

**MODELLI ORGANIZZATIVI
E GESTIONALI**

L'INVESTIGAZIONE INTERNA NEL PROCEDIMENTO A CARICO DELL'ENTE: ALCUNI SPUNTI PER L'INTEGRAZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E DI GESTIONE

VITTORE D'ACQUARONE, AVVOCATO del Foro di Verona, *Solicitor UK* e Co-Responsabile dell'Osservatorio d.lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane¹

RICCARDO ROSCINI-VITALI, AVVOCATO del Foro di Verona e Cultore della materia in Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona²

L'articolo è diviso in due parti. Nella prima parte, cerchiamo di tracciare i principi per la conduzione dell'investigazione interna, attingendo, in assenza di un'espressa disciplina normativa, dagli spunti offerti dalle disposizioni nazionali e sovranazionali che riteniamo applicabili e mettendo in luce le maggiori criticità della materia che qui ci occupa. Nella seconda parte, analizziamo alcune proposte avanzate in letteratura nel tentativo di valorizzare, sotto il profilo premiale, la collaborazione investigativa dell'ente rispetto alla condotta illecita commessa al suo interno. Tali proposte traggono ispirazione dai sistemi penali di *common law*, ma destano, nei loro stessi promotori, alcune perplessità in ragione degli effetti negativi che potrebbero produrre nell'ordinamento italiano laddove non propriamente amministrate. Atteso che, nel settore della *compliance* nazionale, la riflessione scientifica e operativa in tema di investigazione interna si è avviata solo di recente, ci limitiamo, nelle pagine che seguono, a porre sul tavolo i primi interrogativi che la materia solleva, in alcuni dei quali ci siamo imbattuti anche nell'attività sul campo, senza la pretesa di offrire una soluzione agli stessi.

PARTE I

1. Premessa: perché ci occupiamo dell'investigazione interna?

Al pari delle forme di vita di struttura cellulare costituite da un insieme di organi interdipendenti, anche l'ente è, spesse volte, destinato ad accogliere agenti patogeni

¹ Ringraziamo l'Osservatorio d.lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane, con Delegato di Giunta l'avv. Daniele Ripamonti e di cui sono Responsabili il prof. avv. Giulio Garuti e l'avv. Vittore d'Acquarone, in seno al quale abbiamo avuto l'opportunità di svolgere i temi trattati in questo articolo, che abbiamo sviluppato sempre sostenuti dal confronto e dalla riflessione con ciascuno dei suoi componenti.

² Questo articolo fa parte del progetto di ricerca *Internal Corporate Investigations: verso l'ideazione di uno statuto normativo organico*, diretto da un *network* di professionisti, di docenti e di ricercatori universitari con specifiche competenze nelle materie penalistiche. Il *network* è composto, in ordine alfabetico per cognome, dall'avv. Vittore d'Acquarone (*ut supra*), dalla dott.ssa Elisa Lorenzetto (Ricercatore di Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona), dalla prof.ssa Adonella Presutti (già Ordinario di Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona) e dall'avv. Riccardo Roscini-Vitali (*ut supra*). Il progetto è articolato in quattro contributi, previsti per i nn. 2/2019, 1/2020, 2/2020 e 4/2020 di questa *Rivista*.

in grado di adulterarne l'equilibrio vitale. Tuttavia, se il sistema immunitario del Modello di organizzazione e di gestione reagisce prontamente, essi possono essere identificati ed espulsi prima che le indagini dell'autorità giudiziaria intraprendano un più doloroso trattamento terapeutico, magari in funzione cautelare. Secondo le prassi recenti, il principale sistema di risposta che le funzioni di controllo della persona giuridica possono avviare fin dai primi sintomi sospetti è rappresentato dall'investigazione interna, la quale è orientata ad accertare le possibili violazioni di legge o delle *policy* aziendali e, complessivamente, ogni fatto che comprometta la società o i suoi amministratori o dipendenti dal quale potrebbero discendere dei rischi penali, civili o amministrativi o anche solo dei danni all'immagine dell'azienda.

Conseguentemente all'incessante espandersi delle aree di responsabilizzazione dell'impresa e della *compliance* integrata, il ricorso a questo meccanismo di accertamento interno sta diventando, dal punto di vista applicativo, sempre più frequente³. Nondimeno, la carenza di regole del gioco esplicitate e definite, in aggiunta a un contesto scientifico e giurisprudenziale ancora acerbo, genera prassi incerte che non riescono a mettere pienamente a frutto le potenzialità preventive e di *restorative justice* per le quali l'istituto è pensato⁴.

Per cogliere le finalità e le differenti sfaccettature dell'investigazione interna e per tracciare il perimetro delle prospettive di regolamentazione, abbiamo ritenuto necessario, nel primo articolo del ciclo dedicato al tema apparso nel numero 2/2019 di questa Rivista⁵, innestare la riflessione a partire dall'esperienza di altre giurisdizioni e, in particolare, da quella maturata negli Stati Uniti d'America⁶.

Il campo di indagine del presente contributo è teso alla definizione dell'investigazione interna tramite l'individuazione di spazi normativi in grado di ospitare la disciplina di questa attività e a offrire qualche suggerimento procedurale per il Modello di organizzazione e di gestione, per poi chiarire, nel prossimo articolo, il rapporto tra l'investigazione interna e il procedimento a carico dell'ente di cui al d.lgs. 231/2001 sotto i profili, tra le altre, dell'utilizzabilità processuale delle informazioni raccolte, delle condotte riparatorie e dei rinnovati meccanismi di *probation*. Infatti, come

³ Segnaliamo, in tale senso, gli sforzi comunicativi di alcuni importanti operatori economici nel condividere con il pubblico la propria esperienza: APPETTITI, *Il sistema di compliance in UniCredit*, in ROSSI, *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Milano, 2017, 51; MANTOVANI-FRANCESCHINI, *La compliance in ENI*, in ROSSI, *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, cit., 1.

⁴ MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 256. Su questo argomento, sia permesso rinviare a D'ACQUARONE-ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in questa Rivista, 2/2018, 123 e a D'ACQUARONE-ROSCINI-VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate*, in questa Rivista, 4/2018, 115.

⁵ D'ACQUARONE e ROSCINI-VITALI, *Internal corporate investigation: la lezione americana*, in questa Rivista, 2/2019, 93.

⁶ In letteratura, *ex plurimis*, BEHRE e MILLER, *Responding to Corporate Criminal Investigations*, Arlington, 2013; BOURTIN-HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 199; BUCY, «Carrots and Sticks»: *Post-Enron Regulatory Initiatives*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1, 2004, VIII, 277; DERVAN, *International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigation*, in *Fordham Urban Law Journal*, 2012, 361; DISKANT, *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure*, in *The Yale Law Journal*, 1, 2008, CXVIII, 126; KRAMER-ROMANO, *Investigations in the United States*, in LOMAS-KRAMER, *Corporate Internal Investigations*, Oxford, 2013; KUHLEN-KUDLICH-ORTIZ DE URBINA, *Compliance und Strafrecht (Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht)*, Heidelberg, 2012; MATHEWS, *Internal Corporate Investigations*, in *Ohio State Law Journal*, 1984, 655; NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United States: is a New Approach Warranted?*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010, LVIII, 605; PIETH, *Co-regulierung im Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg, 2010; ROTSCHE, *Criminal Compliance*, Handbuch, Baden-Baden, 2015; SPEHL-GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, München, 2012, 1; STRADER, *Internal Investigations and compliance programs*, in STRADER, *Understanding White Collar Crime*, Carolina, 2011, 349; VAUGHAN, *The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct and Disaster*, in *Annu. Rev. Sociol.*, 1999, 271.

osserveremo in seguito, le attività tipiche dell'investigazione interna potrebbero trovare sede nell'ambito delle investigazioni difensive, anche preventive, svolte nell'interesse della persona giuridica implicata, anche solo in forma eventuale, in un procedimento penale. L'osservanza delle regole del codice di rito permette la piena e cautelata utilizzabilità degli esiti investigativi nel procedimento penale, conservando alcuni spazi, ancorché circoscritti, di utilizzabilità dei risultati dell'investigazione interna amministrata su base spontanea anche al di fuori della cornice processuale. Inoltre, l'investigazione interna ha un'indubbia rilevanza, laddove l'illecito amministrativo sia contestato, ai fini della realizzazione delle condotte riparatorie, anche nella prospettiva di scongiurare l'applicazione di una misura cautelare nei confronti della società. Da ultimo, traendo spunto dalle prassi consolidate in materia di investigazione interna, avizzeremo, con un approccio costruttivo, la nostra proposta di una nuova possibile interpretazione del sistema di *regulatory* presente nella legislazione interna, non più fondato sull'impulso deterrente del controllo interno (*deterrence-based enforcement approach*), bensì sulla ricerca di un accertamento coordinato e cooperativo della complessiva conformità alle regole (*cooperative enforcement approach*⁷).

In questo quadro, bene intuivamo come l'investigazione interna descriva la principale traiettoria di sviluppo della *compliance* nell'ottica di un'auto-manutenzione, fisiologica e continuativa, del Modello di organizzazione e di gestione sintetizzabile nei tre *step* della tempestiva segnalazione, della pronta gestione e dell'opportuna risoluzione del *gap* organizzativo. Al contempo, una strategia di *compliance* programmata nella prospettiva di garantire un miglioramento del Modello di organizzazione e di gestione costante e interno all'azienda rappresenta l'elemento difensivo più convincente nell'eventualità in cui l'impresa venga tratta a procedimento. Infatti, il comportamento proattivo dell'ente nella reazione alla violazione consente allo stesso di allontanare il sospetto che l'irregolarità sia, nell'ambito dell'attività di *business*, abitualmente conosciuta, tollerata o finanche insabbiata e di dare, così, prova del fatto che il sistema di gestione dei rischi-reato è in grado di funzionare efficacemente e autonomamente anche grazie alle risorse interne, ossia ai soggetti che, trovandosi nelle più immediate vicinanza spazio-temporali rispetto alla violazione, si trovano, giocoforza, nella posizione più privilegiata per un rapido intervento. Per tale via, la persona giuridica sembra potere coltivare la migliore speranza di ottenere una dichiarazione giudiziale di idoneità del Modello di organizzazione e di gestione.

2. Gli stimoli intraorganizzativi ed extraorganizzativi all'investigazione interna

Partendo dal presupposto che solo una piena conoscenza, comprensione e consapevolezza dei fatti permette l'adozione di rimedi appropriati e di strategie difensive efficaci⁸, l'ente può essere incoraggiato a valutare se avviare, o meno, un'investigazione interna da una molteplicità di segnalazioni.

⁷ ODED, *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*, Cheltenham-Northampton, 2013, 15.

⁸ BOURTIN-HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 204; DI GARBO-GAUDINO-MANCUSO-VASILE, *Italy*, in SPEHL-GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 248.

Anzitutto, sempre più spesso la segnalazione perviene internamente per mezzo di appositi canali di *whistleblowing*, la cui espressa previsione nell'ambito del Modello di organizzazione e di gestione è stata resa doverosa dall'entrata in vigore della l. 179/2017, la quale non ha, tuttavia, offerto alcuna indicazione circa le modalità di gestione della segnalazione stessa⁹. Frequentemente, poi, una determinata richiesta rivolta dagli organismi indipendenti, preposti alla verifica in specifici processi dell'attività di *business*, può attivare il controllo sulla *compliance* interna. Infatti, non possiamo ignorare che, in ragione di regolamentazioni speciali di settore, l'acquisizione di una notizia di reato nel corso di un regolare controllo o ispezione condotto da un'autorità indipendente (es.: Banca d'Italia, ANAC, CONSOB, IVASS) può determinare l'avvio di un'indagine parallelamente svolta dal pubblico ministero¹⁰. Peraltro, in quest'ultimo caso, la sovrapposizione, non sempre coordinata, di ruoli (amministrativo e penale) impone scelte di strategia difensiva complesse e da raccordare tra loro. In altre ipotesi, l'investigazione interna segue il compimento di atti investigativi a sorpresa eseguiti direttamente dall'autorità giudiziaria o amministrativa competente. Da ultimo, l'opzione può essere sollecitata dalla divulgazione di notizie di stampa che accennino all'inizio di un'inchiesta giudiziaria nei confronti di uno o di più *manager* della persona giuridica.

In tutti questi casi, il fattore decisivo nell'ottica di una pronta reazione della società è rappresentato dalla tempestività dell'avvio dell'investigazione interna¹¹, la quale è opportuno che sia adeguatamente coordinata con i diversi capitoli di indagine, attese le possibili ricadute multigiurisdizionali e multidisciplinari¹².

3. Gli obiettivi dell'investigazione interna

L'investigazione interna realizza principalmente due finalità.

Da un lato, essa può assumere un assetto meramente interno o manutentivo, consistente, ad esempio, nella gestione della segnalazione, effettuata da un *whistleblower*, di una violazione del Modello di organizzazione e di gestione e nei conseguenti riscontri circa l'effettiva tenuta del sistema di gestione dei rischi-reato e circa l'esistenza dei presupposti per l'instaurazione di un procedimento disciplinare a carico dell'amministratore o del dipendente presunto autore della violazione. In tale accezione, l'investigazione interna rappresenta un fenomeno abbastanza recente, che

⁹ Come rilevato da CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.legisl. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)*, in MATTERELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 245, il fenomeno del *whistleblowing* affonda le sue radici nel territorio statunitense. In realtà, osserviamo che forme primigenie di *whistleblowing* possono individuarsi già nell'antichità (COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica dell'anticorruzione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, IV, 475). Infatti, nell'antica Roma era nota la figura del *delator*, il quale proponeva la *denuntiatio*, segnalando reati, schiavi fuggiti, fedecommissi nascosti o eredità vacanti. Si trattava di una vera e propria figura istituzionale, che fu oggetto di provvedimenti legislativi anche in età augustea, durante la quale, nell'8 a.C., fu emanata la *Lex Iulia Maiestatis*, che riconosceva al *delator* un quarto dei beni del condannato (per approfondimenti, PETRACCIA, *Indices e Delatores nell'antica Roma*, Milano, 2014, 25). Anche nell'antica Grecia, prima che l'abuso delle accuse fatte solo per ragioni politiche o economiche ne fece mutare il significato, il *sykophantes* veniva considerato dal diritto ateniese come colui che, segnalando eventuali illeciti, sosteneva l'accusa nel processo che veniva svolto coralmemente in città e che, in caso di vittoria dell'accusa, percepiva parte della multa che la controparte doveva versare (per approfondimenti, BEARZOT, *La Giustizia nella Grecia antica*, Roma, 2008, 95).

¹⁰ E viceversa.

¹¹ «*The readiness is all*» («Ciò che conta è di essere pronti») disse Amleto in SHAKESPEARE, *Amleto*, ed. Mondadori, trad. di Montale, 1993, V, II, 234-237, 195.

¹² LOMAS, *Investigations with an International Dimension*, in LOMAS e KRAMER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 7.

inizia a prendere piede all'interno delle multinazionali di grandi dimensioni, i cui Modelli di organizzazione e di gestione necessariamente risentono dei processi di verifica della *compliance* ereditati dall'ente controllante, il quale è, di frequente, un soggetto di diritto anglosassone dotato di *compliance programs* già regolati sull'esigenza di azionare controlli proattivi sull'attività di *business* anche nell'eventuale prospettiva di garantirsi la possibilità di accedere agli incentivi riconosciuti in caso di efficace cooperazione con le autorità. Infatti, negli ordinamenti di *common law* le prassi operative identificano nell'avvio di un'investigazione interna l'approdo fisiologico delle procedure per la migliore valutazione dei rischi penali, civili, amministrativi e disciplinari associati all'evento segnalato. Tuttavia, evidenziamo che l'investigazione interna intesa ad accertare la mera violazione del Modello di organizzazione e di gestione sembra potere incontrare alcuni ostacoli alla luce di quanto stabilito sul tema dalla giurisprudenza più recente, secondo la quale «resta invece fermo l'assoggettamento al rigoroso regime interdittivo stabilito dall'art. 3 [dello Statuto dei Lavoratori] di ogni controllo diretto a verificare il corretto adempimento da parte del lavoratore degli obblighi contrattuali imposti dal contratto di lavoro, in particolare con riferimento al diligente adempimento delle mansioni pattuite [...] nel caso in cui i fatti non siano qualificabili alla stregua di fattispecie illecite assistite da autonoma rilevanza civile, amministrativa ovvero penale¹³».

Dall'altro lato, possono prevalere finalità tipicamente esterne o processuali in caso di instaurazione, effettiva o temuta, di un procedimento penale. In questo caso, l'investigazione interna trova fondamento nell'esigenza di ricostruire e di conoscere profondamente i fatti oggetto di verifica da parte dell'autorità giudiziaria. Infatti, la persona giuridica potrà operare le scelte gestorie e difensive con tempestività e con consapevolezza nella misura in cui si sarà assicurata il controllo delle informazioni utili grazie alla ricerca e alla raccolta degli elementi probatori difensivi¹⁴. Inoltre, il piano delle attività di investigazione interna può mettere la società nelle condizioni di valutare l'opportunità di una scelta cooperativa e riparatoria, anche attraverso l'adozione delle condotte *ex art. 17* d.lgs. 231/2001, così assicurandosi l'accesso al concordato sulla pena pecuniaria¹⁵.

4. I protagonisti dell'investigazione interna

La configurazione dell'*investigation team* è funzionale agli obiettivi prefissati e all'oggetto dell'investigazione interna, anche se l'interessamento di avvocati è opportuno affinché siano adeguatamente stimati tutti i rischi, rispettati e azionati i

¹³ Trib. Padova, Sez. lav., ord. 4 ottobre 2019, n. 6031, in *www.unicolavoro.ilsole24ore.com*. Conf. Cass. civ., Sez. lav., 6 marzo 2018 (dep. 4 settembre 2018), n. 21621, in *Dir. & Giust.*, 5 settembre 2018, secondo cui «pure potendo il datore di lavoro ricorrere a soggetti terzi, come agenzie di investigazione, per l'accertamento di violazioni da parte dei lavoratori, tale verifica non può estendersi all'adempimento o meno della loro prestazione lavorativa».

¹⁴ NIETO MARTÍN, *Internal Investigation, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, in MANACORDA-CENTONZE-FORTI, *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Cham-Heidelberg, 2014, 69; SCHEMEL-RUHMANSEDER-WITZIGMANN, *Hinweisgebersysteme: Implementierung im Unternehmen*, Heidelberg, 2008, 74.

¹⁵ PANASITI, Sub *art. 17*, in LEVIS-PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 376.

diritti e preservato il *legal privilege* comune agli ordinamenti di *common law* e di *civil law*¹⁶.

Abitualmente, vengono coinvolte, a vario titolo, sia le risorse *in-house* (es.: *internal audit, compliance officer, legal counsel*) sia, per gli aspetti che richiedono particolari competenze tecniche, le componenti esterne, quali studi legali indipendenti o *advisor* esperti in indagini forensi o contabili.

Viceversa, ogniqualvolta si paventi un rischio penale per l'ente, è raccomandabile incaricare, per la conduzione dell'investigazione interna, un difensore dotato di un apposito mandato fiduciario rilasciato dalla persona giuridica per il procedimento in corso o per le investigazioni preventive, alla stregua di una vera e propria investigazione difensiva a norma degli artt. 391 *bis* ss. c.p.p., il quale potrà, a sua volta, servirsi di ausiliari e di consulenti tecnici. Infatti, il difensore rappresenta, allo stato attuale della legislazione italiana, l'unico soggetto in grado di assicurare la massima copertura in termini di *legal privilege* alle comunicazioni e alle documentazioni selezionate in funzione difensiva e, al contempo, di garantire la genuinità e l'utilizzabilità degli elementi di prova ricavati.

5. I differenti ruoli dell'Organismo di Vigilanza e del difensore a seconda della diversa finalità dell'investigazione interna

Nel caso dell'investigazione interna manutentiva, il ruolo di iniziativa e di supervisione sembra, nel contesto italiano, inevitabilmente destinato a ricadere in capo all'Organismo di Vigilanza, tipico *driver* dell'investigazione che assuma un assetto meramente interno. Del resto, è l'Organismo di Vigilanza il soggetto deputato a intercettare e a gestire, anche con risorse indipendenti, i flussi informativi relativi alle possibili violazioni del Modello di organizzazione e di gestione da parte di amministratori o di dipendenti dell'ente. Sicché, tutte le volte in cui si rifletta sulla mera idoneità del Modello di organizzazione e di gestione o sulla sua attuazione, dovrebbe essere l'Organismo di Vigilanza il soggetto competente a intervenire. Rispetto a questo caso, pare, in prima battuta, incompatibile il regime del *legal privilege*, al quale la persona giuridica sembra, di fatto, rinunciare in ragione della scelta e della capacità trasparenti di auto-correggere il proprio Modello di organizzazione e di gestione in una prospettiva di miglioramento nella prevenzione dei rischi connessi all'attività economica.

Viceversa, nel caso dell'investigazione interna processuale, il ruolo di coordinamento pare dovere essere di spettanza del difensore direttamente nominato, anche in via preventiva, dalla società nelle più gravi ipotesi riguardanti il sospetto che una condotta illecita, rilevante ai sensi del d.lgs. 231/2001, sia stata tenuta da un amministratore o da un dipendente dell'azienda o l'eventuale avvio di un'indagine esterna. Di conseguenza, nel caso in cui l'impresa opti per un'investigazione interna con finalità tipicamente esterne, l'Organismo di Vigilanza sembra destinato ad abdicare anche a salvaguardia del privilegio della riservatezza, potendo, eventualmente, surrogare i propri doveri attraverso un accordo codificato di coordinamento con il

¹⁶ McNEIL-BRIAN, *Overview: Initiating an Internal Investigation and Assembling the Investigative Team*, in McNEIL-BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, Chicago, 2007, 11.

difensore o con l'*investigation team*. Infatti, in detta evenienza, il ruolo dell'Organismo di Vigilanza pare potere essere circoscritto all'autonomo intervento nell'ipotesi di inerzia dell'ente e, in ogni caso, alla pretendibile conoscenza degli aspetti relativi alla valutazione e alla gestione dei rischi-reato nel caso specifico. Chiaramente, nulla osta a che la persona giuridica decida di rinunciare, in tutto o in parte, al *legal privilege*, estendendo all'Organismo di Vigilanza la conoscenza, integrale o parziale, degli atti dell'investigazione interna.

Anche al fine di evitare improvvisazioni ambigue e pericolose, riteniamo opportuno che quanto sopra trovi un'espressa codificazione all'interno sia del Modello di organizzazione e di gestione sia del regolamento delle attività dell'Organismo di Vigilanza.

6. L'investigazione interna: a) la predisposizione dell'*action plan*

Al fine di avviare l'investigazione interna, una volta individuato il polo investigativo e dopo avere condotto un *case assessment* preliminare, l'*investigation team* deve, secondo la buona prassi, predisporre, unitamente all'organo dirigente o, nel caso in cui a dovere essere valutata sia l'attività dei *manager*, all'organo di controllo, un *action plan*¹⁷.

Sul punto, merita una riflessione la scelta preliminare del soggetto che è opportuno che conferisca il mandato al difensore titolare dell'investigazione interna processuale, la quale dovrebbe essere resa evidente già all'interno del Modello di organizzazione e di gestione.

A livello internazionale, si chiarisce che «è il Consiglio di Amministrazione a dovere reagire alle condotte illecite in modo rapido ed efficace» e si afferma che è, vieppiù, ritenuto essenziale che «siano i membri del Consiglio di Amministrazione ad attivarsi in modo risoluto per adempiere alla loro responsabilità di controllo delle condotte e delle prestazioni del *management* e per garantire che le dichiarazioni pubbliche dell'ente siano trasparenti e complete». Ciò in ragione del fatto che grava sul Consiglio di Amministrazione «la responsabilità primaria della supervisione del *management* e della reazione immediata ed efficace a protezione degli interessi degli investitori della persona giuridica nel caso in cui si venga a conoscenza di condotte illecite tenute dal *management* stesso¹⁸».

Ciò premesso, la partecipazione effettiva del Consiglio di Amministrazione in sede di conferimento del mandato difensivo per la conduzione dell'investigazione interna dipende principalmente dall'estensione dei poteri al riguardo delegati *ex art. 6 comma 2 d.lgs. 231/2001* e, più in generale, dalla natura delle accuse. Infatti, se rispetto alla condotta oggetto di rimprovero si sospetta il coinvolgimento di qualche consigliere o se la società stessa rappresenta l'epicentro dell'inchiesta giudiziaria, sembra opportuno che il Consiglio di Amministrazione non sia – né sia percepito come – il soggetto che

¹⁷ Approfondiscono, in particolare, il ruolo del Consiglio di Amministrazione, del Collegio Sindacale e del Comitato Controllo e Rischi di una società per azioni quotata TOMBARI, *Governo societario, compliance e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, in ROSSI, *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, cit., 278 e GROSSO, *Funzione di compliance e rischio penale*, in ROSSI, *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, cit., 300.

¹⁸ Così la *Securities and Exchange Commission (SEC)* nella relazione predisposta ai sensi della sezione 21(a) del *Securities and Exchange Act* del 1934, in *Cooper Companies Report, Exchange Act Release No. 35082*, in *58 SEC Docket*, 12 dicembre 1994, 596.

ha conferito il mandato al difensore e il responsabile dell'investigazione interna. Ciò non solo al fine di evitare di incorrere nell'incompatibilità di cui all'art. 39 comma 1 d.lgs. 231/2001, ma anche in ragione dell'evidenza pratica che l'investigazione interna così impostata rischierebbe, probabilmente, di essere ritenuta poco attendibile. Detto altrimenti, il regolare coinvolgimento dei membri del Consiglio di Amministrazione la cui condotta è in discussione potrebbe pregiudicare la neutralità dell'investigazione interna. Sicché, in questo specifico caso, il potere di conferire il mandato al difensore e di supervisionare l'investigazione interna dovrebbe, piuttosto, essere riservato a un gruppo indipendente di membri del Consiglio di Amministrazione raccolto in un *independent committee*, se del caso all'uopo istituito.

7. b) L'analisi documentale e l'esame degli archivi aziendali

Il secondo *step* tipico dell'investigazione interna è rappresentato dall'acquisizione e dall'analisi dei documenti conservati negli archivi aziendali.

In linea di principio, la ricerca, la catalogazione e la verifica documentali non incontrano ostacoli nei casi in cui l'ente abbia libero accesso ai luoghi, fisici o informatici, nei quali le possibili fonti di prova sono custodite¹⁹. Viceversa, laddove risulti necessario ottenere la consegna, da parte di terzi, di elementi che non si trovano nella disponibilità della persona giuridica, si dovrà ricorrere alla funzione difensiva, concretamente azionabile nelle modalità tracciate dall'art. 391 *quater* c.p.p. per quanto riguarda, ad esempio, la richiesta di documenti in possesso della Pubblica Amministrazione²⁰.

Per quello che concerne la memoria storica delle vicende connesse all'attività economica conservata dai dipendenti della società, l'azienda ha, in linea generale, un ampio accesso ai contenuti della documentazione (es.: documenti, corrispondenza, lettere). Infatti, il dipendente deve, dietro espressa richiesta, mettere la documentazione in suo possesso a disposizione dell'*investigation team*, interno o esterno che sia, secondo quanto dettato dalla disciplina in materia di riservatezza e di privacy dei dati dalla stessa ricavabili. Vieppiù, nel caso in cui il dipendente rifiuti di cooperare e di fornire i dati richiesti, l'impresa può eseguire un'ispezione della documentazione informatica in possesso del dipendente che sia formalmente rapportabile alle mansioni da quest'ultimo svolte²¹.

¹⁹ Di differente avviso è la giurisprudenza di legittimità più recente, secondo la quale «integra il reato di cui all'art. 615-ter c.p. la condotta di colui che accede abusivamente all'altrui casella di posta elettronica trattandosi di uno spazio di memoria, protetto da una *password* personalizzata, di un sistema informatico destinato alla memorizzazione di messaggi, o di informazioni di altra natura, nell'esclusiva disponibilità del suo titolare, identificato da un *account* registrato presso il *provider* del servizio. [...] Anche nell'ambito del sistema informatico pubblico, la casella di posta elettronica del dipendente, purché protetta da una *password* personalizzata, rappresenta il suo domicilio informatico sicché è illecito l'accesso alla stessa da parte di chiunque, ivi compreso il superiore gerarchico [...]. Proprio il potere di "esclusiva" ed "escludente" riservato al titolare della casella di posta elettronica avvalorava l'appartenenza dei dati informatici con conseguente esclusione della fattispecie di cui all'art. 615 bis c.p. in caso di cancellazione degli stessi» (Cass. pen., Sez. II, 29 aprile 2016, dep. 15 settembre 2016, n. 38331, in *Foro it.*, 2017, 2, II, 106; *conf.* Cass. pen., Sez. I, 19 febbraio 2015 (dep. 27 marzo 2015) n. 13057, in *Cass. pen.*, 2017, 1, 144, secondo la quale «anche nell'ambito del sistema informatico pubblico, la casella di posta elettronica del dipendente, purché protetta da una *password* personalizzata, rappresenta il suo domicilio informatico sicché è illecito l'accesso alla stessa da parte di chiunque, ivi compreso il superiore gerarchico»).

²⁰ VENTURA, *Le indagini difensive*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, Milano, 2005, XXVII, 2, 124.

²¹ DI GARBO-GAUDINO-MANCUSO-VASILE, *Italy*, in SPEHL-GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 260.

L'indagine sui documenti utili all'investigazione interna può rivelarsi delicata nel caso in cui si svolga su supporti informatici o digitali in uso ai dipendenti. Infatti, nell'evenienza in cui non vi sia stata una selezione e una segregazione diligenti e sistematiche dei *file* personali da quelli pertinenti all'espletazione delle mansioni lavorative, può risultare problematico distinguere ciò che è associato a queste ultime – e, in quanto tale, valutabile – da ciò che è, invece, strettamente personale e privato. In ogni caso, sembra fatto salvo il ritrovamento, nel corso dell'effettuazione di una diversa attività di verifica interna, di documenti che forniscano la prova della violazione dei doveri di lealtà e di correttezza assunti dal dipendente nei confronti dell'ente. Infatti, pare possibile, in questo caso, contestare al lavoratore l'illecito disciplinare indipendentemente dal tema giuslavoristico dell'utilizzabilità degli elementi appresi per via indiretta²².

Anche nell'esame dei contenuti di posta elettronica si può incappare in analoghe limitazioni, dovendosi discernere, normalmente con non poche difficoltà, i contenuti *e-mail* concernenti il rapporto di lavoro da quelli relativi alla vita privata e familiare, i quali non possono in alcun modo costituire oggetto di controllo. La precarietà del dato elettronico, la scindibilità del contenuto rappresentativo rispetto al supporto elettronico originario che lo ha prodotto e, quindi, l'instabilità e l'emendabilità delle *e-mail* rendono concreto il rischio che la genuinità della fonte di prova venga, anche involontariamente, alterata. Di conseguenza, è consigliabile, in occasione della raccolta di questo tipo di dati, adottare, nell'ottica del loro eventuale utilizzo processuale, precauzioni tecniche che assicurino l'integrità e l'autenticità degli stessi tramite la documentazione della catena di custodia²³.

8. c) L'intervista del dipendente

Il più delle volte, il bisogno di innestare un contraddittorio con il lavoratore coinvolto nell'investigazione interna si risolve nell'avvio di un'intervista diretta a raccogliere le informazioni utili o a discutere gli esiti della precedente verifica documentale. In ogni caso, il colloquio svolto in sede di investigazione interna dovrebbe anticipare e, comunque, essere opportunamente distinto dall'audizione che può accompagnare l'inizio di un procedimento disciplinare. Detto altrimenti, esso prescinde, almeno in un primo momento, dal futuro *status* che il potenziale destinatario della sanzione disciplinare potrà eventualmente assumere.

Secondo la letteratura, il dipendente intervistato è tenuto a cooperare con l'*investigation team* per la descrizione di tutti gli aspetti collegati alle funzioni da lui svolte e, in generale, alla sfera lavorativa, anche se, nel caso dell'intervista dell'*ex* dipendente, si può contare esclusivamente sulla sua disponibilità a partecipare attivamente. L'obbligo di rispondere a queste domande è genericamente collegato ai doveri di fedeltà e di collaborazione in esecuzione del contratto di lavoro espressi negli artt. 2094, 2104, 2105 e 2106 c.c., sicché l'eventuale rifiuto potrebbe essere considerato in ambito disciplinare²⁴. Inoltre, il dipendente interessato è tenuto a

²² NIETO MARTÍN, *Internal Investigation, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, in MANACORDA-CENTONZE-FORTI, *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, cit., 87.

²³ MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in SCALFATI, *Le indagini atipiche*, Torino, 2014, 53.

²⁴ DI GARBO-GAUDINO-MANCUSO-VASILE, *Italy*, in SPEHL-GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 266.

comunicare le possibili infrazioni al Modello di organizzazione e di gestione compiute da altri dipendenti. Tale obbligo si rafforza nel caso in cui siano intervistati i soggetti in posizione apicale, ai quali i dipendenti sono tenuti a riferire le potenziali infedeltà o violazioni²⁵.

Viceversa, a prescindere dalla veste giuridica assegnata all'investigazione interna, il lavoratore non può essere obbligato a rispondere alle domande che potrebbero compromettere l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione, identificato dall'ordinamento italiano quale corollario dei principi stessi di inviolabilità del diritto di difesa e di presunzione di innocenza, sanciti dagli artt. 6 C.e.d.u. e 27 comma 3 Cost.²⁶. A riprova di questa interpretazione, segnaliamo il disposto dell'art. 391 *bis* comma 9 c.p.p., concernente il colloquio investigativo condotto dal difensore al fine di acquisire le informazioni utili alla difesa del proprio cliente. In questo caso, il difensore è tenuto a «interromp[ere] l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico» e «le precedenti dichiarazioni non po[tranno] essere utilizzate contro la persona che le ha rese²⁷». Allorché l'attività di investigazione interna sia gestita nelle forme riconosciute dal codice di rito, gli avvertimenti descritti nell'art. 391 *bis* comma 3 c.p.p. dovrebbero rendere subito edotto l'intervistato del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere, fatto salvo il successivo recupero dell'audizione condotta dal pubblico ministero su richiesta del difensore ai sensi dell'art. 391 *bis* comma 10 c.p.p.²⁸. Nondimeno, anche al di fuori del contesto dell'investigazione difensiva, è sempre opportuno, oltre che corretto sotto il profilo deontologico, rivolgere, in esordio

²⁵ DI GARBO-GAUDINO-MANCUSO-VASILE, *Italy*, in SPEHL-GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 267.

²⁶ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, Torino, 2013, 154; in chiave comparatistica, NIETO MARTÍN, *Internal Investigation, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, in MANACORDA-CENTONZE-FORTI, *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, cit., 84.

²⁷ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, III, 509; SURACI, *Le investigazioni difensive*, Torino, 2014, 159; NICOLICCHIA, *Corporate Internal Investigations e diritti dell'imputato del reato-presupposto nell'ambito della responsabilità "penale" degli enti: alcuni rilievi sulla base della "lezione americana"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 805 mette in guardia contro il potenziale pregiudizio per i diritti della persona fisica indagata per il reato-presupposto che potrebbe fare seguito all'investigazione interna posta in essere dall'entità collettiva al di fuori dei canoni di un'indagine difensiva ai sensi del codice di rito; sulla portata del privilegio contro l'autoincriminazione nel rapporto datore di lavoro-lavoratore, alla luce del Quinto Emendamento della Costituzione statunitense, a norma del quale «nessuno può essere obbligato in qualsiasi causa penale a deporre contro sé medesimo», BUELL, *Criminal Procedure within the Firm*, in *Stanford Law Review*, 6, 2007, LIX, 1635.

²⁸ PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 75; SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, ann. II, 1, Milano, 2008, 509; SURACI, *Le investigazioni difensive*, cit., 124 e 229; VENTURA, *Le indagini difensive*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, cit., 81. In giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 15 settembre 2016 (dep. 30 novembre 2016) n. 51073, in *CED Cass. pen.*, 2017 ha ribadito come, «in tema di indagini difensive, sono inutilizzabili le dichiarazioni scritte raccolte dal difensore, ai sensi dell'art. 391-bis, comma secondo cod. proc. pen., senza la verbalizzazione analitica degli avvertimenti elencati al comma terzo del predetto articolo, che il medesimo è tenuto a rivolgere al dichiarante». Nella specie, la Corte ha ritenuto inutilizzabili le dichiarazioni verbalizzate con un mero richiamo sommario agli avvisi ex art. 391 *bis* c.p.p. *Conf.* Cass. pen., Sez. I, 28 novembre 2013 (dep. 20 agosto 2014) n. 36036, in *CED Cass. pen.*, 2015, in cui la Corte ha affermato che «è manifestamente infondata la q.l.c. – per contrasto con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e con il principio di parità delle parti processuali di cui all'art. 111, comma 2, Cost. – del combinato disposto degli art. 391-bis, comma sesto e 391-ter, comma 1, lett. c), c.p.p., nella parte in cui sancisce l'inutilizzabilità delle investigazioni difensive in caso di omessa specifica elencazione degli avvisi a chi rende dichiarazioni scritte, in assenza di analoga previsione e sanzione per le informazioni assunte dalla pubblica accusa, attesa anche la diversità dei ruoli, sotto il profilo istituzionale e funzionale, del p.m. e del difensore»; Cass. pen., Sez. III, 15 luglio 2003 (dep. 22 gennaio 2004, n. 2017, in *Cass. pen.*, 2005, 9, 2625, in cui la Corte ha affermato che, «in sede di investigazioni difensive, gli avvertimenti che il difensore deve rivolgere al soggetto dichiarante, ai sensi dell'art. 391-bis comma 3 c.p.p. a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni, debbono essere specificamente verbalizzati, mentre non può essere ritenuta sufficiente la semplice attestazione in merito effettuata dal difensore ex art. 391-ter comma 1 lett. c), atteso che non sussistono ragioni per differenziare l'attività del difensore da quella analoga posta in essere dal giudice o dal p.m.».

all'intervista, una serie di avvertimenti che precisino, in modo sintetico, le qualità dell'intervistatore, lo scopo del colloquio e gli obblighi di riserbo su quanto discusso²⁹.

Da ultimo, ci interroghiamo se il dipendente abbia il diritto di farsi assistere, nel corso dell'intervista, da un difensore. Il colloquio condotto dall'investigation team, del quale faccia o meno parte un difensore formalmente investito dall'ente di un mandato di patrocinio in sede giudiziaria, è solitamente indirizzato all'accertamento di comportamenti che si ritengono inosservanti del Modello di organizzazione e di gestione o, nei casi più gravi, delle norme penali. A tale scopo, rientrando il contributo richiesto al dipendente nell'ambito dell'esecuzione del rapporto di lavoro, quest'ultimo non beneficia del diritto all'assistenza difensiva. In questo modo, il dovere di fornire le informazioni utili si conserva intatto, con l'unico limite, al quale abbiamo sopra accennato, della tutela del privilegio contro l'autoincriminazione.

Sembra determinare un mutamento del quadro di riferimento a favore di una tutela prevalente e non contraddittoria del diritto di difesa il caso del dipendente già sottoposto a indagini da parte dell'autorità giudiziaria. Infatti, in questa evenienza, il dipendente può sia decidere di non offrire contributo alcuno all'investigazione interna, opponendo un diritto al silenzio assimilabile a quello eventualmente esercitabile di fronte all'autorità inquirente, sia chiedere di essere assistito da un difensore, che possa individuare e precisare i temi – seppure inerenti alle condotte altrui e non al fatto proprio – potenzialmente relazionabili alla sfera del proprio cliente, sollecitandolo, di conseguenza, a operare le scelte difensive più opportune. Quando sia chiesta l'audizione di un dipendente già indagato o imputato nell'ambito del procedimento che ha giustificato l'avvio dell'attività di investigazione interna, di un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p. o per un reato collegato *ex art.* 371, comma 2, lett. *b*), c.p.p., è preferibile avvisare il difensore almeno ventiquattro ore prima dell'intervista. In questo caso, l'intervento del difensore al colloquio investigativo è indispensabile e non può costituire oggetto di rinuncia³⁰.

Altera nuovamente il quadro il caso del dipendente già destinatario di una formale comunicazione di avvio di un procedimento disciplinare nei suoi confronti. In questo caso, la partecipazione del difensore è indubbia già in occasione del colloquio fissato per fornire le precisazioni necessarie rispetto alla contestazione disciplinare, così come durante l'intervista investigativa che punti a ricostruire in maniera completa e precisa i fatti oggetto della precedente contestazione.

Viceversa, se l'audizione del dipendente o dell'amministratore è svolta successivamente rispetto al conferimento del mandato investigativo al difensore, nell'ambito di un'indagine giudiziaria già avviata o per l'evenienza che una notizia di reato possa emergere in futuro, le peculiari modalità di assunzione sono da reperire in seno alla disciplina codicistica, la quale prevede tre differenti forme di audizione della persona informata sui fatti: il colloquio informale, la ricezione di una dichiarazione messa per iscritto dal lavoratore e l'intervista verbalizzata (art. 391 *bis* c.p.p.³¹). Anche in chiave di tutela difensiva della persona giuridica, è opportuno

²⁹ Sulle prassi operative sviluppate nel contesto statunitense degli *Upjohn warnings*, BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, Chicago, 2007, 22.

³⁰ SURACI, *Le investigazioni difensive*, cit., 139.

³¹ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 502; VENTURA, *Le indagini difensive*, in UBERTIS-VOENA, *Trattato di procedura penale*, cit., 62.

privilegiare il colloquio specificamente e analiticamente verbalizzato nel caso in cui l'investigazione interna sia condotta sotto il cappello dell'investigazione difensiva. Infatti, questa modalità garantisce una più sicura cristallizzazione delle dichiarazioni rese dal lavoratore.

9. Perché raccomandiamo di mettere in comunicazione le prassi sull'investigazione interna con la disciplina delle investigazioni difensive?

Alla luce dell'art. 34 d.lgs. 231/2001, la disciplina delle investigazioni difensive, racchiusa nel titolo VI *bis* del libro V c.p.p., è comunemente giudicata compatibile con il procedimento per l'accertamento degli illeciti amministrativi da reato³². La disciplina si presta a offrire un set di principi codificati per l'esecuzione dell'investigazione interna che permette di sfruttare integralmente i risvolti investigativi nell'ambito del procedimento a carico dell'ente. Infatti, la riforma organica realizzata dalla l. 397/2000 ha accordato, in via definitiva, dignità e autonomia all'iniziativa investigativa del difensore, realizzando una piena estensione del diritto di difesa anche nel settore della ricerca della prova. Viceversa, rimane estranea al processo penale italiano la dimensione cooperativa dei rapporti tra il pubblico ministero e la difesa, caratteristica, invece, della fase preprocessuale (pretrial) statunitense³³.

Il difensore, secondo i metodi previsti dal codice di rito, può compiere, anche con l'ausilio di sostituti, di consulenti tecnici e di investigatori privati autorizzati, molteplici tipologie di atti investigativi a carattere dichiarativo (colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni *ex artt.* 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p.), reale (richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione *ex art.* 391 *quater* c.p.p., esame delle cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano ed estrazione di copia di documenti *ex art.* 366, comma 1, c.p.p. e raccolta di altre prove documentali *ex art.* 234 c.p.p.), ricognitivo-valutativo (accesso ai luoghi, anche privati o non aperti al pubblico, *ex artt.* 391 *sexies* e 391 *septies* c.p.p., al fine di effettuare ispezioni e rilievi, e ricorso alla consulenza tecnica fuori dei casi di perizia *ex art.* 233 c.p.p.) e atipico, in quest'ultimo caso purché l'investigazione interna risulti idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudichi la libertà morale della persona *ex art.* 189 c.p.p.³⁴. Al difensore è, altresì, riconosciuta dall'art. 391 *decies*, comma 3, c.p.p. la facoltà di compiere indagini tecniche, ivi inclusi gli atti irripetibili, anche senza la partecipazione del pubblico ministero, il quale deve, comunque, essere avvisato – a pena di nullità di ordine generale a regime intermedio *ex art.* 178, comma 1, lett. *b*), c.p.p. – dell'iniziativa per consentire all'accusa l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 360 c.p.p.³⁵. Come sopra anticipato, nel caso in cui si proceda ad accertamenti o ad altre operazioni tecniche su supporti informatici, è opportuno adottare i necessari

³² VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in UBERTIS e VOENA, *Trattato di procedura penale*, cit., 265.

³³ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 485.

³⁴ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 493; SCALFATI, *Le indagini atipiche*, 2019, II, XV. In giurisprudenza, Cass. pen., S.U., 28 maggio 2003, dep. 24 settembre 2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1996, con nota di POTETTI, *Questioni sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, ha ritenuto che la deformalizzazione del contesto nel quale un contributo investigativo viene acquisito «non deve costituire un espediente per assicurare comunque al processo contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse di sondaggio delle conoscenze del dichiarante».

³⁵ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 525.

accorgimenti per evitare che lo *status quo* venga, anche inavvertitamente, alterato in fase di acquisizione delle fonti di prova digitali, le quali devono, invece, essere cristallizzate, nella prospettiva dell'utilizzo processuale, nella loro autenticità e nella loro integrità³⁶.

La finestra temporale entro la quale può legittimamente dispiegarsi l'attività di investigazione difensiva è molto estesa. A norma dell'art. 327 *bis* comma 1 c.p.p., il difensore, «fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, [...] ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-*bis*» del libro V c.p.p. (artt. 391 *bis* ss. c.p.p.). Ai sensi dell'art. 327 *bis*, comma 2, c.p.p., tale facoltà è «attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione³⁷». L'aspetto di maggiore rilievo per l'investigazione interna è, senz'altro, rappresentato dal riconoscimento della facoltà di svolgere l'investigazione stessa «fin dal momento dell'incarico professionale» (art. 327 *bis*, comma 1, c.p.p.) e anche al di fuori del procedimento («per l'eventualità che si instauri un procedimento penale», contempla l'art. 391 *nonies* c.p.p.) e, quindi, anche in un momento antecedente rispetto all'iscrizione del procedimento e all'annotazione dell'illecito amministrativo nel registro delle notizie di reato e, comunque, a prescindere dalla loro conoscenza.

Sul punto, rileviamo che, dal momento che il mandato difensivo preventivo previsto dall'art. 391 *nonies* c.p.p. presuppone «l'eventualità che si instauri un procedimento penale» e richiede che «il mandato [...] contenga [...] l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce» e dal momento che entrambe le circostanze sembrano remote nel caso in cui si tratti di una mera violazione del Modello di organizzazione e di gestione, sarebbe, forse, opportuno ampliare le ipotesi del mandato preventivo della persona giuridica anche al fine di scongiurare l'eventualità che venga rimproverato un difetto nel mandato³⁸. Sempre sul punto, viene, peraltro, da domandarci quali iniziative potrebbe/dovrebbe assumere il difensore nominato «per l'eventualità che si instauri un procedimento penale» e, dunque, in un momento in cui la vicenda non è stata assegnata a un pubblico ministero, nell'ipotesi in cui sorgesse la necessità di compiere un atto irripetibile.

A ogni modo, l'ordinamento italiano cela nell'art. 391 *nonies* c.p.p. una forma di indagine difensiva di tipo preventivo in chiave di raccolta degli elementi difensivi «per

³⁶ MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in SCALFATI, *Le indagini atipiche*, cit., 53.

³⁷ In questo senso, pure se precedente alla l. 397/2000, è illuminante l'insegnamento della Corte Costituzionale, secondo cui «non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 419 comma 3 c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevede che la trasmissione ed il deposito della documentazione degli atti di indagine successivi alla richiesta di rinvio a giudizio avvenga immediatamente dopo la ricezione del relativo invito. Deve ritenersi infatti che, ove le indagini suppletive del p.m. sopravvengano in tempi tali da non consentire un'adeguata difesa, spetti al giudice di regolare le modalità di svolgimento dell'udienza preliminare anche attraverso differimenti congrui alle singole, concrete fattispecie, così da contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio» (Corte Cost., 24 gennaio 1994, dep. 3 febbraio 1994, n. 16, in *Giur. cost.*, 1994, II, 120); ribadisce il principio Cass. pen., sez. V, 10 aprile 2006, dep. 7 luglio 2006, n. 23706, in *Cass. pen.*, 2008, 2, 686, in cui la Corte ha affermato che «è illegittimo il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dichiara l'inutilizzabilità delle indagini difensive depositate il giorno successivo alla prima udienza, considerato che il principio della continuità investigativa trova applicazione anche con riguardo alla parte privata, con la conseguenza che – in virtù del combinato disposto degli artt. 327-*bis*, comma 2, 442, comma 1-*bis*, 419, comma 3, 421, comma 3, e 391-*octies* c.p.p. – le indagini difensive possono essere svolte in qualsiasi stato e grado del procedimento, costituire oggetto di indagini suppletive ed essere prodotte «in limine» e nel corso dell'udienza preliminare, fatto salvo il diritto delle controparti di esercitare il contraddittorio sulla prove non oggetto di preventiva «discovery».

³⁸ V., più diffusamente, la giurisprudenza e la letteratura richiamate nella nota 43.

l'eventualità [appunto] *che si instauri un procedimento penale*». Recepita senza particolare entusiasmo dalla prassi, essa si rivela, invece, indubbiamente un valido contenitore *omnibus* anche per l'investigazione interna precauzionalmente svolta nell'interesse della società persona offesa o dell'azienda futura incolpata³⁹. Infatti, in sede di investigazione interna preventiva, il difensore, munito di un apposito mandato scritto nel quale siano precisati, pure in maniera basilare, i fatti cui l'attività investigativa è riferita, può eseguire, anche per il tramite di consulenti tecnici o di investigatori privati autorizzati, tutti gli atti orientati alla ricerca della prova, fatta eccezione per quelli che richiedono l'autorizzazione o, comunque, l'intervento dell'autorità giudiziaria⁴⁰.

Il rispetto delle metodologie indicate nel codice di rito è indispensabile per potere demarcare ciò che legittimamente costituisce attività di difesa rilevante ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., pure nella sola occorrenza dell'instaurazione di un procedimento penale e della conseguente ed eventuale produzione processuale⁴¹. In assenza di un'espressa disciplina per l'investigazione interna, la scelta di incardinare l'attività di ricerca delle fonti di prova utili all'accertamento del possibile illecito al di fuori del perimetro normativo sopra tracciato, pure dispensando dalle formalità imposte per l'attività di indagine del difensore, implica ricadute non auspicabili in termini di opponibilità del *legal privilege* alle autorità (anche in seguito) procedenti. Infatti, l'ordinamento italiano accorda una tutela piena al solo segreto difensivo, del quale può beneficiare unicamente l'investigazione interna svolta con il cappello dell'investigazione difensiva. All'opposto, lo stesso non possiamo dire rispetto al semplice segreto professionale.

10. La tutela del *legal privilege* nelle logiche difensive dell'ente

Inevitabilmente, nella gestione dell'investigazione interna si pone il delicato tema della protezione della mole di informazioni altamente sensibili, ricavate o prodotte in occasione dell'investigazione stessa, dalla divulgazione accidentale e dalla conoscibilità indiscriminata da parte di terzi. In questa prospettiva, cogliamo la sostanziale esigenza per l'ente di interessare gli avvocati fin dal primo sospetto di una possibile condotta illecita, al fine di assicurare che tali informazioni vengano trattate con il maggiore grado di protezione che chi esercita la professione legale, e il difensore in particolare, può infondere⁴². Infatti, il riconoscimento del *legal privilege* al flusso di dati riservati e confidenziali che viene scambiato tra la persona giuridica e il suo avvocato è un freno naturale al potere di ricerca della prova dello Stato e di terzi privati e descrive un principio fondamentale comune alle molteplici tradizioni giuridiche, ancorché con

³⁹ MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 225.

⁴⁰ *Ex plurimis*, LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 497; SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, cit., 502; SURACI, *Le investigazioni difensive*, cit., 271; VENTURA, *Le indagini difensive*, in UBERTIS e VOENA, *Trattato di procedura penale*, cit., 45.

⁴¹ MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 225.

⁴² MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 8.

sfaccettature non trascurabili⁴³. Esso è variamente denominato *legal professional privilege* nei sistemi di *common law*, *secret professionnel* nella letteratura francese e

⁴³ L'avanzamento della dottrina del *legal privilege*, con una riflessione specifica sulla sua applicabilità all'investigazione interna, è intrinsecamente collegato alla presenza di procedure di natura collaborativa e di obblighi di *discovery* caratteristici degli ordinamenti di *common law*. Di conseguenza, nei sistemi di *civil law*, ove analoghe prassi e meccanismi sono assai meno diffusi – e, in alcuni casi, completamente mancanti – registriamo una minore compartecipazione al dibattito sulla protezione privilegiata delle informazioni confidenziali originate in occasione dell'investigazione interna e una maggiore incertezza. Malgrado forme di tutela siano comunemente ammesse dalle differenti tradizioni giuridiche, la loro capacità e i criteri per la loro applicazione sono decisamente variabili. Pertanto, apprendere e immaginare le diverse applicabilità del *legal privilege* nelle varie giurisdizioni, così come nei plurimi procedimenti penali, civili e amministrativi che una medesima vicenda potrebbe, anche contemporaneamente, generare, è di rilevanza centrale nel contesto dell'investigazione interna, specie nel caso in cui la stessa produca ricadute multigiurisdizionali (DERVAN, *International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigation*, cit., 368; DERVAN, *Internal Investigations and the Evolving Fate of Privilege*, in *Compliance Elliance Journal*, 2016, 3; HUBBEL, *Discovery of Internal Corporate Investigations*, in *Stanford Law Review*, 1980, 1163).

Senza dubbio, il dibattito più vivace e più evoluto sull'applicabilità del *legal privilege* all'investigazione interna si osserva negli Stati Uniti d'America, ove il privilegio generalmente si esplicita nelle forme dell'*attorney-client privilege* e della *work-product doctrine*, privilegi di formazione giurisprudenziale annoverati tra i principi probatori affermati anche a livello federale (*Federal Rule of Evidence* 501). È, anzitutto, proprio alla giurisprudenza progredita della U.S. *Supreme Court* che dobbiamo il valore di avere riconosciuto l'applicabilità del *legal privilege*, prima accordato a beneficio della sola persona fisica, anche all'entità collettiva (United States v. Louisville Nashville R.C., in 236 U.S. 318, 236 U.S. 336, 1915; in letteratura, HINES, *Returning to First Principles of Privilege Law: Focusing on the Facts in Internal Corporate Investigation*, in *Kansas Law Review*, 2011, 49). I confini di applicazione del *legal privilege* nel contesto *corporate* e, soprattutto, nell'ambito dell'investigazione interna, è stato precisato dallo storico arresto nel caso *Upjohn Co. v. United States*, che ancora oggi rappresenta il punto di riferimento imprescindibile per gli operatori del diritto statunitense (Upjohn Co. v. United States, in 449 U.S. 383, 1981; in letteratura, *ex plurimis*, BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 22; HINES, *Returning to First Principles of Privilege Law: Focusing on the Facts in Internal Corporate Investigation*, cit., 40; MULROY e THESING, *Confidentiality concerns in internal corporate investigation*, in *25 Tort & Insurance Law Journal*, 1989-1990, XLVIII, 51).

In particolare, l'*attorney-client privilege* salvaguarda ogni forma di comunicazione (es.: *e-mail*, lettere, *memorandum*) tra l'avvocato e il suo cliente che abbia l'obiettivo precipuo di ottenere o di offrire una consulenza legale (*legal advice*). Non comprende le mere quotazioni di tipo affaristico (*business advice*), né il dato fattuale in sé, il quale bene potrebbe essere ottenuto per il tramite di fonti non privilegiate (BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 26). La sentenza Upjohn ha risolto le incertezze sulla definizione di cliente nel contesto *corporate*, precisando che sono da ritenersi coperte dall'*attorney-client privilege* le comunicazioni sia con gli organi dirigenti dell'entità collettiva sia con i dipendenti (infatti, prima si ricorreva al criterio del control group test, rimpiazzato dai giudici di Upjohn con il preferibile *subject matter test*) o con gli *ex* dipendenti della stessa (BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 39; BOURTIN e HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 203), che vertano sulla conoscenza dei fatti legati all'attività lavorativa da loro svolta e utili alla formulazione del parere. In ogni caso, occorre trasmettere (e anche mantenere) alle comunicazioni che vengono scambiate un elevato grado di confidenzialità (BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 35). Ad esempio, proprio partendo dagli spunti offerti dai giudici del caso Upjohn e con il proposito di garantire la massima copertura del *legal privilege* all'investigazione interna, i commentatori e gli operatori hanno teorizzato gli *Upjohn warnings*, ossia un catalogo di raccomandazioni preparatorie alla conduzione delle interviste che è diretto a dichiarare gli scopi e il carattere confidenziale dell'attività in corso (DERVAN, *International White Collar Crime and the Globalization of Internal Investigation*, cit., 379). Nell'accezione anzidetta, il privilegio viene significativamente ammesso a beneficio anche dell'*in-house counsel* (Upjohn Co. v. United States, cit.; BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 25). Invece, non si ritiene di riconoscere il privilegio alle comunicazioni con gli esperti esterni in attività di *forensic* (es.: esperti contabili), salvo nel caso in cui intervengano in ragione di un incarico di consulenza tecnica conferito dall'avvocato che conduce l'investigazione interna (KENT e THOMAS, *United States of America*, in SPEHL e GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 418).

Il principio definito *work-product doctrine*, sviluppato dalla U.S. *Supreme Court* a metà degli anni Novanta (Hickman v. Taylor, in 329 U.S. 495, 1947, 511; per la sua applicazione a beneficio dell'entità collettiva, cfr. Upjohn Co. v. United States, cit.), è specificamente codificato in ambito sia processualpenalistico, nella *Rule 16(b)(2) of the Federal Rules of Criminal Procedure*, sia processualciviltistico, nella *Rule 26(b)(3) of the Federal Rules of the Civil Procedure*. Esso è posto a protezione del segreto difensivo sui documenti creati dall'avvocato, o predisposti per lui dai suoi ausiliari o dai dipendenti dell'entità collettiva, a scopo difensivo, ossia in forza di una controversia in atto, o contemplabile con un certo grado di ragionevolezza, e con l'obiettivo principale o esclusivo di organizzare la propria difesa (*United States v. Adlman*, in 134 F. 3d 1194 (2d Cir.), 1998; BLOCK e BARTON, *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in McNEIL e BRIAN, *Internal Corporate Investigations*, cit., 48). Nella misura in cui è rivolto alla tutela della *lawyers' mental opinion*, ossia delle valutazioni e delle opinioni dell'avvocato, è necessario che nel documento vengano riportate anche le riflessioni di carattere giuridico.

Nell'ambito dell'attività di self-reporting alle autorità, l'entità collettiva è regolarmente chiamata a fornire una versione compiuta e oggettiva dei fatti rilevanti (BOURIN e HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità penale degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 209). Ciò potrebbe implicare la necessità di diffondere informazioni e documenti di carattere privilegiato. Certe politiche aggressive espresse negli anni dal U.S. *Department of Justice* (DOJ) attraverso l'emanazione di *memorandum* di aggiornamento del *U.S. Attorneys' Manual*, ossia delle linee guida adottate internamente dal DOJ per chiarire e per diramare prassi omogenee per l'esercizio non obbligatorio dell'azione penale e per le procedure di collaborazione (contenenti, tra le altre, i *Principles of Federal Prosecution of Business Organization*), fondamentalmente obbligavano l'entità collettiva a rinunciare al *legal privilege* al fine di conquistare credito per la collaborazione (in questo senso, l'Holder Memo del 1999, il Thompson Memo del 2003 e il McNulty Memo del 2006). Pertanto, il dibattito più recente è stato convogliato sul tema della *waiver*, ossia della rinuncia al *legal privilege*, la quale può generare effetti collaterali particolarmente onerosi, quali, ad esempio, l'esposizione a indagini o ad azioni civili concomitanti o il potenziale pregiudizio ai diritti individuali costituzionalmente riconosciuti delle persone fisiche coinvolte (in letteratura, *ex plurimis*, GRIFFIN, *Compelled Cooperation and the new Corporate Criminal Procedure*, in *New York University Law Review*, 2007, 311; MC LUCAS-SHAPIRO-SONG, *The Decline of the Attorney-Client Privilege in the Corporate Setting*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2006, 621; MULROY e THESING, *Confidentiality concerns in internal corporate investigation*, cit., 60; RICHMAN, *Decisions about Coercion: the Corporate Attorney-Client Privilege Waiver Problem*, in *De Paul Law Review*, 57, 295). Pertanto, il DOJ ha progressivamente cominciato, a partire dal *Filip Memo* del 2008, a sostenere un atteggiamento maggiormente garantista, fino ad arrivare all'attuale versione dei manuali (da ultimo aggiornate dallo *Yates Memo* adottato nel 2015 e dalla nuova *FCPA Enforcement Policy* del 2017), ove viene ufficialmente respinta ogni politica di rinuncia forzata al *legal privilege*, affermandone il ruolo nodale ai fini di una corretta amministrazione della giustizia.

Nel Regno Unito, il *legal privilege* si contraddistingue nelle forme di estrazione giurisprudenziale del *legal advice privilege* e del *litigation privilege*. Il primo è preposto alla tutela della confidenzialità delle comunicazioni scambiate tra l'avvocato e il suo cliente al fine di ottenere o di fornire una consulenza legale. Il secondo si alloca nel contesto di un contenzioso di matrice accusatoria (*adversarial*), civile o penale, salvaguardando le comunicazioni e i documenti realizzati da o per il *litigator* nella predisposizione della causa in corso o prevedibile con una certa ragionevolezza (LUDLAM e GARFIELD, *England and Wales*, in SPEHL e GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 129).

L'applicabilità del *legal advice privilege* in ambito *corporate* è stata convenuta per via giurisprudenziale in occasione del caso *Three Rivers* (*Three Rivers District Council v. Bank of England* (n. 5), in *EWCA Civ.*, 2004, 218, concernente lo scandalo della *Bank of Credit and Commerce International*; si tratta di una pronuncia equiparabile, per importanza, alla vicenda *Upjohn* di cui sopra), decretando di contenere la nozione di cliente alle persone che, all'interno dell'entità collettiva, siano state specificamente incaricate di richiedere il parere legale (MITCHELL e STOCKDALE, *Legal professional privilege in corporate criminal investigations: challenges and solutions in the modern age*, in *The Journal of Criminal Law*, 2018, 9). Ad esempio, sulla scorta di questa lettura interpretativa, il privilegio è stato negato in relazione agli appunti delle interviste predisposti dai legali interni e dai consulenti legali esterni in occasione dell'investigazione interna, a seguito dell'assunzione di informazioni da semplici dipendenti e da *ex* dipendenti dell'entità collettiva (*The RBS Rights Issue Litigation*, in *EWHC Ch.*, 2016, 3161; *Astex Therapeutics Limited v. Astrazeneca AB*, in *EWHC Ch.*, 2016, 2759). Inoltre, evidenziamo che, in occasione di una recente controversia sul *legal privilege* sorta tra il *Serious Fraud Office* (SFO) e la multinazionale ENRC, che ha visto l'intervento anche della *Law Society*, la *Court of Appeal* di Londra è stata incalzata dalle parti in causa affinché confermasse o revisionasse la nozione di cliente in ragione del mutato panorama commerciale e culturale, avuto opportuno riguardo alla realtà organizzativa delle grandi entità collettive nazionali e multinazionali. Ciononostante, la Corte ha, di fatto, evitato di esprimersi sul punto, liquidando la questione come non strettamente rilevante per la decisione del caso in questione, ma, al contempo, ha esplicitamente auspicato un futuro intervento sul tema da parte della *Supreme Court* (*The Director of the Serious Fraud Office v. Eurasian Natural Resources Corporation Limited*, in *EWHC Civ.*, 2018, 2006).

Il *legal privilege* britannico viene riconosciuto anche in capo all'*in-house counsel*, ossia al legale interno dell'entità collettiva, nella misura in cui si tratti di un'attività collegata alla fornitura di un *legal advice* e non semplicemente ricompresa nei ruoli di *business management* e di *compliance*, od orientata all'emissione di un *business advice* (LUDLAM e GARFIELD, *England and Wales*, in SPEHL e GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 130). In ogni caso, non si ritiene estendibile ai meri accountant, anche nel caso in cui siano incaricati di fornire una consulenza su aspetti legali (LUDLAM e GARFIELD, *England and Wales*, in SPEHL e GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 131; in giurisprudenza, relativamente a un *tax advice* fornito da *PriceWaterhouseCooper*, R (*on the application of Prudential plc and another*) (*Appellants*) v. *Special Commissioner of Income Tax and another* (*Respondents*), in *UKSC*, 2013, 1).

Anche nella forma del *litigation privilege*, si presentano alquanto ridotti i margini di applicabilità del *legal privilege* all'investigazione interna inglese per tutte quelle attività condotte al di fuori dell'ambito processuale e in fase anteriore, ad esempio nella prospettiva di *self-reporting*. In tale senso, sempre nel contesto del caso *Three Rivers*, ma in un ulteriore giudizio (*Three Rivers District Council v. Governor & Company of the Bank of England* (n. 6), in *AC*, 1, 2005, 610), è stato realizzato un *test* che chiede di soddisfare tre requisiti: 1. il contenzioso deve trovarsi «*in progress or reasonably in contemplation*» (sulla necessità che il futuro procedimento si prospetti in termini concreti e non come semplice preoccupazione, *United States of America v. Philip Morris Inc. & others*, in *EWHC Comm.*, 2003, 3028 e *The Director of Serious Fraud Office v. Eurasian Natural Resources Corporation*, in *EWHC QB*, 2017, 1017); 2. il documento deve essere stato realizzato per il «*sole and dominant purpose*» di affrontare quello specifico contenzioso; 3. il procedimento deve avere carattere «*adversarial*» e non investigativo o inquisitorio. Da ultimo, evidenziamo due rilevanti e recenti decisioni che aprono, forse, la strada all'eventuale riconoscimento del *litigation privilege* all'investigazione interna. Il primo è un arresto intervenuto in primo grado, nell'ambito di una vicenda fallimentare che ha visto i liquidatori dell'entità collettiva

interessati a eseguire un accesso ai documenti dell'investigazione interna svolta da una banca su una potenziale frode carosello intracomunitaria al fine di comprovare le loro richieste risarcitorie (*Bilta (UK) Ltd. v. Royal Bank of Scotland Plc & Anor*, in *EWHC Ch.*, 2017, 3535 e in *WLR(D)*, 2018, 33). La seconda è la già segnalata decisione della *Court of Appeal* di Londra nella controversia tra il SFO e l'entità collettiva ENRC sull'applicabilità del *legal professional privilege* ai documenti creati in occasione della considerevole investigazione interna condotta da ENRC, con l'interessamento di legali esterni e di esperti forensi, su presunti episodi di corruzione associati all'attività delle entità collettive controllate operanti in Africa e in Kazakistan. Capovolgendo l'esito del primo grado, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità del *litigation privilege* a tutti i documenti oggetto della disputa (perlopiù documenti preliminari e di lavoro predisposti dall'*investigation team*, ed esempio gli appunti delle interviste). Secondo i giudici, alla luce delle risultanze probatorie, dalle quali si evinceva che, al tempo della formazione dei documenti in questione, il SFO aveva già espresso, ancorché informalmente, il proprio interesse a esercitare l'azione penale nell'evenienza in cui il processo di self-reporting non si fosse risolto con un accordo transattivo, non poteva realmente scartarsi l'ipotesi che il futuro procedimento a carico dell'entità collettiva si fosse già prospettato in termini concreti e che i documenti fossero stati prodotti allo scopo prevalente di apprestare la difesa in quel contenzioso. Peraltro, la decisione da ultimo citata è di particolare interesse attesa la disamina organica offerta in ordine ai principi di diritto e alle più rilevanti decisioni giurisprudenziali pertinenti al tema del *legal professional privilege* maturati nell'esperienza del Regno Unito (*The Director of Serious Fraud Office v. Eurasian Natural Resources Corporation*, cit.).

Ulteriormente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto, in diverse pronunce, la tutela del *legal privilege* riflessa negli artt. 8 e 6 C.e.d.u. In primo luogo, la garanzia di una maggiore protezione della corrispondenza tra l'avvocato e il suo cliente è assicurata dall'art. 8 C.e.d.u., in ragione del ruolo vitale svolto dalla categoria degli avvocati in una società democratica e della meritevolezza di difesa del rapporto di fiducia instaurato tra l'avvocato e il suo cliente. In secondo luogo, le intromissioni con il segreto professionale potrebbero generare contraccolpi intollerabili sul diritto di difesa – compreso il diritto a non autoincriminarsi – e sulla corretta amministrazione della giustizia, in spregio al diritto a un equo processo sostenuto dall'art. 6 C.e.d.u. (Corte EDU, 6 dicembre 2012, n. 12323/11, *Michaud c. Francia*, ove pure si è dichiarato che, nel caso concreto, «l'obbligo di segnalazione, così come formulato, non lede l'essenza del diritto di difesa»). L'inosservanza dei suddetti diritti è stata individuata in materia di perquisizioni e di sequestri presso gli studi legali, in occasione di procedimenti penali e nel corso di accertamenti tributari, laddove non siano state garantite, dalla legge o in concreto, modalità procedurali atte a preservare il segreto professionale (Corte EDU, 27 settembre 2005, n. 50882/99, *PETRI SALLINEN* e altri c. Finlandia, in tema di sequestro operato mediante l'estrazione di copia di *hard disk* contenenti dati sensibili dei clienti dell'avvocato; Corte EDU, 16 gennaio 2008, n. 74336/01, *WEISER* e altri c. Austria, in D. inf., 2008, VI, 823, con nota di STRAMAGLIA, *Il sequestro di documenti informatici: quale tutela per il segreto professionale forense*; Corte EDU, 14 luglio 2008, n. 18603/03, *ANDRÉ* e altri c. Francia, in tema di ispezioni eseguite dall'autorità tributaria presso uno studio legale al fine di raccogliere gli elementi di prova a carico dei clienti indiziati, ma non ancora ufficialmente indagati, di evasione fiscale; Corte EDU, 16 dicembre 1992, n. 13701/88, *Niemetz c. Germania*, in tema di perquisizione e di sequestro condotti nei confronti di un avvocato che riveste la qualifica di indagato). Infatti, la Corte di Strasburgo ha affermato essere stati violati gli artt. 8 e 6 comma 1 C.e.d.u. anche nel caso di un sequestro, effettuato presso gli uffici di due società commerciali nel contesto di un'inchiesta *antitrust*, degli archivi di posta elettronica aziendali in uso ai dipendenti e contenenti informazioni e dati coperti dal *legal privilege* (Corte EDU, 2 aprile 2015, n. 60567/10 e 63629/10, *Vinci Construction e GMT Génie Civil et Services c. Francia*). Nel trattare il tema della tutela della libertà e della segretezza della corrispondenza tra l'avvocato e il suo cliente, la Corte europea dei diritti dell'uomo 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 (per un'indagine più analitica della casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di *legal privilege*, v. la scheda tematica, disponibile in lingua inglese, sul sito www.echr.coe.int).

Anche la Corte di giustizia europea ha avuto occasione di pronunciarsi in materia di *legal privilege*, con particolare attenzione alla protezione della corrispondenza tra l'avvocato e il suo cliente, ma limitatamente al diritto europeo della concorrenza. In un primo significativo arresto, la Corte di Lussemburgo, dopo un'accurata disamina degli ordinamenti interni degli Stati membri in materia di tutela della riservatezza della corrispondenza tra l'avvocato e il suo cliente, ha evidenziato che, al di là delle variabili peculiari delle diverse tradizioni giuridiche, «il diritto comunitario, derivante da una compenetrazione non soltanto economica ma anche giuridica tra gli Stati membri, deve tenere conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti di questi Stati per quanto riguarda il rispetto della riservatezza relativamente, tra l'altro, a talune comunicazioni tra gli avvocati e i loro clienti». Sicché «gli ordinamenti interni degli Stati membri tutelano, in condizioni analoghe, la riservatezza della corrispondenza tra l'avvocato e il suo cliente, purché, da un lato, si tratti di corrispondenza scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente e, dall'altro, tale corrispondenza provenga da avvocati indipendenti, cioè da avvocati non legati al cliente da un rapporto di impiego» (Corte giustizia UE, 18 maggio 1982, n. C-155/79, *AM&S Europe Limited c. Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, 893). Abbiamo ritenuto di menzionare questa pronuncia dal momento che la stessa ha riconosciuto l'esistenza di un *legal privilege* di matrice europea, avente i suddetti requisiti, ossia collegato all'esercizio del diritto di difesa da parte di avvocati indipendenti. Pertanto, non rientrano in questa accezione i legali interni dell'entità collettiva. Peraltro, la posizione espressa nella citata sentenza si è conservata inalterata anche quando, a distanza di circa 28 anni, la Corte di giustizia europea è stata chiamata a pronunciarsi nuovamente sul tema, ribadendo che «la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti sussiste in presenza di due requisiti cumulativi: da un lato, lo scambio con l'avvocato deve essere connesso all'esercizio del «diritto alla difesa del cliente» e, dall'altro, si deve trattare di uno scambio proveniente da «avvocati indipendenti», vale a dire «avvocati non legati al cliente da un rapporto di impiego»» (Corte giustizia UE, Grand. Sez., 14 settembre 2010, n. C-550-07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. c. Commissione*, in *Dir. comm. internaz.*, 2011, 1, 243, con nota di CAPECCHI, *La tutela*

segreto professionale nell'ordinamento italiano e ha diversamente influenzato le grandi codificazioni del continente europeo, con la propensione, da un lato, a valutare in blocco tutte le professioni, oltre a quella legale, e, dall'altro lato, a identificare come meritevole di uno statuto più garantista il solo rapporto fiduciario costituito dal difensore e il suo cliente, specie nell'ambito del processo penale⁴⁴.

Possiamo reperire l'attestazione di questo principio, anzitutto, nelle fonti internazionali, quale espressione dei valori collettivi rievocati nel combinato disposto dell'art. 14, par. 3, lett. b), p.i.d.c.p. (diritto di «disporre del tempo e dei mezzi necessari alla preparazione della difesa e a comunicare con un difensore di sua scelta») con l'art. 17 par. 1 p.i.d.c.p. («nessuno può essere sottoposto a interferenze arbitrarie o illegittime [...] nella sua corrispondenza»), nel combinato disposto dell'art.

della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa e il suo legale interno, 261). In ogni caso, l'interpretazione offerta dai giudici di Lussemburgo innalza il *legal professional privilege* al rango di principio generale del diritto europeo *antitrust* (BARLETTA, *Il «legal privilege» come principio fondamentale ed i suoi limiti: il caso della normativa antiriciclaggio*, in *Forum Qcost.*, 2010, 4; CAPECCHI, *La tutela della riservatezza delle comunicazioni tra un'impresa e il suo legale interno*, cit., 263; FALCE, *Riservatezza delle comunicazioni e «Legal Privilege» tra regolazione europea e recepimento nazionale*, in *Analisi giur. econ.*, 2017, II, 471; MASTRACCI, *Il «legal privilege» nel diritto comunitario. Prospettive comparatistiche e profili critici*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2017, LVI, 210; REINSTADLER e REINALTER, *Riservatezza e tutela delle comunicazioni tra avvocato d'impresa e cliente nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2011, 852).

Da ultimo, segnaliamo una vicenda processuale relativa al riconoscimento del *legal privilege* nell'investigazione interna in Germania, ossia nell'ambito di un modello giuridico prossimo alla tradizione italiana e senza precedenti giurisprudenziali sul punto (per un esame più approfondito del *legal privilege* in Germania, v. SPEHL e GRUETZNER, *Germany*, in SPEHL e GRUETZNER, *Corporate Internal Investigations*, cit., 165). Nel contesto delle nuove indagini sul *Dieselmgate* nei confronti dell'entità collettiva Audi AG, la Procura di Monaco ha operato un sequestro presso l'ufficio monacense dello studio legale internazionale *Jones Day*, avente a oggetto i documenti e i dati informativi attinenti all'investigazione interna condotta su Audi AG per conto della controllante Volkswagen AG. Infatti, due anni prima, Volkswagen AG aveva incaricato Jones Day di effettuare un'estesa investigazione interna (implicante più entità collettive del gruppo in diverse giurisdizioni) nella prospettiva di cooperare con il DOJ, collaborazione definita, in avvio del 2017, con un patteggiamento del valore complessivo di \$ 4.3 miliardi per le sanzioni penali e civili. Prontamente impugnato il provvedimento di sequestro, erano state sollevate questioni di legittimità costituzionale avanti alla Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), invocando l'applicabilità del *legal privilege* sui documenti oggetto di sequestro. Nelle more del giudizio di merito, la Corte costituzionale aveva impedito, con alcuni provvedimenti provvisori, che la Procura di Monaco potesse analizzare e utilizzare quei dati. Però, il 6 luglio 2018 è stata pubblicata la sentenza con cui la Corte ha deciso di rigettare i ricorsi presentati da Volkswagen AG, Jones Day e i singoli avvocati dello studio legale da ultimo citato, decretandone, a vario titolo, l'inammissibilità per carenza di legittimazione (per la decisione rispetto al ricorso presentato da Volkswagen, v. www.bundesverfassungsgericht.de; per la decisione rispetto al ricorso presentato da Jones Day, v. www.bundesverfassungsgericht.de). In motivazione, la Corte costituzionale ha dichiarato che non erano rilevabili, nel caso concreto, le contestate violazioni dei diritti fondamentali espressi nella Legge Fondamentale per la Repubblica Federale Tedesca (Grundgesetz, GG) e, in particolare, dell'inviolabilità del domicilio (art. 13 GG), della proprietà (art. 14 GG), del diritto a un giusto processo (art. 2 comma 1 GG, all'unisono con l'art. 20 comma 3 GG) e, in misura più estesa, del diritto all'autodeterminazione informativa (informationelles Selbstbestimmungsrecht). Ulteriormente, ha affermato la proporzionalità del provvedimento di sequestro, riconoscendo che l'articolato dei diritti costituzionalmente garantiti non necessita di un'interpretazione analogica delle norme del codice di rito che pongono dei limiti alla sequestrabilità delle cose (art. 97, comma 1, StPO), nel senso di leggere nelle stesse una salvaguardia anche del segreto professionale che non riguardi direttamente il rapporto tra la persona sottoposta alle indagini preliminari e il suo avvocato. Infatti, nel caso di specie, il *legal privilege* era stato invocato da Volkswagen AG, che, però, era un soggetto giuridico diverso da quello indagato, e da Jones Day, che, invece, non aveva ricevuto l'incarico dal soggetto sottoposto alle indagini, ossia Audi AG. Ad avviso dei giudici, assegnare al segreto professionale una forma oltremodo ampia di tutela determinerebbe un'ingiustificabile limitazione all'efficace applicazione della legge (*Effektivität der Strafverfolgung*). Inoltre, malgrado ai sensi dell'art. 97, comma 1, StPO non sia necessario, ai fini del riconoscimento della protezione dal sequestro, che l'entità collettiva abbia già formalmente assunto la qualifica di incolpata (al pari di quanto previsto per la persona fisica), deve, comunque, ritenersi essenziale che la possibilità di essere soggetti a future indagini sia evincibile da elementi oggettivi. In ragione di ciò, la Corte ha osservato che la Legge Fondamentale non prescrive di assimilare alla posizione dell'indagato/imputato quella del soggetto che richiede una consulenza tecnica e che dispone che venga condotta un'investigazione interna sulla base del solo timore di potere essere soggetto a future inchieste penali, non riconoscendosi l'oggettività di un criterio di tale sorta.

⁴⁴ COLAVITTI, *Segreto professionale e diritto di difesa nelle tradizioni costituzionali comuni europee (in ricordo di Sergio Panunzio)*, in CERRONE e VOLPI, *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, 573.

6, nn. 1 e 3, lett. c) C.e.d.u. (diritto a un equo processo⁴⁵) con l'art. 8 n. 1 C.e.d.u. («ogni persona ha diritto al rispetto [...] della propria corrispondenza») e, infine, nel combinato disposto degli artt. 7 («ogni individuo ha diritto al rispetto [...] delle sue comunicazioni»), 47 comma 2 secondo periodo («ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare») e 48 n. 2 («il rispetto dei diritti della difesa è garantito a ogni imputato») C.d.f.u.e. Da ultimo, lo sforzo di individuare il collante tra le norme nazionali e sovranazionali che regolamentano l'avvocatura è stato raggiunto con la Carta dei Principi Fondamentali dell'Avvocato Europeo⁴⁶, il cui principio b), rubricato *Rispetto del segreto professionale e della riservatezza delle controversie oggetto del mandato*, rappresenta una manifestazione del fatto che «uno degli elementi essenziali della professione forense è la comunicazione all'avvocato di informazioni riservate che il cliente non rivelerebbe a nessun altro – le informazioni più intime o i segreti commerciali più preziosi – e che l'avvocato debba riceverle in via riservata. Senza la certezza della riservatezza non può esservi fiducia. [...] Il rispetto della riservatezza non è soltanto un dovere dell'avvocato, ma anche un diritto fondamentale del cliente. Le norme in materia di segreto professionale vietano di utilizzare le comunicazioni intercorse tra avvocato e cliente contro quest'ultimo. In alcuni sistemi giuridici, il diritto alla riservatezza è considerato esclusivamente a favore del cliente, mentre in altri il segreto professionale può anche imporre all'avvocato di mantenere riservate, nei confronti del cliente, le comunicazioni riservate ricevute dall'avvocato della parte avversa. [...] L'obbligo di riservatezza dell'avvocato verso il cliente permane anche dopo la cessazione del mandato».

Ulteriormente, per quanto riguarda le fonti interne, le informazioni confidenziali scambiate tra il cliente e il suo avvocato trovano tutela, a livello costituzionale, nel compendio dei diritti inviolabili compresi negli artt. 2 (diritti inviolabili dell'uomo), 13 (libertà personale), 14 (domicilio), 15 (libertà e segretezza delle comunicazioni) e, soprattutto, 24 comma 2 (diritto di difesa), nell'ambito di un giusto processo (art. 111, comma 3, Cost.) e di una corretta amministrazione della giustizia. Infine, arricchiscono il quadro normativo le disposizioni particolari dedicate al tema contenute nel codice penale (art. 622 c.p.), nel codice di rito (artt. 103, 200 e 256 c.p.p.) e nel codice di procedura civile (art. 246 c.p.c., il quale rimanda alla disciplina processualpenalistica per gli aspetti relativi alla facoltà di astensione dall'obbligo di testimoniare⁴⁷).

⁴⁵ Testualmente: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. [...] 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, potere essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

⁴⁶ La Carta dei Principi Fondamentali dell'Avvocato Europeo è stata adottata all'unanimità dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei riunito in sessione plenaria a Bruxelles il 24 novembre 2006.

⁴⁷ CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952.

Da ultimo, chiude la cornice del segreto professionale l'autoregolamentazione di categoria rappresentata dai codici deontologici⁴⁸. In particolare, nell'esercizio della professione forense, «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» (art. 13 c.d.f.) e «deve mantenere il segreto sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento, salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse della parte assistita» (art. 55, comma 3, c.d.f.). Peraltro, il concetto è recuperato anche nelle *Regole di comportamento del penalista durante le investigazioni difensive*, approvate, il 14 luglio 2001, dall'Unione delle Camere Penali Italiane, il cui art. 6 prevede che «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. 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. Il difensore cura di conservare scrupolosamente e riservatamente la documentazione, anche informale, delle investigazioni difensive per tutto il tempo in cui egli ritiene che possa essere necessaria o utile per l'esercizio della difesa». È consentito all'avvocato derogare ai principi di cui sopra solo in limitate circostanze, compresa l'ipotesi in cui «la divulgazione di quanto appreso sia necessaria [...] per lo svolgimento dell'attività di difesa» [art. 28, comma 4, lett. a), c.d.f.]. Oltretutto, il riserbo e il segreto professionale rappresentano, oltre che un dovere, un «diritto, primario e fondamentale, dell'avvocato» (art. 28, comma 1, c.d.f.), il quale discende direttamente dal mandato e a questo sopravvive una volta adempiuto, concluso, rinunciato o non accettato. Infine, l'avvocato è tenuto, nell'esercizio delle attività forensi all'interno dell'Unione Europea, dello Spazio Economico Europeo e della Confederazione Svizzera, al rispetto del Codice Deontologico degli Avvocati Europei, il cui art. 2.3 è rubricato *Segreto professionale*⁴⁹.

In definitiva, la tutela e il rispetto della sfera di riservatezza rappresentano dei principi irrinunciabili per una società realmente democratica, specialmente quando a

⁴⁸ Cass. pen., S.U., 6 giugno 2002, n. 8225, in *Foro it.*, 2003, I, 244 ha riconosciuto ai codici deontologici il carattere di giuridicità e di obbligatorietà: «gli ordini professionali, deputati dalla legge a valutare sotto il profilo disciplinare il comportamento degli iscritti, hanno il potere, nell'esercizio delle proprie attribuzioni di autoregolamentazione, di emanare norme di deontologia vincolanti per i singoli professionisti (nella specie, per quanto concerne gli avvocati, l'indicato potere discende dagli artt. 12, 1° comma, e 38, 1° comma, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578). In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del codice deontologico forense elencanti i comportamenti che il professionista deve tenere con i colleghi, con la parte assistita, con la controparte, con i magistrati ed i terzi, costituiscono mere esplicitazioni esemplificative dei principi generali, contenuti nella legge professionale forense e nello stesso codice deontologico, di dignità, di lealtà, di probità e di decoro professionale, e, in quanto prive di ogni efficacia limitativa della portata di detti principi, sono inidonee ad esaurire la tipologia delle violazioni disciplinarmente rilevanti»; in letteratura, DANNOVI, *Commento al codice deontologico forense*, Milano, 2014.

⁴⁹ Testualmente: «2.3.1. È nella natura stessa della funzione dell'avvocato che egli sia depositario dei segreti del suo cliente e destinatario di comunicazioni riservate. Senza la garanzia della riservatezza, non può esservi fiducia. Il segreto professionale è dunque riconosciuto come un diritto e un dovere fondamentale e primario dell'avvocato. L'obbligo dell'avvocato di rispettare il segreto professionale è volto a tutelare sia gli interessi dell'amministrazione della giustizia che quelli del cliente. È per questo che esso gode di una speciale protezione da parte dello Stato. 2.3.2. L'avvocato deve mantenere il segreto su tutte le informazioni riservate di cui venga a conoscenza nell'ambito della sua attività professionale. 2.3.3. Tale obbligo di riservatezza non ha limiti di tempo. 2.3.4. L'avvocato deve esigere il rispetto del segreto professionale dai suoi dipendenti e da chiunque collabori con lui nell'esercizio della sua attività professionale».

venire in gioco sono la libertà e la sicurezza di quei rapporti contrassegnati dalla necessità o dalla quasi necessità che diversamente non potrebbero essere efficacemente esercitati nell'interesse pubblico⁵⁰. Infatti, è nella condizione stessa dell'avvocato che egli è custode dei segreti appresi dal suo cliente nell'esercizio delle sue funzioni e garante delle comunicazioni confidenziali e riservate. Quindi, il segreto professionale non rappresenta un privilegio della categoria, bensì un dovere-diritto sia dell'avvocato sia del cliente, posto a salvaguardia della natura fiduciaria del mandato, degli interessi del cliente e, di riflesso, degli interessi dell'amministrazione della giustizia. Infatti, sul piano processuale, la tutela del segreto professionale si coniuga inscindibilmente con il pieno esercizio del diritto di difesa dell'indagato/imputato⁵¹ e con i canoni del contraddittorio tra le parti e della proporzionalità, ponendo dei limiti fondamentali all'intrusività delle attività di ricerca autoritativa della prova, in particolare in un momento storico in cui i progressi tecnologici favoriscono il ricorso a mezzi di indagine maggiormente sofisticati, ma, al contempo, sempre più invasivi della sfera privata.

11. Alcuni suggerimenti dal codice di rito

In mancanza di una precisa disciplina e di espresse pronunce giurisprudenziali in materia di investigazione interna, dobbiamo ribadire l'adottabilità, nell'ambito del

⁵⁰ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985, 1010.

⁵¹ In letteratura, *ex plurimis*, SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Milano, 2001, 10. In giurisprudenza, Corte Cost., 25 marzo 1997 (dep. 8 aprile 1997), n. 87, in *Rass. forense*, 1997, 866, secondo cui «la facoltà di astensione dell'avvocato non costituisce un'eccezione alla regola generale dell'obbligo di rendere testimonianza, ma è essa stessa espressione del diverso principio di tutela del segreto professionale. Il legislatore, disciplinando la facoltà di astensione degli avvocati, ha operato, nel processo, un bilanciamento tra il dovere di rendere testimonianza ed il dovere di mantenere il segreto su quanto appreso in ragione del compimento di attività proprie della professione. L'ampiezza della facoltà di astensione dei testimoni deve essere interpretata nell'ambito delle finalità proprie di tale bilanciamento. La protezione del segreto professionale non può che estendersi anche a chi, essendo iscritto nei registri dei praticanti a seguito di delibera del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, adempie agli obblighi della pratica forense presso lo studio del professionista con il quale collabora»; Cass. pen., S.U., 12 novembre 1993 (dep. 14 gennaio 1994), n. 25, in *Foro it.*, 1994, 117, 205, con nota di JESU, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni Unite: un'opportuna precisazione e qualche nuovo dubbio*, secondo cui «le garanzie di libertà del difensore, stabilite dall'art. 103 c.p.p., non sono limitate al difensore dell'indagato o dell'imputato nel cui procedimento sorge la necessità di ispezione, ricerca o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengono eseguiti nell'ufficio di un professionista, iscritto all'albo degli avvocati e procuratori, che abbia assunto la difesa di assistiti, anche fuori del procedimento in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro viene compiuta». Nella specie, la Corte ha ritenuto illegittima la perquisizione nello studio del difensore, disposta nell'ambito di un procedimento diverso da quello in cui si è svolta l'attività difensiva, posta in essere senza l'osservanza delle garanzie previste dall'art. 103 commi 3 e 4, c.p.p. Inoltre, v. Cass. pen., Sez. I, 29 aprile 2015 (dep. 18 giugno 2015) n. 25848, in *Guida al dir.*, 2015, 38, 86, secondo cui «le garanzie previste dall'art. 103 c.p.p. non sono volte alla tutela personale e privilegiata del soggetto esercente la professione legale, ma sono previste a favore di colui che riveste la qualità di difensore in forza di specifico mandato conferitogli nelle forme di legge, essendo essenzialmente apprestate in funzione di garanzia del diritto di difesa dell'imputato»; Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2014 (dep. 13 ottobre 2014), n. 42854, in *CED Cass. pen.*, 2015, 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. 103 c.p.p. va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa»; Cass. pen., Sez. II, 16 maggio 2012 (dep. 21 agosto 2012) n. 32909, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2742, secondo cui «le garanzie previste dall'art. 103 c.p.p. non sono volte a tutelare chiunque eserciti la professione legale, ma solo chi sia "difensore" in forza di specifico mandato a lui conferito nelle forme di legge (e ciò essenzialmente in funzione di garanzia del diritto di difesa dell'imputato), quindi non possono trovare applicazione qualora gli atti indicati nel citato art. 103 debbano essere compiuti nei confronti di esercente la professione legale». Nella specie, la Corte ha escluso l'applicabilità delle garanzie previste dal citato articolo, atteso che la perquisizione svolta presso lo studio di un avvocato era stata operata nell'ambito di una complessa indagine a carico dell'imputato, che non era mai stato difeso dal predetto legale. Alla luce degli elementi di indagine, vi era fondato motivo di ritenere che presso lo studio del legale, attesi i rapporti economici e finanziari sussistenti tra l'avvocato, l'imputato e i suoi prestanome, vi fosse documentazione attinente all'attività illecita oggetto di indagine.

procedimento a carico dell'ente *ex* d.lgs. 231/2001, delle norme del codice di rito in tema di segreto difensivo e di segreto professionale quale imprescindibile corollario del diritto di difesa della persona giuridica incolpata, in forza del quale si applicano, in quanto compatibili a norma degli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/2001, le indispensabili garanzie processuali tipiche del procedimento penale a carico della persona fisica. Al di là delle eventuali complessità applicative nell'adeguare la nozione di cliente al contesto della società, non vi è dubbio che la profonda interrelazione tra il diritto di difesa e la disciplina del segreto professionale, specie per quanto riguarda il flusso di informazioni scambiate tra l'azienda e il suo avvocato, richieda di estendere le garanzie processuali proprie dell'indagato/imputato e della difesa tecnica. Pregiudizialmente, dobbiamo rimarcare che la disciplina del segreto professionale tracciata nel codice di rito non prevede un divieto assoluto di produzione delle informazioni confidenziali nel processo, ma solo determinate limitazioni rispetto alle fonti e ai mezzi di prova o di ricerca della prova. Essa è congegnata in modo tale da non imporre all'avvocato di venire meno al segreto professionale, disponendo che lo stesso non può essere obbligato a deporre su quanto ha conosciuto per ragione della propria professione (art. 200 c.p.p.) e può rifiutare l'esibizione dei documenti in suo possesso per ragioni professionali (art. 256 c.p.p.). Cionondimeno, nulla ostacola l'acquisizione, per altra via, di queste informazioni da parte dell'autorità giudiziaria. Infatti, la copertura del segreto professionale non impedisce, di per sé sola, il sequestro probatorio *ex* art. 253 c.p.p. di documenti, di dati e di corrispondenza rilevanti che siano ritrovati in luoghi diversi dall'ufficio dell'avvocato. Solo a fronte dell'esigenza di proteggere le prerogative difensive dell'indagato/imputato l'ambito di inapprensibilità delle informazioni si estende, in forza dell'art. 103 c.p.p. sulle garanzie di libertà del difensore, anche ai dati conservati presso il cliente o presso i terzi, purché sia certa la loro stretta pertinenza all'espletamento della difesa tecnica. Ne consegue l'impressione che il livello di tutela delle informazioni confidenziali sia soggetto a sensibili variazioni a seconda che le stesse siano custodite dal difensore, dal professionista o da altri soggetti (es.: il legale interno).

12. a) Il difensore

Oltre alle facoltà generali connesse al valore del segreto professionale nel procedimento penale (artt. 200 e 256 c.p.p.), il difensore beneficia delle specifiche prerogative attribuite dall'art. 103 c.p.p., rubricato *Garanzie di libertà del difensore*, contro le ingerenze investigative (es.: ispezione e perquisizione negli studi legali, sequestro di materiale difensivo, intercettazione di comunicazioni difensive, controllo e sequestro di corrispondenza per motivi di giustizia), sanzionate con l'inutilizzabilità degli elementi acquisiti illegittimamente⁵². La disposizione è volta a preservare l'effettività del diritto di difesa e a tutelare il ruolo del difensore in particolare, o dell'esercente la professione legale in generale⁵³. Oltre al difensore di fiducia o

⁵² PUGLISI, Sub *art. 103 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, Milanofiori Assago, 2017, 1026.

⁵³ In giurisprudenza, Cass. pen., S.U., 12 novembre 1993 (dep. 14 gennaio 1994) n. 25, cit.; *conf.* Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2015 (dep. 18 giugno 2015) n. 25848, cit.; Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2014 (dep. 13 ottobre 2014) n. 42854, cit.; Cass. pen., sez. II, 16 maggio 2012 (dep. 21 agosto 2012) n. 32909, cit.; in letteratura, SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., 10.

d'ufficio dell'indagato/imputato⁵⁴ o delle altre parti private e della persona offesa, le garanzie difensive sono estese dall'art. 103 commi 2 e 5 c.p.p. ai consulenti tecnici e agli investigatori privati autorizzati, nonché ai loro ausiliari, incaricati dal difensore per il procedimento⁵⁵.

Controversa è, invece, la sfera di applicazione delle garanzie di cui all'art. 103 c.p.p. in relazione alla sede di esperimento dell'attività difensiva. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la norma, in ragione della sua collocazione sistematica, attribuirebbe la titolarità ai soli avvocati che assumono l'ufficio di difensore nello stesso procedimento in relazione al quale deve essere condotta l'attività investigativa⁵⁶. Tuttavia, è stato, successivamente, precisato che la titolarità appartiene a tutti i professionisti iscritti all'albo, in relazione a qualsivoglia attività difensiva compiuta, anche se estranea al procedimento in questione e relativa a procedimenti diversi da quello penale⁵⁷. Dobbiamo, quindi, intendere le prerogative estese anche al difensore nei procedimenti civili⁵⁸ e contabili⁵⁹.

⁵⁴ In forza della parificazione operata dall'art. 61 c.p.p.

⁵⁵ PUGLISI, Sub *art. 103 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 1027.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. II, 5 maggio 1995, n. 1906, in *Cass. pen.*, 1996, 2244, secondo cui «il divieto di perquisizione presso lo studio del difensore riguarda il professionista che assiste l'indagato nel procedimento a cui l'atto si riferisce; le garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 c.p.p., infatti, in quanto inserite nel titolo settimo del codice che disciplina la figura del difensore dell'imputato, si riferiscono esclusivamente al professionista che assiste la parte privata nel procedimento penale, e non ad altri»; Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 1991, GRASSI, in *Cass. pen.*, 1991, 1537, secondo cui «la perquisizione e il sequestro eseguiti presso lo studio di legale che difende l'indagato in procedimento diverso da quello in cui essi sono disposti non violano il segreto professionale, che trova la sua esplicita regolamentazione solo in tema di testimonianza, mentre in tema di perquisizione e sequestro è solo indirettamente tutelato dalle limitazioni oggettive all'acquisizione di tali mezzi di prova con riguardo al difensore».

⁵⁷ Cass. pen., Sez. IV, 3 aprile 2014 (dep. 3 giugno 2014) n. 23002, in *Guida al dir.*, 2014, 28, 81, secondo cui «il divieto di sequestrare presso i difensori «carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato», previsto dall'art. 103 comma 2 c.p.p., non è limitato all'ipotesi in cui il sequestro è disposto nell'ambito dello stesso procedimento in cui si svolge l'attività difensiva o all'ipotesi in cui questa sia ancora in corso, ed opera, quindi, anche nel caso in cui tale attività concerne un procedimento diverso. Inoltre, mentre per le ispezioni e per le perquisizioni la «garanzia» prevista dal citato articolo è collegata ai locali dell'ufficio, per i sequestri, così come avviene anche per le intercettazioni e per il controllo della corrispondenza, la lettera del secondo comma, con le parole iniziali («presso i difensori»), mostra che la garanzia è collegata direttamente alle persone (difensori e consulenti tecnici), sicché il divieto opera anche quando l'attività diretta al sequestro si svolge in luogo diverso dall'ufficio; antecedentemente, Cass. pen., S.U., 12 novembre 1993 (dep. 14 gennaio 1994) n. 25, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 27 ottobre 1992, GENNA, in *Foro it.*, 1993, 116, 6, 378, secondo cui «le modalità di esecuzione di ispezioni, perquisizioni e sequestri previste dall'art. 103, 3° e 4° comma, c.p.p. vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti siano eseguiti nell'ufficio di un professionista, iscritto all'albo degli avvocati e procuratori, che concretamente esercita la professione e che, quindi, abbia assunto la difesa di assistiti, anche fuori dal procedimento in atto».

⁵⁸ Cass. pen., Sez. V, 17 aprile 2001, dep. 7 marzo 2002, n. 8963, in *Cass. pen.*, 2003, 1968, secondo cui «il divieto di sequestrare presso i difensori «carte e documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato», non solo non è limitato alla ipotesi in cui il sequestro sia disposto nell'ambito dello stesso procedimento in cui si svolge l'attività difensiva (dovendo, viceversa, ritenersi esteso agli altri eventuali procedimenti – anche non penali – in cui il difensore sia impegnato nell'interesse dell'indagato o imputato), ma non esige neanche il conferimento di uno specifico e formale mandato difensivo, potendo detto mandato desumersi dalla natura stessa dell'incarico, che, peraltro, non necessariamente deve essere tale da poter essere conferito solo a chi esercita la professione legale»; Cass. pen., Sez. V, 19 marzo 1997, n. 1400, in *Cass. pen.*, 1998, 840, con nota di CIANI, *Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore*, secondo cui «le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 c.p.p. non sono limitate al difensore dell'indagato o dell'imputato nel procedimento in cui sorge la necessità di svolgere attività di ispezione, perquisizione o sequestro, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengano eseguiti nell'ufficio di un professionista iscritto all'albo degli avvocati che abbia assunto la difesa di assistiti (in genere, e non soltanto di coindagati) anche fuori del procedimento in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro viene compiuta, e quindi anche in procedimenti civili; dette garanzie, infatti, sono collegate alla funzione difensiva in genere, cioè alla qualità professionale del soggetto sottoposto all'atto di indagine e non al fatto che l'attività di difesa sia stata svolta in determinati procedimenti penali».

⁵⁹ Corte Conti, Sez. Reg. Giurisd., Lazio, 5 maggio 2008, n. 242, Prog. Reg. c. Rai-TV, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 5, 1516, secondo cui «il sequestro da parte del P.M. contabile della corrispondenza difensiva dell'inquisito viola il principio del diritto di difesa, diritto fondamentale della persona garantito dall'art. 24 della Costituzione e quello di libertà e di segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost., e comunque tale decreto deve essere emesso dall'«autorità giudiziaria» (art. 15 comma 2 Cost.), per tale dovendosi intendere, come da costante interpretazione, l'organo dello Stato specificamente

La norma prevede una tendenziale immunità dei luoghi difensivi⁶⁰. In merito alle ispezioni e alle perquisizioni, la garanzia è connessa ai locali dell'ufficio, ma non trova applicazione nel caso in cui debbano essere eseguite nei confronti dell'avvocato in qualità di indagato⁶¹. Nondimeno, nel caso in cui lo studio legale risulti cointestato anche a un altro avvocato non coinvolto, persiste l'obbligo, a pena di nullità, di darne avviso al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati circondariale⁶². In ogni caso, dobbiamo ritenere inammissibili le ricerche a tappeto, ossia le ricerche dirette a rintracciare i documenti, non costituenti corpo del reato e inerenti all'oggetto della difesa, in spazi dell'ufficio frequentati unicamente da soggetti non indagati⁶³.

Dobbiamo intendere il divieto di sequestro presso il difensore, o presso i consulenti tecnici e gli investigatori privati autorizzati incaricati per il procedimento, di documenti attinenti all'oggetto della difesa come più diffusamente collegato alla persona e, di conseguenza, operante anche nel caso in cui il sequestro sia eseguito in un luogo diverso dall'ufficio⁶⁴, che sia, comunque, nella disponibilità del difensore, anche nel caso in cui i documenti aventi natura difensiva siano in possesso del cliente o di terzi⁶⁵. Qualora sia nominato un consulente tecnico o un investigatore privato autorizzato, la protezione si allarga ai locali di questi ultimi, fermo restando che non

preposto all'esercizio della funzione giurisdizionale e non anche il Pubblico Ministero che riveste la qualifica di parte, ancorché pubblica, del processo: ne consegue che la violazione dei principi costituzionali ricordati può essere fatta valere attraverso il procedimento instaurato con l'istanza *ex art. 699 c.p.c.*, che è volto ad una preventiva dichiarazione di inammissibilità di una determinata prova (nella specie declaratoria di inutilizzabilità e obbligo di restituzione della acquisizione della documentazione relativa alla attività difensiva del ricorrente) al fine di evitare che l'eventuale giudizio venga a fondarsi su una attività istruttoria *inutiliter data*.

⁶⁰ SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., 37.

⁶¹ Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2017 (dep. 7 giugno 2017) n. 28069, in *Dir. & Giust.*, 2017, secondo cui «le garanzie di cui all'art. 103 c.p.p. non trovano applicazione nel caso in cui ispezioni e perquisizioni debbano essere compiute nei confronti di chi eserciti la professione legale in qualità di soggetto sottoposto ad indagine»; Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2011 (dep. 30 marzo 2012) n. 12155, in *Cass. pen.*, 2013, 4, 1535, secondo cui «le garanzie previste dall'art. 103 c.p.p. non sono volte a tutelare chiunque eserciti la professione legale, ma solo colui che rivesta la qualità di difensore in forza di specifico mandato conferitogli nelle forme di legge, essendo essenzialmente apprestate in funzione di garanzia del diritto di difesa dell'imputato; pertanto, esse non possono trovare applicazione qualora gli atti di cui all'art. 103 c.p.p. – ispezioni, perquisizioni, sequestri – debbano essere compiuti nei confronti di esercente la professione legale sottoposto ad indagine»; Cass. pen., Sez. II, 12 novembre 1998, dep. 2 dicembre 1998, n. 6766, in *Cass. pen.*, 1999, 3160, con nota di ROMBI, *Attività investigativa negli uffici dei difensori*, secondo cui, «in tema di sequestro da eseguirsi nell'ufficio di un difensore, qualora il mezzo di ricerca della prova venga disposto nell'ambito di un procedimento relativo ad un reato attribuito al difensore medesimo, non è necessario l'avviso al Consiglio dell'ordine forense di cui al comma 3 dell'art. 103 c.p.p., e ciò in quanto nella predetta ipotesi, atteso che il soggetto attivo del reato non è la persona assistita bensì una persona che esercita la professione legale, non viene in rilievo la tutela della funzione difensiva e dell'«oggetto della difesa», cui è finalizzata la disposizione in esame».

⁶² Cass. pen., sez. II, 27 giugno 2012 (dep. 9 ottobre 2012), n. 39837, in *Dir. & Giust.*, 2012, secondo cui «le garanzie previste dall'art. 103 c.p.p., in quanto volte a tutelare non chiunque eserciti la professione legale, ma solo chi sia «difensore» in forza di specifico mandato a lui conferito nelle forme di legge (e ciò essenzialmente in funzione di garanzia del diritto di difesa dell'imputato), non possono trovare applicazione qualora gli atti debbano essere compiuti nei confronti di esercente la professione legale che sia egli stesso la persona sottoposta a indagine; cionondimeno l'obbligo per l'autorità giudiziaria, che si accinga ad eseguire un'ispezione, una perquisizione o un sequestro nell'ufficio di un difensore, di darne avviso al consiglio dell'ordine forense del luogo a pena di nullità, permane, anche laddove il difensore sia sottoposto all'indagine, nel caso in cui lo studio legale risulti cointestato anche ad altro avvocato non coinvolto».

⁶³ PUGLISI, Sub *art. 103 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 1028.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. II, 30 marzo 2017 (dep. 21 aprile 2017), n. 19255, in *CED Cass. pen.*, 2017, secondo cui «in tema di garanzie di libertà del difensore, mentre per le perquisizioni e le ispezioni la garanzia di cui all'art. 103, comma primo, cod. proc. pen. è collegata all'esecuzione delle stesse presso gli uffici dei difensori, per i sequestri il divieto di acquisire documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato, è collegato direttamente alle persone dei difensori, ai sensi del secondo comma del citato art. 103, in linea con quanto previsto anche dall'art. 4 della direttiva 2013/48/UE; ne deriva che il divieto opera anche quando l'attività diretta al sequestro si svolge in luogo diverso dagli uffici dei difensori»; *conf.* Cass. pen., S.U., 12 novembre 1993 (dep. 14 gennaio 1994) n. 25, cit.; Cass. pen., Sez. IV, 3 aprile 2014 (dep. 3 giugno 2014) n. 23002, cit.

⁶⁵ PUGLISI, Sub *art. 103 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 1029; SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., 36.

sono ricompresi i documenti che non siano intrinsecamente legati all'attività difensiva da cui proviene l'incarico, ma che siano, ad esempio, relativi a rapporti professionali extraprocessuali. Se ne deduce che i documenti dotati di una finalizzazione difensiva, salvo che costituiscano il corpo del reato, non possono mai essere sequestrati, ovunque essi siano reperiti e, dunque, anche nel caso in cui siano casualmente rinvenuti presso soggetti non vincolati dal segreto professionale. Viceversa, i limiti prescritti dall'art. 103 c.p.p. non riguardano i documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato e carenti della suddetta funzionalità difensiva⁶⁶.

Dobbiamo intendere il concetto di oggetto della difesa come pertinenza a un procedimento giudiziario, casomai anche concluso, in relazione al quale il difensore esegua, o abbia eseguito, un mandato difensivo appositamente conferito dall'interessato⁶⁷. Nel contesto dell'attività investigativa preventiva *ex artt. 327 bis e 391 nonies* c.p.p., la mancanza di una notizia di reato e della successiva attivazione di un procedimento penale induce a richiedere maggiori formalità nell'incarico e, specificamente, che quest'ultimo venga fondato su uno specifico fatto storico⁶⁸. Infatti, l'esistenza del pericolo di instaurazione di un procedimento a carico dell'ente o dei suoi componenti, ossia la pronosticabile assunzione della qualifica di incolpato, è un presupposto essenziale affinché possano invocarsi, in questa fase processuale, le prerogative tipiche della difesa tecnica⁶⁹.

13. b) Il professionista

Dalla lettura dell'art. 200 c.p.p. cogliamo che il custode del segreto professionale è colui che ha conosciuto i fatti o le circostanze «per ragione del proprio ministero, ufficio o professione». Quindi, si pone il problema di precisare la nozione di professione, comprendente «tutte le attività esercitate in modo stabile e con continuità, seppur non in via esclusiva o principale, normalmente – ma non necessariamente – a fini di lucro e che consistono nella erogazione di servizi o prestazioni personali in

⁶⁶ Cass. pen., S.U., 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010) n. 15208, in *Cass. pen.*, 2010, 9, 2995, con nota di FERRARI, *La corruzione susseguente in atti giudiziari, un difficile connubio tra dolo generico e dolo specifico*, secondo cui «i limiti imposti dall'art. 103 c.p.p. quali 'garanzie di libertà del difensore', con specifico riferimento al sequestro, non possono riguardare documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato, privi di una finalizzazione attuale all'espletamento delle funzioni del difensore» (fattispecie di sequestro, ritenuto legittimo, di documenti in bozza rinvenuti in luoghi in uso all'imputato e non già presso il difensore); *conf.* Cass. pen., Sez. VI, 27 giugno 1995, dep. 13 settembre 1995, n. 2588, in *Cass. pen.*, 1997, 761, secondo cui «i limiti imposti dall'art. 103 c.p.p. quali "garanzie di libertà del difensore", con specifico riferimento al sequestro non possono riguardare documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato, privi di una finalizzazione attuale ed attuosa all'espletamento delle funzioni del difensore» (affermando siffatto principio, la Corte ha escluso la illegittimità del sequestro, operato nel corso di una perquisizione presso l'indagato, di un documento intestato «pro-memoria per l'avv...»).

⁶⁷ Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 1997 (dep. 12 giugno 1997) n. 3513, in *Cass. pen.*, 1998, 842, con nota di CIANI, *Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore*, cit., 854, secondo cui «in tema di garanzie di libertà del difensore, non può ritenersi che tutte le 'carte' e i 'documenti' che si trovino presso lo studio ovvero l'abitazione di un professionista iscritto all'albo degli avvocati siano perciò stesso da considerarsi 'oggetto della difesa' e pertanto sequestrabili solo se 'corpo di reato'. Per 'oggetto della difesa', come indicano il senso letterale delle parole e la *ratio* della norma, deve intendersi infatti inerenza ad un procedimento giudiziario, anche eventualmente concluso, in relazione al quale il professionista espleti o abbia espletato un mandato difensivo espressamente conferito dall'interessato; rimane escluso da tale definizione, pertanto, tutto ciò che, pur attenendo in genere all'attività professionale del legale, esula dall'espletamento di un mandato difensivo come sopra inteso, e che può dunque essere legittimamente sequestrato anche se rientrante solamente tra le 'cose pertinenti al reato', salva in ogni caso la tutela del segreto professionale, opponibile anche in tali ipotesi nelle forme di legge (art. 256 comma 1 c.p.p.)».

⁶⁸ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 501.

⁶⁹ PUGLISI, *Sub art. 103 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 968.

favore di chi ne abbia necessità o ne faccia richiesta. Deve inoltre trattarsi di attività cui inerisca in forza delle leggi che le regolamentano, della consuetudine o per loro stessa natura, il fatto di ricevere confidenze o prendere comunque cognizione di fatti non noti concernenti la vita intima di chi riceve la prestazione⁷⁰». Senza dubbio, in questa categoria sono iscritte, a titolo esemplificativo, le professioni di avvocato, di notaio, di esercente una professione sanitaria, di consulente del lavoro, di dottore commercialista e di esperto contabile.

Dobbiamo ritenere protetta dal segreto la notizia acquisita in quanto funzionale all'esecuzione della prestazione professionale. Dunque, non vi rientrano quelle notizie comunque acquisite in occasione dell'erogazione della prestazione professionale, ma che non abbiano collegamento alcuno con la finalità della stessa⁷¹.

Nel contesto processuale, al depositario del segreto professionale è conferito un *ius opponendi* sia in ambito testimoniale *ex art. 200 c.p.p.* sia rispetto a una richiesta di esibizione *ex art. 256 c.p.p.*, a fronte della quale può rifiutare di consegnare all'autorità giudiziaria gli atti, i documenti, i dati, le informazioni, i programmi informatici e ogni altra cosa di cui sia venuto in possesso in ragione della propria professione, eccependo il segreto professionale tramite una dichiarazione scritta. In mancanza di una formale opposizione del segreto professionale all'ordine di esibizione, ovvero nel caso in cui la documentazione sia reperita in un altro luogo (ad esempio, presso il cliente), nulla impedisce all'autorità giudiziaria di emettere un decreto di sequestro *ex art. 253 c.p.p.*⁷².

Nel caso particolare in cui la Procura della Repubblica emani un provvedimento di autorizzazione a un'ispezione o a un sequestro in uno studio professionale in occasione di un accertamento fiscale non inerente a un procedimento penale, gli stessi ricadono nella giurisdizione tributaria e sono giudicabili unicamente dalle commissioni tributarie⁷³.

14. c) Il legale interno

Nel settore dell'investigazione interna, dobbiamo rammentare che l'ordinamento italiano non riconosce un carattere professionale all'attività del legale interno

⁷⁰ RIVELLO, *Segreto (profili processuali)*, in *Dir. pen.*, XIII, Torino, 2007, 126.

⁷¹ TRIGGIANI, *Sub art. 200 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 2076.

⁷² Cass. pen., Sez. II, 22 gennaio 1997, dep. 23 aprile 1997, n. 144, in *Cass. pen.*, 1999, 1904, secondo cui «in assenza di formale opposizione del segreto d'ufficio o professionale alla richiesta di esibizione di documentazione ai sensi dell'art. 256 comma 1 c.p.p., nulla impedisce all'autorità giudiziaria procedente di emanare un normale decreto di sequestro della documentazione in questione sulla base della norma generale di cui all'art. 253 comma 1 c.p.p. e non dell'art. 256 comma 2 stesso codice, la cui operatività è espressamente fondata nel presupposto che vi sia stata una formale opposizione del segreto, della cui fondatezza l'autorità giudiziaria procedente abbia motivo di dubitare»; in letteratura, SCULCO, *Sub art. 256 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 2489.

⁷³ Cass. civ., S.U., 7 maggio 2010 (dep. 7 maggio 2010), n. 11082, in *Guida al dir.*, 2010, 22, 38, con nota di SACCHETTINI, *Sulla verifica dell'autorizzazione del p.m. la tutela giurisdizionale resta incompleta*, 51, secondo cui «i provvedimenti di autorizzazione a ispezioni e sequestri in studi professionali emessi dalla Procura della Repubblica ricadono nella giurisdizione tributaria e non amministrativa, e quindi sono sindacabili esclusivamente dalle commissioni tributarie»; Comm. trib. prov.le, Milano, Sez. XVI, 22 aprile 2013 (dep. 6 maggio 2013) n. 152, in *Massimario delle commissioni tributarie della Lombardia*, 2014, 1, 228, secondo cui «secondo quanto previsto dalla direttiva n. 77/799 CEE e delle convenzioni contro le doppie imposizioni è consentito lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, finalizzato alla lotta contro l'evasione fiscale nel proprio ordinamento. Pertanto, l'acquisizione di dati fiscalmente rilevanti provenienti dalle suddette informazioni non può considerarsi illecita ed esse sono quindi utilizzabili a sostegno indiziario del conseguente accertamento induttivo»; in letteratura, RAGGI, *Doveri del consulente tributario e tutela del segreto professionale*, in *Corr. trib.*, 2013, XXXIX, 3120.

(*in-house counsel*), che, di conseguenza, dobbiamo ritenere sprovvisto di qualsivoglia tutela in termini di *legal privilege*⁷⁴. Infatti, malgrado sia provvisto delle prerogative soggettive richieste per l'accesso al patrocinio, il legale interno non è ammesso all'albo professionale, essendo legato a terzi da un rapporto di lavoro subordinato. Quindi, si rivela decisiva la carenza del presupposto dell'indipendenza, che l'ordinamento italiano, al pari di altri⁷⁵, esige al fine di riconoscere il carattere professionale dell'attività svolta. Sicché le comunicazioni scambiate tra l'ente e il suo legale interno non beneficiano di alcuno schermo a fronte dei poteri investigativi dell'autorità inquirente⁷⁶.

15. Le comunicazioni privilegiate

Il tema della difesa della corrispondenza e delle comunicazioni tra l'avvocato e il suo cliente è particolarmente delicato e merita un'apposita trattazione. Infatti, il quadro normativo, anche alla luce dell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, si rivela generalmente insufficiente a garantire forme di tutela adeguate, in particolare nella misura in cui diversifica il livello di copertura a seconda del mezzo adottato per la comunicazione. All'opposto, l'art. 4 dir. 2013/48/UE, rubricato *Riservatezza* e relativo all'esercizio del diritto di ricorrere a un difensore nell'ambito del procedimento penale, sembra prescrivere senza deroghe la riservatezza di ogni forma di comunicazione tra l'indagato/imputato e il suo difensore. Analogamente, lo stesso art. 15 Cost. sancisce l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. In ogni caso, per comunicazioni privilegiate dobbiamo, nuovamente, intendere le sole comunicazioni a scopo difensivo. Pertanto, restano escluse le comunicazioni con l'avvocato nel contesto del rapporto di assistenza stragiudiziale.

Anzitutto, il limite rappresentato dal divieto di intercettare le conversazioni e le comunicazioni difensive, *ex art. 103 comma 5 c.p.p.*, non trova applicazione nel caso in cui il difensore svolga una semplice attività di consulenza non concernente la funzione difensiva per la quale è stato nominato⁷⁷, né nel caso di conversazioni svolte

⁷⁴ CAPPA, *La figura del giurista d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2005, I, 170.

⁷⁵ V., più diffusamente, la giurisprudenza e la letteratura richiamate nella nota 43.

⁷⁶ FALCE, *Riservatezza delle comunicazioni e "Legal Privilege" tra regolazione europea e recepimento nazionale*, cit., 479 suggerisce, però, che in ambito *antitrust* il recepimento della dir. 2014/104/UE, specie dell'art. 5 comma 6 in materia di tutela della riservatezza delle comunicazioni intercorse tra l'avvocato e il suo cliente, siccome operato, dal d.lgs. 3/2017, in termini piuttosto generici, lascia aperto uno spiraglio alla possibilità di definire uno statuto del *legal privilege* nel diritto economico idoneo a ricomprendere il legale interno.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. V, 12 febbraio 2003 (dep. 5 maggio 2003), n. 20072, in *Cass. pen.*, 2004, 907, secondo cui «il divieto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni nei confronti dei difensori, sancito dall'art. 103 comma 5 c.p.p., riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale, e dunque nell'esercizio delle funzioni inerenti al suo ufficio, quale che sia il procedimento cui si riferisca, e 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 7, e la distruzione della relativa documentazione, a norma dell'art. 271 richiamato dallo stesso art. 103, comma 7 del codice di rito»; Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 2001, n. 21206, in *Cass. pen.*, 2001, 3456, con nota di FILIPPI, *Un'inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*, secondo cui «il divieto di intercettazioni o comunicazioni dei difensori opera anche nel caso in cui l'attività difensiva concerna un procedimento diverso da quello in cui è disposta l'intercettazione; esso, tuttavia, non riguarda tutte le conversazioni di chi abbia la qualità di difensore, bensì solo quelle che attengono alla funzione difensiva» (nella specie, è stato escluso, con un giudizio *ex post*, che potessero considerarsi difensive le attività

nell'ufficio o presso il domicilio dell'avvocato⁷⁸, che siano, peraltro, caratterizzate da familiarità e da confidenzialità⁷⁹, né, da ultimo, nel caso di conversazioni che integrino esse stesse un reato⁸⁰.

Maggiori perplessità desta la tutela offerta alla corrispondenza difensiva, *ex art.* 103 comma 6 c.p.p., dal sequestro e da ogni forma di controllo. Anzitutto, il comma 6 si propone, all'interno dell'art. 103 c.p.p., come l'unica disposizione che prende in considerazione esclusivamente il rapporto tra il difensore e il suo cliente, tralasciando gli altri protagonisti del polo difensivo, vale a dire i consulenti tecnici e gli investigatori privati autorizzati⁸¹. In secondo luogo, appaiono anacronistiche le formalità richieste ai fini della riconoscibilità, *ex art.* 35 disp. att. c.p.p., del carattere protetto della corrispondenza, nella parte in cui viene, ancora oggi, disposto che la corrispondenza debba essere contenuta all'interno di una

parallele di consulenza svolte da un legale, quali il prestarsi a un'operazione commerciale nella consapevolezza della provenienza illecita del denaro, il favorire la finalità illecita della stessa operazione o il suggerire artifici per fare apparire come legittima una domiciliatazione); antecedentemente, Cass. pen., S.U., 12 novembre 1993 (dep. 14 gennaio 1994) n. 25, cit.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. IV, 5 ottobre 2016 (dep. 29 dicembre 2016) n. 55253, in *CED Cass. pen.*, 2017, secondo cui «l'art. 103, comma quinto, cod. proc. pen., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale ed ha dunque ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni – individuabili, ai fini della loro inutilizzabilità, a seguito di una verifica postuma – inerenti all'esercizio delle funzioni del suo ufficio e non si estende ad ogni altra conversazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio» (in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto immune da censure un'ordinanza cautelare contenente dei riferimenti non al contenuto di specifiche intercettazioni tra l'imputato e il suo difensore, ma al mero fatto storico del contatto tra di essi intervenuto, al fine di individuare l'utilizzatore dell'utenza che aveva chiamato quella in uso all'avvocato).

⁷⁹ Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2014 (dep. 13 ottobre 2014) n. 42854, in *CED Cass. pen.*, 2015, 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. 103 c.p.p., va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa» (fattispecie relativa all'intercettazione di colloqui tra un avvocato sottoposto a indagine e due suoi assistiti, anch'essi indagati, in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la valutazione di utilizzabilità delle intercettazioni motivata, in sede di riesame, con il fatto che i colloqui – in quanto connotati da familiarità e da confidenzialità – erano risultati estranei al rapporto professionale tra l'avvocato e i suoi assistiti); Cass. pen., Sez. II, 29 maggio 2014, dep. 18 giugno 2014, n. 26323, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, 4, 362, 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. 103 c.p.p. va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa» (fattispecie relativa all'intercettazione di un colloquio tra l'indagato e un avvocato, legati da uno stretto rapporto di amicizia, per la cui utilizzabilità la Corte ha ritenuto necessario che il giudice di merito dovesse valutare: a) se quanto detto dall'indagato fosse finalizzato a 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 e amicale a fronte delle confidenze ricevute).

⁸⁰ Cass. pen., sez. II, 6 ottobre 2015 (dep. 28 ottobre 2015) n. 43410, in *CED Cass. pen.*, 2016, secondo cui «l'art. 103, comma quinto, cod. proc. pen., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, mirando a garantire l'esercizio del diritto di difesa, ha ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende, quindi, alle conversazioni che integrino esse stesse reato» (nella specie, la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione impugnata, che aveva reputato esulanti dal mandato difensivo e idonei a provare l'intranità del ricorrente a un'associazione di stampo mafioso i suggerimenti forniti al cliente circa le modalità per eludere le indagini mediante il ricorso a un passaporto falso onde rendersi latitante); *conf.* Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2003, n. 35656, in *Cass. pen.*, 2005, 2, 511, secondo cui «l'art. 103 comma 5 c.p.p., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, mirando a garantire l'esercizio del diritto di difesa, ha ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende, quindi, alle conversazioni che integrino esse stesse reato» (nella specie, l'avvocato aveva preavvertito il suo cliente delle iniziative assunte dalle forze di polizia, fornendo consigli su come evitare la cattura e commettendo, così, il reato di favoreggiamento); Cass. pen., Sez. VI, 2 novembre 1998 (dep. 4 febbraio 1999) n. 1472, in *Cass. pen.*, 2000, 663, secondo cui «l'art. 103 comma 5 c.p.p., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, mirando a garantire l'esercizio del diritto di difesa, ha ad oggetto le conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva e non si estende, quindi, a tutte le conversazioni che si effettuino nel domicilio del difensore indipendentemente dal loro nesso con la funzione esercitata né a quelle conversazioni che integrino esse stesse reato» (nella specie, l'intercettazione era stata attivata nello studio di un professionista con riferimento a conversazioni, estranee all'esercizio della funzione difensiva, integranti il reato di favoreggiamento personale).

⁸¹ SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., 248.

busta, sulla quale siano necessariamente riportati i dati identificativi dell'imputato, del suo difensore e del procedimento, nonché l'elocuzione «corrispondenza per ragioni di giustizia», con la firma del mittente. Inoltre, nel caso in cui il mittente sia il difensore, la firma deve essere autenticata dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati circondariale o da un suo delegato. Infatti, non possiamo tralasciare di osservare che, al giorno di oggi, la più diffusa forma di comunicazione tra il difensore e il suo cliente sia rappresentata dalla posta elettronica, alla quale non sembrano potersi applicare in via diretta le formalità così richieste. Eppure, anche in tempi relativamente recenti, la giurisprudenza di legittimità ha avvalorato la necessità dei caratteristici contrassegni richiesti dall'art. 35 disp. att. c.p.p.⁸². Ulteriormente, dobbiamo osservare che, nel caso di sequestro probatorio di un *computer* o di un supporto informatico, ove ne risulti la restituzione successiva all'estrazione di una copia dei dati contenuti, si è, dapprima, sostenuto il principio di diritto per cui il ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che confermi il sequestro deve considerarsi ammissibile unicamente se sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, all'esclusiva disponibilità dei dati⁸³. Ad esempio, detto interesse potrebbe essere rapportato al carattere riservato e personale degli stessi. Tuttavia, in una recente pronuncia, i giudici di legittimità hanno respinto le doglianze in tema di acquisizione di una copia dei documenti riguardanti il mandato difensivo e il sequestro di informazioni intercorse tra l'indagato e il suo difensore mediante *sms*, messaggi *WhatsApp* e corrispondenza informatica scaricati e custoditi nella memoria del cellulare in uso all'indagato, sulla base del rilievo che «i dati informatici (*sms*, messaggi *WhatsApp*, messaggi di posta elettronica scaricati o conservati nella memoria) rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., con la conseguenza che la relativa acquisizione non soggiace né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche⁸⁴».

⁸² Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2013 (dep. 21 agosto 2013) n. 35269, in *Dir. & Giust.*, 2013, secondo cui «il provvedimento coercitivo non riguarda comunicazioni o messaggi di posta elettronica tra i legali e i loro assistiti, che potrebbero trovarsi nei *computer*. Comunque, non può porsi il problema del divieto di sequestro della corrispondenza tra difensore e assistito, poiché tale divieto riguarda solamente quei mezzi di comunicazione che siano riconoscibili, grazie ai contrassegni specificati dall'art. 35 disp. att. c.p.p.»; in letteratura, in materia di acquisizione della corrispondenza informatica, LOGGI, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, II, 2955; MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in SCALFATI, *Le indagini atipiche*, cit., 53.

⁸³ Cass. pen., S.U., 20 luglio 2017, dep. 7 settembre 2017, n. 40963, in *Cass. pen.*, 2018, I, 131, con nota di RIVELLO, *L'interesse alla richiesta di riesame del provvedimento di sequestro probatorio di materiale informatico*, secondo cui «è ammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di conferma del sequestro probatorio di un *computer* o di un supporto informatico, nel caso in cui ne risulti la restituzione previa estrazione di copia dei dati ivi contenuti, sempre che sia dedotto l'interesse, concreto e attuale, alla esclusiva disponibilità dei dati».

⁸⁴ Cass. pen., Sez. V, 21 novembre 2017 (dep. 16 gennaio 2018) n. 1822, in *Guida al dir.*, 2018, 15, 96; *conf.* Cass. pen., sez. III, 25 novembre 2015 (dep. 13 gennaio 2016) n. 928, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3366, secondo cui «non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p. in tema di sequestro di corrispondenza, bensì quella prevista dall'art. 234 stesso codice, concernente i documenti, con riferimento a messaggi *WhatsApp* ed *sms* rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro, in quanto questi testi, non costituendo il diretto obiettivo del vincolo, non rientrano neppure nel concetto di «corrispondenza», la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito».

PARTE II

1. L'investigazione interna nell'ambito della ricerca di un nuovo modello di giustizia partecipativa

Senza dubbio, il d.lgs. 231/2001 rappresenta il primo tentativo in Italia di una co-regolamentazione statale-privata dei rischi scaturenti dalla gestione di un'attività economica⁸⁵. Dal basso, esso attesta l'idea di una sussidiarietà regolatoria, che esalta l'approccio ibrido della *governance* e che incentiva forme di controllo spontanee e strategie fondate sulla verifica del patrimonio informativo di cui l'ente dispone⁸⁶. All'interno del sistema 231, l'investigazione interna, in combinato disposto con gli artt. 6 comma 2 *bis* lett. *a*)⁸⁷, 25 comma 5 *bis*⁸⁸, 26 comma 2⁸⁹ d.lgs. 231/2001 e 2086,

⁸⁵ CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 219.

⁸⁶ CENTONZE, *Public-Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption*, in MANACORDA-CENTONZE-FORTI, *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, cit., 44; FORTI, *La «chiara luce della verità» e «l'ignoranza del pericolo». Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in BERTOLINO-FORTI, *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 639; MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 218.

⁸⁷ Testualmente: «i modelli [...] prevedono [...] uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere *a*) e *b*), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte». Peraltro, segnaliamo, sin d'ora, che l'art. 6, commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*, d.lgs. 231/2001 andrà, forse, riscritto alla luce della nuova dir. (UE) 2019/1937 del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione (in <https://eur-lex.europa.eu>). A oggi, ci preme evidenziare che l'esplicita previsione legislativa che disciplina i flussi informativi e il *whistleblowing* dà luogo a pericolose e insolite ambiguità. Rispetto ai flussi informativi, essa stabilisce dei veri e propri obblighi di informazione. Infatti, l'art. 6, comma 2, lett. *a*), d.lgs. 231/2001 prescrive che «i modelli di cui alla lettera *a*), del comma 1, devono [...] prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli». Per converso, rispetto ai canali *whistleblowing*, il legislatore riconosce il diritto a effettuare segnalazioni, oltre che di violazioni del Modello di organizzazione e di gestione, di condotte illecite, verosimilmente in ragione del fatto che l'ordinamento italiano non contempla l'obbligo di denuncia se non in ipotesi affatto residuali. Infatti, l'art. 6, comma 2 *bis*, lett. *a*), d.lgs. 231/2001 sancisce che «i modelli di cui alla lettera *a*) del comma 1 prevedono [...] uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere *a*) e *b*), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte». Allora, ci domandiamo dove vada tracciato il confine tra l'obbligo di informazione – contrattualmente esigibile, tra le altre, in forza del dispositivo dell'art. 2104, comma 2, c.c., a norma del quale «il prestatore di lavoro deve [...] osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende» e, pertanto, deve osservare anche il Modello di organizzazione e di gestione e gli obblighi di informazione ivi disciplinati – e il diritto alla segnalazione, senz'altro non negoziabile in ragione del dettato normativo dell'art. 333 comma 1 c.p.p., ai sensi del quale «ogni persona che ha notizia di un reato [...] può farne denuncia» e «la legge determina i casi in cui la denuncia è obbligatoria». Riteniamo che dalla soluzione di questo interrogativo dipenda l'esatta edificazione della piattaforma cognitiva a disposizione della *governance*, la quale costituisce, a sua volta, un presidio vitale per la corretta e l'efficace attivazione dell'entità collettiva che volontariamente voglia impedire il compimento dell'azione criminosa o la realizzazione dell'evento dannoso o pericoloso, così beneficiando, ex art. 26 comma 2 d. lgs. 231/2001, dell'esclusione di qualsivoglia responsabilità. Beneficio del quale l'entità collettiva può, evidentemente, giovare alla sola condizione che vi sia la tempestiva conoscenza, grazie alla predetta piattaforma, dell'imminente commissione del reato.

⁸⁸ Testualmente: «se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2».

⁸⁹ Testualmente: «l'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento». Ci preme precisare che l'art. 26, comma 2, d.lgs. 231/2001 ha effetto anche nel caso in cui il Modello di organizzazione e di gestione non esita, ovvero lo stesso non si sia rivelato concretamente idoneo a impedire la condotta illecita. Infatti, la norma in questione non impegna l'entità collettiva a impedire il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento per mezzo del Modello di organizzazione e di gestione, del quale, anzi, si tace nel testo della disposizione.

comma 2 c.c.⁹⁰, costituisce un'estrinsecazione di questa idea. Del resto, il legislatore stesso riconosce che questi nuovi strumenti sono fondamentali al duplice scopo di «rompere il muro di omertà e la catena di solidarietà e consentire l'acquisizione di elementi probatori normalmente molto difficili da assicurare al processo, utili per accertare e reprimere i fatti delittuosi». Sulla scorta di questa rinnovata consapevolezza, il legislatore richiede alla persona giuridica «un comportamento volontario, tempestivo, concretamente antagonista rispetto alla condotta delittuosa, sintomatico di un autentico ravvedimento e realmente efficace al fine di individuare i correi, assicurare la prova del fatto e neutralizzare il profitto illecito⁹¹».

Del resto, il diritto penale della società non può più motivarsi soltanto con l'esigenza di abbinare alle sanzioni penali tradizionali un corredo di sanzioni più efficaci perché rivolte contro un patrimonio assai più capiente rispetto all'abituale patrimonio della persona fisica autrice del reato-presupposto. Ormai maturata la convinzione che «nessuna azienda potrà mai evitare la commissione di un reato al suo interno», essendo «ciò [...] impossibile, a prescindere dal grado di adeguatezza del modello organizzativo⁹²», esso trova una più profonda ragione di essere nella richiesta, rivolta all'impresa, di fare la sua parte nel contrasto alla criminalità degli affari non tanto – o, quanto meno, non solo – mitigandone i meccanismi genetici, attuando la prevenzione, immergendo la politica dell'ente nella cultura della legalità e controllando e sanzionando, in via disciplinare, i comportamenti scorretti dei propri esponenti, quanto piuttosto mobilitandosi nell'affiancare attivamente l'opera di repressione statale. Infatti, è attraverso la collaborazione sostanziale della persona giuridica che il sistema punitivo assume una più incisiva valenza preventiva di indirizzo, anzi diremmo quasi di definizione, dei comportamenti collettivi aggregati e di sorveglianza più ravvicinata degli stessi.

Sicché questa chiamata alle armi contro la criminalità affaristica sembra destinata a diventare il nocciolo duro del rimprovero penale e dell'irrogazione, in caso di inadempienza, della sanzione a carico della società. A questo punto, la colpa dell'azienda consisterà nell'essere rimasta inattiva, o nel non essersi attivata in modo adeguato, non tanto contro il rischio interno di condotte illecite, quanto piuttosto contro la condotta illecita già tentata o consumata. Quindi, l'impegno organizzativo nel reagire alla condotta illecita descriverà il perimetro entro il quale si misurerà la distanza o, al contrario, la vicinanza dell'impresa al reato commesso dall'amministratore o dal dipendente. Dunque, il Modello di organizzazione e di gestione non potrà più

⁹⁰ Testualmente: «l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

⁹¹ *Relazione illustrativa del Ministro della Giustizia alla l. 9 gennaio 2019, n. 3* (legge Spazzacorrotti), in *www.governo.it*, 5, 23-25. Invero, le parole del Ministro della Giustizia echeggiano quelle impiegate, decenni prima, dalla giurisprudenza statunitense, secondo la quale «qualsiasi possa essere la situazione in un mondo ideale, la realtà è che [...] la [...] stipulazione di un accordo negoziale [è] component[e] important[e] del sistema di giustizia penale [...]. Propriamente amministrati, essi possono avvantaggiare tutti gli interessati. L'imputato evita [...] le angosce e le incertezze del dibattimento, consegue la rapida definizione del suo caso [e] ha la possibilità di intraprendere immediatamente il proprio percorso riabilitativo. Giudici e *prosecutors*, di par loro, preservano le proprie vitali e scarse risorse. I cittadini sono tutelati dal rischio costituito da coloro i quali, pur accusati di gravi reati, si trovano liberi su cauzione durante lo svolgimento del processo» (*Blackledge v. Allison*, in 431 U.S. 63, 97 S. Ct. 1621, 52 L. Ed. 2 d 136, 1977).

⁹² WHITE, in *Corporate Crime Report*, dicembre 2015, in *www.corporatecrimereporter.com*.

limitarsi a dispiegare i suoi effetti sulla sola prevenzione, ma dovrà essere declinato sull'investimento organizzativo a favore della reazione⁹³.

In definitiva, l'attività di *compliance* non sarà più vista soltanto nell'ottica del darsi prima, o, al più tardi, dopo la commissione di un illecito, un assetto organizzativo efficace nella prevenzione dei rischi-reato, ma verrà proiettata in una sequenza più ampia. Le fasi rilevanti del conformarsi a un programma etico verranno articolate nella prospettiva della più completa cooperazione con l'autorità giudiziaria e con le agenzie di controllo. In breve, la sequenza completa dell'etica della legalità, capace di generare dei benefici penali concreti ed effettivi, potrà riassumersi, di fronte alla commissione di un illecito, nella triplice azione di: 1) organizzare la prevenzione; 2) autodenunciarsi; 3) cooperare nelle investigazioni.

Come possiamo osservare, alla più tradizionale colpa di organizzazione, collegata alla mancata adozione di un Modello di organizzazione e di gestione efficace nell'attività di prevenzione dei rischi-reato, si aggiungerà, o sostituirà, la colpa di reazione, ove l'ente non abbia fatto tutto quanto in suo potere per scoprire l'illecito eventualmente commesso, non abbia allertato tempestivamente l'autorità giudiziaria di quanto scoperto, ovvero, una volta che l'indagine esterna sia già avviata, non abbia cooperato lealmente con l'organo inquirente nella ricerca delle fonti di prova, ad esempio mettendo a disposizione la documentazione e la posta elettronica in possesso della persona giuridica o le interviste investigative fatte ai dipendenti⁹⁴.

2. Una partita non giocata fino in fondo

La carenza normativa di una procedura collaborativa su base volontaria, avente carattere generale, riconduce ogni forma di denuncia del comportamento inosservante operata dall'ente alla dinamica dell'acquisizione di una notizia di reato, rappresentando, in linea di principio, un deterrente, piuttosto che un premio, al coinvolgimento dell'autorità giudiziaria e alla cooperazione nell'agevolare l'emersione della condotta illecita. Peraltro, l'incertezza, da parte della persona giuridica, sul che cosa fare è acuita, anzitutto, dal fatto che, allo stato attuale della normativa italiana, la società che opti per il *self-reporting* non avrà, per ciò stesso, sollevato né il pubblico ministero né il giudice dall'obbligo di operare una valutazione e di decidere sull'idoneità, o meno, del Modello di organizzazione e di gestione. Ciò sarà nella sola misura in cui il legislatore prevedrà che l'iniziativa dell'azienda di autodenunciarsi rappresenta essa stessa il segnale più schietto – o, quanto meno, un indice non irrilevante – dell'idoneità del Modello di organizzazione e di gestione dell'impresa. Infatti, risolvendosi a favore del *self-reporting*, l'ente dà prova della sua capacità non solo di reagire di fronte a

⁹³ RUGGIERO, Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015, 8 evidenzia come, in tale senso, è emblematico lo sforzo corale richiesto all'entità collettiva nel sistema statunitense, allorché grande peso è attribuito, per chiudere transazioni vantaggiose sulla sanzione tramite un accordo con il *prosecutor*, alla denuncia tempestiva da parte dell'entità collettiva degli illeciti scoperti, prima cioè che si sia iniziata un'indagine o una procedura pubblica di accertamento e, in questo quadro, particolare attenzione è rivolta all'indagine interna, alle tutele e agli incentivi, anche in denaro, riconosciuti al *whistleblower* che riferisca o che denunci i reati o gli illeciti di cui sia venuto a conoscenza nello svolgimento delle proprie mansioni lavorative. Cfr. anche MAZZACUVA, *La diversione per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2, 2016, 81.

⁹⁴ SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4, 2018, 635.

una condotta illecita tenuta al suo interno, ma anche, grazie al messaggio lanciato forte e chiaro ai suoi esponenti, «d'impedire il reo dal far nuovi danni [...] e [soprattutto] di rimuovere gli altri dal farne di uguali⁹⁵». Ulteriormente, l'esitazione, da parte della persona giuridica, sul che cosa fare è aggravata dal quadro, già opaco, del diritto vivente, che pone la società di fronte all'incertezza dei vantaggi che può ricavare dall'adozione del Modello di organizzazione e di gestione. Infatti, risulta un'ipotesi rara che tale adozione premi l'azienda ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, nella misura in cui è, in realtà, la giurisprudenza a stabilire lo *standard* di efficacia del Modello di organizzazione e di gestione, privilegiando oltremisura il suo punto di vista della prevenzione penale e sottovalutando, di conseguenza, le esigenze e i rischi propri dell'impresa⁹⁶. Paradossalmente, un impianto normativo che non ponga rimedio ai punti deboli sopra accennati, invece di incoraggiare l'emersione della condotta illecita, rischia di incentivare a lasciare in pace chi ha appiccato l'incendio e a castigare chi ha dato l'allarme⁹⁷.

Il sistema degli incentivi previsto nel d.lgs. 231/2001 poggia essenzialmente sulla premialità sostanziale, ma ci interroghiamo, già all'interno dell'Osservatorio d.lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane, sulla possibilità di immaginare, *de iure condendo*, forme di premialità processuale incardinate sulla messa a disposizione di elementi determinanti per la ricostruzione dei fatti e delle responsabilità. Infatti, ciò permetterebbe di sviscerare e di ultimare le prospettive di *restorative justice* solo sfiorate dal legislatore nell'enunciazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17 d.lgs. 231/2001. Detto altrimenti, vorremmo condividere l'idea della realizzazione di uno statuto premiale che superi lo schema tradizionale imperniato sullo sconto di pena nel caso in cui venga legittimamente provata la colpevolezza, per avvicinarci a vere e proprie forme di non punibilità subordinate all'anticipata risoluzione del *gap* organizzativo e pure nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Infatti, ci sembra possibile sviluppare una nuova forma di ingaggio nell'ambito del contrasto alla criminalità economica, invertendo l'approccio basato unicamente sull'efficacia deterrente della sanzione, per imboccare la strada del *cooperative enforcement*⁹⁸. Per questo, sollecitiamo il legislatore a progettare una disciplina credibile sulla responsabilità dell'ente, che faciliti e promuova, tra le parti, l'adesione

⁹⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XV, 1764, 69. Più anticamente, SIRO, *Sententiae*, I secolo a.C., 750 scriveva «*nisi vindices delicta, improbitatem adiues*», variamente tradotto con «se non punisci i delitti, incoraggi la malvagità» o con «chi non punisce i delitti, favorisce la disonestà», e, ancora, «*qui culpa ignoscit uni, suadet pluribus*», tradotto con «chi passa sopra a una colpa, incoraggia a commetterne molte».

⁹⁶ Emblematica di un approccio severo nella valutazione dell'efficacia del Modello di organizzazione e di gestione e del criterio dell'elusione fraudolenta ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. 231/2001 (in un caso di aggravi), Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014) n. 4677, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 1, 169, secondo cui «in materia di responsabilità da reato degli enti, non sussiste elusione fraudolenta del modello organizzativo – presupposto necessario per l'applicazione dell'esimente – se quest'ultimo non contempla tutte le procedure comportamentali necessarie alla prevenzione del reato contestato». Sul punto, criticamente, tra gli altri, MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 129, il quale giudica il tipo di controllo richiesto all'Organismo di Vigilanza «sostanzialmente irrealistico alla luce dell'assetto dei poteri interni» all'entità collettiva. Più di recente, sempre in un'ottica rigorista di valutazione dell'idoneità del Modello di organizzazione e di gestione, Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016 (dep. 17 marzo 2016) n. 11442, in *CED Cass. pen.*, 2016, secondo cui «in tema di responsabilità amministrativa degli enti, nell'ipotesi di reato commesso nel territorio dello Stato da cittadino italiano, la celebrazione del processo all'estero, in difetto di una specifica convenzione con lo Stato estero che escluda l'esercizio della giurisdizione italiana, non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per gli stessi fatti».

⁹⁷ L'espressione è tratta da CHAMFORT, *Maximes et pensées*, 1795-1808, il quale scriveva che «spesso si lascia in pace chi ha appiccato l'incendio e si castiga chi ha dato l'allarme».

⁹⁸ Su cui ODED, *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*, cit., 203.

alla comune meta della prevenzione e la condivisione delle informazioni rilevanti», al fine di costruire una proficua *partnership* tra lo Stato e il mondo dell'economia nella «cogestione dei rischi legati alla criminalità d'impresa e giungere alla più efficace prevenzione dell'illecito economico con i minori oneri possibili, rispetto allo scopo, a carico delle organizzazioni private⁹⁹».

Del resto, come rilevato negli ultimi anni, la cooperazione della persona giuridica, favorendo l'emersione della condotta illecita, rappresenta lo strumento più efficace nel contrasto a reati insidiosi e diffusi, quale la corruzione¹⁰⁰. A livello sovranazionale, circa 1/3 dei procedimenti per corruzione viene instaurato grazie a una segnalazione da parte della società coinvolta. Più puntualmente, citando una ricerca dell'OCSE del 2014 (*Foreign Bribery Report*), possiamo notare che, rispetto ai 427 casi di corruzione internazionale esaminati nei diversi Paesi aderenti alla Convenzione OCSE sul contrasto alla corruzione del 1997, oltre il 30% di questi casi è emerso proprio grazie all'attività di *self-reporting* e il 69% dei procedimenti penali instaurati si è concluso con un accordo tra l'autorità giudiziaria e l'azienda implicata¹⁰¹. Ancora, nel 2017, il DOJ ha, emblematicamente, deciso di rendere permanentemente operativo un proprio programma di cooperazione volontaria mediante l'emanazione della *FCPA Corporate Enforcement Policy*, aggiunta ai *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, che prevede la rinuncia all'azione penale nei casi in cui l'impresa offra una *voluntary self-disclosure* e una piena cooperazione che, specialmente grazie alla conduzione di un'investigazione interna, permettano di porre tempestivamente ed efficacemente rimedio alla condotta illecita. Infine, di recente e sul filone della prassi, ormai consolidata, dei *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* e dei *Non-Prosecution Agreement (NPA)*, i risultati promettenti hanno spinto il DOJ a dichiararsi disponibile a valutare positivamente la segnalazione, da parte dell'ente, non solo dei fatti corruttivi, ma anche di tutti i tipi di illecito che si siano riscontrati in occasione delle operazioni straordinarie e, più in generale, delle attività di *due diligence* della persona giuridica. In altri termini, è stata istituzionalizzata una procedura di *self-reporting* a carattere generale, che consente alla società di reimmettersi nel mercato in una nuova veste ripulita e fortificata¹⁰².

⁹⁹ CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2017, 945.

¹⁰⁰ SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., 637 ricorda, inoltre, «le raccomandazioni del B20 *Anti-corruption Working Group* rivolte al G20 tenutosi in Australia nel 2014, con cui si invitavano i governi del G20 ad armonizzare le rispettive normative interne al fine non solo di creare incentivi alle imprese che adottino un robusto programma anticorruzione aziendale, ma anche al fine di incentivare le segnalazioni spontanee delle aziende alle autorità competenti di condotte illecite (cd. *self-reporting*)».

¹⁰¹ MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in CENTONZE e MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 119-120.

¹⁰² Cfr. il discorso del *Deputy Assistant Attorney General* MINER a New York del 27 settembre 2018, nel corso del *5th Annual GIR New York Live Event*, disponibile sul sito www.justice.gov; in materia di sistemi di risoluzione negoziale del procedimento a carico dell'entità collettiva, basati sul modello degli incentivi, cfr. ARLEN, *Corporate criminal liability in the United States: Using Prosecutorial Discretion to Induce Corporations to Join the War Against Crime*, in BERIA D'ARGENTINE, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Atti del Convegno*. Milano, 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, 303; CUNNINGHAM, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach Investigation and Reform*, in *Florida Law Review*, 2014, 13; RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., 1.

3. *Ad explorandum*: le proposte di riforma avanzate in letteratura

In letteratura, sono state avanzate alcune proposte di riforma, nello sforzo di immettersi in questa linea di tendenza globale, nel rispetto, al tempo stesso, del principio di obbligatorietà dell'azione penale proprio dell'ordinamento italiano¹⁰³.

Una prima possibile soluzione normativa è stata indicata nella previsione di «una causa di non punibilità per la società che, entro tre mesi dalla conoscenza di fatti illeciti commessi da dipendenti o apicali della società stessa, riporti all'autorità giudiziaria quanto appreso, fornendo elementi utili all'avvio e alla prosecuzione delle indagini e mettendo a disposizione l'eventuale profitto conseguito». In ogni caso, la non punibilità dell'ente non precluderebbe la confisca del profitto del reato e, comunque, il *self-reporting* non sarebbe ritenuto tempestivo dopo che la persona giuridica «abbia avuto – tramite i suoi gestori – formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per il reato-presupposto oggetto della collaborazione volontaria¹⁰⁴».

Altri Autori hanno proposto di accertare l'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti della società sottoposta a processo, sulla scia del procedimento speciale già positivamente collaudato per la persona fisica, rivedendo, però, i limiti oggettivi per l'accesso all'istituto, da tarare non tanto sulla gravità dell'illecito (la medio-alta gravità che contraddistingue i reati-presupposto limiterebbe oltremisura il campo di applicabilità), quanto piuttosto in base a diversi criteri di stima della gravità della condotta, del danno o del pericolo¹⁰⁵. Inoltre, l'istituto potrebbe trovare applicazione già nella fase delle indagini preliminari, con la possibilità di definire il procedimento prima del rinvio a giudizio, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Così, «la previsione di rinnovati meccanismi di *probation*, non pensati in chiave trattamentale, potrebbe sortire un effetto riabilitativo e reputazionalmente virtuoso, tale da non marginalizzare l'ente che decida di cooperare e mettere a disposizione il prodotto e il profitto derivanti dal reato in prospettiva di una confisca riparatoria». In tale ottica, l'adempimento delle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria potrebbe «garantire una pronuncia di non doversi procedere per l'illecito configurabile in capo all'ente che abbia dato prova di una tempestiva riabilitazione e recupero alla *compliance*¹⁰⁶».

Da ultimo, secondo una parte della letteratura, la fase decisiva di progettazione o di efficace aggiornamento del Modello di organizzazione e di gestione mancante o difettoso potrebbe essere affidata alla cura di un vero e proprio *monitor* di nomina giudiziale, sulla falsariga della prassi consolidatasi in materia di *DPA* e di *NPA* statunitensi¹⁰⁷. In qualità di soggetto terzo e indipendente, il *monitor* verrebbe puntualmente incaricato di provvedere alla riorganizzazione aziendale e di assicurare

¹⁰³ Sul ruolo crescente che la giustizia negoziata dovrebbe avere nei procedimenti riguardanti l'entità collettiva, CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148.

¹⁰⁴ CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 288.

¹⁰⁵ FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in questa *Rivista*, 4/2016.

¹⁰⁶ MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 17.

¹⁰⁷ ROOT, *The monitor-«client» relationship*, in *Virginia Law Review*, 2014, 524.

l'ottemperanza alle prescrizioni eventualmente impartite dal pubblico ministero o dal giudice sotto i profili della *compliance*, senza compromettere le esigenze di continuità imprenditoriale e, soprattutto, senza provocare uno spossessamento gestionale¹⁰⁸. Taluno ha individuato nel commissario giudiziale, figura attualmente prevista dall'art. 15 d.lgs. 231/2001, il soggetto intorno al quale cucire tale nuovo compito di *compliance monitor*¹⁰⁹, estendendo o diversificando le finalità terapeutiche già radicate nel suo ruolo, a seconda delle esigenze del caso concreto¹¹⁰. Sul punto, riteniamo, comunque, opportuno evidenziare i rischi connessi a questa paventata etero-regolamentazione del mercato, con le autorità, giudiziali o indipendenti, che siederebbero, di fatto, nei Consigli di Amministrazione di organizzazioni complesse e che finirebbero per influenzare profondamente, con le proprie decisioni, le scelte di carattere economico dell'ente, con una conseguente e grave minaccia per il principio di libertà dell'iniziativa economica sancito dall'art. 41 comma 1 Cost.¹¹¹.

4. L'importanza di amministrare propriamente l'investigazione interna e gli altri sistemi di *restorative justice*

Qualunque sarà la soluzione prescelta, possiamo, così, riassumere il senso ultimo di questi sistemi: muovendo dal presupposto che le autorità pubbliche di prevenzione arrancano di fronte alla complessità dei mercati globali e, in particolare, dei meccanismi di funzionamento degli enti di medio-grandi dimensioni, lo Stato persegue un'alleanza con i veri protagonisti del mondo economico. L'obiettivo è una cooperazione integrale, dacché «un'organizzazione è davvero trasparente, priva di opacità, e perciò meritevole di 'comprensione' penale, se non mostra resistenze alla collaborazione con l'autorità giudiziaria portando alla luce i reati scoperti: nella visuale efficientistica, etica della trasparenza ed etica della collaborazione finiscono col coincidere». In questa prospettiva, «non ci si può fermare alla prevenzione, organizzandosi in modo virtuoso, ma il passo successivo 'obbligato' per l'ente è quello di dimostrare, a illecito avvenuto, la propria assoluta lealtà, il pieno 'appoggio' agli organi inquirenti non solo non ponendo ostacoli alle indagini, ma anzi

¹⁰⁸ GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

¹⁰⁹ Peraltro, tale figura è già prevista dall'art. 32 comma 8 d.l. 90/2014, a norma del quale, «nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo».

¹¹⁰ In questa prospettiva, CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 199; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 89; MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE-MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti: dieci proposte di riforma*, cit., 240; NOVELLO, *La "self disclosure" e il "monitor" nell'esperienza applicativa del "Foreign Practices Act"*. *Spunti per una possibile modifica della disciplina della responsabilità "da reato" degli enti*, in *Dir. comm. int.*, 2015, IV, 1027.

¹¹¹ Così anche RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., 11.

facilitandone il buon esito attraverso investigazioni interne, anche sacrificando di fatto le proprie esigenze difensive¹¹².

Ciò atteso, non ci sfuggono almeno quattro obiezioni di ordine pratico, concernenti il rischio di un impiego distorto di simili sistemi premiali, delle quali dovremo, necessariamente, tenere conto nelle prospettive di riforma. In particolare, non possiamo, evidentemente, escludere che la strategia prescelta, quale che sia, potrebbe indurre:

- a) un'alterazione, per così dire, della natura della persona giuridica, trasformata da luogo, nel peggiore dei casi, rischioso dal punto di vista della prevenzione dei rischi-reato a tutrice dell'ordine o a guardiana della legalità¹¹³;
- b) la società, anche nei casi più problematici sotto il profilo della configurazione stessa di un reato, a non coltivare, in ogni caso, la propria difesa, accettando, sin da subito, l'ipotesi accusatoria, ancorché dubbia, che fosse formulata dal pubblico ministero, pur di raggiungere un esito celere, comunque conveniente e più certo, del procedimento penale;
- c) l'autorità giudiziaria a considerare, a rovescio, la mancata cooperazione alle indagini alla stregua di un indizio di opacità e di ambiguità di approccio da parte dell'azienda, con il conseguente rischio che l'esercizio del diritto di difesa, declinato, anzitutto, come diritto al silenzio e alla non collaborazione, venga valutato dall'autorità giudiziaria come colpa per l'omessa reazione all'illecito e, cioè, come un sintomo, a posteriori, dell'inefficace attuazione del Modello di organizzazione e di gestione eventualmente adottato¹¹⁴;
- d) a una sorta di caccia all'uomo o alla creazione di capri espiatori, potendo l'organizzazione sacrificare il singolo pur di salvare l'impresa e la sua continuità economica, canalizzando verso l'individuo la responsabilità anche dell'ente.

In altre parole, se non propriamente amministrata, potrebbe trattarsi di una non punibilità conseguita a un caro prezzo, che potrebbe assumere, specie all'interno delle persone giuridiche di medio-grandi dimensioni, dei contorni poco rispondenti

¹¹² SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., 636.

¹¹³ In questo senso, anche ARIEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese parzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, 3-4, 2018, 1; diversamente, SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, 2016, IX.

¹¹⁴ Peraltro, questa tendenza, di cui si è fatta portavoce la legge Spazzacorrotti, è stata, assai di recente, censurata dalla Corte costituzionale, secondo la quale «va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento penitenziario allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. In via consequenziale, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, l. n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416-bis c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento penitenziario, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Mentre è corretto "premiare" la collaborazione con la giustizia prestata anche dopo la condanna – riconoscendo vantaggi nel trattamento penitenziario – non è invece costituzionalmente ammissibile "punire" la mancata collaborazione, impedendo al detenuto non collaborante l'accesso ai benefici penitenziari normalmente previsti per gli altri detenuti» [Corte cost., 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253, in *Dir. & Giust.*, 4 dicembre 2019].

ai principi liberal-democratici della Costituzione italiana¹¹⁵. Anzi, ci sembra questa la questione decisiva dalla quale muovere qualunque riflessione: se riteniamo, o meno, conveniente una politica criminale che, sfruttando l'aspettativa della società di ottenere un lasciapassare sicuro, richieda all'azienda di adibire le proprie unità organizzative e i propri presidi di vigilanza al ruolo di collaboratori sul territorio del pubblico ministero e della polizia giudiziaria¹¹⁶.

In conclusione, nel tessere le delicate fila di una possibile disciplina dell'investigazione interna nella materia della responsabilità dell'impresa, riteniamo necessario fermarsi al giusto punto di equilibrio, oltrepassare il quale significherebbe cadere in una deriva efficientista che, a tacere di altro, aggraverebbe non poco la qualità di vita delle persone nell'ambiente lavorativo. Infatti, in un settore complesso come quello che qui ci impegna, nel quale il rapporto triangolare tra lo Stato, l'ente e l'individuo è così intrecciato e dove la tentazione della prevenzione è così fortemente presente, è davvero importante attenersi alla «legge della misura» nella ridefinizione del sempre precario equilibrio tra l'autorità e la libertà¹¹⁷.

¹¹⁵ Per una difesa forte dei principi costituzionali in materia penale, MOCCIA, *La «promessa non mantenuta». Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 107; nel ramo del diritto penale dell'economia, PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993.

¹¹⁶ SERENI, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., 641.

¹¹⁷ CAMUS, *L'uomo in rivolta*, Milano, 2014, 323. Si tratta di un'esigenza che affonda le sue radici nella storia dell'uomo, come testimoniano le istruzioni del Re egizio Tutmosi III (1479-1425 a.C.) al Visir Reckhmira al giorno della sua investitura: «devi vegliare affinché tutto sia fatto secondo la legge, che tutto sia fatto esattamente con giustizia, sicché ciascuno sia posto su ciò che è suo diritto. Ecco quanto a un funzionario che giudica in pubblico, l'acqua e il vento giudicheranno tutto ciò che fa. [...] La sicurezza per un funzionario è agire secondo le regole facendo ciò che è stato detto. Un postulante che è stato giudicato non deve dire: «non mi si è posto sul mio diritto». Ecco la dottrina: agisci dunque in tal modo. Guarda chi conosci come chi non conosci, chi ti è vicino come chi è lontano dalla tua casa. [...] Non trascurare un postulante, senza aver atteso le sue parole. [...] Non infuriarti a torto contro un uomo, ma sii furioso per ciò per cui si deve infuriare. Metti davanti a te il rispetto perché tu sia rispettato. Ecco, il valore di un funzionario è che egli fa giustizia». Per alcune teorie equilibrate della responsabilità dell'entità collettiva, FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 651; MANNA, *La responsabilità da reato degli enti*, in MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2° ed., Milano, 2018, 65.