del sequestro preventivo, esclusivamente ai fini della confisca, *ex art. 53*, mentre per «evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato» vi è la possibilità per il giudice di disporre il sequestro conservativo *ex art. 54*.

⁶⁶ G. VACIAGO, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁷ Art. 46, D.Lgs. 231/2001, «Criteri di scelta delle misure».

«1. Nel disporre le misure cautelari, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

comunque avvenire in ottica riparatoria⁶⁸. Si ricorda, da ultimo, che l'applicabilità delle sanzioni interdittive quali misure cautelari riguarda esclusivamente i reati rispetto ai quali tale sanzione sia espressamente prevista⁶⁹, richiedendosi peraltro la sussistenza delle condizioni alternative del «profitto di rilevante entità» tratto dall'ente la cui struttura era affetta da «gravi carenze organizzative» oppure della «reiterazione degli illeciti», così come previsto dall'art. 13⁷⁰.

2. La previsione del Modello e l'Organismo di Vigilanza.

2.1. Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo.

Il legislatore italiano, ispirandosi ai *compliance programs* di origine nordamericana⁷¹, ha previsto l'introduzione – agli art. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001 – di Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo quali validi strumenti messi a disposizione degli enti per non incorrere nella responsabilità amministrativa, così

2. Ogni misura cautelare deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente.

3. L'interdizione dall'esercizio dell'attività può essere disposta in via cautelare soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata.

4. Le misure cautelari non possono essere applicate congiuntamente».

⁶⁸ Il riferimento è all'art. 49 che accorda all'ente la possibilità di richiedere la sospensione delle misure cautelari per provvedere alle condotte riparatorie di cui all'art. 17; ma anche all'art. 50 nella parte in cui viene prevista la revoca delle misure cautelari, anche d'ufficio, quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 45 ovvero quando ricorrono le ipotesi previste dall'art. 17.

⁶⁹ Il principio viene espressamente previsto all'art. 13 c.1 per le sanzioni interdittive, ma si ritiene possa essere applicato anche in sede cautelare. Così, R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 271; M. CERESA-GASTALDO, *Il «processo alle società»*, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Torino, 2003, p. 39; G. VACIAGO, op. cit., p. 56.

⁷⁰ A sostegno, Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, soc. coop. La Fiorita, in *Guida al dir.*, 2006, (42), p. 61 e ss. Nello stesso senso, ma specificando che si tratta di condizioni alternative, Cass. pen., Sez. II, 24 novembre 2011, Ambulatorio Odontoiatrico Zagami e Mormoni s.a.s., in *Corr. giur.*, 2012, (6), p. 781, con nota di G. LUNGHINI-S. RAPIZZA, *Associazioni professionali: la nuova frontiera della responsabilità amministrativa degli enti ex d.leg. 231/2001*.

⁷¹ In tema di *compliance programs* si veda il contributo offerto da, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 102 e ss.

come prevista dal decreto. Aventi quale scopo precipuo la mitigazione del rischio di commissione di illeciti che possono essere consumati nell'interesse o a vantaggio dell'ente, operano quale meccanismo contenitivo delle possibili «spinte criminogene che sono connaturate al conseguimento ad ogni costo del profitto»⁷². La centralità del Modello deriva essenzialmente dalla natura di esimente della responsabilità amministrativa⁷³, atteso che la corretta adozione⁷⁴ di un sistema di prevenzione rende non rimproverabile all'ente la realizzazione dell'illecito consumato da un soggetto ad esso funzionalmente collegato. I benefici del Modello, tuttavia, non si limitano ad una prospettiva *ex ante* in chiave prevenzionistica, essendo comunque ricollegabile all'adozione o all'adeguamento *post delictum*, un «alleggerimento sanzionatorio»⁷⁵ in termini di riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12) e

⁷² In questi termini si esprime C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.LGS. N. 231/2001) (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, (1), p. 379.

⁷³ L'ente, nei casi in cui il reato sia stato commesso da un "soggetto apicale", non risponderà qualora dimostri che: «a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)» art. 6 c.1, D.Lgs. 231/2001. Nel caso opposto in cui il reato sia stato commesso da un "soggetto subordinato", la responsabilità viene esclusa qualora l'ente abbia «adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi» art. 7 c.2, D.Lgs. 231/2001.

⁷⁴ Secondo dottrina prevalente l'adozione del Modello ha natura facoltativa, configurandosi un onere e non un obbligo. Tale ricostruzione poggia sul tenore letterale degli art. 6 e 7, così come sul mancato ricollegamento di sanzioni alla non adozione. Altro filone dottrinale è invece fautore della doverosità del modello che discenderebbe dal principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, così come individuato dalla riforma del diritto societario del 2003, art. 2381 c.c. A ciò poi si aggiunga la prassi che richiede, in determinati settori di attività, l'adozione necessaria dei Modelli di cui al D.Lgs. 231/2001; esemplari in tale senso sono i requisiti indicati da alcuni enti locali appaltanti, così come i requisiti individuati dal Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.a., per ottenere la qualifica "Star" (art. 2.2.3 c. 3 lett. k) e la Determinazione n.8/2015 ANAC riguardante gli enti di diritto privato sotto il controllo pubblico. Per una ricostruzione più dettagliata della posizione dottrinale prevalente si veda A. BERNASCONI, *Art. 6*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. PRESUTTI- A. BERNASCONI-C. FIORIO, Milano, 2008, p. 119 ss. A sostegno dell'adozione del modello quale obbligo, N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *AGE*, 2009, (2), p. 193.

⁷⁵ Così, C. BERTI, *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'organismo di vigilanza*, Milano, 2012, p. 50.

d'inapplicabilità delle temute sanzioni interdittive (art. 17), valorizzandone dunque gli aspetti di prevenzione speciale⁷⁶.

Il dettato normativo si contraddistingue per un approccio minimalista adottato dal legislatore, che si è limitato a descrivere i contenuti essenziali – il c.d. «scheletro» del Modello⁷⁷– investendo il privato della maggior parte delle decisioni in tema di progettazione e redazione delle cautele⁷⁸. Il decreto individua le esigenze a cui il Modello deve rispondere, o meglio i requisiti di «validità»⁷⁹, all'art. 6 c.2, prevedendo che si debbano in primo luogo «a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati». Tale profilo coinvolge il processo di *risk assessment* (valutazione del rischio), propedeutico ai fini di una corretta mappatura delle c.d. aree a rischio-reato oltre a consentire l'individuazione dei soggetti più esposti al medesimo rischio⁸⁰; segue l'attività di *risk management* (gestione del rischio), garantita attraverso la redazione di « b) [...] specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da

⁷⁶ C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 376.

⁷⁷ Così, V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. n. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2011, (3), p. 69.

⁷⁸ Una simile scelta viene giustificata in considerazione dell'estrema difficoltà di una prefigurazione legislativa dettagliata del contenuto dei modelli alla luce dell'eterogeneità dei fattori di rischio che contraddistingue i contesti aziendali. Si ritiene più opportuna, invece, una progettazione che sia ritagliata rispetto alla tipicità della singola organizzazione. G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, a cura di V. MONGILLO-A. M. STILE -G. STILE, Napoli, 2013, p. 174 e ss. Si consideri comunque la minimale previsione legislativa contenuta all'art. 6 c.3 indicante la possibilità di poter attingere ai codici di comportamento diffusi tra le associazioni di categoria.

⁷⁹ Così, S. PETTINATO, *I Modelli organizzativi e di gestione del D.Lgs. n. 231/2001 e la responsabilità legale della società e degli enti per i reati commessi dai loro appartenenti: note illustrative aggiornate*, in *Fisco*, 2005, (23), p. 3480 e ss.

⁸⁰ L'attività di mappatura e di gestione dei rischi si basa su un approccio coerente con i principali *framework* di riferimento in tema di controllo interno e di gestione dei rischi. A tal proposito le Linee Guida di Confindustria per la redazione dei modelli (aggiornate al marzo 2014) fanno riferimento all'*Internal Control Integrated Framework* (CoSO *Report*) così come aggiornato alla versione del maggio 2013 e all'*Enterprise Risk Management Framework* (ERM), del 2004 in materia di gestione del rischio. Si sottolinea, inoltre, come l'attività iniziale di valutazione e individuazione dei principali rischi aziendali (*risk analysis*) venga svolta con l'ausilio della funzione di *Internal Audit*, qualora presente in società, G. L. STOCCHETTI, *La conduzione degli audit. Guida operativa agli audit sui sistemi di gestione qualità, ambiente, sicurezza, etico-sociale e sui modelli organizzativi previsti dal D.lgs 231*, Milano, 2009, p. 57 e ss.

prevenire». L'elaborazione di specifici protocolli operativi, dall'alto contenuto descrittivo, è funzionale ad una corretta procedimentalizzazione dell'attività di ogni singola area aziendale, riducendo così il rischio di percorsi decisori "opachi" a garanzia, invece, di una piena tracciabilità delle operazioni⁸¹.

Una volta esaurito il preliminare compito di mappatura e redazione dei protocolli, il decreto richiede ai vertici dell'ente di «c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati», di forgiare dunque procedure finalizzate all'esaltazione della trasparenza, atte ad evitare che la gestione di disponibilità economiche possa sfociare in abusi e costituire la base per la commissione di illeciti di cui al catalogo 231⁸².

Il sistema delle cautele deve prevedere altresì «d) [...] obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli». Assumono rilievo focale i c.d. flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza che devono trovare una compiuta regolamentazione all'interno del Modello.⁸³

Chiude il quadro delle previsioni la necessità di «e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello». L'ente dovrà dunque prevedere un sistema sanzionatorio interno attivabile in caso di violazione delle prescrizioni contenute nel Modello, al fine di rafforzarne sia la portata dissuasiva ma soprattutto garantirne l'effettività delle prescrizioni⁸⁴.

All'ente viene poi demandata, in sede di attuazione, una costante verifica circa l'adeguatezza del Modello, oltre alla repentina modifica delle sue componenti qualora siano state «scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando

⁸¹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.LGS. N. 231/2001) (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2013, (2), p. 843. Tratta accuratamente della duplice fase di valutazione e gestione del rischio anche, C. BERTI, *op. cit.*, p. 54-55.

⁸² Non di rado il *modus operandi*, ad esempio per commettere reati di corruzione, prevede la costituzione di riserve occulte liquide o illiquide, create attraverso artifici contabili. A. ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 333 e ss.

⁸³ Tematica a cui verrà dedicata particolare attenzione nel corso del prossimo capitolo.

⁸⁴ Il sistema disciplinare dovrà quindi contemplare le tipologie di sanzioni, le modalità di commisurazione e le condotte perseguibili, facendo distinzione tra le violazioni meramente formali del modello e quelle che possono integrare fattispecie penalmente rilevanti. In merito al contenuto delle sanzioni generalmente si rimanda a quanto stabilito dai contratti collettivi di lavoro, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (Parte I)*, *cit.*, p. 379-380.

intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività», così come disposto dall'art. 7 c.4.

Premesso che non sussistono indicazioni normative specifiche in merito al contenuto del Modello, lo sguardo viene rivolto alla prassi applicativa⁸⁵ – operante in funzione suppletiva – che vede i Modelli suddividersi in una Parte Generale ed una Parte Speciale. La prima, oltre ad offrire una definizione di istituti, funzioni, nozioni e principi riguardanti il D.Lgs. 231/2001, contempla un'accurata descrizione degli assetti di *governance*, della struttura organizzativa e del sistema dei controlli interni; così come vengono riportati nella Parte Generale il sistema delle deleghe e delle procure, l'attività d'informazione e formazione, le modalità di rilevamento delle violazioni del modello, il sistema disciplinare, nonché il Codice Etico⁸⁶. Quest'ultimo, sempre presente nei casi di adozione di Modelli 231, ha quale finalità ultima l'uniformazione dei comportamenti dei singoli attori societari secondo logiche di correttezza ed eticità, racchiudendo l'insieme dei valori che devono informare l'operato di tutti coloro che, a vario titolo, partecipano all'attività d'impresa⁸⁷. La Parte Speciale opera invece in un'ottica di concretezza, andando ad individuare l'insieme delle cautele⁸⁸ – sotto le spoglie di norme di condotta, procedure e protocolli – dirette a prevenire la commissione delle tipologie di reato in cui possono incorrere i soggetti legati allo specifico contesto organizzativo.

⁸⁵ Il decreto stesso opera un rinvio ai codici di comportamento delle associazioni di categoria, sebbene tale riferimento non assuma alcuna valenza giuridica. Art. 6 c.3. «I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati».

⁸⁶ C. PIERGALLINI, op. ult. cit., 378 e ss.

⁸⁷ Si vedano, M. IPPOLITO, *La Corporate Governance ex D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 344; C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 382.

⁸⁸ Le cautele possono essere classificate in: «cautele procedurali» concernenti le «modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente», in questo senso assume valore il principio di segregazione delle funzioni che mira ad evitare che ci siano accentramenti di poteri in capo a pochi componenti organizzativi; le «cautele sostanziali» che attengono non più ad momento prodromico rispetto alla commissione del reato bensì riguardano il momento decisionale vero e proprio, fonte stessa di rischi di reato; infine le «cautele di controllo» attinenti per l'appunto alla sfera dei controlli svolti dagli organi di supervisione dei processi aziendali, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (Parte II)*, cit., p. 844-845.

Alla luce di quanto appena detto il Modello non potrà risolversi in un mero adempimento formale ma dovrà essere impostato sulla singola realtà aziendale, confezionato e ritagliato al pari di un abito sartoriale, assecondando le specificità connesse ad ogni singola impresa in termini dimensionali, organizzativi e di tipologia di attività produttiva⁸⁹.

Una volta predisposti e attuati, i Modelli possono essere sottoposti al vaglio del giudice circa i profili d' idoneità ed adeguatezza. L' assenza di riferimenti normativi che possano indirizzare il giudizio d' idoneità⁹⁰, unita ad una giurisprudenza ancora scarna sul punto, fanno sì che le imprese versino in uno stato di disorientamento ed incertezza in sede di redazione dei Modelli Organizzativi alimentando, così, «sensazioni di malessere»⁹¹ dovute al timore che nel silenzio, tutto venga lasciato alla discrezionalità del giudice penale⁹², alla sua «*auctoritas* nomotéta»⁹³. Ciononostante, la valutazione che coinvolge l' apparato giurisdizionale dovrà comunque basarsi su un giudizio prognostico di adeguatezza ed idoneità del Modello, una valutazione che deve abbracciare necessariamente una prospettiva *ex ante*, per non ricadere nel *bias* conoscitivo del "senno di poi". D' altro canto risulterebbe «metodologicamente scorretto ricavare dalla constatazione *ex post* che un reato è stato commesso la prova che il modello non fosse adeguato e attuato»⁹⁴, atteso che risulta quanto meno difficile, se non impossibile pensare ad un Modello che sia in grado di arginare tutti i comportamenti devianti. Permane sempre il c.d. rischio tollerabile, ovvero il rischio che il modello possa essere eluso solamente attraverso

⁸⁹ V. MANES-A. F. TRIPODI, *L' idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 137.

⁹⁰ V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit., p. 138-139.

⁹¹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (Parte I)*, cit., p. 377

⁹² Così, G. FIDELBO, op. cit., p. 174 e ss. Ma anche V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit. p. 139. ravvisano nell' assenza di previsioni lo spazio per un' «*auctoritas* nomotéta» del giudice in merito all' idoneità del modello.

⁹³ V. MANES-A. F. TRIPODI, loc. cit.

⁹⁴ Così, A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 225. Conforme ad una valutazione *ex ante* dell' adeguatezza del modello anche G.i.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo S.p.a, in *Soc.*, 2010, (4), p. 473 e ss., con nota di V. SALAFIA, *Per la prima volta il gip Milano assolve una spa da responsabilità amministrativa*, «è evidente che anche nel giudicare la responsabilità della società, per non cadere in una sorta di responsabilità oggettiva degli enti, occorre verificare l' efficacia del modello con valutazione *ex ante* e non *ex post*».

una condotta ingannatoria⁹⁵; in questi termini la fraudolenza individua uno «standard qualitativo»⁹⁶ che deve essere presente per far godere l'ente del beneficio dell'esimente. Giudizio di idoneità che dovrà inoltre operare in ottica diacronica, parametrando alle tipologie di cautele e alle conoscenze delle tecniche organizzative concretamente disponibili al momento della commissione dell'illecito⁹⁷ e non, si badi bene, a quelle che risulterebbero appropriate in un contesto temporale differente, «ora per allora»⁹⁸.

In questo scenario denotato da imprevedibilità e incertezza, dove le imprese sono sottoposte al giudizio di un soggetto che non può più definirsi *peritus peritorum*⁹⁹, sono state avanzate proposte riformatrici del decreto, che puntano ad una positivizzazione dei Modelli. Assumono sicuramente rilievo, in tale contesto, il "Progetto di modifica del D.lgs. 231/2001" proposto dall'AREL (Agenzia di Ricerche e Legislazione), confluito poi nel disegno di legge del Ministero della Giustizia, di

⁹⁵ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (Parte II)*, cit., p. 842. Il modello risulterà idoneo solo se attraverso una condotta fraudolenta il reo è riuscito ad aggirarne i presidi, così come la verifica dell'esistenza di un'elusione fraudolenta fungerà da controprova per l'adeguatezza del Modello. Così, A. F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta del modello nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, p. 44 e ss.

⁹⁶ V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit., p. 157

⁹⁷ C.d. Principio della contestualizzazione temporale del Modello, T. E. EPIDENDIO, *Il Modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, (4), p. 158.

⁹⁸ Il riferimento è a quanto stabilito dalla Sentenza di Legittimità Impregilo che, ribaltando le statuizioni dei gradi precedenti di giudizio circa l'operatività dell'esimente, ha riconosciuto come il Modello adottato e attuato dalla società non fosse adeguato a prevenire i reati delle specie di quello verificatosi (delitto di aggioaggio tramite diffusione di notizie false ex art. 2637 c.c., nella sua versione previgente). La Suprema Corte ha argomentato il mancato riconoscimento della valenza preventiva del Modello sostenendo come fosse stato lasciato un eccessivo margine di manovra, in base ai protocolli interni, ai vertici societari; oltre alla constatazione che la funzione di Organismo di Vigilanza, di una società di quelle dimensioni, era rivestita, in composizione monocratica, dal responsabile dell'*Internal Audit*, soggetto considerato eccessivamente dipendente, nel caso di specie, rispetto ai vertici aziendali. Ha precisato inoltre come le Linee guida di categoria, seppure valorizzate da orientamenti precedenti, non possono ritenersi vincolanti per il giudizio di idoneità sui modelli. Così V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit. p. 144-146; Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, Impregilo S.p.a., in *Soc.*, 2014, (4), p. 469 e ss., con nota di C.E. PALIERO-V. SALAFIA, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della cassazione*.

⁹⁹ La figura di un giudice *peritus peritorum* è ormai anacronistica poiché il sapere che lo contraddistingue non potrà che essere limitato, se non altro per la multisettorialità e l'interdisciplinarietà degli ambiti toccati dai Modelli Organizzativi. È inevitabile, in un simile contesto, l'ausilio di pubblici ministeri, periti e consulenti. Così, V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit., p. 140.

modifica al D.Lgs. 231/2001¹⁰⁰, così come la proposta, di origine parlamentare, dell'On. Della Vedova¹⁰¹. Entrambe muovono verso un paradigma imputativo dell'ente che releghi sempre meno spazio alla valutazione del giudice penale, prevedendo in un caso, la "certificazione" preventiva di idoneità dei modelli organizzativi, nell'altro, la presunzione di conformità qualora questi siano redatti in ossequio a quanto elaborato dalle Linee guida di categoria delle associazioni rappresentative degli enti¹⁰². Nonostante la prospettiva *de iure condendo* di ambedue le proposte, volte a superare i dissapori del mercato, una serie di perplessità hanno comunque animato il dibattito sollevando non pochi dubbi sull'effettiva bontà dei progetti qui sopra menzionati¹⁰³. Al di là del mancato approdo delle proposte di legge, si rileva come l'auspicio di alcuni commentatori sia comunque rivolto ad un'eteroimposizione di parametri cautelari specifici¹⁰⁴ in grado di far passare la colpa, ora generica, nel terreno di quella specifica che, vincolando l'accertamento giudiziale, assumerebbe dei connotati maggiormente garantisti¹⁰⁵. In questo senso viene richiesto uno sforzo particolare alle associazioni di categoria affinché si facciano carico della progettazione

¹⁰⁰ Recante rubrica «schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300». Presentato a Roma il 7 luglio 2010.

¹⁰¹ Trattano della proposta di legge n. 3460 presentata dall'On. Della Vedova, V. MONGILLO, op. cit., p. 86; M. PANSARELLA, *Proposta di legge n. 3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2011, (1), p. 163 e ss.

¹⁰² La lett. c) della proposta di legge presentata il 19 luglio 2010 d'iniziativa del deputato Della Vedova, in *Atti Camera, XVI leg.*, Disegni di legge e relazioni, stampato n.3460, prevede una presunzione *iuris tantum*, di idoneità se il modello ricalca quanto stabilito dalle linee guida di categoria o dai codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti, fermo restando la possibilità che venga fornita la prova contraria circa l'inadeguatezza del Modello. Il Progetto presentato da AREL, invece, prevede la certificazione preventiva d'idoneità del Modello ad opera di soggetti privati sottoposti ad un controllo pubblico, con presunzione *iuris et de iure*, permanendo in capo al giudice la possibilità di vagliare l'adeguatezza solamente qualora via sia stato uno scostamento tra quanto certificato e quanto invece attuato. V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit., p. 164-166.

¹⁰³ Per gli aspetti critici legati ai due progetti si rimanda a, G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, (10), p. 1137; G. M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, (11), p. 4032; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al d.lgs n.231/2001: la certificazione del modello come cause di esclusione della responsabilità*, in *Soc.*, (10), p. 1247.

¹⁰⁴ Si tratterebbe di emulare quanto già avviene nell'ambito della colpa professionale del medico. Così, C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 849.

¹⁰⁵ V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit., p. 167.

di «modelli e protocolli "pilota", destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di "dettaglio", dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente»; fornendo così all'organo giurisdizionale idonei strumenti in grado di guidarlo nell' arduo compito di valutazione dei Modelli¹⁰⁶.

In conclusione, si vuole brevemente ripercorrere il ruolo dell'*Internal Audit* in correlazione ai Modelli Organizzativi 231. Tale funzione aziendale riveste sicuramente un ruolo nodale nell'attività di mappatura dei processi a rischio, infatti, l'*Internal Audit*, ha il compito di analizzare i dati raccolti e formulare valutazioni circa la probabilità di verificazione dell'evento reato per ciascuna area aziendale, portando all'attenzione dell'organo di vertice le aree funzionali in cui tale rischio risulta più elevato. È altresì coinvolto nella valutazione dei presidi e sistemi di controllo già implementati dalla struttura in considerazione delle ulteriori finalità che vengono previste dal decreto suggerendo, qualora sia ritenuto opportuno, azioni correttive e miglioramenti da apportare al sistema dei controlli interni in ottica coordinatrice.

Dal punto di vista della *compliance*, l'*auditor* interno dovrà rilevare le eventuali non conformità rispetto alle indicazioni contenute nel modello, mentre nel *follow up auditing* verificherà che le misure correttive in precedenza segnalate siano state effettivamente attuate¹⁰⁷. Dal quadro appena delineato, risulta evidente come l'apporto fornito dalla Funzione di *Audit* sia di grande ausilio alla fase di progettazione e attuazione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo che aspiri ad essere strumento in grado di prevenire la commissione di reati, oltre a garantire quell'efficacia esimente che il decreto accorda alle condizioni di cui agli art. 6 e 7.

¹⁰⁶ Così, C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 849. Nel medesimo senso anche V. MANES-A. F. TRIPODI, op. cit., p. 167-169.

¹⁰⁷ Cfr. C. A. DITTMER, *Internal Auditing. Chiave per la corporate governance*, Milano, 2011, p. 268; L. F. MARINIELLO, *Internal Auditing*, Milano, 2010, p. 243-246.

2.2. L'Organismo di Vigilanza: composizione, funzioni e poteri.

Una volta adottato ed efficacemente attuato un Modello Organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati, il decreto prevede quale ulteriore *condicio* affinché l'ente possa ritenersi immune dalla responsabilità, l'istituzione di un organismo «dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo», il c.d. Organismo di Vigilanza (d'ora in avanti OdV), a cui è affidato il compito di monitorare sul corretto funzionamento e l'osservanza del Modello, oltre a curarne gli aggiornamenti che risultino necessari.

Inserito all'interno dell'ampio reticolato dei controlli endo-societari, la figura dell'OdV non trova, allo stato attuale delle cose, una compiuta regolamentazione. Stante l'estrema laconicità del tessuto normativo, che in via sommaria e generica accenna solamente alle tipologie di funzioni e poteri di cui è investito e mancando un'indicazione precisa degli strumenti che questi ha a disposizione per assolvere i propri compiti di vigilanza, viene lasciato agli operatori e interpreti il compito di "plasmare" uno statuto dell'OdV che risulti cionondimeno conforme alle direttive contenute nel decreto¹⁰⁸.

Per un corretto inquadramento della figura, che peraltro non trova riscontri in altri panorami giuridici¹⁰⁹, è necessario dunque prendere le mosse da quanto elaborato dalle migliori pratiche aziendali che, in considerazione delle poche indicazioni fornite dalla normativa, hanno coniato una serie di requisiti propri dell'OdV. Innanzitutto

¹⁰⁸ Critiche in relazione all'«atteggiamento rinunciatario» del legislatore, in considerazione dell'importanza del ruolo preventivo attribuita dal nuovo paradigma di punibilità degli enti vengono mosse da M. CENTONZE, *D.lgs. n. 231 e diritto societario. In particolare: l'OdV è ancora una funzione senza disciplina?*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 262-263. Anche V. MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2015, (4), p. 87, con un accenno di critica, ravvisa un approccio particolarmente "soft" del legislatore nel non aver compiutamente definito la figura; tuttavia ritiene come possa ritenersi implicita la volontà di non ingabbiare le società con l'eteroimposizione di strutture interne troppo dettagliate, lasciando piuttosto alle stesse margini di flessibilità.

¹⁰⁹ A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 224. Fanno eccezione l'ordinamento giuridico spagnolo che con l'introduzione della *Ley Organica* 1/2015 del 30 marzo 2015 ha previsto l'istituzione di un organismo speculare al nostro OdV; così come la legislazione Cilena, *Ley* n. 20.393, del 25 novembre 2009 che contempla una figura a metà tra il *compliance officer* americano e l'OdV, denominata «*encargado de prevención*». Così, V. MONGILLO, op. ult. cit., p. 85.

l'Organismo deve essere contraddistinto da autonomia¹¹⁰, sia nella possibilità di attivarsi «*motu proprio*» esercitando poteri ispettivi e di vigilanza senza la necessità di richiedere una preventiva autorizzazione¹¹¹; sia in termini finanziari, dovendo lo stesso far conto su risorse adeguate per svolgere scrupolosamente le proprie funzioni¹¹². Tale requisito viene associato e irrobustito da quello di indipendenza, che sebbene non trovi appiglio nel testo del decreto, si desume dalla relazione di accompagnamento che parla di «effettività» del controllo, con ciò rinviando a quella necessaria assenza di condizioni di ingerenza da parte degli organi apicali¹¹³ o di altri apparati societari, nonché dall'impossibilità di svolgere mansioni operative per l'OdV¹¹⁴, evitando così il sorgere del patologico fenomeno della sovrapposizione tra controllato e controllore¹¹⁵. In tale ottica viene previsto che l'Organismo debba ricoprire un ruolo gerarchicamente elevato nell'organigramma aziendale, dovendo rapportarsi direttamente con l'organo di vertice¹¹⁶. Indipendenza che assume poi una

¹¹⁰ L'art. 6 c.1 lett. b), D.Lgs. 231/2001, prende in considerazione proprio la necessità che l'Organismo di Vigilanza sia «dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo».

¹¹¹ Così, C. PIERGALLINI, *I Modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, p. 173.

¹¹² CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, aggiornate al marzo 2014, p. 57. Così come riportato dalle Linee Guida, l'autonomia va intesa «nel senso che la posizione dell'OdV nell'ambito dell'ente deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza o condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente e, in particolare, dell'organo dirigente. Nel sistema disegnato dal decreto 231, quest'ultimo è uno dei soggetti controllati dall'Organismo di vigilanza».

¹¹³ N. PISANI, *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (1), p. 155. In senso conforme, C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 386.

¹¹⁴ Così, P. SFAMENI, *Responsabilità amministrativa da reato dell'ente e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Soc.*, (1), 2007, p. 154. Principio altresì affermato dalla giurisprudenza che sostiene come non dovranno essere attribuiti all'OdV «compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche», G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003, Finspa, in *Cass. pen.*, 2003, (5), p. 2083.

¹¹⁵ Così CONFINDUSTRIA, op. ult. cit., p. 62. In senso conforme, Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, Thyssenkrup Acciai Speciali Terni s.p.a, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, (4), p. 1557 e ss., ha rilevato come nel caso di specie la carica di dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza fosse incompatibile con il ruolo di membro dell'OdV, in quanto si sarebbe creata un'indebita sovrapposizione tra controllato e controllore, essendo l'attività del dirigente oggetto di controllo da parte dell'OdV.

¹¹⁶ CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 57. «Tali requisiti sembrano assicurati dall'inserimento dell'Organismo in esame come unità di staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile e prevedendo il "riporto" al massimo vertice operativo aziendale, vale a dire al Consiglio di Amministrazione nel suo complesso».

duplice dimensione in quanto oggetto di vaglio sia in qualità di organismo plurisoggettivo che in capo ai membri *uti singuli*, rinvenendola, in tal caso, nell'osservanza dei requisiti di onorabilità e nell'assenza di conflitti di interessi e di rapporti di parentela con gli altri interlocutori aziendali¹¹⁷.

Ai fini di un corretto svolgimento dei compiti di cui è investito, l'Organismo dovrà altresì essere connotato dal requisito della professionalità, da intendersi quale possesso di specifiche conoscenze tecniche, spazianti dal campo ispettivo, del campionamento statistico e della raccolta ed elaborazione dei dati, all'indispensabile padronanza in materia di diritto commerciale, fiscale-contabile, societario e penale, in quanto viene presupposta la conoscenza della struttura e modalità di realizzazione delle principali fattispecie di reato che possono coinvolgere lo specifico contesto produttivo, in modo da predisporre le cautele che risultino più appropriate¹¹⁸. Si badi bene, si tende a considerare tale requisito, a differenza del precedente, nella sola dimensione collegiale, essendo sufficiente rinvenire le singole qualifiche specifiche in capo ad almeno un componente, fermo restando comunque la possibilità di avvalersi dell'ausilio di consulenti esterni¹¹⁹.

L'ultimo requisito enucleato consiste nella continuità d'azione, assumendo rilievo la costanza con la quale vengono svolti i compiti affidati all'Organismo, non potendo gli stessi avere carattere episodico. L'operato dell'OdV dovrà essere contraddistinto da sistematicità, attraverso la predisposizione di interventi ispettivi, che possono essere a sorpresa o programmati, atti a garantire in maniera effettiva ed efficace lo

¹¹⁷ P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 88.

¹¹⁸ C. BERTI, op. cit., p. 11-12. In giurisprudenza è stato osservato come gli Organismi di Vigilanza debbano essere connotati da competenze in «attività ispettiva, consulenziale, ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati». In questi termini, G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, Impregilo s.p.a., Fibe s.p.a, Fibe Campania s.p.a., Fisia Italimpianti s.p.a., in *Dir. e pratica società*, 2008, (4), p. 71 e ss.; Ma anche G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, Ivri Holding, in *Guida al dir.*, 2004, (47), p. 69 e ss., individua quali competenze richieste all'OdV le conoscenze in merito alla valutazione e gestione dei rischi, al campionamento statistico, così come la conoscenza delle tecniche di intervista e di individuazione delle frodi.

¹¹⁹ In questi termini, A. GARGARELLA MARTELLI, *L'Organismo di Vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. comm*, 2009, (4), p. 762 e ss.

svolgimento dei compiti di cui è destinatario. Proprio per questa ragione si tende a preferire l'istituzione di un apposito Organismo in seno all'ente che svolga in maniera continuativa, i compiti dalla legge attribuiti.

Per quanto concerne la composizione dell'Organismo, tematica che riveste particolare importanza alla luce del possibile addebito che potrebbe essere mosso all'ente, in quanto irrispettoso di una delle condizioni di cui all'art. 6¹²⁰, sono fiorite nel corso degli anni diverse interpretazioni.

Partendo dal presupposto che il quadro normativo non ha previsto l'imposizione di strutture rigide, viene lasciato ampio margine di flessibilità in capo agli operatori che hanno così la possibilità di modulare la composizione dell'Organismo di Vigilanza, assecondando le proprie esigenze in termini dimensionali¹²¹, operativi e in base alle fattispecie di rischio che vedono coinvolte le proprie attività¹²², ponderando la propria scelta anche in un'ottica costi-benefici. Le riflessioni dottrinali sul punto, contemplanò la possibilità di costituire un Organismo tanto in composizione monosoggettiva quanto plurisoggettiva, prediligendosi la seconda opzione nelle realtà che per dimensioni, complessità e per la molteplicità di tipologie di rischi, richiedano una vigilanza più approfondita sulla totalità dei processi a rischio-reato¹²³.

Si è ravvisato come l'ente abbia l'opportunità di adibire specifiche funzioni o uffici già presenti in seno alla propria struttura aziendale quali membri di un Organismo collegiale, ovvero in qualità di Organismo unipersonale¹²⁴. Le Linee Guida di Confindustria prendono in considerazione, a tal proposito, la possibilità che il ruolo di

¹²⁰ L'inadeguata composizione dell'OdV può integrare il mancato rispetto dell' art. 6 c.1 *lett. b)* e quindi privare l'ente della natura di esimente dell'impianto 231 dallo stesso implementato. Così, F. LEDDA, *Scelta e composizione dell'Organismo di Vigilanza. Linee guida, prassi aziendale, giurisprudenza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2015, (2), p. 293.

¹²¹ Si ricorda che il decreto, all'art. 6 c.4, prevede la possibilità per «gli enti di piccole dimensioni» di affidare i compiti dell'Organismo di Vigilanza «direttamente all'organo di vertice». Tale scelta appare se non altro in contrasto con lo spirito del dettato normativo, essendo evidente come si generi una sovrapposizione di ruoli, tra controllato e controllore. Così, B. ASSUMMA-M. LEI, *Commento Articolo 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p.181.

¹²² C. BERTI, op. cit. p. 15.

¹²³ R. DI VIETO-D. GHEDI, *L'Organismo di Vigilanza*, in AA.VV., *Guida ai controlli societari*, a cura di G. PIROLA-L.OCCHETTA, Milano, 2015, p. 34-35.

¹²⁴ Così, C. BERTI, op. cit., p. 15.

OdV sia assolto dalla Funzione di *Internal Audit*, in quanto soggetto che maggiormente rispecchia quelle caratteristiche richieste dalla tipologia di compiti e funzioni, così come dal Comitato Controllo e rischi, ovviamente per la società, che in ossequio a quanto disposto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a., l'hanno istituito. Il Comitato, oltre ad essere connotato da autonomia ed indipendenza in quanto formato da amministratori non esecutivi in maggioranza indipendenti, è titolare di attribuzioni che rendono la sua attività in parte equiparabile a quella dell'OdV, discendendone pertanto la compatibilità ad assumerne il ruolo¹²⁵.

Sempre in un'ottica di accorpamento di funzioni, è possibile che l'ente scelga di conferire l'incarico a strutture interne quali l'Ufficio Legale, la Segreteria Generale, l'Ufficio Amministrativo, l'Ufficio Risorse Umane o Il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione; soluzioni che seppur astrattamente plausibili e volte sicuramente ad una valorizzazione della continuità d'azione oltre che dell'inerenza rispetto al contesto aziendale¹²⁶, risultano cionondimeno deficitarie in termini di autonomia di giudizio e indipendenza essendo collocate in una posizione gerarchicamente subordinata rispetto all'organo dirigenziale, oltre ad essere titolari di attribuzioni operative¹²⁷.

In merito all'opportunità di attribuire le funzioni di OdV all'Organo di Controllo, la legge n. 183/2011 (anche nota come Legge di Stabilità per il 2012) è intervenuta modificando il testo originario del decreto, prevedendo attualmente la possibilità per le società di capitali di attribuire le funzioni di cui all'art. 6 c.1 lett. b) al Collegio Sindacale, al Consiglio di Sorveglianza nel sistema dualistico, ovvero al Comitato per il Controllo della Gestione in caso di adozione del sistema monistico di *corporate governance* (art. 6 c.4-bis).

¹²⁵ Si pensi al compito di curare l'indirizzo del sistema di controllo interno e di valutarne periodicamente l'adeguatezza, ma anche all'attività che lo coinvolge nella valutazione periodica delle relazioni dei responsabili di funzione in merito alla gestione dei rischi aziendali. Così, CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 66.

¹²⁶ C. BERTI, op. cit., p. 21-22.

¹²⁷ CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 62-63. Nel medesimo senso si è espressa la giurisprudenza che ha sostenuto come lo svolgimento di mansioni operative ostasse all'obiettività di giudizio. Cfr., Ass. App. Torino, sentenza 28 febbraio 2013, Thyssenkrup Acciai Speciali Terni s.p.a, cit.

Nonostante il fine "nobile" promosso dalla novella del 2011, teso ad un risparmio di costi e ad una semplificazione del fitto reticolato degli organi di controllo¹²⁸, la soluzione così prospettata, avente carattere puramente facoltativo, ha sollevato se non altro un alone di scetticismo da parte di alcuni interpreti. Come già era accaduto ante riforma, le critiche mosse ruotano attorno ai conflitti d'interesse che possono coinvolgere l'attività di sindaco e quella di Organismo di Vigilanza¹²⁹, essendovi il rischio di una possibile sovrapposizione tra i due profili, dal momento che l'attività dell'OdV potrà ricadere nell'ambito della vigilanza effettuata dal Collegio, mentre i sindaci potranno assumere le vesti di soggetti attivi di reati societari ricompresi nell'elenco del decreto, addivenendo ad una «pericolosa commistione tra controllore e controllati»¹³⁰. Viene altresì censurata la mancata continuità d'azione dell'attività del Collegio, nonché l'assenza della professionalità richiesta in capo ai sindaci, che tendenzialmente non annoverano nel proprio bagaglio tecnico competenze in materia penalistica, essenziale per le finalità individuate dal decreto¹³¹.

A sostegno dell'accorpamento tra le due funzioni è invece intervenuta Banca d'Italia, che attraverso un documento per la consultazione, ha indicato quale regola organizzativa di *default* per gli operatori bancari l'attribuzione all'Organo di Controllo

¹²⁸ Si veda, M. 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), p. 123.

¹²⁹ C. PIERGALLINI, op. ult. cit. p. 386, sebbene la normativa abbia introdotto la "possibilità" di conferire tale ruolo al Collegio, l'Autore ne critica anche solamente l'appartenenza in qualità di membro, in ragione dei potenziali conflitti di interessi sfocianti da tale situazione. Vi sarebbe una "sovrapposizione tra controllato e controllore" in quanto il Collegio compie controlli sull'attività dell'OdV, così come l'Organismo, nell'esercizio dei propri poteri ispettivi, potrebbe rinvenire quali autori di reati societari proprio i componenti del Collegio Sindacale; sfociando in quello che l'Autore definisce un «corto-circuito logico e giuridico». *Contra*, AODV, *Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*, 1 febbraio 2010, p. 14, che non ravvisa nella presenza di sindaci nella composizione di un OdV collegiale, una circostanza idonea a sancirne l'inadeguatezza dal momento che «ben maggiori risultano essere i benefici dati dalla possibilità di scambio di informazioni ed efficienza operativa». Mentre, P. MONTALENTI, op. ult. cit., p. 52, non critica apertamente le novità introdotte con la legge di stabilità sostenendo che il legislatore abbia voluto ancora di più devolvere all'autonomia privata la scelta di come strutturare l'organismo in considerazione degli elementi dimensionali e delle fattispecie di rischio, tenendo presente che qualora la realtà aziendale richieda una vigilanza particolarmente «specialistica», risulterà più opportuno istituire un Organismo *ad hoc*.

¹³⁰ M. CARDIA, op. cit., p. 127.

¹³¹ Cfr. B. ASSUMMA-M. LEI, op. cit., p. 179-180.

delle funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza, prevedendo soluzioni alternative solamente in caso di «particolari e motivate esigenze»¹³².

Sempre in riferimento alle possibili conformazioni che l'Organismo può assumere, escludendosi la possibilità di configurare un OdV totalmente esterno all'organizzazione dell'ente, in adesione a quanto individuato nella relazione di accompagnamento al decreto che rinvia in tale ipotesi il rischio di «facili manovre volte a preconstituire una patente di legittimità all'operato della *societas*»¹³³, la prassi applicativa ha comunque aperto la strada all'esternalizzazione di singole funzioni proprie dell'Organismo a figure professionali altamente qualificate; si fa riferimento, a titolo esemplificativo, agli esperti in tema di gestione e analisi dei rischi, ai consulenti in materia ambientale o di sicurezza sul lavoro, o agli esperti in ambito investigativo e di individuazione delle frodi, profili che certamente vanno arricchire le competenze dell'Organismo¹³⁴.

La soluzione che appare comunque la più condivisa in ambito dottrinale, ma che riscuote consensi anche a livello giurisprudenziale, risulta essere la creazione di un Organismo apposito, *ad hoc*. Impostazione che offre indubbi vantaggi, dal momento che l'Organismo, monocratico o collegiale, potrà essere modellato in modo da integrare tutte le caratteristiche e i requisiti di cui si è discusso in precedenza, addivenendo ad un più alto coefficiente di adeguatezza¹³⁵.

A prescindere dalla composizione adottata dalla società, l'individuazione dei compiti di cui è investito l'OdV passa attraverso la lettura del combinato disposto offerto dagli art. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001. Il primo potere-dovere che si ricava dalla

¹³² Si veda al riguardo BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operative*, consultazione chiusa il 3 novembre 2012. Per una ricostruzione dettagliata della questione si confronti, F. COLONNA-T. BONESCHI, *l'Organismo di Vigilanza nella recente normativa di Banca D'Italia*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, (1), p. 119 e ss.

¹³³ Relazione Ministeriale al D.lgs. 231/2001, par. 3.4.

¹³⁴ Si tende a ricomprendere tra i possibili membri di Organismi, o quale Organismo stesso, anche le persone giuridiche. Si veda, A. GARGARELLA MARTELLI, op. cit. p. 762 e ss. Così come G. CARDANI, *E se l'organo di vigilanza e controllo fosse una persona giuridica?*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (2), p. 215 e ss.

¹³⁵ Si pongono in senso favorevole all'istituzione di un Organismo *ad hoc, ex multis*, S. BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, 2004, p. 258 e ss.; A. BERNASCONI, op. ult. cit., p. 136 e ss.; C. BERTI, op. cit., p. 23-24. In giurisprudenza, G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003, Finspa, cit.

lettura della normativa consiste nel «vigilare sul funzionamento e osservanza dei modelli», all'Organismo viene dunque richiesta l'individuazione delle eventuali «disonomie rispetto alle formalità e alle prassi stabilite dal Modello di Organizzazione e Gestione»¹³⁶. Il punto di riferimento per l'attività dell'Organismo è costituito dal Modello che funge da controprova circa il corretto funzionamento dell'attività dell'ente, l'osservanza delle sue prescrizioni è infatti propedeutica ai fini della prevenzione della commissione dei reati.

Se la «vigilanza sul funzionamento» del Modello concerne la reale tenuta dello stesso rispetto alla possibilità di commissione di reati e quindi gli aspetti legati al profilo dell'idoneità, la «vigilanza sull'osservanza» richiama invece l'effettività del Modello¹³⁷, cioè la capacità di porsi quale parametro dell'attività aziendale; compito dell'Organismo sarà dunque quello di rilevare tutte le eventuali infrazioni delle prescrizioni del Modello, attraverso un'attività costante di monitoraggio e verifica necessariamente coadiuvata dall'implementazione di un efficiente sistema di «reportistica»¹³⁸.

Ai fini dello svolgimento delle funzioni appena individuate, l'Organismo deve essere corredato di «autonomi poteri di iniziativa e di controllo» che si estrinsecano perlopiù attraverso un'attività a carattere ispettivo, frutto di interventi programmati o effettuati a sorpresa¹³⁹; poteri che tuttavia non sfociano in provvedimenti operativi diretti né sul testo del Modello né tanto meno in ottica disciplinare, in quanto entrambe prerogative dell'organo gestorio, residuando in capo all'Organismo, semmai, il potere di stimolare l'intervento dell'organo di vertice¹⁴⁰.

L'art. 6 c.1 lett. b) ricomprende, quale ulteriore compito proprio dell'Organismo, la cura dell'aggiornamento del Modello. All'Organismo spetterà dunque la verifica periodica dell'adeguatezza, "intervenendo"¹⁴¹ qualora si rinvenivano le circostanze di

¹³⁶ C. BERTI, op. cit., p. 30.

¹³⁷ Così, M. IPPOLITO, *I compiti dell'Organismo di Vigilanza: soluzioni operative e check list di controllo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2011, (4), p. 220.

¹³⁸ B. ASSUMMA-M. LEI, op. cit., p. 185.

¹³⁹ C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 388.

¹⁴⁰ Si veda a tal proposito, G. F. SIMONINI, *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, (1), p. 113-114.

¹⁴¹ La contraddittorietà che sussiste tra le previsioni degli art. 6 e 7, ha determinato il sorgere di un dibattito in dottrina in merito alla possibilità di estendere o meno, in capo all'OdV, il potere d'intervenire sul Modello in sede di modifica. Alcuni autori sostengono come la

cui all'art. 7 c.4, tra le quali sono annoverate tradizionalmente il verificarsi di violazioni del Modello, i cambiamenti connessi al tipo di attività svolta dall'ente, ovvero l'introduzione di nuove fattispecie di reato presupposto, richiedendosi conseguentemente adeguamenti nella strutturazione dei presidi e dei protocolli¹⁴². Scopo di una simile attività, è quello di ripristinare lo *status* di adeguatezza del Modello, affinché quest'ultimo non si riduca ad essere presidio di controllo meramente statico ma operi invece in una prospettiva dinamica¹⁴³, assecondando le esigenze che i nuovi contesti o le carenze organizzative hanno fatto emergere.

A tali compiti, che trovano espressione nel dettato normativo, se ne rinvencono altri aventi natura accessoria, frutto delle elaborazioni in ambito di *best practices* aziendali. Si fa riferimento principalmente al dovere di informazione periodica nei confronti dell'organo amministrativo dell'ente in merito alle risultanze delle verifiche effettuate, così come alla programmazione di iniziative volte alla formazione del personale aziendale, concernenti le tematiche principali del D.Lgs. 231/2001 nonché le prescrizioni contenute nel Modello e nel Codice Etico¹⁴⁴.

Sebbene l'OdV abbia un ruolo centrale nella prevenzione della commissione di illeciti penali, tuttavia la sua attività ha natura sussidiaria rispetto agli organi controllo "di linea" insiti nel tessuto societario, esercitando un controllo «di secondo grado»¹⁴⁵; risulta necessaria, quindi, l'implementazione di un sistema di flussi informativi che

modifica delle previsioni del Modello sia di stretta competenza dell'organo di vertice, a cui già spettano l'adozione e l'attuazione; di fatto relegando all'OdV un mero potere di sollecitazione. In questo senso A. GARGARELLA MARTELLI, op. cit., p. 762 e ss.; R. SACCHI, *L'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in *Giur. Comm.*, 2012, (6), p. 851; P. SFAMENI, op. ult. cit., p. 89. Di opposto avviso, chi sostiene che il dettato legislativo attribuisca un potere-dovere proprio all'OdV d'intervenire direttamente in sede di modifica del Modello, in osservanza del dovere di curarne l'aggiornamento. G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiana e i problemi aperti*, in *Quaderni Giuridici CONSOB*, 2013, p. 8.

¹⁴² Le Linee guida di Confindustria, in funzione esplicativa, individuano le condizioni di cui all'art. 7 c.4 nelle «significative violazioni del modello organizzativo»; «significative modificazioni dell'assetto interno della società e/o modalità di svolgimento dell'attività d'impresa»; «modifiche normative». CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 61.

¹⁴³ Si veda B. ASSUMMA-M. LEI, op. cit., p. 185.

¹⁴⁴ M. IPPOLITO, op. ult. cit., p. 176. Ma anche A. DE NICOLA-I. ROTUNNO, *I controlli interni ex ante ed ex post: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2011, (1), p. 129.

¹⁴⁵ Così P. MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, (4), 2009, p. 648.

scorra in un "doppio senso", da e verso l'Organismo. I soggetti titolari dei processi aziendali dovranno tenere aggiornato l'OdV sul rispetto delle previsioni del modello ed eventualmente segnalare le anomalie riscontrate, così come l'Organismo informerà il vertice aziendale affinché quest'ultimo possa prendere le decisioni finali in termini di correzione del Modello, instaurazione di procedimenti disciplinari¹⁴⁶, oltre ad agevolare le strategie processuali qualora sia stata rinvenuta la commissione di un reato di cui al catalogo 231. Solamente un controllo continuativo, unito alla tempestività nelle rilevazioni, fanno sì che il modello possa considerarsi un efficace ed efficiente presidio avverso i comportamenti devianti, apportando un reale valore aggiunto¹⁴⁷ e lasciandosi alle spalle quella connotazione di mero adempimento di facciata¹⁴⁸.

Ulteriori e specifici obblighi vengono poi demandati all'Organismo di Vigilanza in ragione di quanto predisposto dal D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 in materia di prevenzione delle attività di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo; si tratta di obblighi di segnalazione e comunicazione – alle autorità pubbliche di vigilanza e agli organi interni all'ente – delle violazioni che attengono alla normativa in questione, al cui mancato adempimento sono ricollegate sanzioni anche di natura penale¹⁴⁹.

A titolo conclusivo si vuole accennare al dibattito, rinnovatosi proprio in seguito all'introduzione delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n.231/2007, in merito alla configurabilità di una responsabilità penale in capo ai componenti dell'OdV per l'omesso impedimento della condotta illecita posta in essere da soggetti legati all'ente¹⁵⁰. Sebbene siano state avanzate ricostruzioni volte a riconoscere una posizione di garanzia *ex art. 40 c.2 c.p.*, che troverebbero le proprie giustificazioni

¹⁴⁶ Sebbene si ritengano escluse prerogative sanzionatorie in capo all'OdV avverso le condotte in violazione del Modello, tuttavia si segnala quanto riportato dalle Linee Guida di Assogestioni (2007), p. 13, secondo le quali l'Organismo di Vigilanza «provvede direttamente al procedimento sanzionatorio»; in senso conforme, Trib. Trani (Sez. dist. di Molfetta), 11 gennaio 2010, Truck Center s.a.s., in *Soc.*, 2010, (11), p. 1117.

¹⁴⁷ Così, A. DE NICOLA-I. ROTUNNO, *op. cit.*, p. 131.

¹⁴⁸ V. MONGILLO, *op. ult. cit.*, p. 107.

¹⁴⁹ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, cit., p. 18. In particolare si vedano gli art. 52 e 55 del D.Lgs. n. 231/2007 che contemplano fattispecie delittuose in caso di omesso avviso.

¹⁵⁰ C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 390.

nell'asserita presenza di poteri impeditivi e sanzionatori propri dell'Organismo¹⁵¹, la dottrina maggioritaria, tuttavia, si è espressa in senso contrario. Innanzitutto viene sottolineato come la scelta di istituire l'OdV costituisca espressione dell'autonomia privata e, come tale, inidonea a creare *ex se* nuove posizioni di garanzia penalmente rilevanti, fermo restando la sola possibilità di «trasferire su altri centri d'imputazione l'esecuzione di una preesistente posizione di garanzia»¹⁵². In secondo luogo viene addotta, quale argomentazione principale, proprio l'assenza in capo all'Organismo di poteri di tipo impeditivo e sanzionatorio, escludendosi pertanto la possibilità di un intervento – diretto – dell'OdV che sia in grado di prevenire la commissione di condotte criminose¹⁵³. E' proprio questo aspetto che è stato rinvenuto, dalla Suprema Corte, quale elemento dirimente per escludere posizioni di garanzia in capo a quelle categorie di soggetti che non fossero dotati di adeguati poteri di intervento sui beni giuridici sottoposti alla loro tutela¹⁵⁴. Se così non fosse, i membri dell'OdV si troverebbero nella paradossale situazione di dover rispondere per «reati che non hanno commesso né erano in grado di impedire»¹⁵⁵.

Alla luce del quadro appena delineato si ritiene che la responsabilità dei componenti dell'Organismo non possa che assumere connotati esclusivamente civilistici¹⁵⁶, eccezion fatta per quelle ipotesi particolari in cui i membri dell'OdV

¹⁵¹ In questo senso si è espresso A. NISCO, *I controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, p. 380 e ss. L'Autore sostiene come tale ricostruzione sia giustificata dal fatto che l'attività di vigilanza ricoperta dall'Organismo coinvolga la tutela di interessi anche ultra-societari, ben potendosi dunque profilare una posizione di garanzia in capo all'OdV che, peraltro, avrebbe il potere di intervenire e sanzionare direttamente le condotte illecite riscontrate nell'attività di vigilanza sul Modello.

¹⁵² Così testualmente, C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 390. Si veda, a tal proposito, F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 611. Nello stesso senso anche P. ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel governo delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, (3), p.463, il quale sostiene come i Modelli, avendo natura meramente facoltativa, non possano costituire fonti di posizioni di garanzia penalmente rilevanti.

¹⁵³ Si collocano in questo filone, *ex multis*, F. CENTONZE, op. ult. cit., p. 405 e ss.; C. PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, p. 1375; C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 390-391.

¹⁵⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 febbraio 2008, Gualano, in *Giust. pen.* 2009, (2), p. 400.

¹⁵⁵ Così, A. DE NICOLA, *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015, p. 139.

¹⁵⁶C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 390.

abbiano concorso, dolosamente, alla consumazione del reato presupposto commesso dai soggetti in posizione apicale o subordinata, oppure qualora sia stata integrata la diversa fattispecie del favoreggiamento *ex art. 378 c.p.*¹⁵⁷.

3. Il responsabile dell' *Internal Audit* in qualità di OdV.

3.1. L'analisi delle principali best practices: Linee Guida Confindustria e ABI.

In sede di disquisizione circa le ipotesi alternative di composizione dell'Organismo di Vigilanza, si era avuto modo di accertare come la Funzione di *Internal Audit* potesse assumerne il ruolo, sia in veste di organo monocratico, scelta invalsa soprattutto nei primi anni di operatività del decreto¹⁵⁸, sia in qualità di membro di un organo collegiale a composizione mista.

Le linee guida di categoria di Confindustria e ABI, indirizzando gli operatori nella redazione dei modelli di organizzativi 231, contempono espressamente la possibilità che vengano adibite, quali Organismi di Vigilanza, uffici e funzioni aziendali già presenti nel tessuto societario. Tale opzione viene giustificata oltre che per una questione puramente economica legata al risparmio in termini di costi, soprattutto per il rischio, immanente, di sovrapposizioni tra le istanze di controllo societario che sfocerebbe in un appesantimento della struttura complessiva aziendale, eccessivamente parcellizzata¹⁵⁹. Ecco allora che *L'Internal Audit*, in qualità di controllore di terzo livello, svolge un'attività che lo porta ad avvicinarsi in maniera sensibile a quanto demandato all'OdV. Questi, attraverso lo svolgimento di indagini e verifiche ispettive, funge da supporto al governo societario fornendo *assurance*

¹⁵⁷ Cfr. A. DE NICOLA, *op. cit.*, p. 140; U. LECIS, *I ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Audit nel corso delle indagini e del procedimento a carico dell'ente*, Atti del Convegno Paradigma – Forum D.Lgs. 231/01: tutela dell'ente e gestione efficace di un'indagine e di un'imputazione, Milano, 25 maggio 2010. p. 27 e ss.

¹⁵⁸ In questo senso, V. MONGILLO, *op. ult. cit.*, p. 95. I dati empirici forniti in seguito supportano questa conclusione.

¹⁵⁹ CONFINDUSTRIA, *op. cit.*, p. 68.

obiettiva sui meccanismi di gestione del rischio che coinvolgono i vari processi aziendali, nonché valutando l'adeguatezza complessiva del sistema di controllo interno¹⁶⁰. Peraltro, tale Funzione, ha avuto una particolare diffusione nelle realtà di medio-grandi dimensioni atteso che la sua presenza nella *governance* societaria va sempre più «normativizzandosi» nell'ordinamento domestico¹⁶¹, anche grazie alle spinte armonizzatrici provenienti dal panorama internazionale che ha già piena conoscenza del ruolo dell'*internal auditor*.

Confindustria, prendendo atto dei molteplici riferimenti legislativi alla figura, presenti in ambito bancario, assicurativo e nei settori delle SGR e delle SICAV, oltre alle disposizioni contenute nel Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a.¹⁶², ricomprende quale opzione compatibile con il tenore del decreto e alternativa rispetto alle altre possibili composizioni, la scelta di attribuire il ruolo di OdV alla Funzione di *Internal Auditing*, qualora presente in società¹⁶³. Essendo tale Funzione già coinvolta in attività di monitoraggio del sistema dei controlli interni e nei meccanismi di gestione del rischio, oltre che impegnata nella raccolta ed analisi delle evidenze, svolgendo all'uopo attività di *compliance* e *fraud auditing*, la stessa potrà ritenersi, «se ben posizionata e dotata di risorse adeguate», compatibile a svolgere i compiti propri dell'OdV; si tenga poi presente che qualora risulti necessario, potrà essere integrata nelle funzioni e nella composizione, avvalendosi dell'ausilio di professionisti esterni ai quali delegare parte dell'attività d'indagine¹⁶⁴.

Anche le Linee Guida dell'ABI, nella versione redatta nel febbraio 2004 e successivi aggiornamenti, oltre ad indicare tra le «soluzioni possibili» l'istituzione di un Organismo *ad hoc* o l'attribuzione ad un comitato composto esclusivamente da

¹⁶⁰ A. DE NICOLA, op. cit., p. 70 e ss.

¹⁶¹ M. LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, (4), p. 1302-1303.

¹⁶² CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 67. I richiami legislativi indicati sono i seguenti: « i) il d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF) che, all'articolo 150, prevede la figura di "colui che è preposto ai controlli interni"²³; ii) le istruzioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia, pubblicate sulla G.U. n. 245 del 20 ottobre 1998; iii) i regolamenti emessi nei confronti degli intermediari autorizzati delle società di gestione del risparmio e delle SICAV dalla Banca d'Italia e dalla Consob, che obbligano questi soggetti all'istituzione di "un'apposita funzione di Controllo Interno" da assegnare "ad apposito responsabile svincolato da rapporti gerarchici rispetto ai responsabili dei settori di attività sottoposti al controllo". Anche il Codice di Autodisciplina delle società quotate fa riferimento alla funzione di *Internal Auditing*».

¹⁶³ CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 67.

¹⁶⁴ Così, CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 68-69.

amministratori non esecutivi in maggior parte indipendenti, secondo il modello già noto alle banche quotate, dell'*Audit Committee*, avvallano quale ulteriore ipotesi l'identificazione dell'Organismo con la Funzione di *Auditing* interno¹⁶⁵.

ABI, avendo cura di rimarcare l'importanza dell'attribuzione delle istanze di controllo a soggetti muniti d'indipendenza, alla luce all'introduzione in Parte Speciale dei reati societari all'art. 25-ter, reati che per definizione coinvolgono l'alta amministrazione aziendale, ha reso ancora più evidente la necessità che l'organismo di controllo debba essere una funzione dotata di un'elevata ed effettiva indipendenza rispetto ai vertici societari. In questo senso il conferimento dell'incarico alla Funzione d'*Internal Audit*, dovrà opportunamente essere seguito da un'integrazione nelle funzioni e poteri demandati all'OdV¹⁶⁶, così come dovrà essere eventualmente rimodulata la composizione al fine di rispettarne i requisiti soggettivi. Risulterà pertanto necessario che l'*Internal Audit* non dipenda, nello svolgimento del ruolo di OdV, da alcuna area operativa; dovrà essere dotato «di personale qualitativamente e quantitativamente adeguato ai compiti da svolgere» e «ove la complessità operativa non consenta a detta funzione di svolgere adeguatamente le proprie funzioni» dovrà essere «integrata con soggetti terzi (anche esterni alla banca stessa)»¹⁶⁷.

Si ricorda poi, che a prescindere dalla soluzione adottata, questa sarà sottoposta a formalizzazione attraverso «delibera del consiglio di amministrazione ovvero

¹⁶⁵ ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche. D.lgs. n. 231/2001*, Febbraio 2004 e successivi aggiornamenti, p. 25.

¹⁶⁶ Le Linee Guida dell'ABI fanno riferimento al § 2.4.3 ai poteri che devono contraddistinguere l'Organismo di Vigilanza per poter assolvere i propri compiti in maniera efficace, questo deve:

« – disporre di un budget idoneo ad assumere decisioni di spesa necessarie per assolvere alle proprie funzioni;

– poter colloquiare alla pari, senza vincoli di subordinazione gerarchica che possano condizionarne l'autonomia di giudizio, anche con i vertici della banca;

– essere dotato di poteri di richiesta ed acquisizione di informazioni da e verso ogni livello e settore della banca;

– poter costituire, in ragione della professionalità ed indipendenza dei propri componenti, un riferimento credibile sia per i dipendenti della banca che ad esso vogliano rivolgersi per segnalare condotte illecite, sia per i soggetti esterni alla banca stessa;

– poter essere il soggetto cui la banca affida il compito di accertare i comportamenti e proporre le eventuali sanzioni a carico dei soggetti che non abbiano rispettato le prescrizioni contenute nel modello organizzativo e gestionale». ABI, op. cit., p. 26.

¹⁶⁷ Così testualmente, ABI, op. cit., p. 26. Si veda anche, M. ARENA-G. CASSANO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007, p. 270 e ss.

dell'organo cui è attribuita, nella banca, la gestione», nella quale si dia risalto della motivazione della scelta oltre che delle misure integrative da adottare¹⁶⁸.

3.2. Un'indagine empirica.

A sostegno della trattazione precedente in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza si offre, di seguito, una breve ricognizione delle principali ricerche empiriche condotte nell'ambito applicativo dei Modelli richiesti dal D.Lgs. n. 231/2001. Senza avere pretese di esaustività, ci si concentrerà sulle tematiche afferenti le scelte, effettuate dagli enti, di costituire Organismi unipersonali o collegiali, nonché sulle qualità dei membri dell'OdV, cercando di andare a valutare in prospettiva diacronica le principali tendenze evolutive delle pratiche aziendali in ambito di società quotate e non.

I dati di seguito riportati concernono le indagini svolte da AIIA e Università di Pisa (2004) , AIIA e Confindustria (2007), Pwc (2008; 2013; 2014; 2015) e Protiviti (2010).

La prima analisi che viene affrontata è stata condotta nel 2004 dall'Associazione Italiana Internal Auditors (AIIA) in collaborazione con l'Università di Pisa, Master in *Auditing* e Controllo interno, avente quale scopo l'analisi dello «stato dell'arte nell'adozione e attuazione dei Modelli organizzativi, allo scopo di fornire una rappresentazione delle modalità di applicazione del decreto da parte delle società quotate»¹⁶⁹. Dai 97 questionari che hanno trovato risposta, si è evinto come solamente 57 società emittenti (59%) avessero adottato il Modello 231 (si trattava principalmente di società operanti nel settore finanziario), con l'istituzione di Organismi di Vigilanza a composizione collegiale nel 68% dei casi. Nelle 18 società che presentavano invece organismi monocratici, il 67 % di queste aveva affidato il ruolo unico al responsabile della Funzione di *Internal Auditing*, soggetto peraltro

¹⁶⁸ ABI, op. cit., p. 22.

¹⁶⁹ AIIA-UNIVERSITA' DI PISA, *La responsabilità amministrativa delle società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D. Lgs. 231/2001 nelle società quotate*, 2004, p. 1 e ss.

oggetto di preferenze anche in qualità di membro di Organismi a composizione collegiale (75%), a cui faceva seguito Il Comitato per il Controllo Interno (ora Comitato per il Controllo e Rischi) (39%), l'Ufficio Legale (19%), componenti del Collegio Sindacale (18 %), professionisti esterni (12%) e da ultimo l'Ufficio Personale (7%).

L'analisi multisetoriale condotta nel gennaio del 2007 da AIIA in collaborazione con il Gruppo di lavoro di Confindustria dedicato alla «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche», ha quale ambito d'indagine esclusivamente società non quotate¹⁷⁰. Su un campione complessivo di 88 società è risultato che nel 62,5% dei casi le stesse avessero formalizzato l'adozione di Modelli 231. Il 60% delle società ha optato per una composizione plurisoggettiva dell'Organismo; con una frequenza minima questo veniva a coincidere con il Comitato per il Controllo Interno (5%), mentre nelle restanti ipotesi veniva costituito un organismo *ad hoc* formato da almeno due soggetti tra i quali veniva scelto il responsabile dell'*Internal Audit* nel 55% dei casi, immediatamente seguito dal responsabile dell'Ufficio Legale (50%). Anche nella composizione monocratica degli organismi di società non quotate, l'*Internal Audit* ricopre il ruolo nella maggioranza dei casi (63%).

Nell'analisi condotta da PricewaterhouseCoopers¹⁷¹ nel 2008, le società quotate alla Borsa Italiana che esplicitano nel proprio sito *internet*, l'adozione di modelli di cui al decreto 231, sono 234 (ovvero il 77% del campione analizzato). Di queste, solamente l'85% fornisce informazioni circa la composizione dell'Organismo di Vigilanza, collocandole nella Relazione di *Corporate Governance* ovvero nei documenti riguardanti il Modello o il Codice Etico, pubblicati nei relativi siti *internet*. Delle 200 società campionate, la quasi totalità (94%) ha dimostrato di preferire l'opzione collegiale per il proprio OdV. La presenza del responsabile della funzione d'*Internal Auditing*, sia quale componente dell' Organismo che in qualità di membro unico si è attestata sul 58%¹⁷².

¹⁷⁰ AIIA–CONFINDUSTRIA, *La responsabilità amministrativa delle società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/2001 nelle Società non quotate*, gennaio 2007. Per un'analisi dettagliata sul punto si veda, S. CORBELLA, *I Modelli 231: la prospettiva aziendale. Una proposta interpretativa nel quadro della New Institutional Theory*, Milano, 2013, p. 67.

¹⁷¹ PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2008.

¹⁷² Dato derivante dalla ricostruzione effettuata da AODV, op. ult. cit., p. 13.

Nell'indagine condotta nel maggio 2010 da Protiviti, relativa allo «stato di adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex D.lgs. 231/2001»¹⁷³, è emerso ancora una volta come la quasi totalità del campione analizzato (il 95%)¹⁷⁴ avesse prediletto una composizione collegiale dell'Organismo, in cui i soggetti coinvolti in misura prevalente erano stati individuati nell'*Internal Audit* (25%), nei sindaci (20%) e in professionisti esterni (16%). L'analisi si è soffermata poi sulla veste assolta dalla Funzione di *Internal Audit* «nei processi di gestione e verifica dei Modelli 231»¹⁷⁵ constatando come nel 65% dei casi la funzione rivestisse il ruolo di "braccio operativo" dell'OdV svolgendo altresì l'attività di aggiornamento del Modello, nel 20% era presidente dell'OdV o comunque membro, nel 10% dei casi le veniva affidata una funzione di coordinamento tra l'OdV e le aree operative societarie, nel restante 5%, rappresentando una struttura di recente costituzione, non risultava ancora investita delle responsabilità sopra delineate.

Nelle successive indagini empiriche condotte da PWC, afferenti gli esercizi di bilancio 2012¹⁷⁶, 2013¹⁷⁷, 2014¹⁷⁸, si evince come l'adozione di Organismi di Vigilanza in composizione collegiale risulti la scelta perseguita dalla quasi totalità delle società quotate analizzate (più del 94%); composizione mista che vede quali principali membri richiesti l'*Internal Audit* (48% - 55%)¹⁷⁹, professionista esterno (66% - 67%)¹⁸⁰, amministratore indipendente (28% - 39%)¹⁸¹. Si ha cura di rilevare inoltre che a seguito dell'introduzione nel decreto dell'art 6 c.4-*bis*, per opera della Legge di Stabilità 2012, l'identificazione dell'Organismo di Vigilanza con il Collegio Sindacale ha subito un incremento, passando dal 4% dell'esercizio di bilancio 2012 al 9% dell'esercizio di bilancio 2014.

¹⁷³ PROTIVITI, *Indagine sullo stato di adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex D.lgs. 231/2001. Executive summary*, maggio 2010.

¹⁷⁴ Il campione era formato da 22 società, di cui il 32% era rappresentato da società quotate.

¹⁷⁵ PROTIVITI, op. cit., p. 4.

¹⁷⁶ PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2013.

¹⁷⁷ PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2014.

¹⁷⁸ PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2015.

¹⁷⁹ Rispettivamente 53 % nell'esercizio di bilancio 2012 e 55% nell'esercizio di bilancio 2013, una lieve riduzione è stata segnata nell'esercizio di bilancio 2014 scendendo al 48%.

¹⁸⁰ 67% negli esercizi di bilancio 2012 e 2013, mentre nell'esercizio di bilancio 2014 si è attestato sul 66%.

¹⁸¹ 39 % negli esercizi di bilancio 2012 e 2013, mentre è sceso al 28% nell'esercizio di bilancio 2014.

A consuntivo è possibile trarre alcune conclusioni in merito alle prassi applicative che hanno riscosso maggior successo in materia di Organismo di Vigilanza. Innanzitutto, un dato inconfutabile emerso dall'analisi di tutte le ricerche condotte è costituito dalla netta prevalenza di Organismi in composizione collegiale, ciò vale se non altro per le società quotate in mercati regolamentati, atteso che l'unica indagine in cui la percentuale di organi monocratici si attestava poco sotto la metà del campione analizzato, era quella condotta da AIIA e Confindustria, avente ad oggetto esclusivamente realtà non quotate. In tale frangente, peraltro, si tende a giustificare l'istituzione di Organismi unipersonali che siano modulati assecondando le caratteristiche dimensionali e la complessità dell'attività societaria. Altra tendenza riscontrata pertiene alla dimensione diacronica, constatandosi come vi sia stato un incremento graduale nel tempo delle società che hanno optato l'adozione di un Organismo collegiale, a tal proposito è obbligatorio il rimando ai dati offerti dalla ricerca elaborata da AIIA e Università di Pisa (2004) in cui gli Organismi collegiali rappresentavano il 68% del campione totale, ben al di sotto del 95% riscontrato nell'ultima ricerca PWC (2015). Trasversale a tutte le ricerche è poi il *favor* nei confronti della Funzione di *Internal Audit*, sia in qualità di membro di OdV plurisoggettivi sia, soprattutto, quale unico membro di Organismi monocratici.

Un'ultima considerazione concerne la propensione degli enti ad annoverare tra le file dei componenti dell'Organismo – in virtù dell'introduzione di fattispecie colpose nel catalogo dei reati presupposto – professionisti esterni che incrementino il livello di specializzazione per i settori esposti a peculiari tipologie di rischio-reato, spiccano in tale contesto i settori ambiente, salute e sicurezza sul luogo di lavoro¹⁸².

Responsabili della Funzione d'*Internal Audit*, professionisti esterni, Amministratori Indipendenti e sindaci, costituiscono dunque i profili preferiti nella selezione dei membri di un OdV collegiale, atteso che un composizione che ricomprenda tali figure può considerarsi ottimale in quanto massimizza «snellezza operativa, indipendenza, professionalità e continuità d'azione».¹⁸³

¹⁸² Così N. ABRIANI-F. GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e Funzioni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (3), p. 198.

¹⁸³ In questi termini, AODV, op. ult. cit., p. 15.

3.3. Alcuni pro e contro.

L'attribuzione all'*Internal Audit* di compiti e funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza oltre a risultare una scelta condivisa da molteplici operatori, per l'evidente risparmio in termini di risorse economiche ed organizzative non dovendo adibire un apposito ufficio o struttura aziendale, trova una serie di ulteriori argomenti a proprio sostegno. Quale soggetto situato al vertice della piramide dei controlli interni societari, svolgendo periodicamente attività di valutazione del complessivo funzionamento del sistema dei controlli, l'*Internal Audit* viene ritenuta tra le strutture endogene quella che rispecchia in modo più fedele le qualità richieste all'OdV per espletare adeguatamente le proprie funzioni¹⁸⁴. Gli *internal auditors*, infatti, sono connotati da particolare professionalità, dovendo possedere conoscenze – attestate da apposite certificazioni – in materia di campionamento statistico, nella ricerca delle evidenze ed elaborazione dei dati, abilità nelle tecniche di sondaggio del personale così come nell'attività di *reporting*, oltre alla necessaria padronanza con il diritto penale e commerciale. *Modus operandi*, che essendo poi ancorato ad un *framework* professionale internazionale (IPPF), è garanzia di obiettività ed efficacia di quanto svolto dall'*auditor*¹⁸⁵. L'attività che verrebbe richiesta costituirebbe, peraltro, una mera specificazione dell'attività di valutazione dei rischi tipici che già lo vede coinvolto nel contesto aziendale, richiedendosi, semmai, un potenziamento della struttura con personalità munite delle competenze specifiche che possano coadiuvarlo nei compiti richiesti dal decreto¹⁸⁶.

Per quanto concerne gli aspetti dell'autonomia e dell'indipendenza¹⁸⁷, questi vengono esaltati dall'assenza di mansioni operative e dall'«attribuzione di autonomi poteri di iniziativa nella predisposizione del piano di *audit* e nell'attivazione dei singoli

¹⁸⁴ Così, L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 243 e ss. In senso conforme rispetto al conferimento dell'attribuzioni dell'OdV al responsabile dell'*Internal Auditing*, A. DE NICOLA, op. cit., p. 71.

¹⁸⁵ L. F. MARINIELLO, op. cit. p. 244-245.

¹⁸⁶ In senso conforme, R. DI VIETO-D. GHEDI, op. cit., p. 44.

¹⁸⁷ Cfr. *Standard IIA 1100 Indipendenza e Obiettività*; *Standard IIA 1110 Indipendenza Organizzativa*.

interventi»¹⁸⁸; tuttavia, non potrà sfuggire il fatto che lo stesso sia alle strette dipendenze del Consiglio di Amministrazione, che peraltro risulta competente in campo di nomina, revoca e retribuzione. È sulla base di questa asserita subordinazione gerarchica che sono state sollevate alcune osservazioni concernenti l'inadeguatezza della funzione a rivestire il ruolo di OdV. Infatti, nonostante il posizionamento interno alla struttura le permetta di conoscere al meglio le dinamiche aziendali, valorizzando la propria inerenza rispetto al contesto in cui opera¹⁸⁹, la dipendenza funzionale dai soggetti in posizione apicale, verso i quali ha un obbligo di riporto periodico, funge da contropinta non permettendole di vantare quel grado di autonomia invece richiesto dal decreto per svolgere la funzione di OdV¹⁹⁰. Ciononostante, l'attribuzione delle funzioni di OdV all'*Internal Audit*, in qualità di organo monocratico, ha ricevuto l'avallo giurisprudenziale ad opera del G.i.p del Tribunale di Milano, novembre 2009¹⁹¹. Nel caso di specie si rinveniva come la

¹⁸⁸ COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina Borsa Italiana S.p.a.*, luglio 2015, Commento art. 7.

¹⁸⁹ C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 386.

¹⁹⁰ In senso contrario ad un'attribuzione all'*Internal Audit* delle funzioni di OdV, poiché mancherebbe delle necessario autonomia, A. FRIGNANI-P. GROSSO-G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Soc.*, 2002, (2), p. 149, «l'opzione di affidare i compiti dell'organo di vigilanza a funzioni aziendali già attive (quali ad esempio, l'ufficio legale o l'*internal auditing*) ci pare presentare la controindicazione per cui tali funzioni potrebbero non avere il grado d'indipendenza rispetto ai "soggetti in posizione apicale", né la stabilità necessaria al fine di garantire l'efficace applicazione del "modello"»; F. MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2002, (1), p. 624, «del pari è dubbio che l'organismo *de quo* possa coincidere con l'attuale *internal audit*, il quale nonostante quanto precisato dalle istruzioni di vigilanza, presenta un grado di indipendenza inferiore rispetto a quello previsto dal d.lgs. 231/2001 per l'organismo per cui si discute, laddove esso debba colloquiare con i vertici aziendali»; R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente in Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma, 30 novembre - 1 dicembre, Milano, 2003, p. 86, «che la funzione in esame possa essere conferita al responsabile del controllo interno, neppure nelle società quotate o in quelle di diritto speciale (società d'investimento mobiliare, banche etc.) per le quali è espressamente prevista l'istituzione di tale figura, perché mi pare difetterebbe quella sufficiente garanzia di autonomia dell'organo di vigilanza che qui la legge richiede e F. SANTI, *La responsabilità delle Società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004, p. 319.

¹⁹¹ Anche a livello giurisprudenziale è stata avallata l'idoneità della figura in questione a ricoprire il ruolo di OdV, il G.i.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo s.p.a., cit., ravvisava nel preposto al controllo interno e responsabile dell'*Internal Audit* la presenza di professionalità ed esperienza, oltre all'assenza di collegamenti con aree operative. Tuttavia, il giudizio d'adeguatezza che aveva investito l'OdV è stato poi ribaltato in sede di legittimità, per la rinvenuta subordinazione gerarchica dell'*Internal Audit* rispetto al Presidente delle

Funzione di *Internal Auditing* fosse dotata di quella professionalità ed esperienza tale da ritenerla perfettamente idonea a ricoprire il ruolo di OdV, oltre ad essere connotata dalla necessaria assenza di legami con aree operative aziendali.

A prescindere dalla scelta o meno di optare per la figura dell'*internal auditor* quale OdV, difficoltà scaturiscono, comunque, nel momento in cui si hanno due strutture interne che si sovrappongono nell'attività di verifica e controllo. Il rischio di sovrapposizioni e conseguenti duplicazioni rende necessaria un'opera di coordinamento tra i due piani di lavoro¹⁹², teso alla ricerca di una cooperazione sinergica che sia orientata all'effettivo abbassamento delle soglie di rischio e sia improntata alla migliore gestione di risorse¹⁹³. Inutile precisare che il coordinamento tra i piani di *audit* e quello dell'OdV verrebbe agevolmente gestito qualora l'*Internal Audit* rivestisse anche la carica di membro dell'Organismo, o qualora venga istituito in qualità organo monocratico.

Sebbene si possa argomentare come l'insieme delle caratteristiche appena descritte faccia propendere per l'ammissibilità della figura a rivestire il ruolo di OdV – sempre alla condizione che sia dotata di risorse adeguate – e certamente a rivestire la qualità di membro di un Organismo collegiale, viene comunque ritenuta auspicabile la possibilità che l'*Internal Audit* si collochi esclusivamente quale funzione in posizione accessoria, fungendo da «braccio armato» dell'Organismo di Vigilanza, il quale si servirà delle tecniche specifiche di apprensione e di verifica proprie della Funzione di *Audit* per svolgere gli accertamenti demandati dal decreto¹⁹⁴.

società, soggetto sottoposto al controllo dell'*Audit* interno. Si tiene a precisare come la censura non sia rivolta alla figura dell'*Internal Audit* in quanto tale, bensì a quel particolare vincolo di subordinazione presente nel caso di specie. Così A. DE NICOLA, op. cit. p. 75; Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, Impregilo s.p.a., cit.,

¹⁹² M. BORTOLOTT-D. BOSSI, *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, (1), p. 112.

¹⁹³ Si veda, M. BORTOLOTT-D. BOSSI, op. cit., p. 115.

¹⁹⁴ In questi termini, C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 87.

CAPITOLO TERZO

LE ATTIVITÀ OPERATIVE DELL'INTERNAL AUDIT NELL'AMBITO DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231: LE INVESTIGAZIONI INTERNE.

SOMMARIO: 1. La vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello. – 1.1. Le verifiche dell'OdV e dell'*Internal Audit*. – 1.2. I flussi informativi. – 1.2.1. I flussi informativi periodici. – 1.2.2. I flussi informativi "ad hoc" e "whistleblower schemes" – 1.2.3. I flussi informativi provenienti dall'OdV – 2. Le investigazioni interne societarie. – 2.1. Introduzione all'istituto. – 2.2. Le investigazioni dell'*Internal Audit* a seguito della segnalazione di una violazione del Modello. – 2.2.1. La fase preliminare: *Il Data Collection Plan*. – 2.2.2. La fase esecutiva dell'indagine: l'analisi documentale e le interviste. – 2.2.3. La fase valutativa e l'archiviazione dei risultati. – 2.3 Le investigazioni interne a seguito della notizia di un reato presupposto. – 2.3.1. Le indagini difensive penali *ex art. 327-bis* c.p.p. e l'«attività investigativa preventiva» *ex art. 327-bis* e *391-nonies* c.p.p. – 3. Le difficoltà operative connesse all'attività investigativa. – 3.1. Il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in materia di protezione dei dati personali. – 3.2. I controlli "a distanza" e lo Statuto dei Lavoratori. – 4. Profili processuali penali. – 4.1. Il ruolo dell'*Internal Audit* nel procedimento penale delle società. – 4.2. I benefici derivanti dall'attività investigativa interna nel procedimento penale delle società.

1. La vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello.

1.1. Le verifiche dell'OdV e dell'*Internal Audit*.

Nel corso dei precedenti capitoli si ha avuto modo di comprendere quali fossero i ruoli, a volte sovrapposti, della Funzione di *Internal Audit* e dell'OdV, strutture endo-societarie indirizzate verso una corretta valutazione dei processi di gestione del rischio. Per quanto concerne l'*Internal Audit*, la valutazione che vede coinvolto tale soggetto ha come ambito d'indagine l'adeguatezza del complessivo sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi differenziandosi dall'OdV che invece risulta investito del compito di vigilare sull'osservanza e sul funzionamento del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001, verificando che non

vi siano state violazioni delle regole ivi contenute¹ e che le stesse preservino nel tempo l'efficacia, vale a dire l'attitudine a prevenire le condotte che possono integrare i reati presupposto contenuti nel decreto².

Depositario dei poteri-doveri di cui all'art 6 c.1 lett. b) del D.Lgs. 231/2001, l'Organismo svolge la propria attività di vigilanza, in particolare, attraverso l'espletamento di interventi ispettivi – previamente programmati o aventi natura di atti a sorpresa³ – tra i quali si ricomprendono generalmente il potere di effettuare controlli e interviste sul personale dipendente, di accedere e richiedere l'esibizione di tutta la documentazione societaria che sia utile ai fini dello svolgimento dell'attività di cui trattasi, oltre alla possibilità di poter esigere, per il medesimo fine, la collaborazione del personale di tutte le strutture aziendali nonché, eventualmente, di consulenti esterni⁴. La richiesta di accesso alla documentazione e alla informazioni rilevanti è incondizionata, non essendo necessario richiedere alcun consenso preventivo da parte di funzioni aziendali o di organi societari⁵, fatti salvi ovviamente

¹ CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, aggiornate al marzo 2014, p. 56.

² G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate*, in *Quaderni Giuridici CONSOB*, settembre 2013, p. 78.

³ Sulla necessità che le verifiche dell'Organismo vengano svolte quali atti a sorpresa e non esclusivamente quale attività programmata si vedano, N. ABRIANI-F. GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e Funzioni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (3), p. 194; C. PIERGALLINI, op. ult. cit., p. 388. In giurisprudenza, la necessità che l'OdV esegua, periodicamente, verifiche a sorpresa è stata presa in considerazione quale elemento valutativo dell'inidoneità del Modello a prevenire i reati della specie di quello verificatosi, G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, Impregilo s.p.a., Fibe s.p.a, Fibe Campania s.p.a., Fisia Italimpianti s.p.a., in *Dir. e pratica società*, 2008, (4), p. 71 e ss; Ass. App. Torino, 28 febbraio 2013, Thyssennkrup Acciai Speciali Terni s.p.a, cit.

⁴ M. BORTOLOTTO-D. BOSSI, *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, (1), p. 112. Ma nello stesso senso ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche. D.lgs. n. 231/2001*, Febbraio 2004 e successivi aggiornamenti, p. 35; CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 61.

⁵ In questo senso CONFINDUSTRIA, loc. cit., «l'OdV deve avere libero accesso presso tutte le funzioni della società - senza necessità di alcun consenso preventivo - onde ottenere ogni informazione o dato ritenuto necessario per lo svolgimento dei compiti previsti dal decreto 231»; Cfr. A. DE NICOLA, *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015, p. 113.

gli obblighi di legge in materia di *privacy*, di informazioni *price sensitive*⁶ e le altre normative di settore.

L'Organismo di Vigilanza, in quanto soggetto contraddistinto da autonomia, può avvalersi nell'esercizio delle proprie attività di vigilanza dell'ausilio di consulenti esterni⁷ così come di strutture già integrate nel tessuto societario, tra le quali spicca per rilevanza l'*Internal Audit*. Soluzione particolarmente apprezzata dalla prassi applicativa che sovente⁸ vede tale Funzione – in ragione delle qualità specialistiche che la contraddistinguono – fungere da «*longa manus*»⁹ dell'Organismo, svolgendo all'uopo gli accertamenti e le attività aventi carattere ispettivo diretto.

Sebbene l'attività in questione venga posta in essere materialmente dal revisore interno, tale soluzione non priva l'OdV delle responsabilità sue proprie, dal momento che quest'ultimo dovrà sovrintendere il piano di lavoro e relazionarsi costantemente¹⁰ in qualità di "committente" del servizio di consulenza tecnica che viene prestata dall'*internal auditor*¹¹. L'*Internal Audit*, infatti, «agisce in qualità di mero esecutore tecnico, metodologicamente specializzato, delle attività di vigilanza assegnate all'Organismo interno all'ente», rimanendo pertanto in capo all'OdV l'onere di predisporre l'informativa rivolta al vertice aziendale contenente le risultanze delle verifiche condotte¹².

⁶ Ex art. 114 e 180 e ss., D.Lgs. 58/1998 (TUF).

⁷ Così come prospettato da D. ANDREIS-A.TONANI, *L'affidamento in outsourcing delle attività di auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (3), p. 187 e ss.

⁸ Tale affermazione viene supportata dai risultati dell'analisi condotta da PROTIVITI, *Indagine sullo stato di adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex D.lgs. 231/2001. Executive summary*, maggio 2010, così come esposti al capitolo precedente. Era stato rinvenuto come nel 65% dei casi in cui la Funzione di *Internal Audit* fosse coinvolta nei «processi di gestione e verifica dei modelli» questa veniva identificata quale «braccio operativo» dell'Organismo di Vigilanza.

⁹ Così testualmente, A. DE NICOLA, op. cit., p. 114.

¹⁰ Dalla costante relazione tra i due soggetti possono derivare modifiche al piano di *audit* infatti, qualora l'OdV ravvisi delle nuove esigenze, si potrà operare una ricalibratura delle verifiche che l'*Internal Audit* dovrà effettuare. V. GENNARO, *Gli attributi dei protocolli di controllo e il compliance audit: il concetto di verificabilità del funzionamento e dell'osservanza del modello*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, (2), p. 175.

¹¹ V. GENNARO, op. cit., p. 174; CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 61.

¹² Si veda, V. GENNARO, op. cit., p. 179.

Anche qualora l'attività dell'*Internal Audit* non sia asservita alle finalità di cui al D.Lgs. 231/2001, potranno comunque generarsi sovrapposizioni tra le verifiche effettuate dall'Organismo e quelle condotte dall'*internal auditor*, dal momento che l'oggetto della valutazione di quest'ultimo è costituito dal complessivo sistema di controllo interno che per definizione ricomprende l'impianto prevenzionistico disposto dal decreto. Si ritiene dunque buona prassi, in assenza di interventi del legislatore che definiscano in maniera compiuta il ruolo svolto dai presidi di controllo nell'ambito del D.Lgs. 231/2001¹³, avviare una fase d'incontri tra OdV e *Internal Audit* che sia finalizzata all'allineamento dei due piani annuali di verifiche, favorendo così la piena integrazione delle attività e la ricerca al contempo di importanti sinergie. In questo frangente si colloca la possibilità per l'OdV di richiedere eventuali integrazioni al piano redatto dall'*Internal Audit*, demandando che vengano convogliate maggiori risorse verso gli accertamenti richiesti dal decreto¹⁴.

Come è stato previamente rilevato, il punto focale dell'attività di vigilanza dell'OdV consiste nell'accertare che non vi siano stati comportamenti devianti rispetto alle prescrizioni contenute nel Modello e nel Codice etico, da parte dei soggetti legati all'ente. Risulta dunque normale che nel periodico e regolare svolgimento delle attività di monitoraggio l'Organismo, ma anche l'*Internal Audit* nell'esecuzione di un *compliance audit* o in qualità di ausiliario dell'Organismo, possano imbattersi nella violazione dei protocolli del modello o delle procedure interne, che possano in astratto, o abbiano già in concreto integrato una fattispecie penalmente rilevante. In entrambi i casi, *Internal Audit* e Organismo, non avendo alcun potere di gestione né d'intervento diretto, prerogative esclusive dell'Organo amministrativo¹⁵, si limiteranno a segnalare tempestivamente l'accaduto all'organo societario ritenuto più opportuno, accompagnando l'informativa con suggerimenti concernenti le possibili misure da adottare.

¹³ M. BORTOLOTTO-D.BOSSI, op. cit., p. 113.

¹⁴ Così, M. BORTOLOTTO-D. BOSSI, op. cit., p. 115.

¹⁵ Si veda a tal proposito, G. F. SIMONINI, *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2016, (1), p. 113-114.

1.2. I flussi informativi.

Le verifiche ispettive condotte dall'OdV o dall'*Internal Audit*, costituiscono sola una delle modalità attraverso le quali l'Organismo può venire a conoscenza di una potenziale violazione delle procedure del Modello. La notizia di un comportamento deviante può infatti giungere all'Organismo attraverso il canale dei flussi informativi. Il decreto, a tal proposito, prescrive espressamente che i Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo debbano «prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli», art. 6 c.2 lett. d). La finalità di tale disposizione è quella di assicurare che giungano all'OdV tutte le informazioni necessarie per espletare correttamente e in modo continuativo le proprie funzioni di vigilanza¹⁶.

La tematica, peraltro, assume una valenza particolare se contestualizzata nel più ampio sistema dei controlli interni, atteso che il *framework* internazionale di riferimento per la gestione dei rischi d'impresa, il c.d. CoSO-ERM, individua proprio quale elemento essenziale ai fini di una corretta gestione dei rischi tipici aziendali la strutturazione di flussi informativi che consentano all'ente di svolgere adeguatamente l'attività di monitoraggio e prevenzione¹⁷.

Come già è stato osservato per altri istituti del decreto, il legislatore si è limitato ad una previsione laconica che non fornisce alcuna indicazione aggiuntiva sulle concrete modalità mediante le quali regolamentare i processi di comunicazione, lasciando così un elevato grado di autonomia al privato¹⁸ che potrà decidere di strutturarli in relazione alle proprie esigenze operative, dimensionali, in base al numero di organi ed uffici da cui è composto, nonché in considerazione della quantità di aree esposte al rischio-reato¹⁹.

¹⁶ M. IPPOLITO, *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 198.

¹⁷ R. DI VIETO-D. GHEDI, *L'Organismo di Vigilanza*, in AA.VV., *Guida ai controlli societari*, a cura di G. PIROLA-L. OCCHETTA, Milano, 2015, p. 82-83.

¹⁸ In questo senso, R. DI VIETO -D. GHEDI, op. cit., p. 83; M. IPPOLITO, op. ult. cit., p. 199.

¹⁹ M. IPPOLITO, loc. ult. cit.

Sul punto si richiamano necessariamente le soluzioni adottate dalle migliori pratiche aziendali che individuano l'opportunità che gli obblighi informativi trovino copertura non solo per il tramite di un richiamo espresso nel Modello, ma altresì attraverso un'adeguata proceduralizzazione che, in modo dettagliato, vada a delineare le modalità attraverso le quali gestire i flussi, assicurandosi poi che della stessa sia fatta conoscenza diffusa tra i soggetti interni ed esterni alla struttura²⁰. Le regole procedurali così individuate dovranno indicare tempistiche, modalità e contenuti delle informazioni da trasmettere all'Organismo²¹.

Per quanto attiene alle tipologie di informazioni che devono formare oggetto di comunicazione si ritiene che le stesse enucleino profili di rilevanza di una possibile responsabilità amministrativa per l'ente, a tal proposito, si ritiene che debbano essere comunicate le modifiche eventualmente apportate agli assetti governativi e organizzativi societari, i cambiamenti occorsi in relazione alle aree di *business*, l'emersione di nuove fattispecie di rischio-reato nel campo delle attività tipiche svolte dalla società, le infrazioni significative delle prescrizioni del Modello e, *lato sensu*, qualunque accadimento o anomalia che possa, anche meramente in via potenziale, comportare il sorgere della responsabilità amministrativa per l'ente²². Si aggiungano poi quelle situazioni peculiari, così come individuate dalle Linee Guida di Confindustria²³, in cui si ha notizia dell'avvio di un procedimento giudiziario o

²⁰ R. DI VIETO-D. GHEDI, loc. cit.

²¹ R. DI VIETO-D. GHEDI, loc. cit.

²² S. GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Soc.*, 2012, (11), p. 1219.

²³ Le linee guida di Confindustria, a titolo esemplificativo, individuano tra le informazioni rilevanti da inoltrare all'Organismo:

- «– le decisioni relative alla richiesta, erogazione e utilizzo di finanziamenti pubblici;
- le richieste di assistenza legale inoltrate dai dirigenti e/o dai dipendenti nei confronti dei quali la Magistratura procede per i reati previsti dalla richiamata normativa;
- i provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria, o da qualsiasi altra autorità, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per i reati di cui al decreto 231;
- le commissioni di inchiesta o relazioni interne dalle quali emergano responsabilità per le ipotesi di reato di cui al decreto 231;
- le notizie relative alla effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, del modello organizzativo, con evidenza dei procedimenti disciplinari svolti e delle eventuali sanzioni

amministrativo a carico dell'ente, dell'avvio di procedimenti giudiziari in cui risultano coinvolti esponenti dell'ente per la commissione di reati presupposto di cui al catalogo 231, così come di notizie afferenti lo svolgimento di indagini da parte degli organi di polizia giudiziaria o anche semplicemente da parte delle Autorità Pubbliche di Vigilanza, rilevano, inoltre, le risultanze dei procedimenti disciplinari a cui sono stati sottoposti i membri dell'ente²⁴.

La giurisprudenza ha infatti cura di precisare come i Modelli debbano prevedere «un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'OdV notizie rilevanti relative alla vita dell'ente, alla violazione del Modello e alla consumazione di reati»²⁵. Obbligo di comunicazione che non troverebbe la propria fonte esclusivamente nelle prescrizioni del Modello, bensì rientrerebbe tra gli obblighi discendenti dal dovere di fedeltà per i soggetti dipendenti, mentre per amministratori e sindaci dal dovere di diligenza²⁶. Da notarsi, poi, come l'assenza di flussi informativi adeguatamente disciplinati oltre ad avere un impatto negativo sulla reale possibilità per l'Organismo di svolgere al meglio i propri compiti di vigilanza e di cura dell'aggiornamento del Modello, costituisce la base per una valutazione d'inadeguatezza da parte del giudice, dal momento che una generica possibilità di informare l'Organismo sulle violazioni di cui si è a conoscenza è stata ritenuta dalla giurisprudenza insufficiente ai fini della soddisfazione dei requisiti di cui al decreto²⁷.

irrogate ovvero dei provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni;

– gli esiti dei controlli – preventivi e successivi – che sono stati effettuati nel periodo di riferimento, sugli affidamenti a operatori del mercato, a seguito di gare a livello nazionale ed europeo, ovvero a trattativa privata;

– gli esiti del monitoraggio e del controllo già effettuato nel periodo di riferimento, sulle commesse acquisite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità». Cfr. CONFIDUSTRIA, op. cit., p. 69.

²⁴ Si veda A. DE NICOLA, op. ult. cit., p. 98.

²⁵ Così, G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, Ivri Holding, cit.

²⁶ Cfr. L. GALLUCCIO-G. PUTZU, *Responsabilità penale e amministrativa delle imprese*, Milano, 2009, p. 78. L'Autore ha cura di richiamare quale fonti ulteriori dell'obbligo informativo dei soggetti appartenenti all'ente gli art. 2104 e 2105 c.c. in tema di doveri di diligenza e fedeltà.

²⁷ Si veda, G.i.p. Trib. Milano, 20 settembre 2004, Ivri Holding, cit. Nel caso di specie era stato rilevato come insufficiente ad integrare le qualità di un Modello adeguato il semplice richiamo all'indicazioni previsti dalle linee guida di categoria in merito ai dati da comunicare.

1.2.1. I flussi informativi periodici.

Le comunicazioni delle informazioni che devono raggiungere l'OdV vengono tradizionalmente classificate, a seconda della propria regolarità, in flussi informativi periodici e flussi informativi *ad hoc*, quest'ultime anche note come "segnalazioni".

L'Organismo di Vigilanza, agendo in qualità di presidio di controllo di secondo grado²⁸, riceve periodicamente, di solito con una cadenza trimestrale, i *report* contenenti i risultati delle verifiche condotte dai *process owner* delle aree aziendali esposte al rischio di commissione di reati di cui al decreto²⁹, consentendo all'OdV di valutare da un lato lo stato di attuazione dei presidi implementati, dall'altro di riscontrare gli eventuali profili critici che possano essere emersi in sede di controllo di primo livello³⁰.

Sebbene ogni ente risulti caratterizzato da attività e rischi divergenti, così come da una strutturazione interna che prevede diverse articolazioni di funzioni ed organi, si ritiene generalmente che l'Organismo debba ricevere informazioni periodiche dai seguenti attori aziendali: «dal *Chief Financial Officer*; dal responsabile del personale, per quanto concerne la formazione e provvedimenti disciplinari; dal responsabile IT; dai soggetti responsabili in materia di sicurezza sul lavoro e ambiente; se presente, dal responsabile antiriciclaggio; dai responsabili delle funzioni che intrattengono rapporti con la pubblica amministrazione; in generale dai soggetti responsabili dei processi a rischio evidenziati nel corso del *risk assessment*»³¹. Vengono altresì ricompresi all'interno della categoria delle informative periodiche, le trasmissioni dei report trimestrali redatti dagli altri attori coinvolti nel controllo interno tra cui la Funzione di *Internal Audit*, la Funzione *Compliance* e quella di *Risk Management*³². In questi casi i flussi saranno funzionali non solo all'ottenimento di informazioni rilevanti, bensì ad un coordinamento dei piani di attività che siano in grado di evitare il rischio

²⁸ P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, (4), p. 656.

²⁹ In capo ai titolari delle aree con il rischio di esposizione a fattispecie di reato incombe un obbligo di *reporting* periodico verso l'Organismo di Vigilanza. CONFINDUSTRIA, op. cit., p. 69.

³⁰ G. M. GAREGNANI, *La rilevanza dei flussi informativi nei modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. dottori comm.*, 2009, (2), p. 319.

³¹ Così testualmente, R. DI VIETO-D. GHEDI, op. cit., p. 84.

³² Cfr. A. DE NICOLA, op. cit., p. 99.

di sovrapposizioni tra le operazioni di verifica e, allo stesso tempo, siano volti al raggiungimento di un buon grado di efficacia del sistema di controllo interno³³. Il corretto fluire dell'informazioni tra organi e strutture verso l'Organismo rappresenta, infatti, un punto essenziale per l'adempimento delle funzioni sue proprie ma soprattutto per garantire quella continuità di azione che deve informarne l'operato.

1.2.2. I flussi informativi "ad hoc" e "whistleblower schemes".

Si è visto poc'anzi come i flussi informativi periodici siano caratterizzati dalla trasmissione, temporalmente scandita, di fascicoli, *report*, relazioni e verbali provenienti dagli uffici e organi aziendali verso l'OdV. I flussi informativi *ad hoc*, al contrario, si contraddistinguono per la loro aperiodicità, essendo comunicazioni aventi natura eccezionale. Si tratta infatti di segnalazioni concernenti singoli eventi o fatti che rivelano la sussistenza di un'anomalia, e quindi di una possibile minaccia all'ente, dal momento che il fatto oggetto di segnalazione tende ad identificarsi in uno scostamento rispetto alle regole indicate dal Modello ma, nelle ipotesi più critiche, può essere denunciata la vera e propria commissione di un reato presupposto, con conseguenze potenzialmente più gravi per l'ente³⁴.

Necessario dunque che il Modello, o meglio, le procedure che scandiscono e definiscono i sistemi informativi, prevedano un obbligo di tempestiva segnalazione in capo a tutti i soggetti facenti parte della struttura dell'ente, ai terzi collaboratori, ai soggetti che entrano in contatto con l'ente a seguito di relazioni commerciali³⁵, di tutte quelle notizie o criticità di cui sono venuti a conoscenza concernenti le violazioni, anche solo sospette, della normativa cogente, del Modello, del Codice Etico, delle *policies* interne aziendali, violazioni comunque idonee a cagionare danni o

³³ R. DI VIETO-D. GHEDI, op. cit., p. 87.

³⁴ Si veda, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.LGS. n. 231/2001) (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, (1), p. 383.

³⁵ Si fa riferimento, ad esempio, ai fornitori ed ai partner commerciali. R. DI VIETO-D. GHEDI, op. cit., p. 88.

pregiudizi, anche puramente d'immagine, all'ente³⁶. Si ricorda che in caso di mancato adempimento dell'obbligo di segnalazione potranno essere applicate sanzioni di natura disciplinare³⁷.

Fermo restando che la ricezione di notizie, e il successivo trattamento dei dati ivi contenuti, deve essere subordinato al rispetto della normativa posta a tutela della *privacy* così come previsto dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e, nel caso di informazioni "*price sensitive*", alla conformità con le disposizioni del TUF che individuano le fattispecie di *insider trading*³⁸, le migliori prassi optano per l'introduzione nelle procedure di gestione delle segnalazioni di forme di tutela della segretezza dell'identità del soggetto segnalante. Nonostante il D.Lgs. 231/2001 nulla abbia disposto al riguardo, la tutela dell'anonimato viene generalmente percepita quale elemento in grado di alimentare un migliore flusso di informazioni che possa realmente incidere sul piano della prevenzione; la garanzia della riservatezza unita a misure *anti-retaliation*³⁹, possono infatti costituire un valido incentivo e stimolare il dipendente a fornire l'informazione di cui è a conoscenza, nella consapevolezza che non andrà incontro a ritorsioni o altre forme di discriminazione, tra cui demansionamenti, condotte di *mobbing* e, nei casi estremi, licenziamenti⁴⁰.

Le *best practices*, sulla falsariga delle tendenze statunitensi, prevedono la messa a disposizione di canali appositi per la raccolta di denunce anonime, tra i quali sono generalmente ricompresi numeri di telefono dedicati (le c.d. *hotlines*), caselle di *voice messaging*, numeri fax, sistemi di *intranet* aziendale, caselle di posta elettronica e

³⁶ F. COTTONE-M. MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, in AA.VV., *Corruzione nazionale e internazionale*, a cura di F. BONELLI-M. MANTOVANI, Milano, 2014, p. 15.

³⁷ C. PIERGALLINI, loc. ult. cit.

³⁸ Il riferimento è agli art. 180 e ss. del D. Lgs. 58/1998 che individuano le definizioni e le fattispecie integranti l'abuso di informazioni privilegiate.

³⁹ Con misure *anti-retaliation*, si intendono generalmente quei provvedimenti volti a sanzionare i comportamenti ritorsivi o discriminatori che il datore di lavoro potrebbe avere nei confronti dei dipendenti che hanno deciso di segnalare l'illecito.

⁴⁰ E. M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 235.

caselle di posta ordinaria⁴¹. Il flusso delle segnalazioni tende poi ad essere accentrato verso un *team* appositamente istituito, oppure in capo ad un'unica Funzione, di solito quella di *Internal Audit*, che sia in grado di gestire il flusso informativo in maniera adeguata garantendo la completezza e l'integrità delle informazioni ricevute⁴². Taluni ritengono infatti non opportuno un affidamento di tale incombenza all'Organismo di Vigilanza dal momento che si assisterebbe ad un'espansione impropria delle sue competenze⁴³; il conferimento all'*Internal Audit* permetterebbe invece di svolgere un'istruzione preliminare della notizia che poi, in relazione all'ambito di violazione riscontrato, verrebbe inoltrata alla struttura di competenza. Così ad esempio nei casi di problematiche concernenti la regolarità contabile sarà investito della notizia il Collegio Sindacale, mentre nel caso di criticità riguardanti il rispetto delle previsioni del Codice Etico o la violazione delle previsioni del Modello, trattandosi di tematiche che possono coinvolgere la responsabilità amministrativa della società, il flusso informativo sarà pacificamente rivolto all'OdV⁴⁴.

Viene così demandato un ruolo attivo all'Organo Amministrativo nel predisporre un protocollo di ricezione e gestione delle segnalazioni che sia efficiente e ben strutturato, composto da misure che vengano realmente adottate dagli organi societari e non si riducano ad essere mera opera di facciata, o dimostrazione di *compliance*, che causerebbero la perdita di quell'incentivo ad adottare

⁴¹ M. BASCELLI, *Possibile ruolo dei whistleblower schemes nel contesto della corporate e della control governance. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali*, in *La resp. amm. delle soc. e enti*, 2008, (1), p. 148. Si veda anche, ENI, *Management System Guideline Anti-Corruzione «Segnalazioni, anche anonime, ricevute da eni spa e da società controllate in Italia e all'estero»*, 22 dicembre 2014, p. 35.

⁴² «Il canalizzatore ideale, per le società quotate, è senza dubbio il Preposto al Controllo Interno (previsto dal Codice di Autodisciplina) ossia il responsabile/direttore dell'*Internal Audit*. Per le altre società o realtà, può essere comunque individuato in maniera ottimale nel responsabile dell'*Internal Audit*», Così, A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, Milano, 2016, p. 150; F. COTTONE-M. MANTOVANI, loc. cit.; si veda a tal proposito il protocollo di segnalazione di ENI, op. cit., p. 9.

⁴³ Si veda, AODV, *Il Whistleblowing*, 16 novembre 2015, p. 34. Vengono peraltro suggerite quali strutture idonee a ricoprire il ruolo di gestione dei sistemi di *whistleblowing* la Funzione di *Internal Audit*; la Funzione *Compliance*; la costituzione di un apposito comitato interno all'organo amministrativo oppure l'esternalizzazione della gestione delle segnalazioni a consulenti esterni.

⁴⁴ G. M. GAREGANI, op. ult. cit., p. 322.

comportamenti virtuosi interni di denuncia delle pratiche devianti⁴⁵, poiché il «dipendente integro e coraggioso» che potenzialmente potrebbe decidere «di fischiare come un arbitro per interrompere la partita criminosa»⁴⁶ non si sentirà adeguatamente tutelato. Si pensi poi agli altri ed eventuali benefici che discendono dalla effettiva implementazione di sistemi di *whistleblowing*, tra i quali la diffusione di una cultura di legalità ed eticità aziendale⁴⁷ oltre all'importante ruolo che questi possono svolgere nell'accrescimento del funzionamento efficace ed efficiente del sistema dei controlli interni⁴⁸.

Nonostante le considerazioni fatte, rimane un numero cospicuo di società che ancora oggi vede con sospetto l'implementazione di meccanismi di delazione interni sulla falsariga di quelli appena descritti⁴⁹, cionondimeno, a testimonianza di come la tematica del *whistleblowing*⁵⁰ stia comunque assumendo una risonanza sempre più crescente, anche per il tramite delle spinte provenienti dal panorama

⁴⁵ G. FORTI, «Doppio standard» e «doppio vincolo» nella decisione di delinquere o di «blow the whistle», in A.A. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del XXV Convegno di studio Enrico de Nicola, Milano 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, p. 173.

⁴⁶ E. M. MANCUSO, op. cit., p. 235.

⁴⁷ A. NIETO MARTIN, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: The struggle for information in the Criminal Process*, in AA.VV., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di F. CENTONZE- G. FORTI- S. MANACORDA, Heidelberg, 2014, p. 74.

⁴⁸ A. JANNONE, *Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione: il quadro normativo e le soluzioni operative*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2016, (3), p. 229.

⁴⁹ Così, F. COTTONE-M. MANTOVANI, loc. cit.

⁵⁰ Il *whistleblowing* può essere definito come l'«istituto giuridico volto a disciplinare la condotta di quelle persone che segnalano irregolarità o addirittura illeciti penali all'interno del proprio ambito lavorativo», A. NADDEO, *Prefazione*, in G. FRASCHINI -N. PARISI-D. RINOLDI, *Il whistleblowing – Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2009, p. 10. I *whistleblower schemes* fanno la loro prima comparsa nel panorama giuridico nordamericano nel 1989 con l'introduzione del *Whistleblower Protection Act* che prevedeva meccanismi di protezione rispetto alle possibili ritorsioni che potevano seguire alla segnalazione di violazioni da parte di Agenti Federali. Successive leggi hanno esteso l'ambito di applicazione al di fuori delle Agenzie Federali, tra le quali si ricomprendono il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2011 e, da ultimo, l'*Enhancement Act Whistleblower Protection* del 2012. Cfr. AODV, op. ult. cit., p. 2; A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 126.

internazionale⁵¹, si segnala la presenza di alcuni interventi legislativi e di *soft law* che hanno introdotto forme di tutela per il dipendente che spontaneamente segnala illeciti. Nell'ambito del pubblico impiego è intervenuta l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che, con la determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, ha emanato delle Linee Guida in funzione attuativa e specificativa dell'art. 54-*bis* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in materia di tutela dei dipendenti pubblici che segnalano illeciti⁵², prevedendo per gli stessi un peculiare regime garantista sia nell'ottica di tutela dell'anonimato del segnalante che nella successiva fase di contrasto alle misure ritorsive e discriminatorie. Si badi bene, tale normativa trova applicazione solamente per gli enti pubblici che pacificamente vengono esclusi dal novero dei destinatari di cui al D.Lgs. 231/2001, ma nulla vieta alle Pubbliche Amministrazioni di estendere il medesimo grado di tutela previsto dalla normativa in questione ai dipendenti degli enti di diritto privato ed enti pubblici economici da esse

⁵¹ Si fa riferimento a quanto rilevato in sede di Gruppo di lavoro del G20 «*Anti-corruption Action Plan Protection of Whistleblowers*» del 2011 così come l'art 9 della Convenzione Civile sulla corruzione di Strasburgo del 4 novembre 1999 e l'art. 33 della Convenzione delle Nazioni Unite del 31 ottobre 2003, ma anche lo specifico documento OCSE (OECD *Integrity - Review of Italy* del 20 settembre 2013) indirizzato all'Italia, finalizzato all'introduzione di normative domestiche che vadano a regolare il fenomeno in maniera compiuta e sotto prospettive garantiste per i soggetti coinvolti. Cfr. AODV, op. ult. cit., p. 6.

⁵² L'art. 54-*bis*, introdotto dall'art. 1 c.51 della legge 6 novembre 2012, n. 190, prevede espressamente che: « 1. Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del 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. 2. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. 3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. 4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni».

controllati, anche in ragione del potere-dovere delle P.A. di promuovere l'applicazione delle misure in ambito di prevenzione della corruzione e della trasparenza⁵³.

Per quanto concerne il settore privato, spiccano per rilevanza le recenti introduzioni, ad opera del D.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, degli art. 52-*bis* e *ter* al Testo Unico in materia bancaria e creditizia (TUB)⁵⁴, così come degli art 8-*bis* e *ter* al Testo Unico della Finanza (TUF); mentre in ambito di legislazione "leggera" il Codice di Autodisciplina per le società quotate in borsa raccomanda, ai fini di un giudizio di adeguatezza del complessivo sistema di controlli interni, che l'ente si doti di un sistema di gestione delle segnalazioni sulla base delle migliori prassi nazionali e internazionali⁵⁵, rendendo *de facto* obbligatoria l'adozione di un sistema di *whistleblowing*.

Si consideri poi la recente proposta di legge approvata dalla Camera ed ora al vaglio del Senato, disegno di legge n. 2208, recante rubrica «*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*»⁵⁶. Il disegno di legge così proposto e approvato alla Camera il 16 gennaio di quest'anno, prevede l'introduzione di tre nuovi commi all'art 6 del D.Lgs. 231/2001: il comma 2-*bis*, contenente obblighi di segnalazione degli illeciti rilevanti ai fini del decreto in capo ai soggetti che rivestono posizioni apicali, subordinate o che sono qualificabili come

⁵³ A. JANNONE, *Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione*, cit., p. 221.

⁵⁴ D.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, recante rubrica «Attuazione della direttiva 2013/36/UE, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al d.lgs. 385/1993, e al d.lgs. 58/1998». Cfr. A. JANNONE, op. ult. cit., p. 223.

⁵⁵ Cfr. COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina di Borsa italiana S.p.a.*, commento art. 7, «Il Comitato ritiene che, almeno nelle società emittenti appartenenti all'indice FTSE-MIB, un adeguato sistema di controllo interno e di gestione dei rischi debba essere dotato di un sistema interno di segnalazione da parte dei dipendenti di eventuali irregolarità o violazioni della normativa applicabile e delle procedure interne (c.d. sistemi di *whistleblowing*) in linea con le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale, che garantiscano un canale informativo specifico e riservato nonché l'anonimato del segnalante».

⁵⁶ Proposta di legge presentata il 15 ottobre 2015 d'iniziativa dei deputati Businarolo, Agostinelli, Ferraresi, Sarti, in *Atti Camera, XVII leg.*, Disegni di legge e relazioni, stampato n.3365, approvato il 16 gennaio 2016 e trasmesso al Senato il 22 gennaio 2016, attualmente in corso di esame in commissione.

collaboratori dell'ente, la previsione di canali di segnalazione delle violazioni tra cui sistemi di *whistleblowing* atti a garantire l'anonimato del segnalante, divieti di atti ritorsivi nei confronti del soggetto che segnala fatti presuntivamente illeciti a cui sono ricollegate sanzioni *ad hoc* in caso di violazione; il comma 2-*ter* che, in ottica di maggior tutela, prevede la possibilità per le rappresentanze sindacali dei lavoratori, oltre che per i singoli dipendenti, di poter segnalare le condotte ritorsive all'Ispettorato del Lavoro; infine, il comma 2-*quater* che sancisce la nullità dei provvedimenti disciplinari aventi natura ritorsiva⁵⁷.

A titolo conclusivo si vuole ricordare come la tutela della riservatezza e dell'anonimato del segnalante, così come disposta dalle procedure interne dei Modelli, ma anche in base a quanto previsto dall'art. 2-*bis* lett. c) del ddl. n. 2208, risulta garantita solamente a livello embrionale dal momento che incontra limiti di opponibilità derivanti dagli obblighi di legge. Infatti, qualora il responsabile dell'*Internal Audit*, l'OdV, ma così vale anche per il Funzionario ANAC⁵⁸, siano destinatari di specifiche richieste da parte degli organi inquirenti, non potranno esimersi dal fornire l'identità del delatore se dagli stessi conosciuta⁵⁹, con ciò differenziandosi dal regime offerto agli informatori della polizia giudiziaria e dei servizi segreti ai sensi dell'art. 203 c.p.p.

⁵⁷ Così, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 228.

⁵⁸ Ai funzionari dell'ANAC, non rivestendo la qualifica di Ufficiali o Agenti della Polizia Giudiziaria, non potrà essere applicato il regime di copertura dei nomi dei propri informatori così come disposto all'art. 203 c.1 c.p.p. «Il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate». Si segnala, poi, che i Funzionari dell'ANAC in qualità di Pubblici Ufficiali hanno l'obbligo giuridicamente vincolante di denunciare senza ritardo le notizie di reato di cui vengano a conoscenza in base a quanto disposto dell' art. 331 c.p.p., con la consapevolezza che l'omessa denuncia costituisce una fattispecie penalmente rilevante ai sensi degli art. 361 e 362 c.p. Si veda sul punto A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 128.

⁵⁹ A. JANNONE, *Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione*, cit., p. 219.

1.2.3. I flussi informativi provenienti dall'OdV.

Sarebbe riduttivo inquadrare l'Organismo di Vigilanza esclusivamente quale destinatario di flussi informativi, dal momento che riveste un ruolo rilevante lo scambio di informazioni diretto da questi nei confronti degli altri organi societari⁶⁰.

Così come visto nei paragrafi precedenti, anche gli obblighi informativi dell'OdV possono essere classificati in quanto aventi carattere periodico o immediato⁶¹. Recepita dalle migliori prassi è infatti la tendenza a strutturare flussi informativi interni costituiti da relazioni periodiche – con cadenza trimestrale, semestrale o annuale – che dall'OdV giungono all'Organo Amministrativo, alle articolazioni dello stesso quali il Comitato Controllo e Rischi, e all'Organo di Controllo; l'Organismo porge all'attenzione di tali soggetti le risultanze delle verifiche condotte nel periodo di riferimento investendoli delle questioni attinenti il funzionamento e l'aggiornamento del Modello, nonché delle problematiche riscontrate in sede di vigilanza sull'osservanza delle sue previsioni⁶². Le comunicazioni periodiche così delineate non si limitano ad essere attuate attraverso il semplice scambio documentale di relazioni, ma possono assumere le forme di «comunicazioni conoscitive-partecipative»⁶³, in quanto i membri dell'OdV possono prendere parte alle adunanze e agli incontri degli altri organi societari, così come i componenti degli organi societari possono partecipare alle riunioni periodiche dell'Organismo. Si precisa, a tal proposito, che la documentazione così ricevuta dall'Organo amministrativo e dal Collegio Sindacale, avendo ad oggetto l'operato dell'Organismo di Vigilanza, costituirà un valido spunto su cui basare, rispettivamente, la cura e la valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, che i due organi sono chiamati a svolgere in base al dettato degli art. 2381 c.3 e 2403 c.c.⁶⁴.

⁶⁰ G. M. GAREGNANI, op. ult. cit., p. 319.

⁶¹ R. DI VIETO-D. GHEDI, op. cit., p. 91.

⁶² G. M. GAREGNANI, loc. ult. cit.

⁶³ AIIA, *Corporate Governance Paper, Approccio integrato al sistema di controllo interno. Gli organi e le funzioni preposte al controllo interno aziendale e loro relazioni*, novembre 2009, p. 14.

⁶⁴ In questi termini, A. DE NICOLA, op. cit., p. 101.

Per quanto concerne invece i flussi informativi "ad hoc" si ritiene che l'OdV abbia generalmente il dovere di informare tempestivamente il vertice societario e l'Organo di Controllo delle situazioni patologiche – riscontrate in sede di verifica – che possano comportare il concreto rischio della commissione di un illecito penale o comunque integranti la violazione delle previsioni del Modello⁶⁵. Tale meccanismo si configura, peraltro, come una procedura obbligata dal momento che l'Organismo, non avendo né poteri gestori né poteri d'intervento diretto sul Modello, dovrà necessariamente elaborare un'informativa rivolta al *management* che procederà con le soluzioni operative ritenute più confacenti⁶⁶.

A seconda dei casi specifici di violazione, o meglio, dei soggetti che hanno posto in essere la condotta deviante, il flusso informativo che promana dall'Organismo potrà raggiungere diversi interlocutori. Le soluzioni maggiormente adottate prevedono in caso di violazioni commesse da figure che rivestono posizioni apicali la comunicazione all'Organo Amministrativo e all'Organo di Controllo, mentre per le condotte adottate da membri del Consiglio di Amministrazione la segnalazione dovrà quasi sempre raggiungere il Consiglio stesso e il Collegio Sindacale, tranne nei casi particolarmente significativi, in cui sia tutto il Consiglio ad essere coinvolto nella vicenda illecita. Nei casi in cui invece il comportamento sia posto in essere da membri del Collegio Sindacale, si ritiene che siano investiti della notizia gli altri organi societari. Fermo restando che qualora le società abbiano adottato il Codice di autodisciplina di Borsa Italiana s.p.a, le comunicazioni di cui sopra potranno essere inviate anche al Comitato Controllo e Rischi⁶⁷.

Si è detto che L'OdV non avendo poteri gestori, ma solo di vigilanza sull'adeguatezza ed efficace attuazione del Modello, si limiterà a svolgere un'attività di *reporting* a carattere puramente informativo e propulsivo. L'Alta Direzione avrà dunque l'onere e il compito di valutare, sulla base delle risultanze che sono poste alla sua attenzione quali provvedimenti prendere in ambito disciplinare nei confronti del personale, quali azioni correttive adottare – su impulso delle proposte dell'OdV e della Funzione di *Internal Audit* – in ambito di previsioni del Modello e di sistema dei

⁶⁵ A. GARGARELLA MARTELLI, *L'Organismo di Vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2009, (4), p. 769.

⁶⁶ G. M. GAREGNANI, op. ult. cit., p. 322; R. DI VIETO-D. GHEDI, loc. ult. cit.

⁶⁷ G. M. GAREGNANI, loc. ult. cit.

controlli interni nonché, se del caso, la necessità di pianificare la strategia difensiva nell'ottica dell'eventuale instaurazione di un procedimento a carico dell'ente.

2. Le investigazioni interne societarie.

2.1. Introduzione all'istituto.

Oggi il ruolo assunto dall'informazione e dalla stampa nei contesti societari ha raggiunto livelli di rilevanza inediti. La reputazione di una società è ciò che più conta nell'attuale mercato, sempre più dinamico e sempre più esigente, dove l'immagine assume ad un ruolo di primo piano⁶⁸, un *asset* che non può essere trascurato, ma che va coltivato e soprattutto preservato rispetto ai possibili eventi lesivi che possano minarne l'integrità⁶⁹.

Per questo motivo le grandi organizzazioni attribuiscono, oggi più che mai, un peso rilevante all'accurata gestione dei flussi informativi idonei a rilevare le potenziali minacce che attentino alla vita dell'ente – i c.d. campanelli d'allarme – così da anticiparne gli effetti dannosi (in termini di rischio-reato) ponendo in essere azioni preventive e correttive⁷⁰, che oltre a preservare il valore dell'azienda *lato sensu*, siano espressione di un modo di fare impresa etico e in grado di lanciare un messaggio di credibilità al mercato.

In questo contesto, il paradigma penalistico tradizionale perde la propria centralità⁷¹, poiché affiancato da meccanismi di «sussidiarietà regolatoria»⁷² coinvolgenti direttamente il privato – usualmente soggetto passivo – quale

⁶⁸ «*Reputation is at the heart of a company's success*». Così, G. DAVIES, *Corporate Reputation and Competitiveness*, Londra, 2003, p. 1.

⁶⁹ Si pensi ai rischi di natura reputazionale connessi alla diffusione «*ex abrupto*» di notizie afferenti l'avvio di un'indagine penale, o l'applicazione di misure cautelari, nei confronti dell'ente. Così, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 225.

⁷⁰ A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 132.

⁷¹ Sul punto, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 77.

⁷² In questi termini, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 218.

controllare questa volta – attivo – del proprio operato. Costituiscono esempi emblematici di questo nuovo approccio ibrido al governo dei rischi aziendali i sistemi di controllo interno, i Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo, i Codici Etici e comportamentali e, nello stesso ambito, possono essere collocate le investigazioni interne societarie, ulteriore strumento rivelatore di come sia condivisa l'esigenza di procedere coniando meccanismi integrati di prevenzione verso i comportamenti illeciti endogeni.

I noti scandali finanziari occorsi nell'ultimo decennio, cui hanno fatto seguito sul fronte penalistico l'inasprimento sanzionatorio determinato dalla normativa in tema di "abusi di mercato", la riformulazione della disciplina del falso in bilancio, l'introduzione della corruzione tra privati e le numerose e disorganiche opere d'ampliamento all'elenco dei reati presupposto di cui al D.Lgs. 231/2001, hanno di fatto portato l'impresa moderna ad elevare drasticamente l'importanza attribuita alla *corporate compliance*, la quale rientra a pieno titolo tra le priorità dell'agire organizzato⁷³. La continua ricerca di livelli ottimali di prevenzione, peraltro centrale nell'impianto organizzativo prescritto dal D.Lgs. 231/2001, porta le società ad assecondare le tendenze emerse nel panorama internazionale⁷⁴, investendo parte del proprio capitale e risorse nelle attività d'indagine interna, prodromica rispetto al ripristino dell'adeguatezza dei Modelli di cui al decreto, dal momento che l'ente viene messo nelle condizioni di meglio comprendere le cause e le modalità attraverso le quali è stata violata la normativa interna e conseguentemente procedere all'implementazione di misure correttive idonee ad evitare che si ripetano fatti analoghi in futuro.

Tuttavia, le finalizzazioni delle investigazioni interne non si limitano ad un prospettiva di adeguatezza e di efficace attuazione dei Modelli organizzativi, essendo

⁷³ Si veda E. M. MANCUSO, op. cit., p. 220-221.

⁷⁴ Le *corporate internal investigations* trovano la propria sede naturale nel panorama giuridico statunitense, tema che verrà affrontato con dovizia di particolare nel corso del prossimo capitolo. Basti qui ricordare come la diffusione di protocolli investigativi interni sia presente, soprattutto, nelle realtà che seppure operanti in Italia appartengono a gruppi multinazionali la cui capogruppo è un'entità di diritto statunitense. Cfr. E. M. Mancuso, op. cit., p. 227. Si vedano anche G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, *Italy*, in AA.VV., *Internal Corporate Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, a cura di S. SPEHL-T. GRUETZNER, Monaco, 2013, p. 249.

comunque connaturata all'attività investigativa l'acquisizione di documenti e fonti dichiarative che possano costituire elementi di prova su cui basare l'eventuale strategia difensiva qualora l'ente dovesse risultare destinatario di atti formali dell'autorità giudiziaria.

Il presupposto d'avvio di qualsiasi attività d'indagine interna è costituito dalla ricezione di una notizia riguardante la violazione, anche meramente sospetta, dei principi o delle procedure del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, del Codice Etico o del sistema di controllo interno. La notizia può avere ad oggetto, nei casi più gravi, anche condotte che dimostrino sin dall'inizio la loro attitudine ad assumere rilevanza penale, comportando, in questa seconda ipotesi, un diverso approccio nella gestione della segnalazione stante la peculiare criticità veicolata dalla notizia. I canali primari attraverso i quali le informazioni giungono all'attenzione dei soggetti preposti alla vigilanza e al controllo dell'ente sono rappresentati innanzitutto dall'attività di monitoraggio svolta regolarmente dall'OdV o dall'*Internal Audit*⁷⁵ nell'esercizio delle proprie funzioni di prevenzione che può portare alla rilevazione di «segnali di allarme»⁷⁶. A questa si aggiungano i consueti flussi informativi periodici, le segnalazioni interne provenienti dai sistemi di *whistleblowing*, le anomalie generate dai *software* di *data analysis* che, gestiti dalla Funzione IT aziendale, consentono all'OdV di essere raggiunto da un insieme informazioni che, se aggregate, possono indicare l'esistenza fenomeni sospetti⁷⁷.

Costituiscono fonti di segnalazione, provenienti da canali esterni all'organizzazione, i reclami di fornitori o *partner* commerciali, le notizie apprese a mezzo stampa che

⁷⁵ Trattasi della c.d. attività di *detection* funzionale alla rilevazione di comportamenti anomali. Si pensi ad esempio alle attività di *compliance* o *operational audit*, svolte dalla Funzione di *Internal Audit*, che portino alla scoperta di anomalie sintomatiche di comportamenti illeciti già consumati o *in itinere*. Così, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 155. Cfr. anche, G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. loc. ult. cit.

⁷⁶ In questi termini F. COTTONE-M. MANTOVANI, op. cit., p. 8.

⁷⁷ Le soluzioni IT offrono infatti la possibilità di impostare indicatori automatici di anomalia, anche note come *red flags*, al verificarsi di determinati eventi. Si pensi ai casi potenzialmente patologici di fatture consecutive "sotto soglia", ad oscillazioni sospette del titolo in borsa, oppure a gare per appalti pubblici che hanno registrato ribassi anormali nell'aggiudicazione. Cfr. A. JANNONE, *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e framework legale di case management*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2010, (3), p. 45-46.

alludano all'apertura di indagini nei confronti di membri dell'organo di vertice⁷⁸, ma anche l'esecuzione di c.d. *dawn raids* o di ispezioni delle Autorità di Vigilanza di settore – si pensi alle ispezioni eseguite dalla Consob a seguito di anomalie nell'oscillazione del titolo in borsa – così come può far scattare un campanello d'allarme la richiesta di documenti societari avanzata dal Pubblico ministero anche qualora sia posta senza particolari formalità proprio per non generare l'allarme nell'ente⁷⁹. Vi sono poi ipotesi circostanziate in cui, ad esempio, esponenti dell'ente risultino destinatari di provvedimenti ufficiali dell'autorità giudiziaria che rivelino l'esistenza di un'indagine penale in corso per uno dei reati presupposto, ovvero sia proprio l'ente ad essere raggiunto dalla notifica dell'informazione di garanzia per l'illecito dipendente da reato *ex art. 57 D.Lgs. 231/2001*, o ne sia comunque venuto a conoscenza perché destinatario della richiesta di applicazione di misure cautelari (art. 45) o secondo le modalità previste all'art. 55 del decreto⁸⁰.

Stante l'eterogeneità e il diverso grado di rilevanza delle segnalazioni che possono giungere all'OdV, quale soggetto deputato ai "controlli 231", quest'ultimo dovrà operare un giudizio di valore e discernere le criticità a seconda che integrino, *prima facie*, la mera violazione di una procedura del Modello oppure siano espressione della commissione di una fattispecie penalmente rilevante già consumata o anche solo *in itinere*, che possa avere dunque implicazioni sotto il profilo della responsabilità amministrativa dell'ente⁸¹.

All'esito di una preliminare istruttoria condotta sulla notizia, così come delineato nella procedura di gestione delle segnalazioni, non avendo l'Organismo alcun potere di intervento diretto, né disciplinare, avrà pertanto il dovere di comunicare all'Organo Amministrativo, ma se opportuno ad altri soggetti⁸², le violazioni significative del

⁷⁸ Così E. M. MANCUSO, op. cit., p. 226.

⁷⁹ Si veda a tal proposito R. DUZIONI, op. cit., p. 60; A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 149-150.

⁸⁰ A. JANNONE, op. ult. cit., p. 154.

⁸¹ Si consideri poi, quale ulteriore problematica che concerne l'OdV, il fatto che il D.Lgs 231/2001 abbia visto aumentare notevolmente ed in maniera eterogenea le fattispecie di reato presupposto, comportando un onere ancora maggiore per l'Organismo nell'attività di selezione delle notizie da perseguire. Così, A. JANNONE, *231 e difesa post delictum*, cit., p. 43.

⁸² È già stata affrontata la tematica nel precedente paragrafo dove venivano sintetizzate le varie alternative di segnalazione a seconda dei soggetti che avevano materialmente posto in

Modello che, se idonee, possono integrare fattispecie penalmente rilevanti. Spetterà poi all'Alta Direzione valutare, sulla base delle risultanze che sono poste alla sua attenzione, quali provvedimenti adottare in ambito disciplinare, quali azioni correttive prendere – su impulso dell'OdV e dell'*Internal Audit* in funzione consulente – sulle procedure del Modello e del sistema dei controlli interni nonché, se del caso, la necessità di approfondire la preliminare istruttoria con un'investigazione interna finalizzata da un lato ad operare le modifiche delle procedure e protocolli violati affinché non vengano più commesse irregolarità della stessa indole di quelle riscontrate e, dall'altro – nell'ottica dell'eventuale instaurazione di un procedimento a carico dell'ente – alla ricerca di elementi di prova che se proiettati nel contesto dibattimentale siano idonei a dimostrare l'esclusione della responsabilità (art. 6; 7; 26 c.2) o comunque possano determinare un trattamento sanzionatorio mitigato poiché si è esclusa l'applicabilità di sanzioni interdittive (art. 13 e 17) ovvero si è ridotta l'entità della sanzione pecuniaria (art. 12)⁸³.

D'altronde, nonostante l'Organismo dell'ente sia dotato di particolare autonomia nell'esercizio dei propri poteri, così come disposto all'art 6 c.1 *lett. b)*, potendo di propria iniziativa attivarsi e svolgere verifiche a carattere ispettivo, si ritiene che tale autonomia non possa comunque sfociare nella titolarità dell'iniziativa investigativa funzionale alla ricerca di elementi di prova a favore della difesa dell'ente nel procedimento penale instauratosi o da instaurarsi⁸⁴. L'OdV, seppure abbia accesso ad informazioni potenzialmente dirimenti per le finalità difensive della società, tra le quali si possono ricomprendere ad esempio la prova dell'elusione fraudolenta del modello da parte dei soggetti apicali, non potrà comunque attivarsi nella ricerca di elementi di prova ed assumere così le difese del soggetto collettivo, dal momento

essere la violazione. Si veda anche M. CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2010, (1), p. 79. L'Autore contempla, quale buona prassi, la previsione nei protocolli investigativi di un regime riservatezza dell'OdV che gli consenta di non dovere necessariamente riportare le notizie e i risultati delle investigazioni qualora la divulgazione possa compromettere il seguito dell'indagine. Al contempo si ritiene che l'Organismo debba altresì essere garantito dall'applicazione di provvedimenti disciplinari nei casi in cui non abbia riportato al vertice gerarchico le risultanze dell'attività investigativa.

⁸³ Si veda, a tal proposito, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, Torino, 2015, p. 153.

⁸⁴ Così M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 154.

che il decreto demanda espressamente all'Organismo un compito che ha presupposti e finalità diverse rispetto a quelle difensive, trattandosi della vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello. La parzialità che discenderebbe invece da un simile impostazione, qualora l'OdV si ponesse deliberatamente a favore dell'ente avverso le sorti dell'imputato, si ritiene risulti incompatibile rispetto ai requisiti di autonomia ed indipendenza che devono invece contraddistinguere l'operato⁸⁵.

All'Organismo non residuerà che un potere investigativo e di verifica limitato alla sola dimensione organizzativa, dovendosi invece attivare tempestivamente nella segnalazione delle anomalie riscontrate all'Organo Amministrativo⁸⁶ al quale spetterà poi decidere, in relazione alla tipologia di criticità rilevata, se integrare l'attività di indagine affidando incarico espresso all'*Internal Audit*, a professionisti esterni, o conferendo apposito mandato al difensore per lo svolgimento delle indagini difensive penali delineate al codice di rito⁸⁷.

Nonostante autorevole dottrina sostenga, per l'appunto, come la difesa dell'ente sia prerogativa del legale rappresentate, «cui solo spetta tanto il diritto di partecipare al procedimento (costituendosi nelle forme previste), quanto quello di nominare il difensore dell'ente, al quale se del caso può affidare lo svolgimento di investigazioni difensive»⁸⁸, alcuni autori comunque rilevano l'opportunità di un inserimento nel verbale di nomina dell'Organismo di Vigilanza della rappresentanza legale dell'ente ai fini del conferimento del mandato al difensore, qualora l'OdV ritenga necessario effettuare «attività investigativa preventiva» così come previsto *ex art. 391-nonies*

⁸⁵ Si ritiene infatti impraticabile la scelta di includere l'OdV tra i soggetti decisori a fronte di segnalazioni di violazioni del modello o ricezione di notizie di reato, dal momento che tale soluzione rischierebbe di «travolgere, in un colpo solo, l'indipendenza dell'OdV e la pertinenza dei suoi futuri interventi sul Modello Organizzativo». Così, M. CALLERI, op. cit., p. 76. In senso conforme rispetto alla perdita del requisito di indipendenza, M. CERESA-GASTALDO, op. loc. ult. cit.

⁸⁶ M. BORTOLOTTO-D. BOSSI, op. cit., p. 112. Secondo gli Autori i compiti dell'OdV si limitano ad un dovere di segnalazione delle presunte violazioni del Modello, del Codice Etico o della legge all'organo di amministrazione e gestione. In senso conforme anche M. CALLERI, op. cit., p. 73; A. DE NICOLA, op. cit., p. 112.

⁸⁷ M. CERESA-GASTALDO, op. loc. ult. cit.

⁸⁸ Così testualmente, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 155.

c.p.p.⁸⁹

Dal quadro appena delineato si evince come sia possibile operare una ripartizione tipologica delle attività di investigazione interna societaria in relazione al grado di criticità della violazione rilevata e in base alla diversa finalizzazione che la stessa attività può avere, profili che risultano strettamente connessi.

La prima situazione da prendere in considerazione concerne la ricezione di una presunta violazione delle procedure del Modello che rende astrattamente configurabile la commissione di un illecito penale di cui al decreto. In questi casi l'OdV, a fronte della segnalazione pervenuta alla propria attenzione, potrà svolgere un'istruttoria sulla notizia coadiuvato nell'attività operativa dalla funzione di *Internal Audit*, al fine di meglio comprendere l'entità della violazione e fare chiarezza sul contesto di riferimento e sulle aree e processi coinvolti. Le verifiche svolte avranno quale scopo ultimo l'individuazione della cause che hanno determinato la condotta deviante rispetto la procedura interna, per predisporre adeguate misure correttive che sopperiscano alle lacune organizzative così evidenziate⁹⁰. Si tratta dunque di una prospettiva esclusivamente organizzativa e di recupero dell'adeguatezza del Modello la cui finalizzazione viene definita di «*decision support*»⁹¹, in quanto strumentale rispetto alle decisioni che l'Organo amministrativo deve intraprendere sul versante del Modello e delle sanzioni disciplinari.

La seconda ipotesi rilevante nel determinare l'avvio di un'attività investigativa interna è costituita dalla ricezione di una notizia circostanziata inerente la commissione di un reato presupposto da parte di un esponente dell'ente. La notizia, come si è detto, può essere appresa tanto da fonti interne che da provvedimenti notificati dall'autorità giudiziaria direttamente al soggetto indagato. La particolare delicatezza di questa situazione comporta l'adozione di un approccio diverso rispetto a quello valevole in caso di presunte violazioni del Modello, dal momento che l'incarico eventualmente affidato alla Funzione di *Internal audit* non si limiterà ad

⁸⁹ R. DUZIONI, *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva difensiva ex art. 391- nonies c.p.p."* Quale attività dell'ODV: due ipotesi a confronto di documentazione dell'effettiva attuazione del modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento di fatti di reato commessi in itinere, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (2), p. 56.

⁹⁰ Così, G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. loc. ult. cit.

⁹¹ In questi termini, A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 135.

essere finalizzato ad un processo di adeguamento organizzativo in ossequio a quanto stabilito all'art. 7 c.4 *lett. a)*⁹², ma sarà attività qualificabile come «*litigation and forensic support*» e, in quanto tale, strumentale rispetto alle esigenze processuali che l'ente potrebbe incontrare. L'*internal auditor* procederà quindi alla raccolta e all'analisi dei documenti e delle fonti dichiarative dallo stesso acquisite nel corso delle indagini, le quali saranno suscettibili di divenire la "prova" di un determinato fatto storico qualora assunte in sede processuale.

Si ritiene opportuna anche una soluzione che preveda di partire *ab origine*, in considerazione della situazione patologica emersa, con il conferimento di apposito mandato al difensore affinché vengano svolte investigazioni difensive preventive⁹³.

Soluzione che, *a fortiori*, risulta giustificata qualora sia proprio l'ente soggetto destinatario di atti quali la richiesta di elezione di domicilio, il decreto motivato di perquisizione (art. 247 c.p.p.), la richiesta di consegna di cosa determinata (art. 248 c.p.p.), la disposizione di un sequestro probatorio (art. 253 c.p.p.) o ancora, la richiesta di applicazione misure cautelari. L'ente, trovandosi ad essere direttamente coinvolto in qualità di soggetto indagato⁹⁴, potrà incaricare al difensore di procedere con le investigazioni difensive penali *ex art. 327-bis e 391-bis e ss.* affinché, sulla base di quanto indicato negli atti formali, possano essere ricercati ed individuati elementi di prova a proprio favore⁹⁵.

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti coinvolti nella procedura investigativa interna vi è la possibilità di adottare soluzioni eterogenee.

L'OdV, sempre presente in casi di "rischio-reato 231", è il soggetto nodale nella ricezione di notizie afferenti la violazione del Modello e che sovrintende l'andamento

⁹² Art. 7 c.4 *lett. a)*, D.lgs. 231/2001: «4. L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione e nell'attività».

⁹³ Così, R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 56.

⁹⁴ Si individuano nella prassi due situazioni peculiari: l'ente riceve atti in qualità di soggetto indagato oppure l'ente, pur non essendo ancora soggetto sottoposto alle indagini, riceve la richiesta di fornire informazioni sulle quali dovrà mantenere il riserbo tanto sulle risposte che sulla richiesta stessa. Così, M. CALLERI, *op. cit.*, p. 75.

⁹⁵ Si veda, R. DUZIONI, *loc. cit.*

dell'attività investigativa interna, ricevendone gli esiti al fine di promuovere la revisione delle procedure che l'organo di vertice dovrà in seguito adottare⁹⁶. Esecutori materiali dell'attività investigativa possono essere sia l'OdV, ma tendenzialmente si opterà per affidare l'incarico, qualora presente, alla Funzione di *Internal Audit*, a società di revisione, a consulenti esperti di *fraud investigations*, a *forensic accountants*⁹⁷, oppure al difensore dell'ente che, nell'esercizio della propria attività investigativa, potrà comunque avvalersi dell'ausilio di consulenti tecnici ed investigatori privati autorizzati in ossequio a quanto statuito all'art. 327 -bis c.3 c.p.p.

L'affidamento a soggetti che siano già inseriti nell'organigramma aziendale, rispetto all'opzione di affidare l'incarico a consulenti esterni o società di revisione, ne valorizza sicuramente gli aspetti dell'inerenza in relazione all'ambiente oggetto d'indagine, garantendo altresì un risparmio in termini di costi che tuttavia potrebbe risultare inficiato da una minore indipendenza nell'utilizzo delle risorse e nell'esperienza con la gestione di «*incident 231*». L'indipendenza dei soggetti esterni andrà comunque accertata attraverso una procedura di *conflict checks* e il consulente esterno vedrà la propria attività sottoposta ad un *confidentiality agreement*⁹⁸.

In ultima battuta si vuole segnalare come nonostante il ruolo rilevante che tale strumento potenzialmente potrebbe rivestire nell'attività di prevenzione e di gestione delle condotte illecite societarie, la prassi domestica stenta comunque a riconoscerne una reale portata significativa, a differenza di quanto accade in altre giurisdizioni⁹⁹. Oltre alla mancanza di riferimenti normativi che disciplinino in maniera organica la materia¹⁰⁰, le verifiche interne promosse dagli enti collettivi incontrano lo scetticismo della magistratura che fino a pochi anni fa percepiva tale forma di proattività quale elemento d'intralcio alle indagini degli organi inquirenti o addirittura quale attività

⁹⁶ A. 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, p. 5.

⁹⁷ Così, F. COTTONE-M. MANTOVANI, op. cit., p. 17.

⁹⁸ A. CATTANEO, op. cit., p. 6-7.

⁹⁹ Emblematica, in tal senso, è la prassi delle *internal corporate investigations* di matrice statunitense che verrà affrontata nel corso del prossimo capitolo.

¹⁰⁰ E. M. MANCUSO, op. cit., p. 217.

funzionale «all'occultamento di prove»¹⁰¹, di fatto escludendo che le stesse potessero assurgere ad essere considerate un valevole ausilio all'attività investigativa della pubblica accusa¹⁰². Esemplare in tal senso come la tematica della collaborazione pubblico privato¹⁰³ – attivabile attraverso il c.d. *self-reporting* e anch'essa potenzialmente in grado di fungere da valido strumento per debellare dall'interno i comportamenti devianti – sia ben lungi dall'essere implementata nel panorama giuridico domestico, che ancora disconosce «una cooperazione paritaria pubblico privato nella ricerca degli elementi utili all'inchiesta», rivestendo le due soggettività ruoli ben distinti¹⁰⁴

2.2. Le investigazioni dell'Internal Audit a seguito della segnalazione di una violazione del Modello.

Si è avuto modo di comprendere come l'attività investigativa interna possa essere diversamente finalizzata a seconda che sia strumento attraverso il quale ricostruire le dinamiche che hanno determinato la violazione delle previsioni del Modello e conseguentemente procedere alla loro modifica, ovvero sia funzionale alla ricerca di elementi di prova potenzialmente utili ad escludere il riconoscimento della responsabilità in capo all'ente.

¹⁰¹ Così F. COTTONE-M. MANTOVANI, op. cit., p. 19. In senso conforme anche F. BONELLI, «Collaborazione» tra autorità pubbliche e società private per un'efficace lotta alla corruzione, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, (3), p. 677; E. M. MANCUSO, op. cit. p. 218. L'Autore ravvisa come ci sia in generale un approccio "tiepido" delle autorità di controllo domestiche rispetto all'acquisizione e utilizzazione delle risultanze emerse in sede di indagini interne mediante il ricorso a consulenti esterni, eccezion fatta per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), Cfr. E. M. MANCUSO, op. cit., p. 227.

¹⁰² Si veda, A. NIETO MARTIN, op. cit., p. 83, «[...] 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».

¹⁰³ Per una trattazione accurata della tematica si veda, F. CENTONZE, *Public Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption*, in AA.VV., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di F. CENTONZE- G. FORTI- S. MANACORDA, Heidelberg, 2014, p. 43 e ss.

¹⁰⁴ In questi termini F. BONELLI, op. cit. p. 675-676; si veda anche, E. M. MANCUSO, loc. cit.

La prima delle ipotesi contemplate vede coinvolto l'OdV in qualità di soggetto deputato a svolgere una preliminare istruttoria sulla notizia, a cui potrà seguire un esame più approfondito attraverso l'ausilio di Funzioni quali l'*Internal Audit* o consulenti esterni esperti, in modo tale da addivenire ad una chiarificazione delle cause, modalità e soggetti attraverso i quali è stata perpetrata la violazione delle procedure e l'eventuale condotta illecita ad essa collegata. Gli obiettivi dell'attività investigativa potranno così rinvenirsi nella volontà di circoscrivere e delineare il fenomeno per coglierne l'entità in termini dimensionali e di estensione; identificare le figure coinvolte nelle irregolarità ricostruendone i ruoli e separando le responsabilità gestionali in considerazione, anche, delle deleghe conferite e dei periodi di carica¹⁰⁵; raccogliere e analizzare le prove documentali e le fonti dichiarative così da supportare eventuali azioni legali e indirizzare l'adozione di misure correttive¹⁰⁶. L'investigazione così condotta, oltre a portare all'accertamento delle carenze organizzative nell'impianto prevenzionistico prescritto dal decreto e quindi ad individuare idonei strumenti correttivi costituisce, peraltro, un valido punto di partenza per indirizzare l'investigazione affidata al difensore qualora la violazione del Modello abbia enucleato l'esistenza di una fattispecie di reato presupposto.

Delineati gli obiettivi e le finalità cui tende l'attività d'indagine si può procedere all'individuazione delle fasi che generalmente caratterizzano l'*iter* procedurale investigativo. Pur trattandosi di una suddivisione dal carattere puramente formale, l'attività trova la propria ripartizione cronologica in una fase preliminare di valutazione della notizia, una seconda fase operativa di ricerca delle evidenze e, in conclusione, la fase di analisi e archiviazione delle risultanze.

¹⁰⁵ Tale attività risulta fondamentale non solo nella prospettiva di c.d. *decision support* per comprendere quale area aziendale risulti coinvolta nella violazione e progettare le modifiche in tal senso, ma risulterà altresì dirimente in ottica processuale, in considerazione del diverso *onus probandi* che il decreto ricollega alle condotte dei soggetti "apicali" e dei soggetti "subordinati" ai sensi degli art. 6 e 7.

¹⁰⁶ In merito agli obiettivi delle indagini interne ai fini del D.Lgs. 231/2001 si veda, A. CATTANEO, op. cit., p. 4

2.2.1. La fase preliminare: il Data Collection Plan.

Una volta incaricato l'*Internal Audit* di procedere con l'attività investigativa, la prima fase operativa vede tale Funzione coinvolta nell'individuazione del contesto di riferimento e nella pianificazione della successiva attività di indagine¹⁰⁷. È infatti buona prassi elaborare un *Data Collection Plan* che individui informazioni e dati che, sulla base delle conoscenze relative di cui si è a disposizione e delle finalità che muovono l'investigazione, si ritenga necessario acquisire nel corso delle indagini¹⁰⁸.

Un adeguato processo di selezione ed organizzazione consente infatti agli *auditors* di circoscrivere l'ambito delle ricerche evitando che l'attività possa sfociare in *overflow* informativi (eccessi di informazioni), potenzialmente dannosi dal punto di vista delle tempistiche dell'investigazione; sovente accade che interventi scoordinati e tardivi vanifichino la reale utilità della ricerca condotta¹⁰⁹.

Come si è detto, la pianificazione delle attività comporta innanzitutto l'individuazione degli obiettivi di natura principale o secondaria che si intendono perseguire, a cui faranno seguito l'identificazione delle aree e processi da sottoporre ad investigazione; la selezione delle persone da intervistare; l'elencazione delle informazioni che si devono e si possono acquisire¹¹⁰; l'individuazione delle Funzioni aziendali da coinvolgere; la stima delle risorse necessarie e la selezione delle tecniche di investigazione da adottare nel caso concreto¹¹¹. Potranno richiedersi, all'uopo, lo svolgimento di IT *audit* sui sistemi informatici, interviste al personale, analisi remote e documentali nonché indagini sulle controparti (IDD-*Integrity due diligence*). La particolare tecnicità di alcune aree investigative o le peculiarità del caso di specie potranno essere determinanti nella richiesta di ausilio a professionisti esterni esperti

¹⁰⁷ Si vedano sul punto A. CATTANEO, op. cit., p. 16; M. MARIANI-N. PECCHIARI-G. POGLIANI, *Frodi aziendali. Forensic accounting, fraud auditing e litigation*, Milano, 2012, p. 337.

¹⁰⁸ M. MARIANI-N. PECCHIARI-G. POGLIANI, op. cit., p. 56.

¹⁰⁹ A. JANNONE, op. ult. cit., p. 165.

¹¹⁰ In questo frangente si possono discernere tre tipologie di informazioni: quelle c.d. «bianche» di facile apprensione e non sottoposte ad alcun vincolo legale; quelle «grigie» la cui utilizzazione ed apprensione non è vietata dalla legge ma potrebbe risultare deontologicamente scorretta; da ultimo le informazioni «nere» la cui acquisizione e utilizzazione, essendo tutelata dalla normativa cogente o da contratti, determina la commissione di un illecito penale. Cfr. A. JANNONE, op. ult. cit., p. 135-136.

¹¹¹ Si veda, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 168.

in Indagini IT o *fraud investigations*.

Si segnala già da subito l'importanza di un coordinamento dal punto di vista logico e cronologico tra le diverse attività d'indagine. Così potrà accadere che a seguito di una verifica sul sistema informatico vengano individuate tracce ulteriori rispetto a quelle emerse in sede di intervista, ovvero dall'analisi sulle controparti si potrà avere un quadro più ampio dei soggetti coinvolti nella vicenda, indirizzando dunque il seguito delle verifiche. L'efficacia di una investigazione interna e la qualità dei risultati dipenderanno strettamente dalla capacità dell'*Internal Audit* di addivenire ad «un approccio investigativo integrato»¹¹².

2.2.2. La fase esecutiva dell'indagine: l'analisi documentale e le interviste.

Esperita esaustivamente l'attività programmatica, l'attuazione del piano investigativo passa attraverso le attività di verifica, da condursi sulla documentazione societaria cartacea e informatica, e attraverso l'audizione dei soggetti che si ritengono dirimenti ai fini dell'indagine. L'*internal auditor*, in questa fase, dovrà utilizzare quelle che sono le tecniche e le metodologie caratterizzanti la professione¹¹³ al fine di comprendere le modalità che hanno determinato la condotta e fornire le evidenze a supporto di quanto rilevato, agendo comunque nel rispetto dei vincoli di legge derivanti dalla normativa in tema di *privacy*, informazioni *price sensitive*, materia giuslavoristica e nei limiti di quanto stabilito dal codice penale e dal codice di rito.

Punto di partenza dell'attività investigativa è costituito dall'analisi della documentazione presente negli archivi aziendali, fonte di un coacervo di informazioni

¹¹² Così testualmente, A. CATTANEO, op. cit., p. 15.

¹¹³ Le metodologie utilizzate dalla Funzione di *Internal Audit* nell'espletamento di *audit* ai fini del D.Lgs. 231/2001 non si discosteranno da quelle svolte nelle attività tradizionali, trattandosi comunque dell'apprensione documentale e dell'effettuazione di interviste, con incrocio tra le due fonti di ricerca. Così, A. CHIARINI, *La conduzione degli audit. Guida operativa agli audit sui sistemi di gestione qualità, ambiente, sicurezza, etico-sociale e sui modelli organizzativi previsti dal D.Lgs 231*, Milano, 2009, p. 65.

che potrebbero essere rivelatrici della condotta illecita o che comunque potrebbero indirizzare lo svolgimento dell'indagine. Vengono così esaminati i processi e i subprocessi nei quali si è individuata l'area di commissione della fatto prestando attenzione nel non destare allarmi particolari, dal momento che il soggetto presunto violatore potrebbe procedere ad occultare le evidenze della propria violazione. È opportuno che già in questa sede l'*auditor* vagli la veridicità delle informazioni¹¹⁴ così ottenute nonché la pertinenza rispetto allo scopo dell'indagine, in modo tale da garantire il corretto prosieguo dell'attività.

Le analisi dell'*Internal Audit* potranno essere espletate anche attraverso il prelievo dei dati presenti nei sistemi informativi interni, quali ad esempio i dati fiscali e contabili, i contenuti della posta elettronica aziendale, nonché la possibilità di apprendere informazioni anche attraverso la *social network and web analysis*¹¹⁵: attività che coinvolgono il delicato tema dei controlli a distanza sui lavoratori e che sollevano pertanto problematiche concernenti la materia giuslavoristica¹¹⁶. Si tratta infatti di acquisizioni remote di dati e informazioni che oltre ad essere delicate per le problematiche concernenti le disposizioni di legge, potrebbero demandare l'ausilio di esperti in indagini IT *Forensics* per le attività di estrazione e repertamento dei dati.

Un'altra tecnica, particolarmente rilevante nel processo di acquisizione di informazioni ed evidenze a supporto di una determinata ricostruzione dei fatti e che

¹¹⁴ G. D'ONZA, *La prevenzione delle frodi aziendali. Alle radici della responsabilità sociale*, Milano, 2014, p. 43. Anche la rinvenuta falsificazione di un documento costituisce elemento in grado di indirizzare l'attività d'indagine. Emblematica fu infatti la contraffazione posta in essere nello scandalo Parmalat dove era stata falsificata la lettera di risposta della *Bank of America* per confutare l'esistenza di una liquidità invece non presente.

¹¹⁵ L'ampio bacino di informazioni rappresentato dalla piattaforma *web* costituisce un ulteriore ambito d'indagine su cui muoversi per recuperare informazioni utili. Infatti, la *web and social network analysis* può portare a disvelare, ad esempio, situazioni di conflitto d'interesse così come rapporti particolarmente confidenziali tra parti correlate, appresi magari attraverso il "rullino fotografico" di una piattaforma *social*. I problemi legati alla *privacy*, in questo caso, sono superati dall'esplicito consenso richiesto dai vari siti all'atto d'iscrizione. Così, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 173.

¹¹⁶ Sulla tematica dei controlli "a distanza" si rimanda al § 3.2.

contraddistingue la categoria professionale degli *auditors*, è rappresentata dallo svolgimento di interviste¹¹⁷.

Il piano delle audizioni viene strutturato assecondando quanto delineato in sede di *Data Collection Plan* ma anche in relazione a quanto nel frattempo emerso e ricavato attraverso le altre metodologie investigative. Le risultanze degli IT *audit* o delle analisi documentali potrebbero determinare una "ricalibratura" sia dei soggetti da intervistare, poiché ad esempio l'ambito d'indagine è stato circoscritto, ma anche delle domande che dovranno essere formulate¹¹⁸.

Quale strumento in grado di trasformare fonti dichiarative in elementi che potranno assumere una valenza probatoria se opportunamente assunti in sede processuale¹¹⁹, l'intervista si esplica attraverso la verbalizzazione delle informazioni rese da soggetti a conoscenza delle circostanze che hanno determinato la violazione delle procedure del Modello, ovvero delle dichiarazioni confessorie rese dall'autore. Tutto quanto appreso nel corso dell'audizione dovrà essere trascritto in un apposito verbale che potrà andare a corroborare le evidenze già raccolte e chiarire il quadro di riferimento.

Si ricordi poi che, pur non essendo espressamente sancito dalla legge un dovere di sottoporsi ad interviste di *auditors* o altri soggetti in funzione investigativa, l'obbligo di cooperare per il dipendente discenderebbe dal generale dovere di leale collaborazione verso il proprio datore di lavoro, così ricavabile dall'art. 2104 del c.c.¹²⁰, fermo restando la salvaguardia del privilegio contro l'autoincriminazione, «riconosciuto dal nostro ordinamento quale corollario del diritto inviolabile di difesa e della stessa presunzione d'innocenza, rilevante ex artt. 6 CEDU e 27, co. 2, Cost».¹²¹

¹¹⁷ E. M. MANCUSO, op. cit., p. 233.

¹¹⁸ A. JANNONE, op. ult. cit., p. 189. L'esigenza di procedere ad interviste potrebbe infatti emergere a seguito delle risultanze ricavate dall'analisi documentale previamente condotta. Cfr. E. M. MANCUSO, op. cit., p. 233.

¹¹⁹ Così A. JANNONE, op. ult. cit., p. 188.

¹²⁰ Obbligo le cui violazioni sono punite con l'irrogazione di sanzioni disciplinari. Tuttavia la scelta di astenersi dall'intervista, così come le risultanze emerse, non potranno essere usate direttamente quali elementi per sanzionare disciplinarmente il dipendente. Sarà dunque necessario che i fatti vengano in seguito verificati e segua un'appropriata procedura disciplinare. Si veda, G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. cit., p. 257.

¹²¹ Così testualmente, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 235. Si vedano anche G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. cit., p. 267, secondo i Quali l'obbligo di leale

La collaborazione del dipendente viene comunque richiesta in quanto lo svolgimento dell'intervista ha quale prospettiva quella di ricostruire le dinamiche che hanno determinato la violazione delle procedure interne, potendo così intervenire e predisporre cautele organizzative più resistenti in grado di garantire l'adeguatezza e l'efficace attuazione del Modello e più in generale del sistema dei controlli interni¹²². Ne discende che da un lato l'intervista dovrà vertere esclusivamente su quanto afferente al contesto lavorativo¹²³, dall'altro il soggetto intervistato non avrà il diritto di essere assistito dal difensore. Situazione che necessariamente muta qualora il soggetto sia già stato iscritto nel registro degli indagati dall'autorità giudiziaria. In questi casi le esigenze difensive propendono per ritenere possibile l'assistenza del proprio legale in sede d'intervista e anche la facoltà di esercitare il diritto al silenzio decidendo di non contribuire all'attività investigativa interna. Presenza del difensore che invece non trova dubbi qualora il dipendente intervistato abbia già ricevuto la comunicazione dell'avvio di un procedimento disciplinare a proprio carico¹²⁴.

2.2.3. La fase valutativa e l'archiviazione dei risultati.

Una volta conclusa la fase operativa dell'investigazione, l'*internal auditor* procederà alla redazione del report di *audit* a cui verranno allegati tutti gli atti e i documenti afferenti l'indagine svolta e a supporto delle evidenze così emerse. La relazione assume una natura descrittiva e ricostruttiva dovendo l'*auditor* riportare in maniera obiettiva – attraverso un percorso logico-informativo che sia scevro da

collaborazione non integra anche l'obbligo di autoincriminarsi, sebbene la disciplina giuslavoristica non menzioni, questa, come una causa idonea ad escludere il procedimento disciplinare qualora le domande siano per l'appunto relative al rapporto di lavoro o comunque connesse allo svolgimento delle proprie mansioni. Viene invece escluso un obbligo di fornire informazioni su violazioni di doveri o condotte potenzialmente penali che non attengano alla sfera lavorativa.

¹²² Così, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 204.

¹²³ G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. cit., p. 258.

¹²⁴ In questi termini E. M. MANCUSO, op. cit., 235-236.

considerazioni personali o giudizi di valore – i risultati a cui si è pervenuti e le attività che sono state svolte¹²⁵, evidenziando gli elementi di prova emersi in sede di verifica.

Facile intuire come il *report* possa dunque costituire la base probatoria su cui poggiare eventuali procedimenti disciplinari nei confronti dei dipendenti ovvero in base alla quale scegliere come procedere con la strategia difensiva¹²⁶. Si pensi alla situazione tipica in cui sia stata scoperta una violazione del modello a cui è ricollegata la commissione di un reato di cui all'elenco del decreto, circostanza che potrebbe giustificare l'affidamento dell'incarico al difensore per svolgere attività investigativa difensiva.

La relazione dell'*audit* dovrà essere trasmessa all'Organismo di Vigilanza che opportunamente investirà l'Organo amministrativo circa il risultato dell'indagine. Nei casi di rilevata non conformità rispetto delle procedure del Modello viene prevista la definizione di un c.d. *remediation plan*, volto a sopperire alle carenze organizzative che hanno reso possibile il manifestarsi della condotta irregolare e finalizzato a ristabilire l'adeguatezza del Modello. L'obiettivo è dunque cogliere le falle del sistema, eliminarne le debolezze ed evitare che fatti analoghi possano ripetersi in futuro rafforzando l'efficacia del sistema di prevenzione dei reati¹²⁷. Piano di revisione a cui potrà fare seguito un *follow up audit* che sia volto a valutare l'effettiva adozione e lo stato di avanzamento delle misure correttive in precedenza individuate verificando, sul campo, la risoluzione delle criticità¹²⁸.

L'intera procedura, dalla segnalazione alla compiuta revisione del Modello, dovrà essere opportunamente tracciata¹²⁹ e servirà a documentare la serie storica delle violazioni e le azioni correttive intraprese in termini di sanzioni disciplinari e di modifiche apportate alle procedure e ai processi aziendali vulnerati¹³⁰. Una documentazione dell'OdV che attesti che ogni violazione del Modello sia stata sanzionata disciplinarmente e abbia comportato un intervento correttivo può essere

¹²⁵ Sul punto A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 216.

¹²⁶ A. CATTANEO, op. cit., p. 24.

¹²⁷ In questo senso, G. D'ONZA, op. cit., p. 45.

¹²⁸ Cfr. C. A. DITTMER, *Internal Auditing. Chiave per la corporate governance*, Milano, 2011, p. 268; L. F. MARINIELLO, *Internal Auditing*, Milano, 2010, p. 243-246.

¹²⁹ Così, G. M. GAREGNANI, op. cit., p. 321.

¹³⁰ L. F. MARINIELLO, op. cit., p. 203.

considerata emblematica di come sia efficiente ed efficace il monitoraggio svolto dall'Organismo, tanto da potere indurre il giudice ad operare una valutazione positiva sull'efficace attuazione dell'impianto organizzativo adottato dall'ente¹³¹.

Ne consegue che per aversi un Modello che possa considerarsi efficace nel tempo sarà necessario che le violazioni riscontrate «siano sempre seriamente ed effettivamente investigate»¹³².

2.3. Le investigazioni interne a seguito della notizia di un reato presupposto.

Nel corso dei precedenti paragrafi è stato affrontato il tema delle investigazioni interne avviate sulla base di segnalazioni concernenti le violazioni del Modello Organizzativo. Situazione peculiare in cui l'Organo Amministrativo, su impulso dell'OdV, tende ad affidare l'incarico di svolgere indagini a strutture aziendali quali l'*Internal Audit* ovvero a consulenti esterni esperti di "casistiche 231".

Tuttavia, nelle ipotesi in cui l'ente venga raggiunto da notizie circostanziate che destino seri sospetti circa la consumazione di un reato presupposto da parte di un proprio esponente e quindi la concreta possibilità che l'ente risulti, per questo motivo, soggetto indagato, potrebbe invece ritenersi opportuno procedere conferendo *ab origine* mandato al difensore incaricandolo di svolgere attività investigativa preventiva, così come previsto dal codice di rito all'art. 391 *-nonies* c.p.p.¹³³.

Possono considerarsi notizie sufficientemente specifiche e idonee a destare l'allarme la notizia della ricezione da parte di un soggetto legato all'ente dell'informazione di garanzia *ex art. 369* c.p.p. dalla quale si evinca che il fatto per cui si sta procedendo integra una fattispecie di reato tipica prevista dal decreto, ma

¹³¹ In questi termini R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 52. L'Autore individua nell'assenza di deferimenti disciplinari a distanza di anni dall'adozione del Modello una circostanza in grado di incidere negativamente in sede di giudizio sull'efficace attuazione del Modello.

¹³² Così testualmente, A. CATTANEO, *op. cit.*, p. 4.

¹³³ In questo senso, R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 56.

anche le ipotesi in cui la persona fisica risulti destinataria dell'applicazione di misure cautelari reali o personali. Rimane ferma, comunque, l'opportunità di procedere preventivamente con un *audit* sulle aree e processi in cui si ritiene sia maturata la vicenda criminosa, nella consapevolezza che quanto appreso e documentato nel *report* dell'*auditor* potrà comunque confluire nel fascicolo del difensore attraverso le modalità di acquisizione indicate all'art. 391-*bis* c.p.p.¹³⁴.

L'intento connotato allo svolgimento dell'attività investigativa preventiva è proprio quello di evitare che l'ente risulti impreparato a fronte dell'invito ad eleggere domicilio ex art. 57 del D.Lgs. 231/2001, ma soprattutto a fronte della richiesta formulata da parte del pubblico ministero, al giudice, di applicare quali misure cautelari le sanzioni interdittive previste all'art. 9 c.2. di cui al decreto, ovvero in caso di disposizione di misure cautelari reali così come previsto agli art. 53 e 54 del decreto. Situazioni che, per la loro particolare incisività sulla vita e l'attività della persona giuridica, richiedono risposte pronte e immediate da parte della difesa dell'ente.

L'incarico al difensore, anche qualora avvenga nella cornice del procedimento, si dimostra dunque funzionale alla raccolta di elementi di prova che siano in grado di dimostrare circostanze idonee ad escludere la responsabilità dell'ente quali ad esempio l'adeguatezza e l'efficace attuazione del Modello anche rispetto all'area in cui la fattispecie criminosa si è consumata, l'aggiramento fraudolento delle previsioni del Modello da parte del soggetto apicale o comunque che la consumazione del reato sia avvenuta nell'esclusivo interesse o vantaggio proprio o di terzi, ma può anche essere funzionale a provare fatti idonei a determinare un trattamento sanzionatorio più mite in sede di condanna o comunque l'esclusione dall'applicazione di provvedimenti in sede cautelare, per l'assenza dei requisiti. Infatti, le risultanze dell'indagine condotta dal difensore potrebbero portare alla formulazione di una memoria difensiva da prodursi nell'udienza in cui il G.i.p. deciderà l'eventuale applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'ente¹³⁵.

¹³⁴ A. JANNONE, *231 e difesa post delictum*, cit., p. 56.

¹³⁵ Si veda, A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 213.

2.3.1. Le indagini difensive penali ex art. 327-bis c.p.p. e l'«attività Investigativa preventiva» ex art. 327-bis c.p.p. e 391-nonies c.p.p.

Le esigenze di un'effettiva parità tra accusa e difesa, pietra miliare del "giusto processo", sono state accolte anche tramite l'introduzione nell'ordinamento domestico dell'istituto delle indagini difensive penali ad opera della Legge 7 dicembre 2000, n. 397¹³⁶. Obiettivi e finalità di un simile intervento legislativo vanno ricercate nel tentativo di elevare le facoltà e garanzie della difesa che, per assumere un ruolo attivo, deve essere caratterizzata non solo dal «diritto di difendersi provando» ma anche dal «diritto di difendersi cercando»¹³⁷. D'altronde è proprio il sistema accusatorio a prevedere che sia onere delle parti, accusa e difesa, ricercare elementi di prova da sottoporre all'organo giudicante per fondare il proprio convincimento sulla richiesta di condanna o assoluzione. L'attività investigativa rientra così nel diritto che la parte ha di poter «ricercare fonti e acquisire elementi di prova da presentare al giudice»¹³⁸.

Il difensore ha dunque la facoltà *ex art. 327-bis c.p.p.* di svolgere attività investigativa, in ogni stato e grado del procedimento, finalizzata alla ricerca ed individuazione di «elementi di prova a favore del proprio assistito» secondo le modalità e nelle forme previste dal titolo IV *bis*¹³⁹.

Nell'espletamento dell'attività d'indagine il difensore potrà peraltro avvalersi, ai sensi della disposizione contenuta al comma 3 del medesimo articolo, dell'ausilio di investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, tra i quali generalmente possono essere annoverati anche i componenti della Funzione di *Internal Audit*.

Gli atti tipici attraverso i quali si esplica l'indagine difensiva sono dettagliatamente descritti agli art. 391-*bis* e ss. del c.p.p. venendosi a delineare due tipologie

¹³⁶ C. LUPINI, *Indagini interne: quando serve l'aiutino*, in *Riv. AIA*, luglio/settembre 2015, p. 23.

¹³⁷ A. JANNONE, *op. ult. cit.*, p. 46. L'Autore ha peraltro cura di rilevare come l'attività di indagine che dovrebbe essere condotta dal pubblico ministero «su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini», in base alla prescrizione contenuta all'art. 358 c.p.p., sia sistematicamente disattesa nella prassi anche in considerazione dell'assenza di una previsione sanzionatoria al riguardo.

¹³⁸ In questi termini, R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁹ Art. 327-*bis* c.p.p. «Attività investigativa del difensore».

d'indagine a seconda che la stessa sia caratterizzata dall'acquisizione di fonti dichiarative, "indagine personale", ovvero sia indagine diretta e quindi "reale"¹⁴⁰.

Partendo dalla prima delle tipologie qui sopra descritte, l'acquisizione di «circostanze utili ai fini dell'attività investigativa» potrà avvenire, così come indicato all'art 391-*bis*, nelle forme del «colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore». Colloquio che potrà avvenire tanto nelle forma non documentata di cui al comma 1, così come nelle modalità più formali della richiesta di informazioni da documentare o nella richiesta di rendere dichiarazioni scritte. In tutti questi casi il difensore, il sostituto, o i propri ausiliari, avranno il dovere di comunicare alle persone da cui si intende acquisire le dichiarazioni gli avvertimenti garantisti di cui al comma 3, tra i quali vengono ricompresi «la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione», *lett. d)*, ovvero l'informativa concernente le «responsabilità penali conseguenti la falsa dichiarazione», *lett. f)*¹⁴¹. Inoltre, in base a quanto disposto dalla comma 5, qualora il soggetto da sottoporre ad audizione sia persona «sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria»¹⁴²

Gli altri atti tipici caratterizzanti la parte di attività investigativa c.d. "reale" ricomprendono la possibilità per il difensore di richiedere l'accesso ai documenti presso le pubbliche amministrazioni e di estrarne copia ai sensi dell'art. 391-*quater*

¹⁴⁰ Così, C. LUPINI, loc. cit.

¹⁴¹ l' Art. 391-*bis* c.3 c.p.p. prescrive che: «3. 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 rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;
- f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione».

¹⁴² Cfr. Art. 391-*bis* c.5 c.p.p.

c.p.p.¹⁴³, così come la possibilità di accedere ai luoghi pubblici e ai luoghi privati o il cui accesso non è consentito al pubblico, rispettivamente disciplinata dagli art. 391-*sexies* e *septies* c.p.p.¹⁴⁴.

L'attività difensiva potrà svilupparsi anche attraverso modalità atipiche d'indagine che vedono coinvolti investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici quali ausiliari dell'attività del difensore. Le tecniche e le modalità sono tradizionalmente quelle che caratterizzano le due categorie professionali, pertanto si possono annoverare tra gli atti atipici investigativi gli appostamenti, i pedinamenti, le riprese video e fotografiche, gli accertamenti tecnici, così come l'accesso ai pubblici registri¹⁴⁵. Esulano invece dalla sfera delle attività consentite ai soggetti in funzione vicaria del difensore, la ricezione di dichiarazioni scritte o l'esecuzione di un colloquio documentato ai sensi dell'art. 391-*ter* c.p.p. Si precisa, inoltre, che il regime normativo previsto per il difensore si applica solamente a condizione che l'investigatore privato o il consulente tecnico abbiano, in ossequio a quanto stabilito all'art. 222 disp. att. c.p.p., comunicato il proprio mandato all'autorità giudiziaria procedente¹⁴⁶.

La normativa ha altresì previsto quale ulteriore strumento posto a garanzia del privato la possibilità di conferire mandato al difensore per lo svolgimento di indagini difensive preventive *ex art. 391-nonies* c.p.p. Viene dunque estesa la facoltà di ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito nell'eventualità in cui si instauri un procedimento penale, ma si ritiene possa valere anche per il caso in cui vi sia la riapertura delle indagini o qualora si rivestano potenzialmente i ruoli di parte offesa, parte danneggiata o parte civile in un processo penale¹⁴⁷. La legge subordina l'estensione della disciplina prevista all'art. 327-*bis* c.p.p. al conferimento di apposito

¹⁴³ La mancata ostensione dei documenti al difensore da parte della pubblica amministrazione può comportare l'intervento del pubblico ministero ai sensi degli art. 367 e 368 c.p.p. così come richiamato al comma 3 dell'art 391-*quater* c.p.p.

¹⁴⁴ C. LUPINI, op. cit., p. 24.

¹⁴⁵ Così, A. JANNONE, loc. cit.

¹⁴⁶ A. JANNONE, op. ult. cit., p. 52.

¹⁴⁷ Nell'ultimo caso menzionato il conferimento del mandato al difensore per svolgere l'attività investigativa potrà avvenire a prescindere dal rispetto delle formalità richieste. Cfr. C. LUPINI, loc. cit.

mandato rilasciato con sottoscrizione autenticata nel quale dovranno essere indicati i fatti ai quali si riferisce l'incarico¹⁴⁸. Tuttavia, l'attività svolta in via preventiva incontra una preclusione di natura sistematica non potendosi espletare l'attività d'indagine su «atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria»¹⁴⁹. *Ratio* della previsione da rinvenirsi nella mancanza di un'autorità a cui richiedere le autorizzazioni per procedere e a cui fare riferimento, dal momento che il procedimento penale non si è ancora instaurato¹⁵⁰.

A fronte di quanto appena delineato in merito alla normativa disciplinante le investigazioni difensive, ma soprattutto in merito alla possibilità di esperire attività investigativa preventiva, si possono elaborare alcune considerazioni sull'opportunità o meno di procedere affidando l'incarico al difensore, dal momento che tale scelta, soprattutto nell'eventualità che possa incardinarsi un procedimento penale a carico dell'ente, potrebbe rivelarsi strategicamente vantaggiosa¹⁵¹.

Infatti, sebbene le tipologie di attività contemplate dal codice di rito non si differenzino rispetto a quelle tipicamente svolte da funzioni interne aziendali quali l'Odv e l'*Audit*, dal momento che anche in tali ipotesi si procede generalmente all'acquisizione di dichiarazioni scritte o verbali, ad interviste e a richieste di documentazione, tuttavia lo svolgimento dell'attività da parte del difensore o dei suoi ausiliari è sottoposto ad una peculiare tutela giudiziaria, caratterizzata

¹⁴⁸ Si veda, L. SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, p. 277. La *ratio* di codesta previsione può essere ritrovata nella *voluntas legislatoris* di delimitare l'attività investigativa del difensore ancorandola ad un preciso fatto storico.

¹⁴⁹ Così testualmente, art. 391-*nonies* c.1. Cfr. anche Cass. pen., Sez. IV, 14 ottobre 2005, Campa, in *Cass. pen.*, 2006, (12), p. 4104, «In sede di investigazione preventiva non è, peraltro, consentito lo svolgimento di atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, vale a dire del pubblico ministero o del giudice». Gli atti a cui si fa riferimento sono quelli previsti all'art. 391-*bis*, commi 5, 7, 10 e 11, all'art. 391-*quater* c.3, all'art. 391-*septies* e all'art. 391-*decies* e art. 233, c.1-*bis*, «ossia quando le persone da intervistare si avvalgono della facoltà di non rispondere o sono detenute, quando la P.A. si rifiuta di esibire documentazione richiesta, nel caso di necessità di accesso in luoghi privati o non aperti al pubblico oppure quando il consulente tecnico del difensore deve esaminare cose sottoposte a sequestro». In questi termini, C. LUPINI, op. cit., p. 25.

¹⁵⁰ Cfr. L. SURACI, op. cit., p. 281; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS-G. P. VOENA, vol. XXVII.2, Milano, 2005, p. 47.

¹⁵¹ Si veda, R. DUZIONI, op. cit., p. 57.

dall'applicabilità delle disposizioni in materia di segreto professionale *ex art. 200 c.p.p.*¹⁵² e afferenti «le garanzie di libertà del difensore» statuite all'art. 103 c.p.p., oltre alla possibilità per il difensore «di non produrre in giudizio i verbali contenenti dichiarazioni sfavorevoli al cliente»¹⁵³. Inoltre, a corroborare tale scelta, potrebbe essere addotta l'asserita valenza probatoria che assume la documentazione raccolta dal difensore o dai suoi ausiliari nel corso dell'attività investigativa ispettiva. Infatti, «gli avvisi, le numerose norme poste a tutela dell'intervistato, l'autentica del difensore non solo delle informazioni raccolte ma anche della 'relazione accompagnatoria' di come si sono svolte dette operazioni, le rigide regole con cui il difensore deve procedere nello svolgere le interviste difensive, le conseguenze penali del suo operato infedele, fanno sì che la documentazione delle stesse resista a eventuali contestazioni in merito alla sua genuinità, ripudiabilità, certezza e integrità dei fatti e circostanze in essa contenuti, assumendo un valore probatorio decisivo per il convincimento del giudice»¹⁵⁴. Un regime che differenzia l'opera del difensore, o degli ausiliari formalmente investiti, rispetto a quanto svolto dall'*internal auditor* la cui attività, non essendo coperta dalle garanzie richiamate, non potrebbe assumere il medesimo grado di attendibilità qualora sottoposta al vaglio del giudice.

Nonostante i richiamati benefici che potrebbero derivare sul piano difensivo, l'attività investigativa preventiva affidata al difensore non registra una notevole diffusione nei contesti aziendali domestici¹⁵⁵. Nella prassi societaria gli organi di vertice stentano a conferire specifico mandato all'avvocato in assenza del concretizzarsi della reale minaccia dell'avvio di un procedimento a carico dell'ente. Solamente casi patologici, quali la richiesta d'applicazione di una misura cautelare o la notifica dell'avviso di garanzia, potrebbero determinare l'affidamento al difensore.

La scelta di procedere con indagini ritualmente conferite, tuttavia, non incontra il consenso unanime nemmeno degli operatori giuridici. Viene infatti rilevato come

¹⁵² L'affidamento del mandato investigativo al difensore consente di consolidare l'*attorney-client privilege*, il quale prevede l'opponibilità del segreto professionale alle autorità inquirenti, così E. M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 228.

¹⁵³ Sul punto R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 58; ma anche C. LUPINI, *loc. cit.*; Cfr. anche Cass. pen., Sez. Un., 27 giugno 2016, Schera, in *Dir. e giustizia*, 2016, (37), p. 44.

¹⁵⁴ Così testualmente R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 59-60.

¹⁵⁵ Si veda E. M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 225.

eccessivo l'insieme dei formalismi demandati dal codice, tanto da potere vanificare, il più delle volte, «la potenzialità operativa e i limitati differenti vantaggi connessi ai diversi meccanismi processuali»¹⁵⁶. La ricerca delle fonti di prova che avvenga al di fuori dell'ambito normativo, si pensi ad esempio all'attività dell'*Internal Audit*, oltre ad essere contraddistinta da maggiore agilità e tempestività nello svolgimento delle indagini, non dovendo agire nel rispetto delle formalità richieste dal codice, qualora opportunamente documentata potrà comunque essere «proiettata verso il dibattito attraverso la testimonianza dell'*auditor*»¹⁵⁷ fermo restando, ovviamente, il limite intrinseco derivante dalla mancata opponibilità del segreto professionale agli organi inquirenti¹⁵⁸

3. Le difficoltà operative connesse all'attività investigativa.

3.1. Il D.Lgs 30 giugno 2003, n. 196 in materia di protezione dei dati personali.

L'esercizio dell'attività investigativa che la Funzione di *Internal Audit* è chiamata a svolgere per ricercare le modalità e le condotte che hanno determinato la violazione delle procedure del Modello, incontra una serie di difficoltà di natura operativa che ne precludono, in alcuni casi, la piena e concreta esecuzione. L'espletamento del proprio mandato è infatti subordinato al rispetto dei vincoli derivanti dalla normativa cogente che pongono argini all'incisività delle indagini, garantendo la protezione dei dati personali e la salvaguardia della libertà e della dignità del lavoratore¹⁵⁹.

¹⁵⁶ In questi termini, A. JANNONE, *231: gestione «post evento» e controlli sui dipendenti.*, cit., p. 248.

¹⁵⁷ Così testualmente, A. JANNONE, op. loc. ult. cit.

¹⁵⁸ Si veda, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 226.

¹⁵⁹ La protezione dei dati personali è prerogativa del *Codice della Privacy* mentre la tutela della libertà e dignità dei lavoratori è oggetto di espressa tutela da parte della l. n. 300, 1970, c.d. Statuto dei Lavoratori, il cui Titolo I è rubricato: «Della libertà e dignità del lavoratore».

La tematica della tutela della *privacy*, la cui fonte è individuabile nelle disposizioni presenti nel D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. Codice della *Privacy*) e nei numerosi provvedimenti emanati dal Garante per la protezione dei dati personali, si contrappone alle esigenze derivanti dalla disciplina contenuta nel D.Lgs. 231/2001 in materia di Modelli Organizzativi, ma anche alle esigenze connaturate alla tutela dell'integrità del patrimonio aziendale *ex art.* 2392 c.c. Si rende dunque doveroso ed inevitabile un contemperamento tra interessi scaturenti da un lato, dalla necessità di svolgere attività investigativa finalizzata all'accertamento di condotte illecite, dall'altro dalla volontà di garantire la tutela dei diritti degli "interessati"¹⁶⁰. La risoluzione del conflitto tra opposte esigenze avrà una geometria variabile, essendo legata alla possibilità concreta di potere agire all'interno di cause di giustificazione, qualora l'operato non sia risultato conforme rispetto alle disposizioni del Codice della *Privacy*.

Risulta comunque fondamentale che l'*internal auditor*, nell'esercizio della propria attività investigativa, abbia presenti e chiari i limiti discendenti dalla normativa prevista dal Codice della *Privacy*, dallo Statuto dei Lavoratori, ma anche dalle disposizioni del codice civile e penale, per non incorrere nel rischio di commettere illeciti proprio nell'attività tipica di ricerca di condotte illecite¹⁶¹.

La problematica così sollevata concerne la possibilità o meno di coniugare le esigenze di segretezza e riserbo, prerogativa dell'attività investigativa che voglia considerarsi efficace nell'accertamento delle fattispecie potenzialmente integranti reati 231 e quindi la responsabilità amministrativa dell'ente, rispetto all'obbligo di informativa e di richiesta di consenso dell'interessato per il «trattamento» dei propri «dati personali»¹⁶² previsto dalla normativa in tema di *privacy* e potenzialmente idoneo ad inficiare il prosieguo e la qualità dell'indagine.

¹⁶⁰ Espressione utilizzata nelle definizioni del D.Lgs. 196/2003 all'art. 4 c.1 *lett. i)* che individua quale "interessato" la «persona fisica a cui si riferiscono i dati personali».

¹⁶¹ In questo senso, P. GHINI, *Verifiche dell'OdV, tra esigenze di indagine e rispetto della privacy*, in *Circ. n.8, Riv. 231*, settembre 2015, p. 21-22.

¹⁶² *Ex Art.* 4 c.1, D.Lgs. 196/2003 si intende per «a) "trattamento", qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati; b) "dato personale", qualunque

La soluzione sembrerebbe essere offerta dal disposto dell'art. 24 c.1 *lett. f)* del D.Lgs. 196/2003, che statuisce espressamente la possibilità di non richiedere il consenso quando il trattamento «[...] è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale», fermo restando il divieto di diffusione dei dati trattati¹⁶³. Si ha cura di precisare, inoltre, che il trattamento effettuato per le suddette finalità può avere ad oggetto anche dati riguardanti soggetti terzi rispetto al giudizio, con il limite però che la produzione dei dati dovrà comunque essere «pertinente alla tesi difensiva e non eccedente le sue finalità; che sia cioè utilizzata nei limiti di quanto necessario al legittimo ed equilibrato esercizio della propria difesa»¹⁶⁴.

Ne discende che il datore di lavoro, o i soggetti da lui delegati quali ad esempio l'OdV o l'*Internal Audit*, qualora trattino i dati dei dipendenti dell'ente senza preventiva richiesta di consenso ma per finalità legate all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria, potranno non incorrere nella fattispecie penalmente rilevante del trattamento illecito di dati *ex art.* 167 D.Lgs. 196/2003 e nemmeno nelle violazioni derivanti, ad esempio, dall'accesso abusivo ad un sistema informatico (art. 615-*ter* c.p.) o le violazioni di corrispondenza (art. 616 c.p.), dal momento che hanno agito all'interno della causa di giustificazione speciale prevista dall'art. 24 *lett. f)* del D.Lgs.

informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

¹⁶³ Così espressamente, Art. 24 c.1 *lett. f)*, D.Lgs. 196/2003.

¹⁶⁴ Si veda a tale proposito, Cass. civ., Sez. III, 3 aprile 2014, Banca pop. Etruria e Lazio c. P.P., in *Danno e resp.*, 2014, (9), p. 906. «L'art. 24 d.leg. 30 giugno 2003 n. 196 permette di prescindere dal consenso dell'interessato quando il trattamento dei dati sia necessario per far valere o difendere un diritto in giudizio, pur se tali dati non riguardino una parte del giudizio in cui la produzione viene eseguita; unica condizione richiesta è che la produzione sia pertinente alla tesi difensiva e non eccedente le sue finalità; che sia cioè utilizzata esclusivamente nei limiti di quanto necessario al legittimo ed equilibrato esercizio della propria difesa».

196/2003 che opera in funzione specificativa della scriminante dell'esercizio di un diritto di cui all'art. 51 c.p.¹⁶⁵.

Sebbene risulti pacifica, in relazione al tenore letterale della disposizione, l'applicazione della causa di giustificazione speciale all'attività del difensore e dei suoi ausiliari a fronte di indagini ritualmente conferite *ex art. 327-bis* e *391-bis* e ss. c.p.p., difficoltà interpretative sorgono in merito all'estensione del regime scriminante anche a soggetti quali OdV e *Internal Audit*, le cui attività difficilmente rientrerebbero nel concetto di difesa in senso tecnico.

Si segnala, a tal proposito, il tentativo di ricostruire la legittimità dell'operato della Funzione di *Internal Audit* che tratti dati personali privi di consenso, prendendo le mosse da una pronuncia della Suprema Corte¹⁶⁶ espressasi sulla legittimità delle registrazioni occulte di colloqui *de visu*. Il caso di specie concerneva la registrazione effettuata da un dipendente, in maniera occulta, durante il colloquio tenutosi d'innanzi ai propri superiori nei quali gli veniva contestato un presunto illecito disciplinare. La Suprema Corte, nel confermare la piena legittimità dello strumento in quanto rientrante nel *genus* delle riproduzioni meccaniche *ex art. 2712 c.c.*, andava a corroborarne l'ammissibilità in quanto la condotta, essendo «finalizzata all'acquisizione di una prova a discolorpa» e quindi integrante l'esercizio del diritto di difesa, risulta giustificata in base al disposto dell'art. 51 c.p. In questo senso veniva poi ricordato come il diritto di difesa non possa limitarsi «alla pura e semplice sede processuale, estendendosi a tutte quelle attività dirette ad acquisire prove in essa utilizzabili, ancor prima che la controversia sia stata formalmente instaurata mediante citazione o ricorso. Non a caso nel codice di procedura penale il diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost. sussiste anche in capo a chi non abbia ancora assunto la qualità di parte in un procedimento: basti pensare al diritto alle investigazioni difensive *ex art. 391-bis* c.p.p. e ss., alcune delle quali possono esercitarsi addirittura prima dell'eventuale instaurazione d'un procedimento penale (cfr. art. 391-*nonies* c.p.p.)»¹⁶⁷.

¹⁶⁵ In questo senso M. CALLERI, op. cit., p. 83.

¹⁶⁶ Si veda Cass. civ., Sez. Lav., 29 dicembre 2014, Soc. Lidi Italia c. G., in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, (2), p. 266.

¹⁶⁷ In questo senso Cass. civ., Sez. Lav., 29 dicembre 2014, Soc. Lidi Italia c. G, cit.

A fronte di quanto esposto in sentenza non si trovano motivi per non estendere quanto valevole per il dipendente anche al datore di lavoro e, di pari passo, agli organi e funzioni aziendali da questi delegati, qualora si palesi la necessità di procedere ad attività investigative che siano finalizzate a vagliare la fondatezza di segnalazioni inerenti condotte illecite che abbiano rilievo penale o disciplinare¹⁶⁸. Il dettato dell'art 24 *lett f)* consentirebbe dunque l'utilizzo della registrazione occulta quale «strumento di indagine» in attività di investigazione interna svolte da *auditors*, le cui risultanze sono così «pienamente utilizzabili in sede giudiziaria penale o civile»¹⁶⁹

Si consideri, poi, l'ipotesi tipica che vede i dipendenti aderire espressamente al Codice Etico e al Modello Organizzativo, nello specifico riguardo alla parte afferente le sanzioni disciplinari riconnesse alle rinvenute violazioni delle procedure e protocolli interni, dalla quale si potrebbe ritenere che questi abbiano implicitamente accettato la possibilità che vengano condotte investigazioni interne volte ad approfondire le segnalazioni riguardanti le suddette violazioni e ad accertare le responsabilità connesse.

È proprio l'opportunità per l'ente di venire a conoscenza di violazioni della legge penale o anche avente mero rilievo disciplinare attraverso l'attività investigativa interna – seppure svolta in violazione delle legge sulla privacy – che dovrebbe comportare l'applicazione della causa di giustificazione speciale. L'ente potrebbe infatti determinarsi, sulla base delle risultanze ottenute dall'indagine, nello sporgere denuncia all'autorità giudiziaria ovvero instaurare un contenzioso civile, andando dunque ad integrare quanto disposto dall'art. 24 *lett. f)*.

In questo modo l'ente, attraverso l'attività d'indagine interna, andrebbe anche a tutelare l'integrità del patrimonio sociale *ex art. 2392 c.c.*, dal momento che la sua conservazione passa anche attraverso l'esclusione della responsabilità amministrativa di cui al D.lgs. 231/2001¹⁷⁰, potenzialmente nociva al patrimonio, alla reputazione e alla "vita" della società.

¹⁶⁸ Si veda A. JANNONE, *231: gestione post evento e controlli sui dipendenti*, cit., p.247.

¹⁶⁹ Così testualmente, A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 184.

¹⁷⁰ Si veda in tale senso, M. CALLERI, loc. cit.

Rimane invece fuori da ogni dubbio un'ipotetica estensione della causa di giustificazione di cui al Codice della *Privacy* a tutte quelle attività dell'Organismo o dell'*Internal Audit* che abbiano carattere puramente organizzativo e siano quindi volte ad una mera prospettiva di aggiornamento delle previsioni del Modello, dal momento che in questi casi non si rinverrebbe alcuna correlazione rispetto alle esigenze di «far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria», così come richiesto dalla normativa sulla *privacy*.

3.2. I controlli "a distanza" e lo Statuto dei Lavoratori.

I vincoli di legge entro i quali deve muoversi la Funzione di *Internal Audit*, non si limitano alle prescrizioni contenute nel Codice della *Privacy*, in quanto buona parte delle attività di verifica che vedono coinvolta tale funzione aziendale rientrano nell'alveo dei c.d. "controlli a distanza", materia oggetto di disciplina da parte delle l. 20 maggio 1970, n. 300, altresì nota quale Statuto dei Lavoratori.

Innanzitutto la materia giuslavoristica opera, tradizionalmente, una tripartizione delle verifiche che hanno oggetto l'attività lavorativa, si parla a tal proposito di controlli diretti, indiretti e "a distanza", differenziandosi in relazione alle modalità di esecuzione del controllo. La prima tipologia annovera i controlli effettuati direttamente dal datore di lavoro, o dai soggetti da questi delegati, i quali possono avvenire anche in forma occulta¹⁷¹ (art. 3 St. Lav.). Nei controlli indiretti ricadono invece le attività di verifica – esercitate da soggetti esterni all'organizzazione aziendale quali ad esempio guardie giurate, investigatori privati, medici – finalizzate alla tutela dell'integrità del patrimonio aziendale o all'accertamento di condotte illecite o fraudolente, ma senza che le stesse possano travalicare nella vigilanza dell'esecuzione delle mansioni lavorative¹⁷² (art. 2 St. Lav.). I controlli a distanza,

¹⁷¹ Ha ammesso la possibilità che i controlli diretti del datore di lavoro possano avvenire anche in via occulta *ex multis*, Cass. civ., Sez. Lav., 10 luglio 2009, Soc. fabbrica it. Ritrovati medicinali c. Franchino, in *Orient. giur. lav.*, 2009, (1), p. 669.

¹⁷² Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 8 giugno 2011, C. C. c. Soc. C. F., in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 563, «Il controllo del datore di lavoro tramite agenzie investigative è legittimo se non

invece, si caratterizzano per essere effettuati attraverso impianti o altra apparecchiature aventi finalità di controllo remoto dell'attività dei lavoratori. Tali controlli vengono considerati vietati (art. 4 St. Lav.), a meno che l'installazione dei dispositivi di controllo sia avvenuta, previo accordo sindacale, per esigenze produttive e organizzative o per motivi legati alla sicurezza del lavoro¹⁷³. Si delineano, in questo modo, un divieto assoluto qualora l'utilizzo delle apparecchiature sia esclusivamente volto al controllo dell'attività lavorativa (art. 4 c.1 St. Lav.) e un divieto relativo, qualora venga poi superato dalla contestuale presenza di determinate condizioni e dell'accordo sindacale (art. 4 c.2 St. Lav.)¹⁷⁴.

Si tiene a precisare che la normativa, appena citata, in materia di controlli a distanza è stata modificata a seguito dell'emanazione della L. 10 dicembre 2014, n. 183, c.d. *Jobs Act*. L'attuale testo dell'art. 4 St. Lav., così come riformulato dall'art. 23 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 151, prevede che il divieto di controlli a distanza «con apparecchiature e altri strumenti di controllo», non venga ad applicarsi «agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze»¹⁷⁵, non necessitandosi,

riguarda l'adempimento della prestazione lavorativa, bensì comportanti illeciti anche solo sospettati o ipotizzati ed i dipendenti dell'agenzia investigativa possono essere escussi come testimoni non avendo alcun interesse diretto alla controversia».

¹⁷³ Si veda a tal proposito C. LUPINI, op. cit., p. 23.

¹⁷⁴ In questo senso, A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 178.

¹⁷⁵ Art. 23 D.Lgs. 151/2015 «Modifiche all'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e all'articolo 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». Così testualmente «1.L'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e' sostituito dal seguente:

Art. 4 (Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo).

1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

pertanto, la previa approvazione sindacale¹⁷⁶. La nuova disposizione, nell'intento di temperare le esigenze di lavoratori e datori, necessita comunque di ulteriori interventi chiarificatori che ne individuino la reale portata. Si ritiene comunque opera utile, ai fini di una maggiore comprensione delle modifiche apportate dalla novella, riportare quanto elaborato dalla giurisprudenza previgente in materia di controlli a distanza.

Orbene, l'attività di verifica che contraddistingue la Funzione di *Internal Audit* intercetta proprio l'ultima tipologia di controlli menzionata, dal momento che le analisi remote di dati e informazioni – attraverso l'ausilio delle c.d. apparecchiature di cui all'art. 4 – rientrano nella nozione giuslavoristica di controllo a distanza sui dipendenti.

Emblematici, in questo senso, sono i controlli che hanno ad oggetto sistemi informativi e contabili, così come le verifiche concernenti la navigazione in rete, i contenuti di PC o della posta elettronica aziendale; situazioni tutt'altro che semplici da gestire e che generano non poche difficoltà in riferimento alla *compliance* con la normativa in tema di *privacy*, Statuto dei Lavoratori, ma anche con le disposizioni del codice penale in materia di accesso abusivo ai sistemi informatici.

Proprio in quest'ambito si è formata nel corso degli anni una giurisprudenza che ha coniato la nozione di "controlli difensivi", altresì noti come "controlli protettivi" che sanciscono l'esclusione dell'operatività del divieto previsto all'art. 4 St. Lav. nei casi in cui i controlli a distanza, operati attraverso impianti audiovisivi o altre

2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

3. Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

2. L'articolo 171 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e' sostituito dal seguente: Art. 171 (Altre fattispecie).

1. La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 113 e all'articolo 4, primo e secondo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e' punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge n. 300 del 1970.».

¹⁷⁶ Cfr. G. FALASCA, *Controlli a distanza niente autorizzazione sugli strumenti di lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 settembre 2015.

apparecchiature informatiche, siano stati posti in essere «per accertare eventuali condotte illecite o a tutela del patrimonio aziendale»¹⁷⁷.

Si devono pertanto ritenere leciti, perché posti non in violazione delle prescrizioni dello Statuto, i controlli sui sistemi informativi e sui dati fiscali e contabili interni, e così anche sulle caselle di posta elettronica aziendale, qualora rientrino nell'alveo dei c.d. «controlli difensivi»¹⁷⁸. Infatti, Il controllo che avviene *ex post* sulle casella di posta elettronica aziendale, stimolato dalla segnalazione di una presunta condotta illecita e finalizzato all'accertamento della stessa, ha ottenuto l'avvallo della

¹⁷⁷ Così testualmente, C. LUPINI, loc. cit. Innanzitutto si tiene a precisare che «Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori, di carattere difensivo, in quanto diretto ad accertarne comportamenti illeciti, non è soggetto agli oneri contemplati dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori, solo se questo controllo è diretto alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro; trova invece applicazione detto articolo se il controllo difensivo tende ad accertare l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro [...]». Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 17 luglio 2007, Piluso c. Soc. Eni, in *Guida al dir.*, 2007, (37), p. 50. L'attività di controllo che avvenga contrariamente a quanto stabilito dallo Stat. Lav. e quindi plausibilmente integrante una condotta antisindacale ex art. 28 St. Lav oltre ad essere sanzionabile penalmente così come previsto all'art. 38 St. Lav incontra un regime di inutilizzabilità dei dati così acquisiti infatti, «i dati acquisiti in violazione di detto articolo, non possono essere legittimamente posti a fondamento di un licenziamento» Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 17 luglio 2007, Piluso c. Soc. Eni, cit. Si ricordi inoltre che il giudizio di illiceità del controllo e dell'utilizzabilità dei dati secondo quanto disposto dallo St. Lav. ha ripercussioni anche sul versante della *privacy* perché il trattamento dei dati così acquisiti potrebbe integrare un trattamento illecito e, in quanto tale, sanzionabile sia penalmente che amministrativamente. Così, AODV, op. ult. cit., p. 38.

Fermo restando che, qualora il controllo a distanza avvenga secondo i canoni individuati dalla giurisprudenza affinché possa considerarsi "difensivo", le sue risultanze saranno legittimamente utilizzabili nel processo penale. Cfr. Cass. pen., Sez. II, 16 gennaio 2015, Boudhraa Najet, in *Dir. e pratica lav.*, 2016, (2), p. 775 «Sono utilizzabili nel processo penale, nel quale sia imputato il dipendente, le videoriprese effettuate con telecamere installate ad opera del datore di lavoro sul luogo di lavoro, al fine di assicurare la tutela del patrimonio aziendale, posta l'inapplicabilità a tali forme di controlli (c.d. «difensivi») dei divieti di cui all'art. 4 dello statuto dei lavoratori». Allo stesso modo le risultanze saranno legittimamente utilizzabili in sede di licenziamento. Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 27 maggio 2015, De Lollis c. Soc. Pelliconi Abruzzo, in *Guida al dir.*, 2015, (26), p. 72, «E' legittimo il licenziamento disciplinare irrogato ad un operaio addetto alle presse stampatrici per essersi dedicato a numerose conversazioni via Internet, in occasione di una delle quali una delle presse, rimasta incustodita, si sia bloccata, a nulla rilevando la circostanza dell'acquisizione della prova dei fatti mediante la creazione, da parte del datore di lavoro, di un falso profilo di donna su *Facebook*, col quale il dipendente intratteneva le conversazioni».

¹⁷⁸ A. JANNONE, op. cit., p. 172.

giurisprudenza. La Suprema Corte ha sottolineato, ancora una volta, come la fattispecie del controllo su strutture informatiche aziendali che prescindano dalla mera sorveglianza sull'attività lavorativa, e sia invece diretto ad accertare comportamenti illeciti, non rientri nel campo applicativo dell'art. 4 St. Lav.¹⁷⁹

Se quanto detto è considerato pacifico per le cartelle *mail* ad esclusivo uso lavorativo, il terreno diventa decisamente più "sdrucchiolevole" in relazione al contenuto di cartelle di posta elettronica che non siano segregate in quanto a contenuti afferenti le mansioni lavorative e quelli invece aventi natura personale. In questi casi può risultare particolarmente difficile constatare in concreto quali siano i biglietti elettronici legati al rapporto di lavoro e quali invece quelli riguardanti la vita privata e familiare, con l'insidia che un controllo remoto di quest'ultime, che non avvenga previa informativa e consenso, comporti, sicuramente, la violazione della normativa di cui al Codice della *Privacy* (art. 114), richiamante i divieti di cui all'art. 4 St. Lav.¹⁸⁰.

Un'altra tipologia di controllo remoto, dal carattere peculiare, è quella concernente l'ambito bancario. Si tratta dei controlli che possono investire i conti correnti di dipendenti e clienti, ed è considerata una pratica diffusa nei sistemi bancari soprattutto per finalità antifrode¹⁸¹.

Premesso che l'autorità giudiziaria ha il potere richiedere l'esame della documentazione bancaria, ivi compresi i dati relativi ai conti correnti, in base a quanto disposto all'art. 248 c.2 c.p.p.¹⁸², oltre alla possibilità di disporre il sequestro

¹⁷⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 23 Dicembre 2012, Bonoforti c. Unicredit, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, (2), p. 113, «È' legittimo, e non è assoggettato agli oneri contemplati dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori, il controllo della posta elettronica aziendale del dipendente effettuato dal datore di lavoro quando lo stesso controllo non è diretto ad accertare l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro ma, piuttosto, la condotta illecita del lavoratore che integri lesione del patrimonio aziendale». Si veda sul punto anche A. JANNONE, op. ult. cit., p. 185-186.

¹⁸⁰ In questo senso si veda E. M. MANCUSO, op. cit., p. 232; per una trattazione più diffusa sull'argomento si veda E. M. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2014, p. 53 e ss.

¹⁸¹ Così, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 180.

¹⁸² Cfr. Art. 248 c.2 c.p.p. «Per rintracciare le cose da sottoporre a sequestro (253) o per accertare altre circostanze utili ai fini delle indagini, l'autorità giudiziaria o gli ufficiali di

della documentazione e delle «somme depositate in conto corrente» ex art. 255 c.p.p.¹⁸³, la questione attiene alla possibilità di effettuare forme di controllo remoto sui conti da parte degli organi e funzioni di controllo interni all'istituto bancario, le c.d. operazioni di *inquiry*. La tematica assume una duplice prospettiva: da un lato il Garante della Tutela dei dati personali è intervenuto il 12 maggio 2011 con le «Prescrizioni in materia di circolazione in ambito bancario e di tracciamento delle operazioni bancarie» per arginare il traffico illecito di informazioni derivante dall'accesso, il più delle volte incontrollato, ai *database* delle banche. Dall'altra, assume rilievo il controllo a distanza sui conti correnti che si realizza in virtù delle prescrizioni contenute nelle disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n.263 del 27 dicembre 2006, 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, in quanto obbligano gli istituti bancari a minimizzare tutta una serie di rischi tra i quali si possono annoverare i rischi legati alle frodi e a prevenire il coinvolgimento in «fatti di riciclaggio, usura, o di finanziamento al terrorismo», così come deve essere rispettato l'obbligo di «conformità delle operazioni con la legge e la normativa di vigilanza, nonché con le politiche, i regolamenti e le procedure interne»¹⁸⁴.

Ne discende che le funzioni di controllo bancario dovranno adoperarsi nel rilevare tempestivamente gli accessi abusivi ai propri sistemi informativi, anche attraverso la conservazione di *file* di *log* che traccino gli accessi ai conti correnti, ed al contempo, avranno l'obbligo di controllare e sottoporre ad accertamento i conti correnti di esponenti dell'ente bancario che risultino sospettati di condotte fraudolente¹⁸⁵. L'accesso ai contenuti del conto corrente di clienti dell'istituto dovrà avvenire, comunque, nel rispetto dell'obbligo di informativa previsto all'art. 13 D.Lgs.

polizia giudiziaria da questa delegati (370) possono esaminare presso banche atti, documenti e corrispondenza nonché dati, informazioni e programmi informatici. In caso di rifiuto, l'autorità giudiziaria procede a perquisizione».

¹⁸³ Cfr. Art. 255 c.p.p. «L'autorità giudiziaria può procedere al sequestro presso banche di documenti, titoli, valori, somme depositate in conto corrente e di ogni altra cosa, anche se contenuti in cassette di sicurezza, quando abbia fondato motivo di ritenere che siano pertinenti al reato, quantunque non appartengano all'imputato (60,61) o non siano iscritti al suo nome».

¹⁸⁴ BANCA D'ITALIA, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n.263 del 27 dicembre, 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, Titolo V, Capitolo 7, "il Sistema dei Controlli Interni", p. 9.

¹⁸⁵ Si veda sul punto, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 181.

196/2003, mentre l'accesso del conto corrente del dipendente sospettato di avere perpetrato una condotta fraudolenta potrà avvenire in ossequio a quanto stabilito dalla giurisprudenza in tema di "controlli difensivi".

Si tiene comunque a precisare che, a seguito delle novelle introdotte dal decreto attuativo del *Jobs Act* in materia di controlli a distanza, l'ambito d'indagine a cui è estesa l'ammissibilità del controllo risulterebbe proprio essere quella afferente gli strumenti lavorativi di cui si è trattato, ovvero i PC, palmari, reti *intranet* aziendali, *software* e ipoteticamente anche la posta elettronica, in quanto plausibilmente rientranti nella categoria normativamente fissata degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa». Al datore di lavoro, e così anche ai suoi delegati, verrebbe quindi consentita una maggiore pervasività nel controllo¹⁸⁶ che però risulta controbilanciata da una preventiva ed «adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196»¹⁸⁷, per potere utilizzare le informazioni così raccolte¹⁸⁸. Necessario dunque che l'ente stabilisca, attraverso una *policy* interna, quali modalità adoterà nell'attività di controllo, cercando di condividere con il dipendente le procedure che verranno seguite in caso di avvio di attività investigative interne¹⁸⁹.

L'attività dell'*internal auditor*, a ben vedere, potrebbe anche assumere le forme di controlli diretti, ovvero quei controlli che sono prerogativa del datore di lavoro e che si estrinsecano nel potere gerarchico di verifica diretta, o attraverso strutture da lui delegate, dell'adempimento delle mansioni lavorative così come del rispetto della normativa e dei regolamenti interni¹⁹⁰.

Il controllo potrà avere quale ambito d'indagine la postazione lavorativa e così

¹⁸⁶ Non più relegato alle sole ipotesi che riguardano presunti illeciti, così come "cristallizzato" dalla teoria dei "controlli difensivi".

¹⁸⁷ Così testualmente, art. 23 c.3, D.Lgs. 151/2015.

¹⁸⁸ Si veda a tale proposito, P. GHINI, *Controlli a distanza dei lavoratori*, in Circ. n.6, *Riv. 231*, giugno 2015, p. 24-25.

¹⁸⁹ A. JANNONE, op. ult. cit., p. 180.

¹⁹⁰ Si tratta di una tipologia di controllo che discende dai poteri gerarchici propri del datore di lavoro ex art. 2086 e 2104 c.c., Si veda A. JANNONE, op. ult. cit., p. 185.

ricadere sulle dotazioni aziendali che il lavoratore ha a disposizione. Costituiscono esempi pratici i processori portatili, i palmari ma anche gli armadietti o i cassette della scrivania utilizzati dal dipendente durante l'ordinaria attività lavorativa. Il controllo finalizzato all'accertamento delle presunte condotte illecite potrà avvenire nei limiti delle dotazioni di pertinenza aziendale escludendosi, pertanto, qualsiasi forma di controllo che ricada su proprietà personali del dipendente¹⁹¹. Risulta comunque necessario che l'attività di repertamento delle informazioni e dei dati contenuti nelle pertinenze aziendali sottoposte a controllo, ad esempio il palmare, avvenga secondo precise modalità garantiste che consentano di preservarne il contenuto e al contempo ne assicurino l'ostensione in qualsiasi sede giudiziaria¹⁹².

4. Profili processuali penali.

4.1. Il ruolo dell'Internal Audit nel procedimento penale delle società.

Si è detto in precedenza di come l'OdV e l'*Internal Audit*, nell'espletamento dei rispettivi incarichi, debbano accuratamente documentare il complesso delle attività svolte sia per fornire all'Organo amministrativo il resoconto del proprio operato, investendolo così delle criticità rilevate al fine di promuovere la strutturazione e l'attivazione di un piano di revisione, sia per la concreta possibilità che l'attività dagli stessi svolta possa costituire la "prova" del corretto adempimento dell'obbligo di

¹⁹¹ In questo senso A. JANNONE, op. ult. cit., p. 184-185.

¹⁹² Si ritiene, ad esempio, un buona prassi nella procedura di estrazione di informazioni da un *tablet* o palmare – ai fini di una corretta utilizzabilità di quanto emerso – che il prelievo avvenga secondo i seguenti *step*: «1. apertura e visualizzazione della posta elettronica; 2. estrazione dell'*hard disk* in presenza del dipendente e di una persona di sua fiducia; 3. repertamento del supporto e stesura di un verbale delle operazioni; 4. convocazione del dipendente per la realizzazione di una copia immagine dell'*hard disk* con apertura del reperto, utilizzo per l'operazione di *software* certificati, come per esempio l'*Encase*, per assicurare l'inalterabilità dei dati e la loro perfetta corrispondenza all'originale, verbale delle operazioni». Così testualmente, A. JANNONE, op. ult. cit., p. 177.

vigilanza, così come la "prova" dell'adeguatezza del Modello o comunque delle altre circostanze idonee a consentire l'immunità all'ente da addebiti amministrativi¹⁹³. Una documentazione, tuttavia, che non si potrà stabilire a priori se sia *pro* o *contra* l'ente, ben potendo l'*Internal Audit* o l'OdV custodire elementi in grado di dimostrare, in un ipotetico futuro procedimento, l'inadeguatezza dell'impianto prevenzionistico adottato dalla società.

Le difficoltà sorgono, dunque, in relazione al fatto che tutti gli atti e i documenti redatti dall'*Internal Audit* e quindi, i verbali, le relazioni, i *report* e la corrispondenza, presenti negli archivi societari, possono finire nel "mirino" dell'organo inquirente¹⁹⁴ ed essere sottoposti, agevolmente, ad apprensioni coattive. Le risultanze ottenute dall'*Internal Audit* a seguito del processo investigativo interno, archiviati magari nell'ufficio dell'Organismo di Vigilanza, costituiscono infatti «bocconcino appetibile»¹⁹⁵ per il pubblico ministero che, nella volontà di avvalorare la propria ipotesi accusatoria, potrà disporre dei penetranti mezzi di ricerca della prova che Libro III, Titolo III del codice di rito mette a disposizione. Potranno infatti essere disposte, con decreto motivato, ispezioni (art. 244 c.p.p. e ss.), perquisizioni (art. 247 c.p.p. e ss.), richieste di consegna, qualora abbiano ad oggetto cose determinate (art. 248 c.p.p.), così come potrà essere disposto il sequestro probatorio del *corpus delicti* e delle cose pertinenti al reato (art. 253 c.p.p.)¹⁹⁶.

¹⁹³ R. DUZIONI, op. cit., p. 51-52.

¹⁹⁴ Gli archivi societari costituiscono infatti il «naturale terreno di caccia del pubblico ministero». Così testualmente, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 152.

¹⁹⁵ In questi termini, R. DUZIONI, op. cit., p. 61.

¹⁹⁶ M. CALLERI, op. cit., p. 75. In senso conforme, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 153. L'Autore ravvisa proprio negli atti e nella documentazione dell'*Internal Audit* il rispetto «almeno in astratto del requisito di pertinenza all'oggetto dell'indagine che ne giustifica la richiesta di consegna o il sequestro probatorio». Si consideri infatti quanto ribadito da Cass. pen., Sez. IV, 17 novembre 2010, Rossini, in *C.e.d. Cass.*, n.249487, «tra le "cose pertinenti al reato" rientrano tutte quelle che sono in rapporto indiretto con la fattispecie criminosa concreta e risultano strumentali all'accertamento dei fatti, ovvero quelle necessarie alla dimostrazione del reato e delle sue modalità di preparazione ed esecuzione, alla conservazione delle tracce, all'identificazione del colpevole, all'accertamento del movente ed alla determinazione dell'"*ante factum*" e del "*post factum*" comunque ricollegabili al reato, pur se esterni all'"*iter criminis*", purché funzionali all'accertamento del fatto ed all'individuazione dell'autore».

Si tratta infatti di documentazione aziendale pienamente sequestrabile, dal momento che l'*Internal Audit*¹⁹⁷ non potrà beneficiare del particolare regime garantista assicurato all'attività investigativa svolta dal difensore e dagli ausiliari da questi incaricati¹⁹⁸. Non trovano infatti applicazione l'art. 103 c.p.p., che prevede limitazioni alla possibilità di disporre ispezioni, perquisizioni e sequestri presso l'ufficio del difensore, se non a particolari condizioni¹⁹⁹, così come non è estendibile all'*Internal Audit* il disposto dell'art. 256 c.1 c.p.p., che statuisce la possibilità di non ottemperare alle richieste di consegna – di atti, documenti, dati, informazioni o delle altre cose esistenti presso di essi – opponendo, per iscritto, il segreto professionale di cui all' art. 200 c.p.p.²⁰⁰. Si ha cura di precisare, peraltro, come tale privilegio possa comunque essere superato, in base al disposto del comma successivo dell'art. 256 c.p.p., qualora l'autorità giudiziaria abbia «motivo di dubitare della fondatezza» della dichiarazione nella quale sia stato fatto valere il segreto professionale e ritenga «di non potere procedere senza acquisire gli atti, i documenti o le cose indicati nel comma 1»²⁰¹. Se in seguito agli accertamenti così disposti emerge che la dichiarazione risulti infondata, si potrà procedere con il sequestro²⁰².

¹⁹⁷ Si ha cura di precisare che tale regime garantista oltre a non potersi applicare ovviamente anche ai membri dell'OdV, non trova applicazione neppure per le attività svolte dal legale d'impresa, considerato a tutti gli effetti un dipendente della società. Non essendo investito del mandato difensivo, non potrà né assistere né rappresentare l'ente. Così G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. cit., p. 275; E. M. MANCUSO, op. cit., p. 230.

¹⁹⁸ Il regime normativo garantista, valevole per il difensore, potrà applicarsi a consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati solamente a condizione che gli stessi, in ossequio a quanto stabilito all'art. 222 disp. att. c.p.p., abbiano comunicato il proprio mandato all'autorità giudiziaria procedente. Così, A. JANNONE, *231 e difesa post delictum*, cit., p. 52.

¹⁹⁹ L'art. 103 c.p.p. prende in considerazione quali uniche condizioni in cui sono consentite ispezioni e perquisizioni presso gli uffici dei difensori quando: «a) quando essi o altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio sono imputati (60), limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito; b) per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate».

²⁰⁰ Sul punto di veda M. CERESA-GASTALDO, op. loc. ult. cit.

²⁰¹ Cfr. Art. 256 c.2 c.p.p.

²⁰² Si veda a tale proposito G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, loc. cit.; E. M. MANCUSO, op. cit., p. 229.

Si dà il caso, che la disposizione di sequestri o la richiesta di documentazione non costituiscano l'unica via attraverso la quale l'attività dell'*Internal Audit* faccia il proprio ingresso nel procedimento penale all'ente.

Infatti, gli *internal auditors*, i componenti dell'OdV, e in generale tutti i soggetti appartenenti all'organizzazione – eccezion fatta per il legale rappresentante della società al quale vengono estese le garanzie dell'imputato ex art. 35, D.Lgs. 231/2001 – potranno essere sentiti in qualità di persona informata sui fatti, qualora l'organo di Polizia Giudiziaria dovesse ritenere necessario sottoporli ad audizioni per assumere informazioni poiché ritenuti in grado di «riferire circostanze utili ai fini delle indagini» (art. 351 c.p.p.). Allo stesso modo potranno essere esaminati in qualità di testimoni nel corso del dibattimento, secondo quanto disposto dagli art. 499 c.p.p. e ss.²⁰³.

Tali soggetti, non essendo coperti né dalle garanzie previste per il legale rappresentante della società – incompatibile ad assumere la veste di testimone, peraltro solo nei casi contemplati dall'art. 44 c.1, D.Lgs. 231/2001²⁰⁴ – né dalla disposizione afferente il segreto professionale ex art. 200 c.p.p. – il cui elenco dei soggetti ivi contenuto si ritiene abbia natura tassativa²⁰⁵ – non potranno validamente

²⁰³ A. JANNONE, *Corruzione, frodi aziendali e frodi sociali*, cit., p. 216.

²⁰⁴ Si ha cura di precisare come il decreto abbia invece espressamente previsto la compatibilità con l'ufficio di testimone per il legale rappresentante della società che non rivestiva tale carica al momento della commissione dell'illecito. Ad un'analisi più approfondita è stato infatti segnalato che «sarebbe derisorio, lesivo del diritto di difesa se, dopo aver riconosciuto all'ente le garanzie dell'imputato, si costringesse a testimoniare chi lo personifica e gli dà voce nel processo». Così testualmente, P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 238.

²⁰⁵ L'art. 200 c.p.p. ricomprende tra le categorie ricoperte dal segreto professionale «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». Vengono dunque esclusi da questo elenco, avente carattere di tassatività, i membri dell'OdV, così come dell'*Internal Audit*, non rientrando neppure nella categoria prevista dalla lettera d) in quanto, allo stato attuale delle cose, non sono intervenute leggi speciali che abbiano riconosciuto il diritto di astensione a tali soggetti. A parere di chi scrive, si ritiene particolarmente critica la situazione vigente in quanto OdV e *auditors*, proprio in ragione della professione che svolgono, vengono a conoscenza di informazioni vitali per la "sopravvivenza" stessa della società.

opporsi alle richieste di deposizione su «circostanze o fatti noti», anche *de relato*, da parte del P.m. o del Giudice²⁰⁶. È ravvisabile quindi un dovere di collaborazione in capo agli stessi²⁰⁷, essendo tenuti a riferire tutto quanto da loro conosciuto in ragione della propria attività di verifica, senza nulla omettere. Il che comporta il sorgere di una situazione caratterizzata da particolare criticità, dal momento che potrebbero essere costretti a rivelare fatti che possono andare a detrimento dell'ente²⁰⁸, per non incorre in addebiti di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), ovvero di false informazioni al pubblico ministero (371-*bis* c.p.) qualora si rientri nell'ambito delle indagini preliminari.

Si pensi alla situazione tipica in cui a seguito della lettura dei verbali dell'intervista trascritta dall'*auditor* siano emerse circostanze tali da suscitare nel P.m. la necessità di ulteriori approfondimenti per chiarire il quadro dell'indagine; in questi casi potrà decidere di sentire sia il dipendente intervistato che lo stesso membro dell'*Internal Audit*²⁰⁹. Peraltro, anche qualora si opti per recuperare il verbale redatto dall'*auditor* attraverso il colloquio documentato con il difensore *ex art. 391-bis*, travasando le risultanze dell'attività investigativa fino a quel momento svolta²¹⁰, non si potranno comunque scongiurare accertamenti autonomi dell'organo inquirente, dal momento che l'attività investigativa non è stata comunque effettuata «*ab origine* da un soggetto indicato nell'art. 200 c.p.p.»²¹¹. Ne discende che l'*auditor* potrà essere così sentito sui fatti dallo stesso conosciuti in ragione dell'attività professionale, così come potrà essere sottoposta ad apprensione coattiva la documentazione dallo stesso raccolta e prodotta, non operando sul punto gli art. 103 e 256 c.p.p.

Si tiene a precisare, poi, come la deposizione dell'*Internal Audit* possa avvenire non solamente in quanto richiesta dall'inquirente, ma possa anche discendere dalla convocazione effettuata dal difensore dell'ente che abbia individuato nel componente

Potrebbe dunque ritenersi giustificata un'estensione del privilegio anche a tali categorie di professionisti.

²⁰⁶ Si veda R. DUZIONI, *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁷ G. CASARTELLI, *L'organismo di vigilanza nel modello 231*, dattiloscritto per la Scuola Superiore della Magistratura, in *www.ca.milano.giustizia.it*, 14 maggio 2014, p. 28.

²⁰⁸ Si veda R. DUZIONI, *loc. cit.*

²⁰⁹ Si veda a tale proposito, R. DUZIONI, *loc. cit.*

²¹⁰ In questo senso, A. JANNONE, *231 e difesa post delictum*, *cit.*, p. 53.

²¹¹ Così testualmente R. DUZIONI, *op. cit.* p. 55.

del team di *Audit* un possibile testimone a favore del proprio assistito. Si ricorda, a tal proposito, che qualora la richiesta di deposizione avvenga in sede di indagini difensive, l'*auditor* non avrà alcun obbligo di presentarsi d'innanzi al difensore e di rendere dichiarazioni così come previsto dall'art. 391-*bis* c.3 c.p.p., mentre nel caso in cui la convocazione avvenisse nelle forme della citazione dibattimentale, in questi casi l'obbligo sussisterebbe in ragione dell'inserimento «nella lista dei testi autorizzati dal presidente»²¹²

Nell'escussione della testimonianza l'*auditor*, in qualità di teste²¹³, potrà essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto alla memoria, i documenti da lui redatti così come previsto dall'art. 499 c.5 c.p.p. Sebbene non richiesto dal dato normativo, la prassi giudiziaria esige sovente, ai fini della consultazione, che il documento sia stato sottoscritto da chi l'ha redatto²¹⁴. Punto che crea non pochi attriti con la prassi professionale degli *internal auditors*, dal momento che non viene generalmente contemplato, quale obbligo, quello di firmare le relazioni e i documenti²¹⁵. Si ritiene comunque opportuno che l'*auditor*, in sede di redazione dei *report*, operi già nell'ottica di un possibile procedimento, contemplando l'ipotesi che possa essere chiamato a testimoniare su quanto da lui appreso in ragione della propria attività di indagine, sottoscrivendo così gli atti da lui redatti²¹⁶.

²¹² A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 216.

²¹³ Si ricorda, inoltre, come i membri dell'*Internal Audit* potranno configurarsi quali «testi sostanzialmente qualificati, ossia dotati di maggior credibilità intrinseca, non essendovi alcuna valida ragione di dubitare sulla genuinità di chi riferisce quanto visto, sentito e fatto, nell'esercizio di un'attività professionale, incluso ciò che sia stato loro riferito direttamente dal dipendente, presunto responsabile del reato», così testualmente, A. JANNONE, *231: gestione post evento e controlli sui dipendenti*, cit., p.249.

²¹⁴ Così A. JANNONE, *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, cit., p. 215. In senso contrario Cass. pen., Sez. II, 1 Aprile 1999, Ventrice, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, (3), p. 376, «L'art. 499, 5° comma, c.p.p., nel prevedere che «il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto alla memoria, documenti da lui redatti», richiede soltanto che trattisi di documenti alla cui redazione il teste abbia effettivamente contribuito, pur se non li abbia poi sottoscritti [...]».

²¹⁵ Cfr. A. JANNONE, op. loc. ult. cit

²¹⁶ A. JANNONE, op. loc. ult. cit.

Per quanto concerne invece il regime di utilizzabilità probatoria delle risultanze emerse a seguito dell'attività d'indagine condotta dalla Funzione di *Internal Audit* si rendono necessari alcuni chiarimenti.

Innanzitutto, gli atti e i risultati dell'attività investigativa interna che non sia stata *ab origine* finalizzata ad una «diretta utilizzazione processuale» – non essendovi stato il conferimento di un apposito mandato per svolgere indagini difensive penali – potranno trovare accesso nell'ambito processuale «al pari di ogni altra prova documentale»²¹⁷.

Compito del difensore sarà dunque quello di valutare i risultati delle verifiche condotte dall'*Internal Audit* ed individuare gli elementi di prova che possano ritenersi utili rispetto alle esigenze difensive dell'ente, in considerazione, ad esempio, di quello che potrebbe essere emerso in sede di contestazione dell'illecito amministrativo *ex art. 59 D.Lgs. 231/2001*²¹⁸. I verbali delle interviste, così come le registrazioni, anche occulte, dei colloqui con gli esponenti dell'ente, pur non essendo direttamente utilizzabili in ambito processuale poiché non acquisite nel rispetto delle formalità enucleate agli art 391-*bis* c.p.p. e ss., potranno cionondimeno determinare l'individuazione dei soggetti coinvolti nella vicenda illecita ovvero le figure che potranno eventualmente assumere le vesti di testimone²¹⁹. D'altronde è proprio l'assenza delle peculiari formalità e della formulazione degli avvertimenti richiesti dagli art. 391-*bis* c.p.p. e ss. che impedisce all'attività dell'*auditor* di essere garantita circa provenienza e contenuto²²⁰. Situazione che muterebbe, invece, qualora l'attività d'indagine fosse stata «svolta con il cappello delle investigazioni difensive» essendo consentita, in questo secondo caso, la «piena ostensione in sede procedimentale (e processuale)», dal momento che gli atti compiuti e i verbali dei colloqui potranno rientrare, a discrezione del difensore, nel fascicolo formatosi ai sensi dell'art. 391-*octies* c.p.p.²²¹.

²¹⁷ Così testualmente, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 237.

²¹⁸ Si veda sul punto E. M. MANCUSO, loc. cit.

²¹⁹ Così, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 238.

²²⁰ Si ricordi che il dipendente intervistato dall'*Internal Audit* «non ha l'obbligo di dire la verità», come del resto l'*auditor* non ha l'obbligo giuridico di riportare in modo fedele ed integrale le informazioni raccolte, con conseguenti dubbi processuali in merito alla genuinità, fedeltà e completezza del documento» Così testualmente, R. DUZIONI, loc. cit.

²²¹ In questi termini E. M. MANCUSO, op. cit., p. 236-238.

4.2. I benefici derivanti dall'attività investigativa interna nel procedimento penale delle società.

La ricostruzione dell'istituto delle investigazioni interne societarie, offre spunti di riflessione nell'individuazione di quali possano essere gli incentivi, o meglio, i benefici che l'ente potrebbe trarre a fronte dello svolgimento di questa attività. Si è già detto di come l'attività investigativa rivesta un ruolo di primo piano nell'ottica di prevenzione delle condotte illecite ma risulta non così evidente, invece, quale sia il ruolo che la stessa possa ricoprire nella particolare sede processuale.

Premessa, inevitabile, prima di addentrarsi in una simile analisi, è la constatazione dell'assenza di riferimenti legislativi espressi nel testo del decreto, un vuoto normativo che il legislatore non ha mai colmato, nemmeno negli anni a venire, lasciando gli operatori incerti circa la reale utilità di un'attività investigativa svolta in seno all'ente.

La scelta di procedere con condotte proattive tese – a fronte della segnalazione interna della notizia di un comportamento penalmente illecito e sanzionabile anche nell'ottica del D.Lgs. 231/2001 – ad una volontaria collaborazione con la pubblica accusa, porgendole i risultati di quanto emerso dall'indagine, si scontra con tale vuoto normativo e finisce per essere considerata "mossa azzardata". Il P.m., infatti, acquisirebbe una *notitia criminis* a lui prima sconosciuta, con annesso l'avvio dell'attività d'indagine²²² che, nonostante sia stimolata da una spontanea denuncia, potrebbe cionondimeno portare ad esiti infausti per l'ente. Non potrebbe infatti escludersi, a priori, la possibilità che l'ente risulti comunque destinatario di una richiesta di applicazione di misure cautelari²²³ a fronte, proprio, della attività investigativa integrativa condotta autonomamente dal P.m. grazie ai potenti strumenti coercitivi di cui dispone. Ne consegue, dunque, un diffuso scetticismo da parte degli operatori rispetto a forme di collaborazione su base volontaria dal

²²² La spontanea collaborazione della società con denuncia all'autorità dell'illecito interno rientrerebbe nell'ordinaria dinamica di acquisizione di una *notitia criminis* per l'organo inquirente. Si veda, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 223.

²²³ F. CENTONZE-M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 288.

momento che le stesse assumono maggiormente la connotazione di un disincentivo²²⁴ piuttosto che di un incentivo²²⁵.

Risulta spontaneo domandarsi, a questo punto, quali siano i motivi che dovrebbero indurre la società ad effettuare indagini interne, ma soprattutto per quale ragione l'ente dovrebbe investire della notizia di reato il pubblico ministero, atteso che da un lato, non sussistono apparentemente incentivi ricavabili a seguito della *voluntary disclosure*; dall'altra, per espressa previsione del decreto, sono estese all'ente tutte le garanzie previste per l'imputato tra cui spicca il principio fondamentale del *nemo tenetur se detegere*, non essendo dunque l'ente obbligato ad affermare la propria responsabilità²²⁶.

Innanzitutto, si può rilevare come l'attivazione tempestiva dell'iniziativa investigativa possa porre il *management* nella migliore condizione per ponderare – a fronte della rinvenuta violazione della normativa penale – quale strategia difensiva eventualmente adottare, che potrà sostanziarsi nella volontà di non denunciare l'accaduto alle autorità²²⁷ nella speranza che la commissione del fatto reato rimanga nella sempre elevata c.d. «cifra nera»²²⁸ delle condotte mai perseguite, oppure potrà più diligentemente – o semplicemente in base ad un'analisi costi-benefici²²⁹ – affrontare un percorso di cooperazione con l'autorità giudiziaria funzionale all'accesso alle condotte riparatorie delineate al decreto²³⁰.

²²⁴ Così E. M. MANCUSO, op. ult. cit., p. 223-224.

²²⁵ A. N. MARTIN, op. cit., p. 83 e ss.

²²⁶ Il legislatore delegato ha infatti previsto, all'art. 35 del D.Lgs. 231/2001, l'estensione di tutte le garanzie previste per l'imputato, in quanto compatibili, anche all'ente, e tra queste è sicuramente annoverabile il divieto contra l'autoincriminazione, fermo restando le peculiarità di cui all'art. 44 del decreto.

²²⁷ Si ricordi infatti che non vige un obbligo di rivelazione delle risultanze emerse in sede di investigazioni interne, eccezion fatta per quanto viene richiesto all'OdV in relazione alle prescrizioni contenute nella normativa antiriciclaggio che sanzionano, penalmente, la mancata segnalazione alle autorità.

²²⁸ Così A. ALESSANDRI, *Diritto Penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 61.

²²⁹ Si veda a proposito, L. SANTA MARIA-M.VIZZARDI, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2010.

²³⁰ In questi termini, E. M. MANCUSO, op. ult. cit., p. 223.

Il legislatore ha infatti previsto, quale strumento di persuasione per un ritorno dell'ente sulla via della legalità²³¹, oltre alla potente minaccia²³² derivante dallo strumento cautelare²³³, la previsione di benefici premiali riconnessi ad adempimenti riparatori, risarcitori e riorganizzativi, che rappresentino un «ravvedimento operoso»²³⁴ dell'entità collettiva, la quale contro-agisce «elidendo e riparando i complessivi effetti» pregiudizievoli dalla stessa cagionati adoperandosi, dunque, al fine di ripristinare lo «*status quo ante delictum*»²³⁵.

Le disposizioni a cui si fa riferimento sono quelle individuabili agli art. 12 c.2 e 17 del D.Lgs. 231/2001 che prevedono rispettivamente una circostanza attenuante e le cause di esclusione dall'applicazione delle sanzioni interdittive.

Il disposto dell'art. 12 c.2 contempla infatti una riduzione dell'entità della pena pecuniaria, da un terzo alla metà, quando intervenga il risarcimento integrale del danno affiancato dall'eliminazione, riuscita o tentata, delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero qualora l'ente abbia implementato e reso operativo un Modello Organizzativo «idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi»;

²³¹ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 41.

²³² Secondo, M. CERESA-GASTALDO, *Processo penale ed accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, (5), p. 2239, lo strumento cautelare nel processo alle società costituirebbe «una vera e propria minaccia» alla luce della «forza intimidatoria decisamente potenziata dai tempi e dai modi dell'intervento cautelare».

²³³ Nelle forme dei sequestri preventivo ex art. 53, conservativo ex art. 54 e delle misure cautelari interdittive previste agli art. 45 e ss. In senso conforme ad una ricostruzione dell'impianto complessivo del decreto che ha di mira il recupero dell'ente ed il suo ritorno sulla strada della legalità, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 219; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS-G. P. VOENA, vol. XLVII, Milano, 2012, p. 187 e ss.

²³⁴ Ravvedimento definito operoso perché ricollega benefici premiali alla dimostrazione concreta da parte dell'ente di aver eliminato le carenze organizzative e di aver adottato iniziative volte a prevenire la commissione di reati in futuro, A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 241 e ss. L'Autore sebbene riconosca che alcuni tratti della legge abbiano di mira la riabilitazione degli enti, esprime la propria perplessità circa l'idea di una rieducazione della persona giuridica.

²³⁵ In questi termini, M. PANASITI, *Art. 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p. 356-357. Si veda anche S. R. PALUMBIERI, *Art. 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI-G. GARUTI-P. VENEZIANI, Torino, 2010, p. 223 e ss.

pena, che potrà essere ulteriormente ridotta dalla metà ai due terzi, qualora concorrano entrambe le condizioni sopra citate.

L'art. 17, invece, subordina l'esclusione dall'applicazione delle sanzioni interdittive, ma non di quelle pecuniarie, alla contestuale presenza: del risarcimento integrale del danno e dell'eliminazione – ancora una volta riuscita o tentata – delle conseguenze dannose o pericolose del reato; dell'eliminazione delle carenze organizzative determinanti nella commissione del reato mediante l'implementazione di Modelli Organizzativi idonei; della messa a disposizione, ai fini della confisca, del profitto conseguito. Gli adempimenti così richiesti impongono all'ente di adoperarsi, virtuosamente, *pro futuro*, attraverso una riorganizzazione interna che sia in grado di superare le carenze ed elidere i fattori di rischio determinanti della condotta verificatasi²³⁶.

Tuttavia, entrambe le ipotesi previste dal decreto individuano un limite temporale "stringente" entro cui procedere agli adempimenti riparatori, essendo l'infatti l'ente obbligato a dimostrare l'esistenza delle condizioni – salvo quanto individuato dall'art. 65 e dall'art. 78²³⁷ – «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado». Si tratta di uno «sbarramento processuale»²³⁸ fonte di non pochi problemi dal punto di vista sistematico, dal momento che l'ente necessiterebbe di «un congruo tempo per attivarsi in tal senso»²³⁹, mentre le disposizioni afferenti la conoscenza del procedimento individuano il momento della notifica solamente ad indagini

²³⁶ L. D. CERQUA, *Art. 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p. 291.

²³⁷ Il decreto prevede due ipotesi tipiche in cui la persona giuridica pur non essendo riuscita ad ottemperare alle condizioni previste all'art. 17 nelle tempistiche previste dal decreto possa comunque accedere ai benefici premiali. L'art. 65 prevede la sospensione del processo qualora l'ente dimostri di essere stato nell'impossibilità di provvedere alle condizioni di cui all'art. 17 prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. L'art. 78 prevede invece la possibilità di richiedere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria, qualora l'ente ponga in essere le condotte di cui all'art. 17 entro 20 giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza.

²³⁸ Così, M. PANASITI, op. ult. cit. p. 374.

²³⁹ Così testualmente, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 151.

concluse²⁴⁰, incidendo in modo evidente sulla reale possibilità per l'ente di accedere ai benefici premiali²⁴¹.

Una valida soluzione pratica potrebbe essere costituita dall'aver effettuato attività investigative antecedentemente rispetto all'informazione di garanzia ex art. 57 D.Lgs. 231/2001. Infatti, in base alle risultanze delle indagini interne potrebbero essere emersi elementi tali da giustificare procedure di revisione del Modello e quindi l'attivazione di un c.d. *Remediation Plan* volto a sopperire alle lacune organizzative così evidenziate. L'attivazione di un piano di revisione che raggiunga risultati efficienti in termini organizzativi potrebbe così dimostrarsi elemento chiave nell'indurre il giudice a ritenere soddisfatte – qualora accompagnata dalle altre condotte demandate dagli art. 12 c.2 e 17 – le condizioni richieste ai fini dell'accesso ai benefici legati agli adempimenti riparatori.

Si consideri poi il fatto che il legislatore abbia optato per una valorizzazione delle condotte solamente in una prospettiva «*post delictum*»²⁴², quando l'ente risulti già inserito nella "cornice" procedimentale, mentre nulla dispone il decreto in merito alle condotte che potrebbero trovare una contestualizzazione temporale antecedente all'avvio del procedimento²⁴³. La critica che potrebbe essere mossa è proprio quella di non avere avvalorato, attraverso un'apposita disposizione di natura premiale, l'operosità preventiva dell'ente che prima dell'inizio del procedimento abbia già corretto le proprie carenze nell'impianto prevenzionistico. In altre parole, la condotta proattiva dell'ente, che non aspetti la notifica dell'informazione di garanzia per attivarsi nel ripristino della legalità, non viene premiata in maniera differente rispetto a quella dell'ente che si sia attivato in quanto soggetto indagato.

La scelta di procedere con un'attività investigativa interna potrebbe comunque essere giustificata dalla volontà di potere ottenere un trattamento più mite in sede di

²⁴⁰ Salvo i casi espressamente previsti dalla normativa per cui la notifica dell'avvio di un'indagine sia comunicata ex art. 55, D.Lgs. 231/2001 su richiesta dell'ente o del suo difensore.

²⁴¹ In questo senso, M. CERESA-GASTALDO, op. loc. ult. cit.

²⁴² R. DUZIONI, op. cit., p. 52.

²⁴³ In questo senso E. M. MANCUSO, op. cit., p. 223-224. L'autore rileva come il decreto, agli art. 17, 65, ma anche all'art. 12, prenda solamente in considerazione la situazione peculiare in cui il procedimento all'ente abbia già avuto inizio, senza tenere conto della fase genetica del procedimento che non verrebbe contemplata e quindi valorizzata.

condanna, escludendosi, ad esempio, l'applicazione di sanzioni interdittive perché non si rinvergono le condizioni di cui all'art. 13. Si pensi al caso in cui non siano state riscontrate le gravi carenze organizzative poiché l'ente si è immediatamente attivato, a seguito della scoperta della violazione, nell'adozione di misure correttive. La scelta investigativa potrebbe anche costituire elemento dirimente per «ottenere il lasciapassare per l'accesso a un concordato di pena pecuniaria»²⁴⁴ ex art. 63, ma soprattutto potrebbe scongiurare l'applicazione – o comportare la revoca²⁴⁵ – di misure cautelari interdittive, dal momento che potrebbero non rinvenirsi le condizioni richieste dalla normativa ai fini dell'applicabilità. Quest'ultimo aspetto dovrebbe ritenersi tutt'altro che trascurabile, in considerazione dell'incisività che lo strumento cautelare interdittivo, nelle sue varie declinazioni, potrebbe avere sul piano dell'operatività dell'ente²⁴⁶, oltre al correlato danno reputazionale derivante dalla notizia che l'ente sia stato raggiunto dall'applicazione di una misura cautelare.

Si è avuto modo di vedere come l'attività d'indagine interna possa essere funzionale all'ente nel provare determinate condizioni strumentali all'accesso ai benefici premiali o ad un trattamento più mite. L'attività investigativa trova, in realtà, un'ulteriore e importante *ratio* giustificatrice derivante dalla possibilità di inquadrare l'ente quale soggetto attivo sul versante della ricerca degli elementi di prova²⁴⁷ utili alla propria difesa.

L'ente potrebbe infatti sostenere, sulla base delle evidenze raccolte in sede di indagine interna: l'idoneità ed efficace attuazione del Modello (art. 6. c.1 *lett. a*)), che l'osservanza dell'obbligo di vigilanza e aggiornamento del Modello è stato assolto

²⁴⁴ Così testualmente, E. M. MANCUSO, op. cit., p. 223.

²⁴⁵ L'art. 50, D.Lgs. 231/2001 prevede le ipotesi della revoca e della sostituzione delle misure cautelari. La revoca viene disposta, anche d'ufficio, qualora siano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di cui all'art. 45 ovvero qualora siano state assolte le condizioni di cui all'art. 17. La sostituzione ricorre qualora le esigenze cautelari risultino attenuate, ovvero qualora la misura applicata non risulti più proporzionata. In questi casi il giudice, su richiesta delle parti, sostituisce la misura con un'altra meno grave o secondo modalità meno gravose.

²⁴⁶ L'ente potrebbe, ad esempio, vedersi sospendere le proprie concessioni o licenze, ovvero potrebbe subire il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o di pubblicizzare beni o servizi, oltre ai casi di interdizione dall'esercizio dell'attività. Ipotesi che potrebbero anche determinare la cessazione dell'attività dell'ente.

²⁴⁷ In questo senso, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 153.

diligentemente attraverso l'istituzione di un Organismo autonomo dell'ente (art. 6 c.1 *lett.b*) e *lett.d*) e che vi è stato, da parte degli autori del reato, un aggiramento doloso delle previsioni interne (art. 6 c.1 *lett.c*); riuscendo così ad assolvere l'*onus probandi* incombente in caso di reato presupposto consumato da soggetti in posizione apicale. Allo stesso tempo potrebbero essere emersi elementi in grado di dimostrare l'esistenza della causa di esclusione della responsabilità prevista ai sensi dell'art. 5 c.2, in quanto l'autore del reato presupposto ha «agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi», ovvero elementi dai quali si evinca che la condotta dell'ente è risultata dirimente nell'impedire «il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento» ex art. 26 c.2, escludendosi così la responsabilità amministrativa²⁴⁸.

A ciò si aggiunga il fatto che lo stesso espletamento di attività investigativa interna costituisce un elemento che il giudice potrà porre a fondamento della propria valutazione sull'efficace attuazione del Modello²⁴⁹. Potrebbe infatti dimostrarsi elemento chiave, per ottenere un vaglio positivo dell'organo giudicante, l'avere sempre ed effettivamente investigato le violazioni riscontrate in sede di segnalazione²⁵⁰. Una simile attività, infatti, contribuisce al mantenimento virtuoso nel tempo dell'efficacia del Modello, quale presidio di controllo operante in una prospettiva dinamica²⁵¹.

In conclusione si prende atto dell'esistenza di benefici, derivanti dall'attività investigativa interna, che prescindono dalla sfera processuale e che possono essere definiti "*soft*". L'accertamento e la repressione dei fenomeni criminosi è infatti emblematica di come l'impresa voglia lanciare un segnale al mercato di correttezza, attraverso la stigmatizzazione delle condotte illecite interne che, non volontariamente, ha ospitato²⁵². Al contempo, la persecuzione dei comportamenti devianti, è funzionale a rafforzare un messaggio interno di «tolleranza zero»²⁵³ che,

²⁴⁸ Si veda a tale proposito, M. CERESA-GASTALDO, op. ult. cit., p. 153-154.

²⁴⁹ Così R. DUZIONI, op. cit., p. 52.

²⁵⁰ Così, A. CATTANEO, op. cit., p. 4.

²⁵¹ Si veda B. ASSUMMA-M. LEI, *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p.185.

²⁵² Così, G. DI GARBO-F. GAUDINO-E. M. MANCUSO-M. VASILE, op. cit. p. 249.

²⁵³ In questi termini, F. COTTONE-M. MANTOVANI, op. cit., p. 19

se positivamente assimilato dai componenti dell'ente collettivo, può portare alla diffusione di una cultura interna di legalità ed eticità.

CAPITOLO QUARTO

CENNI COMPARATIVI: LA *CRIMINAL CORPORATE LIABILITY* E LE *INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS* NEL PANORAMA GIURIDICO STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. La *criminal corporate liability* negli Stati Uniti. – 1.1. La responsabilità penale degli enti e i criteri imputativi. – 1.2. Le *Federal Sentencing Guidelines* (FSG) e *Compliance and Ethics Programs*. – 2. Le *internal corporate investigations*. – 2.1. Le indagini interne e la cooperazione pubblico-privato. – 2.2. I vantaggi del “*self reporting*” e della collaborazione attiva dell’ente. – 2.3. Gli elementi distorsivi del sistema degli incentivi. – 2.4. Un possibile trapianto del modello premiale statunitense.

1. La *criminal corporate liability* negli Stati Uniti.

1.1. La responsabilità penale degli enti e i criteri imputativi.

Nel corso del secondo capitolo si era avuto modo di constatare come il dogma *societas delinquere non potest* avesse caratterizzato per secoli i paradigmi punitivi delle culture giuridiche di *civil law* e *common law*¹.

I repentini cambiamenti economico-sociali scaturenti dalla rivoluzione industriale avevano portato al fiorire di una tipologia di criminalità, eccezionalmente più pericolosa e legata indissolubilmente al fenomeno dell’organizzazioni complesse, a cui i tradizionali schemi sanzionatori – previsti per le persone fisiche – non riuscivano a porre alcun rimedio. Sebbene la problematica fosse sorta in quasi tutti i paesi industrialmente avanzati, la scelta di abbandonare le categorie classiche del diritto

¹ Il celebre inciso attribuito a *Sir Edward Thurlow* – «*no soul to be damned, no body to be kicked*» – esprimeva in modo estremamente chiaro quello che era il pensiero predominante nel corso del XVIII sec. in Gran Bretagna. Si veda a tale proposito, A. ALESSANDRI, *Diritto Penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 201.

per “abbracciare” un concetto di responsabilità penale delle entità collettive, fu prerogativa della cultura giuridica di matrice anglosassone². Precursori in senso assoluto furono i tribunali di Sua Maestà, la Regina di Inghilterra³, ma ciò che stava accadendo oltremarica venne ben presto recepito dalla giurisprudenza del “nuovo continente”.

Il primo riconoscimento della *criminal corporate liability* negli Stati Uniti si ebbe con la celeberrima pronuncia della Corte Suprema del 1909 – *New York Central & Hudson River Railroad*⁴ – con la quale veniva statuito come gli atti o le omissioni dei dipendenti della società, commessi nell’esercizio delle mansioni lavorative, dovevano essere considerati, a tutti gli effetti, come se posti in essere dall’ente collettivo⁵. Venne esteso, senza troppe difficoltà, il principio del *respondeat superior* tipico del diritto civile all’ambito penale, delineando così un paradigma di responsabilità vicaria dell’ente per i fatti commessi dai propri dipendenti⁶. Nonostante la menzionata pronuncia non avesse operato alcun distinguo in merito all’interesse che aveva mosso l’agente nel compiere il reato, proprio o della società⁷, le elaborazioni giurisprudenziali successive portarono ad includere tra gli elementi qualificanti la responsabilità dell’ente, il fatto che il dipendente avesse agito, almeno in parte, al fine di recare un vantaggio alla persona giuridica, il c.d. *intent to benefit*⁸.

² Si veda D. PATAMIA, *Corporate Crime Trial: il processo penale a carico degli enti nell’esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – I° parte*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, p. 1.

³ Il primo riconoscimento della responsabilità degli enti si ebbe con la pronuncia, *R. vs. Birmingham and Gloucester Railway Co.* del 1842. Si vedano sul punto, S.M. CORSO, *Lavoro e responsabilità d’impresa nel sistema del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.*, Torino, 2015, p.11.

⁴ In realtà erano già stati promulgati, tra la fine dell’800 e i primi del ’900, una serie di atti che andavano a colpire con sanzioni finanziarie le condotte abusive delle *corporations* americane in materia di concorrenza. Si fa riferimento all’*Interstate Commercial Act* (1887), *L’Ekins Act* (1803) e il *Clayton Antitrust Act* (1914). Si veda D. PATAMIA, *Corporate Crime Trial: il processo penale a carico degli enti nell’esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – II° parte*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, p. 1. Cfr. *New York Central & Hudson River R.R. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909)

⁵ Così, D. PATAMIA, op. loc. ult. cit.

⁶ In questo senso, A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 202. Sul punto anche, C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 15.

⁷ Cfr. D. PATAMIA, op. loc. ult. cit.

⁸ Si veda C. DE MAGLIE, op. ult. cit., p. 16.

La *vicarious responsibility* si applicava con estrema agilità alle fattispecie di reato per la quale non venivano richiesti elementi di colpevolezza, nei casi di c.d. *strict liability*, ma le perplessità sorsero proprio in merito agli illeciti per i quali era invece necessario rinvenire l'elemento psicologico. Così come accadde in Gran Bretagna, i giudici statunitensi elaborarono la *identification theory*, secondo la quale gli stati mentali dei funzionari dell'ente venivano attribuiti direttamente alla persona giuridica, rinvenendosi così la *mens rea* idonea ad integrare la fattispecie penalmente rilevante.

Data l'ampiezza che aveva assunto il modello d'imputazione delle persone giuridiche in seguito alle elaborazioni dei giudici statunitensi, vi furono dei tentativi a livello legislativo per cercare di individuare criteri certi entro cui delimitare la possibilità di ascrivere il reato all'ente⁹. L'*American Law Institute* si fece promotore di queste istanze e nel 1962 pubblicò il *Model Penal Code* che adottava un approccio particolarmente restrittivo in cui la responsabilità dell'ente veniva a configurarsi esclusivamente in tre situazioni peculiari: qualora vi fosse stato il coinvolgimento dell'*high management*, in quanto il reato era stato «commesso, tollerato, o autorizzato» dai vertici della società che costituiscono in base alla teoria dell'immedesimazione «l'*alter ego* dell'ente»; nei casi in cui il reato¹⁰ fosse stato commesso dai dipendenti nell'interesse o vantaggio del soggetto collettivo, questi rispondeva secondo il tradizionale paradigma della *vicarious liability* a meno che non fosse riuscito a dimostrare in giudizio la propria *due diligence* nell'organizzazione prevenzionistica; la terza ipotesi contemplava invece le categorie di reati per i quali era prevista la *strict liability* a cui conseguiva l'immediata ascrivibilità del reato all'ente¹¹.

Il perimetro troppo ristretto delineato dall'impianto previsto dalla § 2.07 del *Model Penal Code* fece sì che la maggior parte degli Stati Federali, nell'esercizio della propria competenza in materia penale e processuale, continuassero ad adottare il

⁹ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, vol. IV, Milano, 2008, p. 82.

¹⁰ Si tratta di una categoria di reati caratterizzati da minore gravità rispetto a quelli che impegnano l'ente in base alla prima ipotesi di responsabilità. Così D. PATAMIA, op. ult. cit., p. 2.

¹¹ In questi termini D. PATAMIA, op. loc. ult. cit.

principio del *respondeat superior* che assicurava una maggiore punibilità dei fenomeni legati alla criminalità d'impresa¹².

I problemi legati alla *mens rea*, scaturenti dal meccanismo di imputazione automatica della responsabilità vicaria, accentuavano il rischio che la società potesse rispondere anche per condotte che fossero state commesse in palese contrasto rispetto alle direttive e linee guida impartite dall'ente. Nel tentativo di superare questo *impasse*, alcune Corti Federali elaborarono criteri di imputazione nuovi e differenti rispetto a quelli finora analizzati che trovavano il proprio fondamento in una *mens rea* tipica ed autonoma della persona giuridica, derivante dall'esistenza di un dolo collettivo – il *collective intent* – sommatoria dell'agire delle individualità che vanno a comporre l'organizzazione complessa¹³. In altri casi le elaborazioni dottrinali si spinsero ad individuare una vera e propria «colpevolezza dell'impresa» ravvisabile nei processi decisionali, nelle procedure interne e nei modi in cui la stessa aveva deciso di organizzarsi¹⁴.

Nonostante dottrina e giurisprudenza fossero giunti a plasmare paradigmi di responsabilità dai contorni più certi in cui inquadrare il comportamento deviante dell'entità collettiva, Il concetto di "colpa di organizzazione", a differenza di quanto valso per il continente, non si elevò mai ad essere considerato criterio attributivo della responsabilità all'ente; assurse semmai a criterio di commisurazione della sanzione da irrogare alla persona giuridica in sede giudiziale. Emblematiche, in tale contesto, risultavano essere le previsioni delle *Federal Sentencing Guidelines* del 1991 che individuavano una serie di fattori in grado di incidere nel momento della valutazione del grado di colpevolezza dell'ente, senza però andare ad escluderla¹⁵.

¹² La salvaguardia delle proprie pretese punitive veniva garantita poiché il paradigma del *respondeat superior*, come già affrontato, richiedeva quali unici elementi qualificanti il fatto che il reato fosse ricollegabile all'esercizio delle mansioni lavorative e fosse commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, a nulla rilevando la posizione gerarchica rivestita dal soggetto agente. In questi termini D. PATAMIA, op. loc. ult. cit.

¹³ Secondo la *collective knowledge doctrine* viene imputato il reato alla persona giuridica senza che sia necessario rinvenire l'elemento rappresentativo in capo al singolo in quanto la consapevolezza dell'evento criminoso viene ripartita tra una pluralità di soggetti, la cui somma di frammenti va a formare la c.d. *collective knowledge* dell'ente. Sul punto G. DE VERO, op. ult. cit., p. 82-83; D. PATAMIA, op. ult. cit., p. 3.

¹⁴ Si veda sul punto G. DE VERO, op. ult. cit., p. 83.

¹⁵ In questo senso, G. DE VERO, op. loc. ult. cit.

1.2. Le Federal Sentencing Guidelines (FSG) e Compliance and Ethics Programs.

Le disfunzioni esistenti nel sistema processuale penale statunitense, connotato da una forte disomogeneità nell'irrogazione delle sanzioni penali, dovuta in modo particolare all'esistenza di una pluralità di giurisdizioni, ma soprattutto legata alla tradizionale discrezionalità di cui gode il giudice nella determinazione dell'ammontare di pena da comminare – non esistendo vincoli di legge o provvedimenti statuari – avevano suscitato pesanti critiche e ingenerato istanze d'intervento a livello governativo¹⁶.

Fu proprio nel tentativo di uniformare l'esercizio della discrezionalità del giudice che la *U.S. Sentencing Commission* emanò nel 1991 le celeberrime *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* con l'intento di fornire un documento ai giudici federali con cui orientarsi in sede di commisurazione della pena pecuniaria da irrogare in concreto all'ente. Vengono individuati una serie di parametri che il giudice deve tenere in considerazione nel computo della pena e che andranno ad innalzare, o diminuire, quello che viene definito il c.d. *culpability score* o coefficiente di colpevolezza dell'ente. Il sistema si compone infatti di un duplice momento. Il giudice dapprima stabilisce la sanzione base – da irrogare all'ente – in relazione ad elementi di natura oggettiva che sono legati alla tipologia di reato commesso. Successivamente, la c.d. *base fine* potrà essere oggetto di inasprimento o riduzione a seconda che il giudice ravvisi l'esistenza di elementi indicati dalle *Guidelines* ed idonei ad attenuare il *culpability score* dell'ente: più fattori vengono rilevati a favore dell'ente, maggiore sarà la riduzione nel punteggio finale di colpevolezza che sarà tale da attenuare la sanzione che verrà applicata in concreto alla società per il reato alla stessa ascrivibile¹⁷.

Tra gli elementi che vengono contemplati dallo schema redatto dalla Commissione ai fini di un trattamento che possa considerarsi più mite, oltre al rilievo che assume la

¹⁶ La situazione così descritta era sfociata in alcuni casi paradossali dove per i medesimi fatti venivano applicate sanzioni sensibilmente differenti a seconda che «ci si trovasse di fronte al giudice dell'Alabama, piuttosto che di fronte al giudice della Florida». Così testualmente, D. PATAMIA, op. ult. cit., p. 3.

¹⁷ Così, G. DE VERO, op. ult. cit., p. 84.

spontanea denuncia e la collaborazione con l'autorità procedente, spicca l'adozione di *compliance and ethics programs* finalizzati alla prevenzione dei reati nel contesto societario.

I programmi di *compliance*, successori dei codici etici e delle forme di *due diligence defense* previste dalla §2.07 del *Model Penal Code*¹⁸, si caratterizzavano per essere composti da una struttura articolata di norme e protocolli organizzativi funzionali all'implementazione di un meccanismo – interno – di prevenzione dei reati, la cui complessità è strettamente legata alla dimensione e alla tipicità della realtà aziendale in cui si inserisce. A tale scopo veniva richiesta sia la diffusione del contenuto del programma tra tutti i membri dell'ente collettivo, sia la previsione di un sistema disciplinare che fungesse da valido deterrente alla commissione di condotte non conformi¹⁹.

La previsione di un trattamento sanzionatorio particolarmente intenso – legato anche all'introduzione del *Criminal Fine Enforcement Act* del 1984 – combinata all'applicazione di *leniency policies* in caso di adozione di meccanismi in grado di prevenire le fattispecie criminose avrebbero dovuto determinare, almeno secondo le intenzioni del Governo, un forte incentivo per gli enti ad intraprendere condotte virtuose che ne avrebbero mutato le abitudini e il modo di operare sempre più improntato ad una visione di legalità ed eticità, oltre che a costituire potenzialmente un fattore risolutorio nel tentativo di debellare – dall'interno – la criminalità d'impresa, un male che attanagliava il mercato americano e che stava assumendo dimensioni preoccupanti.

La crisi della *self-regulation*, tuttavia, non tardò a dimostrarsi con tutto il suo impeto. Gli eclatanti scandali finanziari dei primi anni duemila mostrarono come fosse diffusa un'interpretazione viziata delle *Sentencing Guidelines* ma soprattutto dei meccanismi di controllo interno di cui le stesse erano state promotrici.

Le società si erano infatti dotate di programmi di *compliance* che rispondevano solamente in via formale alle prescrizioni contenute nelle Linee Guida Federali, in

¹⁸ Così A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 244.

¹⁹ Si veda sul punto C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, (1), p. 130 e ss.

modo da ottenerne i benefici in sede di commisurazione, ma senza che gli stessi potessero assurgere ad essere considerati reali strumenti di prevenzione della commissione di reati. L'episodio più emblematico è rinvenibile nel fatto che proprio la stessa *Enron* si fosse dotata da tempo di un codice etico ed efficienti protocolli organizzativi²⁰ ma che, tuttavia, non erano stati minimamente in grado di prevenire le innumerevoli frodi che avrebbero portato a destabilizzare il mercato finanziario e danneggiare milioni di risparmiatori²¹.

La reazione del Governo americano non si fece attendere e portò il Congresso all'emanazione del *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) del 2002 per rispondere al recente tracollo dei meccanismi di controllo e dei sistemi di *corporate governance* societaria. Il provvedimento, considerato uno dei più incisivi programmi anti-frode occorsi in seguito al *New Deal*, consta di interventi organici su una pluralità di aree: vi è una compiuta revisione e ampliamento della disciplina in materia di *compliance programs*; viene sensibilmente rafforzato l'apparato sanzionatorio che prevede livelli di pena definiti «draconiani»²²; vengono intensificate le attribuzioni alle *Securities and Exchange Commission* in materia di controllo e vigilanza; così come viene indicata la necessità di modificare i criteri di commisurazione delle sanzioni previste dalle *Sentencing Guidelines* in base a quanto disposto dalla §805 (a) della SOX²³.

In particolare viene prevista una direttiva indirizzata alla *United States Sentencing Commission* affinché vengano emendate le linee guida in modo da «*deter, prevent, and punish such offences*»²⁴

²⁰ Sul punto G. COLANGELO, *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti e i fallimenti dell'affare Enron*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, (3), p. 459.

²¹ Così D. PATAMIA, op. ult. cit., p. 5.

²² Il riferimento è al *Title IX «White-Collar Crime Penalty Enhancement»*, A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 111.

²³ Cfr. D. PATAMIA, op. ult. cit., p. 4.

²⁴ In questi termini, A. ALESSANDRI, op. cit., p. 111. La direttiva, attuata il medesimo anno dalla *Commission*, ha visto una profonda rivisitazione dei criteri di commisurazione della pena pecuniaria. Il giudice nella determinazione della *base fine* dovrà tenere in considerazione l'entità del danno cagionato dall'ente e il profitto che questi ha incamerato dal reato. Successivamente, la sanzione base andrà moltiplicata per un coefficiente che viene a determinarsi in base ad una serie di fattori. Aumentano il coefficiente e possono quindi essere considerate circostanze aggravanti: il coinvolgimento di esponenti del vertice nella commissione del reato; la recidività dell'ente; l'aver violato ordini provenienti da un organo giudicante o da un commissario giudiziale; l'aver ostruito l'attività d'indagine. Sono invece

2. Le *internal corporate investigations*.

2.1. Le indagini interne e la cooperazione pubblico-privato.

L'opportunità di procedere con attività investigativa endo-societaria è esigenza particolarmente sentita dagli operatori economici statunitensi, una tendenza che si è evoluta nel corso degli anni sia in termini legislativi che nella realtà prasseologica.

I recenti scandali finanziari e la particolare situazione in cui versano le *corporations* – sottoposte alla giurisdizione di una pluralità di autorità governative, dotate di penetranti strumenti investigativi e ciascuna potenzialmente idonea fare valere le proprie pretese sanzionatorie particolarmente severe, nelle rispettive sedi civili, amministrative e penali²⁵ – hanno determinato la necessità per le società di attivarsi preventivamente con indagini interne che fungano da elemento chiave nelle scelte strategiche difensive che l'ente eventualmente deciderà di adottare.

L'esistenza della possibilità che per un medesimo fatto l'ente possa essere perseguito e sottoposto ad un coacervo di indagini, non necessariamente coordinate tra di loro, quali ad esempio quelle condotte dal *Department of Justice* (DOJ), dalla *Securities and Exchange Commission* (SEC), dalla *Federal Trade Commission* (FTC) così come dalla stessa autorità giudiziaria penale²⁶, con esiti particolarmente incerti sia nelle tempistiche che nell'ammontare delle sanzioni, spingono le società ad attivarsi tempestivamente nella ricerca di elementi di prova da sottoporre all'autorità inquirente per dimostrare la propria volontà collaborativa.

La scelta di intraprendere un percorso di cooperazione con le autorità governative trova la propria ragion d'essere più che nel trattamento mitigato che si potrebbe ottenere in sede di condanna, dalla volontà proprio di evitare lo stigma reputazionale connesso all'instaurazione di un procedimento a proprio carico. Danni all'immagine

idonee ad attenuare il grado di colpevolezza: l'aver implementato e attuato un efficace *programma di compliance*; l'aver scoperto l'illecito, averlo prontamente denunciato all'autorità e avere ammesso la propria responsabilità. Cfr. D. PATAMIA, op. loc. ult. cit.

²⁵ N. BOURTIN-A. HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 201.

²⁶ N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p. 202.

che per realtà che scambiano i propri titoli su mercati regolamentati possono trasformarsi celermente in situazioni irreversibili, idonee a cagionare la "morte" dell'ente.

Con ciò non si vuole comunque sottovalutare il rilievo che una costante attività di indagine interna possa assumere sul piano dei meccanismi di prevenzione e di monitoraggio dei rischi aziendali. È infatti acclarato come la condotta proattiva dell'ente nella ricerca di comportamenti illeciti interni, sulla base di segnalazioni di campanelli di allarme, incida sicuramente nel miglioramento della *corporate governance* societaria e nel processo di revisione del programma di *compliance*, diffondendo così anche un clima di legalità e trasparenza all'interno dell'organizzazione. Argomenti suggestivi, certo, ma che hanno natura ancillare rispetto al vero movente dell'attività d'indagine, cioè quello di conoscere gli episodi illeciti che l'ente volontariamente o involontariamente ha ospitato, così da fornire le prove all'inquirente e accedere ai benefici premiali processuali e sostanziali riconnessi alla collaborazione.

Si tenga poi presente che qualora le autorità governative dovessero venire comunque a conoscenza del comportamento illecito secondo altre modalità, vi sarebbe, ovviamente, un riconoscimento minore del fenomeno collaborativo. Emblematiche, in tale senso, oltre alle notizie apprese a mezzo stampa, possono essere le informazioni giunte all'organo inquirente attraverso il canale di *whistleblowing* predisposti dalle *agencies*. Vengono infatti previsti ingenti premi in denaro ai soggetti che attraverso la classica "soffiata" denunciino condotte integranti particolari fattispecie di reato²⁷. Elemento cruciale per l'impresa risulta essere la tempestività nel rispondere all'emersione di *red flags*, procedendo mediante attività investigative interne che siano idonee a fornire «fatti rilevanti» da porgere al *prosecutor* in segno di collaborazione. La tempestività sarà poi, essa stessa, un elemento che l'autorità terrà in considerazione nel momento in cui andrà a decidere se esercitare l'azione penale²⁸.

²⁷ Premi che possono addirittura ammontare a milioni di dollari qualora la delazione abbia effettivamente portato ad una sentenza di condanna. Così, N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p. 206,

²⁸ N. BOURTIN-A. HOULE, loc. cit.

Si tenga peraltro in considerazione che le indagini condotte dall'organo inquirente trovano limitati sbarramenti processuali. All'ente non viene infatti accordata, a differenza di quanto accade per le persone fisiche, la possibilità di opporre lo *ius tacendi* garantito dal *Fifth Amendment*; ne consegue che a fronte di qualunque richiesta di informazioni o documenti non potrà essere fatto valere il privilegio contro l'autoincriminazione²⁹, dimostrando come sia ancora più sentita l'esigenza di collaborare offrendo quanto rilevato in sede d'indagine.

Gli unici limiti che incontra l'apprensione coattiva della documentazione aziendale sono invece legati all'*attorney-client privilege* e all'*attorney work of product*. Tutte le comunicazioni che sono intercorse tra il difensore dell'ente e i *manager*, dipendenti ed *ex* dipendenti, nel corso dello svolgimento dell'attività investigativa interna, sono coperte dal segreto professionale e non possono essere acquisite dall'inquirente³⁰. La *work of product doctrine* sancisce invece un vincolo di riservatezza sugli atti investigativi predisposti dal difensore nella «previsione di una controversia», nozione che ricomprende al proprio interno anche le iniziative investigative dell'autorità giudiziaria³¹.

L'attività d'indagine interna, che abbia positivamente portato alla raccolta di informazioni ed elementi di prova, sarà dirimente per l'ente nella scelta di quale strategia intraprendere. Potrebbe essere elaborata una scelta difensiva comune

²⁹ In questo senso N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p. 202-203; anche C. DOYLE, *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, in *Congressional Research Service Report*, www.crs.gov, October 30, 2013, p. 15, per il quale la «*corporation has no Fifth Amendment privilege against self-incrimination*». Si vedano *ex multis*, *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99, 105 (1988); *Louis Vuitton Malletier S.A. v. LY USA, Inc.*, 676 F.3d 83, 92 n.5 (2d Cir. 2012); *Eagle Hospital Physicians, LLC v. SRG Consulting, Inc.*, 561 F.3d 1298, 1303 n.2 (11th Cir. 2009); *Amato v. United States*, 450 F.3d 46, 48 n.2 (1st Cir. 2006) «*The collective-entity doctrine recognizes that the Fifth Amendment treats corporations and collective entities differently from individuals. Because corporations and collective entities have no Fifth Amendment privilege against self-incrimination [...] the custodian cannot claim a personal Fifth Amendment privilege against the production of corporate records*».

³⁰ Tuttavia sia l'attività investigativa interna che le comunicazioni devono essere inquadrare nell'ambito di un parere legale per potere giovare del privilegio. Così N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p. 203.

³¹ In questo senso, N. BOURTIN-A. HOULE, loc. cit. Per una ricostruzione più approfondita dell'*attorney-client privilege* e della c.d. *work of product doctrine* si rimanda a R. KENT-J. TOMAS, *United States*, in AA.VV., *Internal Corporate Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, a cura di S. SPEHL-T. GRUETZNER, Monaco, 2013, p. 416-420.

rispetto alle persone fisiche coinvolte nella vicenda ovvero, ed è questa la scelta preferita dalle società per le ragioni di cui si è detto in precedenza, potrebbe determinarsi nel denunciare il fatto alle autorità ed accedere ad un trattamento più indulgente³². D'altronde è proprio la politica degli incentivi adottata dal Governo americano nell'ambito della *criminal corporate liability*, attraverso il c.d. *carrot and stick approach*³³, che agisce in funzione stimolante di comportamenti "virtuosi".

Risulta dunque necessario, giunti a questo punto, inquadrare quelli che sono i potenziali vantaggi che l'ordinamento americano ricollega all'attività di *self reporting* e alla condotte collaborative.

2.2. I vantaggi del "self reporting" e della collaborazione attiva dell'ente.

Premesso che non sussiste un'omogeneità totale nell'applicazione dei benefici premiali dipendendo, molto, dalle circostanze del caso concreto, tuttavia le *Federal Sentencing Guidelines*, così come aggiornate all'ultima versione del 2015 (U.S. *Sentencing Guidelines*), contemplano un trattamento più mitigato per quelle società che spontaneamente abbiano segnalato la condotta illecita e abbiano collaborato all'indagine dell'organo inquirente. I benefici vengono a realizzarsi in sede di commisurazione della pena, andando ad incidere abbassando il c.d. *culpability*

³² Si veda sul punto, A. NIETO MARTIN, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: The struggle for Information in the Criminal Process*, in AA.VV., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di F. CENTONZE- G. FORTI- S. MANACORDA, Heidelberg, 2014, p. 82.

³³ Letteralmente, "del bastone e la carota". Tale locuzione esprime la combinazione dei due elementi che dovrebbero indurre una soggettività ad adottare un determinato comportamento. Da un lato a fronte della condotta in linea con quanto desiderato dall'ordinamento, all'ente viene riconosciuto un premio – "la carota" – dall'altro, qualora l'ente decida invece di perseverare nel disallineamento rispetto a quanto richiesto dall'autorità, si procederà con una punizione esemplare – "il bastone" –. Sul tema approfonditamente, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato.*, cit., p. 71 e ss.

*score*³⁴. La riduzione più sostanziosa viene a configurarsi qualora la società non solo abbia denunciato il fatto illecito con un'apprezzabile tempestività e prima che fosse aperta l'indagine governativa, collaborando attivamente con il *prosecutor* nell'investigazione in seguito avviata, ma abbia anche riconosciuto pienamente in capo a sé la responsabilità della condotta criminosa (U.S.S.G. § 8.C2.5 g)).

L'apporto collaborativo, tuttavia, assume mero rilievo quale circostanza attenuante³⁵, atteso che gli effetti favorevoli della condotta incidono esclusivamente nella riduzione dell'entità della pena senza che si possa addivenire all'esclusione della responsabilità in capo all'ente³⁶ che anzi trova ulteriore motivo di riduzione nel riconoscimento della stessa. Proprio per questa ragione e per il fatto che la Corte Suprema, con una sentenza del 2005³⁷, ne aveva riconosciuto la non vincolatività nel computo della pena, le *Sentencing Guidelines* hanno dimostrato di non essere

³⁴ Viene infatti previsto dalle *U.S. Sentencing Guidelines* una riduzione del *culpability score* al ricorrere di condotte di autodenuncia, cooperative e di ammissione della responsabilità, la cui entità può variare in relazione al grado di collaborazione offerto dall'ente.

U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5 g) (2015):

«g) *Self-Reporting, Cooperation, and Acceptance of Responsibility*

If more than one applies, use the greatest:

(1) *If the organization (A) prior to an imminent threat of disclosure or government investigation; and (B) within a reasonably prompt time after becoming aware of the offense, reported the offense to appropriate governmental authorities, fully cooperated in the investigation, and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 5 points; or*

(2) *If the organization fully cooperated in the investigation and clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 2 points; or*

(3) *If the organization clearly demonstrated recognition and affirmative acceptance of responsibility for its criminal conduct, subtract 1 point».*

³⁵ Cfr. N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p.207.

³⁶ Diversamente a quanto accade nel panorama giuridico italiano dove il D.Lgs. 231/2001 prevede l'esimente per l'ente al ricorrere delle circostanze indicate agli art. 6 e 7. Così, M. MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 121.

³⁷ Cfr. *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Sul punto si vedano, D. PATAMIA, op. ult. cit., p. 5; R. A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015, p. 6. Per un'analisi più accurata della sentenza si veda V. FANCHIOTTI, *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, (9), p. 903 e ss.

strumento in grado di rispondere alle istanze delle *corporations*, bramose di ottenere maggiori benefici dalla proprio condotta collaborativa.

Lo strumento che assume un ruolo chiave in tale prospettiva e che ha trovato la propria ascesa nell'ultimo decennio, è costituito dai meccanismi di *pre-trial diversion*³⁸, figli del pragmatismo della cultura giuridica statunitense che voleva sopperire alle clamorose vicende giudiziarie *Enron* e *Arthur Andersen*³⁹ offrendo all'impresе reali benefici, processuali⁴⁰, a fronte di un'attiva e piena cooperazione con l'organo inquirente.

La condotta collaborativa dell'ente che immediatamente segnala l'illecito, mette a disposizione il materiale probatorio raccolto in sede di indagine interna e coadiuva l'autorità nella prosieguo dell'investigazione delle condotte illecite al fine di ricercare l'autore del reato, può determinare il *prosecutor* nella scelta di non procedere ovvero differire l'esercizio dell'azione penale, così evitando la celebrazione del processo penale contro l'ente. Si tratta di percorsi che divergono rispetto all'ordinario *trial* e

³⁸ La diversione processuale trova le proprie origini nel panorama giuridico americano degli anni trenta, collocandosi nel campo della *juvenile justice*. I procuratori potevano infatti decidere di non procedere nei confronti del minore qualora lo stesso, a seguito di un "periodo di prova" avesse dimostrato il proprio ravvedimento. Per una trattazione più completa della tematica si vedano F. 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), p. 784; R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 4-5.

³⁹ Gli eventi eclatanti dei primi anni duemila, tra cui la scomparsa di una delle *big five* del mondo delle società di revisione, la *Arthur Andersen LLP*, mostrarono quanto potessero essere drastiche le conseguenze dell'instaurazione di procedimenti penali a carico delle *corporations*. Nel caso di specie la *Arthur Andersen LLP*, coinvolta nella vicenda *Enron* in quanto revisore della medesima società, era stata accusata di ostruzione alla giustizia per avere distrutto della documentazione rilevante per la vicenda giudiziaria. La scelta di non collaborare con le autorità precedenti avevano determinato prima il rinvio a giudizio e successivamente la condanna alla società. Nonostante venne poi assolta nei gradi successivi di giudizio, il danno reputazione connesso al processo di primo grado aveva ormai portato sul lastrico il colosso della revisione che in breve tempo fu costretto a lasciare la scena economica mondiale. Cfr. R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 7.

⁴⁰ Secondo A. NIETO MARTIN, op. cit., p. 71, sono proprio i benefici a carattere processuale quelli che possono determinare un vero incentivo per le imprese ad adottare condotte collaborative: «*However, the most powerful and efficient incentives are those wich exist within the criminal process*».

che soprattutto evitano il rinvio a giudizio delle società (il c.d. *indictment*)⁴¹, sfociando invece nella stipulazione di accordi formali tra autorità procedenti e imprese.

Possono assumere le forme di *non prosecution agreements* (NPA), qualora il procuratore federale decida, nell'esercizio della propria discrezionalità, di non perseguire la società – ritenuta presunta responsabile del reato – che abbia ottemperato a determinate condizioni e che abbia garantito il rispetto della legalità *pro futuro*⁴². Il *prosecutor* mantiene comunque il diritto di richiedere il rinvio a giudizio per la *corporation* fintanto che la stessa è "sotto osservazione" (c.d. *probation*)⁴³, cioè per il lasso di tempo nel quale deve essere dimostrata la propria condotta diligente mediante l'adempimento delle condizioni contenute nell'accordo e che tendenzialmente prevedono: un'ammissione dei fatti ma non della responsabilità; la piena collaborazione con l'autorità inquirente nell'attività d'indagine che può comprendere, come si è detto, anche la rinuncia ai privilegi; l'adozione ovvero l'aggiornamento del proprio *compliance program* che sovente viene sottoposto al controllo di un commissario cd. *monitor*; la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca e il pagamento di somme di denaro a titolo di sanzione pecuniaria e di risarcimento dei danni⁴⁴. Termine decorso il quale si procede all'archiviazione del procedimento⁴⁵.

Il secondo scenario configurabile prevede invece la vera e propria formulazione di un atto d'accusa da parte dell'organo inquirente a carico dell'ente (c.d. *filing*) che però si accompagna alla contestuale richiesta all'autorità giudicante di sospensione del giudizio per il tempo necessario, concordato tra le parti, per dimostrare il ravvedimento della società attraverso l'ottemperamento delle condizioni previste dell'accordo. Decorso il termine di *probation* con esito positivo si potrà procedere alla

⁴¹ Tranne nei casi di *plea agreement* dove non viene ad escludersi l'*indictment* ma solamente la celebrazione del processo. Così R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 6.

⁴² R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 3-4.

⁴³ Periodo di osservazione che di solito ha una durata compresa tra i sei mesi e i due anni. Cfr. F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *www.penale contemporaneo.it.*, 13 ottobre 2016, p. 3.

⁴⁴ In questo senso, F. MAZZACUVA, op. cit., p. 2-3.

⁴⁵ M. MANTOVANI, op. cit, p. 122-123.

chiusura del procedimento. Dal momento che in questi casi si assiste al differimento dell'esercizio dell'azione penale si parla di *deferred prosecution agreements* (DPA)⁴⁶.

Prerogativa di entrambe le tipologie di accordo è che la società non ammetta alcuna responsabilità per la propria condotta, non venendosi così ad intaccare la sua presunzione di innocenza⁴⁷.

I due modelli di diversione processuale si differenziano per il fatto che l'NPA intervenga prima che vi sia una formulazione dell'accusa a carico dell'ente e quindi sostanzialmente prima ancora che si venga ad instaurare il procedimento. L'accordo che ne scaturisce è tra parti private senza che sia richiesta alcuna autorizzazione all'organo giudicante. Situazione parzialmente diversa la si rinviene nei DPA, dal momento che in questi casi si è assistito all'apertura di un procedimento a carico dell'ente che però è stato immediatamente sospeso. L'intesa raggiunta tra le parti, a differenza della tipologia precedente, deve essere sottoposta a deliberazione giudiziale che potrà culminare con l'approvazione⁴⁸.

Al fine di orientare le scelte dei *prosecutors*, il *Department of Justice* (DOJ) ha elaborato nel corso degli anni linee guida che, oltre ad incentivare la diffusione delle forme di chiusura negoziata, fossero in grado di rendere più omogeneo l'esercizio dell'azione penale, sottoposto al grande margine di discrezionalità connesso al sistema di giustizia nordamericano. A tale proposito, vengono individuati una serie di fattori che dovrebbero permettere ai procuratori federali di vagliare l'opportunità di procedere con modalità diversione processuale ovvero di esercitare l'azione penale⁴⁹.

Eric Holder fu il primo *Deputy Attorney General*, ad elaborare il proprio "Memorandum" volto ad indirizzare l'operato dei procuratori e, soprattutto, a valorizzare le condotte proattive societarie, a cui fecero seguito aggiornamenti e

⁴⁶ Così, M. MANTOVANI, op. cit., p. 123.

⁴⁷ Elemento fondamentale nel caso in cui dovesse fallire l'accordo, atteso che vi sarebbe l'apertura o riapertura del procedimento penale a carico dell'ente. In questo senso F. MAZZACUVA, op. cit., p. 2.

⁴⁸ Si veda, F. MAZZACUVA, op. cit., p. 3. Viene comunque rilevato che sebbene il *deferred prosecution agreement* debba essere sottoposto al vaglio giudiziale, l'organo giudicante «sembrerebbe non avere però alcuna voce in capitolo in merito al contenuto dell'accordo», prerogativa delle parti. Così testualmente, R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 13.

⁴⁹ In questo senso, F. MAZZACUVA, loc. cit., p. 3; si veda anche R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 8.

modifiche per mano dei suoi successori. Nel 2003 venne pubblicato il *Thompson Memorandum*, nel 2005 fu il turno del *McCallum Memo* a cui subentrarono nel 2006 il *McNully Memo*, e nel 2008 il *Morford Memo* e il *Filip Memo*, quest'ultimo attualmente in vigore⁵⁰.

Le modifiche apportate nel corso degli anni ai *Memoranda* contenenti i c.d. *Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations* cercarono di correggere alcune pratiche distorsive che nel frattempo erano emerse. Nella prima versione del 1999, l'*Holder Memo* valutava, quale elemento dirimente ai fini di un giudizio positivo sulla collaborazione della società, la rinuncia all'*attorney-client privilege* e alla *work of product doctrine* con conseguente consegna della documentazione segretata⁵¹, così come nel *Thompson Memo* la "collaborazione autentica" si ravvisava solamente nei casi in cui la società avesse preso le distanze rispetto ai presunti autori del fatto, sia licenziando i soggetti coinvolti nella vicenda sia rifiutandosi di assolvere al pagamento delle loro spese legali⁵². Tale pratica risultava peraltro contraria al principio della c.d. *indemnification*, generalmente riconosciuto e previsto da numerose leggi statali, il quale statuiva la necessità del rimborso per quelle spese legali che fossero legate alla commissione di un reato, da parte del dipendente, nell'esercizio delle mansioni lavorative⁵³.

Le numerose critiche provenienti dal mondo accademico comportarono una revisione delle successive versioni delle linee guida che presero atto dell'abnorme potere radicato nelle mani dei procuratori federali e dell'eccessiva pressione che veniva esercitata sul bersaglio societario, con conseguente erosione dei diritti di cui

⁵⁰ Sulla tematica dei *Memoranda* si vedano i contributi di A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 245; F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 788 e ss.

⁵¹ Pratica talmente diffusa che venne denominata dal mondo accademico la «*culture of waiver*», proprio ad indicare come fosse ormai comune la rinuncia ai privilegi connessi al segreto professionale pur di assecondare l'esigenze dell'inquirente. Così, F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 794.

⁵² Emblematico fu il caso KPMG nel quale il *prosecutor* dell'*U.S. Attorney's Office for the Southern District of New York* subordinò a tali condizioni la trattativa per ottenere l'*agreement*. La Corte Suprema ravvisò come la condotta tenuta dal procuratore fosse risultata in violazione del VI Emendamento, nella parte in cui non veniva garantito il diritto al difensore per i dipendenti della società imputati del reato. Si vedano sul punto F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 789; R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 9.

⁵³ In questo senso F. NICOLICCHIA, loc. cit.

l'ente avrebbe dovuto godere. Non venne più demandata quale *condicio sine qua non* per dimostrare il proprio apporto collaborativo la rinuncia al segreto professionale, sostituita invece dalla c.d. «*don't ask rule*» sulla documentazione *confidential*, come allo stesso modo non venne più valutata quale condizione ostativa l'aver coperto le spese legali sostenute dal dipendente sottoposto ad accertamento⁵⁴.

Attualmente, i *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* presenti nell'*U.S. Attorney's Manual* (USAM) contemplano quali fattori determinanti per i *prosecutors* nel decidere se procedere all'esercizio dell'azione penale: la natura e la gravità del reato⁵⁵; la pervasività della condotta illecita all'interno dell'ente collettivo⁵⁶; i "precedenti" giudiziari – civili, penali e amministrativi – della società⁵⁷; l'esistenza e l'attuazione di un *compliance program*⁵⁸; la tempestiva e volontaria decisione di riportare la condotta illecita alle autorità⁵⁹; l'entità delle condotte collaborative poste in essere dalla società nel coadiuvare l'attività d'indagine governativa⁶⁰; le condotte riparatorie intraprese per rimediare alle conseguenze del reato, tra le quali viene annoverata anche l'implementazione di adeguati modelli organizzativi⁶¹; l'esistenza di conseguenze collaterali del reato⁶²; l'eventuale adeguatezza di rimedi alternativi a quello di stampo penale, tra cui il rimedio civilistico o azioni delle autorità di regolamentazione⁶³; infine, se il procedimento

⁵⁴ Sebbene le innovazioni contenute nel testo del *Filip Memorandum* abbiano comportato un migliore bilanciamento tra le due forze in gioco, vi è peraltro chi sostiene che le linee guida, non avendo natura vincolante, potrebbero comunque essere disattese dai procuratori federali che – di fatto – continuerebbero a giudicare tali condizioni quali elementi imprescindibili. Sul punto, F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 795.

⁵⁵ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.400. «*Special Policy Concerns*».

⁵⁶ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.500. «*Pervasiveness of Wrongdoing Within the Corporation*».

⁵⁷ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.600. «*The Corporation's Past History*».

⁵⁸ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.800. «*Corporate Compliance Programs*».

⁵⁹ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.900. «*Voluntary Disclosures*».

⁶⁰ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.700. «*The Value of Cooperation*».

⁶¹ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.1000. «*Restitution and Remediation*».

⁶² U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.1100. «*Collateral Consequences*».

⁶³ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.1200. «*Civil or Regulatory Alternatives*».

penale nei confronti della persona fisica sia in grado di soddisfare le pretese punitive federali⁶⁴.

Per quanto attiene alla valorizzazione delle condotte collaborative le *policies* emanate dal Dipartimento di Giustizia prendono in considerazione le modalità di cooperazione secondo una pluralità di prospettive. Innanzitutto viene rimarcato come l'apporto collaborativo non possa limitarsi ad una mera consegna della documentazione di cui è fatta istanza, ma viene richiesto, altresì, quale fattore determinante la presentazione di «fatti rilevanti»⁶⁵ e tali da permettere di individuare gli autori materiali della condotta, che siano membri o soggetti esterni all'organizzazione. L'individuazione delle figure presunte responsabili affiancata da elementi che siano potenzialmente idonei a provarne le responsabilità assurgono a componenti essenziali del "momento collaborativo" e possono essere raggiunte grazie ad un'effettiva, e in alcuni casi preventiva, attività d'investigazione interna. Costituisce infatti parte integrante di qualsiasi *compliance program* che voglia definirsi effettivo la conduzione di indagini interne che siano proprio volte a rilevare gli eventuali comportamenti non conformi alla legge o anche solo alla normativa interna.

Un ulteriore adempimento altamente valorizzato è costituito dalla "spontanea" rinuncia (*wave*) ai privilegi sulle comunicazioni tra cliente e difensore così come sugli atti predisposti dal difensore e coperti dal segreto professionale. Sebbene lo stesso DOJ qualifichi tale diritto come imprescindibile – «*the attorney-client privilege is one of the oldest and most sacrosanct privileges under the law*» – e inviti i *prosecutors* a non richiederne la rinuncia – «*prosecutors should not ask for such waivers and are directed not to do so*» – tuttavia la società che dovesse su propria base volontaria – «*if and only if the corporation voluntarily chooses to do so*»⁶⁶ fare pervenire al procuratore la documentazione coperta dal segreto professionale, certamente si dimostrerebbe eccezionalmente collaborativa agli occhi del procuratore.

⁶⁴ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.1300. «*Adequacy of Prosecution of Individuals*».

⁶⁵ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.720. «*Cooperation: Disclosing the Relevant Facts*».

⁶⁶ U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.710. «*Attorney-Client and Work Product Protections*».

Le perplessità che sono emerse sul punto non riguardano quelle forme di collaborazione che abbiano puramente una natura volontaria bensì quelle forme di coercizione indiretta e sulle quali la dottrina americana ha spesso sollevato pesanti critiche, cogliendone le dinamiche nascoste e i “giochi di pressione” emblematici dei poteri persuasivi, e forse eccessivi, che i procuratori federali hanno sulla società, tali da farle rinunciare ai diritti difensivi che dovrebbero essere considerati invece inviolabili⁶⁷. Una scelta che si presenta il più delle volte obbligata per l'ente, costretto ad accettare le condizioni offerte dal *prosecutor*, non essendo le stesse sottoposte al “filtro-vaglio” dell'organo giudiziale⁶⁸, piuttosto che pensare di esporsi a rischi troppo elevati per le proprie sorti. Le imprese in preda al timore di un rinvio a giudizio, incerto nel suo esito, dispendioso e potenzialmente distruttivo, prediligono “barattare” le risultanze della propria attività interna, anche a costo di privarsi dell'esercizio dei propri diritti, pur di raggiungere un accordo di natura negoziale.

Riesaminando il processo di collaborazione che coinvolge l'ente nella ricerca di benefici premiali, la prima attività caratteristica, ma non essenziale, è costituita dal segnalazione volontaria alle autorità della condotta illecita interna, il c.d. *self reporting*. Risulta chiaro come una simile scelta oltre che essere il frutto di un'attenta ponderazione strategica potrà essere operata solamente in presenza di meccanismi interni che abbiano reso possibile la scoperta della condotta deviante.

Una volta che l'autorità sia raggiunta dalla *notitia criminis* perché divulgata dall'ente o perché appresa da altre fonti, l'attività collaborativa potrà attuarsi sostanzialmente attraverso lo svolgimento di attività investigative interne finalizzate alla consegna di informazioni ed elementi rilevanti per l'indagine parallela governativa

⁶⁷ Secondo A. NIETO MARTIN, op. cit., p. 82, cooperare equivale alla rinuncia dei propri diritti difensivi, quindi è bene che risulti una scelta strategicamente ponderata da parte della società.

⁶⁸ Si veda sul punto F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 786. Si tiene comunque a precisare che qualora il difensore della *corporation* ravvisi nel comportamento del procuratore una violazione delle linee guida (USAM) può riportare l'accaduto allo «*United States Attorney or Assistant Attorney General*» che potrà aprire un'autonoma indagine sulla condotta. Così, U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2015, USAM §9-28.750. «*Oversight Concerning Demands for Waivers of Attorney-Client Privilege or Work Product Protection By Corporations Contrary to This Policy*».

nel frattempo insorta⁶⁹. Spetterà all'avvocato dell'ente, nel duplice ruolo di investigatore e difensore, ricercare da un lato gli elementi attinenti alla condotta criminosa e rilevanti dal punto di vista probatorio – coadiuvato dalle funzioni interne di controllo e da investigatori privati esperti – dall'altra, nel ruolo specifico di *attorney* dell'ente, dovrà consegnare all'autorità le risultanze dell'indagine interna adottando un approccio il più obiettivo possibile nella presentazione di tutti gli elementi raccolti. È opportuno dunque che vengano presentati sia elementi a favore che contro l'ente, proprio per non destare sospetti e pregiudizi sulla trasparenza dell'attività d'indagine svolta o sulla genuinità dell'attività collaborativa⁷⁰. Sulla base di quanto individuato potranno poi essere esposte le esigenze difensive dell'ente demandando, ad esempio, la riduzione della sanzione applicabile e l'esclusione delle sanzioni accessorie, ovvero richiedendo la possibilità di accedere a modalità di chiusura negoziata.

Come si è detto, i vantaggi derivanti dalla segnalazione spontanea dell'illecito affiancata da condotte collaborative nella fase delle indagini possono portare – in base alle *U.S.S. Guidelines* – alla sensibile riduzione della pena principale, così come all'esclusione delle sanzioni accessorie. L'approdo più ambito dalle società rimane, tuttavia, quello di accedere ai benefici di natura processuale conseguenti alla stipulazione di accordi di *non prosecution* o di *deferred prosecution*, idonei ad escludere il rinvio a giudizio dell'ente. Emblematici della "supercollaborazione" *post-Enron*, dettata dal sempre presente timore del verificarsi del c.d. effetto *Arthur Andersen*, gli "agreements" fanno ormai parte della prassi giudiziaria statunitense e ne sono un chiaro esempio il sempre più crescente numero di accordi stipulati negli ultimi anni⁷¹.

⁶⁹ Così, N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p. 208; ma anche, M. MANTOVANI, op. cit., p. 124.

⁷⁰ In questo senso N. BOURTIN-A. HOULE, op. cit., p. 209-210; F. COTTONE-M. MANTOVANI, *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, in AA.VV., *Corruzione nazionale e internazionale*, a cura di F. BONELLI-M. MANTOVANI, Milano, 2014, p. 14. Gli Autori condividono l'esigenza che le attività investigative interne debbano essere attuate seguendo «modalità e requisiti tali da assicurarne l'oggettività e dall'altro una "fiducia" sulla serietà delle verifiche interne».

⁷¹ Giusto per menzionare alcuni esempi, nel biennio 2012-2014 i procedimenti che hanno coinvolto *Archer Daniels Midland Company*; *Billfinger SE*; *Bio-Rad laboratories*; *Rap Lauren Corporation*; *The Nordan Group*; *Tyco Internataional Ltd*, sono stati definiti con un *non*

Il Risultato di una ricerca condotta da un noto studio legale americano *Convington & Burling* LLP chiarifica, poi, quanto possano essere ingenti i benefici derivanti dall'aver raggiunto una modalità di chiusura negoziata con l'autorità procedente. L'analisi prende in considerazione due vicende giudiziarie che avevano coinvolto la società francese *Alstom* SA e la società giapponese *Marubeni*, entrambe caratterizzate dall'assenza di cooperazione con il *Department of Justice* statunitense. Le stime offerte dallo studio dimostrano che qualora le società avessero intrapreso un percorso collaborativo, sia attraverso un'attività di *self reporting* che attraverso la collaborazione nell'indagine, avrebbero potuto ottenere una riduzione in percentuale delle sanzioni irrogate tra il 50 e il 75 %, rispetto a quanto invece comminato in base al *plea agreement*⁷².

2.3. Gli elementi distorsivi del sistema degli incentivi.

Tuttavia, guardare al *self reporting* in una prospettiva puramente benevola sarebbe quantomeno riduttivo. Sicuramente, e questo è pacifico, le società che aderiscono alle richieste della procura traggono giovamento grazie ai lauti sconti sul fronte sanzionatorio o attraverso i procedimenti di diversione ma non può nemmeno tralasciarsi il meccanismo distorsivo che viene in tale modo a generarsi. Gli incentivi alla "supercollaborazione", infatti, portano le stesse società ad utilizzare ogni mezzo a propria disposizione pur di accedere al trattamento premiale, anche violando le prerogative delle persone fisiche che potrebbero risultare in seguito indagate. Quello che sorprende è proprio il *modus procedendi* dell'ente collettivo che, al pari delle

prosecution agreement (NPA) proprio per l'elevato grado di collaborazione offerto dalle società in questione sia nel segnalare volontariamente le condotte illecite, che nella messa a disposizione di quanto appreso nel corso delle indagini interne. In altri procedimenti vi è stata invece la definizione attraverso lo strumento del *deferred prosecution agreement* (DPA), si tratta dei casi *Diebold Inc.*; *Parker Drilling Company*; *Pfizer Corporation*; *Total SA*; *Weatherford International Lts*. In altri casi ancora, l'assenza di condotte collaborative ha invece determinato la chiusura del procedimento con un *plea agreement*, si fa riferimento ai casi *Allianz SE* e *Eli Lilly & Co*. Cfr. M. MANTOVANI, op. cit., p. 123-124.

⁷² Cfr. M. MANTOVANI, op. cit., p. 125-126; Cfr. CONVINGTON AND BURLING, *Trends and Developments in Anti-Corruption Enforcement*, 2015, p. 1 e ss.

agenzie governative, indaga nelle "viscere" della propria organizzazione per ottenere i "fatti rilevanti", magari anche intervistando il dipendente presunto autore del reato che – all'insaputa del conflitto d'interessi retrostante e sotto la spinta del dovere di leale collaborazione verso la società oltre al timore di perdere il proprio posto di lavoro – rilascerà dichiarazioni autoindizianti utili all'ente per indirizzare l'indagine del *prosecutor*. Peraltro, non è riconosciuta alcuna tutela al dipendente sottoposto ad indagini interne dal momento che le stesse assumono natura privata e, proprio per questa ragione, non potrà essere opposta la copertura prevista dal *Fifth Amendment* in materia di *privilege against self incrimination*.⁷³

La documentazione così raccolta, non coperta dall'*attorney-client privilege*⁷⁴, verrà consegnata all'organo inquirente e fungerà da merce di "baratto" per "strappare" l'accordo che salverà la società⁷⁵ dal rinvio a giudizio – semplicemente costretta a pagare una sanzione pecuniaria equiparabile, a prescindere dall'ammontare, ad una mera voce di bilancio – mentre il *manager*, ma soprattutto il dipendente, finito nelle carte della procura "cadrà nel baratro" a causa dell'alleanza siglata tra *prosecutor* ed ente collettivo⁷⁶.

È dai primi anni duemila, infatti, che le pretese punitive del Governo nelle ipotesi di *criminal corporate liability* si sono concentrate sulle figure che materialmente hanno posto in essere la condotta, rispetto all'ente che potrebbe averne tratto beneficio. Ed è proprio l'evidente squilibrio tra le forze in campo, il "Davide contro

⁷³ Così, F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 792.

⁷⁴ Si tiene infatti a precisare che trattandosi di indagini interne condotte dal difensore su incarico dell'ente, l'*attorney-client privilege* e la *work of product doctrine* non potranno che valere esclusivamente per quest'ultimo. Ne consegue che il dipendente intervistato dal difensore non potrà eccepire la confidenzialità delle dichiarazioni, magari autoincriminanti, rese al difensore dell'ente nel corso dell'intervista. A tale proposito si veda anche il *leading case Upjohn Co. et al. v. United States et al.*, 449 U.S. 383 (1981). Così, F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 793.

⁷⁵ In questi termini F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 790. «barattando gli esiti della propria attività di revisione interna con la garanzia dell'accesso ad uno degli *agreements* esaminati»

⁷⁶ Anche se molto in lontananza non si può non scorgere il parallelismo con quanto accade nel panorama giuridico domestico in conseguenza dell'inversione dell'*onus probandi* prevista all'art. 6 del D.Lgs. 231/2001. Il reato commesso da soggetti apicali porta l'ente collettivo ad allearsi con il pubblico ministero nella ricerca degli elementi di prova utili a dimostrare tutte le condizioni richieste per l'esonero dalla responsabilità, tra cui l'elusione fraudolenta del Modello operata dai soggetti di vertice.

Golia”, il dipendente ai margini dell’organigramma e la multinazionale che utilizzerà tutte le risorse a propria disposizione nel cercare di trovare gli elementi che le permettano di raggiungere l’accordo, che solleva quantomeno perplessità sulla bontà di una simile scelta di politica criminale⁷⁷, dal momento che il soggetto persona fisica, oltre ad essere puntualmente “scaricato” dalla società, viene penalmente perseguito – in modo particolarmente intenso⁷⁸ – per condotte di cui il reale beneficiario risulta essere tendenzialmente proprio l’ente⁷⁹.

Certamente la flessibilità accordata all’autorità giudiziaria nel valutare ed eventualmente premiare le condotte virtuose della società che ritorni sulla strada della legalità attivandosi in tutti i modi possibili: investigazione interna; denuncia; messa a disposizione dei risultati; collaborazione all’indagine governativa; allontanamento delle persone coinvolte; rimedi alle conseguenze dannose del reato; riorganizzazione interna; può senz’altro essere considerata strumentale al miglioramento della *compliance* degli enti. L’aggiornamento dei propri modelli organizzativi sull’indicazione della procura ha inoltre l’effetto di diffondere le *best practices* anche tra gli altri operatori economici operanti nel medesimo settore, generando così una spirale virtuosa⁸⁰. Dall’altro lato, però, emerge la quasi sistematica compressione dei diritti di società e persone fisiche coinvolte, elementi distorsivi che alimentano sempre più incertezze su una siffatta scelta politico-criminale.

⁷⁷ In questo senso A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 219, il «[...] potere, in questo caso negoziale, delle *corporations* rispetto ai singoli: segnala, anche da questo angolo di vista, l’eccezionale disparità delle forze in gioco, ove le persone che hanno agito per l’ente divengono pedine su ben altro scacchiere». In senso conforme, F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 796-797.

⁷⁸ Ravvisa come vi sia una visione sostanzialmente retributiva per le persone fisiche, «Del motto utilitaristico che si fa risalire a John Howard [...] – «la mia mano è severa ma si cura del tuo migliore futuro» – rimane solo la prima parte», A. ALESSANDRI, op. ult. cit., p. 243.

⁷⁹ Così, F. NICOLICCHIA, op. cit., p. 797.

⁸⁰ Secondo questa ricostruzione gli accordi in questione assumerebbero anche un’importante «funzione normativa». Così, R. A. RUGGIERO, op. cit., p. 14.

2.4. Un possibile trapianto del modello premiale statunitense.

È inevitabile, giunti a questo punto, valutare l'opportunità di un possibile trapianto dei meccanismi di incentivazione che caratterizzano il paradigma di punibilità delle persone giuridiche negli Stati Uniti.

La premessa che deve accompagnare questo processo di analisi concerne la delicata tematica del trapianto di istituti legali da una cultura giuridica ad un'altra.

Sebbene gli insegnamenti di *Montesquieu* abbiano perso vigore a seguito dell'avvento della globalizzazione, e quindi della minore distanza tra culture ed ordinamenti, ciononostante continuano a guidare l'operatore giuridico che, nella valutazione del grado di trapiantabilità di un istituto, non potrà trascurare il contesto economico, politico, sociale, (ma soprattutto) giuridico caratterizzanti un determinato ordinamento. Solamente qualora sia raggiunta la piena comprensione di questi fattori si potrà evitare che il trapianto di un istituto legale – al pari di un organo del corpo umano – possa soffrire "una crisi di rigetto"⁸¹.

Muniti di questi avvertimenti si cercherà di passare in rassegna alcune delle circostanze che potrebbero far propendere, in una prospettiva *de iure condendo*, per l'introduzione di meccanismi premiali all'interno del D.Lgs. 231/2001, legati a condotte di *self reporting* e più in generale collaborative con l'autorità giudiziaria.

Le principali spinte verso l'adozione di politiche che ricomprendano incentivi alla denuncia spontanea di fatti illeciti provengono dal panorama internazionale. Assumono un significativo rilievo le raccomandazioni rivolte agli Stati membri del G20 nel contesto del B20 *Anti-Corruption Working Group* del 2014, nel quale è emerso in modo evidente come sia necessario operare un'armonizzazione dei meccanismi di prevenzione alla corruzione anche attraverso incentivi alle segnalazioni volontarie; così come risulta emblematico il lavoro coordinato dal *World Economic Forum*, che vede la Banca Mondiale e altre multinazionali impegnate nel tentativo di delineare un modello di *self reporting* che funga da riferimento per le singole giurisdizioni⁸².

⁸¹ Descrive in modo brillante le insidie che accompagnano il trapianto di istituti legali tra ordinamenti, O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *The Modern Law Review*, Vol. 37, 1974, (1), p. 5 e ss.

⁸² Si veda sul punto, M. MANTOVANI, op. cit., p. 119-121. Peraltro, in base ad un studio condotto dall'OCSE (2014) è stato rilevato come ben un terzo dei procedimenti instauratisi

L'adozione dei meccanismi di cui si discute costituirebbe dunque un tentativo di allineare il nostro panorama normativo alle migliori pratiche a livello internazionale, in modo da elevare la competitività delle società domestiche garantendo al contempo maggiore attrattività sul piano degli investimenti⁸³.

In una prospettiva di modifica potrebbero essere pertanto introdotti, con le dovute cautele, sia meccanismi incentivanti il *self reporting* che operino mediante una mitigazione del trattamento sanzionatorio, sia la possibilità di prevedere forme di diversione processuale simili agli *agreements* di matrice statunitense⁸⁴. Se in generale l'incentivazione delle segnalazioni spontanee ben potrebbe conciliarsi con le finalità che si pone il decreto, volto alla riduzione del tasso della criminalità d'impresa ed alla promozione di una cultura di legalità ed eticità⁸⁵, l'introduzione di meccanismi di chiusura negoziata comporterebbe invece più che un'insidia, legata alle differenze connaturate all'esercizio dell'azione penale nelle due diverse tradizioni giuridiche.

Anche in questo senso uno spiraglio potrebbe essere aperto da due peculiarità presenti nel nostro ordinamento. Da un lato si rileva come non sia affatto sconosciuta al codice di procedura penale l'esistenza di percorsi di diversione processuale, di cui la sospensione del procedimento con messa alla prova⁸⁶, ora valevole anche per gli imputati maggiorenni, ne costituisce un chiaro esempio⁸⁷. Dall'altro, è lo stesso

per fatti di corruzione internazionale si siano avviati su impulso delle imprese che spontaneamente hanno denunciato il fatto.

⁸³ In questo senso M. MANTOVANI, op. cit., p. 132.

⁸⁴ Così M. MANTOVANI, op. cit., p. 131.

⁸⁵ Obiettivi che potrebbero essere sensibilmente migliorati da condotte proattive quali l'autodenuncia, idonea ad incidere nella riduzione della c.d. cifra nera dei reati mai perseguiti. Allo stato attuale delle cose «l'effetto boomerang» riconnesso all'assenza di incentivi frena proprio la volontà di collaborazione da parte delle imprese che preferiscono non denunciare i reati conosciuti, e magari connessi ad un gestione precedente, perché potrebbero riverberare i propri effetti nel presente. Così, L. SANTA MARIA-M. VIZZARDI, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2010.

⁸⁶ Il riferimento è all'art. 468-bis del c.p.p. così come modificato dalla l. 28 aprile 2014, n. 67.

⁸⁷ In questo senso F. MAZZACUVA, op. cit., p. 11-12. Peraltro l'Autore ravvisa come l'estensione della messa alla prova per l'ente possa costituire una strada percorribile in quanto è lo stesso decreto che già contempla, attraverso gli istituti previsti agli art. 12 e 17, una visione in chiave "riabilitativa" dell'ente. In senso conforme E. M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi*

D.Lgs. 231/2001 che, attraverso il disposto dell'art. 58, lascia spazio per intravedere una discrezionalità del pubblico ministero nel procedimento di archiviazione, sottoposto esclusivamente ad un controllo di tipo gerarchico⁸⁸.

In ogni caso, qualora si decidesse eventualmente di introdurre nell'ordinamento meccanismi di diversione processuale per la persona giuridica, risulterebbe quantomeno necessario individuare puntualmente i presupposti richiesti per l'accesso a tale procedura, oltre che l'oggetto del successivo vaglio giudiziale, in modo tale da rimanere comunque in una ottica di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale che contraddistingue il sistema giuridico italiano⁸⁹.

Il "rigetto" all'introduzione potrebbe essere invece motivato dal clima di scetticismo che permea la magistratura, restia a valorizzare forme di collaborazione attiva da parte delle imprese. La cultura giuridica domestica risente molto di una tradizionale visione della cooperazione del privato quale momento di intralcio alle indagini della pubblica accusa, con conseguenti pregiudizi sulla trasparenza, genuinità e autenticità della condotta e delle intenzioni di chi volontariamente si mette a disposizione dell'autorità inquirente⁹⁰. Un terreno forse non ancora culturalmente fertile per accogliere una simile riforma nel testo del decreto,

applicative incerte, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE-M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 240. L'Autore rileva come un meccanismo di *probation* per l'ente possa determinare «un effetto riabilitativo e reputazionalmente virtuoso», il cui esito positivo potrebbe essere accompagnato da una pronuncia di non doversi procedere.

⁸⁸ Così F. MAZZACUVA, op. cit., p. 12. Si tiene comunque a ricordare come la dottrina maggioritaria abbia ravvisato più che una perplessità in merito alla previsione di cui all'art. 58. I dubbi riguardano la legittimità costituzionale di un meccanismo che non preveda un controllo giurisdizionale sull'inazione. Il nodo della questione concerne la sempre viva tematica di quale natura giuridica debba assumere la responsabilità degli enti di cui al D.Lgs 231/2001. Si vedano sul punto, M. CERESA-GASTALDO, *Procedura Penale delle società*, Torino, 2015, p. 155-158; G. RUTA, *Commento Articolob 58. Archiviazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS-A. PERINI, Bologna, 2014, p. 1182 e ss.

⁸⁹ Si veda, F. MAZZACUVA, op. cit., p. 13.

⁹⁰ In questo senso, F. COTTONE-M. MANTOVANI, op. cit., p. 19. In senso conforme anche F. BONELLI, «Collaborazione» tra autorità pubbliche e società private per un'efficace lotta alla corruzione, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, (3), p. 677; E. M. MANCUSO, op. cit. p. 218; A. NIETO MARTIN, op. cit., p. 83.

nonostante gli stimoli provenienti dal panorama internazionale, cerchino proprio di spingere in quella direzione. Ma d'altronde, senza andare troppo indietro nel tempo, furono proprio le pressanti indicazioni provenienti dai trattati internazionali siglati dall'Italia che indussero il legislatore ad introdurre una forma di responsabilità degli enti collettivi sino ad allora sconosciuta all'ordinamento domestico: sintomatico di come la globalizzazione abbia accomunato sempre di più le esigenze, ma anche le risposte, degli ordinamenti giuridici nazionali.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *AGE*, 2009, (2), p. 187 e ss.

ABRIANI N. - GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e Funzioni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (3), p. 189 e ss.

ACCARDI F. - ROSATO R., *Quando il Sistema dei Controlli è DOC*, in *Riv. AIIA*, aprile/giugno 2013, p. 22 e ss.

ALBERICI A., *La Corporate Governance ex D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 287 e ss.

ALDROVANDI P., *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel governo delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, (3), p. 445 e ss.

ALESSANDRI A., *Art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di A. BRANCA - F. PIZZORUSSO, Bologna, 1991, p. 1 e ss.

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, (1-2), p. 33 e ss.

ALESSANDRI A., *Diritto Penale e attività economiche*, Bologna, 2010.

ALVARO S. - DERAMO D. - GASPARRI G., *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate. Aspetti comparatistici e linee evolutive*, in *Quaderni Giuridici CONSOB*, maggio 2015.

AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, (4), p. 935 e ss.

ANACLERIO M. - MIGLIETTA A. - SALVI R. - SERVATO F., *Internal auditing. Una professione in continua evoluzione*, Milano, 2011.

ANDREIS D. - NIDA E. - TONANI A., *L'affidamento in outsourcing delle attività di auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (3), p. 187 e ss.

ANDREIS D. - TONANI A., *Il processo di audit e l'adattamento delle tecniche a quanto previsto dal d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (2), p. 195 e ss.

ARENA M. - CASSANO G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007

ASCARELLI T., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Soc.*, 1957, p. 915 e ss.

ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, Oxford, 2006.

ASSUMMA B. - LEI M., *Art. 6. Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS - A. PERINI, Bologna, 2014, p. 165 e ss.

ASTROLOGO A. - SGUBBI F., *Art. 5. Responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS - A. PERINI, Bologna, 2014, p. 145 e ss.

BARTOLI R., *Le sezioni unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del «sistema 231»*. in *Soc.*, 2015, (2), p. 215 e ss.

BARTOLOMUCCI S., *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, 2004.

BASCELLI M., *Possibile ruolo dei whistleblower schemes nel contesto della corporate e della control governance. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano e, in particolare, con la disciplina in materia di protezione dei dati personali*, in *La resp. amm. delle soc. e enti*, 2008, (1), p. 125 e ss.

BASILE M., *Le persone giuridiche*, Milano, 2003.

BASSI A., *Art. 34. Disposizioni processuali applicabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS - A. PERINI, Bologna, 2014, p. 861 e ss.

BIOCCHI L. - ROSSETTI D., *Rischi monitorati per le imprese*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 agosto 2016.

BECCARIA C. (1764), *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2007.

BERNASCONI A., *Art. 6*, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO, Milano, 2008, p. 119 e ss.

BERTI C., *Responsabilità amministrativa dell'ente e responsabilità civile dell'organismo di vigilanza*, Milano, 2012.

BONELLI F., «Collaborazione» tra autorità pubbliche e società private per un'efficace lotta alla corruzione, in *Dir. comm. Internaz.*, 2012, (3), p. 675 e ss.

BONESCHI T. - COLONNA F., *L'Organismo di Vigilanza nella recente normativa di Banca D'Italia*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, (1), p. 119 e ss.

BORTOLOTTO M. - BOSSI D., *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, (1), p. 109 e ss.

BOURTIN N. - HOULE A., *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE - M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 199 e ss.

BRICOLA F., *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, (4), p. 951 e ss.

BRICCHETTI R., *Le misure cautelari*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 267 e ss.

BUONOCORE V., *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, 2004, (1), p. 179 e ss.

CALLERI M., *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2010, (1), p. 73 e ss.

CARDANI G., *E se l'organo di vigilanza e controllo fosse una persona giuridica?*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (2), p. 215 e ss.

CARDIA M., *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), p. 123

CASARTELLI G., *L'organismo di vigilanza nel modello 231*, dattiloscritto per la Scuola Superiore della Magistratura, in www.ca.milano.giustizia.it, 14 maggio 2014.

CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

CENTONZE F., *Public Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption*, in AA.VV., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di F. CENTONZE - G. FORTI - S. MANACORDA, Heidelberg, 2014, p. 43 e ss.

CENTONZE F. - MANTOVANI M., *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE - M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 283 e ss.

CENTONZE M., *D.lgs. n. 231 e diritto societario. In particolare: l'OdV è ancora una funzione senza disciplina?*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE - M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 261 e ss.

CERESA-GASTALDO M., *Il «processo alle società», nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2003.

CERESA-GASTALDO M., *Processo penale ed accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, (5), p. 2232 e ss.

CERESA-GASTALDO M., *Procedura Penale delle società*, Torino, 2015.

CERQUA L. D., *Art. 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS - A. PERINI, Bologna, 2014, p. 285 e ss.

CHIARINI A., *La conduzione degli audit. Guida operativa agli audit sui sistemi di gestione qualità, ambiente, sicurezza, etico-sociale e sui modelli organizzativi previsti dal D.Lgs 231*, Milano, 2009.

CIARLETTA GUZZO I. - JANNONE A., *231: gestione "post evento" e controlli sui dipendenti. Limiti e utilizzabilità a fini probatori*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, (3), 2015, p. 243 e ss.

COLANGELO G., *C'era una volta in America. Gli insegnamenti presunti e i fallimenti dell'affare Enron*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, (3) p. 455 e ss.

COLONNA F., *I rapporti tra compliance officer ed Organismo di Vigilanza*, in *La resp amm. soc. e enti*, 2008, (1), p. 115 e ss..

CORBELLA S., *I Modelli 231: la prospettiva aziendale. Una proposta interpretativa nel quadro della New Institutional Theory*, Milano, 2013.

CORSO S. M., *Lavoro e responsabilità d'impresa nel sistema del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.*, Torino, 2015.

COSSEDDU A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, (1-2), p. 3 e ss.

COTTONE F. - MANTOVANI M., *La reazione dell'impresa a fronte di «segnali di allarme» e/o di indagini della magistratura*, in AA.VV., *Corruzione nazionale e internazionale*, a cura di F. BONELLI – M. MANTOVANI, Milano, 2014, p. 7 e ss.

D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2014.

DAVIES G., *Corporate Reputation and Competitiveness*, Londra, 2003.

DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, (1), p. 88 e ss.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015.

DE NICOLA A. - ROTUNNO I., *I controlli interni ex ante ed ex post: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2011, (1), p. 127 e ss.

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 57 e ss.

DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, (3-4), p. 657 e ss.

DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, (4), p. 1126 e ss.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, vol. IV, Milano, 2008.

DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, (10), p. 1137 e ss.

DI GARBO G. - GAUDINO F. - MANCUSO E. M. - VASILE M., *Italy*, in AA.VV., *Internal Corporate Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, a cura di S. SPEHL. - T. GRUETZNER, Monaco, 2013, p. 245 e ss.

DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, p. 62 e ss.

DI VIETO R. - GHEDI D., *L'Organismo di Vigilanza*, in AA.VV., *Guida ai controlli societari*, a cura di G. PIROLA - L. OCCHETTA, Milano, 2015, p. 34 e ss.

DITTMER C. A., *Internal Auditing. Chiave per la corporate governance*, Milano, 2011.

D'ONZA G., *La prevenzione delle frodi aziendali. Alle radici della responsabilità sociale*, Milano, 2014.

DUZIONI R., *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva difensiva ex art. 391-nonies c.p.p." Quale attività dell'ODV: due ipotesi a confronto di documentazione dell'effettiva attuazione del modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento di fatti di reato commessi in itinere*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (2), p. 51 e ss.

EPIDENDIO T. E., *Il Modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, (4), p. 157 e ss.

ERMOLLI B., *Governance con troppe teste*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 maggio 2006.

FALASCA G., *Controlli a distanza niente autorizzazione sugli strumenti di lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 settembre 2015.

FANCHIOTTI V., *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, (9), p. 903 ss.

FERRUA P., *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Padova, 2002, p. 225 e ss.

FIDELBO G., *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, a cura di V. MONGILLO - A. M. STILE - G. STILE, Napoli, 2013, p. 174 e ss.

FLICK G. M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, (11), p. 4032 e ss.

FORTI G., «*Doppio standard*» e «*doppio vincolo*» nella decisione di delinquere o di «*blow the whistle*», in A.A.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Atti del XXV Convegno di studio Enrico de Nicola, Milano 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, p. 173 e ss.

FORTUNATO S., *Il « Sistema dei Controlli » e la gestione dei rischi (a quindici anni dal t.u.f.)*, in *Soc.*, 2015, (2-3), p. 249 e ss.

FRIGNANI A. - GROSSO P. - ROSSI G., *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs. n.231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Soc.*, 2002, (2), p. 143 e ss.

GALATERI G., *Il modello è ok, ora serve la prova*, in *Riv. AIIA*, aprile/giugno 2013, p. 4 e ss.

GALLUCCIO L. - PUTZU G., *Responsabilità penale e amministrativa delle imprese*, Milano, 2009.

GANDINI F., *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (3), p. 135 e ss.

GAREGNANI G. M., *La rilevanza dei flussi informativi nei modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. dottori comm.*, 2009, (2), p. 319 e ss.

GARGARELLA MARTELLI A., *L'Organismo di Vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2009, (4), p. 762 e ss.

GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiana e i problemi aperti*, in *Quaderni Giuridici CONSOB*, 2013.

GENNARO V., *Gli attributi dei protocolli di controllo e il compliance audit: il concetto di verificabilità del funzionamento e dell'osservanza del modello*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, (2), p. 169 e ss.

GHINI P., *Controlli a distanza dei lavoratori*, in *Circ. n.6, Riv. 231*, giugno 2015, p. 24 e ss.

GHINI P., *Verifiche dell'OdV, tra esigenze di indagine e rispetto della privacy*, in *Circ. n.8, Riv. 231*, settembre 2015, p. 21 e ss.

- GIANSANTE P., *Internal auditing. Contenuto, struttura e processo*, Roma, 2009.
- GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Soc.*, 2012, (11), p. 1219 e ss.
- GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, (3), p. 597 e ss.
- GROSSI G. C., *Internal Auditing. L'inizio di una nuova avventura*, Milano, 2002.
- IELO P., *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (2), p. 87 e ss.
- IPPOLITO M., *La Corporate Governance ex D.Lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 329 e ss.
- IPPOLITO M., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 125 e ss.
- IPPOLITO M., *I compiti dell'Organismo di Vigilanza: soluzioni operative e check list di controllo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2011, (4), p. 219 e ss.
- IPPOLITO M., *Il Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 e la Sarbanes-Oxley statunitense*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2012, (2), p. 175 e ss.
- JANNONE A., *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e framework legale di case management*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2010, (3), p. 43 e ss.
- JANNONE A., *Corruzione, frodi sociali e frodi aziendali*, Milano, 2016.
- JANNONE A., *Il whistleblowing e la policy antifrode e anticorruzione: il quadro normativo e le soluzioni operative*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2016, (3), p. 219 e ss.
- KAHN-FREUND O., *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *The Modern Law Review*, Vol. 37, 1974, (1).
- KENT R. - TOMAS J., *United States*, in AA.VV., *Internal Corporate Investigations. Overview of 13 jurisdictions*, a cura di S. SPEHL - T. GRUETZNER, Monaco, 2013, p. 401 e ss.

LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, (4), p. 1297 e ss.

LEDDA F., *Scelta e composizione dell'Organismo di Vigilanza. Linee guida, prassi aziendale, giurisprudenza*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2015, (2), p. 287 e ss.

LEE P., *Corporate criminal liability*, in *Col. Law. Rev.*, 1928, p. 4 e ss.

LEIGH L. H., *The Criminal Liability of Corporations*, in AA.VV. *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, p. 377 e ss.

LOTTINI R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

LUNGHINI G. - RAPIZZA S., *Associazioni professionali: la nuova frontiera della responsabilità amministrativa degli enti ex d.leg. 231/2001*, in *Corr. giur.*, 2012, (6), p. 781 e ss.

LUPINI C., *Indagini interne: quando serve l'aiutino*, in *Riv. AIIA*, luglio/settembre 2015, p. 23.

MAIMERI F., *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2002, (1), p. 620 e ss.

MANCUSO E. M., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE - M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 217 e ss.

MANCUSO E. M., *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2014, p. 53 e ss.

MANES V. - TRIPODI A. F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE - M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 137 e ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 1992.

MANTOVANI M., *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE - M. MANTOVANI, Bologna, 2016, p. 117 e ss.

MARIANI M. - PECCHIARI N. - POGLIANI G., *Frodi aziendali. Forensic accounting, fraud auditing e litigation*, Milano, 2012.

MARINIELLO L. F., *Internal Auditing*, Milano, 2010.

MARINONI A., *Regulation internazionale in tema di corporate governance. Il sistema dei controlli aziendali*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, (4), p. 835 e ss.

MARINUCCI G., «*Societas puniri potest*»: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, (4), p. 1193 e ss.

MARINUCCI G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, (2-3), p. 425 e ss.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2012.

MARINUCCI G.- ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi di amministratori di società per azioni*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. NUVOLONE, Milano, 1971, p. 98 e ss.

MAZZACUVA F., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *www.penale contemporaneo.it.*, 13 ottobre 2016.

MEREU A., *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, (1), p. 27 e ss.

MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. n. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2011, (3), p. 69 e ss.

MONGILLO V., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2015, (4), p. 83 e ss.

MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, (4), p. 656 e ss.

MONTALENTI P., *Amministrazione e Controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Soc.*, 2013, (1), p. 60 e ss.

MUCCIARELLI F., *Una progettata modifica al d.lgs n.231/2001: la certificazione del modello come cause di esclusione della responsabilità*, in *Soc.*, (10), p. 1247 e ss.

MUSCO E., *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Diritto e giustizia*, 2001, (23), p. 5 e ss.

MUTTI A., *Le inerzie della fiducia sistemica*, in *Rass. it. Soc.*, 2004, (3), p. 422 e ss.

NADDEO A., *Prefazione*, in G. FRASCHINI - N. PARISI - D. RINOLDI, *Il whistleblowing – Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, 2009, p. 5 e ss.

NICOLICCHIA F., *"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), p. 784 e ss.

NIETO MARTIN A., *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and cooperation: The struggle for Information in the Criminal Process*, in AA.VV., *Preventing corporate corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di F. CENTONZE - G. FORTI - S. MANACORDA, Heidelberg, 2014, p. 71 e ss.

NISCO A., *I controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009.

ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978.

PALIERO C. E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi, «societas delinquere (et puniri) potes»*, in *Corr. giur.*, 2001, (7), p. 845 e ss.

PALIERO C. E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2006, (3), p. 167 e ss.

PALIERO C. E. - SALAFIA V., *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della cassazione*, in *Soc.*, 2014, (4), p. 469 e ss.

PALUMBIERI S. R., *Art. 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *Enti e Responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI - G. GARUTI - P. VENEZIANI, Torino, 2010, p. 223 e ss.

PANASITI M., *Art. 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS - A. PERINI, Bologna, 2014, p. 356 e ss.

PANSARELLA M., *Proposta di legge n. 3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2011, (1), p. 163 e ss.

PAOLOZZI G., «*Vademecum*» per gli enti sotto processo, Torino, 2006.

PATAMIA D., *Corporate Crime Trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – I° parte*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, p. 1 e ss.

PATAMIA D., *Corporate Crime Trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione – II° parte*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, p. 1 e ss.

PELLOSO D., *La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Il leading case Tesco e la responsabilità diretta: un'analisi critica*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2007, (1), p. 3 e ss.

PEDRAZZI C., *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, p. 1375 e ss.

PEDRAZZI C., *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Diritto Penale*, vol. III, Milano, 2003.

PETTINATO S., *I Modelli organizzativi e di gestione del D.Lgs. n. 231/2001 e la responsabilità legale della società e degli enti per i reati commessi dai loro appartenenti: note illustrative aggiornate*, in *Fisco*, 2005, (23), p. 3480 e ss.

PIERGALLINI C., «*Societas delinquere et puniri non potest*»: la fine tardiva di un dogma, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, (3), p. 573 e ss.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello organizzativo" ex D.LGS. N. 231/2001) (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, (1), p. 376 e ss.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello organizzativo" ex D.LGS. N. 231/2001) (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2013, (2), p. 843 e ss.

PIERGALLINI C., *I Modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, p. 173 e ss.

PISANI N., *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/20011*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2008, (1), p. 155 e ss.

POWER M., *La società dei controlli. Rituali di verifica*, Torino, 2002.

PULITANÒ D., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, (2), p. 415 e ss.

ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Soc.*, 2002, (2-3), p. 393 e ss.

RORDORF R., *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente in Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del Convegno di Roma, 30 novembre - 1 dicembre, Milano, 2003, p. 86.

ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

ROSSI G., *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008.

RUGGIERO R. A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015.

RUTA G., *Commento Articolo 58. Archiviazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. LEVIS - A. PERINI, Bologna, 2014, p. 1182 e ss.

SALAFIA V., *Per la prima volta il gip Milano assolve una spa da responsabilità amministrativa*, in *Soc.*, 2010, (4), p. 473 e ss.

SACCHI R., *L'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in *Giur. Comm.*, 2012, (6), p. 846 e ss.

SANTA MARIA L. - VIZZARDI M., *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2010.

SANTI F., *La responsabilità delle Società e degli enti. Modelli di esonero delle imprese*, Milano, 2004.

SFAMENI P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 73 e ss.

SFAMENI P., *Responsabilità amministrativa da reato dell'ente e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Soc.*, 2007, (1), p. 154 e ss.

SIMONINI G. F., *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2016, (1), p. 89 e ss.

STOCCHETTI G. L., *La conduzione degli audit. Guida operativa agli audit sui sistemi di gestione qualità, ambiente, sicurezza, etico-sociale e sui modelli organizzativi previsti dal D.lgs 231*, Milano, 2009.

SURACI L., *Le indagini difensive*, Torino, 2014.

SUTHERLAND E. H., *White-Collar Crime*, New York, 1949

TETTAMANZI P., *Internal Auditing. Evoluzione storica, stato dell'arte e tendenze di sviluppo: Italia e Regno Unito a confronto*, Milano, 2003.

TIEDEMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, (3), p. 610 e ss.

TRAVI A., *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. 231/2001: prime considerazioni di ordine giuridico*, in *Soc.*, 2001, (11), p. 1305 e ss.

TRIPODI A. F., *L'elusione fraudolenta del modello nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013.

TWISTER, *La flessibilità può migliorare i controlli*, in *Riv. AIIA*, aprile/giugno 2014, p. 4 e ss.

VACIAGO G., *La responsabilità amministrativa degli enti: profili normativi*, in AA.VV., *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al D.Lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 9 e ss.

VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS - G.P. VOENA, vol. XLVII, Milano, 2012.

VENEZIANI P., *Regole cautelari «proprie» ed «improprie» nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

VENTURA P., *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS - G. P. VOENA, vol. XXVII.2, Milano, 2005.

WELLS C., *Corporate Criminal Liability in England and Wales*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. PALAZZO, Padova, 2003, p. 109 e ss.

MATERIALI

ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lgs. n. 231/2001)*, febbraio 2004.

AIIA, *Standard per la pratica professionale dell'internal auditing*, Milano, 1995

AIIA, *Corporate Governance Paper, Approccio integrato al Sistema di Controllo Interno ai fini di un'efficace ed efficiente governo d'impresa*, febbraio 2008.

AIIA, *Corporate Governance Paper, Approccio integrato al sistema di controllo interno. Gli organi e le funzioni preposte al controllo interno aziendale e loro relazioni*, novembre 2009.

AIIA–CONFINDUSTRIA, *La responsabilità amministrativa delle società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/2001 nelle Società non quotate*, 2007

AIIA–UNIVERSITA' DI PISA, *La responsabilità amministrativa delle società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D. Lgs. 231/2001 nelle società quotate*, 2004.

AODV, *Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*, 1 febbraio 2010.

AODV, *Il Whistleblowing*, 16 novembre 2015.

CATTANEO A., *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.

COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina di Borsa italiana S.p.a.*, luglio 2015.

CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, marzo 2014.

CONVINGTON AND BURLING, *Trends and Developments in Anti-Corruption Enforcement*, 2015.

DOYLE C., *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*, in *Congressional Research Service Report*, www. crs.gov, October 30, 2013.

ENI, *Management System Guideline Anti-Corruzione «Segnalazioni, anche anonime, ricevute da eni spa e da società controllate in Italia e all'estero»*, 22 dicembre 2014.

LECIS U., *I ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Audit nel corso delle indagini e del procedimento a carico dell'ente*, Atti del Convegno Paradigma – Forum D.Lgs. 231/01: tutela dell'ente e gestione efficace di un'indagine e di un'imputazione, Milano, 25 maggio 2010.

PROTIVITI, *Indagine sullo stato di adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex D.lgs. 231/2001. Executive summary*, maggio 2010.

PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2008.

PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2013.

PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2014.

PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2015.