

SISTEMA 231

RIVISTA QUADRIMESTRALE

1 - 2024

ISSN 3103-2419

Sindacati nel sistema “231”

Caporalato nella *fashion industry*

ISO 37008 e *internal investigations*

Modello organizzativo e riduzione della tariffa INAIL

Confisca patteggiata dell'ente



Lefebvre Giuffrè

AODV



Associazione dei Componenti
degli Organismi di Vigilanza
ex D.Lgs. 231/2001

Sistema 231

DIRETTORE RESPONSABILE

Mara Chilosì

COORDINATORE DEL COMITATO DI REDAZIONE

Iole Anna Savini

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Amati - Mara Chilosì - Silvano Corbella - Vincenzo Ferrante - Giulio Garuti - Antonino Pulvirenti - Stefano Putinati - Iole Anna Savini - Alberto Stagno d'Alcontres - Gianluca Varraso

COMITATO SCIENTIFICO

Donato Castronuovo - Filippo Dinacci - Enrico Ginevra - Andrea Lionzo - Enrico Maria Mancuso - Enrico Mezzetti - Vincenzo Mongillo - Daniele Negri - Paolo Pascucci - Carlo Piergallini - Nicola Triggiani

COMITATO PER IL REFERAGGIO

Riccardo Borsari - Filippo Bottalico - Roberta Casiraghi - Donatello Cimadomo - Francesca Consorte - Stefano Maria Corso - Paola Corvi - Giulio De Simone - Alberto De Vita - Tommaso Guerini - Carlo Longobardo - Elisa Lorenzetto - Angelo Mangione - Ilaria Merenda - Daniele Piva

REFERENTE COMITATO DI REDAZIONE

Matteo Riccardi

COMITATO DI REDAZIONE

Ginevra Campalani - Silvia De Blasis - Lorenzo Nicolò Meazza - Matteo Riccardi - Marcello Sestieri

SISTEMA 231

RIVISTA QUADRIMESTRALE

1 - 2024

ISSN 3103-2419



Lefebvre Giuffrè

AODV



Associazione dei Componenti
degli Organismi di Vigilanza
ex D.Lgs. 231/2001

INDICE *

CONTRIBUTI DI APPROFONDIMENTO

S. M. CORSO, <i>Il sindacato di fronte al sistema 231: un rapporto fluido</i>	1
M. DI LELLO FINUOLI, <i>Fashion Industry e “lavoro povero”: l’amministrazione giudiziaria delle aziende di moda per la prevenzione del caporalato</i>	19
R. FIORE, <i>Internal investigations of organizations: tra la ISO 37008 ed il codice di procedura penale. Uno strumento utile per una governance consapevole</i>	49

COMMENTI O NOTE A SENTENZA

V. FERRANTE, <i>Determinazione del premio INAIL e modelli di organizzazione e gestione del rischio (Nota a sentenza Trib. Udine, sez. lav., sent. 12 marzo 2024)</i>	95
M. RICCARDI, <i>La negoziabilità della confisca e i limiti del sindacato giurisdizionale sull’ablazione patrimoniale nel patteggiamento dell’ente (Nota a sentenza Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2024, n. 30604)</i>	105

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

G. CIVELLO, <i>recensione a L. Roccatagliata - G. Stampanoni Bassi (a cura di), Corporate governance e illecito penale. Poteri e responsabilità nelle organizzazioni complesse, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024</i>	129
--	-----

APPENDICE NORMATIVA

Legislazione - I semestre 2024.....	135
-------------------------------------	-----

* In sede di collazione del fascicolo, i contributi sono stati arricchiti di riferimenti bibliografici e aggiornati per garantirne il carattere di attualità.

CONTRIBUTI DI APPROFONDIMENTO

STEFANO MARIA CORSO *

IL SINDACATO DI FRONTE AL SISTEMA 231: UN RAPPORTO FLUIDO

TRADE UNIONS AND 231 SYSTEM: A FLUID RELATIONSHIP

Abstract

Il saggio si sofferma sul rapporto tra il cd. sistema 231 introdotto con il d.lgs. n. 231/2001 e una tipologia particolare di associazioni non riconosciute, ossia le organizzazioni sindacali. Muovendo dal dato normativo e analizzando lo specifico rilievo costituzionale di questi enti, si evidenziano, da un lato, le ragioni della loro attuale non soggezione al sistema 231 e, dall'altro, perché un loro maggior coinvolgimento nelle vicende dell'ente datore di lavoro potrebbe ritenersi possibile in futuro.

Abstract

The essay dwells on the relationship between the so-called "231 system" introduced by Legislative Decree No. 231/2001 and a particular type of private associations, namely trade unions. Starting from the normative datum and analyzing the specific constitutional relevance of these entities, it highlights, on the one hand, the reasons why they are not subject to this law and, on the other hand, why their greater involvement may be subject to reconsideration in the future.

SOMMARIO: 1. La rilevanza costituzionale del sindacato quale causa di sua non soggezione al sistema 231. — 2. L'inammissibilità della parte civile nei confronti dell'ente imputato vale anche per il sindacato. — 3. Il ruolo delle organizzazioni sindacali a fianco del *whistleblower*.

* Professore Associato di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano.

STEFANO MARIA CORSO

Non significatività delle vicende dell'art. 6 d.lgs. n. 231/2001. — 4. È possibile un maggior coinvolgimento del sindacato nelle vicende dell'ente datore di lavoro indagato/imputato?

SUMMARY: 1. *The constitutional relevance of the trade union as a cause of its non-subjection to the 231 system.* — 2. *The inadmissibility of the civil party against the defendant corporation also applies to the trade union.* — 3. *The role of trade unions alongside the whistleblower. Non-significance of the events of art. 6 d.lgs. no. 231/2001.* — 4. *Is it possible for the union to be more involved in the affairs of the employer under investigation/accused?*

1. *La rilevanza costituzionale del sindacato quale causa di sua non soggezione al sistema 231.* — Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha disciplinato la responsabilità amministrativa “da reato” degli enti ¹, nel suo testo originario non menzionava nominativamente il sindacato.

Lo stesso decreto legislativo — nonostante il decorso di quasi cinque lustri ed un evidente e impetuoso processo di elefantiasi ² — nel testo vigente non richiama mai il sindacato.

Se il dato letterale conforta una siffatta conclusione e, quindi, porta ad escludere qualsiasi interferenza tra il sindacato e il sistema 231, va subito precisato che fermarsi al dato meramente letterale può essere insufficiente per ricostruire l'effettività dei rapporti esistenti o configurabili e per ravvisare nel citato sistema 231 una *res inter alios acta* che non coinvolge sotto nessun aspetto l'ente “sindacato”.

Come è noto, Cesare Beccaria — occupandosi di interpretazione delle leggi ³ — sosteneva che “*non v'è cosa più pericolosa di quell'as-*

¹ Per una ricostruzione dell'*iter* che ha portato alla introduzione del c.d. sistema 231, nell'ottica giuslavoristica, sia consentito il rinvio a Corso, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2015.

² Le modificazioni sopravvenute hanno riguardato principalmente il catalogo dei reati presupposto (o il contenuto dei reati richiamati): gli artt. 24-25 si sono moltiplicati (l'art. 24 fino all'art. 24-ter; l'art. 25 fino all'art. 25-duodevices).

Con particolare riferimento alla materia lavoristica, va ricordata l'introduzione dell'art. 25-septies; l'inserimento dell'art. 25-duodevices relativo all'“*impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*” (2012 e 2017) e l'ampliamento dell'art. 25-quinquies (introdotto nel 2003) per ricomprendervi la “*intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*” (2016).

Su quest'ultima riforma si veda, volendo, Corso, *La responsabilità “da reato” dell'ente datore di lavoro nella legge n. 199/2016*, in De Santis, Corso, Delvecchio (a cura di), *Studi sul caporalato*, Giappichelli, 2020, p. 165.

Per talune modifiche attinenti il rito, si veda l'art. 7, d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, che ha inciso sugli artt. 59 e 61, d.lgs. n. 231/2001.

³ Il riferimento è a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1965, p. 15.

sioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge"; infatti, *"questo è un argine rotto al torrente delle opinioni"* e *"lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice"*, in quanto aprirebbe la strada alla *"fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie"*.

Dissoltasi l'eco del divieto di glossa dei testi normativi e dovendosi rifuggire dalla tentazione di attualizzare il diverso contesto storico, giuridico e culturale della prima metà del '700, va innanzitutto ricordato che, poco più di due secoli dopo, le disposizioni sulla legge in generale, occupandosi dell'interpretazione della legge, sono esplicite nel valorizzare sia il dato letterale del testo normativo — cui non deve essere attribuito *"altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse"* — sia la *"intenzione del legislatore"* (art. 12, comma 1).

Alla luce dello *ius conditum*, va preso (e dato) atto che il tenore letterale dell'art. 1, d.lgs. n. 231/2001, laddove determina i *"soggetti"* (così la rubrica) cui si applica la disciplina della responsabilità amministrativa *"da reato"*, individua come possibili soggetti passivi le *"associazioni anche prive di personalità giuridica"* (e tale è da considerarsi il sindacato, almeno fino a che non troverà attuazione il disposto dell'art. 39, comma 3, Cost.⁴) ma restringe la portata di detta prescrizione laddove esclude espressamente che il sistema 231 sia applicabile *"agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale"* (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 231/2001).

Va da sé che, riconoscendo al sindacato (come al partito politico) lo svolgimento di *"funzioni di rilievo costituzionale"*, la conclusione cui si deve pervenire è che è lo stesso dato letterale ad escludere il sindacato dal campo di applicazione del d.lgs. n. 231/2001 anche se detta esclusione

5

⁴ Sulla portata della (non) attuazione dell'art. 39 Cost. è intervenuta C. cost., 11 dicembre 1962, n. 106, secondo cui *"la Corte non deve ricercare i motivi di questa inadempienza costituzionale, ma non può non prendere atto della carenza legislativa che ne deriva e delle conseguenze che essa provoca nel campo dei rapporti di lavoro"*.

Ex plurimis si veda *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione*, in Riv. giur. lav., n. 1/2016 (e, in particolare, i contributi di GRAGNOLI, *La libertà organizzativa del sindacato e l'art. 39, commi 2 e 3, della Costituzione*, p. 31; MARESCA, *Le regole della rappresentatività sindacale tra legge ed autonomia*, p. 141; BAVARO, *La legge sull'art. 39 della Costituzione fra tecnica e politica*, p. 175). Senza poter approfondire in questa sede, va ribadito ad ogni modo che le associazioni non riconosciute mantengono una propria soggettività, possono costituire un fondo comune e svolgono attività giuridica, anche stando in giudizio (art. 36, comma 2, c.c.).

Per una recente puntualizzazione, VALENTE, *Il feticcio dell'art. 39, comma 4, della Costituzione e le sue conseguenze sul sistema delle relazioni sindacali*, in Lav. dir. eur., 2021, n. 3.

STEFANO MARIA CORSO

avviene non mediante indicazione specifica dell'ente escluso, ma mediante l'indicazione della categoria generale nella quale l'ente "sindacato" va annoverato.

A ben vedere, il problema interpretativo si sposta: in assenza di un testo letterale esplicito (quello che Cesare Beccaria avrebbe preferito), la collocazione del sindacato nel *genus* "ente di rilievo costituzionale" è il risultato di una ricostruzione giudiziale dello "spirito della legge" (temuto da Cesare Beccaria) oppure di una interpretazione autentica (ossia data dal legislatore stesso e, per ciò, tale da escludere interpretazioni divergenti in sede applicativa)?

Nel caso del d.lgs. n. 231/2001 la verità si colloca nel mezzo: l'inapplicabilità della disciplina sulla responsabilità amministrativa "da reato" all'ente "sindacato" non è dovuta ad una interpretazione giurisprudenziale (che ognuno può qualificare come progressista, e in linea con il diritto vivente, o come protezionista di un potere radicato nella realtà sociale ed economica), né può vantare a suo favore una chiaramente percepibile intenzione del legislatore.

La Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001⁵, nel § 2 fa riferimento alle "precise indicazioni della delega fedelmente riprodotte nello schema di decreto legislativo" che "hanno indotto ad escludere gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale", ma la precisione del *dictum* legislativo e la sua fedele traduzione in norme si stemperano nel rilievo, sempre del delegato, secondo cui tra gli enti esercenti funzioni di rilievo costituzionale "sembrano rientrare i partiti politici e i sindacati...dando così luogo ad una zona franca giustificabile soltanto alla luce delle delicate conseguenze che produrrebbe l'impatto, su questi soggetti, delle sanzioni interdittive previste dal nuovo impianto legislativo".

La l. 29 settembre 2000, n. 300, recante "Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica", affermava in positivo l'applicabilità del decreto legislativo emanando agli "enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale" (art. 11,

⁵ La relazione citata nel testo è integralmente riportata in CORSO (a cura di), *Codice della responsabilità "da reato" degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, 2018, p. 448 e ss. A margine del disegno di legge che ha portato alla l. n. 300/2000, autorevole dottrina osserva che l'applicabilità a enti che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale si risolve in una delimitazione avente "evidentemente la funzione di escludere il coinvolgimento dei sindacati e dei partiti politici" (PIERGALLINI, *Progetti di riforma* (rassegna), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 298).

comma 1), mentre il legislatore delegato ha preferito esprimersi in termini di non applicabilità, ma — ed è quello che rileva — nei quasi cinque lustri di vigenza, la cautela espressiva degli estensori della Relazione non ha portato a interpretazioni dissonanti nei casi in cui la persona fisica autrice di uno dei reati presupposto (d.lgs. n. 231/2001, artt. 24-26) fosse un apicale o un non apicale in un sindacato ⁶.

La regola di esclusione ha tenuto, senza sollevare particolari obiezioni, ma ovviamente essa non ha una capacità diffusiva al di fuori della *sedes materiae* (sistema 231) per cui anche il sindacato può essere chiamato a rispondere — in veste di responsabile civile — per l'illecito dell'apicale/non apicale, mentre resta fermo il principio che non può essere indagato/imputato per un reato, in quanto “*societas delinquere non potest*” e in quanto — secondo un condivisibile *dictum* delle Sezioni Unite penali — l'ente “*non è mai autore del reato e concorrente nello stesso*” ⁷.

2. *L'inammissibilità della parte civile nei confronti dell'ente imputato vale anche per il sindacato.* — La non menzione esplicita del sindacato tra gli enti assoggettati al sistema 231 non esaurisce i possibili rapporti ipotizzabili.

Soprattutto da quando (2007) è stata rimossa la deliberata scelta di non inserire tra i reati presupposto i reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro ⁸, si poteva pensare ad un ruolo del

⁶ Ovviamente, la semplice rilevanza costituzionale di uno o più dei profili dell'attività svolta non può escludere l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 perché ciò riguarderebbe un numero pressoché illimitato di enti e svuoterebbe di contenuto concreto la previsione di una responsabilità amministrativa dell'ente: così Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, PM in proc. Vielmi, in *Dir. prat. lav.*, 2011, n. 16, p. 982, con nota di PETRUCCI.

⁷ Il riferimento è a Cass. pen., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561, in *Giur. it.*, 2014, p. 990.

⁸ Come è noto, la legge delega n. 300/2000, nell'art. 11, lettera c), richiedeva al Governo di introdurre la responsabilità amministrativa dell'ente anche per il reato colposo di omicidio (art. 589, comma 2, c.p.) e di lesioni gravi o gravissime (art. 590, comma 3, c.p.) commessi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro. Questo *input* è stato ignorato dal decreto legislativo per non menzione (BARBUTO ha parlato di “*clamorosa disubbidienza del Governo alle precise direttive del Parlamento*” in *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa*, 2001, p. 932).

Il differimento della introduzione della pur prevista responsabilità amministrativa dell'ente datore di lavoro per gravi violazioni della normativa antinfortunistica è stata generalmente stigmatizzata in dottrina come “*clamorosa marcia indietro*” (De Simone), “*occasione*

STEFANO MARIA CORSO

sindacato come persona offesa e/o danneggiata dal reato presupposto di cui all'art. 25-septies del d. lgs. n. 231/2001⁹ o, almeno, nella veste di uno degli enti “*rappresentativi di interessi lesi dal reato*” (art. 91 c.p.p.).

Quanto consentito nel procedimento/processo a carico della persona fisica cui viene attribuito un reato, non è stato consentito nel procedimento/processo *ex d.lgs. n. 231/2001* nei confronti dell'ente, ancorché chiamato a rispondere di responsabilità amministrativa per un reato rientrante nell'art. 25-septies commesso da un rappresentante/apicale/non apicale nell'interesse o a vantaggio dell'ente di appartenenza.

L'inammissibilità della costituzione di parte civile (da parte di una persona fisica o giuridica) nei confronti dell'ente processato *ex d.lgs. n. 231/2001* era stata affermata in via generale (e cioè senza riferimento al profilo lavoristico) dalla Suprema Corte a partire dal 2011¹⁰, sulla base di una mancanza di volontà legislativa in tal senso, di una tutela della posizione del danneggiato comunque garantita *ex art. 17 d.lgs. n. 231/2001*¹¹ nonché della possibilità di convenire l'ente datore di lavoro in sede civile e da quella di chiamarlo come responsabile civile (*ex art. 83 c.p.p.*) nel processo penale a carico della persona fisica imputata del reato presupposto.

Il problema si è riproposto, con particolare sottolineatura, in una

mancata” (Pasculli), “*punto debole*” della riforma (Guernelli), “*nodo da sciogliere con urgenza*” (Palazzo).

L'eclissi della normativa antinfortunistica si è protratta per sei anni ed è venuta meno con l'art. 25-septies introdotto nel sistema 231 con l. 3 agosto 2007, n. 123 e sostituito con d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

⁹ Va ricordato che, dopo resistenza iniziale, il sindacato era stato ammesso a costituirsi parte civile nei processi per eventi lesivi gravi o mortali in ambiente di lavoro: cfr. CORSO, *Luci e qualche ombra nella riconosciuta legittimazione del sindacato a costituirsi parte civile per grave infortunio sul lavoro*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 145. L'approdo interpretativo è stato ribadito da Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2021, n. 46154, in *olympus.uniurb.it*, 17 dicembre 2021.

¹⁰ Il riferimento è a Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 113, con nota di MUCCIARELLI; in *Resp. amm. soc.*, n. 3/2011, con nota di BASSI (p. 173) e di DOVERE (p. 182), e in *Cass. pen.*, 2011, p. 2545, con nota di VARRASO.

¹¹ Come è noto, l'art. 17, d.lgs. n. 231/2001, rubricato “*riparazione delle conseguenze del reato*”, sottrae l'ente colpevole alla applicazione delle sanzioni interdittive quando, “*prima della dichiarazione di apertura del dibattimento*”, ha — tra l'altro — “*risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso*”.

Con d.l. 5 gennaio 2023, n. 2 convertito, con modificazioni, con l. 3 marzo 2023, n. 17, è stato aggiunto all'art. 17 un comma 1-bis che consente agli enti industriali di interesse strategico nazionale di sottrarsi alle sanzioni interdittive mediante una condotta positiva che sembra non richiedere più il risarcimento del danno al lavoratore infortunato.

fattispecie di infortunio sul lavoro, sul presupposto di una non conformità della legislazione italiana alla normativa euro-unitaria in materia di tutela della vittima nel processo penale ¹².

La Corte di giustizia dell'Unione Europea ha però escluso il denunciato conflitto sul presupposto che la responsabilità dell'ente (in questo caso, datore di lavoro) è qualificata come "amministrativa", "indiretta" e "sussidiaria" e che l'illecito amministrativo (unico attribuibile all'ente) non presenta un nesso causale diretto con il danno patrimoniale o non patrimoniale cagionato dal reato ¹³.

Il problema è stato riformulato non più in termini di questione pregiudiziale comunitaria ma di questione di costituzionalità dell'art. 83 c.p.p. (rubricato "*citazione del responsabile civile*") — in riferimento all'art. 3 Cost. — nella parte in cui non prevede che la vittima del reato presupposto possa chiedere direttamente all'ente (anche in questo caso, datore di lavoro) il risarcimento dei danni cagionati da soggetti apicali o non apicali dell'ente stesso ¹⁴.

La risposta della Corte costituzionale è stata una declaratoria di inammissibilità della questione, tra l'altro sul presupposto che gli illeciti attribuiti rispettivamente alla persona fisica (reato) e all'ente (illecito amministrativo) sono strutturalmente diversi ¹⁵.

Va ricordato che periodicamente — in sede di merito — è emerso un giudizio di non condivisione dell'orientamento che esclude la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato *ex d.lgs. n. 231/2001* ¹⁶ ma, allo stato, la Suprema Corte ha confermato l'approdo ermeneutico fatto proprio a partire dal 2010 ¹⁷.

Per quanto qui d'interesse, anche il sindacato è stato escluso dal ruolo di offeso, danneggiato o ente esponenziale nel processo a carico dell'ente imputato *ex art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001*.

¹² GUP Trib. Firenze (ord.), 9 febbraio 2011, in *Foro it.*, 2011, II, c. 291, con nota di MANCUSO, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1340.

¹³ Il riferimento è a Corte Giust. UE, sez. II, C-79/11, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 2157, con nota di CORSO, e in *Foro it.*, 2012, IV, c. 497, con nota di DI PAOLA.

¹⁴ GUP Trib. Firenze (ord.), 17 dicembre 2012, in *Giust. pen.*, 2013, I, c. 305.

¹⁵ Si veda C. cost., 9 luglio 2014, n. 218, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3486, con nota di CERESA GASTALDO e in *Il quotidiano IPSOA*, 23 luglio 2014, con nota di CORSO.

¹⁶ *Inter alios* si vedano App. Palermo, 26 giugno 2013, n. 2892 e Ass. Taranto (ord.), 4 ottobre 2016, con nota di BELTRANI, in *Resp. amm. soc.*, 2017, n. 4, p. 219.

¹⁷ Per una fattispecie lavoristica (art. 25-septies) che ha visto l'annullamento della sentenza di merito che riteneva ammissibile la costituzione di parte civile contro l'ente imputato cfr. Cass. civ., sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 3786, annotata da CORSO in *Il quotidiano IPSOA*, 9 marzo 2015, e da VIGLIONE, in *Le società*, 2015, p. 737.

3. *Il ruolo delle organizzazioni sindacali a fianco del whistleblower. Non significatività delle vicende dell'art. 6 d.lgs. n. 231/2001.* — Si è già sottolineato che il d.lgs. n. 231/2001, né nel testo originario né nel testo vigente, fa menzione ad alcun titolo dell'“ente” sindacato.

Il rilievo merita una precisazione perché la tumultuosa crescita dell'articolato del decreto ha conosciuto qualche rara regressione ed una di queste ha riguardato proprio l'unica norma che faceva riferimento alla “organizzazione sindacale”.

A seguito della l. 30 novembre 2017, n. 179, recante disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato ¹⁸, l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 ha conosciuto un profondo *restyling* che ha portato all'inserimento dei commi 2-bis, 2-ter e 2-quater.

La norma, rubricata “*soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*”, ha inglobato la disciplina del *whistleblowing* con riferimento all'ente datore di lavoro privato, ai canali di comunicazione della segnalazione di illeciti e irregolarità endoaziendali e al contrasto di misure discriminatorie ritorsive perché determinate dal ruolo di *whistleblower* assunto dal lavoratore.

In questo contesto, il legislatore del 2017 ha affidato la reazione alla misura ritorsiva adottata nei confronti del segnalante, oltre che alla denuncia del lavoratore stesso all'Ispettorato Nazionale del Lavoro (INL), anche — e autonomamente — alla denuncia dell'organizzazione sindacale indicata dal medesimo (art. 6, comma 2-ter), riconoscendole un ruolo nel contrasto alla illegalità in azienda e di supporto alle ragioni dello specifico lavoratore.

Se, per il dipendente pubblico, il ruolo delle organizzazioni sindacali di supporto al segnalante era già previsto dall'art. 1, comma 51, l. 6 novembre 2012, n. 190 che — introducendo l'art. 54-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ¹⁹ — riservava detta modalità di intervento, di contrasto

¹⁸ *Ex plurimis* si vedano AVIO, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella legge 30 novembre 2017 n. 179*, in Esposito, Luciani, Zoppoli A., Zoppoli L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 306; PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2019, p. 125; CORSO, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli, 2020, p. 214 e DELLA BELLA, ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

¹⁹ L'art. 54-bis, comma 3, dispone che “l'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o

all'avvenuta adozione di misure discriminatorie, alle sole organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse (misure ritorsive o "discriminatorie") sono state poste in essere, la l. n. 179/2017 aveva rimosso la già denunciata incongruenza²⁰ riconoscendo la legittimazione *ad adiuvandum* a ogni organizzazione sindacale, anche se non particolarmente rappresentativa purché gradita al lavoratore segnalante che si riteneva oggetto di ritorsione ed estendendo al settore privato la disciplina del *whistleblowing*.

Dopo oltre cinque anni, la normativa *de qua* è stata cambiata con il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24 che ha abrogato i commi 2-ter e 2-quater dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001.

A decorrere dal 15 luglio 2023, è venuto a cadere l'unico riferimento esplicito all'ente "*sindacato*" introdotto nel sistema 231, ma il mutamento normativo non va assolutamente interpretato come *capitis deminutio* o disconoscimento della funzione che in materia può svolgere l'organizzazione sindacale.

Innanzitutto, è evidente che il ruolo del sindacato nella realtà sociale e lavorativa non viene di certo affermato o intaccato dalla menzione o non menzione in uno specifico atto normativo.

In secondo luogo, il d.lgs. n. 24/2023, nel mentre sopprime la citazione esplicita contenuta nell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, afferma in modo inequivoco che "*resta altresì ferma l'applicazione delle disposizioni in materia di esercizio del diritto dei lavoratori di consultare i propri rappresentanti o i sindacati, di protezione contro le condotte o gli atti illeciti posti in essere in ragione di tali consultazioni, di autonomia delle parti sociali e del loro diritto di stipulare accordi collettivi nonché di repressione delle condotte antisindacali di cui all'art. 28 della legge 20 maggio 1970 n. 300*" (art. 1, comma 4).

In terzo luogo — al di là della attuazione concreta con d.lgs. n.

dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere".

²⁰ Il riferimento è al parere reso dalla Commissione XI permanente (Lavoro, Previdenza sociale) nella seduta n. 278 in data 16 novembre 2016 (relatore il dep. P. Ichino), dove si proponeva di eliminare, in quanto "inappropriato", ogni "*riferimento al carattere della 'maggiore rappresentatività' del sindacato: trattandosi di un sindacato che affianca il segnalante o denunciante a sua tutela, non si vede perché non ampliare il novero anche ai sindacati minori*".

Come si è visto, il condivisibile suggerimento non ha trovato spazio nel testo della l. n. 179/2017 anche se, sul piano pratico, è difficile pensare che, dinanzi alla doglianza di avvenuta adozione di una misura ritorsiva contro il *whistleblower*, l'A.N.A.C. subordini il suo attivarsi alla maggiore o minore rappresentatività dell'organizzazione sindacale denunciante.

24/2023 — la direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione (e del diritto nazionale), a più riprese riconosce ai “*rappresentanti*” del lavoratore la stessa protezione che riconosce al segnalante (es., considerando n. 21) e mette in chiaro (considerando n. 29) che “*la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali relative all'esercizio dei diritti dei rappresentanti dei lavoratori in ordine all'informazione, alla consultazione, nonché alla partecipazione alla contrattazione collettiva e alla difesa dei diritti dei lavoratori. Questo non dovrebbe pregiudicare il livello di protezione offerto dalla presente direttiva*”, riconoscendo esplicitamente il possibile ruolo dei “*sindacati*” nell'assicurare trasparenza e legalità nelle aziende pubbliche e private” (considerando n. 45).

Quanto basta per concludere che la diversa *sedes materiae* (non più il d.lgs. n. 231/2001, bensì la norma europea) non ha messo in dubbio o fatto venir meno il ruolo del sindacato come punto di riferimento per il lavoratore che intenda presentare o abbia presentato una segnalazione di illeciti/irregolarità.

Sulla base di questi spunti normativi, oltre un decennio fa venivano proposte due riforme *de iure condendo* del sistema 231²¹.

La prima era per l'introduzione di una soluzione meno gravosa del commissariamento giudiziale che consente la prosecuzione dell'attività durante il periodo di applicazione della misura e/o della sanzione interdittiva, ma che comporta anche che “*il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato*” (art. 15, comma 4, e art. 79, comma 2, d.lgs. n. 231/2001).

Il legislatore ha risposto positivamente sia con l'introdurre il comma 1 *bis* nell'art. 53, d.lgs. n. 23/2001, rubricato “*sequestro preventivo*”, sia con plurimi interventi sull'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. specificamente orientati — almeno a partire dal 2018 — alla “*tutela dei terzi nel giudizio*”.

Al bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva e di salvaguardia dell'occupazione il giudice perviene senza che sia

²¹ Cfr., CORSO, *Lavoro e responsabilità*, cit., p. 502.

La prima proposta era stata anticipata nell'articolo *Più tutela per l'occupazione, in caso di condanna per l'ente datore di lavoro*, in *Il quotidiano unico*, 11 novembre 2013.

La seconda proposta era stata anticipata nell'articolo, *Più spazio al sindacato prima di sanzionare l'ente datore di lavoro*, *ivi*, 28 novembre 2013.

previsto il minimo coinvolgimento del sindacato, come se i problemi sottesi fossero solo giuridici e non economici e sociali.

La marginalizzazione del sindacato appare un *trend* crescente negli ultimi anni: si pensi al contrasto a fenomeni di caporalato e alle misure di prevenzione contro enti datori di lavoro che hanno visto l'egemonia della funzione giudiziale, a fronte del ruolo passivo delle associazioni sindacali che sembravano prenderne atto come se fosse una *res inter alios acta* ²².

4. *È possibile un maggior coinvolgimento del sindacato nelle vicende dell'ente datore di lavoro indagato/imputato?* — Un ultimo profilo di possibile rilievo — e questo era l'oggetto della seconda proposta di riforma — concerne il ruolo del sindacato nel caso in cui sussistano i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare all'ente datore di lavoro e detta misura, se applicata, potrebbe avere ripercussioni negative anche su soggetti estranei al reato presupposto e all'illecito amministrativo conseguente.

Il riferimento è all'art. 15, d.lgs. n. 231/2001, rubricato “*Commissario giudiziale*”.

Di fronte alla drammatica alternativa tra non sanzionare l'ente colpevole o sanzionarlo con effetti collaterali sui lavoratori, il legislatore ha ritenuto di risolvere il dilemma mediante la nomina di un commissario giudiziale che sostituisca gli organi direttivi dell'ente, sia nella fase cautelare di applicazione di una misura interdittiva, sia nella fase esecutiva di una condanna a sanzione interdittiva (art. 79, d.lgs. n. 231/2001).

Il presupposto della nomina di un commissario è che l'applicazione all'ente della misura/sanzione interdittiva possa “*provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione*” o, comunque, incida sull'attività svolta in stabilimenti industriali dichiarati di interesse strategico nazionale (art. 15, comma 1, lett. *b*) e *b-bis*) e art. 79, comma 1, d.lgs. n. 231/2001).

In questa fase processuale, di estremo rilievo collettivo e individuale per le ricadute economiche e sociali, non è previsto alcun ruolo del

²² Cfr. DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 1, 64.

sindacato, ritenendosi evidentemente sufficiente la competenza del giudice chiamato a decidere.

La scelta legislativa è in controtendenza con quanto stabilito nel processo civile e, in specie, per le controversie in materia di lavoro: l'art. 421 c.p.c. menziona, tra i “*poteri istruttori del giudice*” (così la rubrica), “*la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti*” (comma 2) e l'art. 425 c.p.c. (rubricato “*richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali*”) consente all'associazione sindacale interpellata di fornire le informazioni richieste o manifestare le proprie osservazioni sia in giudizio che nel luogo di lavoro, orientando — pur in modo non vincolante — la decisione giudiziale.

Non si è in presenza di una consulenza tecnica in senso stretto, ma il ruolo dell'associazione sindacale è sicuramente di ausilio al giudice: si pensi all'indicazione (e ostensione) al giudice del “*testo dei contratti e accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa*” (art. 425, comma 3, c.p.c.)²³.

Sulla base di questi spunti normativi di matrice civile e/o giuslavoristica e di una coeva riforma della disciplina processualpenalistica²⁴, si è prospettato di non lasciare il giudice penale solo con sé stesso nel decidere se accogliere la richiesta del pubblico ministero, se e quale misura applicare e se siano ravvisabili in concreto le controindicazioni di cui all'art. 15, comma 1, lett. b) e b-bis), d.lgs. n. 231/2001.

Proprio la struttura del procedimento a carico dell'ente, nel prevedere un contraddittorio anticipato rispetto alla eventuale adozione della misura interdittiva e/o del commissariamento²⁵, consente al giudice procedente di decidere *audita altera parte*, senza che possa parlarsi di un atto “a sorpresa”.

Questa disponibilità temporale e la mancanza di esigenze di segretezza avevano indotto a ipotizzare l'inserimento della previsione che

²³ Poiché l'art. 425 c.p.c. segue la norma sulla “*assistenza del consulente tecnico*” (art. 424 c.p.c.), il distinguo sembra sottendere la diversità ontologica degli istituti di cui trattasi.

²⁴ Il riferimento è all'art. 299 c.p.p. (come modificato nel 2013): la richiesta di revoca e sostituzione delle misure coercitive e interdittive applicate alla persona fisica deve essere notificata, a cura della parte richiedente, al difensore della persona offesa (e/o alla persona offesa) perché entro due giorni si esprima sulla richiesta (fattispecie di delitti commessi con violenza alla persona).

²⁵ In base al disposto dell'art. 47 d.lgs. n. 231/2001, una volta investito della richiesta di applicazione di una misura interdittiva nei confronti dell'ente, “*il giudice fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori*” (comma 2).

della richiesta del PM di applicazione di misura interdittiva all'ente sia data comunicazione (a cura dell'ufficio) anche alle organizzazioni sindacali aziendali e/o territoriali interessate, affinché entro due giorni prima dell'udienza esprimano una valutazione sulle ragioni che — nella loro ottica — giustificano o impongono il rigetto della richiesta o un diverso contenuto della decisione giudiziaria.

Una previsione che non attribuisce al sindacato interpellato (o alla rappresentanza dei lavoratori) alcuna veste di parte nel procedimento *ex d.lgs. n. 231/2001* ²⁶; che non interferisce con la tempistica della procedura *in itinere*; che conserva piena validità, quale che sia il reato presupposto, in quanto è diretta all'acquisizione di un parere (non obbligatorio per chi lo rende e non vincolante per chi lo riceve) finalizzato alla miglior valutazione giudiziale ²⁷; che servirebbe a mettere il sindacato nella condizione di assumersi la responsabilità del parere espresso (o non espresso, pur potendolo esprimere) nei confronti delle maestranze interessate; che metterebbe a disposizione dell'autorità giudicante elementi conoscitivi che di regola non ha, che il PM difficilmente sarebbe in grado di fornire e che l'ente *sub iudice* non necessariamente avrebbe interesse a valorizzare.

In buona sostanza si tratterebbe di estendere — con gli opportuni adattamenti — al giudice del procedimento *ex d.lgs. n. 231/2001* la previsione di (obbligatoria) consultazione sindacale (ora contenuta nel d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, con disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali, in costanza del rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014 n. 185), “*nei casi di sospensione o riduzione dell'attività produttiva*” e *ciò al fine di procedere ad “un esame congiunto della situazione avente ad oggetto la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa”* (art. 14).

Va dato atto che la proposta, nonostante il decennio abbondante decorso, non risulta presa in considerazione e non per l'esistenza di

²⁶ Il che esclude che l'eventuale riforma si traduca in un aggiramento — almeno per il sindacato — della scelta *ad excludendum* illustrata *supra* nel § 2. In punto CORSO, *Lavoro e responsabilità*, cit., 508-509.

²⁷ Si pensi ad una fattispecie di art. 25-undecies (reati ambientali) che vede la contrapposizione tra il diritto alla salute e il diritto al lavoro e che pone il sindacato di fronte a scelte drammatiche (caso ILVA docet). *Inter alios*, cfr. GABRIELE, *Caso ILVA: il D.lgs. n. 231/2001, il problema occupazionale e i poteri del giudice penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 novembre 2013; TULLINI, *I dilemmi del caso Ilva e i tormenti del giuslavorista*, in *Ius 17*, 2012, n. 3, che segnalava come la tematica in questione vedesse anche la “*dottrina giuslavoristica ostinatamente muta*”.

STEFANO MARIA CORSO

controindicazioni emerse o per una inespresa *sfiducia* nella capacità del sindacato di svolgere al meglio questo nuovo ruolo.

Il problema della riforma del sistema 231 è sempre all'attenzione del Parlamento; il cantiere è sempre aperto ²⁸ e non si può mai escludere che una felice congiuntura (oggi meramente teorica) induca a ulteriori riflessioni e a nuove prospettive.

Bibliografia

- AVIO, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella legge 30 novembre 2017 n. 179*, in Esposito, Luciani, Zoppoli A., Zoppoli L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, 306.
- BARBUTO, *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio: è in vigore dal 4 luglio 2001 il d.lgs. n. 231/2001*, in *Impresa Comm. Ind.*, 2001, 930.
- BAVARO, *La legge sull'art. 39 della Costituzione fra tecnica e politica*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 1 (quad.), 175.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1965.
- CORSO, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2015.
- CORSO, *Luci e qualche ombra nella riconosciuta legittimazione del sindacato a costituirsi parte civile per grave infortunio sul lavoro*, in *Arch. pen.*, 2018, 145.
- CORSO, *La responsabilità "da reato" dell'ente datore di lavoro nella legge n. 199/2016*, in De Santis, Corso, Delvecchio (a cura di), *Studi sul caporalato*, Giappichelli, 2020, 165.
- CORSO, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli, 2020.
- DAVI, *Compliance, riparazione e diversione. Prime sperimentazioni italiane dei pre-trial agreements nel campo della responsabilità da reato delle imprese*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 1.
- DELLA BELLA, ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- GABRIELE, *Caso ILVA: il D.lgs. n. 231/2001, il problema occupazionale e i poteri del giudice penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 novembre 2013.

²⁸ Modifiche al T.U. sul casellario, d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 sono state apportate con l'art. 26, l. 29 aprile 2024 n. 56 (di conversione del d.l. 2 marzo 2024, n. 19) in tema di gestione infortunistica — tra l'altro — della "anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato".

Riferimenti al trattamento sanzionatorio dell'ente per responsabilità "da reato" sono presenti nell'art. 20, d.lgs. n. 74/2000 come modificato con d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, recante revisione del sistema sanzionatorio tributario (il riferimento è al comma 2-bis).

In precedenza, era intervenuta la l. 9 ottobre 2023, n. 137 (di conversione del d.l. 10 agosto 2023, n. 105) modificando gli artt. 24 e 25-octies del catalogo dei reati presupposto (art. 6-ter).

Con l. 28 giugno 2024, n. 9, plurime modifiche sono state apportate all'art. 24-bis, in tema di delitti informatici.

Da ultimo, con la legge Nordio (l. 9 agosto 2024 n. 114) sono stati soppressi (art. 323 c.p.) o sostituiti (art. 346-bis c.p.) reati rientranti nell'art. 25, d.lgs. n. 231/2001. Va da sé, inoltre, che tutti i mutamenti della disciplina processuale penale generale si riflettono "in quanto compatibili" sul rito per l'accertamento della responsabilità "da reato" degli enti.

IL SINDACATO DI FRONTE AL SISTEMA 231

- GRAGNOLI, *La libertà organizzativa del sindacato e l'art. 39, commi 2 e 3, della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, n. 1 (quad.), 31.
- MARESCA, *Le regole della rappresentatività sindacale tra legge ed autonomia*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1/2016 (quad.), 141.
- PIERGALLINI, *Progetti di riforma* (rassegna), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 293.
- PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2019.
- TULLINI, *I dilemmi del caso Ilva e i tormenti del giuslavorista*, in *Ius 17*, 2012, n. 3, 163.
- VALENTE, *Il feticcio dell'art. 39, comma 4, della Costituzione e le sue conseguenze sul sistema delle relazioni sindacali*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 3.

**FASHION INDUSTRY E “LAVORO POVERO”:
L’AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA DELLE
AZIENDE DI MODA PER LA PREVENZIONE
DEL CAPORALATO**

**FASHION INDUSTRY AND “POOR LABOUR”:
THE JUDICIAL ADMINISTRATION OF FASHION
COMPANIES FOR THE PREVENTION OF
LABOUR EXPLOITATION**

19

Abstract

Il contributo esamina i recenti provvedimenti di amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011) disposti dalla Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano nei confronti di rinomate aziende del settore della moda e del lusso per l’agevolazione colposa del delitto di “caporalato”, materialmente commesso in seno alle ditte cui era stata appaltata la produzione dei beni. Muovendo dai riscontri investigativi sui (gravi) *deficit di compliance* nel controllo delle condizioni di lavoro della filiera produttiva, quasi del tutto esternalizzata, l’Autrice riflette sui presupposti e le finalità delle misure di prevenzione destinate alle aziende, anche al fine di inscrivere nel quadro dei molteplici strumenti di gestione e/o controllo pubblico delle imprese e tenendo conto dei punti di contatto con la disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Abstract

The article examines the recent measures (art. 34 Legislative Decree no. 159/2011) ordered by the Autonomous Section for Preventative Measures of the Court of Milan against some renowned Fashion Industries for the facilitation of the crime of labour exploitation. Starting from the

* Ricercatrice di Diritto penale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore.

MARINA DI LELLO FINUOLI

deficits of compliance in the control of the working conditions of the supply chain, the Author reflects on the assumptions and purposes of the preventative measures, also with the aim of including them in the framework of the instruments of public management and/or control of companies and taking into account the points of contact with the regulation of the corporate liability provided by the Legislative Decree no. 231/2001.

SOMMARIO: 1. Premessa: il problema del “lavoro povero” nella *Fashion Industry*. — 2. I provvedimenti della Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano: specificità della “colpa d’organizzazione” delle imprese poste in amministrazione giudiziaria. — 2.1. Le condizioni di lavoro presso le ditte appaltatrici. — 2.2. Il “modello” dell’esternalizzazione e il conseguente sfruttamento del “lavoro povero”. — 2.3. I diversi gradi del *deficit di compliance*. — 2.4. La soluzione adottata dal Tribunale: l’amministrazione giudiziaria “soft”. — 3. Uno sguardo d’insieme: le misure di prevenzione patrimoniali alternative alla confisca. — 4. L’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende: il presupposto della “colpa organizzativa”. — 5. Alcune considerazioni sul “rimprovero” mosso alle *Fashion Industries*. — 5.1. In positivo: la promozione di un sistema responsivo. — 5.2. In negativo: incertezze e sovrapposizioni tra i diversi modelli di risposta al reato.

SUMMARY: 1. Introduction: the problem of “poor labour” in the fashion industry. — 2. The decrees of the Autonomous Section for Preventative Measures of the Court of Milan: the “organisational fault” of companies placed under judicial administration. — 2.1. The working conditions. — 2.2. The outsourcing “model” and the exploitation of “poor labour”. — 2.3. The compliance deficit. — 2.4. The solution adopted by the Court: “soft” judicial administration. — 3. An overview: asset preservation measures as an alternative to confiscation. — 4. The judicial administration of assets connected to economic activities and companies: the assumption of “organisational fault”. — 5. Some considerations on the “reprimand” levelled at *Fashion Industries*. — 5.1. Positive considerations: the promotion of a responsive system. — 5.2. Negative considerations: uncertainties and overlaps between the different models of response to crime.

1. *Premessa: il problema del “lavoro povero” nella Fashion Industry.* — Nel corso del 2024, la Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano ha disposto, nei confronti di tre rinomate società operanti nel settore dell’alta moda e del lusso, la misura dell’« amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende » (art. 34 d.lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia) ¹. I procedimenti si inseriscono in un più ampio filone di indagini condotte negli

¹ Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 1 del 15 gennaio 2024; Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 10 del 3 aprile 2024; Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 12 del 5 giugno 2024, tutti in *Giur. pen. web*.

ultimi anni dalla Procura milanese, avente a oggetto modelli “distorti” di gestione dei contratti di fornitura (di servizi e di prodotti) da parte di grandi aziende, anche internazionali, a vario titolo orientati allo sfruttamento dei lavoratori e alla violazione dei connessi adempimenti tributari e previdenziali ².

Gli ultimi provvedimenti, com’era prevedibile, hanno attirato l’attenzione dell’opinione pubblica e dei media, anzitutto per la notorietà delle *Fashion Industries* coinvolte nonché per taluni elementi probatori emersi dalle indagini; *in primis*, la *disclosure* sui costi di produzione di indumenti e accessori e, dunque, sugli “extraprofitti” (il c.d. « ricarico ») delle *maisons*.

I decreti di disposizione delle misure, per la verità, presentano diversi e più significativi profili di interesse per gli studiosi del diritto penale (e di prevenzione) dell’impresa, in ragione delle importanti indicazioni in materia di gestione e controllo della filiera produttiva e dell’affidabilità dei fornitori, così confermando la “vocazione ri-organizzativa” delle misure *ante delictum* rivolte alle aziende (artt. 34 e 34-bis d.lgs. n. 159/2011), secondo il *trend* dei percorsi collaborativo-responsivi promossi, sempre dalla Procura milanese, nei noti procedimenti *de societate* ex d.lgs. n. 231/2001 che hanno colpito il settore della logistica ³.

Le amministrazioni giudiziarie di cui si discute, inoltre, hanno vivacizzato la riflessione sul ruolo della *compliance ante e post delictum* per la prevenzione di un fenomeno odioso come quello del “lavoro povero”, rispetto al quale si credeva — forse a torto — che l’industria rappresentativa dell’eccellenza del “*Made in Italy*”, tra le prime e le più attivamente impegnate sul fronte *ESG*, fosse immune.

Il presente contributo non intende entrare nel merito delle scelte

² *Ex multis*, Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 9 del 27 maggio 2020 (c.d. caso Uber Italy S.r.l.); Trib. Milano, Sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto 23 giugno 2016, n. 6 (c.d. caso Fiera Milano). I provvedimenti sono consultabili su *Giur. pen. web*.

³ Il riferimento è, anzitutto, al noto decreto di archiviazione emesso dalla Procura di Milano nell’ambito del c.d. caso DHL (Trib. Milano, decreto di archiviazione 9 novembre 2022), che ha segnato l’esordio, nell’esperienza giudiziaria, dell’archiviazione del procedimento ex art. 58 d.lgs. n. 231/2001 per l’adozione — postuma — di un modello organizzativo “virtuoso”, idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Sul tema, si v. SCOLETTA M., *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022. Si considerino, in ogni caso, i molteplici casi che hanno riguardato anche i settori della grande distribuzione, dei servizi di pulizia e di guardiania.

gestionali delle singole aziende, né della fondatezza degli indizi circa il carattere ausiliario e agevolatorio delle attività rispetto alla commissione, da parte delle imprese appaltatrici, del delitto contestato: intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro *ex art. 603-bis c.p.* Si propone, piuttosto, di esaminare contenuti e specificità dei provvedimenti, anche al fine di inscrivere nel quadro dei molteplici strumenti di gestione e/o controllo pubblico delle imprese, tenendo conto dei punti di contatto tra i sistemi normativi in vario modo collegati alla responsabilità “per colpa” degli enti (d.lgs. n. 159/2011 e d.lgs. n. 231/2001); tutti, in ogni caso, orientati ad avviare una « “moderna messa alla prova aziendale” [...] finalizzata ad affrancare l’impresa da relazioni (interne ed esterne) patologiche » mediante l’adozione di modelli organizzativi “virtuosi” ⁴.

A dispetto del luogo comune che vede nelle aziende dell’alta moda (solo) delle potenziali “vittime” da tutelare *da* contraffazione e imitazione servile dei prodotti creativi, le stesse possono risultare (anche involontariamente) latamente “responsabili” per aver agevolato — per l’appunto, colposamente —, in qualità di committenti, le diverse attività criminose che si pongono a monte delle transazioni commerciali e che non concernono i diritti di privativa industriale bensì la filiera produttiva e distributiva ⁵. D’altra parte, le misure di cui si discute, così come i procedimenti *ex d.lgs. n. 231/2001*, non riguardano aziende statutariamente dedite allo sfruttamento dei lavoratori dipendenti, « richiedendosi solo che [l’]attività, seppur esercitata con modalità lecite, abbia offerto un contributo agevolatore » alla commissione degli illeciti ⁶. Si tratta, cioè, come si legge nei provvedimenti in commento, di enti collettivi da considerarsi “terzi” rispetto al delitto di caporalato, ma la cui attività sia risultata censurabile « su un piano di rimproverabilità “colposa” ».

2. *I provvedimenti della Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano: specificità della “colpa d’organizzazione” delle imprese poste in amministrazione giudiziaria.* — Come detto, nel corso del 2024, la Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di

⁴ Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 12/2024, cit., 4.

⁵ Sul tradizionale disinteresse dell’industria della moda “sana” rispetto al rischio-illiceità penale industriale, per esempio in relazione allo sfruttamento abusivo dei segni distintivi, VALENTINI V., *231 e moda. Proprietà industriale e rischio penale*, Pacini giuridica, 2020, 49 ss.

⁶ La precisazione è posta in esordio a tutti i provvedimenti di cui si discute, anche al fine di illustrare i presupposti applicativi dell’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 d.lgs. n. 159/2011.

Milano ha disposto l'amministrazione giudiziaria *ex art.* 34 del c.d. codice antimafia nei confronti di tre diverse società del settore della moda, limitatamente ai rapporti con le imprese fornitrici alle quali era stata affidata, anche *in toto*, la produzione di capi d'abbigliamento e accessori, per aver agevolato il reato di sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-*bis* c.p. Il delitto, formalmente imputato ai titolari delle ditte appaltatrici per le condizioni cui erano sottoposti i loro dipendenti e/o le altre persone illegalmente assoldate nelle lavorazioni, costituisce infatti un reato-pre-supposto della misura dell'amministrazione giudiziaria (nonché della responsabilità amministrativa degli enti *ex art.* 25-*quinqüies*, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001, « Delitti contro la personalità individuale »), nell'ipotesi in cui l'attività economica dell'impresa proposta « possa comunque agevolare » la perpetrazione dello sfruttamento.

La struttura dei tre provvedimenti milanesi è pressoché identica, salve talune specificità a vario titolo incidenti sulla “gravità” della “colpa d'organizzazione” e che valgono, nella prospettiva di chi scrive, a sollevare alcuni interrogativi sui criteri di scelta delle misure astrattamente attivabili in casi analoghi; anzi tutto, la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato *ex art.* 59 d.lgs. n. 231/2001.

Di seguito gli elementi del “modello” di esternalizzazione della produzione comuni ai diversi accertamenti.

23

2.1. *Le condizioni di lavoro presso le ditte appaltatrici.* — A valle di una serie di attività di controllo ispettive *in loco* e documentali presso diversi opifici a conduzione cinese destinati alla produzione (assemblaggio e confezionamento) di indumenti e accessori in regime di appalto e di sub-appalto (anche in assenza, in alcuni casi, della formale autorizzazione al sub-appalto da parte delle committenti), l'autorità inquirente ha riscontrato « non solo semplici e contingenti difformità alle normative vigenti in materia di tutela del lavoro », ma gravi e ricorrenti violazioni nel ricorso alla manodopera (anche irregolare e “clandestina”) destinata alla fabbricazione di prodotti originali di *brand* di lusso.

Le irregolarità, secondo gli ispettori e le valutazioni della Procura della Repubblica di Milano, erano tali da integrare gli indici e gli elementi costitutivi del delitto di sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-*bis* c.p.; in altri termini: « condizioni di lavoro paraschiavistico » ⁷.

⁷ Si esprime in questi termini CATINO M., *Normal organizational wrongdoing? Grandi imprese e devianza organizzativa*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2024. Tra i più recenti e approfonditi

Segnatamente: *i*) violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro (assenza di DPI, mancata informazione e formazione dei lavoratori, omissione delle visite mediche, disattivazione dei dispositivi di sicurezza dei macchinari, presenza di materiali chimici e infiammabili); *ii*) la sottoposizione dei lavoratori a condizioni alloggiative degradanti (difformità nelle destinazioni d'uso dei locali, mancanza di conformità abitativa, degrado dei luoghi destinati alla fabbricazione, creazione di dormitori abusivi); *iii*) presenza di forza lavoro “in nero” e, comunque, per gli operai dipendenti, rilevamento degli indici sintomatici del caporalato (difformità degli orari di lavoro e della retribuzione oraria da quanto previsto dai contratti stipulati con il datore di lavoro e dal CCNL) e dello sfruttamento dello stato di bisogno; *iv*) generale abbattimento del costo del lavoro mediante evasione dell’IVA e delle imposte relative agli obblighi contributivi e assicurativi nei confronti dei dipendenti, nonché mediante risparmi di spesa sulla sicurezza.

24

2.2. *Il “modello” dell’esternalizzazione e il conseguente sfruttamento del “lavoro povero”.* — Le indagini avrebbero disvelato, in relazione a tutti e tre i procedimenti, un « generale schema » o meccanismo di esternalizzazione delle produzioni basato sul ricorso a forza lavoro a basso costo. Di seguito la ricostruzione dei magistrati milanesi:

— *le case di moda affidano, mediante contratti di appalto, l'intera produzione a società committenti terze, con completa esternalizzazione dei processi produttivi;*

— *l'azienda appaltatrice dalle case di moda dispone soltanto nominalmente di adeguata capacità produttiva, potendo di fatto provvedere alla sola campionatura del materiale e non alla produzione dell'intera linea ed in particolare tali aziende possono competere sul mercato solo esternalizzando le commesse ad opifici cinesi, riuscendo ad abbattere i costi grazie all'impiego di manodopera irregolare e clandestina;*

— *i conduttori di fatto dei laboratori cinesi: a) reclutano connazionali stretti nella morsa della clandestinità e comunque nella ridotta possibilità di emancipazione nel territorio italiano; b) spesso ricevono istruzioni sulla produzione direttamente dalla società appaltatrice.*

Il *modus operandi*, dunque, « prevede che la *lead firm*, la società

studi sul tema, si v. LUCIFORA A., *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del “tipo” tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Giappichelli, 2024.

committente, esternalizza tutta l'attività di produzione [...] ad una società filtro, priva di reparti di manifattura o di adeguata capacità produttiva, e che a sua volta esternalizza le attività a società (cooperative oppure S.r.l) mere serbatoio di manodopera straniera illegale o talvolta italiana »⁸.

2.3. *I diversi gradi del deficit di compliance.* — Le società, dunque, in qualità di committenti, avrebbero “colposamente” agevolato lo “schema” (*rectius*: il reato) di sfruttamento commesso dai propri fornitori. La Procura di Milano, nelle sue richieste, ha evidenziato per tutte le *maisons* una generalizzata carenza di modelli organizzativi di cui al d.lgs. n. 231/2001 e/o di adeguati sistemi di controllo interno sull'affidabilità dei *business partners* (verifiche sulla capacità produttiva, sulle condizioni di lavoro presso gli opifici, accertamenti documentali e reputazionali), ossia più o meno gravi *deficit di compliance*.

Si tratta, all'evidenza, delle *cause* dell'agevolazione delle attività criminali imputate ai titolari delle ditte fornitrici. Da qui la proposta di applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria, ma limitatamente allo specifico settore afflitto (« contaminato ») dalla disorganizzazione: i rapporti con i fornitori.

Le carenze, in ogni caso, si distinguono per talune specificità che incidono sul grado di “responsabilità” — pur sempre di natura colposa — dell'agevolazione⁹.

— Società Alfa — decreto n. 1 del 15 gennaio 2024

Nel primo decreto del 2024, emesso nei confronti della società *Alfa*, gli inquirenti hanno rilevato quanto segue:

— la società non ha un reparto produttivo ed esternalizza al 100% tutta la linea di moda, sia stagionale sia periodica;

— dall'attività investigativa è emersa « una *cultura di impresa* gravemente deficitaria sotto il profilo del controllo, anche minimo, della filiera produttiva della quale la società si avvale », secondo « una prassi illecita così radicata e collaudata, da poter essere considerata inserita in una più ampia *politica d'impresa* diretta all'aumento del *business* »;

— l'organizzazione della produzione si fonda su « un processo di *decoupling* organizzativo (letteralmente: “disaccoppiamento”), in forza

⁸ CATINO M., *Normal organizational wrongdoing?*, cit.

⁹ Corsivi nostri nelle successive citazioni testuali dei decreti, per sottolineare taluni concetti-chiave utili alle considerazioni che verranno formulate più avanti.

del quale, in parallelo alla struttura formale dell'organizzazione volta a rispettare le regole istituzionali, si sviluppa un'altra struttura, "informale", volta a seguire le regole dell'efficienza e del risultato. In questo modo, la costante e sistematica violazione delle regole genera la *normalizzazione della devianza*, in un contesto dove le irregolarità e le pratiche illecite vengono *accettate ed in qualche modo promosse*, in quanto considerate normali »;

— è stata rilevata, peraltro, la *completa assenza di modelli organizzativi e gestionali*, mai redatti dalla società;

— in occasione delle visite agli stabilimenti della ditta fornitrice, il direttore di prodotto e produzione di *Alfa* ha appreso che la linea commissionata era di fatto prodotta da terzi e, nonostante l'assenza di autorizzazioni al sub-appalto, non ha segnalato la violazione contrattuale all'organo dirigente per l'adozione delle conseguenti azioni correttive. In occasione degli accertamenti sulla qualità dei prodotti, *Alfa* si è cioè limitata a verificare la regolarità della documentazione di base meramente formale (per esempio, l'iscrizione del fornitore alla camera di commercio) e il rispetto degli accordi di consegna degli ordini;

— *Alfa* « non ha mai verificato l'effettiva capacità imprenditoriale delle appaltatrici; non ha mai effettuato un *audit* per verificare le condizioni lavorative e gli ambienti di lavoro e, pur venuta a conoscenza di esternalizzazioni produttive, [...] non ha mai richiesto formalmente la verifica della catena dei sub-appalti né tantomeno formale richiesta di autorizzazione alla concessione dei sub-appalti ».

Nelle sue conclusioni, a ben vedere, la Procura descrive una condotta non solo agevolatoria del caporalato, ma di "favoreggiamento" dello sfruttamento¹⁰, posta la corrispondenza del modello produttivo prescelto (secondo la « politica » o « cultura d'impresa ») alla « normalizzazione della devianza », *accettata e in qualche modo promossa*.

Nello stesso senso, il Tribunale, nel disporre la misura dell'amministrazione giudiziaria, giudica la condotta di *Alfa* come « funzionale a realizzare una massimizzazione dei profitti, anche *a costo di* instaurare stabili rapporti con soggetti dediti allo sfruttamento dei lavoratori ». Non solo, dunque, un affidamento "colpevole" — perché imprudente, imperito o negligente — nei confronti del fornitore, ma la *consapevolezza* (la "promozione"?) della prassi del sub-appalto e l'adozione ("costi quel che

¹⁰ Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 1/2024, cit., 4.

costi”) di uno schema di abbattimento delle spese sulla sicurezza; *i.e.* omissione di controlli quale precisa scelta di tipo (dis-)organizzativo.

— **Società Beta — decreto n. 10 del 3 aprile 2024**

Anche nel procedimento nei confronti della società *Beta*, gli inquirenti rilevano come la committente non abbia mai controllato la catena produttiva, « omettendo di assumere iniziative come la richiesta formale di verifica della filiera dei sub-appalti o di autorizzazione alla concessione dei sub-appalti » e realizzando, quindi, « quella condotta agevolatrice richiesta dalla fattispecie *ex art.* 34 D.lgs 159/2011 per l’applicazione della misura di prevenzione dell’amministrazione giudiziaria ».

Il meccanismo, secondo l’autorità giudiziaria, sarebbe stato alimentato da *Beta* « che non ha mai verificato la reale capacità imprenditoriale delle società appaltatrici, alle quali affidare la produzione ».

Di più. Nel corso di un unico *audit* presso la ditta fornitrice non è stata neanche rilevata l’assenza del reparto di produzione, « circostanza rilevabile *ictu oculi* e di per sé implicante che la produzione dei prodotti sarebbe stata affidata a terzi ». Lo stesso “ispettore controllo qualità” del prodotto finito, secondo le dichiarazioni raccolte in sede ispettiva, si era disinteressato delle evidenze fattuali concernenti le condizioni dei luoghi di lavoro.

Da qui il giudizio, invero *tranchant*, della Procura:

— il sistema di cui si è avvalsa la società proposta per l’applicazione della misura « ha, all’evidenza, l’obiettivo dell’abbattimento dei costi e della massimizzazione dei profitti *attraverso l’elusione delle norme penali e giuslavoristiche*, ed è stato perpetrato nel tempo »;

— « la condotta agevolatoria in esame — in quanto *connessa in modo strutturale ed endemico* all’organizzazione della produzione da parte della società *Beta* nonché *funzionale a realizzare una massimizzazione dei profitti*, anche *a costo di instaurare stabili rapporti con soggetti dediti allo sfruttamento dei lavoratori* — si presenta come condotta continuativa e perdurante nel tempo, integrando appieno il presupposto indicato dalla norma »;

— non solo, infatti, la società non ha « mai effettivamente controllato la catena produttiva, verificando la reale capacità imprenditoriale delle società con le quali stipulare i contratti di fornitura e le concrete modalità di produzione dalle stesse adottate », ma è altresì « *rimasta inerte pur venendo a conoscenza dell’esternalizzazione di produzioni da*

parte delle società fornitrici, omettendo di assumere iniziative come la richiesta formale della verifica della filiera dei sub-appalti o di autorizzazione alla concessione dei sub-appalti, sino alla rescissione dei legami commerciali ».

— **Società *Gamma* — decreto n. 12 del 5 giugno 2024**

L'ultimo dei provvedimenti di cui si discute non si distingue particolarmente dai primi. Nella ricostruzione dei magistrati:

— la società *Gamma* si avvale di fornitori per la fabbricazione di indumenti, articoli in pelle e altri accessori; in alcuni casi, come nello “schema generale” sopra descritto, i fornitori avevano a loro volta sub-appaltato la produzione senza alcuna autorizzazione formale da parte del *brand*;

— tra *Gamma* e una delle ditte produttive nell'ambito delle quali sarebbe stato materialmente commesso il delitto di sfruttamento del lavoro mancava, peraltro, un formale contratto d'appalto, avendo gli inquirenti verificato l'esistenza di un mero documento di “Condizioni Generali di Acquisto”. Dall'esame dell'ulteriore carteggio rinvenuto presso l'azienda produttiva (documenti di trasporto dei materiali di lavorazione e dei prodotti finiti), in ogni caso, è emerso che il committente unico e diretto dei prodotti era la società *Gamma*;

— anche in questo caso, v'è traccia di *audit* isolati presso i centri di fabbricazione, orientati a controlli « più formali che sostanziali ». L'autorità giudiziaria avrebbe inoltre accertato un tardivo tentativo di colmare il *deficit* di *compliance*, mediante la richiesta a una ditta appaltatrice di sottoscrivere il “codice condotta fornitore” a valle dell'accesso per l'accertamento ispettivo;

— anche in questo caso, la Procura ha accertato « una prassi illecita così radicata e collaudata, da poter essere considerata inserita in una più ampia politica d'impresa esclusivamente diretta all'aumento del profitto », fondata sul consueto « processo di *decoupling* organizzativo [...] dove le irregolarità e le pratiche illecite vengono accettate ed in qualche modo promosse, in quanto considerate normali ».

Nell'opinione del Pubblico Ministero, poi condivisa dal Tribunale, le « criticità riscontrate sono state sicuramente favorite da una negligente valutazione da parte [del] BRAND committente [*Gamma*] dei requisiti tecnico professionali delle società appaltatrici della produzione, oltre che da una omessa verifica della effettiva filiera produttiva [...] sia nei

confronti delle appaltatrici dirette sia dei sub appaltatori ». Un “sistema”, in definitiva, « funzionale a realizzare una massimizzazione dei profitti, *anche a costo di instaurare stabili rapporti con soggetti dediti allo sfruttamento dei lavoratori* ».

2.4. *La soluzione adottata dal Tribunale: l'amministrazione giudiziaria “soft”.* — Alla luce degli accertamenti della Procura, in particolare di quelli relativi all'attività agevolatoria (« stabile e perdurante nel tempo ») dei *brand* coinvolti, della loro “terzietà” rispetto alla commissione del delitto di sfruttamento imputato in via diretta alle ditte fornitrici e, infine, del carattere “colposo” dell'omesso controllo sulle condizioni di svolgimento delle attività in *outsourcing* (totale) della produzione dei beni, il Tribunale dispone sì la misura dell'amministrazione giudiziaria ex art. 34 del c.d. codice antimafia, ma nella sua versione “mite”:

sul piano delle concrete modalità esecutive della misura, ritiene il Collegio, richiamando il criterio di proporzionalità fra situazione concretamente accertata ed applicazione della misura di prevenzione patrimoniale [...] che l'attuale formulazione dell'art. 34 comma terzo D.lgs. 159/2011 consenta un intervento nella gestione societaria non implicante necessariamente l'impossessamento totale dell'attività di impresa e l'assunzione integrale dei poteri di gestione, prevedendosi la facoltà e non l'obbligo per l'amministratore giudiziario di esercitare “i poteri spettanti agli organi di amministrazione e altri organi sociali secondo le modalità stabilite del Tribunale” con una dizione letterale che demanda, dunque, al Tribunale la valutazione in ordine alle concrete modalità di intervento, in esito ad una valutazione ponderata del grado di infiltrazione delittuosa e del settore societario contaminato in rapporto alle dimensioni della società e tenendo conto comunque, della necessità di salvaguardare la continuità aziendale ed i livelli occupazionali.

L'amministrazione viene dunque *modulata*, « lasciando il normale esercizio di impresa in capo agli organi di amministrazione societaria », secondo uno dei “principi guida” dell'intervento prevenzionale, ossia la *proporzionalità*. L'intervento dell'amministratore giudiziario, « ove possibile d'intesa con gli organi amministrativi della società », viene espressamente finalizzato « ad analizzare i rapporti con le imprese fornitrici in corso in modo da evitare che la filiera produttiva si articoli attraverso appalti e sub appalti con realtà imprenditoriali che adottino le illecite condizioni di sfruttamento dei lavoratori di cui all'art. 603-bis c.p. ed a

rimuovere, ove necessario, i rapporti contrattuali tuttora in essere con soggetti direttamente o indirettamente collegati a tali realtà imprenditoriali ».

In pratica, l'amministratore dovrà:

— vigilare sull'adozione, da parte delle società in amministrazione, di un modello organizzativo *ex* d.lgs. n. 231/2001 idoneo a prevenire il reato di caporalato, anche nella forma dell'agevolazione "colposa";

— vigilare sul rafforzamento dei presidi di controllo interno e quelli relativi alle verifiche reputazionali dei fornitori di prodotti e servizi (verifiche sui contratti in essere, segnalazione di elementi sintomatici di situazioni analoghe con riferimento ad altre società fornitrici, rilascio del nulla osta alle risoluzioni contrattuali e alla stipula di nuovi contratti di fornitura relativi al settore oggetto della misura di prevenzione);

— « esprimere valutazione circa l'atteggiamento assunto dalla società dopo l'adozione del provvedimento di prevenzione, considerando se la procedura, grazie soprattutto alla fattiva collaborazione della società, ha portato all'adozione di provvedimenti utili a prevenire fatti come quelli accertati, anche attraverso una rivisitazione degli assetti organizzativi interni rapportati alle carenze di *internal audit* riscontrate al momento dell'accesso »; *i.e.*: intrapresa di azioni correttive (ed eventualmente riparatorie), adempimento del *dovere di riorganizzazione*¹¹, attivazione della c.d. *reactive compliance*.

Come noto, l'intervento nell'attività gestoria di uno o più amministratori giudiziari comporta, di norma, l'esercizio delle facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura ovvero agli organi sociali, secondo le modalità stabilite dal Tribunale per mezzo del giudice delegato¹². Nel corso della procedura, orientata alle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 34, comma 3), l'amministratore « ha il compito di provvedere alla gestione, alla custodia e alla conservazione dei beni sequestrati [...] al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi » (art. 35, comma 5), fino all'esito restitutorio o di confisca e destinazione.

Nei decreti con cui dispongono l'amministrazione "*soft*", i giudici

¹¹ Sul "dovere di organizzarsi" quale precetto accessorio in vista del contenimento o della riduzione del rischio-reato, PALIERO C.E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006, 168 e 176.

¹² Ai fini delle misure di cui agli artt. 34 e 34-bis d.lgs. n. 159/2011, gli amministratori vengono scelti tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale.

confermano l'*iter* evolutivo del procedimento, che « si muove su una triplice alternativa: il tribunale, all'esito del periodo di intervento, può disporre la revoca totale della misura ove il progetto di bonifica aziendale sia stato completato ovvero, sul versante opposto, la confisca dell'impresa [art. 24 d.lgs. n. 159/2011] quando emergano elementi idonei a far ritenere che i beni amministrati siano il frutto o rappresentino il reimpiego di attività illecite e che, dunque, si sia ormai realizzata un'insana commistione tra interessi criminosi ed imprenditoriali, ovvero ancora il controllo giudiziario, una misura intermedia, che prevede l'imposizione all'impresa di un catalogo di prescrizioni idonee a sterilizzare i residui rischi di infiltrazione mafiosa ».

Il controllo giudiziario delle aziende, introdotto dapprima nel comma 8 dell'art. 34, poi isolato e reso autonomo nell'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011¹³, trova infatti applicazione allorquando l'agevolazione descritta dall'art. 34 rivesta il carattere dell'*occasionalità*¹⁴, « corredata però da indicatori fattuali che evidenzino un pericolo concreto di reiterazione »¹⁵ (ossia: « se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività »)¹⁶. La misura consiste in una sorta di « vigilanza prescrittiva »¹⁷ sull'ente da parte della magistratura, che però non estromette del tutto gli *shareholders* dalla gestione aziendale¹⁸, dovendosi considerare esclusa una ingerenza diretta degli attori pubblici coinvolti (i.e. un'autentica amministrazione *ex art. 34 d.lgs. n. 159/2011*)¹⁹.

31

¹³ Cass., sez. un., 19 novembre 2019, n. 46898, *Ricchiuto*, in *Sist. pen.*, 12 maggio 2020, con nota di BALATO F.

¹⁴ Il « gradino più basso, [il] grado meno inteso di infiltrazione, che può consistere anche in un *contatto incolpevole* (ad esempio tra impresa e un fornitore) o nella *contiguità soggiacente* (l'intimidazione) ». Così LOSAPPIO G., *MOGC 231 e controllo giudiziario ex d.lgs. 159/2011*, in *Rivista231*, 3/2021, 41. Sul requisito dell'occasionalità, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 19 novembre 2019, n. 46898, *Ricchiuto*, cit.; Cass., sez. VI, 15 giugno 2021, n. 23330, in *DeJure*.

¹⁵ TONA G. - VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2018, 32.

¹⁶ Art. 34-bis, comma 1, ultima parte.

¹⁷ DELFINO R. - GERACI M. - RINALDO S. - SQUILLACI E., *Dossier. Art. 34-bis d.lgs. 159/2011. Il controllo giudiziario delle aziende*, febbraio 2018, *cerpec.unirc.it*, 5.

¹⁸ GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2018, 169.

¹⁹ TONA G. - VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., 33. Si veda anche VISCONTI C., *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperato ria contro le infiltrazioni mafiose*, in Amarelli G. - Sticchi Damiani S. (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto alla infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 237 ss. Prima della riforma del 2017, il Tribunale poteva

A seconda delle modalità applicative prescelte dal Tribunale tra quelle di cui alle lett. *a*) e *b*) del comma 2 dell'art. 34-*bis*, il controllo si risolve nell'imposizione di oneri comunicativi periodici nei confronti del questore o del nucleo di polizia tributaria (*a*) oppure di sorveglianza "osservativa" da parte di un amministratore giudiziario, il quale poi riferisce al giudice delegato e al pubblico ministero (*b*). In questo secondo caso, come si ricava dal comma 3, il Tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre taluni obblighi, tra i quali (lett. *d*): « di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni ».

Come per l'amministrazione "mite" di cui si discute, anche nel caso di applicazione del controllo — che sia disposto in via autonoma oppure a valle dei primi esiti positivi dell'amministrazione —, l'ordinamento, pur a fronte di un'agevolazione, in luogo dell'impossessamento dell'organizzazione societaria, si preoccupa di « "prendersene cura", per lo più in collaborazione con i destinatari della misura e in un arco temporale definito, dispiegando un ampio ventaglio di azioni di bonifica » ²⁰.

3. *Uno sguardo d'insieme: le misure di prevenzione patrimoniali alternative alla confisca.* — La prospettiva d'azione delle misure per le aziende previste dal d.lgs. n. 159/2001 è, in linea teorica, preventiva ²¹, in quanto concerne: *i*) l'impegno conformativo e correttivo dell'impresa per il futuro; *ii*) l'intervento autoritativo/invasivo dello Stato, tramite l'am-

disporre la misura del controllo in sede di revoca dell'amministrazione giudiziaria (in funzione, dunque, sussidiaria). Ora, invece, la misura « si inserisce nel solco delle riforme al Codice antimafia che mirano a sterilizzare l'attività aziendale dal contagio mafioso, dando impulso a interventi di bonifica di tipo preventivo, in chiave recuperatoria dell'operatore economico, ponendolo al riparo sia dai tentativi di infiltrazione mafiosa sia dal rischio che l'attività di impresa possa svolgere una funzione agevolatoria nei confronti della criminalità organizzata ». Così CANTONE R. - COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 10, 159-160. Sulla natura di misura autonoma dall'amministrazione giudiziaria v. D'ANGELO G. - VARRASO G., *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *sistemapenale.it*, 1° agosto 2022, 20.

²⁰ CANTONE R. - COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi*, cit., 160. Come sottolinea VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012, la preferenza per misure meno invasive, diverse dal sequestro e dalla confisca, si rivela quanto mai opportuna nell'attuale stato di crisi della gestione dei beni sequestrati e confiscati.

²¹ PALIERO C.E., *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1218 ss.

ministrazione giudiziaria e il controllo del giudice delegato, per il conseguimento di « una nuova finalità imprenditoriale comune ». Nei fatti, a dispetto delle etichette, l'ingerenza pubblica è, però, *postuma*²², successiva alla concretizzazione o al sospetto di un pericolo di infiltrazione o, come nei casi che ci occupano, di un'agevolazione di attività illegali²³. Siamo, cioè, nell'ambito della c.d. *reactive fault* o, volendo, della “riparazione”²⁴.

Nell'intento di fronteggiare l'esposizione degli operatori economici all'infiltrazione e al condizionamento della criminalità organizzata e, assieme, di non limitare in modo sproporzionato la libertà d'iniziativa economica costituzionalmente garantita (art. 41 Cost.), il legislatore italiano ha puntato sul potenziamento delle misure di prevenzione alternative allo spossessamento delle aziende tramite la « misura consequenziale “a tenaglia” sequestro-confisca »²⁵, ma tendenti alla loro riorganizzazione (e, dunque, sopravvivenza)²⁶. Le misure dell'amministrazione giudiziaria e del controllo (e, in parte, anche la prevenzione collaborativa *ex art. 94-bis*) si collocano in una scala di interventi « progressivamente più incisivi, a seconda delle maggiori o minori esigenze di prevenzione da soddisfare sul bene interessato »²⁷, del grado di interferenza criminale e delle effettive *chances* di proseguire e riabilitare l'attività d'impresa²⁸.

33

²² La denuncia di una “frode delle etichette” da parte del sistema delle misure di prevenzione “classiche” è, invero, risalente e condivisa dalla prevalente dottrina. Tra gli scritti più recenti, GRASSO G., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 14 febbraio 2020, 23.

²³ Com'è stato osservato, il « sistema che si è costruito con un impianto normativo magmatico — al di là delle sue mancanze di tassatività e determinatezza, in particolar modo al momento della individuazione dei presupposti — pur muovendosi in un quadro di massima anticipazione sul piano della prevenzione, mira a qualcosa in più: garantire attraverso una conformazione della libertà d'impresa, la realizzazione di interessi pubblici superiori che vengono messi in pericolo da situazioni di contiguità o di agevolazione mafiosa (e criminale in senso più ampio), ascrivibili a responsabilità dell'impresa e dei soggetti capaci di determinarne l'andamento ». Così ESPOSITO A., *Gig economy e recupero della legalità*, in *Leg. pen.*, 31 luglio 2020, 5-6.

²⁴ Sulla *reactive fault*, nella dottrina italiana più recente, ORSINA A., *La responsabilità da reato dell'ente. Tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Giappichelli, 2024.

²⁵ MEZZETTI E., *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, 2.

²⁶ Sull'esigenza di assicurare la prosecuzione delle attività aziendale, MERENDA I., *Le misure di prevenzione terapeutiche come strumento di contrasto alle infiltrazioni mafiose nelle imprese*, in Pignatone G. (a cura di), *Legislazione antimafia. Lezioni. Il contrasto ai patrimoni mafiosi*, Edizioni Santa Caterina, 2022, 45 ss.

²⁷ BALATO F., *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2019, 63.

²⁸ CANTONE R. - COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi*, cit., 151. Sulla continuità aziendale quale finalità comune alle diverse misure (penali, 231, preventive) destinate alle

Il collegamento tra le misure si rinviene nel comune aggancio ai *compliance programs* ²⁹. Nel controllo giudiziario si prevede, su richiesta del Tribunale (nel caso di imposizione dell'obbligo all'amministratore giudiziario *ex art. 34-bis*, comma 3, lett. *d*), che l'impresa adotti e attui efficacemente misure organizzative atte a rimuovere e prevenire le cause dell'agevolazione (eventualmente occasionale), quale condizione utili alla revoca del controllo. L'adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo *ex d.lgs. n. 231/2001* gioca un ruolo centrale pure nell'amministrazione giudiziaria di cui all'*art. 34 d.lgs. n. 159/2011*, anche in assenza di una previsione espressa. L'adozione di un nuovo assetto organizzativo e di regole etico-comportamentali è infatti considerata un elemento indispensabile del piano d'azione da concordare con l'amministratore giudiziario ³⁰.

L'attuazione della *compliance post factum* assume, dunque, una nuova funzione, in certo senso doverosa: *i*) comprensione delle cause dell'errore organizzativo; *ii*) correzione dei processi, per evitarne la ripetizione; *iii*) ove possibile, riparazione delle conseguenze del reato o del contatto criminale; *iv*) verifica delle « concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano » ³¹; *v*) stimolare la rispondenza fiduciaria della persona giuridica ³², in modo comunque collaborativo, verso una rinnovata legalità ³³, ovvero ad assumersi, anche per il futuro, la responsabilità dell'illecito e della sua prevenzione.

Ora, senza ripercorrere l'intera evoluzione della disciplina, occorre esaminare i presupposti applicativi dell'amministrazione giudiziaria di cui all'*art. 34 del c.d. codice antimafia*, per verificare che corrispondano

imprese, MICELI S., *Le misure a tutela della continuità d'impresa*, in Bonsegna M. - Miceli S. (a cura di), *Il labirinto normativo a danno dell'impresa: Il Modello 231 come filo d'Arianna*, Collana 231, 2022, 39.

²⁹ Sul tema, CARNÀ A. R. - CHIODI M., *I Modelli 231 nella prospettiva dell'art. 34 bis del codice antimafia. L'adozione delle misure organizzative finalizzate a prevenire la commissione dei delitti di criminalità organizzata*, in *Rivista231*, 2019, n. 3, 195 ss.

³⁰ CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, in *penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2017; BALATO F., *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali*, cit.

³¹ Cass., sez. un., 26 settembre 2019, *Ricchiuto*, cit., § 2.5.

³² Sulla rispondenza fiduciaria, FORTI G., *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1251.

³³ D'ANGELO G. - VARRASO G., *Il decreto legge n. 152/2021*, cit., 20.

alle condizioni fattuali disvelate dalle indagini sull'agevolazione “colposa” del caporalato da parte dei *brand* di moda sottoposti ad amministrazione “soft” da parte del Tribunale di Milano. L'amministrazione giudiziaria, infatti, tende, *assieme ad altri strumenti* che il legislatore sta disseminando nell'ordinamento, alla prevenzione (formalmente *ante delictum*, all'evidenza *post factum*) degli illeciti nei contesti organizzativi, mediante il rinnovo dell'assetto aziendale e la riparazione delle conseguenze del reato, a patto che si seguano — però — le cadenze dettate/sorvegliate dall'autorità amministrativa o giudiziaria. Da qui il dubbio circa la correttezza dell'opzione procedimentale prescelta.

4. *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende: il presupposto della “colpa organizzativa”.* — « *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende* »³⁴ viene disposta dal Tribunale quando, a seguito degli accertamenti patrimoniali di cui all'art. 19 d.lgs. n. 159/2011, o di altri accertamenti compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa, sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale [...], ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis) [...], ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale.

Il presupposto-chiave attorno al quale ruota l'intervento del Tribunale consiste nel riscontro dell'agevolazione, stabile e duratura³⁵, delle attività delle persone proposte per l'applicazione di una misura di prevenzione ovvero sottoposte a procedimento penale per talune fattispecie incriminatrici tendenzialmente significative³⁶; tra queste, come detto, l'art. 603-bis c.p.

³⁴ In tema: CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti*, cit.; FONDAROLI D., *La prevenzione patrimoniale: dall'applicazione in ambito penale-tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 607 ss.

³⁵ TONA G. - VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., 30.

³⁶ Sul piano della congruità empirico-criminologica, fanno eccezione all'elenco i reati estranei al paradigma della pericolosità qualificata di tipo mafioso (per esempio, taluni reati

Nella sua prima formulazione, all'amministrazione giudiziaria si riconoscevano finalità meramente cautelari, prodromiche alla esecuzione della successiva confisca di prevenzione³⁷. Oggi, invece, grazie all'affinamento legislativo e all'avanzamento della prassi³⁸, la misura ha conquistato una nuova caratterizzazione e autonomia, in quanto mira all'anticipazione (nella forma della reiterazione) degli illeciti, impedendo che il proseguimento dell'attività d'impresa concretizzi nuovi vantaggi per i soggetti indiziati dei reati-spia elencati nella norma. Come si legge anche nei provvedimenti emessi nei confronti delle società di moda: « la finalità dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria non è, infatti, repressiva ma piuttosto preventiva, volta, cioè, non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la contaminazione antigiuridica di imprese sane, sottoponendole a controllo giudiziario con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti »³⁹.

D'altra parte, l'istituto si caratterizza per flessibilità e mitezza rispetto alle opzioni ablatorie tradizionali, in quanto animato da finalità essenzialmente terapeutiche⁴⁰. I soggetti destinatari "subiscono" l'intromissione dello Stato (nella persona dell'amministratore e del giudice delegato per la procedura) nella gestione dell'impresa solo per il tempo necessario a neutralizzare l'infiltrazione, secondo criteri e modalità di frazionabilità dell'intervento⁴¹. La minore invasività della misura si apprezza, inoltre, nelle ipotesi in commento, di amministrazione c.d.

economici o l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione. Cfr. art. 4, comma 1, lett. *i-bis*), d.lgs. n. 159/2011. Per i reati economici, l'allargamento della platea dei destinatari è consentito dal richiamo alle fattispecie di pericolosità generica ex art. 1, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 159/2011. Sulle estensioni delle categorie soggettive, in senso critico, PELISSERO M., *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 439 ss.

³⁷ C. cost., 8 novembre 1995, n. 487, in *cortecostituzionale.it*; Cass., sez. II, 22 marzo 2006, n. 9829, in *DeJure*. Sul tema, SANTORIELLO C., *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, in Furfaro S. (a cura di), *Misure di prevenzione*, Giappichelli, 2013, 517 ss.

³⁸ Trib. Reggio Calabria, 19 luglio 2007, Italcementi; Trib. Reggio Calabria, 2 luglio 2018, Italcementi; Trib. Milano, 16 aprile 2012, TNT; Trib. Milano, 27 gennaio 2017, FieraMilano; Trib. Palermo, 9 luglio 2014, Italgas; Trib. Milano, 27 maggio 2020, Uber Italy s.r.l.; Trib. Milano, 3 marzo 2021, Uber Italy s.r.l., tutti i provvedimenti sono disponibili in *Giur. pen. web*.

³⁹ V. per esempio Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 1/2024, cit., 2.

⁴⁰ VISCONTI C., *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 721.

⁴¹ TONA G. - VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., 31.

“mite”, in seno alle quali è previsto il *coinvolgimento* dei soggetti dell’organizzazione estranei alle vicende di infiltrazione nel controllo della gestione aziendale, attuando « una prevenzione tecnico-organizzativa, fattuale »⁴², essenzialmente preordinata a interrompere l’agevolazione e recidere ogni collegamento con le persone indiziate di attività criminali⁴³. Ma non solo.

Com’è stato osservato: « Dal punto di vista giuridico, si precisa che il presupposto per l’applicazione della misura in questione è la “non consapevolezza” dell’ente rispetto all’agevolazione del reato posto in essere da terzi »⁴⁴. Certo non mancano — come segnalato dalla dottrina — problemi di indeterminatezza applicativa della misura, proprio in relazione alla nozione di agevolazione ovvero di “terzietà” dell’ente rispetto ai rei/imputati e alle attività illecite agli stessi attribuite, una nozione ispirata al modello di accertamento indiziario del procedimento prevenzionale⁴⁵. In ogni caso, occorre il riscontro di una sorta di elemento soggettivo che consiste, come nel sistema del d.lgs. n. 231/2001, nella “colpa d’organizzazione”; i.e.: *assenza di volizione* dello sfruttamento lavorativo.

Come si legge nei provvedimenti, è necessario

che il soggetto terzo (nel caso concreto una persona giuridica, la cui manifestazione agevolatrice deve ovviamente essere letta alla luce dei comportamenti posti in essere dalle persone fisiche dotate di potere di decisione, rappresentanza e controllo) ponga in essere una condotta censurabile quantomeno su un piano di rimproverabilità “colposa”, quindi negligente, imprudente o imperita, senza che ovviamente la manifestazione attinga il profilo della consapevolezza piena della relazione di agevolazione. Tale ultimo caso, infatti, è ascrivibile nella cornice dolosa del diritto penale, ad ipotesi concorsuali o, quantomeno, favoreggiatrici. In sostanza, dovendosi comunque leggere la misura dell’amministrazione giudiziaria come posta anche a favore dell’attività imprenditoriale e della sua trasparenza, occorre, a giudizio del Collegio, che la condotta del terzo possa e

⁴² FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, 1997, 238.

⁴³ Il legislatore ha cioè inteso configurare un « intervento giudiziario più flessibile ed in grado di intercettare forme di infiltrazione criminale meno spesse in ambito economico-imprenditoriale, che altrimenti rimarrebbero fuori dall’orbita delle misure patrimoniali ». Così VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie*, cit., 3.

⁴⁴ CATINO M., *Normal organizational wrongdoing?*, cit., nota 2.

⁴⁵ Aspetto evidenziato da TONA G. - VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., 29.

debba essere censurata esclusivamente sul piano del rapporto colposo, che riguardi, cioè, la violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data [...].

Il «perimetro di censurabilità del comportamento del terzo agevolatore», in conclusione, «necessariamente deve rimanere nell'ambito del rimprovero colposo», senza «sconfinare» «in ipotesi di condotte dolosamente orientate a favorire l'espansione della economia illegale, in fattispecie di natura concorsuali o comunque di favoreggiamento all'attività criminale».

In ciò consiste la colpa (mai collusione) organizzativa, ossia la «“responsabilità collettiva” dell'ente, quale aggregato di individui che, proprio perché “organizzati”, esprimono un'autonoma “mente collettiva” e una “metacompetenza” di gruppo», per «fronteggiare situazioni “complesse”, indominabili dal singolo o da una pluralità “disorganizzata” di soggetti»⁴⁶. Anche nel *post factum*, pur con l'ausilio/ingerenza dell'amministratore giudiziario, tramite l'impegno alla riorganizzazione conforme alle aspettative dell'ordinamento e alle indicazioni dell'autorità giudiziaria, «l'ente si rivela portatore di una propria strategia, distinta da quella appartenente ai singoli componenti della struttura»⁴⁷e, nel farsi carico *personalmente* di «cosa fare dopo il male»⁴⁸, manifesta l'adesione a un nuovo e virtuoso modello di prevenzione degli illeciti (organizzativi).

5. *Alcune considerazioni sul “rimprovero” mosso alle Fashion Industries.* — Alla luce degli accertamenti condotti dall'autorità ispettiva, delle specificità dei *deficit* di *compliance* evidenziati dal Tribunale e, infine, dei “precedenti” orientamenti della Procura milanese in relazione alle violazioni lavoristiche, previdenziali e tributarie collegate a contratti di fornitura di servizi e manodopera, è possibile formulare alcune considerazioni sulla caratterizzazione “colposa” del rimprovero mosso ai *brand* della moda e del lusso.

5.1. *In positivo: la promozione di un sistema responsivo.* — Il nuovo filone di indagini della Procura della Repubblica di Milano ha il merito

⁴⁶ Frammenti tratti da PALIERO C.E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 167.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Così CAPUTO M., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, sulle interazioni tra la *reactive fault* e la rimproverabilità della persona giuridica.

di aver avviato, nell'intero settore *Fashion and Luxury*, una più ampia e concreta riflessione sul problema dello sfruttamento del lavoro nell'intera filiera produttiva. A dispetto della proliferazione di codici etici, modelli organizzativi e iniziative di vario genere per la promozione della sostenibilità sociale, diverse imprese della moda e del lusso si sono scoperte sprovviste di adeguati sistemi di gestione e controllo della *supply chain*, proprio sui fronti del rispetto della personalità individuale, della valorizzazione delle maestranze e della tutela del “*Made in*”.

Nell'ambito del sistema del d.lgs. n. 231/2001 e, in particolare, in relazione alle iniziative delle società di logistica, l'impegno degli enti indagati alla *riparazione* delle conseguenze del reato, mediante la riorganizzazione interna e il ripristino di condizioni di lavoro legali e dignitose, ha preso il nome di “*compliance riparativa*”⁴⁹. È vero: l'impulso della parte pubblica non pare conforme ai principi della *Restorative Justice*, tanto più che muove dalla promessa di un “premio” (nel sistema 231) ovvero dalla minaccia di una progressione delle misure preventive previste dal d.lgs. n. 159/2011. È la magistratura, nei fatti, che si è incaricata di stimolare (d'imperio) l'adesione del “mondo” della moda milanese a modelli organizzativi e culturali orientati al rispetto dei diritti e della dignità dei lavoratori a vario titolo impiegati nella filiera produttiva; anche se — è bene evidenziarlo — non mancano esperienze virtuose e iniziative correttive del tutto genuine, per promuovere, anche all'esterno, il valore strategico della *Sustainability*.

La sorveglianza dell'autorità giudiziaria può valere, però, in positivo, ad assicurare il buon esito della riorganizzazione, verificando che l'ente si assuma la sua responsabilità (anche solo colposa o agevolatoria) nei confronti della comunità di riferimento, degli interlocutori dell'ente, dei consumatori, degli investitori⁵⁰.

L'invito a dotarsi, dopo l'agevolazione colposa del delitto di sfruttamento del lavoro, di un modello organizzativo per la prevenzione degli

⁴⁹ Sia consentito rinviare a DI LELLO FINUOLI M., *La compliance riparativa: un “giunto cardanico” tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2023, n. 2.

⁵⁰ Sul tema, STENDARDI D., *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in *giurisprudenzapenale.it*, 16 aprile 2020, 13-15, con un interessante approfondimento sulle pronunce in materia di responsabilità degli enti in cui la Corte di cassazione ha affermato « la necessità di includere e interpellare i soggetti lesi dal reato per definire le attività riparative previste dal d.lgs. 231/2001 ai fini del contenimento delle sanzioni a carico dell'ente » (segnatamente, in tema di art. 17). In materia di misure di prevenzione, cfr. Trib. Milano, 27 maggio 2020, Uber Italy s.r.l.; Trib. Milano, 3 marzo 2021, Uber Italy s.r.l.; Trib. Milano, 7 maggio 2019, n. 59, Ceva Logistics Italia s.r.l.

illeciti in contesto societario, ha ottenuto l'effetto già presagito/auspicato dal Tribunale di Milano nel noto caso DHL, « in una prospettiva, per così dire, di prevenzione generale [...]: in futuro, enti anche di rilevanti dimensioni, potrebbero essere tanto più incentivati a porre rimedio alle lacune organizzative (per il passato riparando e per il futuro adottando moduli organizzativi non di carattere cosmetico) quanto più possano avere una fondata aspettativa che questi sforzi saranno “premiati” sul piano sanzionatorio evitando un'inutile duplicazione della portata afflittiva della pena loro applicata » ⁵¹.

I provvedimenti hanno dunque parlato ai « piani nobili » della disciplina ⁵², che ha intavolato un serio confronto con le istituzioni pubbliche per la messa a punto di modelli di gestione, prevenzione e controllo del caporalato; il riferimento, naturalmente, è al tavolo di lavoro della Prefettura con la Camera Nazionale della Moda Italiana (CNMI) e al parallelo progetto approntato proprio dal Tribunale milanese, che hanno « scommesso sulla logica della rispondenza fiduciaria nel rapporto tra singole aziende e controlli giudiziari [...], così creando un sistema, nel complesso, responsivo » ⁵³.

Certo, di fronte agli accertamenti della Procura, « sorgono non pochi dubbi sull'efficacia dei programmi e dei sistemi di controllo [...]. Nel silenzio dei controllori, sembra che soltanto la magistratura sia in grado di fungere da attore di controllo sociale, e questo è certamente un segnale preoccupante » ⁵⁴, che alimenta il dibattito sui costi della *compliance* e delle consulenze che non restituiscono alcuna utilità effettiva all'organizzazione, se non in termini di *social washing*.

Di contro, vista l'autorevolezza degli interlocutori istituzionali e di categoria ai tavoli di lavoro sopra menzionati, è ragionevole confidare in un *ri-orientamento etico e culturale* del settore, affinché tutti gli operatori economici vedano « in questa normativa [d.lgs. n. 231/2001] un'opportunità di rinnovamento interno, l'occasione finalmente materializzatasi per sbarazzarsi dei cascami di dirigenze o stili di gestione avvertiti come ostacoli a politiche d'impresa, al contempo, innovative, *market-oriented* e

⁵¹ Trib. Milano, decreto di archiviazione 9 novembre 2022, cit., 6. Sul finalismo general-preventivo che ha mosso, sin dalle origini, il legislatore del d.lgs. n. 231/2001, PALIERO C.E., *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente*, cit., 1217.

⁵² FORTI G., *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 1249 ss.

⁵³ Trib. Milano, decreto di archiviazione 9 novembre 2022, cit., 6.

⁵⁴ CATINO M., *Normal organizational wrongdoing?*, cit.

aderenti a una legalità comunque “conveniente”, ben integrata nella “adeguatezza” organizzativa richiesta dall’art. 2381 c.c. » ⁵⁵, oltre che dalle indicazioni euro-unitarie in materia di *ESG*; s’intende: anche quando i modelli prevedano l’esternalizzazione della produzione.

5.2. *In negativo: incertezze e sovrapposizioni tra i diversi modelli di risposta al reato.* — Non può ignorarsi, d’altra parte, che l’intervento dell’autorità giudiziaria per il contrasto allo sfruttamento dei lavoratori in *outsourcing* (di nuovo: intervento doveroso e auspicabilmente “profittevole”) avrebbe potuto esplicarsi altrimenti. Come anticipato in *Premessa*, a fronte delle violazioni relative alla gestione dei contratti di fornitura, la Procura di Milano ha attivato, alle volte, il sistema delle misure di prevenzione, altre volte, invece, il procedimento *ex d.lgs. n. 231/2001*: due distinti modelli di *risposta al reato* che si giustificano, in ogni caso, per l’accertamento di una “colpa d’organizzazione”.

È vero: tra i presupposti dell’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 d.lgs. n. 159/2011, vi è (in negativo) l’insussistenza dei requisiti per applicare una misura di prevenzione nei confronti dell’imprenditore o comunque di coloro che esercitino l’attività economica agevolatrice (*terzietà* rispetto all’agevolato, disponibilità esclusiva dell’azienda, intestazione non fittizia della stessa); e poi: « la “non consapevolezza” dell’ente rispetto all’agevolazione del reato posto in essere da terzi » ⁵⁶. Pur tuttavia, non manca, anche in questa ipotesi, la *colpa d’organizzazione*: ossia « che il soggetto terzo (nel caso concreto una persona giuridica, la cui manifestazione agevolatrice deve ovviamente essere letta alla luce dei comportamenti posti in essere dalle persone fisiche dotate di potere di decisione, rappresentanza e controllo) ponga in essere una condotta censurabile su un piano di rimproverabilità “colposa”, quindi negligente, imprudente o imperita, senza che ovviamente la manifestazione attinga il profilo della consapevolezza piena della relazione di agevolazione » ⁵⁷. Com’è stato osservato: « la necessità di individuare un perimetro di censurabilità del comportamento del terzo agevolatore, perimetro che necessariamente deve rimanere nell’ambito del rimprovero colposo sconfinandosi, in ipotesi di condotte dolosamente orientate

⁵⁵ FORTI G., *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, cit., 1252.

⁵⁶ CATINO M., *Normal organizational wrongdoing?*, cit., nota n. 2.

⁵⁷ Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 6/2016, cit. (c.d. caso Fiera Milano).

a favorire l'espansione della economia illegale, in fattispecie di natura concorsuali o comunque di favoreggiamento dell'attività criminale, risiede in una lettura costituzionalmente orientata del presupposto applicativo della misura di prevenzione la quale tende a comprimere comunque il fondamentale diritto alla libertà di impresa costituzionalmente garantito »⁵⁸.

Non si tratta, naturalmente, di procedimenti interscambiabili, né può affermarsi che i “casi” indagati dal 2021 dalla magistratura milanese (settore logistica, fiere, servizi di pulizia, ecc.) siano del tutto analoghi, men che meno sovrapponibili a quelli riguardanti il settore della moda. Si considerino, anzi tutto, la mancata contestazione — almeno sul piano formale, e almeno sino a ora — dei reati tributari *ex art. 25-quinquiesdecies* d.lgs. n. 231/2001 e le conseguenti differenze, anche sul piano delle irregolarità fiscali (soprattutto in materia di IVA), intercorrenti tra i contratti fornitura di servizi (di manodopera, pulizia, guardiania) e gli accordi di fabbricazione (fornitura di prodotti).

La differenza principale che emerge tra i due filoni concerne inoltre l'accertamento dei presupposti della responsabilità amministrativa in relazione al delitto di cui all'art. 603-bis c.p. e, dunque, il *grado* della responsabilità e la *natura* del rimprovero mosso agli enti.

Sul punto, i provvedimenti sono espliciti: per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria occorre « che la condotta del terzo possa e debba essere censurata esclusivamente sul piano del rapporto col-

⁵⁸ Così ROIA F., *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, in Epidendio T. - Varraso G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 1493. Sul punto, in senso critico, CONSULICH F., *La responsabilità senza reato della persona giuridica. Riflessioni penalistiche sulla prevenzione patrimoniale applicata all'ente*, in *Rivista231*, 2023, n. 1, 217: « L'oggettiva contiguità a interessi criminali, inquadrabile in termini di agevolazione, sta e cade con la censurabilità della condotta degli organi dell'ente sul piano della colpa (in caso di dolo si aprirebbe la strada ad una contestazione penale): è sufficiente la violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale, che magari la stessa società si sia data (il fenomeno dell'autonormazione può percepirsi anche a queste latitudini), o di norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da parte di chi operi nel settore degli appalti di opere e/o servizi. Si tratta di una sorta di dubbia forma di agevolazione colposa richiesta come presupposto per poter assumere iniziative assai intrusive nella struttura dell'azienda da recente giurisprudenza di merito richiamando quanto affermato nel 1995 dalla Corte costituzionale (sent. n. 487/1995): il rischio però è che i titolari di quelle attività economiche che presentano connotazioni agevolative del fenomeno mafioso non possano praticamente mai ritenersi terzi rispetto alla realizzazione di quegli interessi, né in una situazione soggettiva di “sostanziale incolpevolezza” ». Il riferimento, nello scritto citato, è a Trib. Milano, 27 maggio 2020, *Uber Italy* s.r.l., cit.

poso »⁵⁹; quando, invece, si “sconfina” « in fattispecie di natura concorsuale o comunque di favoreggiamento all’attività criminale » (dolo), potranno attivarsi le più severe misure di prevenzione di tipo ablatorio o, al ricorrere dei presupposti, il procedimento penale e “da reato” degli enti.

Nei casi esaminati, come si è cercato di evidenziare nel paragrafo dedicato alle specificità dei *deficit* di *compliance* rilevati nei singoli provvedimenti, sono emersi i “segnali” di una sorta di *adesione* delle aziende di moda alle attività criminali contestate alle ditte fornitrici, in ispecie nei frequenti riferimenti alle scelte (consapevoli) a favore di certe *culture o politiche d’impresa*.

Ragionando in astratto, non sarebbe apparsa peregrina l’ipotesi di una contestazione *ex* d.lgs. n. 231/2001 per il delitto di caporalato.

Sul piano dei presupposti oggettivi, gli amministratori delle aziende cui era stata affidata *in toto* la produzione avrebbero potuto essere considerati “soggetto dell’organizzazione” *ex* art. 5 d.lgs. n. 231/2001, in qualità di apicali di autonome unità produttive (« 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 »). Non è infrequente, d’altra parte, la valorizzazione delle definizioni sostanziali di cui all’art. 5 per smascherare le fraudolente dislocazioni delle funzioni aziendali o di sue unità all’esterno dell’organizzazione ufficiale (anche al di fuori del territorio nazionale). Non a caso, quasi tutti i modelli organizzativi prevedono, in relazione alla gestione dei contratti d’appalto, stringenti “clausole 231”, sul presupposto che l’attività delle persone cui viene affidata un’attività (sensibile), per esempio la fabbricazione, anche esternalizzata, dei prodotti o la gestione di un qualche servizio, possa rivelarsi idonea a impegnare la responsabilità da reato della società.

Il Tribunale, poi, ha ampiamente motivato sui presupposti oggettivi dell’interesse e del vantaggio tratto dai *brand* grazie all’abbattimento dei costi di produzione, nonché sull’insussistenza delle condizioni per riconoscere, eventualmente, l’esimente *ex* art. 6: assenza di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 603-*bis* c.p.), omissione di qualsivoglia controllo sulla

⁵⁹ Trib. Milano, sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto n. 1/2024, cit., 2.

filiera produttiva, consapevolezza del *modus operandi* adottato dai fornitori; in conclusione, difficilmente si potrebbe affermare che questi ultimi abbiano eluso fraudolentemente i codici di condotta (per vero inesistenti) adottati dall'appaltante.

Ora, posta l'assenza di dubbi, nella ricostruzione della Procura, sull'elemento soggettivo del *dolo* in capo alle persone fisiche cui è stato imputato il reato-presupposto, il discorso naturalmente cambia in relazione alla c.d. colpa dell'organizzazione, ossia all'elemento soggettivo attribuibile all'ente. Si pensi, però, a tal proposito, alle evidenziate specificità dei *deficit* di *compliance*, dalle quali si evince il giudizio dell'organo giudicante sul consapevole "approfittamento", da parte delle imprese di moda, delle condizioni di lavoro "paraschiavistico" che caratterizzavano la filiera cui avevano deciso di affidarsi: un "modello" « funzionale a realizzare una massimizzazione dei profitti, anche *a costo di* instaurare stabili rapporti con soggetti dediti allo sfruttamento dei lavoratori ».

44 Si tratta, cioè, nella migliore delle ipotesi, di una forma di responsabilità per colpa (d'organizzazione) *grave*, che si è manifestata nel completo disinteresse per l'operato dei fornitori: « la mancata predisposizione, a monte, di una macrostruttura preventiva pone l'ente in una *relazione di possibilità* con eventi di reato disomogenei (tutti quelli previsti nella "parte speciale" del decreto 231), che la *societas* rinuncia, per ragioni legate alla volontà di massimizzazione del profitto o, invece, per grossolana negligenza (accostabile alla *recklessness*), a sceverare e governare »⁶⁰. Emerge, cioè, una particolare "pericolosità organizzativa" dell'ente, che ha optato per la *disorganizzazione* (con le parole della Procura: per la *normalizzazione della devianza*) e ha scelto consapevolmente di « *correre un rischio*: quello che i soggetti che, a diverso titolo, svolgono un'attività per suo conto, commettano reati »⁶¹.

Si tratta, come detto, di mere ipotesi. Tornando al dato concreto, non v'è dubbio che l'attivazione delle misure di prevenzione in luogo del (più garantito) procedimento 231 assicuri una maggiore speditezza e incisività della sorveglianza giudiziaria e, soprattutto, del buon esito della riorganizzazione, nel senso profittevole e general-preventivo di cui si è detto.

⁶⁰ PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 535.

⁶¹ PALIERO C.E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 180.

Vanno rimarcati, in ogni caso, i punti di contatto e le sovrapposizioni tra i due sistemi, che generano incertezza tra le misure potenzialmente applicabili (cautelari penali e 231, commissariamenti, misure di prevenzione patrimoniali di competenza amministrativa e giudiziaria): una sorta di « *law shopping* all'interno del novero degli strumenti di intervento giudiziario sulla persona giuridica » ⁶².

Le misure esaminate, alle quali si aggiungono le “negoiazioni” sulle condotte riparatorie “concordate” con la Procura ai fini dell’archiviazione, nonché le anticipazioni circa il futuribile ricorso alle misure di prevenzione (il riferimento è ai casi delle infiltrazioni della criminalità organizzata tra i gruppi *ultras* delle società calcistiche milanesi, nei confronti delle quali, in caso di inerzia riorganizzativa, è stato “anticipato” il probabile intervento delle misure prevenzionali) restituiscono l’immagine, ancora confusa, di un complessivo sistema di controllo pubblico degli enti, strutturato per gradi: dalle prerogative di mera sorveglianza/informazione all’esercizio di poteri gestori gradualmente più invasivi, secondo una scala di iniziative preventive e reattive che segnano il grado di disponibilità dell’ente a riconoscere l’errore organizzativo, a rientrare nell’osservanza dei precetti e ad assumersi la responsabilità dell’illecito: *comply or...comply!* Solo a tali condizioni l’ordinamento consente la definizione della vicenda, evitando l’applicazione delle sanzioni 231 o l’inasprimento delle misure di prevenzione tradizionali.

45

Bibliografia

- BALATO F., *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3.
- CANTONE R. - COCCAGNA B., *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 10.
- CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, in *penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2017.
- CAPUTO M., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.
- CARNÀ A. R. - CHIODI M., *I Modelli 231 nella prospettiva dell'art. 34-bis del codice antimafia. L'adozione delle misure organizzative finalizzate a prevenire la commissione dei delitti di criminalità organizzata*, in *Rivista231*, 2019, n. 3.
- CATINO M., *Normal organizational wrongdoing? Grandi imprese e devianza organizzativa*, in *sistemapenale.it*, 15 ottobre 2024.

⁶² ZUFFADA E., *Homo œconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, 138.

MARINA DI LELLO FINUOLI

- CONSULICH F., *La responsabilità senza reato della persona giuridica. Riflessioni penalistiche sulla prevenzione patrimoniale applicata all'ente*, in *Rivista231*, 2023, n. 1.
- D'ANGELO G. - VARRASO G., *Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa*, in *sistemapenale.it*, 1° agosto 2022.
- DELFINO R. - GERACI M. - RINALDO S. - SQUILLACI E., *Dossier. Art. 34-bis d.lgs. 159/2011. Il controllo giudiziario delle aziende*, febbraio 2018, in *cerpec.unirc.it*.
- DI LELLO FINUOLI M., *La compliance riparativa: un "giunto cardanico" tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2023, n. 2.
- ESPOSITO A., *Gig economy e recupero della legalità*, in *Leg. pen.*, 31 luglio 2020.
- FONDAROLI D., *La prevenzione patrimoniale: dall'applicazione in ambito penale-tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, 1997.
- FORTI G., *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.
- GRASSO G., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 14 febbraio 2020.
- GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2018.
- LOSAPPIO G., *MOGC 231 e controllo giudiziario ex d.lgs. 159/2011*, in *Rivista231*, 2021, n. 3.
- MERENDA I., *Le misure di prevenzione terapeutiche come strumento di contrasto alle infiltrazioni mafiose nelle imprese*, in Pignatone G. (a cura di), *Legislazione antimafia. Lezioni. Il contrasto ai patrimoni mafiosi*, Edizioni Santa Caterina, 2022.
- MEZZETTI E., *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenti in cui la spunta sempre la confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1.
- MICELI S., *Le misure a tutela della continuità d'impresa*, in Bonsegni M. - Miceli S. (a cura di), *Il labirinto normativo a danno dell'impresa: Il Modello 231 come filo d'Arianna*, Collana 231, 2022.
- ORSINA A., *La responsabilità da reato dell'ente. Tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Giappichelli, 2024.
- PALIERO C.E., *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1218 ss.
- PALIERO C.E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Rivista231*, 2006.
- PELISSERO M., *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017.
- PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 535.
- ROIA F., *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, in Epidendio T. - Varraso G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.
- SANTORIELLO C., *Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca*, in Furfaro S. (a cura di), *Misure di prevenzione*, Giappichelli, 2013.
- SCOLETTA M., *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *sistemapenale.it*, 28 novembre 2022.
- STENDARDI D., *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in *giurisprudenzapenale.it*, 16 aprile 2020.
- TONA G. - VISCONTI C., *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2018.
- VALENTINI V., *231 e moda. Proprietà industriale e rischio penale*, Pacini giuridica, 2020.
- VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012.

FASHION INDUSTRY E “LAVORO POVERO”

- VISCONTI C., *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014.
- VISCONTI C., *Il controllo giudiziario “volontario”: una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in AMARELLI G. - STICCHI DAMIANI S. (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto alla infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, 2019, 237 ss.
- ZUFFADA E., *Homo œconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023.

ROBERTO FIORE *

*INTERNAL INVESTIGATIONS
OF ORGANIZATIONS: TRA LA ISO 37008
E IL CODICE DI PROCEDURA PENALE.
UNO STRUMENTO UTILE
PER UNA GOVERNANCE CONSAPEVOLE*

*INTERNAL INVESTIGATIONS OF
ORGANIZATIONS: BETWEEN ISO 37008
AND THE ITALIAN CODE OF CRIMINAL
PROCEDURE.
A USEFUL TOOL FOR
INFORMED GOVERNANCE*

49

Abstract

Il contributo esamina il ruolo cruciale delle *internal investigations* all'interno delle organizzazioni, evidenziando come queste possano rappresentare uno strumento fondamentale di *good governance* e gestione del rischio. Se svolte seguendo le *best practices* introdotte dalla ISO/TS 37008:2023, le indagini interne contribuiscono a garantire decisioni informate, consapevoli e trasparenti, favorendo così la responsabilità aziendale. L'analisi approfondisce anche la distinzione tra le indagini interne e le investigazioni difensive contemplate dagli artt. 391-bis ss. c.p.p., affrontando il delicato tema della protezione e della riservatezza delle informazioni raccolte e della loro utilizzabilità in ambito processuale. Un focus specifico è dedicato al *legal privilege*, esaminando le differenze tra i sistemi di *common law* e *civil law* e le implicazioni per le aziende che operano sul territorio italiano, evidenziando le limitazioni e le tutele previste nel nostro ordinamento per le investigazioni difensive. Infine, il lavoro esplora i presupposti e le strategie per il passaggio dalle indagini interne alle investigazioni difensive, analizzando le modalità operative e i criteri giuridici per svolgere un'attività investigativa efficace che garantisca la mitigazione dei rischi e il miglioramento della *governance*.

* Avvocato.

Abstract

The contribution examines the crucial role of internal investigations within organizations, highlighting how they can serve as a fundamental tool for good governance and risk management. When conducted in accordance with the best practices introduced by ISO/TS 37008:2023, internal investigations help ensure informed, conscious, and transparent decision-making, thereby fostering corporate accountability. The analysis also delves into the distinction between internal investigations and defensive investigations as regulated by articles 391-bis et seq. of the Italian Code of Criminal Procedure, addressing the sensitive issue of information protection and confidentiality, as well as their admissibility in legal proceedings. A specific focus is dedicated to legal privilege, examining the differences between common law and civil law systems and their implications for companies operating in Italy, highlighting both limitations and protections provided by the Italian legal framework for defensive investigations. Finally, the paper explores the requirements and strategies for transitioning from internal investigations to defensive investigations, analyzing operational methods and legal criteria to conduct effective investigative activities that ensure risk mitigation and enhance corporate governance.

50

SOMMARIO: 1. *Internal investigation of organizations*: effettiva novità o “truffa delle etichette”? — 2. La normazione volontaria quale guida per lo svolgimento delle *internal investigations*: ISO/TS 37008:2023. — 2.1. Lo scopo della norma. — 2.2. I principi regolatori e le caratteristiche del *team* investigativo. — 2.3. Il piano di indagine. — 2.4. L’intervista delle persone informate sui fatti. — 2.5. Il *report* conclusivo. — 3. Le indagini difensive nel procedimento penale. Condizioni e limiti: un possibile freno alla diffusione delle *internal investigations of organizations*? — 3.1. Il *legal privilege* negli ordinamenti di *common law*: una tradizione a cui guardare per la tutela del rapporto cliente-avvocato. — 3.2. Il *legal privilege* nell’ordinamento sovra-nazionale e in quello italiano. — 3.3. Il *legal privilege* nelle indagini difensive nel codice di procedura penale. — 3.4. Il possibile transito dalle *internal investigations* a quelle difensive. — 4. Conclusioni.

SUMMARY: 1. *Internal investigation of organizations*: real innovation or “label scam”? — 2. Voluntary standardization as a guide for conducting internal investigations: ISO/TS 37008:2023. — 2.1. Purpose of the standard. — 2.2. Regulatory principles and features of the investigative team. — (i) Independence. — (ii) Confidentiality. — (iii) Competence and professionalism. — (iv) Objectivity and impartiality. — 2.3. Investigation plan. — 2.4. Interviews of persons informed about the facts. — 2.5. Final report. — 3. Defensive investigations in Italian criminal proceedings. Limits and conditions: a possible brake on the diffusion of internal investigations of organizations? — 3.1. Legal privilege in common law systems: a tradition to look up to for the protection of the attorney-client privilege. — 3.2. Legal privilege in supranational and Italian legal system. — 3.3. Legal privilege in defensive investigations according to the Italian criminal procedure code. — 3.4. Possible transition from internal investigations of organizations to defensive investigations. — 4. Conclusions.

1. Internal investigation of organizations: *effettiva novità o “truffa delle etichette”?* — *Starts with why* ¹.

Questa è stata la prima domanda che mi sono posto quando ho affrontato il tema delle *corporate internal investigations*: perché bisognerebbe conoscerle e, soprattutto, perché bisognerebbe utilizzarle?

Senza una risposta chiara e soddisfacente avrei corso il rischio di approcciare questa attività come una “copia” (bella o brutta, ma comunque una copia) dello strumento che in Italia già è noto nell’esperienza penalistica e che, a distanza di ventiquattro anni dalla sua disciplina nel Titolo VI del codice di procedura penale, è parte del mio bagaglio professionale di avvocato penalista: le investigazioni difensive.

È importante chiedersi cosa ci spinge in una determinata direzione; cosa ci orienta nel compiere le nostre scelte e soprattutto nel perseguirle in maniera determinata. Per questo motivo, eliminando ogni pregiudizio, ho approcciato lo strumento partendo dai termini utilizzati per connotarlo — *corporate* e *internal* — i quali tracciano un perimetro ben definito: attività svolta nell’ambito e all’interno di una società (per comodità, nel prosieguo, userò il termine “organizzazione”).

Questo il primo passo per inquadrare il contesto: esterno e, soprattutto, estraneo al procedimento penale, nell’ambito del quale, invece, sono ontologicamente presenti le investigazioni difensive.

Ed ho cominciato a cercare la prima risposta al “*why*”: un’attività di indagine interna ad un’organizzazione non deve essere teleologicamente orientata a verificare solo e sempre la sussistenza di un fatto di rilevanza penale.

Accettato e chiarito il punto di partenza — eccentrico (non nella sua accezione di “stravagante”, ma nel senso letterale del termine che si pone “fuori dal centro”, quindi dalla visione ordinaria) rispetto alla prima immediata risposta — posso iniziare a concentrarmi sul “perché” in una organizzazione è essenziale ottenere informazioni attendibili e complete per ricostruire l’accadimento di fatti o la rilevanza di atti: perché la conoscenza di fatti ed atti è l’unico strumento per potere prendere decisioni consapevoli.

La fase della conoscenza è il primo essenziale momento del processo formativo della volontà. E l’assunzione di decisioni consapevoli, nell’ambito di una organizzazione, è un dovere.

¹ SINEK, in *ted.com*.

Di più: per l'organo amministrativo si tratta di un obbligo normativamente imposto.

Per gli amministratori deleganti l'art. 2381, comma 6, c.c. prevede: « Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato ». Come chiarito dalla giurisprudenza l'obbligo imposto dall'art. 2381, ultimo comma, c.c. di « agire in modo informato », si declina, da un lato, nel « dovere di attivarsi, esercitando tutti i poteri connessi alla carica, per prevenire o eliminare ovvero attenuare le situazioni di criticità aziendale di cui siano, o debbano essere, a conoscenza » e, dall'altro, « *in quello di informarsi, affinché tanto la scelta di agire quanto quella di non agire risultino fondate sulla conoscenza della situazione aziendale che gli stessi possano procurarsi esercitando tutti i poteri di iniziativa cognitoria connessi alla carica con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze* »².

L'inosservanza dell'obbligo dell'agire informato è sanzionata dall'art. 2392 c.c. il quale prevede testualmente che « gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose ».

Questa norma cristallizza una posizione di garanzia in capo agli amministratori per cui l'omessa attivazione ne determina responsabilità ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. Ma la consapevole e volontaria omissione passa necessariamente dalla conoscenza della situazione tipica che rende attuale la garanzia richiesta e, proprio per questo, ne impone l'attivazione. E se di consapevolezza si deve parlare, neppure ci si può accontentare di una conoscenza sfocata, ridotta ad un vago sospetto, bensì di una chiara comprensione dei fatti e degli atti³.

² Cass. civ., sez. II, 18 settembre 2020, n. 19556.

³ Una famosa sentenza della Suprema Corte nel caso *Bipop Carire*, intervenuta pochi anni dopo la riforma del diritto societario, riassume in maniera didascalica e analitica i principi ispiratori e le inevitabili ricadute in tema di responsabilità degli amministratori privi di delega: « la riforma della disciplina delle società, portata dal d.lgs. n. 6/2003, ha certamente modificato il quadro normativo dei doveri di chi è preposto alla gestione della società ed ha compiutamente regolamentato la responsabilità dell'amministratore destinatario di delega. E, così, ha delineato, da un lato, il criterio direttivo dell'"agire informato", che sostiene il mandato gestorio (art. 2381 c.c., comma 5) e, correlativamente, l'obbligo di ragguaglio informativo sia a carico del presidente del consiglio di amministrazione (art. 2381, comma 1, c.c.: "provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri") sia in capo agli amministratori delegati, i quali, con prestabilita periodicità,

Per gli amministratori delegati la visione cambia, ma l'approccio rimane: il loro agire deve essere sempre informato.

Questa volta, visto il ruolo attivo, non si tratta di una richiesta di notizie, di una re-azione provocata; bensì di una proattiva conoscenza di fatti ed atti che consentono di scegliere in maniera consapevole come gestire le operazioni ed il correlato rischio ⁴.

Negli U.S.A. il principio della *business judgement rule* ⁵, di creazione

devono fornire adeguata notizia “sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate” (art. 2381 c.c., comma 5). In tal modo la riforma ha indubbiamente — con più puntuale disposizione letterale — alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, poiché l'art. 2392 c.c., comma 1 prevede che sono responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa. È stato, dunque, rimosso il generale “obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione” (già contemplato dall'art. 2392 c.c., comma 2), sostituendolo con l'onere di “agire informato”, atteso il potere (ma che si qualifica come doveroso nell'ottica dell'indicazione normativa sulla modalità di gestione informata) di richiedere informazioni (senza che ciò assegni anche un'autonoma potestà di indagine) », in *unijuris.it*.

Nel medesimo senso, a conferma dei principi sopra indicati: « In tema di società di capitali, gli amministratori privi di deleghe non sono responsabili per una generale omissione di vigilanza, ma, in ragione del dovere di agire informati ex art. 2381 c.c., rispondono delle conseguenze dannose della condotta degli amministratori esecutivi solo quando non abbiano impedito fatti pregiudizievoli di quest'ultimi, in virtù della conoscenza o della possibilità di conoscenza di elementi tali da sollecitare il loro intervento, alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze », Cass. civ., sez. I, ord. 29 maggio 2024, n. 15054.

⁴ Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470, sul punto ha affermato che « In tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità del merito delle sue scelte di gestione (cd. “business judgement rule”) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia “ex ante”, secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c., — nel testo, applicabile “ratione temporis”, anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 — sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere ».

⁵ La prima affermazione della *rule* fu compiuta nel 1742, in Inghilterra, da parte di Lord Chancellor nella causa *Charitable Corp. v. Sutton*: si affermò che gli amministratori ricevono sulla base della fiducia i poteri per agire direttamente e sovrintendere agli affari della società; per questa ragione, possono essere ritenuti « *guilty of acts of commission or omission, of mal-feasance or nonfeasance* »; ma quando queste azioni sono state compiute nell'ambito dei poteri conferiti, sarà molto difficile stabilire che siano state poste in essere violando la fiducia ricevuta (*breaches of trust*), nonostante le eventuali conseguenze negative che avranno determinato; per questo motivo l'autorità giudiziaria preclude ogni successiva considerazione in merito alla correttezza o meno della decisione presa in buona fede.

Successivamente questa regola di giudizio fu introdotta anche nel sistema giudiziario degli Stati Uniti di America da parte della Suprema Corte della Louisiana con la sentenza del 1829, *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829) in un giudizio promosso da un azionista di una banca nei confronti degli amministratori; in quella occasione la Corte affermò che il

giurisprudenziale sin dal XVIII secolo ed ormai affinato dai successivi interventi, prevede che è esclusa la responsabilità degli amministratori per le decisioni assunte quando queste sono disinteressate, indipendenti, prese con attenzione, in buona fede e senza alcun abuso della discrezionalità; una presunzione di avere agito correttamente che può essere superata solamente qualora siano portate a supporto della contestazione specifici fatti di segno contrario.

Oggi questo principio è stato importato e definitivamente condiviso anche nel nostro ordinamento, tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina; esso viene utilizzato come baluardo per sancire la insindacabilità del merito delle decisioni gestorie compiute dall'organo amministrativo (nel senso della loro convenienza, opportunità, profittabilità, remuneratività). Questa "zona franca" da responsabilità, ovviamente, non è assoluta, ma trova un limite nella valutazione della ragionevolezza delle scelte compiute, da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri di diligenza del mandatario, sia tenendo conto della eventuale mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per decisioni analoghe.

La valutazione sulla diligenza tenuta nell'espletare il proprio ruolo gestorio non concerne il singolo atto, ma il procedimento che ha condotto a quella scelta; ciò determina una scissione tra il momento del risultato (logicamente e cronologicamente successivo) e quello del percorso decisionale (necessariamente antecedente): saranno ritenuti esenti da responsabilità quegli amministratori che, a prescindere dai risultati concreti della loro attività di gestione, abbiano svolto il proprio ufficio in modo informato.

Ecco, quindi, una ragione valida per fare ricorso a tutti quegli strumenti — di cui fanno parte, a pieno titolo, anche le *corporate internal investigations* — che consentono di acquisire ogni elemento utile ad una analisi completa della vicenda e di compiere, conseguentemente, una scelta consapevole *factual based*.

Una ulteriore, ultima, considerazione per volgere lo sguardo in una direzione diversa dalla correlazione "*conoscenza* [e perciò *investigazione*] — *responsabilità*".

director non poteva esser considerato responsabile per l'errore di valutazione se l'errore stesso era tra quelli che anche un uomo prudente avrebbe potuto commettere (« *if the error was one into which a prudent man might have fallen* », *cite.case.law*).

Il concetto di rischio è ordinariamente connotato da una accezione negativa e problematica perché inteso ed utilizzato come la eventualità di subire un danno connessa a circostanze più o meno prevedibili, più tenue e meno certa rispetto al pericolo ⁶.

Nell'ottica della conoscenza e consapevolezza nell'ambito del tema che stiamo affrontando, è interessante spostare l'asse della riflessione su un'altra definizione, quella offerta dalla ISO 31000/2018 ⁷: « Effetto dell'incertezza in relazione agli obiettivi ». La norma tecnica, nella parte dedicata alle note esplicative, chiarisce che « Un effetto riguarda ciò che potrebbe essere diverso da quanto atteso. Può essere positivo, negativo o di entrambi i segni e può affrontare, creare o avere come risultato in cascata successive nuove opportunità e minacce ».

Una descrizione neutrale del rischio in cui, alla ordinaria negatività, si accompagna la positività o la equivalenza degli effetti.

Da qui uno spazio alla possibile finalità di una *internal investigation*: scoprire fatti ed atti consente di assumere consapevolmente scelte che possono condurre anche ad un effetto positivo in favore dell'organizzazione e non solo limitarsi a scongiurare il potenziale effetto negativo.

Se, condivisi i profili positivi, si è convinti dell'opportunità di approfondire la conoscenza di questo nuovo strumento nell'ambito delle organizzazioni, si può passare a delineare le distinzioni rispetto all'attività investigativa nell'ambito del procedimento penale visto che i due strumenti sono ben distinti per presupposti, modalità di svolgimento e finalità ⁸.

Le investigazioni interne, infatti, sono parte integrante del sistema di *compliance* dell'ente non solo per accertare, *ex post*, comportamenti

⁶ Sul concetto di rischio, cfr. *treccani.it*.

⁷ La norma tecnica UNI ISO 31000: 2018 « Gestione del rischio - Linee guida » fornisce linee guida per gestire i rischi che qualunque organizzazione affronta e che possono essere applicate a qualsiasi attività, compreso il processo decisionale a tutti i livelli. L'approccio comune suggerito dal documento è idoneo a gestire qualsiasi tipo di rischio, non è dedicato ad un particolare settore o industria e può essere adattato a qualunque organizzazione e al suo contesto. I principi, la struttura di riferimento e il processo delineati nel documento consentono di gestire il rischio in modo efficiente, efficace e sistematico.

⁸ Rappresenta un solido orientamento dottrinario quello secondo cui lo strumento delle investigazioni interne non sia solamente uno strumento con finalità connesse ad un procedimento penale, ma possa essere utile per fini tra loro eterogenei. Come evidenziato da CENTONZE-GIAVAZZI (a cura di), *Internal Investigations, Best practices e istanze di regolamentazione*, Giappichelli, 2021, lo strumento delle internal investigations rappresenta il mezzo « essenziale per condurre le ordinarie verifiche sull'adeguatezza e idoneità della compliance e per gestire il versante patologico dell'attività collettiva ».

illeciti o non conformi, ma anche per valutare, *ex ante*, i rischi connessi all'esercizio dell'attività aziendale: sulla base degli elementi raccolti attraverso le investigazioni interne, l'ente può individuare eventuali mancanze del sistema di controllo interno e, di conseguenza, implementare il corpo normativo e la correlata struttura di *compliance*.

Diversamente, le investigazioni difensive sono ancorate, per espressa previsione normativa, alla pendenza di (o, nel caso di quelle preventive, alla eventualità che si instauri) un procedimento penale; le stesse, pertanto, presuppongono sempre la commissione di una violazione che integri, quantomeno in astratto, gli estremi di una fattispecie di reato.

Non si tratta, però, di visualizzarle come due rette parallele e, perciò, destinate a non incontrarsi mai.

Anzi, sono molte le occasioni in cui esse potranno incrociarsi.

Un esempio per tutti: quando, nel contesto delle investigazioni interne, dovesse emergere la possibile rilevanza penale del fatto oggetto di accertamento.

In tal caso, infatti, per l'ente potrà essere opportuno interrompere l'investigazione interna ed avviare quella difensiva preventiva, *ex art. 391-nonies c.p.p.*, coinvolgendo un legale esterno; ciò, tanto per beneficiare del *legal privilege*⁹ a tutela delle attività che verranno svolte nell'ambito del mandato difensivo conferito, quanto per garantire l'utilizzabilità processuale degli elementi di prova che si raccoglieranno.

Questo contributo (senza pretesa di esaustività di analisi della nuova norma tecnica di applicazione volontaria né con l'ambizione di approfondire e discettare su istituti, italiani e stranieri, di diritto penale e processuale) ha l'obiettivo di identificare i punti di contatto per tracciare possibili collegamenti tra strumenti teleologicamente affini, che operano in ambiti parzialmente sovrapposti.

Per questo, nella prima parte, affronterò gli elementi essenziali caratterizzanti l'istituto delle *corporate internal investigation* cercando di rendere concreti i principi generali che le *guidance* propongono; dedicherò poi la seconda parte alle riflessioni sulle possibili sinergie, similitudini o divergenze rispetto allo strumento delle investigazioni difensive disciplinate dal codice di procedura penale.

⁹ Cfr. sul punto § 3.2.

2. *La normazione volontaria quale guida per lo svolgimento delle internal investigations: ISO/TS 37008:2023.* — In assenza di una disciplina normativa specifica nell'ordinamento generale, una guida per lo svolgimento delle investigazioni interne è stata recentemente fornita dalla pubblicazione della norma ISO/TS 37008:2023 « *Internal Investigations of Organizations - Guidance* » (di seguito anche “ISO 37008” o “Standard”).

La norma volontaria detta degli standard di comportamento per la conduzione delle investigazioni interne in qualsiasi organizzazione, indipendentemente dalla sua dimensione o dal settore di riferimento; pur non avendo forza cogente e non riferendosi ad un sistema di gestione certificabile¹⁰, recepisce le migliori prassi internazionali e costituisce una valida guida per gli enti per disciplinare un processo interno che, per finalità, oggetto e soggetti coinvolti, esige una proceduralizzazione chiara e rigorosa.

Rispetto al merito dell'analisi che verrà svolta nei paragrafi successivi compio due preliminari considerazioni sui necessari limiti di questo contributo.

Primo: essendo trascorso solo un anno dalla sua emanazione (luglio 2023), lo Standard è troppo recente per essere valutato nella sua applicazione concreta da parte delle organizzazioni; la ISO 37008 può, quindi, costituire un utile strumento per individuare i punti essenziali del procedimento di investigazione interna nel suo disegno, nella sua struttura e disciplina, ma non ancora nella sua operatività.

Secondo: trattandosi di uno *standard* internazionale, si fonda necessariamente su un massimo comune denominatore costituito da principi e regole che possano essere “universali”, comuni a tutti i sistemi giuridici ed alle eterogenee realtà nazionali. Ciò significa che la norma, pur raccogliendo le *best practices* ad oggi presenti nel mondo, non può

¹⁰ Ciò in quanto, allo stato, la ISO 37008 è uno *standard* c.d. “di tipo B” (o c.d. *Guidance*) che, contenendo solo raccomandazioni, non consente la certificazione della conformità del sistema di gestione allo standard stesso.

Sul punto, si rappresenta che l'Organizzazione Internazionale per la Standardizzazione (ISO) elabora due diverse tipologie di *standard* dei sistemi di gestione: *standard* “di tipo A” contenenti requisiti specifici rispetto ai quali un'organizzazione può dichiarare di essere conforme e *standard* “di tipo B” contenenti solo raccomandazioni (linee guida) o informazioni di supporto.

La certificazione può avvenire solo rispetto a uno *standard* che contiene requisiti. Pertanto, lo *standard* c.d. “di tipo B”, quale è la ISO 37008, non può essere certificato. Si veda *iso.org*.

possedere quelle specificità imposte dal singolo paese nella cui giurisdizione opera una specifica organizzazione.

Alla luce di queste premesse, ho ritenuto utile ed opportuno concentrare l'analisi su alcuni aspetti che ritengo di particolare rilievo per la comprensione della *ratio* e delle potenzialità dello strumento delle investigazioni interne: lo scopo della norma; i principi regolatori e le caratteristiche del *team* investigativo; il piano di indagine; l'audizione delle persone informate sui fatti; la redazione del *report* conclusivo.

2.1. *Lo scopo della norma.* — Operando una traduzione letterale, la ISO 37008 definisce le investigazioni interne come « un processo di indagine sui fatti, svolto in maniera professionale, avviato da o per conto di un'organizzazione, per accertare i fatti in relazione a presunti o sospetti illeciti, comportamenti scorretti o non conformità » ¹¹.

Le finalità delle investigazioni interne sono molteplici: assumere decisioni informate in relazione a condotte illecite poste in essere nel contesto aziendale, verificare la fondatezza del presunto illecito e comprendere le cause della eventuale violazione, valutare la perdita finanziaria per l'organizzazione, mitigare la responsabilità di quest'ultima, mettere in campo azioni di miglioramento volte a prevenire il ripetersi di violazioni analoghe, rivolgersi all'Autorità Giudiziaria, rafforzare la cultura etica e della *compliance* all'interno dell'ente ¹².

Inoltre, le investigazioni interne possono costituire anche uno strumento utile per identificare i rischi connessi all'esercizio dell'attività

¹¹ Cfr. ISO 37008 - Introduction: « *Internal investigation is a professional fact-finding process, initiated by or for an organization, to establish facts in relation to alleged or suspected wrongdoing, misconduct or noncompliance (such as bribery, fraudulent activities, harassment, violence or discrimination)* ».

¹² Cfr. ISO 37008 - Introduction: « *Internal investigations enable an organization to: make informed decisions if laws, regulations, industry codes, internal policies, procedures, processes, corporate compliance policy and/or the organization's values and ethics have been breached; understand the cause(s) that lead to the above-mentioned breaches; determine if an allegation or concern is substantiated or unsubstantiated; assess the financial loss of an organization; mitigate liability of the organization and/or its management; put in place and implement the necessary mitigation measures to prevent similar conduct from occurring; strengthen the organization's compliance and ethics culture; make external reporting to relevant authorities (law enforcement, judicial bodies, regulators or other bodies prescribed by law or regulation) or relevant interested parties when necessary; make decisions on sanctions of management and/or employees and debarment of working with third parties involved in unethical conduct* ».

aziendale, analizzarne le cause e progettare le conseguenti misure di mitigazione ¹³.

Su questo punto è interessante leggere il corpo norma dove, al punto 8.3 « *Determining the scope of the investigation* », si chiarisce che, prima dello svolgimento delle attività istruttorie, è necessaria l'individuazione degli obiettivi dell'attività.

Secondo un *climax* ascendente di approfondimento ed estensione rispetto allo scopo minimo necessario (*id est* l'accertamento dei fatti), lo Standard individua un ulteriore obiettivo: la possibilità di evidenziare delle eventuali carenze del sistema normativo interno o delle specifiche violazioni del sistema normativo esterno; infine, terzo e ultimo grado di estensione degli obiettivi dell'incarico: la redazione di un piano di azione adeguato per colmare le criticità ed i *gaps* emersi in caso di violazione effettivamente constatata ¹⁴.

L'analisi delle finalità è il primo elemento che mette in luce la differenza ontologica delle investigazioni interne rispetto alle investigazioni difensive previste dal Titolo VI del Codice di procedura penale.

Queste ultime presuppongono la pendenza di un procedimento penale — o la possibilità che esso si instauri — e mirano a individuare ed acquisire gli elementi probatori in relazione a un fatto di reato (quantomeno ipotizzato in astratto nei suoi elementi costitutivi) esauendo il proprio scopo all'interno del processo.

Diversamente, le *corporate internal investigations* sono parte inte-

¹³ Cfr. ISO 37008 - Introduction: « *Internal investigation is part of a compliance management system. This document can be used to help with the implementation of other standards such as ISO 37301, ISO 37001 and ISO 37002. It can also be a useful tool for an organization to identify risks. With risk clearly identified, an organization can analyze the root causes of noncompliance and design measures to control the risks* ».

¹⁴ Nel corpo della norma è esplicitato l'importanza della puntuale determinazione dello scopo dell'investigazione:

8.3.1 Scope

« *The investigation team should consider the outputs of the preliminary assessment, if any, to determine the scope of the investigation so that the investigation can be conducted effectively and adequately.*

Before determining the scope of the investigation, it is important to establish the intended objective(s) of the investigation, such as:

- *whether the investigator is required to simply discover the facts of a particular incident;*
- *whether the investigator is required to make a determination regarding whether there is any breach of organizational policy or a potential violation of law;*
- *whether the investigator has to make a recommendation regarding what action should be taken in case a breach is identified* ».

grante del sistema di *compliance* dell'organizzazione¹⁵, uno strumento che estende la propria finalità ben oltre la ricostruzione di un fatto e l'individuazione del suo autore: conoscere le cause della violazione (non necessariamente un illecito penale, ma anche una non conformità rispetto al sistema di controllo interno), così da identificare nuovi rischi aziendali ed adottare misure rimediali per la mitigazione degli stessi.

2.2. *I principi regolatori e le caratteristiche del team investigativo.* — La ISO 37008 delinea i principi fondanti di una investigazione interna; questi i principali: ¹⁶ (i) indipendenza, (ii) riservatezza, (iii) competenza e professionalità, (iv) obiettività e imparzialità.

Alcuni di tali principi contribuiscono a delineare le differenze di questo strumento rispetto a quello delle investigazioni disciplinate dal codice di procedura penale: le investigazioni interne strumento “neutrale” di *compliance* aziendale; le investigazioni difensive strumento “di parte” per l'esercizio del diritto di difesa in un procedimento penale instaurato o instaurando.

Ma andiamo in ordine: proviamo, prima, a declinare le singole qualità in capo al *team* investigativo per considerarne, poi, le necessarie ricadute nella relativa attività. Infine, per ognuna di esse, valutiamo possibili divergenze o somiglianze rispetto alle investigazioni difensive.

(i) L'indipendenza

Il *team* investigativo deve essere composto da soggetti indipendenti rispetto all'organizzazione, che non subiscano influenze o condiziona-

¹⁵ Le investigazioni interne, infatti, possono essere utilizzate come strumento per dare attuazione ad altre norme tecniche quali la ISO 37301 (sui sistemi di gestione per la *compliance*) e la ISO 37001 (relativa ai sistemi di gestione anticorruzione). Si tratta, in definitiva, di uno strumento necessario, parte integrante del sistema di *compliance* dell'ente. Cfr. ISO 37008 - *Introduction*: « *Internal investigation is part of a compliance management system. This document can be used to help with the implementation of other standards such as ISO 37301, ISO 37001 and ISO 37002* ».

¹⁶ Oltre i principi di seguito descritti, lo Standard prevede anche che le investigazioni debbano essere lecite e legittime; in particolare, nella norma si legge testualmente: « *Legal and lawful: those establishing or conducting an internal investigation should identify the regulations and applicable statutes and legislation in all applicable jurisdictions to ensure the legality of the investigation* ». Secondo lo Standard, dunque, coloro che avviano o conducono un'investigazione interna dovrebbero delineare il contesto normativo nel quale si colloca l'attività investigativa identificando le disposizioni normative, le leggi e i regolamenti applicabili in modo da garantire che l'investigazione sia svolta in modo lecito e legittimo.

menti da parte degli apicali dell'ente né da parte delle persone portatrici di un interesse connesso all'oggetto dell'indagine ¹⁷.

Ciò determina per il *team* la conduzione di un processo connotato da autonome scelte — tattiche e strategiche — e da una gestione non influenzata; con l'espressa possibilità di approfondimento e istruttoria non limitata e non sindacabile da alcun soggetto interno all'organizzazione.

Questa caratteristica assume un'importanza decisiva se collegata allo scopo essenziale dell'attività di investigazione: solo un approccio scevro da condizionamenti consente di arrivare ad un accertamento dei fatti in maniera oggettiva; tanto nell'individuazione del "cosa" cercare, quanto nel "come" farlo.

Emergono evidenti, quindi, le differenze rispetto all'approccio del difensore che — pur mantenendo piena autonomia di scelta rispetto alle indicazioni fornite dal proprio assistito sulla strategia e sulla esecuzione delle singole attività in cui si espleta l'incarico — deve ontologicamente perseguire gli interessi di colui che gli ha conferito il mandato difensivo; la sua azione (nel "cosa" e nel "come") dovrà orientarsi alla ricostruzione dei fatti nell'ottica della parte processuale, finalizzata a supportare la propria ipotesi difensiva ¹⁸.

61

¹⁷ Cfr. ISO 37008 § 4.1. *Independent*: « *An internal investigation should not be influenced or controlled by other people, events or incentives in relation to the subject matter that is being investigated* ». Ed ancora, cfr. § A.3.1. « *An internal investigation should be a systematic, independent and documented process for identified facts and objective evaluation, with the expectation to determine whether and to what extent any wrongdoing has occurred, is occurring or is likely to occur. To make sure of the principle of independence, objectivity and impartiality of investigation, the investigation team should act without personal preference and with no connection or relationship with the person subject to an investigation, the whistleblower and other interested parties. There should be well-documented job descriptions, authority and any form of self-declaration to investigation functions and to avoid potential conflicts of interest and bias. The investigator should have the authority to conduct the investigation, and may recommend appropriate corrective or remedial actions, and to facilitate decision-making. The investigation should not be treated as a reprisal against the whistleblower, witness and interested parties but as a fact-finding process* ».

¹⁸ Nel nostro ordinamento, per le indagini svolte dal difensore, non esiste una necessaria consequenzialità tra ricerca e acquisizione degli elementi di prova e la loro utilizzazione procedimentale; questa è la radicale differenza rispetto alle indagini svolte dalla pubblica accusa. Il difensore, infatti, può liberamente scegliere di non utilizzare gli esiti delle investigazioni svolte senza dovere dare alcun avviso o informativa nell'ambito del procedimento penale. In questo senso, inequivocabile il testo dell'art. 327-bis c.p.p. nell'individuare il fine ultimo di queste attività: « Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito ».

(ii) La riservatezza

Essenziale è la riservatezza dell'investigatore, interna ed esterna.

La riservatezza si declina in relazione alle evidenze e ai documenti raccolti i quali possono essere diffusi solo nei confronti di coloro che si trovano in una condizione di “*need to know*” e che, quindi, hanno l'esigenza ma anche il diritto/dovere di conoscere determinate informazioni¹⁹.

Ma, ancora prima dei risultati, la riservatezza deve informare l'intero svolgimento delle attività dell'investigatore sin dal momento della presentazione ai suoi interlocutori fino alla conclusione con la documentazione delle attività svolte.

Questa caratteristica, infine, costituisce una insopprimibile tutela anche per i soggetti nei confronti dei quali è svolta l'attività investigativa: un'eventuale fuga di notizie potrebbe determinare un'inammissibile anticipazione del giudizio — anche solo “sociale” — di responsabilità prima dell'ottenimento dei risultati finali.

Una carenza di confidenzialità — anche minima o solo temporanea — potrebbe frustrare l'intero processo investigativo determinando reticenza nel fornire informazioni nei soggetti coinvolti o, addirittura, l'attuazione di comportamenti tesi ad ostacolare la conoscenza dei fatti o l'inquinamento, volontario o meno, del patrimonio conoscitivo.

In conclusione, l'intero processo di *internal investigation* deve essere connotato da riservatezza assoluta: nella fase di avvio con il coinvolgimento esclusivo dei soggetti strettamente necessari, nella fase di gestione delle operazioni istruttorie attraverso una proceduralizzazione delle stesse che individui specifici presidi a tutela, nella fase di valutazione e comunicazione dei risultati e, infine, nelle eventuali proposte di rimedio indirizzate esclusivamente verso le funzioni interne funzionalmente deputate.

La riservatezza connota in maniera altrettanto pregnante le investigazioni difensive penali e, su questo aspetto, la sovrapposizione è totale:

Anche per questa ragione, si individua, quale referente costituzionale della disciplina delle investigazioni, non tanto il principio di parità delle parti, quanto, piuttosto, il diritto di difesa in una delle sue più rilevanti declinazioni: il diritto a difendersi provando.

¹⁹ Cfr. ISO 37008 § 4.2. *Confidential*: « All documents and information gathered in the context of an investigation, including records, evidence and reports, should be treated in a confidential and sensitive manner. The documents and information should only be revealed on a “need to know” basis and investigators should be aware of applicable statutory laws and regulatory requirement ».

questa caratteristica (che riveste un dovere per il difensore nell'espletamento del mandato secondo quanto previsto dall'art. 13 del codice deontologico forense ²⁰ e dall'art. 6 delle « Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive » ²¹) si evolve in un dovere di segretezza, tanto interna quanto esterna.

Come precisato dalla giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense ²², i doveri di riservatezza e riserbo si esplicano — in presenza di un mandato difensivo — in relazione alle notizie o informazioni riferite dal proprio assistito o altrimenti apprese in funzione e nell'ambito del mandato stesso.

(iii) Competenza e professionalità

Il *team* investigativo deve essere composto da professionisti in possesso di capacità investigative e competenze specifiche nelle materie connesse all'oggetto dell'investigazione ²³; ciò al fine di garantire che l'attività fornisca all'organizzazione risultati genuini ed affidabili.

²⁰ L'art. 13 del codice deontologico forense approvato dal CNF il 31 gennaio 2014 e poi successivamente modificato (testo aggiornato al 23 settembre 2024) stabilisce: « Dovere di segretezza e riservatezza - L'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali ».

²¹ L'art. 6 delle « Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive » prevede: « Il difensore ha il dovere di mantenere il segreto professionale sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento, salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse del proprio assistito. 2. In ogni caso, il difensore utilizza la documentazione degli atti delle investigazioni difensive e i relativi contenuti nei soli limiti e nei tempi in cui siano necessari all'esercizio della difesa ».

²² In tal senso, v. Consiglio Nazionale Forense, 16 luglio 2019, n. 60; in senso conforme, v. anche Consiglio Nazionale Forense, 20 ottobre 2020, n. 227. Sul tema, interessante il contributo del Centro studi Livatino: *centrostudilivatino.it*.

²³ Cfr. ISO 37008 § 4.3. *Competent and professional*: « An internal investigation should be conducted by investigators who have professional skills, knowledge, experience, attitude and capacity to ensure the quality of their work ». Cfr. anche § A.3.2.: « An investigator should have general knowledge and skills or have undergone specific training and instruction to conduct an investigation. The investigator should have acquired knowledge and skills in investigation principles, processes and methodologies. The investigator should be able to: prepare, conduct, report and close an investigation; understand the types of risks and opportunities associated with the business operation of the organization; verify and confirm the relevance and accuracy of the collected information; relate to applicable statutory laws and regulatory requirements. The evidence of knowledge and skills can be demonstrated by the job or project experience, certificates, educational background and training, including continuous professional development (CPD) and continuous professional education (CPE). An investigator should act professionally, respecting and following the principles, code of conduct, policies and procedures of the organization. The investigator should exhibit credibility and trustworthiness by being

Questo elemento, che ad una prima lettura potrebbe essere ritenuto scontato, deve essere adeguatamente valorizzato: l'attività di investigazione è connotata da una "matrice" di competenze e professionalità. Immaginiamo una tabella in cui inserire nelle righe — orizzontali — le attività da svolgere propedeutiche alla conoscenza del fatto; nelle colonne — verticali — le specifiche materie che possono essere rilevanti in base agli specifici fatti oggetto di indagine.

Se le righe, contenenti la scansione delle attività investigative, possono essere standardizzate (analisi del contesto e valutazione preliminare, pianificazione dell'indagine, individuazione delle fonti di prova e relativa acquisizione, individuazione dei rischi, redazione del report conclusivo e del piano rimediale), per le colonne, dove si trovano le materie rilevanti, il discorso è opposto.

Le professionalità specifiche del *team* investigativo dipendono dal caso concreto: in ambiti organizzativi complessi, in settori produttivi eterogenei, molteplici possono essere i contesti nell'ambito dei quali emergono potenziali fatti da indagare (salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; tutela dell'ambiente; *security*, fisica o *cyber*; prevenzione delle frodi, della corruzione, del riciclaggio).

Evidente come, per ogni materia è necessario possedere, all'interno del gruppo di lavoro, delle competenze tecniche altamente specializzate.

Il parallelo con il procedimento penale è immediato: l'art. 233 c.p.p. regola i casi di consulenza tecnica fuori dalla perizia consentendo alle parti — e, quindi, anche all'avvocato difensore — di nominare propri esperti che possano esporre al giudice il proprio parere.

Ma ancora di più questa affinità la si trova nella parte del codice di rito dedicato alle attività investigative del difensore: con l'art. 327-*bis* c.p.p. nelle disposizioni preliminari relative alla fase delle indagini preliminari, si prevede espressamente che l'attività investigativa può essere svolta oltre che dal difensore, anche « dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici ».

Anche le investigazioni difensive, dunque, sono caratterizzate da profili altamente specialistici che necessitano la costituzione di *team* eterogenei: a fronte di una attività ed un soggetto necessario, l'avvocato

consistent in an investigation. The investigator should demonstrate his or her sense of responsibility during the investigation by being polite and caring ».

nominato, si affiancano attività e soggetti eventuali, gli investigatori ed i consulenti tecnici specializzati nelle materie oggetto di indagine.

(iv) Obiettività ed imparzialità

I componenti del *team* investigativo non devono trovarsi in una situazione di conflitto di interessi rispetto all'oggetto e all'ambito dell'investigazione, così da garantire che la stessa sia condotta in modo obiettivo e imparziale ²⁴.

Il processo di investigazione deve mirare ad una ricostruzione "neutrale" degli atti e dei fatti, così da garantire genuinità ed affidabilità dei relativi risultati per l'individuazione dei rischi aziendali effettivi, l'individuazione di misure rimediali idonee ed efficaci e, quindi, l'assunzione di decisioni informate e consapevoli.

Sul piano operativo, la ricaduta di queste esigenze trova una prima evidenza nella composizione del *team* investigativo: un gruppo composto da soggetti interni e, almeno in parte, da consulenti esterni indipendenti e imparziali, scelti in base alle competenze specifiche richieste dall'oggetto dell'investigazione.

Dall'esame delle diverse figure professionali possiamo trarre un'interessante conclusione: all'interno dell'organizzazione è possibile cercare le figure professionali che abbiano conoscenza e competenza diretta e che, al contempo, abbiano ruoli non operativi e gestori così da limitare il rischio di un coinvolgimento e di interesse alla materia ed ai fatti da esaminare; in ogni caso, quale ultima figura suggerita si inserisce un *independent external consultant*, soggetto in grado di conferire al gruppo una visione certamente scevra da influenze e condizionamenti ²⁵.

²⁴ Cfr. ISO 37008 § 4.4. *Objective and impartial*: « An internal investigation should be free from conflict of interest, conducted objectively and based on factual evidence. The investigation should not be influenced by personal feelings, interpretations or prejudice ». Cfr. anche § A.3.3.: « An investigator should not promise anonymity or anything else in exchange for cooperation. The person subject to an investigation should be notified of any organizational policy that requires his or her participation, but the investigator should not offer any assessment of legal liability, any description of applicable "whistleblower" protections or anything else resembling legal advice. The investigation team should not initiate any action which can be detrimental to the objectives of the management or against the policies of the organization ».

²⁵ Cfr. ISO 37008 § 8.1. *Investigation team*: « Top management or the governing body should appoint or authorize a person or team to conduct an investigation unless an existing investigation charter pre-sets the process of the appointment. In case the current management has a conflict of interest, the management of the next level should make such an appointment or authorization. An investigation can be assigned to external investigators »; cfr., inoltre, § A.7.1. « An investigation team can include the following: professional investigator who is trained to

Continuando nel parallelismo, non può non emergere su questo punto la divergenza immanente delle due attività: le investigazioni difensive del procedimento penale mirano a raccogliere solo gli elementi utili all'esercizio del diritto di difesa; quelli cioè che sono utilizzabili per provare o escludere la responsabilità per un reato. In questo perimetro il difensore non è — ma soprattutto non deve essere — un soggetto esterno, obiettivo e imparziale, ma è soggetto del processo e persegue interessi di parte.

In conclusione: diversa la finalità, diverse le caratteristiche e i principi fondanti dei due strumenti.

2.3. *Il piano di indagine.* — Dalle disposizioni della ISO 37008 emerge chiaramente come l'organizzazione necessiti di una regolamentazione generale e di una pianificazione dettagliata dell'attività di investigazione interna.

Come ogni processo aziendale si impone la previsione di regole volte a definirne obiettivi, svolgimento, attività, ruoli e responsabilità. Ciò sia in termini alti e generali di regolamentazione delle modalità di svolgimento delle attività da parte dell'ente, sia in termini concreti e specifici di pianificazione della singola investigazione che si avvia.

In relazione alla disciplina generale lo Standard richiede che l'ente adotti una *policy* o una procedura che normi il processo di gestione delle investigazioni interne, partendo dalla rappresentazione in maniera chiara ed univoca dello scopo dell'attività: accertare i fatti, in maniera professionale, in relazione a presunti o sospetti illeciti, comportamenti “scorretti” o non conformità.

Individuata la teleologia dello strumento, sorge la necessità di individuare le responsabilità e le *capabilities* soggettive; con il conseguente dovere in carico all'organizzazione di riconoscere i poteri in concreto per potere svolgere l'incarico. Il collegamento tra potere e responsabilità, quale binomio indissolubile per rendere efficace ed effettivo questo

conduct a complex case from intake to conclusion; security personnel who are often assigned the fieldwork, e.g. interviewing outside witnesses and obtaining public records and other documents from third parties; auditor who can review internal documentary evidence, schedule losses and provide assistance in technical areas of the organization's operations; legal counsel who can provide legal advice to the investigation, as far as the legal aspects are concerned; human resources personnel and legal counsel who can be consulted to ensure the law governing the rights of employees in the workplace are not violated; management representative who can provide any assistance; independent external consultant ».

potente strumento, ne garantisce, allo stesso tempo, limiti e presidi per scongiurarne abusi.

La procedura dovrebbe poi definire, *ex ante*, l'ambito di attivazione dell'investigazione interna, le distinte fasi del processo ed il relativo *owner*.

Un ultimo aspetto di interesse di questa norma “alta” che può — o, meglio, deve — generare valore aggiunto all'organizzazione è l'esplicita previsione del principio del *lesson learned*: le raccomandazioni emerse nel corso dell'attività, quelle derivate dall'analisi causale del comportamento non conforme, devono essere utilizzate ed orientate ad impedire la reiterazione di quel genere di azioni.

In merito al secondo livello della regolamentazione, quello operativo, la norma richiede, prima dell'avvio delle attività da parte del *team* investigativo, la definizione di uno specifico piano di indagine che disciplini lo svolgimento della specifica attività in relazione alle peculiarità del caso concreto.

Il primo passo è la valutazione preliminare (c.d. *preliminary assessment* ²⁶) sulla portata, sulla gravità e credibilità della presunta violazione oggetto di accertamento.

È proprio sulla base di questa analisi che il *team* investigativo può pianificare l'investigazione definendone oggetto e scopo (se si tratta dell'accertamento di un fatto specifico, ovvero della verifica di una violazione del sistema di controllo interno o di una violazione di legge).

Inoltre, nel piano di indagine il *team* investigativo dovrebbe perimetrare la propria attività individuando anche il contesto geografico, fattuale e normativo in cui si dovrà operare; circostanze utili ad inquadrare le esigenze di competenze specifiche in capo ai componenti del gruppo di professionisti incaricati ²⁷.

²⁶ Cfr. ISO 37008 § 8 *Preliminary assessment*: « *The investigation team should conduct a preliminary assessment of the allegation. The investigation team should consider the seriousness and credibility of the allegation presented and whether the allegations are sufficiently specific to start an investigation* ».

²⁷ Cfr. ISO 37008 § 8.4. *Investigation planning*: « *The investigation team should set out an investigation plan. The plan should outline the following factors: the background information, scope, timeline, purpose and objective of the investigation; the personnel required to be interviewed or to provide information to assist the investigation; internal or external resources required and available to achieve the objective and whether expert resources are needed, such as forensic accountants, external counsels, external investigators, industry experts or digital forensics experts; an evaluation of whether any employee's or custodian's labour contract must be suspended for the duration of the investigations and physical access to offices or IT systems* ».

Nello stesso senso, la richiesta di verifica dell'eventuale presenza di questioni giuridiche da affrontare; a mero titolo esemplificativo la possibile rilevanza penale del fatto, la presenza di tematiche giuslavoristiche o in materia di *privacy* che possono venire in rilievo, le possibili azioni civili, le potenziali implicazioni amministrative o regolatorie.

Delineato in tal modo il perimetro dell'investigazione e le linee principali di intervento, il *team* investigativo dovrebbe, da un lato, individuare le potenziali fonti di prova da cui rinvenire possibili elementi utili per ricostruire i fatti (identificare le persone informate sui fatti da intervistare definendo anche le modalità di conduzione delle interviste e il calendario delle audizioni; individuare i documenti di possibile interesse e le relative modalità di raccolta, gestione, analisi e conservazione); dall'altro lato, stimare le risorse interne ed esterne necessarie per svolgere l'investigazione individuando le competenze che dette risorse devono possedere.

Inoltre, coerente con la finalità delle investigazioni interne di attuare il sistema di *compliance* dell'ente, nel piano di indagine il *team* investigativo dovrebbe valutare i rischi che l'avvio di una indagine comporta e definire le strategie per mitigarli.

L'ultimo dei possibili contenuti del piano di indagine è la valutazione circa l'opportunità di una autodenuncia all'Autorità (la c.d. *self — disclosure*).

Sul punto è necessaria un'attenta valutazione ²⁸: in alcuni sistemi giuridici, come quello statunitense, sono contemplati meccanismi premiali in caso di *reporting* alle autorità pubbliche; ad esempio, la possibilità di ricorrere a soluzioni negoziali per la definizione dell'accusa basate sul presupposto dell'autodenuncia e della cooperazione nella ricostruzione dei fatti; in questo modo l'organizzazione riduce — o esclude — la

revoked; potential sources of evidence and how to deal with evidence preservation, collection and review; how to conduct interviews, including the interview and notification schedule; whether any person subject to the investigation needs or requires legal representation, if permissible, and/or a support person to accompany during the interview; whether there is any significant legal issue; the risks and/or challenges the subject matter of the investigation can cause to the investigation and to the organization, and what strategies are to be used to mitigate or eliminate them; how the investigation should be recorded and which stakeholders should be reported to, when and in what level of detail; whether the organization is required to make a self-disclosure to the concerned government authority in line with the reporting requirements ».

²⁸ Si rimanda alla premessa del § 4.2. sulle caratteristiche “universali” degli *standard ISO* e, quindi, della necessità di adeguamenti rispetto alle specifiche normative nazionali.

responsabilità e contiene — o azzerà — le conseguenze negative della responsabilità penale ²⁹.

Ed in questo ambito la presenza, la disciplina e l'utilizzo delle *corporate internal investigations* sono oggetto di attenta valutazione da parte delle funzioni pubbliche di controllo nell'esame dei *compliance programs* delle organizzazioni sottoposte ad indagine ³⁰.

²⁹ Nel sistema giuridico statunitense, sin dall'inizio del secolo scorso, vigeva una sorta di responsabilità oggettiva dell'ente fondata sul principio della c.d. *respondeat superior liability*; l'ente risponde al ricorrere di tre elementi: il comportamento illecito del dipendente, la sussistenza di un interesse dell'ente, l'aver agito il dipendente nell'esercizio delle funzioni attribuite dall'ente (vedasi per esempio N.Y. Cent. & Hudson River R.R. v. United States, 212 U.S. 481, 493 - 94 (1909)).

Con lo sviluppo del *corporate enforcement* negli anni '80 e '90, è diventato evidente come questa dottrina non rappresentasse la strada migliore per prevenire i reati nelle grandi società (sul punto, CENTONZE-GIAVAZZI, *Internal investigations*, cit., p. 9: « Infatti le società qualora siano ritenute responsabili di qualunque reato commesso dai propri dipendenti, sono disincantate dallo scoprire, denunciare e indagare la commissione di condotte illecite al loro interno dal momento che tali sforzi finiscono solo per consentire alle autorità inquirenti di applicare sanzioni più elevate nei loro confronti »; vedasi anche ARLEN, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in *justor.org*).

A fronte di siffatta situazione, la *Criminal Division del Department of Justice* ('DOJ') e gli *Attorney's Offices*, attraverso una serie di *policy memoranda* hanno adottato un nuovo metodo finalizzato a incentivare le società a denunciare la realizzazione di illeciti e cooperare offrendo in cambio soluzioni negoziate più favorevoli (quali i *Deferred Prosecution Agreements* ed i *Non Prosecution Agreements*) e sanzioni più basse.

Il *Justice Manual* ha dedicato una parte del suo *corpus* ai principi della *Federal Prosecution of Business Organizations*: elementi specifici che i pubblici ministeri statunitensi devono considerare nell'ambito delle indagini e delle decisioni da assumere nei confronti dell'ente (cfr. *justice.gov*).

Alle indicazioni fornite per l'organo di accusa si affiancano le linee guida emesse per l'organo giudicante, cc. dd. *Sentencing guidelines*, il cui capitolo VIII è dedicato proprio alla valutazione dei comportamenti illeciti degli enti (In *ussc.gov*).

Entrambi i documenti mirano alla valorizzazione dei *compliance programs* dell'ente nelle decisioni da assumere.

Infine, alle linee guida della *Prosecution* e a quelle delle *Sentence* si è poi affiancato un documento dedicato ad assistere la pubblica accusa nell'assumere decisioni informate con esclusiva attinenza ai *compliance programs* adottati dalle organizzazioni oggetto di giudizio. Si tratta del documento di *Evaluation of Corporate Compliance Programs* il quale contiene una lista di questioni comuni e di argomenti esemplificativi che possono essere utilizzati dai pubblici ministeri per giungere ad una determinazione individualizzata, se una società meriti credito per il suo specifico programma di compliance o meno (in questo senso, GARRET, *Declining corporate prosecutions*, in *American criminal Law review*, Vol. 57:109, 2020, p. 126).

A questo indirizzo è possibile accedere all'ultima versione aggiornata al settembre 2024 del documento di valutazione dei programmi di compliance degli enti: *justice.gov*.

³⁰ Interessante leggere la trascrizione dell'intervento dell'*Assistant Attorney General* nell'ambito di una *Compliance week conference* nel 2015; la rappresentante del DOJ espresamente afferma l'importanza della qualità del processo di investigazione interna dell'organizzazione (« *While we in the Criminal Division will not tell a company how it should conduct an investigation, we evaluate the quality of a company's internal investigation, both through our*

Diversamente, in ordinamenti come il nostro, in cui l'iscrizione della notizia di reato e l'esercizio dell'azione penale per il pubblico ministero sono obbligatorie, l'autodenuncia presenta evidenti criticità e spesso non costituisce un'opportunità per l'organizzazione ³¹. Essa, infatti, si tra-

own investigation and in considering what if any charges to bring against a company. In that regard, we have seen some "best practices" with regard to internal investigations») e, al contempo, ne delinea le principali caratteristiche che dovrebbe avere. Cfr. *justice.gov*.

³¹ Il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale (previsto dall'art. 112 Cost.) non consente negoziazione sull'avvio e sul prosieguo del processo penale. Con riferimento alle persone giuridiche sono necessarie, però, delle precisazioni: per gli enti, l'avvio delle indagini preliminari è disciplinato dall'art. 55 d. lgs. n. 231/2001 che pone a carico del pubblico ministero l'annotazione immediata della notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato nell'apposito registro previsto dall'art. 335 c.p.p.; l'attività è speculare a quella prevista per la notizia di reato a carico della persona fisica ma, mentre per quest'ultima non si pongono dubbi in ordine alla sua obbligatorietà, per quanto riguarda la persona giuridica la situazione viene ritenuta "più fluida".

Non è mancato, infatti, chi ha sostenuto la discrezionalità dell'annotazione (per una esaustiva analisi delle posizioni della dottrina e delle motivazioni sottostanti, cfr. D'ACQUARONE-R. ROSCINI VITALI, *Responsabilità penale dell'ente: tra mito e realtà*, in *filodiritto.com*). L'opinione maggioritaria, tuttavia, ritiene che il principio di legalità e il principio di uguaglianza impediscano di riconoscere al pubblico ministero discrezionalità nella scelta se instaurare o meno il procedimento a carico dell'ente rendendo, pertanto, doverosa l'annotazione (sul punto anche RUTA, *L'attività di indagine e i criteri di accertamento della responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 3, p. 144: «Il rispetto di un basilare principio di uguaglianza e di imparzialità dei pubblici poteri fa obbligo al Pubblico Ministero della annotazione dell'illecito amministrativo e delle conseguenti iniziative punitive»).

Del pari, anche con riferimento all'esercizio dell'azione penale c'è chi, facendo leva sul procedimento di archiviazione semplificato e senza il controllo del giudice previsto per gli enti — ha sostenuto una discrezionalità del pubblico ministero nella scelta di non esercitare l'azione penale. In realtà, proprio nel testo del d. lgs. n. 231/2001 si rinviene la risposta circa la sussistenza, anche nel procedimento a carico delle persone giuridiche, di un obbligo di agire: l'obbligo di motivazione del decreto di archiviazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 58.

Alla luce di quanto sopra, l'assenza di una procedura collaborativa volontaria nel nostro ordinamento riconduce ogni forma di denuncia del comportamento inosservante operata dalla società alla dinamica dell'acquisizione di una notizia di reato costituendo, in linea di principio, un disincentivo ben più che un premio al coinvolgimento delle pubbliche autorità (sul punto CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità penale degli enti - Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016).

Si evidenzia, tuttavia, come anche nel nostro ordinamento si registrino delle aperture della giurisprudenza la quale — al fine di incentivare gli enti a colmare eventuali lacune organizzative (riparando i danni cagionati in passato e adeguando il proprio sistema organizzativo *pro futuro*) — tende a valorizzare le condotte riparatorie mediante meccanismi premiali sul piano sanzionatorio (si veda sul punto il decreto di archiviazione del 9 novembre 2022 emesso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano nel procedimento nei confronti della società *DHL Supply Chain (Italy) S.p.A.*: «Da ultimo, con l'irrompere in determinati settori dell'ordinamento della logica riparativa, è stato pure affermato (Viganò 2021) che, sempre nel giudizio di proporzionalità, il giudice debba tener conto di eventuali condotte riparatorie che abbiano ridotto — se non annullato — il danno cagionato con il reato alla vittima (e, in generale, alla collettività), potendo, in tal caso, attenuare la risposta punitiva che normalmente sarebbe stata inflitta dall'ordinamento per la medesima tipologia di reati.

duce, inevitabilmente, in acquisizione della notizia di reato da parte dell'organo inquirente con il conseguente, obbligatorio, esercizio dell'azione penale e la formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero, quando non vi siano i presupposti per richiedere l'archiviazione del procedimento ³².

2.4. *L'intervista delle persone informate sui fatti.* — La ISO 37008 detta raccomandazioni dettagliate sulle modalità di conduzione delle interviste nei confronti delle persone coinvolte nell'investigazione o, comunque, informate dei fatti.

Lo Standard, in aggiunta a linee guida volte a garantire la genuinità e la riservatezza delle dichiarazioni e, dunque, l'attendibilità dei risultati investigativi, rivolge grande attenzione alla salvaguardia del benessere fisico e psicologico delle persone coinvolte nell'investigazione e alla loro protezione da ogni forma di minaccia, vessazione o ritorsione ³³, arrivando anche a raccomandare di scegliere un numero di intervistatori proporzionato in modo da evitare l'intimidazione del soggetto intervistato ³⁴.

71

[...] in futuro, enti anche di rilevanti dimensioni, potrebbero essere tanto più incentivati a porre rimedio alle lacune organizzative (per il passato riparando e per il futuro adottando moduli organizzativi non di carattere cosmetico) quanto più possano avere una fondata aspettativa che questi sforzi saranno "premiati" sul piano sanzionatorio », in *sistemapenale.it*.

È dunque in questi termini che, anche nel nostro ordinamento, l'investigazione interna (finalizzata a comprendere le cause della eventuale condotta illecita posta in essere nel contesto aziendale e a mettere in campo azioni di miglioramento volte a prevenire il ripetersi di violazioni analoghe) può essere un valido strumento per accedere a meccanismi premiali nel contesto della logica riparativa.

³² A norma dell'art. 408 c.p.p., come modificato dal d.lgs. n. 150/2022, il pubblico ministero presenta richiesta di archiviazione « Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna ».

³³ Cfr. ISO 37008 § 7.2. *Protection of and support to personnel involved in investigations*: « The organization should take measures to ensure that: all investigation activities, including interviews, are carried out in the absence of any form of threat, promise, inducement or oppression; inquiries and interviews are conducted in a discreet manner and reasonable level of privacy; the evidence given by the witnesses is kept confidential ».

Ed ancora, cfr. ISO 37008 § 7.3. *Anti - retaliation*: « The organization should adopt measures to ensure that witnesses, whistleblowers, investigators, interviewees, subjects of investigation, and the personnel taking decisions on remedial measures and disciplinary actions have protection from any form of pressure, intimidation, threat, harassment and any other harmful conducts ».

Nella medesima ottica, cfr. ISO 37008 § 7.4. *Safeguarding*: « The organization should protect the physical and psychological well-being of anyone participating in the investigation ».

³⁴ Cfr. ISO 37008 § 8.9. *Interviews* (8.9.2. *Conducting an interview*): « Steps should be taken to ensure that an interview, particularly with a subject of an investigation, is witnessed

Con il medesimo approccio la norma compie una specifica raccomandazione di valutazione del contesto culturale in cui si svolge l'audizione; ad esempio, in base all'area geografica, o al genere: se il soggetto da intervistare è una donna, potrebbe essere opportuna la presenza, nella stanza usata per l'intervista, di un'altra donna ³⁵.

Quando poi l'intervista viene svolta nei confronti di colui che è sottoposto all'investigazione (il presunto autore della violazione), si consiglia di svolgere il colloquio alla presenza di testimoni; a tal fine, può essere opportuna la presenza di due intervistatori o di un intervistatore e di un segretario/verbalizzante, oppure la registrazione del colloquio. Inoltre, sia al fine di garantire che l'intervistato comprenda le domande e fornisca quindi risposte adeguate, sia al fine di metterlo a proprio agio, il *team* investigativo dovrebbe anche assicurarsi che il medesimo conosca la lingua in cui si svolge l'intervista e, se del caso, garantire la presenza di un interprete ³⁶.

Le domande formulate dal *team* investigativo dovrebbero mirare ad acquisire informazioni accurate, complete e corrette; pertanto, in presenza di informazioni non coerenti o contraddittorie è opportuno che il *team* investigativo chiarisca con l'intervistato ogni aspetto poco chiaro della sua deposizione. Come metodo di accertamento dei fatti, dunque, l'intervistatore dovrebbe chiarire nel corso dell'intervista ogni informazione incoerente o contraddittoria ³⁷.

La ISO 37008, infine, pone l'attenzione sulla opportunità di documentare i colloqui mediante la redazione o di un verbale o, se del caso, anche mediante registrazione degli stessi. Al fine di garantire che quanto verbalizzato sia coerente con quanto effettivamente dichiarato dalla

where appropriate. This can involve having two interviewers or an interviewer and a note-taker, or otherwise recording the interview, where appropriate and permissible. Care should be taken to ensure that there is a proportionate number of interviewers present to avoid being oppressive ».

³⁵ Cfr. ISO 37008 § 8.9. Interviews (8.9.1. Preparations): « Before conducting the interview(s), an investigation team should do the following: [...] Assess the local culture and ecosystem prior to determining the team composition for an interview. NOTE 1 In certain geographies, it can be recommended that if the discussion is with a female, it would be appropriate for the investigation team to include a female in the room for discussion ».

³⁶ Cfr. ISO 37008 § 8.9. Interviews (8.9.2. Conducting an interview): « [...] The interviewers should consider the language in which the interview will be conducted. Arrangement should be made for translation if the interviewers do not speak the language understood by the interviewee ».

³⁷ Cfr. ISO 37008 § 8.9. Interviews (8.9.2. Conducting an interview): « [...] The interviewer should, as a method for fact-finding, clarify with the interviewee any incoherent or conflicting information ».

persona intervistata, al termine dell'intervista il *team* investigativo dovrebbe chiedere all'intervistato di confermare le sue dichiarazioni sottoscrivendo il verbale dell'intervista ³⁸.

La *ratio* sottostante queste disposizioni appare chiara: trattandosi di interviste svolte nel contesto dell'organizzazione, talvolta da parte di soggetti che non hanno specifici obblighi deontologici, sovente con finalità interna, è proprio lo Standard a suggerire degli accorgimenti posti unicamente a salvaguardia della persona audita per evitare che la sua libertà di autodeterminazione rischi di essere "sacrificata" per l'interesse superiore dell'organizzazione. Il risultato finale, della conoscenza dei fatti, è importante almeno quanto la tutela di tutte le persone coinvolte ed esaminate; perché forniscano contributi completi ed attendibili, ma soprattutto perché siano rispettate nella loro libertà e serenità anche interiore.

Diverso è l'approccio rispetto all'assunzione di informazioni da parte del difensore nell'ambito di un procedimento penale: l'attenzione del legislatore nazionale nel regolamentare l'istituto ha un diverso obiettivo, concentrandosi sulle modalità procedurali di acquisizione la cui violazione è sanzionata con l'inutilizzabilità dei risultati investigativi (art. 391-bis, comma 6, c.p.p.). La *ratio*, comprensibile e pienamente condivisibile, è fornire la garanzia che la parte (portatrice di un interesse individuale) abbia seguito un metodo che renda affidabile e genuina l'acquisizione di elementi probatori che potranno avere un'influenza diretta sugli interessi di tutti i soggetti processuali coinvolti.

Al di fuori del "come", però, il codice non può e non deve entrare nel "cosa": è incompatibile con la finalità del processo penale e con la dinamica della contrapposizione tra confliggenti interessi delle parti introdurre regole che guidino il soggetto che svolge le investigazioni,

³⁸ Cfr. ISO 37008 § 8.9. *Interviews* (8.9.2. *Conducting an interview*): « [...] Upon conclusion of the interview, the interviewer should seek acknowledgement from the interviewee that the statement documented is true and accurate to the best of their knowledge and ask if they have anything further to add or clarify. An accurate record of the interview should be taken. Interviewers should follow policies and procedures for recording interviews and take local law into consideration. Interviewees may sign a record of interview where this is appropriate and permitted ».

Ed ancora, cfr. ISO 37008 § 8.9. *Interviews* (8.9.3. *Keeping records of an interview*): « An interview should be adequately and appropriately documented, and the outputs should be securely stored and maintained confidential. Each documented interview may be communicated in written form to the interviewee(s). Interview records should be retained in line with the organization's data/records retention policy ».

anche solo prevedendo norme — o meri suggerimenti — che incidano sul contenuto delle domande (come, invece, suggerisce lo Standard: « *The interviewer should, as a method for fact-finding, clarify with the interviewee any incoherent or conflicting information* »).

2.5. *Il report conclusivo.* — Il *team* investigativo, all'esito del processo, redige un *report* conclusivo volto a illustrare le attività investigative svolte e i relativi risultati ³⁹.

Due i punti di attenzione: il primo relativo alla forma ed alla struttura del documento; il secondo all'impatto che gli esiti del processo istruttorio possono produrre sul sistema di controllo interno.

Per quanto attiene il primo aspetto, viene sottolineata la necessità di individuare il perimetro entro cui deve muoversi il documento finale (all'interno dello scopo assegnato), di descrivere il percorso istruttorio compiuto per potere giungere all'accertamento dei fatti e, infine, di una stretta aderenza delle valutazioni alle risultanze investigative ottenute. Tutti elementi che contribuiscono, da un lato, a fornire affidabilità ed oggettività al risultato finale; dall'altro lato, a garantire la trasparenza e l'evidenza documentale all'investigazione condotta nell'organizzazione.

In merito al secondo profilo, si prospetta la declinazione dei contenuti possibili del documento finale coerente con i diversi scopi che, all'inizio delle attività, vengono definiti: dall'essenziale processo di accertamento dei fatti, passando per l'individuazione delle violazioni commesse, sino alla stesura e proposta del piano rimediale.

Interessante, per le finalità di questo lavoro, soffermarsi sulla possibile individuazione delle misure correttive per ridurre al minimo l'impatto delle violazioni accertate e migliorare il sistema dei controlli interni dell'organizzazione ⁴⁰.

³⁹ Cfr. ISO 37008 § 8.11 *Investigation reports*: « *The investigation results should be recorded in writing*». [...] *The investigation report should be made in accordance with the documentary, audio, visual and oral evidence. The investigation report should contain a full explanation of the relevant facts, limitations and constraints encountered and be limited to the scope of the investigation* ».

⁴⁰ Cfr. ISO 37008 § 9.1 *Proposal of remedial measures and improvements*: « *The investigation team may, subject to the organization's requirements, propose appropriate remedial measures to be implemented based on the results of the investigation to minimize the impact of violations and improve internal controls of the organization's compliance programme. Root cause analysis methods should be used to arrive at the most appropriate remedial measures and improvements to ensure that the root causes are being appropriately, sufficiently and effectively addressed* ».

Sulla base del *report* conclusivo, dunque, la funzione competente all'interno dell'organizzazione può redigere un piano rimediale contenente le azioni di miglioramento individuate da suddividersi in fasi specifiche con corrispondenti compiti assegnati a persone determinate, responsabili del relativo *follow-up* ⁴¹.

Affinché il piano rimediale sia effettivamente ed efficacemente attuato, la ISO 37008 suggerisce il coinvolgimento diretto della funzione *compliance* nella valutazione della efficacia e praticabilità delle azioni di rimedio individuate ⁴².

3. *Le indagini difensive nel procedimento penale. Condizioni e limiti: un possibile freno alla diffusione delle internal investigations of organizations?* — Nella premessa ho rappresentato, senza mezzi termini, il pregiudizio emerso ad un primo approccio alle *corporate internal investigations*: un duplicato dell'attività investigativa preventiva che, ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p., può essere svolta dal difensore che ha ricevuto apposito mandato « per l'eventualità che si instauri un procedimento penale ».

Dopo la prima parte di analisi degli elementi essenziali della ISO 37008, in cui sono state evidenziate analogie, diversità ed aree di sovrapposizione tra i due strumenti, si può dare una prima risposta: anche se caratterizzati dal comune “nucleo”, costituito dall'attività di ricerca e raccolta di informazioni ed elementi utili a ricostruire dei fatti, si tratta di istituti non sovrapponibili: circonferenze secanti dove solo una parte è comune ad entrambe, ma il resto è autonomo e indipendente.

Vero che le investigazioni preventive penali possono sicuramente rappresentare, in determinati casi ed esigenze, una peculiare modalità di conduzione delle *internal investigations*, ma non possono costituire, sempre e comunque, l'unico strumento di esecuzione di tale attività nell'ambito delle organizzazioni.

Ragionando diversamente arriveremmo ad un'indebita estensione del campo applicativo delle investigazioni difensive con il paradosso che

⁴¹ Cfr. ISO 37008 § 9.3. *A final plan for post-investigation remedial measures: « The organization's function assigned according to the correspondent policies or procedures should design a final remediation plan based on the investigation report ».*

⁴² Cfr. ISO 37008 § 9.3. *A final plan for post-investigation remedial measures: « [...] A thorough assessment of the plan should be carried out by the compliance function to ensure effectiveness and practicality ».*

qualsiasi fatto l'organizzazione abbia necessità di accertare, almeno ad una prima analisi, dovrebbe astrattamente integrare una fattispecie penalmente rilevante.

Nella parte finale di questo contributo cercherò di individuare lo spazio che separa le due sponde, il vero sostanziale *discrimen* tra i due strumenti: il *legal privilege*.

Infine, ragionerò su un possibile “ponte” per il transito da una sponda all'altra: l'emersione nel corso della investigazione, anche solo in via astratta e potenziale, degli elementi costituenti il reato.

3.1. *Il legal privilege negli ordinamenti di common law: una tradizione a cui guardare per la tutela del rapporto cliente-avvocato.* — Il *legal privilege* certamente è uno degli elementi peculiari degli ordinamenti di *common law* che, seppure non assoluto dal punto di vista oggettivo e soggettivo, è da tempo riconosciuto anche al di fuori dell'ambito procedimentale o processuale, essendo applicabile anche alla consulenza stragiudiziale in relazione a tutte quelle comunicazioni, scambiate tra *client* e *legal counsel* ed al materiale difensivo prodotto allo scopo di fornire e/o ottenere consulenza legale.

Ciò costituisce una forte rassicurazione in capo alle organizzazioni per procedere allo svolgimento di indagini interne: l'imposizione di stringenti limiti ai poteri acquisitivi delle pubbliche autorità impedisce loro di entrare in possesso della documentazione afferente le attività istruttorie ed i relativi risultati.

Senza voler effettuare una disamina approfondita della tematica — che, per essere esaustiva, meriterebbe una trattazione ben più ampia — di seguito saranno brevemente analizzati gli elementi principali della disciplina del *legal privilege* nell'ordinamento statunitense.

Negli USA, il *legal privilege*, pur avendo avuto origine giurisprudenziale, ha poi trovato codificazione quale principio probatorio nella *Rule of Evidence*, 501⁴³.

Come evidenziato dalla giurisprudenza della Suprema Corte degli

⁴³ Testualmente, si legge: « *The common law — as interpreted by the United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; rules prescribed by the Supreme Court. But in a civil case, state law governs privilege regarding a claim or defense for which state law supplies the rule or decision.* »; consultabile sul sito: uscode.house.gov.

Stati Uniti ⁴⁴, il *legal privilege*, nel rapporto tra difensore e cliente, persegue due scopi: da una parte, tutela un bene “individuale”, l’esplorazione piena del diritto di difesa dei soggetti parte di un giudizio; dall’altra, il più vasto interesse, di natura pubblicistica, della corretta amministrazione della giustizia ⁴⁵.

L’ampiezza delle garanzie riconosciute nell’ambito del *legal privilege* differisce a seconda che si applichi il *attorney-client privilege* o la *work-product doctrine* ⁴⁶ che, ad avviso della Suprema Corte degli Stati Uniti ⁴⁷, presentano reciproche diversità tanto in relazione all’oggetto della protezione, quanto ai requisiti per il loro superamento.

L’*attorney-client privilege* garantisce il diritto alla riservatezza e alla non ostensibilità di tutte le comunicazioni (in qualsiasi forma) intercorse tra il difensore e il proprio assistito, anche al di fuori dell’ambito strettamente procedimentale, rese allo scopo di offrire e/o richiedere e ottenere una consulenza legale ⁴⁸.

La *work-product doctrine* ⁴⁹ copre invece la produzione di materiale (documentale o sotto altra forma ⁵⁰) realizzato dal difensore e dai suoi collaboratori in presenza di un contenzioso in atto o ragionevolmente prevedibile, ancorché non ancora formalmente instaurato, allo scopo esclusivo o principale di organizzare la propria difesa, incluso tutto il

⁴⁴ La decisione resa in *Upjohn Co. v. United States*, 449 US 383 (1981) — in *supreme.justia.com* — costituisce un caposaldo su cui si fonda la tutela del rapporto avvocato-cliente e della relativa riservatezza e segretezza.

⁴⁵ Cfr. *Upjohn Co. v. United States*, cit.: « *Its purpose is to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice* ».

⁴⁶ Uno schema utile per individuare i punti e le questioni principali dei due istituti è fornito dal *District of Nebraska: ned.uscourts.gov*.

⁴⁷ Cfr. *Upjohn Co. v. United States*, cit.

⁴⁸ D’ACQUARONE-R. ROSCINI VITALI, *L’investigazione interna nel procedimento a carico dell’ente: alcuni spunti per l’integrazione del modello di organizzazione e gestione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, n. 1, pp. 317 ss.

⁴⁹ Tale principio generale, per la prima volta teorizzato dalla giurisprudenza della Corte Suprema con la pronuncia *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), è stato successivamente disciplinato — sul versante processual-penalistico — nella Rule 16(b)(2) of the Federal Rules of Criminal Procedure e, sul versante processual-civilistico, nella Rule 26(b)(3) of the Federal Rules of the Civil Procedure.

⁵⁰ Cfr. *Upjohn Co. v. United States*, cit., in cui si precisa che sono oggetto di tutela da parte del *work-product privilege* « *documents and tangible things, constituting attorney work* », p. 400.

materiale creato in ragione della controversia, anche se non primariamente finalizzato ad essere utilizzato in via difensiva ⁵¹.

Sebbene alla *work-product doctrine* sia riconosciuto un perimetro di applicabilità maggiore quanto alla natura dei documenti coperti da riservatezza, non mancano specifici casi di *disclosure*, ossia casi in cui l'interesse alla non ostensibilità cede il passo alle istanze di *disclosure* provenienti da soggetti qualificati, finalizzate ad ottenere la tutela giurisdizionale delle proprie posizioni soggettive ⁵².

Il *legal privilege*, nelle due accezioni delineate, è riconosciuto anche nelle ipotesi in cui l'assistenza legale sia prestata nei confronti di un ente (pur rinvenendo evidenti criticità per l'applicazione di un diritto connotato nel rapporto tra persone fisiche, la *Supreme Court* ha precisato che il privilegio legale debba estendersi anche nei confronti delle *legal entities* ⁵³).

In un primo momento, la giurisprudenza statunitense ⁵⁴ aveva elaborato il c.d. “*control group test*”: il privilegio legale potrebbe essere riconosciuto solo in relazione alle comunicazioni tra il *legal counsel* e il “*top management*” che, deliberando e ponendo in essere le operazioni attraverso cui manifestare la volontà dell'ente, viene considerato come l'unico soggetto che, collegialmente, possiede un'identità analoga a quella dell'ente stesso ⁵⁵; analogo ragionamento in relazione alla *work-*

⁵¹ YABLON-SPALING, *Corporate work product United States v. Adlman: Protection for Corporate Work Product?* 64 Brook. L. Rev. 627 (1998), in commento a *United States v. Adlman*, in 134, F. 3d 1194 (2d Circ.), 1998.

⁵² Per fare un esempio, in ambito processual-civilistico la *Rule 26 of the Federal Rules of the Civil Procedure* dispone che è ammessa la *disclosure* di materiale protetto dal *work-product privilege* previa dimostrazione di una necessità sostanziale della *disclosure* e della inabilità, della parte istante, di ottenere un risultato equivalente senza indebite difficoltà (cfr. *Upjohn Co. v. United States*, cit., dove si afferma che: « *The Rule permits disclosure of documents and tangible things constituting attorney work product upon a showing of substantial need and inability to obtain the equivalent without undue hardship* »).

⁵³ Cfr. *Upjohn Co. v. United States*, cit., dove si legge testualmente: « *Admittedly complications in the appreciation of the privilege arise when the client is a corporation, which in theory is an artificial creature of the law, and not an individual; but this Court has assumed that the privilege applies when the client is a corporation [...] and the Government does not contest the general preposition* ».

⁵⁴ *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 F. Supp. 483, 485 (E.D. Pa. 1962).

⁵⁵ *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, cit., dove si legge: « *Is it the corporation which is seeking the lawyer's advice when the asserted privileged communication is made? the most satisfactory solution, I think, is that if the employee making the communication, of whatever rank he may be, is in a position to control or even to take a substantial part in a decision about any action which the corporation may take upon the advice of the attorney [...]*

product doctrine, limitando il privilegio unicamente al materiale prodotto da chi — secondo l'organizzazione interna dell'ente — si trovi in posizione di controllo, decisione o di implementazione delle azioni da porre in essere dietro consulenza legale.

L'evoluzione della giurisprudenza ha esteso l'applicazione di questa impostazione perché avrebbe sostanzialmente svuotato l'effettività del *privilege* nella misura in cui non avrebbe garantito la dovuta riservatezza alle comunicazioni intercorse fra il *legal counsel* e i c.d. “*lower-level employees*”⁵⁶ e, conseguentemente, non avrebbe garantito quella “*full and frank communication between attorneys and client*” che rappresenta una delle esigenze fondamentali per una piena esplicazione del diritto di difesa. Tale conclusione risulta ancor più avvalorata dalla constatazione del fatto che, se è ben vero che i c.d. *lower-level employees* non sono titolari, fra le proprie funzioni, della facoltà di richiedere assistenza legale per conto dell'ente di appartenenza, d'altro canto solo costoro — rappresentando la parte operativa dell'organizzazione — sono in grado di fornire importanti informazioni in chiave difensiva⁵⁷.

3.2. *Il legal privilege nell'ordinamento sovra-nazionale e in quello italiano.* — A livello sovra-nazionale, il *legal privilege* è garantito dal combinato disposto degli artt. 6 (diritto ad un equo processo) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo⁵⁸, i quali permettono di qualificare tale garanzia come un principio giuridico di natura fondamentale, condiviso dagli ordinamenti interni degli Stati firmatari al fine di garantire un equo processo⁵⁹.

then, in effect, he is (or personifies) the corporation when he makes his disclosure to the lawyer and the privilege would apply ».

⁵⁶ Questi sono definiti, nel caso *Upjohn Co. v. United States*, cit., come: « *Officers and agents ... responsible for directing [the company's] actions in response to legal advice* ».

⁵⁷ *Hickman v. Taylor*, cit., dove si legge: « *In the corporate context, however, it will frequently be employees beyond the control group [...] who will possess the information needed by the corporation's lawyer* ».

⁵⁸ Nella versione italiana: *echr.coe.int*.

⁵⁹ Sul punto, cfr. CEDU, 6 dicembre 2012, *Michaud v. France*., in cui la Corte di Strasburgo, nel ritenere che gli obblighi di reportistica in materia antiriciclaggio, a carico degli avvocati, non possono essere considerati lesivi della garanzia di riservatezza che vige in relazione alle comunicazioni avvocato-assistito, ha altresì affermato che: a) tale obbligo non si applica nei confronti del difensore in esecuzione del proprio mandato difensivo; b) le garanzie di cui all'art. 8 CEDU trovano applicazione anche in relazione alle comunicazioni intercorse, per scopi difensivi, tra difensore e assistito, posto che il pieno diritto di difesa è un diritto fondamentale in una società democratica.

Nell'ambito, più ristretto, dell'Unione Europea, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) ⁶⁰ — secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizie dell'UE ⁶¹ — tutela il *legal privilege* quale corollario derivante dalla lettura congiunta degli artt. 7 (Rispetto della vita privata e familiare) ⁶², 47, § 2 (Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale ⁶³) e 48, § 2 ⁶⁴ (Presunzione di innocenza e diritti della difesa) ⁶⁵.

L'art. 7 CDFUE garantisce parimenti il segreto della consulenza legale, e ciò sia rispetto al suo contenuto che alla sua esistenza: la tutela specifica conferita al segreto professionale degli avvocati è giustificata dal fatto che a questi è affidato un compito fondamentale in una società democratica, ossia la difesa degli individui.

Ne deriva, da un lato, l'esigenza di garantire a chiunque la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato e, dall'altro, quella correlata, di lealtà dell'avvocato nei confronti del proprio cliente.

L'attività di consulenza legale gode, dunque, indipendentemente dal settore del diritto su cui verte, della tutela rafforzata garantita dall'art. 7 CDFUE delle comunicazioni tra l'avvocato e il suo cliente ⁶⁶.

⁶⁰ Nella versione italiana: in *europarl.europa.eu*.

⁶¹ Sul punto, cfr. Corte giust. UE, 18 maggio 1982, *AM&S Europe Limited c. Commissione*, Case 155/79, in cui la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che gli ordinamenti giuridici degli Stati membri riconoscono la garanzia di riservatezza nei confronti della corrispondenza, scritta, tra difensore e assistito, a condizione che questa sia realizzata allo scopo di predisporre la difesa del cliente e intervenga fra cliente e legale indipendente, con ciò escludendo che la stessa garanzia possa trovare applicazione anche in relazione alla comunicazione intercorsa tra i legali *in-house* ed esponenti della società di appartenenza, nei confronti della quale sussiste un rapporto di dipendenza.

⁶² Testualmente: « Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni ».

⁶³ Testualmente: « Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare ».

⁶⁴ Testualmente: « Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato ».

⁶⁵ In tal senso, D'ACQUARONE-R. ROSCINI VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente*, cit., pp. 335 ss.

⁶⁶ Di recente, in senso conforme ai principi definiti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cfr. anche Corte giust. UE, Grande Sezione, 8 dicembre 2022, *Orde van Vlaamse Balies e altri c. Vlaamse Regering*, consultabile su: *eur-lex.europa.eu*.

La Corte — adita in via pregiudiziale circa la validità dell'articolo 8-bis, § 5, direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale — ha precisato che la disposizione normativa attenzionata si pone in violazione dell'art. 7 CEDU e dell'art. 81, § 1 CDFUE in quanto impone — a carico degli avvocati, che agiscano in qualità di intermediario, di notificare, a un eventuale altro intermediario che non

Ne deriva che una decisione che ingiunga a un avvocato di fornire all'amministrazione l'insieme della documentazione e delle informazioni relative ai suoi rapporti con il suo cliente, concernenti una consulenza in materia di diritto societario, costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto delle comunicazioni tra l'avvocato e il suo cliente ed è, pertanto, inammissibile ⁶⁷.

Questa evoluzione conforta l'interprete nel senso di un riconoscimento sostanziale e, per questo, più ampio possibile del rapporto cliente-avvocato anche nell'ambito dei Paesi dell'Unione; un avvicinamento ai principi della tradizione di *common law* che, come evidenziato nel paragrafo precedente, costituiscono ormai una consolidata garanzia.

Nell'ordinamento italiano non siamo ancora giunti ad un'affermazione chiara e definita del c.d. "privilegio legale" che, invece, assume i ben più ristretti confini del "*secret professionnel*", tipico degli ordinamenti di *civil law*. Una garanzia che assume valenza di principio generale solo nell'espletamento della difesa in giudizio, come espressione del fondamentale diritto costituzionalmente riconosciuto per prevenire il rischio che l'assistito sia indotto a fornire al proprio difensore informazioni reticenti o incomplete nel timore che queste possano essere acquisite ⁶⁸.

81

sia il suo cliente, gli obblighi di comunicazione che gli spettano ai sensi del paragrafo 6 di detto art. 8-bis anche quando quest'ultimo debba essere esonerato dall'obbligo di comunicazione in ragione del segreto professionale cui è tenuto.

⁶⁷ In questi termini, di recente, Corte giust. UE, sez. II, 26 settembre 2024, C-432/23, *Ordre des avocats du barreau de Luxembourg v. Administration des contributions directes*. La vicenda aveva ad oggetto l'opposizione del segreto professionale, da parte di una società tra avvocati lussemburghese, alla richiesta di esibizione, avanzata dall'amministrazione finanziaria del Lussemburgo, di documentazione e informazioni fiscali, relative ad un cliente della società stessa, ottenute nell'ambito della consulenza. A fronte del diniego, l'amministrazione finanziaria ha sanzionato, in via amministrativa, la società tra avvocati per essersi rifiutata di ottemperare ad un ordine di esibizione. La sentenza della Corte ha precisato che: « L'ingiunzione controversa è fondata su una normativa nazionale in forza della quale la consulenza e la rappresentanza da parte di un avvocato nel settore fiscale non godono, salvo in caso di rischio di azioni penali per il cliente, della tutela rafforzata delle comunicazioni tra un avvocato e il suo cliente, garantita dall'articolo 7 della Carta. Orbene, sottraendo quasi integralmente a tale tutela il contenuto delle consultazioni degli avvocati dispensate in materia fiscale, vale a dire l'intero ramo del diritto in cui gli avvocati possono consigliare i loro clienti, tale normativa porta a privare tale tutela della sua stessa sostanza in detto ramo del diritto ». La sentenza è consultabile su eur-lex.europa.eu.

⁶⁸ Per un maggiore approfondimento sull'importanza della correttezza, veridicità e completezza delle informazioni trasmesse dall'assistito al proprio difensore, cfr. DIDI, *Testimonianza e segreto professionale*, in GIARDA-SPANGHER-TONINI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale*, Cedam, 2012, p. 51 ss.; CALAMANTI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e*

Il privilegio legale si concretizza, da una parte, in una serie di facoltà “*oppositive*” (*jus opponendi*), intese quali facoltà di opporre il segreto professionale alla richiesta di divulgazione di informazioni che il difensore ha appreso nell’esercizio della propria attività difensiva; dall’altra, in una serie di garanzie rispetto al compimento di particolari atti d’indagine da parte delle Autorità procedenti ⁶⁹.

La prima logica si rinviene nel disposto degli artt. 200 e 256 c.p.p.: in forza della prima disposizione il difensore non può essere obbligato a deporre su quanto egli abbia appreso in ragione della propria professione ⁷⁰; in osservanza della seconda norma è legittima l’opposizione, in forma scritta, del segreto professionale alla richiesta di esibizione e consegna, da parte dell’Autorità procedente, di atti o documentazione entro cui sono contenute informazioni coperte dal segreto stesso.

Espressivo, invece, della seconda categoria di garanzie è l’art. 103 c.p.p., che introduce il divieto tanto della possibilità di sottoporre ad intercettazione le comunicazioni tra il difensore e i collaboratori dei quali egli si avvalga (consulenti tecnici, investigatori privati, etc.), così come quelle fra il difensore e il cliente, quanto il compimento di sequestro di corrispondenza “statica” ⁷¹ fra il difensore e il proprio assistito, salvo che

tirocinio infedele, Giuffrè, 1987, p. 30, evidenzia, da una parte, il carattere marcatamente fiduciario del rapporto professionale fra difensore e assistito e, dall’altra, l’elevata sensibilità e confidenzialità delle informazioni scambiate, non rinvenibile forse in nessun altro rapporto professionale.

⁶⁹ DIDI, *Testimonianza e segreto professionale*, cit., che cita in nota (6) SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Cedam, 2001, pp. 29 ss., secondo cui mentre il segreto professionale risulta essere funzionale allo svolgimento del mandato difensivo nel rispetto del rapporto di libertà instaurato con l’assistito, le previsioni di cui agli artt. 103, commi 5 e 6, c.p.p. è funzionale alla delimitazione di « Un’area inaccessibile agli inquirenti, (che) costituisce, invece, un’esigenza immanente alla dialettica processuale ed è strumentale al conseguimento del risultato finale del procedimento ».

⁷⁰ Oltre che rappresentare un limite esplicito nei confronti dell’Autorità procedente, questo è anche il contenuto di un preciso dovere di astensione incombente sul difensore che, ai sensi dell’art. 51 del Codice Deontologico Forense, deve astenersi — salvo casi eccezionali — dal deporre quale persona informata sui fatti o come testimone su circostanze apprese nell’esercizio della propria attività professionale, opponendo il segreto professionale.

Del pari, ai sensi dell’art. 28 del Codice Deontologico Forense, il difensore è tenuto al rispetto della segretezza e del massimo riserbo sull’attività svolta e sulle informazioni fornite dal cliente o dalla parte assistita, così come su quelle altre informazioni di cui sia venuto a conoscenza in ragione dell’attività svolta. Come precisato dalla norma stessa, questa prerogativa — oltre a rappresentare il contenuto di un esplicito dovere — rappresenta anche un diritto del difensore, il quale non può essere obbligato alla rivelazione di quanto appreso in esecuzione dell’attività professionale.

⁷¹ Cass. pen., sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822.

non vi sia il fondato motivo di ritenere che essa costituisca il corpo del reato ⁷².

Tutte queste incompressibili espressioni del diritto di difesa sono riconosciute esclusivamente nell'ambito di un procedimento o di un giudizio, pendente o *instaurando*, ma pur sempre in costanza di un mandato professionale.

E, in ogni caso, le sole comunicazioni coperte dal privilegio legale sono quelle prodotte o scambiate a scopo difensivo, ossia che ineriscono ad un'attività di assistenza legale nell'ambito di un procedimento penale, sia questo già instaurato o solamente *instaurando* (come nel caso delle investigazioni difensive preventive ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p. ⁷³) e, diversamente, non sono coperte dal privilegio tutte quelle altre comunicazioni che, pur avvenute tra difensore e assistito, non rientrino nell'esercizio delle funzioni processuali da parte del difensore ⁷⁴, tra le quali rientrano quelle comunicazioni avvenute, anche presso l'ufficio del difensore, laddove la conversazione sia di natura amicale o familiare ⁷⁵,

⁷² Di recente, la l. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. "riforma Nordio") ha ulteriormente ampliato le garanzie di segretezza della corrispondenza tra il difensore e il proprio assistito. Il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 103 c.p.p. ha esteso il divieto assoluto di acquisizione ad ogni forma di comunicazione, anche diversa dalla corrispondenza tradizionale, salvo che esse non costituiscano il corpo del reato. Inoltre, il comma 6-*ter* c.p.p. del medesimo articolo dispone che, laddove tali comunicazioni siano oggetto di intercettazione, oltre che l'assoluta inutilizzabilità a fini processuali, l'intercettazione debba essere immediatamente interrotta.

⁷³ Per un maggior approfondimento, *infra*, § 3.3.

⁷⁴ Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2003, n. 20072 secondo cui: « Il divieto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni nei confronti dei difensori, sancito dall'art. 103, comma quinto, c.p.p., [...] non si estende ad ogni altra conversazione, non inerente (tanto più ove costituisce essa stessa reato), che si svolga nel suo studio o domicilio. La prescrizione anzidetta non si traduce, in definitiva, in un divieto assoluto di conoscenza "ex ante", come se il legale godesse di un ambito di immunità assoluta o di un privilegio di categoria, ma implica una verifica postuma del rispetto dei relativi limiti, la cui violazione comporta l'inutilizzabilità delle risultanze dell'ascolto non consentito, ai sensi dell'art. 103, comma settimo, c.p.p., e la distruzione della relativa documentazione, a norma dell'art. 271 c.p.p. richiamato dallo stesso art. 103, comma settimo, c.p.p. ».

⁷⁵ Cass. pen., sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323, secondo cui: « Il divieto di intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori, non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste tale qualifica, e per il solo fatto di possederla, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata, in quanto la "ratio" della regola posta dall'art. 10 c.p.p., va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa. (Fattispecie relativa alla intercettazione di un colloquio tra l'indagato ed un avvocato, legati da uno stretto rapporto di amicizia, per la cui utilizzabilità la Corte ha ritenuto necessario che il giudice del merito dovesse valutare: a) se quanto detto dall'indagato fosse finalizzato ad ottenere consigli difensivi professionali o non costituisse piuttosto una mera confidenza fatta all'amico; b) se quanto detto dall'avvocato avesse natura professionale oppure consolatoria ed amicale a

nonché quelle che — come da espressa previsione dell'art. 103, comma 6, c.p.p. — costituiscano corpo del reato.

Parimenti, in relazione all'art. 200 c.p.p., come precisato anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale ⁷⁶, il divieto di essere obbligato a rendere testimonianza ai sensi dell'art. 200 c.p.p. non si traduce in una radicale causa di incompatibilità del difensore ad assumere la qualifica di testimone, ai sensi dell'art. 197, comma 1, lett. d), c.p.p.

Infatti, come indicato dalla norma, la garanzia opera unicamente su quanto appreso per ragione del mandato professionale; diversamente, come evidenziato in dottrina, sono ravvisabili circostanze in cui — anche in costanza di un mandato difensivo — il difensore può essere chiamato a rendere testimonianza e, segnatamente, non sarebbe legittimato ad opporre il segreto professionale: vi rientrano, precisamente, i casi in cui il difensore sia chiamato a testimoniare su informazioni apprese prima dell'assunzione del mandato e, parimenti, quelli in cui le circostanze su cui rendere testimonianza siano state conosciute dopo l'assunzione del mandato ma non « *per ragione* » dello stesso ⁷⁷.

Queste doverose precisazioni, oltre ad aiutare ad individuare il perimetro applicativo delle garanzie, evidenziano come tali prerogative non trovino applicazione nei casi di mera attività di consulenza stragiudiziale (quale, ad esempio, quella svolta in favore delle organizzazioni per le attività di *compliance*).

E, tra queste, anche quelle inerenti lo svolgimento di investigazioni interne.

3.3. *Il legal privilege nelle indagini difensive nel codice di procedura penale.* — Situazione diversa quella che riguarda le indagini difensive regolate dal codice di procedura penale.

Queste rappresentano un importante strumento di partecipazione attiva delle parti del procedimento penale, diverse dal pubblico mini-

fronte delle confidenze ricevute) ». In senso conforme, anche: Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 2016, n. 55253; Cass. pen., sez. II, 6 ottobre 2015, n. 43410.

⁷⁶ C. cost., 3 luglio 1997, n. 215, secondo cui non costituisce causa di illegittimità costituzionale dell'art. 197, comma 1, lett. d), c.p.p. la mancata previsione del difensore tra i soggetti per cui sussiste una incompatibilità a testimoniare in quanto, ai sensi dell'art. 200 c.p.p., nei confronti del difensore non sussiste una condizione di incompatibilità ad assumere la qualifica di testimone ma, semplicemente, una garanzia secondo cui egli non può esservi obbligato. Tale impostazione è stata ribadita dalla Consulta anche alla luce del fatto che è rimessa alla disciplina contenuta nei codici deontologici.

⁷⁷ A. DIDI, *Testimonianza e segreto professionale*, cit., pp. 59 ss.

stero, alla formazione della prova; solo dopo un decennio dall'introduzione del codice di stampo accusatorio del 1988 (che aveva significativamente relegato un mero accenno di disciplina con l'art. 38 delle disposizioni di attuazione), la l. 7 dicembre 2000, n. 397 ha introdotto una più dettagliata ed analitica disciplina del diritto a difendersi provando ⁷⁸.

Con riferimento al tema delle *corporate internal investigations* ci interessa esaminare una particolare disposizione: l'art. 391-*nonies* c.p.p. che estende l'operatività dei diritti e delle garanzie difensive all'attività svolta in via preventiva per la sola eventualità che il procedimento penale possa instaurarsi.

Il codice di rito ha inserito due prescrizioni obbligatorie, pena la inutilizzabilità dei risultati acquisiti nel corso delle investigazioni preventive.

Innanzitutto, il mandato difensivo deve essere specifico, conferito per iscritto e dotato di sottoscrizione autenticata da parte dell'avvocato nominato.

In secondo luogo, devono essere indicati i fatti oggetto di approfondimento investigativo, se non in modo analitico e dettagliato, quantomeno in modo esaustivo per consentire l'individuazione dell'oggetto ⁷⁹.

Una simile impostazione consente, in primo luogo, di evitare un abuso nel ricorso all'istituto delle investigazioni difensive, laddove queste fossero utilizzate al solo fine di beneficiare del privilegio legale in relazione ad attività che, in ultima istanza, non abbiano ad oggetto fatti il cui accertamento non sia finalizzato all'eventuale instaurazione di un procedimento penale.

D'altro canto, il compimento degli atti di investigazione difensiva di cui agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. potrebbe realizzare una indebita compressione di primari diritti di *privacy* e riservatezza dei soggetti interessati e, secondo le logiche fatte proprie dalla disciplina vigente, in tanto tali compressioni sono ammesse, in quanto esse siano finalizzate alla tutela di

⁷⁸ TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli, 2007, pp. 157 ss.

⁷⁹ A tal proposito, cfr. COMI-GIUNCHEDI-SANTORIELLO, *Art. 391-*nonies* c.p.p. - Investigazioni difensive preventive*, in Codice di procedura penale commentato, a cura di Gaito, Utet Giuridica, 2012, in cui si precisa che, qualora le indagini difensive preventive siano svolte per conto del possibile indagato, « Quanto al contenuto dell'atto di nomina [...] è logico ancorare tale dato ad una sintetica indicazione dei fatti onde evitare il rischio di un'autodenuncia ». In ogni caso, ai sensi dell'art. 4 della delibera della Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 19 aprile 2001, in tema di regole di comportamento del penalista nello svolgimento delle investigazioni difensive, è previsto che i fatti sono indicati in modo sintetico al solo fine di individuare l'oggetto dell'indagine con esclusione di ogni riferimento ad ipotesi criminose.

diritti e posizioni giuridiche altrettanto rilevanti, quali il diritto di difesa e il diritto alla ricerca e formazione della prova nel procedimento penale ⁸⁰.

Ne consegue che, laddove lo “schermo giuridico” delle investigazioni difensive preventive sia strumentalmente utilizzato, all’interno del contesto aziendale, per estendere in maniera forzata le garanzie procedurali ed il privilegio legale anche a delle mere attività di verifica su violazioni del sistema di controllo interno o su non conformità, si concretizzerebbe un abuso dell’istituto giuridico con la conseguenza naturale dell’impossibilità di invocare la tutela della riservatezza nel rapporto cliente-avvocato.

Si potrebbe, quindi, assistere al disconoscimento delle garanzie per quelle “indagini difensive” svolte nell’originaria mancanza dei presupposti legali previsti (cioè relazione a fatti non precisamente individuati nell’atto di nomina o a fatti che, oggettivamente, non potevano avere *ab initio* alcuna rilevanza penale tanto da divenire oggetto di accertamento in un futuro procedimento penale).

Da una riflessione patologica ritorniamo ad una visione fisiologica: la naturale conseguenza del riconoscimento del *legal privilege* esclusivamente nell’ambito procedimentale è il disconoscimento di tali garanzie a tutte le attività svolte al di fuori di tale perimetro, quali quelle compiute all’interno del contesto aziendale.

Come rilevato in dottrina ⁸¹, stante l’assenza del privilegio legale, tanto il materiale raccolto (documentazione condivisa, verbali delle dichiarazioni rilasciate dai soggetti intervistati, *report* di indagine, etc. ⁸²),

⁸⁰ Sul punto, cfr. D’ACQUARONE-R. ROSCINI VITALI, *L’investigazione interna nel procedimento a carico dell’ente*, cit., che rileva come la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo « Nel trattare il tema della tutela della libertà e della segretezza della corrispondenza tra l’avvocato e il suo cliente, [...] ha sistematicamente applicato al caso concreto il principio di proporzionalità, alla luce dei valori tipici di una società democratica, operando un bilanciamento tra la necessaria attenzione alla sfera privata e, in generale, ai diritti affermati all’interno della Carta, con il legittimo perseguimento dello scopo di salvaguardia dai disordini e dai reati o delle esigenze di sicurezza nazionale ».

⁸¹ 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 o in itinere*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, pp. 51 ss.

⁸² Sul punto, DUZIONI, *Attività “investigativa-ispettiva”*, cit., evidenzia come la questione dell’apprensione *a posteriori* della documentazione realizzata e/o raccolta nel corso delle *internal investigations* o di generiche attività di vigilanza o controllo si presenta, ancor più persistente, quando queste attività siano condotte dall’Organismo di Vigilanza, il cui archivio rappresente un « *bocconcino appetibile* » per gli organi inquirenti per raccogliere prove e mezzi di prova (corsivo dell’Autore).

quanto il contenuto delle interlocuzioni e dei colloqui svolti possono essere acquisiti dalle Autorità procedenti.

Inoltre, i soggetti incaricati della conduzione delle *internal investigations* possono essere escussi dall'Autorità procedente in qualità di persone informate sui fatti in fase di indagine preliminare, ovvero di testimone, in dibattimento, circa le attività condotte e le informazioni acquisite nello svolgimento delle proprie funzioni, non potendo opporre alcun segreto professionale ai sensi dell'art. 200 c.p.p.

3.4. *Il possibile transito dalle internal investigations a quelle difensive.* — Ricondurre in maniera automatica l'avvio delle *internal investigations* nel perimetro normativo delle investigazioni difensive preventive al solo fine di beneficiare delle garanzie proprie del diritto di difesa nel procedimento penale, rappresenta una forzatura non condivisibile.

Del resto, in caso di abuso del ricorso a tale strumento (ad esempio prevedendo quale oggetto di indagine fatti che non rivestono *ab origine*, neanche in astratto, carattere di illiceità penale), il *legal privilege* non sarebbe garantito e non sussisterebbe, dunque, il divieto di apprensione e di utilizzazione dei risultati ottenuti nell'ambito delle indagini difensive da parte della pubblica autorità.

Questo monito, però, non deve condurre all'inconciliabilità dei due strumenti.

Anzi, nel percorso che abbiamo compiuto sono emersi rilevanti punti di contatto che, se ben gestiti attraverso una consapevole interazione, permettono di realizzare i migliori interessi della persona giuridica coinvolta.

Cerchiamo di unire i puntini per tracciare la possibile strada.

Secondo lo Standard, una volta sorta l'esigenza all'interno di un'organizzazione di svolgere un processo di indagine condotto in maniera professionale per accertare i fatti in relazione a presunti o sospetti illeciti, comportamenti scorretti o non conformità, il primo passo è incaricare un *team* investigativo che presenti caratteristiche di competenza e professionalità, riservatezza, indipendenza, obiettività ed imparzialità.

Il gruppo incaricato di svolgere l'investigazione compie il *preliminary assessment*, un'analisi della vicenda ed un suo primo inquadramento; non tanto sulla fondatezza nel merito dei fatti da accertare (ciò che costituirà l'esito della fase istruttoria), quanto sul rilievo che assumono i fatti da investigare: questo deve condurre alla scelta di proseguire sulla strada endosocietaria o, piuttosto, su quella a valenza esterna.

Quella del *preliminary assessment* è un'attività interna regolata da *policy* e procedure della medesima organizzazione.

È in questa sottofase del processo che si dovrebbe, dunque, affrontare il bivio: *internal investigation* o indagine difensiva penale? Gli elementi necessari minimi per assumere una decisione consapevole sono presenti e, soprattutto, non si è ancora definita e avviata l'attività istruttoria per l'acquisizione degli elementi di prova.

Se nella ISO 37008 troviamo la prima traccia di questa strada, è proprio nel codice di rito che troviamo un modello che presenta molte analogie con il contesto che stiamo esaminando in questa sede: il riferimento è a quella zona fluida che caratterizza il transito tra le attività amministrative di indagine e l'avvio delle indagini preliminari penali: l'art. 220 disp. att. c.p.p.⁸³. All'autorità amministrativa, infatti, si impone di procedere nelle forme e nel rispetto delle garanzie previste dal Codice di procedura penale quando, nel corso delle proprie attività ispettive e di vigilanza, emergano indizi di reato⁸⁴.

Una linea che separa, in maniera netta e formale, i due momenti istruttori caratterizzati da finalità e regole diverse, il che assume un'incidenza formale e sostanziale quanto a riconoscimento, attuazione ed effettività in capo ai soggetti coinvolti di diritti e doveri, poteri e garanzie.

Per le autorità procedenti si prospetta un obbligo giuridico presidiato dalla sanzione più incisiva in ambito probatorio nel processo penale: la inutilizzabilità degli elementi acquisiti senza il rispetto delle garanzie processuali⁸⁵.

⁸³ Art. 220 disp. att. c.p.p.: « Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice ».

⁸⁴ Sul punto, di recente, cfr. Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2023, n. 11167; conforme a Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2000, n. 45477. Secondo la citata giurisprudenza di legittimità: « L'espressione "quando...emergono indizi di reato" — contenuta nell'art. 220 disp. att. c.p.p. e tesa a fissare il momento a partire dal quale sorge l'obbligo di osservare le disposizioni del codice di procedura penale per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire ai fini dell'applicazione della legge penale — deve intendersi nel senso che presupposto dell'operatività della norma sia non l'insorgenza di una prova indiretta quale indicata dall'art. 192 c.p.p., bensì la sussistenza della mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata ».

⁸⁵ Tale principio trova diffusa applicazione nel panorama giurisprudenziale. In tal senso, v. Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 2022, n. 12004, secondo cui, in tema di accertamenti tributari condotti dalla Guardia di Finanza in qualità di Autorità di polizia tributaria e non, invece, quale polizia giudiziaria: « Il processo verbale di constatazione (...), in quanto atto ammini-

Continuiamo ora il ragionamento nell'ottica delle organizzazioni private per individuare la possibile linea di confine tra rilevanza interna ed esterna delle investigazioni; non solo per identificare una demarcazione tra questi due strumenti, ma, soprattutto, in chiave dinamica, per segnare il momento del possibile "passaggio del testimone".

La decisione di svolgere le investigazioni nelle forme di cui agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. non rappresenta un obbligo per l'ente, ma una mera facoltà: una valutazione di opportunità compiuta nel *preliminary assessment* in presenza di elementi di rilievo penalistico: conferire un incarico per delle investigazioni preventive per operare sotto le garanzie del *legal privilege* e con la possibilità di procedere nel rispetto delle forme, così da rendere processualmente utilizzabili i risultati dell'acquisizione probatoria.

Questa opzione può costituire la strada ordinaria dell'evoluzione delle *internal investigations of organizations* in indagini penali, ma non potrà mai rappresentare una regola procedurale sempre applicabile: la scelta del passaggio alle investigazioni difensive è connesso alle peculiarità dei concreti fatti da accertare, al contesto in cui si trova l'organizzazione in un determinato periodo storico, alle valutazioni di opportunità che l'organo amministrativo dovrà compiere, alle componenti esogene — come l'intervento della pubblica autorità — non prevedibili.

Queste considerazioni confortano nel ritenere opportuno che, nella composizione del *team* investigativo, sia previsto il coinvolgimento di un legale con esperienza penalistica che possa contribuire, con la sensibilità professionale specifica maturata, alla corretta valutazione di profili giuridici e di opportunità volti a supportare l'organo amministrativo in modo da fargli operare la scelta in maniera competente e consapevole ⁸⁶.

strativo extraprocessuale, costituisce prova documentale anche nei confronti di soggetti non destinatari della verifica fiscale (...). Tuttavia, qualora emergano indizi di reato, occorre procedere secondo le modalità previste dall'art. 220 disp. att., giacché altrimenti la parte del documento redatta successivamente a detta emersione non può assumere efficacia probatoria e, quindi, non è utilizzabile»; in senso conforme, v. anche Cass. pen., sez. III, 13 settembre 2023, n. 42234. In linea con questo principio, che assume valenza di principio trasversale all'intero ordinamento giuridico, v. anche Cass. civ., sez. V, 22 maggio 2023, n. 14077, secondo cui: « Non sono utilizzabili nel procedimento di accertamento tributario gli elementi che siano raccolti dalla Guardia di finanza nel corso di una indagine senza il rispetto delle formalità di garanzia difensiva prescritte per il procedimento penale, quando nel corso di attività ispettive emergano indizi di reato rilevanti in applicazione della legge penale ».

⁸⁶ Questa soluzione è caldeggiata anche dalle *best practices* internazionali. Con riferimento all'esperienza statunitense, AVERGUN-BLANCHE-URBAN-C. RISELL, *United States*, in BEARDSWORTH-HANES-LASSOUED-LEMBO-MCLEOD, *An International Guide to Corporate Internal Investigations*, 2021, ABA Book Publishing, evidenziano come sia preferibile la nomina di un

4. *Conclusioni.* — Siamo arrivati alla conclusione del nostro percorso e ritengo utile una sintesi che aiuti velocemente a ripercorrerne i punti salienti.

Con l’emanazione della ISO 37008 le organizzazioni hanno a propria disposizione un ulteriore strumento per potere approfondire la conoscenza di quei fatti che influenzano in maniera diretta e, spesso, profonda la vita societaria; approfittare delle opportunità che questo processo aziendale potrebbe apportare alla formazione di una volontà consapevole costituisce un dovere per gli attori del sistema di controllo interno e per la *governance*.

Abbiamo analizzato la complessità tecnica delle attività da svolgere e della relativa organizzazione procedurale per la garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti e per la affidabilità degli elementi raccolti; è emersa la delicatezza delle scelte da operare e la possibile incidenza che decisioni non corrette potrebbero determinare neutralizzando i risultati ottenuti dall’indagine; è stata sottolineata la necessaria compresenza di operatori competenti e specializzati e la ordinaria fluidità delle investigazioni sia sotto l’aspetto della strategia sia sotto quello della metodologia.

Tutte queste complessità possono spaventare e, di conseguenza, scoraggiare il ricorso alle investigazioni interne. È legittima e comprensibile la domanda: perché rischiare di infilarsi in un ginepraio che potrebbe addirittura determinare per l’ente una responsabilità reputazionale, civile o addirittura penale?

Sull’altro piatto della bilancia c’è la necessità per la *governance* di agire informata e con consapevolezza.

La soluzione deve essere trovata su due piani.

Da un lato, predisporre una rigorosa disciplina normativa interna che, tramite *policy* e procedure specifiche, imponga garanzie, limiti e presidi allo svolgimento dell’intero processo di *corporate investigations*.

Dall’altro lato, prevedere la composizione di un *team* di lavoro integrato da diverse componenti: interne all’organizzazione per la necessaria approfondita conoscenza del contesto fattuale ed organizzativo; esterne per gestire le specificità tecnica delle materie di interesse. Un *team* che possieda competenze investigative, anche al fine di assicurare la

legale esterno per lo svolgimento delle *internal investigations* in quanto il legale esterno: a) può beneficiare delle garanzie di riservatezza riconosciute dall’*attorney-client privilege* e dalla *work-product doctrine*; b) possiede un maggior grado di indipendenza, un aspetto apprezzato tanto dalle Autorità di vigilanza e controllo, quanto dagli *stakeholders*.

legittimità amministrativa dell'operato secondo le norme del Testo unico di Pubblica Sicurezza, e giuridiche per supportare la *governance* nella scelta del se e quando transitare verso l'ambito penalistico con la necessaria applicazione delle regole del codice di rito.

La continua sinergia delle eterogenee componenti soggettive consentirà di bilanciare le esigenze di efficacia, professionalità, legittimità e liceità delle operazioni svolte.

Bibliografia

- ARLEN, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in *The Journal of Legal Studies*, University Chicago Press, Vol. 23, No. 2 (Jun., 1994), pp. 833-867.
- AVERGUN-BLANCHE-URBAN-RISELL, "United States" in BEARDSWORTH HANES-LASSOUED-LEMBRO-MCLEOD (a cura di), *An International Guide to Corporate Internal Investigations*, 2021, ABA Book Publishing.
- CALAMANTI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, Giuffrè, 1987.
- CENTONZE-GIAVAZZI, *Internal investigations Best practices e istanze di regolamentazione*, Giappichelli, I ed., 2021.
- CENTONZE -MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016.
- COMI-GIUNCHEDI-SANTORIELLO, *Art. 391-nonies c.p.p. - Investigazioni difensive preventive*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Utet Giuridica, 2012.
- D'ACQUARONE-R. ROSCINI VITALI, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, n. 1.
- D'ACQUARONE-R. ROSCINI VITALI, *Responsabilità penale dell'ente: tra mito e realtà*, in *filodiritto.com*.
- DIDDI, *Testimonianza e segreto professionale*, in GIARDA-SPANGHER-TONINI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale*, Cedam, 2012.
- 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 o in itinere*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 2, p. 51 ss..
- GARRET, *Declining corporate prosecutions*, in *American criminal Law review*, Vol. 57:109, 2020.
- RUTA, *L'attività di indagine e i criteri di accertamento della responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 3.
- SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensiva*, Cedam, 2001.
- SPALING-YABLON, *Corporate work product United States v. Adlman: Protection for Corporate Work Product?*, 64 Brook., 1988, L. Rev. 627.
- TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli, 2007.

COMMENTI O NOTE A SENTENZA

TRIBUNALE DI UDINE

Sez. lav., sent. 12 marzo 2024;

Est. I. Chiarelli, F. s.r.l. (avv. R. Mete) c. INAIL (avv. S. Boccucci e F. Botteon)

Premi - Riduzione del tasso per prevenzione - Carenza di requisiti - Mancata corretta attuazione del modello organizzativo e gestionale di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008 - Mancato svolgimento delle azioni di controllo da parte dell'O.d.V. - Sussistenza - Onere della prova - Grava sul datore - Perdita dei benefici.

In caso di contestazione circa la sussistenza delle condizioni che legittimano la concessione della riduzione del tasso di premio per l'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL ex d.m. Lavoro 27 febbraio 2019, spetta all'impresa dimostrare di aver adottato e concretamente attuato un modello di organizzazione e gestione (MOG) all'esito della puntuale verifica da parte dell'Organismo di vigilanza dell'effettiva gestione del sistema aziendale di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

[...]

RAGIONI DELLA DECISIONE. — Con ricorso depositato in data 7 luglio 2023 la società F. s.r.l. (d'ora in avanti, per brevità, solo F.) impugnava il provvedimento del 9 febbraio 22 con il quale le era stato revocato il beneficio della riduzione dei premi dovuti dalla stessa, in precedenza concesso per il 2020 dall'INAIL su istanza del 15 febbraio 2021, nonché la deliberazione del consiglio di amministrazione dell'INAIL in data 24 aprile 2023 di rigetto del ricorso amministrativo proposto contro il suddetto atto di revoca.

[...] La parte ricorrente sosteneva che,

nonostante l'emergenza pandemica, l'Organismo di Vigilanza di F., insieme a tutti i responsabili di funzione, aveva svolto regolarmente la sua attività (indicando i temi trattati in ciascuna delle sedute svoltesi), illustrava il sistema di prevenzione e vigilanza adottato da F. e riepilogava i documenti caricati on-line per adempiere alle richieste contenute nelle istruzioni INAIL, specificando di aver confidato in un input dell'Ufficio, qualora si fosse resa necessaria un'integrazione documentale, ovvero un approfondimento specifico per determinate, particolari attività.

[...] Reputa questo Giudice del Lavoro che la domanda di parte ricorrente sia

TRIBUNALE DI UDINE

infondata e non possa trovare accoglimento.

[...] Nel merito, la vertenza nasce dalla revoca della concessione del beneficio della “riduzione del tasso per prevenzione”, che la società ricorrente ha chiesto per la seguente specifica ragione, standardizzata dalla procedura INAIL: “L’azienda ha adottato o mantenuto un modello organizzativo e gestionale di cui all’art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i., anche secondo le procedure semplificate di cui al d.m. 13 febbraio 2014”.

Il beneficio è previsto dall’art. 23 del d.m. Lavoro 26 marzo 2019.

Presupposto fondamentale per fruire del beneficio in questione è che sia stato adottato o mantenuto un valido modello organizzativo e gestionale conforme all’art. 30 d.lgs. 81, tenuto conto del d.m. 13 febbraio 2014 che disciplina la procedura semplificata di adozione e mantenimento del modello.

Nella materia in esame rileva, altresì, la circolare 11 luglio 2011 illustrativa del modello organizzativo gestionale del 2011.

La verifica sull’adozione o mantenimento del modello conforme ai parametri suddetti è esclusivamente documentale, essendo la revoca del beneficio in questione motivata non da violazioni oggettive successive alla giustificata concessione del beneficio, ma dalla mancata documentazione di un requisito di accesso al beneficio, rappresentato dalla riduzione dei premi per il 2021, requisito proiettato necessariamente sul passato, e cioè per l’anno 2020.

Era l’anno 2020, infatti, che doveva essere “fotografato” appropriatamente nella documentazione che la ditta doveva fornire a supporto della domanda di accesso.

In sostanza oggetto della verifica è la sussistenza del un requisito di accesso che si concretizza non tanto nella formale adozione del modello organizzativo-gestionale dell’art. 30 d.lgs. 81/2008, come da procedura semplificata del d.m. 2013, ma nella

sua corretta attuazione in quello specifico anno (2020).

L’INAIL ha provveduto alla revoca del beneficio dopo aver appurato che lo stesso non sarebbe spettato alla ricorrente fin dall’origine, perché la ricorrente medesima non aveva adeguatamente documentato l’attuazione effettiva, nel 2020, del modello organizzativo-gestionale posto a fondamento della sua domanda.

[...] La verifica viene condotta mediante esame di tutti gli elementi che compaiono nella check list contenuta nell’art. 30 d.lgs. n. 81/2008.

Ciò premesso la difesa della parte resistente ha dato conto di quale fosse stata la documentazione trasmessa dalla parte richiedente e ha singolarmente analizzato tali documenti per evidenziarne le irregolarità.

In particolare: il documento descrittivo del Modello di organizzazione e di gestione (Manuale del MOG) era privo di data e non era firmato dal datore di lavoro, ma solo dal presidente dell’O.d.V., ossia da un soggetto privo del potere di rappresentanza legale della ditta. La Relazione Annuale per l’anno 2020 dell’Organismo di vigilanza del MOG era datata gennaio 2021, pertanto non era valida ai fini della prova della domanda.

In sede di ricorso amministrativo la società ricorrente ha depositato un Report infortuni amministrazione F. inviato all’Organismo di Vigilanza in data 19 marzo 2021 e dunque irrilevante perché trattandosi di documento non riferibile all’anno 2020, così come un Verbale OdV per F. del 7 aprile 2021; un’offerta di ente certificativo (per realizzaz.ne di un SGSL), del 27 luglio 2020, priva della correlativa accettazione della ricorrente; documenti per processi di audit di ente certificativo, tutti con data 2021, pertanto non validi ai fini della prova della domanda; l’accettazione dell’offerta per adozione di un SGSL da parte della ditta, datata 5 marzo 2021 e quindi non considerabile così come la certifica-

zione di conformità alla norma ISO 45001:2018, con data 2021.

L'INAIL ha allegato un prospetto esemplificativo dei comportamenti attuativi del modello di cui doveva essere data evidenza dalla ricorrente ai fini del mantenimento del beneficio, secondo il disposto dell'art. 30 d.lgs. n. 81/2008, dei documenti trasmessi e dell'esito del controllo dei documenti presentati rispetto alle azioni dell'ODV richieste.

Ne risulta fotograficamente la lacunosità delle attestazioni dell'ODV documentate dalla società istante.

Da questi documenti non risultavano svolte tutte le azioni di controllo della S.S.L., da parte dell'O.d.V., previsti come obbligo dall'art.30 del d.lgs. n. 81/2008, comma 1.

Più nello specifico è risultata mancante la verifica integrale dell'effettiva gestione della SSL per il 2020 da parte dell'azienda: *a)* al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici (evidenza non fornita); *b)* alle attività di valutazione dei rischi (se risulta aggiornata o meno nella sua interezza) e della (effettiva) predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti da parte della ditta (evidenza non fornita); *c)* alle attività di natura organizzativa, quali emergenze (ossia piano di emergenza, gestione delle emergenze, vie di uscita di emergenza, prove di evacuazione), primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (evidenza non fornita); *d)* alle attività di sorveglianza sanitaria; *e)* alle attività di informazione e formazione dei lavoratori (svolta dall'OdV solo in parte); *f)* alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori (svolta solo in parte); *g)* alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge (nulla è

indicato a proposito); *h)* alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate, tra cui l'effettiva consegna da parte della ditta dei D.P.I. ai lavoratori e della verifica del loro utilizzo, della loro efficacia, delle manutenzioni ordinarie/straordinarie di macchine, attrezzature, impianti (evidenza non fornita).

Non risulta, inoltre, esplicitata una verifica da parte dell'OdV dell'effettiva gestione dell'azienda (non solo quella che viene riferita dai referenti, ma con un'analisi documentale) di tutti gli infortuni, malattie professionali, quasi-infortuni.

Nel documento descrittivo del MOG sono riportate alcune verifiche dell'OdV, ma il documento, oltre che privo di valenza per mancanza di data, è anche riferito al 2019 e non al 2020 come doveva essere.

Il "Report infortuni amministrazione F." che è stato inviato dalla ditta all'Organismo di Vigilanza in data 19 marzo 2021 è un prospetto di rilievo di infortuni redatto dall'azienda e non dall'OdV, che sono occorsi nell'azienda nel 2020 con le analisi, il documento non era stato prodotto prima dall'azienda, né in allegato alla domanda e nemmeno in fase di ricorso. Il documento è comunque datato marzo 2021. Inoltre, a prescindere dalla mancanza di valenza come documento di prova per la domanda in oggetto, è tuttavia da evidenziare che gli infortuni sul lavoro sono stati classificati dall'azienda come "infortuni di rilevanza ai fini del d.lgs. 231/01" e "infortuni non di rilevanza ai fini del d.lgs. n. 231/2001"; tra questi ultimi sono compresi non soltanto infortuni in itinere, che in genere non sono nella diretta responsabilità della ditta, ma anche importanti infortuni sul lavoro che sono rilevanti per la prevenzione.

[...] Ciò che era richiesto alla società ricorrente per poter fruire del beneficio era la piena conformità del Modello Organiz-

TRIBUNALE DI UDINE

zativo e Gestionale alle specifiche stabilite nell'articolo 30 comma 4 del d.lgs. n. 81/2008 ed in particolare la specifica indicazione delle azioni correttive intraprese per eliminare/ridurre le criticità insorte e riscontrate dalla verifica da parte dell'Organo di controllo a ciò preposto, secondo quanto nel d.lgs. 231/2001 art. 6, comma 1, lett. b) e lett. d).

[...]

P.Q.M.

Il Tribunale di Udine, in composizione monocratica, in persona del Giudice del Lavoro dr.ssa Ilaria Chiarelli, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa,

1) rigetta il ricorso;
omissis.

Determinazione del premio INAIL e modelli di organizzazione e gestione del rischio

Premium determination in the work accident insurance and risk organization and management models

Abstract

La nota prende spunto da una sentenza del Tribunale di Udine per esaminare i criteri per la determinazione del premio nel caso di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, soffermandosi sui vantaggi che derivano dall'adozione di un modello di organizzazione e gestione del rischio, malgrado le difficoltà che in tal senso discendono dalla mancanza di istruzioni amministrative; la nota si chiude ricordando le recenti modifiche che si sono registrate in relazione al sistema ispettivo.

Abstract

The Author takes a cue from a Tribunal ruling to examine the criteria of determining the premium in the case of compulsory insurance against accidents at work, dwelling on the advantages that arise from the adoption of a model of organization and risk management, despite the difficulties that in this regard derive from the lack of ministerial instructions of an operational nature; the note closes by recalling recent changes that have occurred in relation to the labour inspection System.

SOMMARIO: 1. I criteri per la determinazione del premio nel caso di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. — 2. L'adozione e l'efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione del rischio come condizione per la riduzione dei premi INAIL. — 3. Recenti sviluppi del sistema ispettivo.

SUMMARY: 1. *The Italian compulsory work accident insurance and the criteria for premium determination.* — 2. *The adoption and effective implementation of a risk organization and management model as a condition for reducing premiums.* — 3. *Recent developments in labour inspection system.*

1. *I criteri per la determinazione del premio nel caso di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.* — A fronte della pluralità di soggetti che sono chiamati ad operare un'attività di vigilanza amministrativa in tema di lavoro subordinato (v. anche

infra § 3), un ruolo di sicuro rilievo spetta all'INAIL, in quanto apparato istituzionale chiamato a riconoscere un indennizzo in caso di infortunio sul lavoro. In questa direzione, l'Istituto si attiva nella direzione della prevenzione, anche attraverso misure promozionali, che comportano un risparmio per le imprese (come, ad es., per il caso dei progetti di reinserimento lavorativo personalizzati di cui all'art. 1, comma 166, l. 23 dicembre 2014, n. 190).

A riguardo, in premessa, si deve ricordare come nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali di cui al d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, il contributo, che prende il nome di premio, al pari che per le compagnie private, viene ad essere liquidato sulla base dell'attività svolta in concreto dall'impresa. Esso, tuttavia, a differenza di quanto avviene nel normale contratto di assicurazione, viene calcolato non già in relazione alla concreta possibilità che il rischio assicurato si realizzi, ma sull'importo della retribuzione dei lavoratori aventi diritto alle prestazioni in caso di evento lesivo.

In altre parole, il tasso di determinazione del premio, che viene espresso in millesimi, non viene stabilito in misura fissa, ma variabile a seconda del grado di rischio, statisticamente accertato, delle lavorazioni svolte; la tariffa dei premi viene infatti ordinata secondo una classificazione tecnica delle lavorazioni che, a seguito del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, è oramai articolata ai fini tariffari su quattro gestioni: industria, artigianato, terziario, altre attività (credito, assicurazioni, enti pubblici). Tuttavia, all'interno di questa articolazione, il premio è calcolato in ragione della retribuzione e, quindi, in maniera del tutto differente dalle imprese private.

A riguardo, si deve tenere conto della circostanza che non è ammessa altra assicurazione se non quella attivata presso l'INAIL in via imperativa, per il solo fatto che sia stata prestata un'attività di lavoro (art. 2115 c.c.). E pure si deve ricordare che il monopolio attribuito dal legislatore italiano all'INAIL ha formato oggetto nel 2002 di una pronuncia da parte della Corte di giustizia europea, ad iniziativa di un gruppo di imprese che intendevano sottrarsi all'obbligo di versamento dei premi mercé l'iscrizione a forme di assicurazione gestite da imprese private, lamentando a riguardo la violazione dei principi comunitari di tutela della concorrenza (artt. 85 e 86 TCE, ora artt. 105-107 TFUE).

La Corte di Giustizia ha ritenuto però, in qual caso, che non sussista contrasto tra il regime interno e la normativa europea che proibisce l'abuso di posizione dominante, essendo la gestione dell'INAIL improntata a criteri di solidarietà, tali da escluderne il carattere di attività economica, propriamente intesa¹. E tanto proprio a ragione della considerazione che, ove mai si aprisse il mercato alla concorrenza delle assicurazioni private, si realizzerebbe un meccanismo di selezione "inversa", che lascerebbe a carico dell'ente pubblico i lavoratori a più alto rischio e a bassa retribuzione (mentre i dirigenti migrerebbero con facilità verso le compagnie private). Questa caratteristica, quindi, non consente di qualificare come impresa il servizio offerto dall'INAIL e legittima la presenza di un monopolio.

¹ Corte giust. UE, sez. V, 22 gennaio 2002, *Cisal contro Inail* (C-218/00), in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 462 ss. commentata da BONARDI, *Solidarietà versus concorrenza* nonché da BRINO, *La sentenza INAIL: spunti di riflessione*, in *Dir. relaz. ind.*, 2003, n. 1, p. 151 ss.; ed ancora da COGGIOLA, *La disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, n. 6, p. 1315 ss.

Né va dimenticato, all'esito di quanto ora si è detto, che non sarebbe facile attivare un sistema diretto a incrementare il premio in relazione al concreto profilo di rischio, secondo il modello del *bonus malus*, poiché soggetto assicurato è l'impresa e nulla impedisce che si realizzino cessioni dell'azienda o dei suoi rami proprio al fine di azzerare precedenti di segno negativo.

2. *L'adozione e l'efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione del rischio come condizione per la riduzione dei premi INAIL.* — In questo senso, oramai da molti anni si prevede che la misura dell'obbligo contributivo sia suscettibile d'oscillazione, in relazione all'effettiva situazione dell'azienda per quanto riguarda il rispetto delle norme di prevenzione ed anche in considerazione dell'andamento degli infortuni e delle malattie verificatesi in azienda: in questo modo il datore viene invogliato a predisporre quante più misure antinfortunistiche possibili, sulla base di meccanismi preordinati ad un'evidente fine di prevenzione generale.

Da ultimo, la materia è stata regolata con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze del 27 febbraio 2019, che reca le nuove tariffe dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, ai sensi dell'art. 1, co. 1121, l. 30 dicembre 2018, n. 145. Le oscillazioni sono collegate o all'utilizzo di specifici macchinari dotati di caratteristiche tecnologiche dirette alla riduzione del rischio, ovvero anche all'adozione ed efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione (MOG) del rischio in conformità alle previsioni dell'art. 30 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

Un ruolo di completamento della normativa è affidato alla circolare del Ministero del lavoro 11 luglio 2011 che, in particolare, richiama l'attenzione sulla sussistenza di procedure interne « per individuare e sanzionare i comportamenti » che possano favorire la commissione dei reati "presupposto", di cui all'art. 25-septies d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, come modificato dall'art. 300 del TUS (d.lgs. n. 81/2008), nonché sull'esigenza di un « sistema disciplinare ... definito e formalizzato dall'Alta Direzione aziendale e quindi diffuso a tutti i soggetti interessati » (datore di lavoro, dirigenti, preposti, lavoratori, organismo di vigilanza, auditor o gruppo di audit ove presente).

L'impianto che si è descritto già appariva regolato, nelle sue linee essenziali, dal d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626² in conseguenza della corretta applicazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., che, accedendo *ope legis* al contenuto del contratto individuale di lavoro, impone innanzi tutto un comportamento attivo orientato alla prevenzione, prima ancora di far sorgere l'obbligazione risarcitoria (e tanto, proprio in conseguenza dell'inadempimento del primo da parte dell'impresa). Solo che, come è stato concordemente notato, se le previsioni del TUS con riguardo al MOG sono dettagliate, assai più asciutte sono le previsioni quanto alla condotta richiesta all'O.d.V.

Ed inverso, mentre l'art. 30 d. lgs. n. 81/2008 (TUS) richiama analiticamente tutte le fasi necessarie ad assicurare a prevenzione del rischio (rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; valutazione dei rischi e predisposizione delle misure di prevenzione e

² E pure può aggiungersi che il sistema della responsabilità da reato già era fatto oggetto di ampia analisi, in relazioni alle suggestioni che provenivano da altri ordinamenti: v. già SMURAGLIA, *Le sanzioni penali nella tutela del lavoro subordinato*, in AA.VV., *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato. Atti del VI convegno AIDLaSS*, Giuffrè, 1979, pp. 59-91 (v. in part. p. 79 ss.).

protezione conseguenti; valutazione dei rischi di natura organizzativa; sorveglianza sanitaria; informazione e formazione dei lavoratori; vigilanza sull'operato dei lavoratori; acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie), assai più reticente è sulle condotte che sono in concreto richieste all'O.d.V. al fine di assicurare una efficace attuazione. Ed invero, al termine della lunga elencazione di cui al comma 1 (che poc'anzi si è sintetizzata), la norma citata solo si limita ad aggiungere, alla lett. h), che si provveda a « periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate ».

Eppure, le riduzioni che possono conseguire all'adozione di un MOG non sono trascurabili, posto che, a seconda delle dimensioni dell'impresa, si può giungere sino a un abbattimento del 28% dell'importo altrimenti dovuto a titolo di premio.

Fatte queste premesse di ordine generale, si deve aggiungere che la sentenza, invero, non si segnala per le sue indicazioni, posto che, come si vedrà dalla lettura delle sue motivazioni, l'O.d.V. era parso completamente assente su questo fronte e l'attività documentata appariva poco idonea a dar prova di un'effettiva opera di controllo e monitoraggio.

In questo senso pure si deve ricordare che l'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 fornisce indicazioni solo in via di principio rinviando ad un completamento anche attraverso il riferimento a fonti di natura privata, quali concretizzazioni di una valutazione condotta da operatori esperti, idonea a concretizzare la diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.

In questo senso l'art. 30 cit. prevede, innanzi tutto, l'adozione d'idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività necessarie alla sua adozione ed attuazione (comma 2) così da consentire con facilità una verifica solo documentale. Si richiede poi (comma 3) che il modello organizzativo debba indicare, secondo la natura e dimensioni dell'impresa e il tipo di attività svolta, « un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio »; al contempo, si impone l'adozione di « un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello » e cioè in ordine a quegli aspetti che già sono stati richiamati quando si è fatto cenno al ruolo dalla circolare del Ministero del lavoro 11 luglio 2011.

Ed invero la circolare è stata emanata anche al fine di fare da raccordo fra le previsioni del comma 5 e la possibilità di un adeguamento del modello alla concreta realtà aziendale, che pare imposta dalla logica stessa di un modello tagliato su misura della realtà produttiva. Infatti, in via di prima applicazione, la norma citata stabilisce che « i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti » (art. 30, comma 5, TUS). La circolare, dunque, richiama ed esamina questi due documenti, mentre, per il momento sembra restare senza seguito, quella parte del comma ora citato che pure consente che la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, di cui all'articolo 6 TUS, possa elaborare altri modelli.

Appare certo però che il modello che il legislatore ha in testa è caratterizzato da un'attività continua di verifica e ricalibratura, tanto che al comma 4 dell'art. 30 si impone l'adozione di « un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate », imponendo altresì il riesame e l'eventuale modifica « quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in

occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico ». Invero, non siamo troppo lontani dalla regola del tecnologicamente possibile che governa la responsabilità dell'impresa a mente dell'art. 2087 c.c., anche se si deve aggiungere che, da una norma diretta ad individuare *ex ante* standard di comportamento (e dalle fonti secondarie chiamate al suo completamento), ci si aspetterebbe una maggiore precisazione quanto agli obblighi che devono in concreto rispettarsi.

3. *Recenti sviluppi del sistema ispettivo.* — Il vero è che negli ultimissimi anni, anche in conseguenza dei rilievi formulati nei riguardi della legislazione italiana in sede internazionale³, l'attività ispettiva è stata fortemente rafforzata, sia sul piano del personale assunto (grazie anche ai fondi del PNRR), sia in relazione ad un apparato normativo che è stato recentemente rivisto dal d.l. 2 marzo 2024, n. 19 (poi convertito, con modificazioni, in l. 29 aprile 2024, n. 56).

A riguardo forse è utile precisare che, nel corso della penultima sessione della Conferenza Internazionale del lavoro tenutasi nel 2023 a Ginevra, all'Italia (che ha ratificato nel 1952 la convenzione OIL n. 81 del 1947, in tema di ispezioni del lavoro nonché, nel 1981, la convenzione OIL n. 129 del 1969, dedicata in maniera specifica all'agricoltura), è stato chiesto conto delle inefficienze dei servizi ispettivi e, innanzi tutto, del fatto che questi abbiano in forza un ridotto numero di addetti e che, di conseguenza, modestissimo sia il numero delle ispezioni annualmente eseguite. Inoltre, poiché le Convenzioni OIL individuano chiaramente nel lavoratore il soggetto cui si indirizza la tutela dell'azione pubblica, a lungo si è dibattuto in sede internazionale del fatto che gli ispettori italiani non svolgano efficacemente il loro ruolo di contrasto al caporalato e agli inadempimenti anche più elementari dei datori di lavoro.

Non deve sorprendere, quindi, se, fra le varie misure adottate con il d.l. n. 19/2024 di cui sopra, si è pure previsto che la certificazione di regolarità contributiva (DURC) fosse oramai estesa anche alla verifica del rispetto della normativa antiinfortunistica.

L'art. 29 del d.l. n. 19/2024, al comma 1, infatti, integra la disciplina del DURC richiedendo che, perché le imprese possano mantenere i benefici fiscali e previdenziali previsti dalle leggi speciali, in sede ispettiva dovrà verificarsi non solo il puntuale versamento dei contributi INPS, ma altresì il rispetto delle più importanti prescrizioni in tema di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro, secondo una *check-list* che dovrà individuarsi ad opera di un decreto ministeriale di futura emanazione (e che certo non potrà che tenere conto di quanto già ora previsto dal citato art. 30 del d.lgs. n. 81/2008).

Questo sistema ha trovato particolare successo sul piano della riscossione della contribuzione INPS, quasi da mettere in secondo piano i sistemi di rafforzamento del credito dell'istituto previdenziale, che pure in passato si sono giovati della società Equitalia. Ed invero il meccanismo del "documento unico di regolarità contributiva" è tale che, a fronte di una violazione degli obblighi di legge o delle previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro, l'Istituto previdenziale è legittimato a far venir meno il godimento dei benefici sul piano contributivo, richiedendo le somme di cui al contrario l'impresa aveva beneficiato in termini di sgravi.

La norma ora introdotta, peraltro, amplia la portata sanzionatoria che consegue all'accertamento di segno negativo, non solo perché estende il campo di verifica ai profili di tutela della salute e sicurezza, ma anche perché, a fronte di una singola violazione, fa venir meno i benefici relativi a tutti i lavoratori, e dunque produce effetto anche per

³ In *normlex.ilo.org*.

quelle categorie o gruppi di lavoratori, per i quali il controllo ispettivo non abbia eventualmente rilevato alcuna irregolarità.

Peraltro, mentre sul piano della regolarità contributiva resta la possibilità per le imprese di procedere ad una sanatoria *ex post* delle norme violate, con un pagamento tardivo, si specifica ora che non è possibile l'integrale recupero dei benefici perduti, nel caso in cui questi siano stati erogati in presenza di violazioni che non possono più essere oggetto di regolarizzazione (perché ad es. relative a condotte oramai trascorse o, come si suol dire, "esaurite").

In questi casi, infatti, non opera la regola generale per cui, una volta rilevata un'irregolarità relativa alla disciplina del rapporto di lavoro, l'Ispettorato, mediante diffida o "prescrizione obbligatoria" assegna un termine per porvi rimedio (ovvero concede 30 giorni per il versamento dei contributi previdenziali omessi). Al contrario, essendo oramai impossibile un intervento di messa in regola, perché la condotta illegittima si è oramai "esaurita", il pagamento tardivo può dar luogo al recupero dei benefici perduti, solo nella misura del doppio dell'importo sanzionatorio oggetto di verbalizzazione (art. 1175-bis della legge 27 dicembre 2006, n. 296, introdotto dal comma 1, lett. b) dell'art. 29 del decreto ora in esame). Ed evidente deve apparire come, specie nelle imprese di maggiori dimensioni, l'importo del beneficio perso può essere ben maggiore di quanto eventualmente si possa recuperare in via di sanatoria postuma.

Un sistema, insomma, che sembra imporre il più attento rispetto delle norme di condotta ma che, per non apparire draconiano nella sua severità, avrebbe bisogno di una più chiara e puntuale funzione di sostegno e guida da parte delle fonti secondarie, ed *in primis* da parte del Ministero del lavoro.

VINCENZO FERRANTE *

103

Bibliografia

- CHILLOSI, RICCARDI e URCIUOLI, *La responsabilità penale della persona giuridica*, in Strozzi (a cura di), *Lineamenti di diritto della sicurezza sul lavoro*, Le Monnier Università, 2023, pp. 277-335.
- CORSO, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2015.
- D'AQUARONE - ROSCINI-VITALI R., *Vademecum per la progettazione del modello ex art. 30 d. lgs. 81/2008*, in Strozzi (a cura di), *Lineamenti di diritto della sicurezza sul lavoro*, Le Monnier Università, 2023, pp. 336-368.
- FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1249-1298.
- GUARINIELLO, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato*, Wolters Kluwer, 11^a ed., 2020.
- MANES - TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in Centonze - M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità « penale » degli enti: dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016;
- MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in Stile - Fiorella - Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di*

(*) Professore ordinario di diritto del lavoro nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano.

TRIBUNALE DI UDINE

adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla « colpa » dell'ente, Jovene, 2014.

SMURAGLIA, *Le sanzioni penali nella tutela del lavoro subordinato*, in AA.Vv., *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato. Atti del VI convegno AIDLaSS*, Giuffrè, 1979, pp. 59-91.

TORRE, *Il modello di organizzazione e gestione in materia di sicurezza sul lavoro*, in Amendola - Calafiore - Cavallaro (coordinato da), *Previdenza, assistenza e sicurezza sociale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, pp. 1307-1334.

DE SANTIS, *Il rilancio dell'obbligo di sicurezza del lavoro dopo covid-19: profili punitivi (individuali e collettivi) della gestione del rischio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, n. 6-7, p. 1650 e ss. e p. 2040 ss.

ZINI, *La domanda di riduzione del tasso medio INAIL per interventi di prevenzione*, in *ISL*, 2010, n. 1, 9 ss.

CASSAZIONE PENALE

Sez. VI, 20 giugno 2024 (dep. 25 luglio 2024) n. 30604

Responsabilità degli enti - D.lgs. n. 231/2001 - Confisca - Sanzioni - Patteggiamento - Poteri del giudice.

Nel caso di definizione del procedimento a carico dell'ente con l'applicazione della sanzione su richiesta, le parti devono ricomprendere nell'accordo non solo la sanzione pecuniaria e, se prevista, quella interdittiva, in relazione alle quali dovrà anche applicarsi la riduzione premiale per il rito, ma anche la determinazione, nell'an e nel quantum, della confisca, trattandosi di sanzione principale, in relazione alla quale non è prevista alcuna espressa esclusione dall'accordo sulla base dell'art. 63 d.lgs. n. 231/2001.

Spetta al giudice verificare non solo l'adequatezza delle sanzioni pecuniarie e interdittive, ma anche la corrispondenza della confisca concordata al profitto dell'illecito effettivamente conseguito, al netto delle eventuali restituzioni in favore del danneggiato, e, qualora il giudice ritenga non corretto l'accordo in ordine alla confisca, deve rigettare in toto la richiesta di patteggiamento.

RITENUTO IN FATTO. — *Omissis.*

CONSIDERATO IN DIRITTO. — [...] 3. Il ricorso proposto dal ricorrente, lì dove va a sindacare il potere di quantificazione del profitto confiscato e la corretta determinazione dello stesso da parte del giudice, implica la risoluzione di una questione preliminare e assorbente, concernente la struttura dell'istituto dell'applicazione della pena nell'ambito del procedimento a carico degli enti ex d.lgs. n. 231 del 2001.

L'accordo raggiunto tra il pubblico ministero e l'ente ha avuto ad oggetto la sola sanzione pecuniaria, che è stata determinata nel quantum e successivamente ri-

dotta nella misura di 1/3 ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001. Le parti hanno omissso di stabilire l'an e il quantum della confisca del profitto del reato, senza che dagli atti emerga se si sia trattato di una scelta consapevole, ovvero dell'implicita e condivisa tesi che tale misura sanzionatoria non fosse rimessa all'accordo delle parti.

3.1. Questa Corte ritiene che il problema in ordine alla necessità che la confisca del profitto dell'illecito debba rientrare nell'accordo sulla "sanzione" rappresenti un elemento dirimente.

[...]

3.2. A fronte della incontrovertita natura di sanzione principale della confisca, il

CASSAZIONE PENALE

tema relativo alla necessità che l'accordo delle parti si estenda o meno anche a tale peculiare sanzione non risulta adeguatamente approfondito.

[...]

In giurisprudenza, si registra un isolato e risalente precedente secondo cui con la sentenza di patteggiamento emessa nel procedimento a carico degli enti il giudice deve sempre applicare anche la sanzione della confisca, eventualmente nella forma per equivalente, del profitto del reato presupposto, rimanendo irrilevante che la stessa non sia stata oggetto dell'accordo intervenuto tra le parti (Sez. 2, n. 20046 del 4/2/2011, Marone, Rv. 249823).

[...]

3.3. Si tratta di principi che non sono esportabili nel procedimento a carico degli enti senza verificarne la compatibilità con la specificità del sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Si ritiene, infatti, che l'espressa qualificazione normativa della confisca — diretta e per equivalente — quale sanzione principale, impone di estendere ad essa l'accordo sulla "pena".

[...]

Nel caso della confisca ex artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231 del 2001, in considerazione della natura obbligatoria, le parti non potranno concordarne l'esclusione, se non nei casi in cui si ritenga che l'illecito non ha prodotto alcun profitto per l'ente, mentre dovrà sempre rientrare nell'oggetto dell'accordo la quantificazione della misura ablatoria, sia essa diretta o per equivalente.

In buona sostanza, l'accordo sulla "sanzione" e, quindi, anche su quella particolare figura costituita dalla confisca, consente alle parti di sottoporre al giudice una proposta che copra l'intero trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 9 cit.

Qualora il giudice ritenga che le parti sono addivenute all'erronea esclusione della confisca, individuando l'esistenza di un profitto derivante dall'illecito, ovvero nel caso in cui ritenga incongrua la quantificazione della confisca, dovrà rigettare l'accordo sulla pena.

Viceversa, deve escludersi la possibilità che le parti non si accordino sulla confisca, rimettendone la determinazione al giudice, proprio perché in tal modo il patteggiamento risulterebbe parziale, non comprendendo tutte le sanzioni normative previste per l'illecito dell'ente.

La negoziabilità della confisca e i limiti del sindacato giurisdizionale sull'ablazione patrimoniale nel patteggiamento dell'ente

The bargaining and the limits to the judicial review on the confiscation in the plea agreement settled by the company

Abstract

La nota commenta la pronuncia con cui la Cassazione è tornata a esprimersi — in maniera compiuta — sui rapporti tra il patteggiamento dell'ente incolpato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e la sanzione della confisca, definendo i confini dei poteri negoziali attribuiti alle parti del processo *de societate*, da un lato, e i limiti che incontra il sindacato del giudice penale dinanzi all'accordo finalizzato all'applicazione della sanzione su richiesta a carico dell'ente.

La Cassazione opera un delicato bilanciamento della disciplina sul patteggiamento dell'ente, attuando un'armonizzazione tra i poteri dispositivi che le parti processuali esercitano ai fini del raggiungimento dell'accordo sulla sanzione, gli oneri che gravano sulle stesse dal punto di vista della "copertura" e dell'estensione della volontà negoziale e le prerogative del giudice chiamato a valutare, ratificando, la congruità del complessivo trattamento sanzionatorio concordato nella proposta di patteggiamento.

Abstract

The paper comment the above judgement of the Court of Cassation, dealing with the relationship between the company plea bargain under Legislative Decree n. 231 of 2001 and the confiscation, which examines the powers granted to the parties of the proceeding against company and the limits to the judicial review of the agreement settled by the company and the public prosecutor. The Court balanced the legal provisions on the company plea agreement, by harmonizing the bargaining powers that the parties are entitled with and the judicial powers related to the lawfulness of the sanction imposed by the sentence.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il patteggiamento dell'ente come "giano bifronte": da modello alternativo di definizione del procedimento *de societate* ad antidoto alla "chimera" dell'esimente del modello organizzativo. — 2. La "geometria variabile" della confisca negoziata nel patteggiamento dell'ente. Poteri dispositivi delle parti e poteri officiosi del giudice. — 3. Confisca a carico dell'ente e negozialità "attenuata". — 4. Conclusioni.

SUMMARY: 1. Introduction. The company's plea bargain as Janus-faced: alternative trial model and antidote to the chimera of compliance programs-base exemption from liability. — 2. The variable geometry of the confiscation agreed by company in the plea bargain. Disposal powers of the parties and ex officio powers of the judge. — 3. Company confiscation and mitigated bargaining. — 4. Conclusions.

1. *Premessa. Il patteggiamento dell'ente come "giano bifronte": da modello alternativo di definizione del procedimento de societate ad antidoto alla "chimera" dell'esimente del modello organizzativo.* — L'applicazione della sanzione su richiesta delle parti nel procedimento *de societate* — in breve, il patteggiamento dell'ente — costituisce un istituto affatto peculiare nel contesto della disciplina processuale dedicata dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ai procedimenti speciali (Sezione VI).

Se, infatti, gli altri riti alternativi espressamente codificati dal d.lgs. n. 231/2001 nell'ambito del procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni connesse alla responsabilità della *societas* — giudizio abbreviato (art. 62) e procedimento per decreto (art. 64 d.lgs. n. 231/2001) — trovano uno svolgimento normativo tutto sommato lineare e, tutt'al più, in forza del principio di complementarietà, implicano forme di coordinamento e di eterointegrazione con la disciplina codicistica ordinaria consentite ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 231/2001 (oltre che imposte dalle rispettive disposizioni regolatrici), la disciplina del patteggiamento dell'ente presenta caratteri del tutto peculiari sia per quanto riguarda la fase statica (presupposti di applicazione) che dinamica (sequenza procedimentale) del rito speciale.

Proprio il tratto di marcata "specialità" — sia consentita l'espressione — di questo rito speciale pone all'interprete una serie di problematiche interpretative — qual è quella oggetto della sentenza in commento, afferente alla definizione del trattamento sanzionatorio dell'ente in punto di confisca "negoziata" — che impongono un preliminare inquadramento della disciplina del patteggiamento posta all'interno del "microcodice" del d.lgs. n. 231/2001.

Dal punto di vista della disciplina "statica", in particolare, il d.lgs. n. 231/2001, pur svolgendo un ampio rinvio alla normativa codicistica ordinaria (ossia alle disposizioni del Libro VI, Titolo II del Codice di procedura penale « in quanto compatibili »), nondimeno individua alcuni specifici presupposti di applicazione del patteggiamento *de societate*, che attuano una parziale divaricazione rispetto al modello procedimentale alternativo previ-

CASSAZIONE PENALE

sto per la persona fisica ¹, all'insegna di una connessione gradatamente crescente rispetto alla reg Giudicanda individuale.

L'art. 63 d.lgs. n. 231/2001 stabilisce anzitutto — all'insegna del massimo grado di autonomia della vicenda processuale dell'ente — che l'applicazione della sanzione su richiesta è ammessa se per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria, nella prospettiva — riconosciuta dalla stessa Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001 — di limitare la praticabilità del rito alle sole ipotesi di non elevata gravità (proprio come, tra l'altro, l'art. 444, comma 1, c.p.p. riconosce suscettibili di patteggiamento da parte della persona fisica, senza limiti di sorta, le pene della multa e dell'ammenda).

È discusso, in tal senso, se la previsione di tale presupposto applicativo sia collegato, in senso restrittivo, all'astratta comminatoria edittale (cioè ritenendo patteggiabili soltanto quegli illeciti che il legislatore ha sanzionato con la sola pecuniaria) ovvero se, in un'ottica di *favor* per l'estensione del rito speciale, il riferimento alla "previsione" della pena pecuniaria non escluda la concorrenza, a livello edittale, di sanzioni interdittive che, nel caso concreto, risultino elise vuoi per assenza dei presupposti dettati dall'art. 13 d.lgs. n. 231/2001, vuoi per il ricorrere della causa di esclusione connessa alla realizzazione delle "condotte riparatorie" dell'art. 17 d.lgs. n. 231/2001.

La connessione con la vicenda processuale della persona fisica, invece, trova espressione nelle altre due casistiche applicative del patteggiamento dell'ente — che consentono di bypassare, ponendosi in rapporto di alternatività, il primo requisito restrittivamente ricavato sulla comminatoria edittale — le quali ricorrono, rispettivamente, quando il giudizio nei confronti della persona fisica è definito, contestualmente o separatamente ², con analoga sentenza di patteggiamento; oppure se il giudizio nei confronti della persona fisica, pur non esitando in una soluzione negoziale, comunque, sarebbe definibile a norma degli artt. 444 ss. c.p.p., esigendosi in tale ipotesi una prognosi del giudice penale non scevra da difficoltà in ordine alla patteggiabilità del reato ³.

Comune a tutte le ipotesi, in ogni caso, è lo sbarramento normativo — presente anche nella disciplina sul giudizio abbreviato (art. 62, comma 4, d.lgs. n. 231/2001) — che

¹ Per un'ampia disamina dei presupposti applicativi del patteggiamento dell'ente, da ultimo, PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 3^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, 2025, p. 441 ss. Cfr. anche BONETTI, *I procedimenti speciali*, in A. Bernasconi (a cura di), *Il processo penale* de societate, Giuffrè, 2006, p. 313 ss.; BONETTI, sub art. 63, in Presutti-A. Bernasconi-Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, 2008, p. 541 ss.; GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. VII, Utet, 2011, p. 1095 ss.; IANNINI, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da Levis-Perini, sub Art. 63, Zanichelli, 2014, p. 1231 ss.; MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2010, p. 671 ss.; MARCOLINI, in *Enti e responsabilità da reato*, curato da Cadoppi-Garuti-Veneziani, sub Art. 63 *Applicazione della sanzione su richiesta*, Utet, 2010, p. 691 ss.

² In tal senso, PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, 2006, p. 231. Secondo MARCOLINI, sub Art. 63, cit., p. 692 ss., invece, il riferimento all'avvenuta definizione del giudizio « induce a ritenere che la sentenza di patteggiamento emessa nei confronti dell'imputato debba essere passata in giudicato », laddove, per il caso di richiesta di patteggiamento dell'ente contestuale a quella della persona fisica, si ricadrebbe nel campo di applicazione del diverso requisito della "definibilità".

³ Sul punto, cfr. MANCUSO, in *Codice di procedura penale commentato*, curato da Giarda-Spangher, sub art. 63 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Ipsoa, 3^a ed., 2007, p. 7253.

osta all'ammissibilità del rito speciale qualora il giudice, in concreto, ritenga di applicare a carico dell'ente una sanzione interdittiva in via definitiva (ad esempio, perché trattasi di ente, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 231/2001, "intrinsecamente criminoso").

Se la panoramica svolta sui requisiti di ammissione fornisce riscontro circa la caratterizzazione del patteggiamento dell'ente quale *lex specialis* all'interno della disciplina sui procedimenti alternativi, ciò nondimeno non ne ha minato le *chance* di successo applicativo, dal momento che l'esperienza delle aule giudiziarie mostra — con il supporto di dati statistici purtroppo oggi ancora molto limitati su base territoriale ⁴ — come la scelta dell'ente di concordare la sanzione con il pubblico ministero rappresenti un epilogo assai comune, tanto nel caso di *simultaneus processus* quanto nell'ipotesi in cui la regiducanda dell'ente proceda su un sentiero separato o autonomo (art. 8 d.lgs. n. 231/2001) rispetto a quella della persona fisica.

D'altra parte, è un dato noto e condiviso tra gli operatori giuridici che il patteggiamento dell'ente abbia subito rapidamente un processo di trasmutazione della propria natura e funzione, da "ordinario" modello (benché alternativo) di definizione del procedimento a carico della *societas* incolpata, rispondente a logiche di deflazione del carico giudiziario, a scelta processuale spesso privilegiata nell'ambito della strategia difensiva dell'ente collettivo, in quanto capace di associare ai benefici premiali tipicamente connessi al rito (necessariamente "attenuati", per limiti connaturati alla fisiologia dell'ente, rispetto a quelli conseguibili dalla persona fisica in base alla disciplina degli artt. 444 ss. c.p.p.) un effetto di economia dei tempi del processo, nei termini della celere definizione della posizione dell'ente attraverso il *commodus discessus* della sanzione concordata, ciò anche in una chiave di tutela reputazionale della persona giuridica (che auspica per tale via, soprattutto in vicenda accompagnate da una notevole eco, una fuoriuscita dal palcoscenico del "processo mediatico").

In una diversa prospettiva — che si potrebbe definire "utilitaristica" — l'opzione da parte dell'ente per la soluzione patteggiata può senz'altro rispondere a una valutazione di stampo prettamente opportunistico, che, anche in ragione della recente elisione degli effetti extrapenalici della sentenza di patteggiamento introdotta dalla riforma "Cartabia" (di cui all'odierno art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p., come sostituito dall'art. 25, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), consente di fatto, soprattutto agli enti di medie e grandi dimensioni — in grado di assorbire più facilmente il peso di sanzioni pecuniarie anche considerevoli — di imputare a voci di costo aziendale il carico sanzionatorio irrogato all'esito del patteggiamento e, così, di evitare gli incerti e imprevedibili esiti del giudizio dibattimentale nei confronti dell'ente.

Il patteggiamento dell'ente, pertanto, tutt'oggi rappresenta la "cartina di tornasole" del sostanziale fallimento del paradigma ascrittivo della responsabilità degli enti ideato nel lontano 2001 — consacrato dai numeri statistici (pur ridotti) allo stato disponibili —

⁴ Dai dati raccolti nell'ambito del progetto di ricerca dell'Osservatorio sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano in materia di d.lgs. n. 231/2001 (relativo ai provvedimenti resi in sede di cognizione dal Tribunale di Milano nel periodo 2016-2021 in materia di responsabilità degli enti) e illustrati in occasione del Convegno dello scorso 19 dicembre 2023 (organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano) è emerso — sul campione di pronunce esaminato (228 provvedimenti) — nel 32% dei casi il procedimento a carico dell'ente (o, comunque, di almeno un ente coinvolto nei casi di processi cumulativi) si è concluso con una sentenza di patteggiamento, per un totale di 94 enti sul totale dei 160 enti condannati (e sul complessivo di 343 enti incolpati).

CASSAZIONE PENALE

atteggiandosi alla stregua di una “fisiologica” risposta degli enti colpiti dalla scure del procedimento penale dinanzi alle prospettive, assolutamente marginali se non nulle, di conseguire un esito assolutorio connesso al positivo apprezzamento giudiziale circa l’idoneità del proprio modello organizzativo rispetto ai requisiti dettati, in via generale, dagli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001 e, nella speciale *sedes materiae* della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, dall’art. 30 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

In tal senso, la dottrina⁵ ha condivisibilmente osservato che la scelta del patteggiamento da parte dell’ente « non si spiega solo con il desiderio di “ripartire al più presto”, di uscire dal cono di attenzione dei *mass media*, di pagare al massimo un milione e mezzo di euro a titolo di sanzione pecuniaria ed evitare le forche caudine delle interdittive nel segmento cautelare », bensì « funziona come meccanismo di riduzione della complessità e di composizione del disordine », giacché, « [o]ltre a contribuire alla gestione dell’alea processuale, aiuta a contenere l’incertezza sui tempi e sui costi della *compliance*, e a cercare di sgusciar via, per quanto possibile, da quello che talvolta sembra un destino già segnato di responsabilità oggettiva, dove trionfa la logica retrospettiva del senno di poi: la commissione del reato presupposto implica, come un automatismo, il *deficit* organizzativo ».

Il patteggiamento *de societate*, nel contesto dell’applicazione sinora maturata sul d.lgs. n. 231/2001, trova quale motivazione di fondo — secondo la citata dottrina — « l’incertezza che avvolge la categoria della colpa di organizzazione e le difficoltà probatorie che s’incontrano nell’attestare che si è fatto tutto il possibile per farsi trovare perfettamente organizzati all’appuntamento con il reato presupposto », fattori che « so-spingono opportunisticamente a trovare un’intesa che metta fine alla partita processuale, se del caso accompagnata dalla revisione del modello, che in un’ottica *ex post* godrà del sigillo giudiziale, da spendere anche *pro futuro* ».

In breve, « il rischio che la disorganizzazione abbia agevolato la commissione di un reato nell’interesse o a vantaggio dell’ente è gestito sfruttando una “finestra di recupero”, aperta dal rito contratto, nella quale il rischio viene monetizzato per evitare guai peggiori all’ente ».

Se questo è il retroterra concettuale e applicativo della disciplina sul patteggiamento dell’ente, di particolare interesse e rilevanza appare la sentenza della Cassazione in commento, dedicata al versante “dinamico” della normativa processuale e, nello specifico, al tema dei rapporti tra la pronuncia di patteggiamento e la statuizione inerente alla confisca del profitto (artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231/2001), considerato che l’opportunità per l’ente incolpato di optare per una soluzione concordata delle sanzioni è certamente legata a doppio filo alla concreta “prevedibilità” e, quindi, “accettabilità” del trattamento sanzionatorio complessivamente destinato a essere applicato all’esito del sindacato del giudice penale, in una logica di bilanciamento tra costi e benefici derivanti dall’accesso al rito.

Trova così ingresso, nella discussione sulla confisca “negoziata” dall’ente in sede di patteggiamento, l’esigenza più ampia di definire, in via preventiva, l’assetto degli equilibri tra il potere delle parti di disporre in ordine al carico delle sanzioni da concordare per l’ente e il potere del giudice di sindacare detto accordo, se del caso intervenendo d’ufficio sull’*an* e sul *quantum* delle sanzioni da applicare su base consensuale.

⁵ CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell’ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 1, p. 164 ss.

2. La “geometria variabile” della confisca negoziata nel patteggiamento dell’ente. *Poteri dispositivi delle parti e poteri officiosi del giudice.* — Una delle tematiche maggiormente discusse nell’ambito della disciplina sul patteggiamento *de societate* — come detto poco sopra — attiene alla determinazione del perimetro entro il quale le parti chiamate a concludere l’accordo sulla sanzione, prima, e il giudice chiamato a verificare la congruità della sanzione concordata, poi, possano incidere sulle statuizioni della sentenza di patteggiamento afferenti alla confisca ⁶.

La pronuncia in commento si segnala proprio perché la Cassazione è stata chiamata a sciogliere il nodo controverso relativo ai limiti che il potere “negoziale” delle parti processuali incontra in fase di determinazione consensuale della sanzione nei confronti dell’ente e al connesso potere del giudice di incidere sulla proposta di sanzione a lui sottoposta, in un caso in cui l’accordo raggiunto tra il pubblico ministero e l’ente incolpato aveva riguardato soltanto la sanzione pecuniaria da irrogare all’ente e — non è chiaro se per scelta ponderata (nei termini di un apprezzamento negativo circa l’esistenza di un profitto confiscabile o sul presupposto « che tale misura sanzionatoria non fosse rimessa all’accordo delle parti ») o se per mera dimenticanza delle parti — non aveva preso in considerazione l’an e il *quantum* della confisca del profitto del reato e, per tale motivo, pur se ratificato in punto di sanzione pecuniaria, era stato “integrato” dal giudice dell’udienza preliminare con la statuizione sulla confisca ⁷.

Si trattava, in breve sintesi, di una fattispecie in cui la negoziazione tra le parti del processo aveva prodotto un accordo — nella prospettiva del giudice chiamato a sindacarne la congruità — monco, in quanto mancante di una parte essenziale afferente a una sanzione da ritenersi a tutti gli effetti principale, la quale, per tale ragione, avrebbe imposto un previo confronto e la successiva convergenza delle rispettive volontà delle parti.

Il punto « dirimente » scrutinato dalla Cassazione riguardava, pertanto, la « necessità che la confisca del profitto dell’illecito debba rientrare nell’accordo sulla “sanzione” » e, in via consequenziale, in caso di risposta positiva, l’esistenza e gli eventuali limiti all’esercizio della prerogativa giudiziale di integrare o, addirittura, di surrogare una volontà delle parti inespressa o comunque espressa in maniera carente sul profilo della confisca.

⁶ Per un’analisi aggiornata del dibattito, M. PICOTTI, in *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti - d.lgs. 231/2001*, curato da Stanpanoni Bassi-Meazza, sub Art. 63, Pacini Giuridica, 2024, 2ª ed., p. 593 ss.; SANTI, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da Levis-Perini, sub *Articolo 63*, Zanichelli, 2021, p. 1587 ss.

⁷ Nel caso di specie, si verteva in ordine all’individuazione e alla quantificazione del profitto derivante dal reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-ter c.p., costituente reato presupposto ai sensi dell’art. 24 d.lgs. n. 231/2001), commesso attraverso l’accesso e l’ottenimento di un finanziamento di 30.000 euro, erogato da un istituto di credito, in base alla normativa emergenziale Covid-19, usufruendo del Fondo di garanzia per le PMI e finalizzato a garantire all’impresa la necessaria liquidità per il pagamento di fornitori e dipendenti, il quale era successivamente distratto dall’amministratore della società per l’acquisto di un immobile. Nel “silenzio” dell’accordo raggiunto tra pubblico ministero ed ente incolpato, la sentenza di patteggiamento aveva nondimeno disposto anche la confisca del profitto del reato, ai sensi dell’art. 19 d.lgs. n. 231/2001, per il corrispondente valore di 30.000 euro, pari all’importo del finanziamento ed era stata perciò impugnata dalla società sotto il profilo dell’erronea individuazione e quantificazione del profitto.

CASSAZIONE PENALE

La risposta a simili quesiti, secondo la Corte, non può che muovere dall'inquadramento sistematico della confisca, che la disciplina sulla responsabilità "da reato" degli enti — al netto della peculiare previsione della confisca "riequilibratrice" dell'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231/2001 — qualifica espressamente come sanzione principale, autonoma e obbligatoria (art. 9, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 231/2001)⁸.

Sotto questo profilo, si rileva che il d.lgs. n. 231/2001 segna una marcata differenza rispetto alla normativa "ordinaria" in tema di confische, sempre che, beninteso, sia effettivamente consentito rinvenire i tratti unitari di una simile disciplina, stante la sterminata costellazione di ipotesi di confisca, del tutto eterogenee, previste dal Codice penale e dalle leggi speciali.

In primo luogo, infatti, non è in discussione che la confisca del profitto disposta a carico dell'ente in caso di condanna per l'illecito amministrativo dipendente da reato (eventualmente suscettibile di anticipazione mediante un provvedimento cautelare di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 231/2001) costituisca una sanzione in senso proprio, dotata di una portata autenticamente punitiva⁹; pur se, sotto questo

⁸ In tal senso, si rinvia alla nota pronuncia di Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Impianti s.p.a., in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4544 ss., con nota di PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite* (ampiamente commentata anche da MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1758 ss., e da LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, *ivi*, 2008, n. 4, p. 1788 ss.). Con riferimento alla confisca per equivalente, Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland s.p.a., in *Cass. pen.*, 2016, n. 7-8, p. 2893 ss., con nota di ROMANO, *confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, ha affermato che la confisca per equivalente, in quanto sanzione principale ed autonoma, è obbligatoria, al pari di quella diretta, atteso che il ricorso da parte del legislatore, nel secondo comma dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, alla locuzione "può", non esprime l'intenzione di riconoscere a essa natura facoltativa, ma la volontà di vincolare il dovere del giudice di procedervi alla previa verifica dell'impossibilità di provvedere alla confisca diretta del profitto del reato e dell'effettiva corrispondenza del valore dei beni oggetto di ablazione al valore di detto profitto (in senso conforme, Cass. pen., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, Fallimento Tecno Hospital s.r.l., in *Guida dir.*, 2013, n. 22, p. 67).

⁹ Secondo Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2014, n. 53430, in *C.E.D. Cass.*, 2015, la confisca prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001 « si presenta come uno strumento innovativo, eccentrico rispetto al perimetro della tradizionale misura di sicurezza patrimoniale prevista dal codice penale: ed invero, l'istituto è stato espressamente inserito dal legislatore nel novero delle sanzioni principali delineate nell'art. 9, del Decreto n. 231, ha dunque una valenza esplicitamente punitiva, andando a comporre l'armamentario delle sanzioni applicabili all'ente, ed, in quanto sanzione, presuppone inderogabilmente la pronuncia della sentenza di condanna. Al pari delle sanzioni pecuniarie ed interdittive e della pubblicazione della sentenza, la confisca sanzione ha natura obbligatoria [...], prerogativa che contribuisce ad enfatizzarne il carattere punitivo ». Per una diversa lettura della confisca prevista dagli artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231/2001 come misura di carattere espropriativo-ripristinatorio, cfr. recentemente KELLER, *La confisca*, in Putinati-Keller, *La responsabilità delle società*, Pacini Giuridica, 2024, p. 99, che ne pone in evidenza il fine di « azzerare il vantaggio positivo (c.d. funzione zeroing) ottenuto illecitamente dall'ente ed imporre l'internalizzazione del costo-reato, facendo subire all'ente il peso dell'eliminazione delle conseguenze economiche positive di cui ha beneficiato così da ripristinare lo stato economico-patrimoniale precedente alla commissione del reato ».

aspetto, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale¹⁰ in materia di confische sia già piuttosto progredito nel riconoscere che anche la misura ablatoria connessa al reato della persona fisica, a seconda dei casi, possa assumere natura propriamente sanzionatoria (confisca-sanzione), distinguendosi dalle altre forme di confisca aventi le più disparate finalità (misura di sicurezza, misura di prevenzione).

La natura principale della confisca *contra societatem*, inoltre, segna un ulteriore momento di cesura rispetto alla suddetta disciplina “ordinaria”, nel cui ambito la confisca, tendenzialmente, assume una coloritura accessoria rispetto alle statuizioni principali del trattamento sanzionatorio della persona fisica.

Se, pertanto, deve essere dato per pacifico il carattere principale della confisca prevista dagli artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231/2001, non altrettanto deve ritenersi per l’aspetto “dinamico” della sua applicazione nel contesto della sanzione concordata tra ente e pubblico ministero, rispetto al quale sussistono diverse e contrastanti impostazioni interpretative.

Un primo approccio — di stampo formalistico, portatore di una concezione che si potrebbe dire “debole” della confisca negoziata dell’ente — sostiene che la confisca non possa mai trovare applicazione in caso di patteggiamento dell’ente, in considerazione del dato testuale dell’art. 63 d.lgs. n. 231/2001, il quale indica come oggetto dell’accordo tra le parti esclusivamente le sanzioni pecuniarie e le sanzioni interdittive, non prendendo in considerazione l’effetto di ablazione patrimoniale derivante dalla confisca. Simile lettura troverebbe un riscontro — a dire il vero, non del tutto decisivo — nell’art. 19 d.lgs. n. 231/2001, che riconnette la confisca a carico dell’ente al solo caso della « sentenza di condanna », lemma non equiparabile alla sentenza di applicazione della sanzione su richiesta¹¹.

Una soluzione diametralmente opposta — di massimo rigore ermeneutico — supera l’ostacolo del dato testuale, muovendo, anzitutto, dall’accennato carattere obbligatorio della confisca *de societate*, il quale renderebbe di fatto neutra la sua mancata menzione nel corpo dell’art. 63 d.lgs. n. 231/2001 (essendo la confisca una conseguenza sanzionatoria indefettibile) e, comunque, giustificabile la scelta stilistica del legislatore (la confisca, intesa come ablazione patrimoniale del prezzo o del profitto del reato, non può essere soggetta alla riduzione premiale prevista per il rito, che, per contro, richiede una

¹⁰ In giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 2, p. 922 ss., con nota di MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civili forfeiture*, ha osservato che la confisca costituisce « un istituto “neutro”, capace di assumere natura e fisionomia diversa e quindi “camaleontico”, ad eloquente sottolineatura della capacità della confisca di adattarsi all’ambiente normativo di riferimento e di recepire le peculiari finalità, che, per suo tramite il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire. In dottrina, per un’ampia analisi dell’istituto, anche in chiave comparatistica, TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, Giappichelli, Torino, 2020; cfr. anche FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2.

¹¹ PIZIALI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 338; PIZIALI, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Castronuovo-De Simone-Ginevra-Lionzo-Negri-Varraso, sub art. 63, d.lgs. 8 giugno 2011, n. 231, Wolters Kluwer, 2019, p. 1174. Per MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 588, la confisca, pur essendo compresa tra le sanzioni principali a carico dell’ente, dovrebbe essere inquadrata « nel novero degli « accessori » alla condanna » e, pertanto, come tale, essere esclusa dalla sentenza di patteggiamento.

CASSAZIONE PENALE

necessaria specificazione rispetto alle altre sanzioni). D'altra parte, il richiamo all'espressione utilizzata dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001 (« sentenza di condanna ») sarebbe privo di portata dimostrativa, stante il rinvio che l'art. 63 d.lgs. n. 231/2001 effettua alla disciplina del Codice di procedura penale e, pertanto, anche alla clausola generale di equiparazione della sentenza di patteggiamento a quella di condanna ¹².

In base a tale impostazione “forte”, dunque, la confisca dovrebbe essere disposta sempre e comunque nel caso di accordo sulla sanzione tra ente e pubblico ministero, anche al fine di evitare incoerenze interne al sistema della responsabilità “da reato” del d.lgs. n. 231/2001, che si concretizzerebbero, in particolare, nell'esclusione della confisca in caso di patteggiamento e, allo stesso tempo, nella sua applicazione in caso di proscioglimento dell'ente ai sensi dell'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231/2001 ¹³.

Tuttavia — secondo la tesi in esame — la confisca, oltre che essere obbligatoria, costituirebbe una componente non negoziabile attraverso l'accordo ¹⁴, con la conseguenza che la sua determinazione sarebbe sottratta al potere dispositivo che le parti esercitano invece per le altre sanzioni (pecuniarie e interdittive) e sarebbe integralmente ed esclusivamente rimessa all'apprezzamento del giudice ¹⁵, il quale disporrebbe di un penetrante potere di “igiene” processuale, in forza del quale l'eventuale diversa clausola sulla confisca concordata tra le parti si avrebbe come non apposta, in quanto avente a oggetto un profilo eccedente le prerogative negoziali alle stesse riconosciute dalla legge ¹⁶.

Si pone sulla scia di tale orientamento autorevole dottrina che, rilevando come « confisca e pubblicazione della sentenza non si configurano quali sanzioni che il legislatore ha previsto in relazione al tipo di reato-presupposto da cui dipende l'illecito [...] ma come conseguenza della sentenza di condanna dell'ente dalla quale *dipendono* », conclude nel senso che sia « più appropriato ritenere che entrambe non siano disponibili dalle parti le quali, pertanto, non possono nella richiesta stabilire la loro applicazione o esclusione » ¹⁷.

Una “terza via” interpretativa combina le indicazioni derivanti dal dato normativo

¹² EPIDENDIO, *Le sanzioni*, in Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 304 ss., osserva in proposito che « essendo la confisca in esame non misura di sicurezza ma sanzione ed essendo la medesima sempre connessa all'illecito, deve ritenersi che anche alla sentenza di applicazione della sanzione segue imprescindibilmente (“sempre”) la confisca in esame, proprio in forza della citata equiparazione alla sentenza di condanna ».

¹³ GIGLIOLI, *I procedimenti speciali e il giudizio ordinario*, in *La responsabilità da reato degli enti*, Trattato di diritto penale dell'impresa, curato da D'Avirro-Di Amato, vol. X, Cedam, 2009, p. 764 ss.

¹⁴ Secondo PRESUTTI, *I procedimenti speciali*, in Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013, p. 364, « alle parti (pubblico ministero e ente) spetta individuare il prezzo o il profitto del reato, quale risulta dalle indagini, senza tuttavia farne oggetto di contrattazione ».

¹⁵ Così, GUIDO, *I procedimenti speciali*, in Cerqua-Canzio-Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2ª ed., 2016, p. 1097. Nello stesso senso, BASSI, *I giudizi speciali*, in Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 703.

¹⁶ MARCOLINI, sub Art. 63, cit., p. 698 e 703. In tal senso, nella giurisprudenza relativa al patteggiamento della persona fisica, già Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1934, in *C.E.D. Cass.*, 2016; Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2013, n. 1154, *ivi*, 2014; Cass. pen., sez. II, 19 aprile 2012, n. 19945, *ivi*, 2012.

¹⁷ PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 448.

con le istanze facenti capo alle parti processuali, e in particolare all'ente, in relazione al riconoscimento di un potere di concertazione sulla confisca e con l'interesse del sistema processuale nel suo complesso a precludere indesiderate forme di arricchimento *ex crimine*, suggerendo una soluzione di adeguato bilanciamento — apprezzabile anche ad avviso di chi scrive — circa il regime della confisca “negoziata” dell'ente. Secondo tale interpretazione, in particolare, se la natura di sanzione principale della confisca ne comporterebbe indefettibilmente la necessaria inclusione nella proposta di patteggiamento, nondimeno alle parti sarebbe riconosciuta la prerogativa di apprezzare la sussistenza dei presupposti di legge (*an*) e l'entità (*quantum*) della confisca, con determinazione idonea a vincolare il giudice, il quale comunque non abdicerebbe ai propri poteri di sindacato sulla sanzione, potendo (soltanto limitarsi a) rigettare *in toto* l'accordo ove ritenga l'incongruità del trattamento sanzionatorio.

Il quadro giurisprudenziale che si è formato sul modello processuale di applicazione concordata della confisca, sino alla pronuncia in commento, è parso orientato a seguire l'approccio di maggior rigore interpretativo, in senso restrittivo dei poteri negoziali delle parti del patteggiamento.

Alcune risalenti pronunce di merito, nello sposare detta impostazione¹⁸, hanno ritenuto obbligatoria l'applicazione della confisca anche in sede di patteggiamento « in quanto la stessa assume connotazione di vera e propria sanzione e non di mera misura di sicurezza », giacché appare « particolarmente connotata rispetto all'istituto generale del codice penale » e « consiste in essenziale e indefettibile strumento di ablazione dei profitti e del prezzo del reato allo scopo di paralizzare o neutralizzare lo sfruttamento dell'illecito a fini di lucro »¹⁹. Ne segue che, in sede di verifica dell'accordo raggiunto tra le parti sulla sanzione, « al giudice compete [...] disporre eventualmente la confisca »²⁰.

Altro provvedimento, intervenuto nella fase dell'esecuzione penale, nel riconoscere la confisca come « [s]anzione obbligatoria (*ex art. 19*) e, quindi, indefettibile anche nel rito speciale *de quo* in caso di sussistenza del profitto del reato, in forza dell'equiparazione della sentenza a quella di condanna *ex art. 445 c.p.p.* in relazione all'art. 34 del dlgo n. 231/01 », aveva ritenuto la stessa confisca una sanzione che, nel patteggiamento dell'ente, oltre a essere « non riducibile a titolo premiale (come quella pecuniaria e, in certe ipotesi, quella interdittiva) », « non costituisce oggetto né disponibile né elemento essenziale » (anche se, in quel caso specifico, era stata comunque « inclusa espressamente dalle parti nel contenuto (benché atipico) dell'accordo, tanto da potersi interpretare, allora, come quel profitto del reato, individuato dal PM, e simultaneamente ed espressamente non contestato come tale dall'imputato »)²¹.

La Cassazione sporadicamente si è trovata ad affrontare la tematica nel passato²² e,

¹⁸ GIP Trib. Verona, 14 marzo 2007, in *Riv. pen.*, 2008, n. 9, p. 929, con nota di PALUMBO, *Responsabilità degli enti e ruolo dei modelli di prevenzione degli illeciti*, nell'accogliere la richiesta di patteggiamento dell'ente, ha disposto autonomamente la confisca del profitto (pur messo a disposizione volontariamente dall'ente ai sensi dell'art. 17 d.lgs. n. 231/2001).

¹⁹ GIP Trib. Milano, 23 maggio 2008, in *Foro ambr.*, 2008, p. 189.

²⁰ GIP Trib. Milano, 25 luglio 2006, in *Giur. mer.*, 2007, n. 10, p. 2692 ss., con nota di CERQUA, *L'applicazione della sanzione su richiesta: profili sistematici*.

²¹ GIP Trib. Milano, ord. 1 luglio 2009, in *aadv231.it*.

²² La questione era già stata sottoposta all'esame di Cass. pen., sez. II, 30 ottobre 2008, n. 45130, in *C.E.D. Cass.*, 2008, ma è risultata assorbita, nello scrutinio della Corte, da un altro profilo di legittimità.

CASSAZIONE PENALE

fino alla pronuncia in esame, non aveva elaborato una compiuta riflessione sistematica circa la compatibilità tra il patteggiamento dell'ente e l'applicazione della confisca.

Se in un primo momento era stata affermata la piena equiparazione, con riferimento alla statuizione sulla confisca, tra la sentenza di condanna e la sentenza di patteggiamento emesse a carico dell'ente²³, soltanto in un'occasione isolata il giudice di legittimità aveva preso espressa posizione sul punto controverso, affermando il principio che con la sentenza di patteggiamento pronunciata nel procedimento a carico degli enti — come per il caso del patteggiamento della persona fisica²⁴ — il giudice deve sempre applicare anche la sanzione della confisca del profitto del reato presupposto, eventualmente nella forma per equivalente, rimanendo irrilevante che la stessa non sia stata oggetto dell'accordo intervenuto tra le parti²⁵.

In un successivo approdo, peraltro, la Cassazione — con riferimento al contiguo tema dell'applicazione delle sanzioni interdittive a carico dell'ente nella sentenza di patteggiamento — ha ritenuto illegittima la sentenza che aveva applicato cumulativamente le sanzioni interdittive *ultra petita*, in violazione dell'accordo processuale raggiunto sull'applicazione della sola sanzione del divieto di pubblicazione di beni e servizi. Infatti, secondo la Corte, il rapporto negoziale intercorso tra le parti preclude al giudice di applicare una sanzione diversa da quella concordata, in quanto la modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio, sia pure nei limiti della misura legale, altera i termini dell'accordo e incide sul consenso prestato²⁶.

Più di recente, la Corte²⁷, dato atto della natura principale della confisca (« senza dubbio configurata come pena [...] suscettibile di produrre effetti anche molto afflittivi ») e, al contempo, della sua mancata menzione nella disciplina sul patteggiamento dell'ente, rifacendosi all'unico precedente disponibile, ha escluso che « la confisca non possa essere irrogata se non previamente concordata in caso di patteggiamento » e ha conseguentemente affermato che la confisca « deve essere disposta anche nel caso in cui non sia

²³ Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2011, n. 3311, in *C.E.D. Cass.*, 2011, la quale aveva esaminato, in sede di esecuzione, la sentenza di patteggiamento emessa, nella nota vicenda sulla “scalata Antonveneta”, su richieste di due società (Fingruppo Holding s.p.a. e G.P. Finanziaria s.p.a.), nelle quali, insieme alla sanzione pecuniaria da applicare, erano indicati anche gli importi dei profitti conseguiti ai fini della confisca obbligatoria, ai fini degli artt. 17, comma 1, lett. c) e 19 d.lgs. n. 231/2001. La Corte, nel caso di specie, dichiarava l'inammissibilità per carenza di legittimazione dei ricorrenti in fase di esecuzione, rilevando che il provvedimento di confisca dei beni sequestrati, contenuto nella sentenza di condanna (cui è assimilata, *in parte qua*, la sentenza di applicazione della pena) o di proscioglimento, fa stato nei confronti dei soggetti che hanno partecipato al procedimento di cognizione, con la conseguenza che solamente i terzi che non abbiano rivestito la qualità di parte nel processo in cui sia stata disposta la confisca sono legittimati a far valere davanti al giudice dell'esecuzione i diritti vantati sui beni confiscati con sentenza irrevocabile.

²⁴ In tal senso, cfr. Cass. pen., sez. III, 27 settembre 2016, n. 6047 in *C.E.D. Cass.*, 2017; Cass. pen., sez. III, 28 marzo 2013, n. 31742, *ivi*, 2013; per l'applicabilità in sede esecutiva si veda Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2019, n. 282, *ivi*, 2020.

²⁵ Cass. pen., sez. II, 4 febbraio 2011, n. 20046, in *C.E.D. Cass.*, 2011.

²⁶ Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2016, n. 45472, in *Cass. pen.*, 2017, n. 4, p. 1614, commentata da BELTRANI, *I poteri del giudice in tema di patteggiamento degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2, 253 ss.

²⁷ Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2022, n. 18652, in *giurisprudenzapenale.com*, 13 maggio 2022.

preventivamente entrata nell'accordo delle parti, posto che, al momento della richiesta di patteggiamento, l'imputato era comunque nelle condizioni di prevederne l'applicazione ».

Tale pronuncia si segnalava, inoltre, per un'importante precisazione in ordine al regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento applicativa della confisca a carico dell'ente, che risultava articolato dalla Cassazione in modo « differenziato », a seconda del contenuto dell'accordo sottoposto al giudice.

Qualora la confisca risulti essere concordata tra le parti, l'unico rimedio esperibile è rappresentato dal ricorso per cassazione ai sensi e nei limiti dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. — il quale, com'è noto, limita il ricorso « ai motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza » — quale strumento che, nelle parole della Cassazione, « copre l'imputato dal rischio di errori compiuti *ex post*, in fase di attuazione di un accordo alla definizione dei cui contenuti ha tuttavia partecipato e di cui si è di conseguenza assunto la responsabilità ».

Quando, invece, la confisca non sia stata ricompresa nell'accordo tra le parti, « la tutela predisposta dal sistema nei confronti dell'imputato si espande a consentire il controllo di legittimità secondo i più ampi parametri generali dettati dall'art. 606 c.p.p., comma 1, così predisponendo un rimedio rispetto ad eventuali indebite, come tali imprevedibili, compromissioni dei diritti, seppur a contenuto patrimoniale, dell'imputato ».

Dalla panoramica appena svolta emerge, nell'ambito del patteggiamento dell'ente, un'articolazione “a geometria variabile” della confisca, che, in ragione del diverso “peso specifico” che si voglia riconoscere ai poteri dispositivi delle parti, da un lato, e al potere conformativo della sanzione facente capo al giudice, dall'altro, scolpisce altrettanti paradigmi processuali della confisca negoziata.

Nel ventaglio delle soluzioni astrattamente disponibili, si spazia così da un modello “minimo” di confisca negoziata — verso cui pareva finora orientata la giurisprudenza, dove portata preponderante assumono la natura principale e obbligatoria della misura e i poteri officiosi del giudice, con obliterazione dei poteri dispositivi delle parti²⁸ — a un modello “intermedio” — in cui le parti si riappropriano del potere di autodeterminazione del trattamento sanzionatorio nel suo complesso, comprensivo anche della confisca, che resta pur sempre condizionato all'esito positivo del vaglio di legalità giudiziale — fino a un residuale modello “massimalista” — invero recessivo, in cui la negozialità su cui è imperniato il rito speciale trova massima espressione, con prevalenza della base consensuale su cui poggia la sanzione patteggiata e con riconoscimento alle parti del potere di avere “l'ultima parola” anche in punto di confisca.

3. *Confisca a carico dell'ente e negozialità “attenuata”*. — La pronuncia in commento si segnala per aver aderito all'impostazione mediana, tra quelle illustrate, nella

²⁸ PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 453, osservano che la confisca « è, da un lato, conseguenza indefettibile della sentenza di condanna dell'ente e, dall'altro effetto automatico della presenza del prezzo o del profitto derivanti dal reato », sicché la sua applicazione « non conosce eccezioni né, al riguardo, sono poste deroghe alla regola della equiparazione della sentenza di applicazione della sanzione su richiesta alla pronuncia di condanna: l'ente che abbia ricavato vantaggi dal reato non può sfuggire alla confisca ».

CASSAZIONE PENALE

ricostruzione degli spazi riconosciuti alle parti del patteggiamento nella definizione del trattamento sanzionatorio in concreto da irrogare all'ente.

La Cassazione, in altri termini, ha ritenuto maggiormente coerente con l'inquadramento della confisca nel d.lgs. n. 231/2001 e con l'impostazione sistematica della disciplina sulla responsabilità "da reato" degli enti un approccio ispirato a una logica di armonizzazione tra il potere delle parti di disporre consensualmente della sanzione e il doveroso controllo del giudice sulla congruità complessiva del trattamento sanzionatorio dell'ente.

L'esito interpretativo che ne è derivato segna uno spostamento della Corte verso un condivisibile principio di negozialità "attenuata", il quale, salvaguardando le esigenze di legalità della pena (*rectius*, sanzione) al cui presidio è collocato il potere di filtro del giudice sulla proposta delle parti, riconosce alle stesse sostanziali margini di manovra sulla sanzione da applicare all'ente e tutela la loro aspettativa (in particolare quella dell'ente) alla "prevedibilità" del trattamento sanzionatorio, escludendo applicazioni "a sorpresa" di una confisca mai contrattata (con la parte pubblica).

A tal fine, la Cassazione, muovendo dalla premessa circa la qualificazione normativa della confisca, diretta e per equivalente, come sanzione principale nel procedimento *de societate* (ai sensi degli artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231/2001), ne deduce il corollario che, giocoforza, l'accordo sulla sanzione debba essere esteso anche alla confisca medesima.

Pertanto, nella logica della Corte, « l'applicazione della "sanzione" su richiesta deve necessariamente aver riguardo a tutte le tipologie di pena in concreto irrogabili in relazione all'illecito oggetto di patteggiamento, non ravvisandosi ragioni di ordine giuridico per escludere la sola confisca dall'accordo tra le parti ».

La tesi illustrata, anzitutto, non troverebbe ostacoli di sorta nel dettato normativo dell'art. 63 d.lgs. n. 231/2001, nella parte in cui la disposizione prevede l'applicazione della riduzione per il rito sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare della sanzione pecuniaria, apparentemente escludendo la confisca.

Da questo punto di vista, il problema — a dire della Corte — sarebbe in realtà apparente, potendo simile previsione spiegarsi in relazione alla « particolarità della confisca-sanzione che, in quanto diretta a privare l'ente del profitto del reato, non può subire riduzioni per effetto della scelta del rito », circostanza che, all'evidenza, non ha richiesto un intervento del legislatore in sede di disciplina del patteggiamento *de societate*.

Il dato testuale, dunque, non è certamente ostativo all'inserimento della confisca nell'accordo raggiunto dalle parti sulla sanzione, ma, più che altro, « dà la misura del diverso trattamento riservato a ciascuna delle sanzioni contemplate, a seconda della loro natura e funzione, nell'ambito del complessivo patteggiamento sulla "pena" ».

Tale impostazione volta a riconoscere un processo di « evoluzione verso forme di concordato volte a determinare l'an e il *quantum* della confisca », d'altra parte, troverebbe oggi un diretto riscontro, in termini di coerenza sistematica, con la modifica apportata, nell'ambito della "riforma Cartabia" (art. 25, comma 1, lett. a, n. 1, d.lgs. n. 150/2022), alla disciplina del patteggiamento della persona fisica, in cui l'odierno art. 444, comma 1, c.p.p. contempla la prerogativa dell'imputato e del pubblico ministero di « chiedere al giudice [...] di non applicare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato »²⁹.

²⁹ Ha precisato Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2023, n. 25317, in *Guida dir.*, 2023, 28, che l'art. 444, comma 1, c.p.p., come modificato dal d.lgs. n. 150/2022, limita alla sola confisca

Il precipitato di tale impostazione, dal punto di vista della dinamica processuale, è che le parti potranno concertare l'esclusione della confisca a carico dell'ente nella sola ipotesi in cui, in base alle risultanze degli atti del fascicolo di indagine, agli eventuali contributi forniti dalla difesa e alle possibili integrazioni del compendio probatorio in udienza preliminare — a seconda della fase in cui il patteggiamento intervenga — emerga che il reato (come previsto dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, e non propriamente l'illecito dell'ente, come pur riportato nella sentenza) non ha prodotto nessun profilo di profitto in senso tecnico.

Al di fuori di tale fattispecie applicativa — dunque, allorché un profitto per l'ente sia comunque individuabile — la natura obbligatoria della confisca implica che « le parti non potranno concordarne l'esclusione » e, pertanto, « dovrà sempre rientrare nell'oggetto dell'accordo la quantificazione della misura ablativa, sia essa diretta o per equivalente ».

Il bilanciamento tra l'esercizio dei poteri negoziali che ente incolpato e pubblico ministero possono esercitare in sede di patteggiamento e l'esigenza di mantenere un controllo sulla legalità della sanzione concordata per l'ente, in definitiva, si concretizza nella prerogativa — e, allo stesso tempo, nell'onere — delle parti « di sottoporre al giudice una proposta che copra l'intero trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 9 » e che risulti così completa, in vista del successivo recepimento dell'accordo all'interno della sentenza di patteggiamento.

Letta in controluce, la richiamata necessità che l'incontro tra le volontà negoziali delle parti garantisca una “copertura sanzionatoria” integrale costituisce un primo fattore da cui scaturisce l'effetto di attenuazione dei poteri dispositivi esercitabili *quoad poenam societatis*, che le stesse parti invocano a sé proprio attraverso l'opzione per il rito patteggiato.

Da questo punto di vista, l'onere imposto dalla Cassazione alle parti circa una necessaria presa di posizione, in fase di *bargaining*, sul merito del profitto confiscabile rappresenta — potrebbe dirsi — il “corrispettivo” necessario per portare a compimento il percorso patteggiato che è stato concordemente intrapreso e, nella prospettiva della persona giuridica, per raggiungere l'obiettivo di una definizione anticipata della regiudicanda.

Ad ogni modo, secondo la Corte, il principio di necessaria “completezza” — nei termini sopra descritti — della proposta di patteggiamento avanzata al giudice non è destinato ad arretrare neppure a fronte dell'obiezione, mutuata dall'orientamento di maggior rigore, per cui la confisca, in quanto sanzione obbligatoria, costituirebbe « un atto dovuto per il giudice, sottratto alla disponibilità delle parti e della cui applicabilità l'ente dovrebbe comunque tenere conto, nell'operare la scelta del patteggiamento ».

In simile prospettiva — che finirebbe per restringere notevolmente i margini (e la stessa utilità) della trattativa impostata fra le parti processuali — la confisca costituirebbe un tema di discussione sempre e comunque sottratto alla negoziazione, quale « effetto destinato a conseguire per legge alla richiesta di patteggiamento », e la relativa clausola, quand'anche condivisa nella proposta di patteggiamento (in termini di applicabilità o

facoltativa la richiesta, proveniente dalle parti e indirizzata al giudice, di non ordinarla ovvero di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato; di conseguenza, l'accordo tra le parti non può avere ad oggetto l'esclusione della confisca obbligatoria. In tal caso, l'accordo può eventualmente vertere solo sull'individuazione dell'oggetto sul quale far ricadere la confisca, ovvero sull'ammontare della stessa.

CASSAZIONE PENALE

meno della confisca e di determinazione del suo importo), sarebbe da considerare come non apposta e, per l'effetto, « non vincolante per il giudice e non suscettibile di condizionare l'accoglimento della richiesta di patteggiamento ».

Tale lettura — non condivisa e confutata dalla Cassazione — si rivela a ben vedere fallace, nella misura in cui « tende a sovrapporre l'aspetto relativo alla obbligatorietà della confisca, con quello della sua negoziabilità »: invero, « tutte le sanzioni principali previste in relazione a un determinato illecito sono, per loro stessa natura, obbligatorie, ma ciò non impedisce la possibilità della determinazione sulla base di un patto tra imputato e pubblico ministero, sottoposto al controllo del giudice ».

Allo stesso modo, la confisca, pur condividendo con le sanzioni pecuniarie e interdittive previste dagli artt. 9 ss. d.lgs. n. 231/2001 la nota di obbligatorietà, di per sé « non presenta alcun carattere intrinsecamente incompatibile con l'accordo tra le parti ».

Infatti, seppur la confisca non sia soggetta agli articolati criteri di scelta e di commisurazione delle sanzioni pecuniarie (artt. 10 e 11 d.lgs. n. 231/2001) e interdittive (artt. 13 e 14 d.lgs. n. 231/2001), essa è nondimeno parametrata su un presupposto — l'entità del prezzo o del profitto derivante dal reato — che implica comunque una discrezionalità di giudizio “indiretta” e, per quanto di interesse per la prospettiva del patteggiamento dell'ente, connessi margini di negoziazione tra le parti.

In tal senso, la confisca non è una sanzione “fissa”, ma è dotata di connotati di flessibilità, poiché impone « la necessità della valutazione di una molteplicità di elementi al fine di stabilire, in primo luogo, se l'illecito è stato produttivo di un profitto e, successivamente, l'entità dello stesso »³⁰ e la modulazione della propria misura « in ragione del profitto attuale al momento della sua applicazione e, dunque, al netto delle restituzioni frattanto poste in essere dal reo in favore della vittima e da questa accettate, scorporando quella parte di utilità non più costituente illecito accrescimento patrimoniale »³¹.

In breve, a definitiva tacitazione delle obiezioni circa la negoziabilità della confisca, vale il rilievo che « i profili della obbligatorietà della confisca-sanzione, non vanno confusi con quelli relativi al necessario accertamento in concreto dell'esistenza di un profitto confiscabile e della sua quantificazione ».

³⁰ Essenziale è il richiamo, ancora una volta, ai fondamentali insegnamenti contenuti nella sentenza di Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit., per cui il profitto del reato, anche ai fini della confisca a carico dell'ente, deve essere inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico, ed è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato, concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente.

³¹ Detto principio è affermato, tra le altre, da Cass. pen., sez. VI, 17 maggio 2023, n. 34290, in *C.E.D. Cass.*, 2023, sulla scia della precedente Cass. pen., sez. II, 16 novembre 2011, n. 45054, in *Cass. pen.*, 2013, n. 1, p. 298 ss., la quale aveva già osservato che, ove la somma restituita — o comunque rifusa — non fosse computata come ontologica riduzione di ciò che il reato aveva fruttato, la confisca non sarebbe parametrata sul profitto “attuale” al momento della sua applicazione, e dunque al netto delle restituzioni, ma all'utile derivato dal reato al momento della sua consumazione, con la conseguenza che la confisca verrebbe a colpire non l'accrescimento patrimoniale frutto dell'illecito, ma una parte del patrimonio in quanto tale, dando così vita ad un effetto sanzionatorio illegittimo, in quanto non previsto dalla legge.

Superato questo primo scoglio ermeneutico, la Cassazione pone un ulteriore tassello nella progressione della sequenza procedimentale di cui si compone il rito patteggiato, mantenendo fermo, in ogni caso, il potere di controllo del giudice sulla correttezza e sulla congruità complessive della sanzione (o delle sanzioni) oggetto di proposta; potere il cui esercizio in punto di confisca, tuttavia — aspetto di fondamentale importanza — non potrà mai esitare in un trattamento deteriore e peggiorativo per l'ente che ha prestato il consenso (a una soluzione che non prevedeva la confisca).

Infatti, qualora il giudice, nell'esercizio del suddetto potere conformativo sulla sanzione, ritenga, sulla base delle acquisizioni in atti, che un profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001 sussista e che le parti, invece, abbiano erroneamente escluso la confisca ovvero che la confisca, pur inserita nell'accordo sottopostogli, non sia stata correttamente quantificata (anche in termini di « corrispondenza della confisca concordata al profitto dell'illecito effettivamente conseguito, al netto delle eventuali restituzioni in favore del danneggiato »), non potrà né surrogarsi alla volontà delle parti (in caso di proposta “silente” sul punto della confisca), né integrare la volontà delle stesse (in caso di proposta “carente”, per la parte di profitto confiscabile non introdotto nell'accordo).

In tali ipotesi, a ben vedere, il giudice non sarà legittimato a stravolgere in senso additivo o, comunque, a modificare in senso sostanziale l'accordo intercorso tra le parti — di fatto sterilizzando la base consensuale su cui poggia il patteggiamento anche per quanto concerne la confisca — ma dovrà semplicemente limitarsi a rigettare la richiesta di applicazione della sanzione ³², a pena di emettere una sentenza fondata, al momento della decisione, su un consenso non più attuale delle parti, le quali (in particolare l'ente) potrebbero ragionevolmente non ritenere conveniente un patteggiamento alle nuove condizioni (sulla confisca) ufficiosamente introdotte dal giudice.

Simile epilogo, come detto, se da un lato pone un argine dinanzi a prassi negoziali non ortodosse o, nel peggiore dei casi, “disinvolute” in punto di identificazione del profitto confiscabile, dall'altro contempla un meccanismo comunque garantistico per l'ente incolpato, il quale, dopo avere prestato il consenso su un determinato assetto del trattamento sanzionatorio, non potrà subire “sorprese” sgradite, vedendosi applicata una confisca mai negoziata o per un importo superiore a quello concordato con il pubblico

³² Cass. pen., sez. un., 26 settembre 2019, n. 21368, in *C.E.D. Cass.*, 2020. Si tratta di soluzione analoga, in linea di principio, a quella recepita, ad esempio, in materia di patteggiamento subordinato alla sospensione condizionale della pena, rispetto alla quale la giurisprudenza (da ultimo, Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 2023, n. 19605, *ivi*, 2023) ha affermato che il giudice, nel ratificare l'accordo intervenuto tra le parti, non può alterarne il contenuto, subordinando la concessione della sospensione condizionale della pena all'adempimento di un obbligo rimasto estraneo alla pattuizione, posto che, ove reputi l'imputato immeritevole del beneficio, in assenza del previo adempimento dell'obbligo a suo carico, non ha alcuna alternativa rispetto al rigetto dell'istanza; o, ancora, in materia di sostituzione *ex officio*, in sede di patteggiamento, della pena detentiva breve concordata dalle parti con una delle pene sostitutive previste dagli artt. 53 ss. l. 24 novembre 1981, n. 689, rispetto alla quale la giurisprudenza (Cass. pen., sez. V, 20 settembre 2017 n. 49227, *ivi*, 2017) ha affermato che il giudice non può sostituire di ufficio la pena detentiva con le sanzioni sostitutive, in assenza di una esplicita richiesta delle parti, poiché altrimenti la decisione sarebbe difforme dalla richiesta (seppur la questione, oggi, appaia tutt'altro che pacifica, alla luce dell'intervento del d.lgs. n. 150/2022 sulla disciplina dell'art. 53 l. n. 689/1981: cfr. Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2023, n. 32357, in *sistemapenale.it*, 30 ottobre 2023, con nota di ALBANESE).

CASSAZIONE PENALE

ministero, ma, tutt'al più, il rigetto *in toto* della proposta patteggiata avanzata di concerto con l'accusa.

L'interposizione del giudice — con un suo possibile provvedimento di rigetto di una proposta patteggiata, “imperfetta” sotto il profilo della confisca — rappresenta un ulteriore fattore di “attenuazione” del potere di negoziabilità delle sanzioni riconosciuto alle parti, ponendo un limite alla libera disponibilità del trattamento sanzionatorio da parte dell'ente incolpato e del pubblico ministero, i quali, evidentemente, proprio sul punto della confisca dovranno profondere uno sforzo di analisi significativo, in termini di valutazione dell'eventuale profitto confiscabile e del suo importo, e complessivamente più delicato rispetto a quello pur richiesto nella concertazione delle altre sanzioni applicabili all'ente.

Il riconoscimento in via interpretativa di un filtro giudiziale in ordine alla “copertura sanzionatoria” integrale della proposta di patteggiamento — inclusa la statuizione inerente alla confisca — rappresenta un presidio essenziale di legalità del procedimento *de societate*, tanto in una logica di sistema del d.lgs. n. 231/2001 (che evidentemente non può accettare fenomeni di elusione, su base consensuale, dei meccanismi di ablazione patrimoniale del profitto illecito, con effetto di indebita locupletazione da parte dell'ente) quanto in una prospettiva di garanzia delle istanze difensive dell'ente e delle sue legittime scelte di strategia processuale (la quale risulta chiaramente condizionata, nell'un senso o nell'altro, a seconda che la soluzione patteggiata che si appresta ad accettare contempli o meno la confisca o preveda la confisca solo per determinati beni o importi).

L'esigenza di assicurare un libero e “informato” esercizio (in termini di corretta rappresentazione delle conseguenze sanzionatorie discendenti dall'opzione per il rito) del diritto di difesa dell'ente è ben presente nelle conclusioni della Corte, che riconnette proprio « la necessità di favorire il ricorso a riti deflattivi » all'affermazione del principio per cui, nel processo *de societate*, « in caso di patteggiamento, l'accordo deve riguardare tutte le sanzioni conseguenti all'illecito, in tal modo evitando che l'ente — dopo aver concordato le sanzioni pecuniarie e interdittive — si veda esposto all'applicazione di una confisca avente connotati particolarmente afflittivi e in relazione alla quale non ha avuto alcuna possibilità concreta di interlocuzione ».

È così condensata una chiara esigenza di garantire, anche nel contesto del patteggiamento dell'ente, la concreta prevedibilità per l'ente — la *foreseeability*, utilmente mutuando un concetto di matrice convenzionale riferito alla materia sostanziale — del trattamento sanzionatorio destinato a essere irrogato, su base essenzialmente negoziale, all'esito del contraddittorio intercorso con il pubblico ministero e con rinuncia a un esercizio pieno del diritto di difesa nel procedimento ordinario, quale necessaria “moneta di scambio” di cui l'ente incolpato deve poter disporre, nel sinallagma con l'ordinamento processuale, al fine di assentire alla contrazione del rito e dei tempi del processo.

L'ulteriore riflesso della nuova impostazione ermeneutica seguita dalla Cassazione — sotto il profilo della valorizzazione del potere dispositivo delle parti (pur se attenuato) sulla sanzione concordata — importa che le parti stesse non possano sottoporre al giudice una proposta patteggiata “in bianco” in punto di confisca, spogliandosi di fatto dell'onere di determinarne *an* e *quantum* e rimettendo il compito al giudice stesso, « proprio perché in tal modo il patteggiamento risulterebbe parziale, non comprendendo tutte le sanzioni normativamente previste per l'illecito dell'ente ».

Tale precisazione, comunque opportuna, rappresenta nient'altro che il “rovescio della medaglia” del nuovo orientamento inaugurato dalla pronuncia in commento — con abbandono della precedente lettura “minimalista” che aveva invece sopraelevato i poteri

ufficiosi del giudice in tema di applicazione della confisca su quelli dispositivi delle parti — e appare coerente con l'esito dell'operazione di bilanciamento effettuata tra gli anzidetti poteri processuali.

Se ente incolpato e pubblico ministero, in sede di patteggiamento, reclamano e — stando alla sentenza che qui si annota — sono titolari di uno spazio di autonomia negoziale anche sotto il profilo della confisca da applicare alla *societas*, sarebbe affatto incongruo ammetterli a delegare al giudice, in modo più o meno consapevole (potendo darsi sia l'ipotesi di una mera dimenticanza nell'accordo, sia l'ipotesi di un'esplicita rimessione del punto al giudicante), l'esercizio del potere di determinare, nella parte *de qua*, la sanzione nei confronti dell'ente, compito di cui risultano invece direttamente onerati in vista del recepimento del loro accordo in sentenza.

4. *Conclusioni.* — L'approdo raggiunto dalla Cassazione, nell'ambito di un panorama interpretativo tutto sommato scarso, risulta di grande interesse per tutti i soggetti processuali — pubblico ministero, ente incolpato e giudice — coinvolti in fase di articolazione e di recepimento della proposta di patteggiamento della posizione della *societas*, richiamando l'attenzione degli stessi su un giusto bilanciamento delle rispettive prerogative in sede di negoziazione e di valutazione della sanzione da applicare ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Così, da un lato, le parti, nell'avviare e condurre le necessarie interlocuzioni preliminari alla stesura del "piano" di proposta da sottoporre al giudice, soprattutto nelle vicende caratterizzate da un certo grado di complessità dei fatti, dovranno svolgere un'analisi quanto più approfondita degli atti del procedimento — se del caso valorizzando anche i contributi difensivi apportati dalla difesa dell'ente incolpato — nell'ottica di garantire la tenuta dell'accordo sulla sanzione dinanzi al vaglio del giudice per quanto concerne l'esistenza o meno di un profitto confiscabile e, in caso positivo, il suo ammontare (tenendo conto delle modalità di quantificazione del profitto ormai recepite dalla giurisprudenza, delle eventuali condotte restitutorie realizzate e delle peculiarità che possono riguardare, ad esempio, le casistiche di reato presupposto c.d. in contratto ³³).

Dall'altro lato, il giudice, in veste di tutore della legalità sanzionatoria, se non sarà legittimato a "farsi parte", arricchendo di contenuti ablatori pur doverosi il patto concluso dall'ente e dal pubblico ministero, sarà nondimeno tenuto a svolgere uno scrutinio particolarmente rigoroso e rilevante, in una prospettiva di sistema, attraverso una scrupolosa rilettura degli atti — anche in relazione alle eventuali considerazioni in punto di profitto confiscabile che le parti abbiano riversato nella proposta di patteggiamento — al fine di condurre un sindacato stretto sulla necessità di irrogare la confisca all'ente (*an*) e sulla sua misura (*quantum*) e, così, di escludere il rischio di vuoti sanzionatori (cui comunque l'ente potrebbe legittimamente aspirare) in vicende che invece meritano lo stigma dell'ablazione patrimoniale.

³³ Sulle modalità di calcolo della confisca nei casi di reato c.d. in contratto, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 5 novembre 2014, n. 53430, cit. Per un approfondimento sulle relazioni tra confisca e condotte restitutorie, recentemente, D'ARCANGELO, *Restituzione al danneggiato e confisca nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2023, n. 1, p. 23 ss. Per una panoramica più ampia sui temi della confisca del profitto a carico dell'ente, GUGLIELMI, *Il profitto confiscabile nel "sistema 231": recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3.

CASSAZIONE PENALE

La soluzione raggiunta dalla Cassazione — all'insegna di un giusto compromesso (*rectius*, bilanciamento) tra gli interessi sottesi alla definizione patteggiata della regiducanda dell'ente — appare rispettosa degli equilibri "istituzionali" che il sistema processuale penale reclama (ma non sempre garantisce), assicurando all'ente che "rinuncia a contendere" con la scelta di una sanzione concordata un adeguato *spatium negotiandi* anche in punto di confisca e una correlata aspettativa alla "calcolabilità" del sacrificio sanzionatorio richiestogli, ossia un legittimo affidamento sul vedersi irrogata una sanzione complessiva di matrice realmente consensuale, non intaccata dall'esercizio di poteri officiosi dall'esito *ex ante* non prevedibile.

MATTEO RICCARDI (*)

Bibliografia

- BASSI, *I giudizi speciali*, in Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 675 ss.
- BELTRANI, *I poteri del giudice in tema di patteggiamento degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2, p. 253 ss.
- BONETTI, *I procedimenti speciali*, in A. Bernasconi (a cura di), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, 2006, p. 291 ss.
- BONETTI, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, curato da Presutti-A. Bernasconi-Fiorio, sub art. 63, Cedam, 2008, p. 528 ss.
- CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 1, p. 164 ss.
- CERQUA, *L'applicazione della sanzione su richiesta: profili sistematici*, in *Giur. mer.*, 2007, n. 10, p. 2692 ss.
- D'ARCANGELO, *Restituzione al danneggiato e confisca nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2023, n. 1, p. 23 ss.
- EPIDENDIO, *Le sanzioni*, in Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 275 ss.
- FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2.
- GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. VII, Utet, 2011, p. 1029 ss.
- GIGLIOLI, *I procedimenti speciali e il giudizio ordinario*, in *La responsabilità da reato degli enti. Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di D'Avirro-Di Amato, vol. X, Cedam, 2009, p. 747 ss.
- GUGLIELMI, *Il profitto confiscabile nel "sistema 231": recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3.
- GUIDO, *I procedimenti speciali*, in Cerqua-Canzio-Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2ª ed., 2016, p. 1073 ss.
- IANNINI, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da Levis-Perini, sub Art. 63, Zanichelli, 2014, p. 1220 ss.
- KELLER, *La confisca*, in Putinati-Keller, *La responsabilità delle società*, Pacini Giuridica, 2024, p. 99 ss.
- LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1788 ss.
- MANCUSO, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher sub art. 63 d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, Ipsoa, 3ª ed., 2007, p. 7253 ss.

(*) Avvocato.

- MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2010, p. 649 ss.
- MARCOLINI, in *Enti e responsabilità da reato*, curato da Cadoppi-Garuti-Veneziani, sub Art. 63 *Applicazione della sanzione su richiesta*, Utet, 2010, p. 691 ss.
- MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1758 ss.
- PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, 2006.
- M. PICOTTI, in *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti - d.lgs. 231/2001*, curato da Stampanoni Bassi-Meazza, sub Art. 63, Pacini Giuridica, 2024, 2^a ed., pp. 589 ss.
- PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4562 ss.
- PIZIALI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 338 ss.
- PRESUTTI, *I procedimenti speciali*, in Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013, p. 363 ss.
- PRESUTTI-A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 3^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, 2025, p. 407 ss.
- SANTI, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da Levis-Perini, sub *Articolo 63*, Zanichelli, 2021, p. 1575 ss.
- TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, Giappichelli, 2020.

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

RECENSIONE A L. Roccatagliata - G. Stampanoni Bassi (a cura di), *Corporate governance e illecito penale. Poteri e responsabilità nelle organizzazioni complesse*, Giuffrè Francis Le-febvre, 2024, pp. XXXV-549

di **Gabriele Civallo** *

L'opera collettanea *Corporate governance e illecito penale. Poteri e responsabilità nelle organizzazioni complesse*, curata da Lorenzo Roccatagliata e Guido Stampanoni Bassi, tratta in modo completo e documentato, con un taglio al contempo teorico ma anche estremamente pratico, la complessa galassia della responsabilità penale nell'ambito del "governo d'impresa", inteso come il sistema — in senso lato — di regole interne ed esterne, primarie e secondarie, di strumenti, di processi e di protocolli che informano la guida e il controllo delle organizzazioni complesse d'impresa.

Come si legge nelle parole introduttive di Guido Carlo Alleva, la manifesta tendenza dell'ordinamento e della giurisprudenza a introitare la concezione anglosassone di "incorporazione", attraverso la progressiva dilatazione dell'area di responsabilità dell'ente per "propria colpa organizzativa", impone con sempre maggiore urgenza l'analisi dei criteri di attribuzione delle responsabilità individuali in caso di reati commessi nell'esercizio dell'impresa; e ciò coniugando sempre le forme di responsabilità "collettiva" dell'ente con i principi generali della responsabilità penale per fatto proprio, commissivo od omissivo, e quantomeno colposo.

Il volume è introdotto da un'ampia premessa su *Il ruolo della corporate governance nella prevenzione e nella gestione degli illeciti penali*, in cui è affrontato il tema generale della gestione del rischio d'impresa (ERM, *Enterprise Risk Management*) con riferimento al governo societario, agli specifici doveri degli amministratori derivanti dalle norme primarie (come il Codice civile e, per le società quotate, il Testo Unico Finanziario), dalle norme secondarie (come i regolamenti applicabili alle società quotate, alle banche e alle assicurazioni), fino a giungere alle c.d. norme di autodisciplina, alle linee-guida e ai regolamenti interni.

Gli obiettivi del volume consentono a Bruno Lorenzo Cova di concentrarsi sugli elementi del governo societario che possono influire sulla capacità di un'impresa di prevenire gli illeciti penali, di proteggersi dai reati commessi da soggetti terzi, nonché di gestire situazioni in cui sia stato effettivamente commesso un fatto illecito o, più spesso, in cui si asserisce che un illecito è stato commesso.

L'opera si suddivide in due grandi sezioni: una "parte generale", in cui sono separatamente esaminate le figure dei soggetti responsabili nell'ambito della *corporate governance*, e

* Ricercatore a tempo determinato (RTDB) di diritto penale nell'Università degli Studi di Cagliari.

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

una “parte speciale”, nella quale i rispettivi Autori analizzano le varie tipologie di responsabilità penale nelle organizzazioni complesse, con specifico riferimento ai reati societari, alla sicurezza del lavoro, ai reati ambientali e tributari, alla protezione dei dati personali e ai reati informatici, fino al complesso tema dei rapporti tra *governance* e sviluppo sostenibile.

Nel primo capitolo, Francesco Paolo Modugno affronta *La responsabilità penale dell'organo amministrativo*: dopo avere approfondito il tema della posizione di garanzia negli organi sociali collegiali e gli aspetti connessi all'elemento soggettivo del reato (con particolare riferimento al problema dei c.d. segnali di allarme), l'autore analizza la figura dell'amministratore di fatto di cui all'art. 2639 c.c. e i problemi della responsabilità dell'organo amministrativo nei rapporti c.d. infra-gruppo.

Il secondo capitolo, curato da Giulia Checcacci, ha ad oggetto *La responsabilità penale nelle società quotate*, con riferimento analitico alla *governance* nei comitati endoconsiliari e al *lead independent director*, con uno sguardo, altresì, agli organi di controllo nelle società quotate.

Giulia Guagliardi affronta *La responsabilità penale dell'organo di controllo*, con riferimento alle funzioni, ai poteri e alle conseguenti eventuali responsabilità in capo al collegio sindacale, soprattutto per non avere impedito i fatti illeciti in ipotesi commessi dagli amministratori; il terzo capitolo si chiude, poi, con un'analisi delle novità introdotte dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza e il loro impatto sulla posizione di garanzia dei sindaci, anche con alcune prospettive *de iure condendo*.

Nel quarto capitolo, Federico Consulich approfondisce i problemi connessi alle eventuali responsabilità penali dell'organismo di vigilanza (OdV) istituito ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quale “controllore” del modello organizzativo: da un lato, si tratta di esaminare le possibili forme di colpa omissiva, seguendo la dicotomia “gestione vs. prevenzione” alla luce di alcune importanti pronunce giurisprudenziali; dall'altro, vengono in rilievo forme di responsabilità commissiva di tipo concorsuale, sotto il profilo dell'eventuale cooperazione colposa del membro dell'OdV rispetto al fatto compiuto dagli organi sociali. Lo studio attento della materia mira, *inter alia*, a scongiurare la tendenza giurisprudenziale a estendere oltre-modo l'area della responsabilità concorsuale, in ragione dell'oggettiva e, talvolta, opaca convergenza di più funzioni nell'ambito della *corporate governance*.

Andrea Gaudio, nel capitolo che segue, esamina le possibili responsabilità penali dei revisori legali dei conti, con particolare riferimento, anzitutto, alle specifiche figure di reato contemplate dagli artt. 27-32 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (recante « Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati ») e, poi, alle possibili ipotesi di concorso attivo od omissivo del revisore nei reati, in ipotesi, commessi dal soggetto o dai soggetti “revisionati”.

La prima parte del testo si chiude con un ampio capitolo intitolato *Le patologie nella governance*, in cui il curatore e autore Guido Stampanoni Bassi studia una variegata serie di istituti di “controllo pubblico d'impresa”, i quali intervengono nei casi di gestione “patologica” degli enti interessati, tramite strumenti caratterizzati da una gradata incisività: si tratta, in particolare, del commissario giudiziale disciplinato dall'art. 15 d.lgs. n. 231/2001, dell'amministrazione giudiziaria e del più blando controllo giudiziario previsti dagli artt. 34 e 34-bis d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (« Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ») e, infine, del controllo giudiziario “specifico” previsto dalla l. 29 ottobre 2016, n. 199 (recante « Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo »).

La seconda parte del testo, riguardante le specifiche materie in cui viene in rilievo la responsabilità penale in rapporto alla *corporate governance*, si articola in sei ulteriori capitoli.

Nel settimo capitolo, Caterina Fatta e Marco Villani affrontano l'ampia galassia dei reati societari: false comunicazioni sociali, delitti a tutela dell'integrità del capitale sociale, illeciti relativi al corretto funzionamento dell'assemblea, omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi, atti di infedeltà degli organi sociali (infedeltà patrimoniale, omessa comunicazione di conflitto di interessi, corruzione tra privati), nonché gli illeciti relativi al controllo interno ed esterno. Il capitolo si propone di esaminare come la prassi giudiziaria abbia

delineato, in concreto, la geometria dei criteri di imputazione della responsabilità penale individuale, in rapporto allo specifico ruolo svolto dalle persone fisiche all'interno della società, ai poteri esercitati e alle mansioni loro attribuite.

Alain Maria Dell'Osso, nel capitolo seguente, esamina le possibili responsabilità in relazione alla violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, con riferimento alle differenti figure soggettive interessate: il datore di lavoro, con il collegato tema della delega di funzioni, il dirigente, il preposto, il RSPP, il medico competente e il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nonché le parti del contratto di appalto, opera e somministrazione. L'analisi consente di individuare la c.d. piramide delle responsabilità, dal sistema punitivo-amministrativo e penal-contravvenzionale, ai delitti di cui agli artt. 437 e 451 c.p., fino ai reati di danno previsti dagli artt. 589 e 590 c.p.

Nel nono capitolo, Mara Chilosi e Matteo Riccardi affrontano il complesso problema dei rapporti tra *corporate governance* e responsabilità ambientale, con ampio approfondimento sui soggetti responsabili; segue una disamina sul complesso tema delle deleghe ambientali, tra riparto di responsabilità e obblighi di vigilanza.

Nel capitolo che segue, Lorenzo Nicolò Meazza e Olivia de Paris analizzano la responsabilità per i reati di tributari, distinguendo le varie figure soggettive, ivi compreso lo spinoso tema del concorso del professionista *extraneus*, ed esaminando separatamente le specifiche figure delittuose di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Mario Arienti e Marika Fardo, nell'undicesimo capitolo, si occupano dei più attuali problemi relativi alla tutela dei dati personali e alle collegate fattispecie di reato informatico. In particolare, vengono in rilievo i rapporti tra *corporate governance* e illeciti penali previsti dagli artt. 167, 167-bis e 167-ter d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, nonché le figure di delitto informatico connesse alle violazioni in materia di dati personali.

Infine, nel dodicesimo e ultimo capitolo del libro, l'autore e curatore Lorenzo Roccatali affronta gli interessanti rapporti tra *governance* e sostenibilità: a seguito della direttiva 2014/95/UE (*Non-Financial Reporting Directive - NFRD*) e della direttiva 2022/2464/UE (*Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD*), sono stati introdotti e poi rafforzati alcuni obblighi di rendicontazione di sostenibilità a carico degli enti. Sebbene non siano state previste specifiche fattispecie di reato in caso di loro violazione, l'autore esamina a fondo l'eventualità che detta inottemperanza possa dare luogo a figure di reato già esistenti e, in particolare, le false comunicazioni sociali, l'agiotaggio e la manipolazione del mercato, l'ostacolo alle funzioni di vigilanza, i reati relativi alla revisione legale, il falso in prospetto di cui all'art. 173-bis TUF, oltre ad alcune altre fattispecie di reato di cui al codice penale. Il contributo si chiude con alcune interessanti osservazioni *de iure condendo*, in una materia senz'altro avveniristica quale quella dei rapporti tra sostenibilità e *corporate governance*.

Il testo *Corporate governance e illecito penale* rappresenta un'ottima guida teorico-pratica all'interno di una materia ancora non del tutto esplorata: se la scienza penale è stata costruita, fino a pochi decenni o persino pochi anni fa, prendendo a paradigma la figura dell'illecito penale commissivo, doloso, comune e monosoggettivo, il settore del governo d'impresa ha ribaltato improvvisamente la "clessidra", facendo emergere con prepotenza — nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza — il nuovo paradigma dominante dell'illecito penale "indifferentemente" omissivo-commissivo, prevalentemente colposo, proprio e soprattutto plurisoggettivo.

Il problema dei poteri e, *a posteriori*, delle eventuali responsabilità penali nell'ambito delle organizzazioni complesse è sviscerato a fondo all'interno del testo, coniugando sia la visione estremamente analitica e dettagliata, capitolo per capitolo, sia una visuale panoramica e olistica, che rappresenta uno dei primi tentativi di ricostruire un nuovo "sistema" teorico-pratico all'interno di una materia — quella della *corporate governance* nel diritto penale — in continua evoluzione e dal futuro ancora incerto; e ciò in una prospettiva doverosamente *de iure condito*, ma non senza numerose e interessanti parentesi *de iure condendo*, in un ambito nel quale le nuove misure legislative necessitano fin da subito di tempestivi e opportuni adeguamenti, anche alla luce delle prime prove applicative in sede amministrativa e giurisdizionale.

APPENDICE NORMATIVA

Normativa nazionale

– **Legge 27 dicembre 2023, n. 206** con “*Disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del made in Italy*”.

La norma è entrata in vigore lo scorso 11 gennaio 2024, a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 300 del 27 dicembre 2023, ed ha modificato l’ambito di applicazione del reato di cui all’art. 517 c.p. (reato presupposto ex art. 25-bis 1. d.lgs. n. 231/2001).

La fattispecie di “*Vendita di prodotti industriali con segni mendaci*” punisce ora anche “*chiunque detiene per la vendita*” e non più solo chi commercializza il bene contraffatto.

– **Legge 22 gennaio 2024, n. 6** con “*Disposizioni sanzionatorie in materia di distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici e modifiche agli articoli 518-duodecies, 635 e 639 del Codice Penale*”.

Il provvedimento è entrato in vigore in data 8 febbraio 2024 dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 19 del 24 gennaio 2024.

La Legge interviene su uno dei reati presupposto indicati all’art. 25-septiesdecies del d.lgs. n. 231/2001, ossia la fattispecie di “*Distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici*” di cui all’art. 518-duodecies c.p. al fine di circoscriverne la punibilità.

– **Decreto Legislativo 19 marzo 2024, n. 31** con “*Disposizioni integrative e correttive del Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della Legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”.

Il provvedimento è entrato in vigore il 4 aprile 2024, a seguito di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 67 del 20 marzo 2024, ed ha novellato l’art. 59 del d.lgs. n. 231/2001 che disciplina la contestazione dell’illecito all’ente. Il riferimento all’art. 405 c.p.p. è adesso sostituito dall’art. 407-bis c.p.p., che prevede che “*Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l’archiviazione, esercita l’azione penale, formulando l’imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, V e V-bis del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio*”.

Le società vengono poi equiparate alle persone fisiche con riferimento al criterio di giudizio dell’udienza preliminare, che impone al Giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere qualora gli elementi acquisiti “*non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna dell’ente*”.

– **Decreto Legislativo 14 giugno 2024, n. 87** con “*Revisione del sistema sanzionatorio tributario, ai sensi dell’articolo 20 della legge 9 agosto 2023, n. 111*” che, in attuazione della Delega fiscale, interviene sul sistema sanzionatorio tributario.

Il provvedimento è entrato in vigore il 29 giugno 2024, dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale n. 150 del 28 giugno 2024 e modifica la definizione di “*crediti inesistenti*” e “*crediti non spettanti*”, rilevante ai fini dell’integrazione del delitto di indebita compensazione di cui all’art. 10-quater (reato presupposto alla responsabilità della persona giuridica ai sensi dell’art. 25-quinquiesdecies d.lgs. n. 231/2001).

LEGISLAZIONE - I SEMESTRE 2024

Viene poi ridisegnato il rapporto tra sanzioni penali, sanzioni amministrative tributarie e sanzioni “231” con il nuovo art. 21-ter d.lgs. n. 74/2000 che così dispone: *“Quando, per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice o l'autorità amministrativa, al momento della determinazione delle sanzioni di propria competenza e al fine di ridurre la relativa misura, tiene conto di quelle già irrogate con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva”*.

– **Legge 28 giugno 2024, n. 90** con *“Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici”*.

La norma è entrata in vigore il 17 luglio 2024, a seguito dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 153 del 2 luglio 2024.

La novella comporta l'inasprimento del sistema sanzionatorio in tema di criminalità informatica, anche nei confronti degli enti, ed introduce nel catalogo dei reati presupposto la nuova fattispecie di estorsione “informatica”.

Normativa europea

– **Direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le Direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE tutela penale dell'ambiente**

È entrata in vigore il 20 maggio 2024, a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 30 aprile 2024.

La Direttiva richiede la criminalizzazione di numerose condotte lesive dell'ambiente tra cui il traffico di legname, il riciclaggio illegale di componenti inquinanti di navi, le violazioni gravi della legislazione in materia di sostanze chimiche. Inoltre, la Direttiva introduce una clausola relativa ai “reati qualificati”, che si applica quando uno dei reati previsti dalla Direttiva viene commesso intenzionalmente, e provoca la distruzione dell'ambiente o un danno irreversibile o duraturo allo stesso.

Per le imprese, le sanzioni pecuniarie ammonteranno ad almeno il 5% del fatturato mondiale totale per i reati più gravi o, in alternativa, a 40 milioni di euro; per tutti gli altri reati, la sanzione pecuniaria massima sarà pari ad almeno il 3% del fatturato o, in alternativa, a 24 milioni di euro. Gli Stati membri dovranno provvedere affinché le persone fisiche e le imprese possano essere sanzionate con misure supplementari, quali l'obbligo per l'autore del reato di ripristinare l'ambiente o di risarcire i danni, l'esclusione dello stesso dall'accesso ai finanziamenti pubblici o il ritiro di permessi o autorizzazioni.

Entro il 21 maggio 2026, gli Stati membri dovranno adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla stessa.

– **Direttiva (UE) 2024/1226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 aprile 2024, relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione e che modifica la direttiva (UE) 2018/1673**

La Direttiva è entrata in vigore il 19 maggio 2024, dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 29 aprile 2024.

L'articolo 6 della Direttiva disciplina la responsabilità delle persone giuridiche, disponendo che i membri introducano una forma di responsabilità penale a carico delle società che commettano i reati di cui agli articoli 3 e 4 della Direttiva (sono poi previste specifiche aggravanti e attenuanti). In Italia, tali condotte di reato verranno integrate all'interno del d.lgs. 231/2001 relativo alla responsabilità amministrativa da reato.

Gli Stati membri hanno tempo sino al 20 maggio 2025 per darle attuazione, armonizzando il proprio ordinamento giuridico con le nuove disposizioni.

– **Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE)**

2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale)

Il Regolamento è entrato in vigore il 2 agosto 2024 in seguito alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 12 luglio 2024.

La norma introduce regole armonizzate per lo sviluppo e la messa in commercio di sistemi di intelligenza artificiale (IA) e si pone l'obiettivo di contemperare l'innovazione e la competitività dei mercati europei con la necessità di garantire un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali la salute e la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente.

L'approccio adottato è *risk-based*: i sistemi di intelligenza artificiale vengono suddivisi in tre categorie, a seconda del rischio che pongono per la sicurezza degli utenti e per il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini.

Per il caso di mancato rispetto della disciplina stabilita dal Regolamento, l'art. 99 obbliga gli Stati membri ad introdurre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che possono includere anche avvertimenti e misure non pecuniarie.

La piena applicazione del regolamento sarà effettiva a partire dal 2 agosto 2026 ma vi sono scadenze precedenti e differenziate rispetto ai diversi adempimenti richiesti dal Regolamento.

La Rivista è pubblicata con la collaborazione e con il contributo di AODV231 - Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001

La **Direzione** e la **Redazione** della Rivista hanno sede presso l'Associazione
Sede Legale: Viale Bianca Maria, 28 - 20129 Milano; Sede Operativa - Via Copernico, 38 - 20125 Milano.

I contributi devono essere inviati all'indirizzo e-mail info@aodv231.it

L'Amministrazione è presso la casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., **via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano - tel. 02/380891 - fax 02/38089432**

Internet: www.lefebvrejuffre.it - e-mail: vendite@giuffrefl.it

Pubblicità:

Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità - **via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano - tel. 02/38.089.380 - fax 02/38089426 - e-mail: periodici@giuffrefl.it**

**CONDIZIONI DI ABBONAMENTO ALLA RIVISTA
RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 2024**

U.E.

€ 80,00*

*IVA esclusa

<https://bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it/#/riviste>

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso. Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. a ciò autorizzati (cfr. www.giuffrefrancislefebvre.it/it/agenzie).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 18 del 27 gennaio 2025

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

