

UNIVERSITÀ CATTOLICA del Sacro Cuore



ASGP
ALTA SCUOLA FEDERICO STELLA
SULLA GIUSTIZIA PENALE

Ricerche

Diretta da **Gabrio Forti**

INTERNAL INVESTIGATIONS

Best practices e istanze di regolamentazione

a cura di

Francesco Centonze e Stefania Giavazzi



G. Giappichelli Editore

LE INDAGINI INTERNE: UN INVENTARIO DELLE QUESTIONI ATTUALI

di *Francesco Centonze e Stefania Giavazzi*

1. Questo volume si inserisce nella collana dell'Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale (ASGP) con l'obiettivo di contribuire alla chiara emersione di un tema di perdurante attualità nella prassi delle società commerciali e denso di implicazioni giuridiche e politico-criminali.

Nella vita delle società dotate di una particolare consistenza organizzativa, le investigazioni interne rappresentano lo strumento essenziale per condurre le ordinarie verifiche sull'adeguatezza e idoneità della *compliance* e per gestire il versante patologico dell'attività collettiva. Le violazioni delle procedure interne, la notizia di illeciti in corso, l'intervento dell'autorità giudiziaria nel contesto societario innescano infatti la necessità di comprendere, raccogliere informazioni, accertare eventuali responsabilità anche al fine di disporre gli adeguati rimedi.

Queste indispensabili iniziative conoscitive possono essere utilmente attivate dalla società: l'organizzazione è in grado di scavare nei processi decisionali, ascoltare il proprio personale, avere accesso a documentazione rilevante, norme scritte, prassi, disposizioni organizzative, rileggere le comunicazioni interne attraverso la posta elettronica, individuare la fonte degli illeciti.

Non si tratta tuttavia di un percorso agevole.

L'ente collettivo nell'auto-investigare i propri comportamenti deve maturare una 'intelligenza organizzativa' e investire nella capacità di «ottenere ed elaborare informazioni chiare e affidabili, necessarie a sostenere la consapevolezza di ciò che accade». In questo contesto, le difficoltà di apprendimento «non sono solo di tipo informativo e cognitivo, ma anche di tipo emotivo e culturale, legate a specifici processi di *blaming* e *shaming* nelle organizzazioni»¹.

Ulteriori difficoltà provengono da quelli che, in uno studio recente, vengono definiti «*information silos*»: le organizzazioni più grandi e complesse

¹ M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 261.

rischiano di essere pregiudicate da una eccessiva separazione tra i vari dipartimenti o divisioni che risultano isolati gli uni dagli altri. Questi *information silos* comportano spesso difficoltà di comunicare adeguatamente in tutta l'organizzazione e, in particolare, «possono ostacolare i tentativi della società di indagare in modo completo e corretto sulle segnalazioni di potenziali violazioni comportamentali»².

Nonostante la rilevanza nella prassi, il processo di attivazione e gestione delle *internal investigations* non è ancora regolamentato – come nel resto in diversi pPaesi europei, tra cui Francia e Germania – da una specifica normativa: la disciplina si ricava ‘per sottrazione’, attraverso i limiti posti dal diritto del lavoro, dal diritto civile, dal diritto della *privacy*, dal diritto penale e processuale penale.

In un provvisorio tentativo di sistematizzazione potremmo distinguere diverse aree tematiche in relazione al nostro oggetto di ricerca:

- I. le *fonti* (quali fatti o notizie attivano il processo decisionale della società);
- II. i *tempi* (in chiave preventiva, contestualmente alle autorità governative o in adesione a richieste delle autorità);
- III. gli *attori* (quali soggetti nell'organizzazione aziendale gestiscono il processo decisionale di avvio delle indagini, quali le fasi esecutive, quali devono essere informati o coinvolti, il ruolo dei consulenti esterni e dei difensori);
- IV. le *variabili del processo decisionale* (opportunità o necessità di condurre le investigazioni; costi e benefici da ponderare nella decisione);
- V. la *prassi operativa* (quali soggetti operano, con quali poteri e doveri; la conduzione delle interviste, l'acquisizione e custodia dei documenti informatici, i problemi connessi alla transnazionalità);
- VI. la *gestione degli esiti* (il ruolo dei diversi organi societari; la circolazione interna e la comunicazione esterna degli esiti; le denunce/querele; il rapporto con le autorità di vigilanza e giudiziaria);
- VII. la *regolamentazione giuridica* dei canali comunicativi con le autorità e le dinamiche normative di incentivi (o disincentivi) alla cooperazione.

È sufficiente questo approssimativo catalogo dei temi rilevanti per comprendere le numerose discipline chiamate a risolvere le questioni appena ricordate: non solo il diritto (societario, penale, processuale penale, amministrativo, del lavoro), ma anche le scienze aziendalistiche, la teoria dell'organizzazione, l'informatica.

²V. ROOT MARTINEZ, *Complex Compliance Investigations*, in 120 *Columbia Law Review*, 2020, p. 256 ss.

La materia è dunque per sua natura interdisciplinare, interprofessionale e bisognosa di una analisi sia teorica che pratica. Da qui l'esigenza di mettere insieme il sapere di un gruppo di studiosi e professionisti con rilevante esperienza sul campo provenienti da diversi ambiti, senza trascurare l'esperienza internazionale, *in primis* quella statunitense, ove questi temi hanno un significativo 'vissuto' storico e applicativo.

2. Conviene partire dalla coda. Il problema cruciale, soprattutto nell'ordinamento italiano, è la gestione degli esiti delle indagini interne nelle ipotesi in cui vengano in rilievo possibili condotte illecite poste in essere nel contesto aziendale: manca infatti, come si accennava, una norma che disciplini l'eventuale cooperazione con le autorità e i canali di comunicazione con le stesse, gli incentivi per lo svolgimento di indagini interne e per l'emersione di illeciti.

Si tratta di una lacuna normativa piuttosto significativa: se l'obiettivo è quello di arginare il versante patologico dell'attività d'impresa risulta essenziale attivare un 'circolo virtuoso' che nasca dalla chiara individuazione delle condotte non conformi alle norme, consenta poi la messa a fuoco delle criticità organizzative e, infine, l'adozione di nuove procedure comportamentali. L'apprendimento organizzativo per il tramite di indagini interne è quindi una condizione essenziale per affinare le strategie precauzionali³.

Questo tema attraversa, seppur da prospettive differenti, tutto il volume. È ben sistematizzato, in chiave comparatistica, dal contributo di Arlen e Buell. I due Autori richiamano, anzitutto, la fisionomia della 'giustizia negoziata' statunitense, la cui «ampiezza dei presupposti applicativi, combinata con una politica che governa l'applicazione delle sanzioni volta a incoraggiare il *self-reporting*, la cooperazione ed eventualmente il raggiungimento di un accordo finale» è all'origine del 'successo' del modello nordamericano.

Ebbene, di tale modello la disciplina delle investigazioni interne costituisce un tassello fondamentale: il c.d. *diritto delle corporate investigations* – e in particolare la regolamentazione in materia di accesso alle comunicazioni e alle attività dei dipendenti sul posto di lavoro nonché in tema di *attorney-client privilege* e di tutela della riservatezza – garantisce alle imprese statunitensi una posizione privilegiata (i.e. minori ostacoli) nell'attività di acquisizione delle prove rispetto alle autorità inquirenti, in particolar modo nelle

³Sul punto, ampiamente, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 945 ss.

prime fasi di una indagine. Con la conseguenza che alle autorità governative statunitensi ‘conviene’, sia sotto il profilo legale che pratico, incentivare la collaborazione delle imprese nell’acquisizione delle prove, in cambio di un’esonazione o riduzione delle sanzioni.

Al contrario, in molti altri Paesi, tra cui l’Italia, le previsioni che regolano il perimetro delle indagini interne e la fase dell’acquisizione delle prove (tra cui, in particolare, le leggi sul lavoro, sulla *privacy* dei dati e la normativa in materia di *legal privilege*) pongono significativi ostacoli alle iniziative private, ponendo le imprese in una posizione di ‘svantaggio’ in termini di poteri e mezzi di indagine rispetto alle autorità inquirenti. Con la conseguenza che, seguendo la tesi di Arlen e Buell, non potendo l’impresa apportare nulla di più – o addirittura potendo offrire assai meno – di quanto la Procura possa utilmente acquisire con i propri mezzi, venga meno l’interesse alla collaborazione da parte delle autorità pubbliche.

Queste considerazioni inducono a una prima riflessione di sistema. Nel nostro Paese non dovrebbe dubitarsi dell’interesse per l’amministrazione pubblica ad avvalersi delle potenzialità investigative dell’organizzazione e acquisire gli esiti delle indagini interne. Quello che manca è l’incentivo alle imprese a condurre e condividere il programma degli accertamenti interni e le relative acquisizioni.

Gli effetti disincentivanti alla collaborazione del privato nei rapporti con le autorità inquirente dipendono non solo dall’assenza dei meccanismi del *self-reporting* e della ‘giustizia negoziata’ tipici del modello statunitense, ma anche dalle dinamiche normative del c.d. *diritto delle internal investigation*, che nel nostro ordinamento si ricava principalmente dal diritto del lavoro e da quello processuale penale; dinamiche che, come a breve vedremo, pongono significativi ostacoli all’acquisizione delle prove da parte dell’impresa, limitando gli spazi del privilegio informativo e non garantendo un controllo sulla gestione degli esiti delle indagini.

Queste dinamiche, peraltro, non incidono solo sul dialogo con le autorità, ma hanno anche delle ricadute rispetto alla timidezza con cui vengono sovente svolte le verifiche interne, richieste dal d.lgs. n. 231 del 2001, finalizzate alla prevenzione e al controllo di eventuali violazioni alle procedure interne: una valutazione costi-benefici rispetto all’avvio di tali accertamenti induce spesso a grande cautela.

Il rischio, segnalato da Rondinone come situazione ricorrente nella realtà italiana, è che l’impresa sia indotta a «stare ferma» o ad avviare una *internal investigation* «ridotta» o «sottotraccia», ossia non deliberata dagli organi direttivi, con l’obiettivo di «sapere, senza che si sappia che sappiamo».

3. L'attivazione di un'indagine interna, come si accennava, può essere innescata da varie *fonti*: le attività di verifica dell'Organismo di Vigilanza; la notizia di un'indagine penale o amministrativa che coinvolga la società o i suoi dipendenti e apicali; la segnalazione interna di possibili illeciti proveniente dai sistemi di *whistleblowing* o dalle varie componenti *in-house* (il responsabile della funzione di *internal audit*, il responsabile degli affari legali e, se esistente, il responsabile della compliance e della valutazione dei rischi).

A prescindere dai diversi frangenti temporali rispetto all'eventuale intervento dell'autorità pubblica, il *processo decisionale* sull'avvio delle investigazioni interne implica sempre un delicato bilanciamento di interessi dentro un quadro normativo che, in Italia, è privo di chiare direttrici di comportamento per chi deve assumere la decisione finale.

Da un lato, infatti, le *internal investigations* sono essenziale strumento della *compliance* (a prescindere dall'eventuale collaborazione con le autorità) quantomeno per riscontrare la segnalazione di una possibile violazione delle procedure interne e introdurre le conseguenti modifiche al modello preventivo. Dall'altro, come scrivono tra gli altri anche Mancuso, Rondinone e Parrella, si tratta di affrontare svariate problematiche procedurali tra cui la difficoltà di assicurare la riservatezza degli accertamenti e di garantire il rispetto della normativa giuslavoristica e le garanzie della *privacy*. Ma soprattutto deve essere preso in considerazione, nel valutare lo svolgimento delle indagini interne, il rischio che gli stessi dati, notizie o informazioni oggetto di ricerca da parte della società possano poi, una volta che siano state diligentemente raccolte attraverso le *internal investigations*, essere poste a fondamento di iniziative contro quest'ultima da parte dell'autorità pubblica.

È dunque indispensabile compiere, di volta in volta, una complessa valutazione che, muovendo dalla necessità di tutelare gli interessi societari, ponderi tali rischi insieme ai vantaggi concretamente raggiungibili attraverso lo strumento delle indagini interne.

D'altra parte, non esistono norme, neanche quelle relative ai generali doveri che gravano sugli organi di amministrazione e controllo, dalle quali possa ricavarsi l'obbligo di effettuare indagini interne e di comunicare gli eventuali esiti alle autorità pubbliche. Piuttosto, come scrive Rondinone, pare configurabile «un obbligo giuridico di prendere in considerazione la possibilità di compiere l'indagine interna», nel senso che l'organo amministrativo della società deve prendere posizione in proposito, perché rientra fra i doveri degli amministratori «evitare alla medesima le potenziali conseguenze dannose che potrebbero discendere da ulteriori comportamenti *contra legem*». Un tema di grande interesse sollevato da quest'ultimo autore è se, in caso di

mancata attivazione dell'organo amministrativo, si debba ritenere che il collegio sindacale o il diverso organo di controllo sia tenuto a richiamare l'organo gestionale a decidere in ordine alla necessità o meno di avviare indagini interne.

4. Nel caso in cui venga deliberato l'avvio di approfondimenti e verifiche dentro l'organizzazione si pone immediatamente il problema degli *attori* che devono gestire l'*internal investigation*.

Non pongono particolari problematiche, o comunque è possibile attingere a consolidate *best practices*, le investigazioni finalizzate, fuori dai casi di notizie di illeciti penali o di indagini dell'autorità giudiziaria, a testare il livello di efficacia preventiva del modello organizzativo e il rispetto delle procedure aziendali.

In questo caso, il programma, come spiega Carnà, è deliberato o comunque condiviso dall'Organismo di Vigilanza e l'esecuzione è affidata alle funzioni *compliance* e/o *internal audit* nonché a quelle deputate, anche a livello di gruppo, al controllo di rischi specifici (ad esempio, antiriciclaggio, sicurezza sul lavoro, ambiente, etc.).

In alcuni casi, l'accertamento può richiedere competenze specialistiche esterne, anche di natura tecnica o scientifica, per le quali viene selezionato un consulente indipendente. È anche piuttosto frequente, in caso di verifiche condotte o avviate dall'Organismo di Vigilanza, che quest'ultimo possa procedere direttamente a svolgere audizione dei soggetti portatori di informazioni potenzialmente rilevanti sull'attuazione e sull'efficacia del modello organizzativo.

La questione diventa più complessa quando gli accertamenti interni avvengono in presenza di un'indagine penale.

In tal caso, non si può certo contare, nel nostro Paese, su una regolamentazione normativa che possa guidare l'ente nel difficile compito di ripristinare la legalità dell'organizzazione, innanzitutto attraverso le conoscenze acquisite attraverso le indagini difensive, senza interferire nelle indagini delle autorità pubbliche e, comunque, senza portare a emersione elementi che possono condurre all'incriminazione della stessa persona giuridica.

Il problema, da più parti sollevato, è soprattutto l'individuazione dei soggetti interni chiamati a fungere da anello di collegamento con i professionisti e i legali interni incaricati delle verifiche.

Sotto questo profilo, diversi autori (Novello e Mancuso, tra gli altri) segnalano la possibilità di assegnare il ruolo di coordinamento delle indagini interne

all'Organismo di Vigilanza: quest'ultimo garantirebbe la necessaria indipendenza per gestire i flussi informativi, attivare le necessarie misure di *remediation* e formulare proposte sanzionatorie all'esito delle opportune verifiche.

Come in altre esperienze internazionali potrebbe essere valorizzato, rileva Novello, il ruolo degli *in-house counsels* i quali hanno di norma una profonda conoscenza della realtà societaria e possono guidare con sicurezza eventuali consulenti esterni.

Nelle società multinazionali è poi frequente l'intervento di un *team* composto anche da soggetti esterni all'organizzazione o appartenenti a funzioni *global* della casa madre (Carnà).

Torniamo ancora un momento all'Organismo di Vigilanza. È bene infatti sottolineare che, pur dotato di un potere di iniziativa, tale organismo non possa tuttavia sempre agire in totale autonomia rispetto alla gestione dell'indagine e dei relativi esiti. È infatti frequente l'intervento del consiglio d'amministrazione per conferire risorse adeguate ad avviare le indagini interne più complesse: l'Organismo di Vigilanza ha poteri di spesa comunque limitati in conformità a un ruolo più propositivo e consultivo, che operativo. In ogni caso, è considerazione condivisa, l'Organismo di Vigilanza, anche se non svolge il ruolo di motore esclusivo dell'indagine, dovrebbe comunque essere informato periodicamente sull'andamento delle verifiche interne e svolgere una funzione di controllo e stimolo rispetto allo sviluppo e agli esiti dell'indagine condotta dal *team* chiamato a condurla.

5. Senz'altro cruciale risulta, nelle vicende più delicate – nelle quali è in corso (o è comunque prevedibile) una contemporanea indagine penale – il ruolo dei legali esterni, i quali possono garantire la segretezza dell'indagine e poi custodire e utilizzare i risultati della stessa.

Nel nostro ordinamento le ricerche effettuate tramite risorse interne o consulenti sono infatti prive di qualsivoglia copertura privilegiata. Non esistendo un istituto equivalente all'*attorney-client privilege* statunitense o al *legal advice privilege* britannico: «l'assenza di confini netti e di uno statuto normativo che precipuamente regoli l'aggregabilità del risultato conoscitivo commissionato in chiave difensiva non pone limiti o divieti di sorta» (Mancuso).

Questa è la ragione per la quale, nel nostro Paese, l'unico modo per poter preservare le informazioni e i dati acquisiti attraverso le indagini interne è ricorrere allo strumento delle indagini difensive ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.p. sia nell'ipotesi in cui sia pendente un procedimento penale sia quando, seguendo l'art. 391-*nonies* c.p.p., possa svolgersi un'attività investigativa

preventiva «dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale».

Spiega bene Mancuso che la nomina di un difensore da parte dell'ente ha proprio «lo scopo di imprimere la massima copertura in termini di privilegio legale alle comunicazioni e ai materiali condivisi nel corso dell'investigazione, ma altresì al fine di preservare la genuinità e la futura utilizzabilità degli elementi di prova raccolti».

Il problema appare molto più complesso in Germania come spiegano Rübenstahl e Macchiati a proposito di un caso, assai noto in quel paese, che ha portato ad alcune pronunce del *Bundesverfassungsgericht* del 2018. Da quella giurisprudenza gli Autori traggono la conclusione che solo un mandato difensivo finalizzato a un'*internal investigation* a tutela di un soggetto già sottoposto ad indagini o per il quale vi è un fondato sospetto di un'inchiesta da parte dell'autorità giudiziaria può, nel sistema tedesco, schermare dal sequestro le acquisizioni avvenute in seno all'ente collettivo.

Di grande interesse, sempre con riferimento al mandato conferito a un legale, le indicazioni della rigorosa «*Guide: l'avocat français et les enquêtes internes*» pubblicata nel luglio 2020 ed elaborata dal *Conseil National des Barreaux*, illustrata da Manacorda e Colacurci. Uno strumento con l'obiettivo di fornire un ausilio agli avvocati chiamati a svolgere tali attività e che chiarisce in modo esplicito, tra le altre cose, la necessaria attenzione ai potenziali conflitti d'interesse dell'avvocato (e in genere del *team* dedicato alle *internal investigations*) che, incaricato dai dirigenti della società di condurre le indagini, potrebbe trovarsi poi, nel corso delle stesse, a dover accertare proprio le condotte di questi ultimi.

6. Veniamo alle problematiche della fase di *gestione operativa delle investigazioni*.

Come già detto, in mancanza di una espressa regolamentazione delle *internal investigations*, è la prassi a dettare cadenze e modalità operative dentro i limiti disegnati dalle varie discipline giuridiche coinvolte.

Di conseguenza alle norme giuslavoristiche si guarda, tra le altre cose, per coordinare l'esigenza di approfondire con scrupolo i fatti oggetto di investigazione interna con l'opportunità di una contestazione disciplinare tempestiva che consenta al lavoratore di difendersi nel modo più celere da addebiti specifici. Sempre il diritto del lavoro è chiamato in causa nell'individuare i vincoli ai 'controlli difensivi' da parte del datore diretti ad accertare comportamenti illeciti del lavoratore dai quali possano derivare pregiudizi (anche reputaziona-

li) per la società. In tali casi, si tratta di guardare alle «concrete modalità» con cui il controllo viene esercitato con l'obiettivo di «evitare che la legittima istanza di autotutela del datore di lavoro non si tramuti in una indebita ingerenza nella sfera individuale del lavoratore». Queste e altre questioni sono affrontate, nel presente volume, dal contributo di Vincenzo Ferrante: emerge, ancora una volta, la continua ricerca di un delicato equilibrio tra i diversi interessi coinvolti in un contesto tecnologico e culturale in rapida evoluzione.

Al medesimo bilanciamento non si sottrae certo il diritto alla *privacy* la cui compressione può essere giustificata solo dall'esigenza di tutelare un diritto di uguale natura o in posizione quantomeno comparabile. Così, sempre con riguardo alle indagini difensive, Colella ritiene che l'accesso ai contenuti della posta elettronica dovrebbe, ad esempio, essere circoscritto a quelle situazioni particolarmente gravi in cui sono in gioco interessi primari, come l'esercizio del diritto di difesa della società vittima di un'attività criminale o potenzialmente sottoposta a indagini ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Anche le concrete modalità operative devono rispettare un tale principio di proporzione: l'analisi di dispositivi elettronici e di risorse informatiche utilizzate dal dipendente dovrebbe, ad esempio, essere svolta con modalità che minimizzino l'accesso a dati non coerenti o pertinenti con le finalità dell'*investigation*, ricorrendo magari, nella ricerca, a specifiche parole chiave o limitando il controllo a comunicazioni intercorse tra soggetti determinati.

Grande protagonista nella costruzione del perimetro delle *internal investigations* è poi il diritto processuale penale. Mancuso traccia un quadro esaustivo delle varie questioni sul campo nel nostro Paese.

Di grande interesse è la ricerca, attraverso il codice di rito, di limiti alle indagini interne. Secondo questo Autore, ma il problema è affrontato anche da Rübenstahl e Macchiati rispetto all'ordinamento tedesco, il lavoratore deve essere avvertito della sua facoltà di astenersi dal deporre su circostanze che implicino un proprio coinvolgimento e non può essere obbligato a rispondere quando è a «rischio l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione, che è un corollario intangibile del diritto di difesa e della connessa presunzione d'innocenza, rilevante ai sensi degli artt. 6 Cedu e 27 comma 2 Cost.». Al riguardo si applicherebbero, in via interpretativa, le disposizioni dell'art. 391-*nonies* comma 9 c.p.p., che disciplinano il colloquio investigativo svolto dal difensore allo scopo di ottenere informazioni utili alla difesa. L'intervistatore sarebbe quindi tenuto a interrompere l'assunzione di informazioni dalla persona informata dei fatti «qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico» e le precedenti dichiarazioni non potranno essere utilizzate contro chi le abbia rese.

Il secondo aspetto problematico di ‘area penalistica’ attiene sempre al diritto di difesa del dipendente. In generale, l’intervistato non gode di un generico diritto all’assistenza difensiva, poiché il contributo richiesto rientra nelle obbligazioni tipiche del rapporto di lavoro. Nell’ipotesi in cui la società decida di ricorrere alle indagini difensive, naturalmente si applica la disciplina dedicata degli artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p. Ma anche in tutti i casi in cui il dipendente sia già sottoposto a procedimento penale per i medesimi fatti, «non solo potrà decidere se fornire o meno un contributo all’indagine interna, esercitando un diritto al silenzio analogo a quello eventualmente opposto alle autorità inquirenti, ma potrà altresì chiedere di essere assistito da un difensore, che possa indicare quali temi – pur riguardanti le condotte altrui e non il fatto proprio – siano potenzialmente riconducibili alla sfera del proprio assistito» (Mancuso).

Si tratta di principi che contemperano in modo ragionevole i diversi interessi in gioco, condivisi peraltro dalla recente *Guide* francese, come spiegano Manacorda e Colacurci.

7. Nel contesto del quadro normativo che si è cercato di delineare si deve muovere chi è incaricato di svolgere l’indagine interna, sia egli un difensore, sia egli un consulente.

Ai principi e alle migliori prassi esistenti in materia di progettazione e conduzione di una *internal investigation* è dedicato il contributo di Fortunato. L’Autore avverte immediatamente che le peculiarità delle *internal investigations* rispetto alle ordinarie attività di controllo interno richiedono che l’investigatore abbia visione, indipendenza e capacità di giudizio obiettivo e autonomo, il c.d. *professional skepticism*. Soprattutto, tutto il processo richiede rigore metodologico, onde evitare alcuni rischi operativi ricorrenti, tra i quali richiamiamo in particolare l’omissione di controlli e verifiche su fatti e circostanze rilevanti, la violazione delle normative di riferimento e la possibile alterazione o distruzione di evidenze cruciali causate dalla fuga di notizie.

Per evitare esiti indesiderabili, particolare attenzione deve essere prestata alla fase preparatoria, per anticipare ogni possibile problematica. Soprattutto nella definizione della *subject matter* e nella fase di *risk assessment* va valutato con competenza e rigore il quadro normativo che può incidere su obiettivi, evidenze e competenze specialistiche necessarie. Questo è il caso, per esempio, delle operazioni internazionali – c.d. *cross-border* – che richiedono il coinvolgimento di consulenti legali esteri, per considerare le normative straniere in termini di obblighi o divieti, profili legali di responsabilità, *data*

privacy o di tutela legale, come nel caso del *legal privilege*. Un robusto processo di supervisione interna e di gestione dei cambiamenti, supportati da idonee metodologie e strumenti, anche informatici, di c.d. *evidence management*, deve poi accompagnare lo svolgimento di tutte le otto principali fasi (*Alert, Risk Assesment, Planning, Kick-Off, Execution, Reporting, Remediation, Collaboration*) di una indagine interna.

Senza poter qui ripercorrere tutti gli aspetti problematici che l'investigatore è chiamato ad affrontare nella fase di *execution*, si conferma, come facilmente intuibile, che l'analisi documentale presenta numerose criticità sul piano pratico, sia per la mole di documentazione elettronica – *big data* – che spesso deve essere esaminata, sia perché le informazioni hanno natura del tutto eterogenea (elettronica, database aziendali, contabilità, corrispondenza, disposizioni organizzative ...). Con la conseguenza che ogni categoria di dati richiede un approccio metodologico diverso e strumenti di analisi dedicati. Di estremo interesse è il supporto fornito oggi all'investigatore dagli strumenti di *Forensic Technology* che consentono ricerche ed indagini assistite da sistemi di intelligenza artificiale e dalle procedure di *Data Analytics* che consentono ricostruzione contabile di flussi economici e finanziari o l'analisi di serie di dati quantitativi strutturati.

Soprattutto la fase di *execution* sconta i limiti posti sia dalla disciplina della *privacy* (si pensi ai dati personali dei dipendenti o dei terzi rinvenuti nei vari device esaminati o nella corrispondenza), sia dei limiti legali, anzitutto quelli legati al diritto di difesa dell'intervistato. Si conferma, per esempio, che è fondamentale fornire all'intervistato tutta una serie di informazioni prima dell'inizio dell'intervista, così come garantire al dipendente di essere accompagnato da un rappresentante sindacale o da un proprio avvocato. Ancora, indispensabile è valutare con attenzione le situazioni in cui si acquisisce conferma che alcuni fatti potrebbero essere oggetto di provvedimenti disciplinari o di violazione di legge.

8. Le metodologie e gli strumenti illustrati da Fortunato inducono a due considerazioni. Da un lato, confermano che indagini complesse o con elementi di internazionalità richiedono competenze specialistiche multidisciplinari e risorse adeguate, per le quali il ricorso a consulenti o legali esterni sarà quasi sempre una scelta obbligata. Dall'altro lato, segnalano che gli operatori esperti hanno ormai individuato una serie di prassi consolidate che offrono soluzioni 'testate' dall'esperienza sul campo a molte delle problematiche che il volume pone in evidenza.

È indubbio che una razionalizzazione delle prassi e delle soluzioni sviluppatesi sinora (sistematizzate da Fortunato) può offrire riferimenti certi e condivisi, con una riduzione dei profili di sostanziale incertezza tra gli operatori.

Uno strumento di *soft law*, sulla falsariga della *Guide* francese per i consulenti legali, potrebbe dunque contribuire a riempire il vuoto legislativo nel nostro Paese, a maggior ragione se si ampliasse la platea dei destinatari. Si potrebbe ipotizzare, in tal senso, un ‘contenitore’ di linee guida formalmente e congiuntamente emanato dalle associazioni di categoria (Confindustria e Abi *in primis*) in collaborazione con gli ordini professionali, con l’obiettivo di diventare strumento di auto-regolamentazione adottato sia dai consulenti che dalle imprese. Nel settore penale, un richiamo a detta regolamentazione secondaria nel d.lgs. n. 231 del 2001 consentirebbe poi di qualificare dette linee guida quale disciplina accessoria e integrativa ai Modelli adottati ai sensi di tale provvedimento normativo. Esito più che auspicabile, considerato che la normativa e la giurisprudenza italiana in materia non hanno finora considerato le *internal investigations* quale elemento essenziale di un Modello di prevenzione idoneo ed efficacemente attuato, nonostante la scoperta di illeciti e l’adozione conseguente di misure riparatorie siano tasselli imprescindibili della *ratio* che sottende il decreto.

Qualunque percorso si segua (sia esso di *hard* o *soft law*) rimane il fatto che tutte le istanze regolatorie che emergono dal volume sono accomunate dalla richiesta di maggiori certezze e di un quadro regolatorio comune, che possa anzitutto indirizzare gli operatori e offrire finalmente una risposta alle aspettative di prevenzione degli illeciti secondo il modello della partnership pubblico-privata inaugurata dal d.lgs. n. 231 del 2001.

PARTE PRIMA

LE *INTERNAL INVESTIGATIONS*
NELL'ESPERIENZA INTERNAZIONALE

CAPITOLO I

L'IMPORTANZA DELLA REGOLAMENTAZIONE DELLE INDAGINI INTERNE NELLA GIUSTIZIA NEGOZIATA DEGLI ENTI*

di Jennifer Arlen e Samuel W. Buell

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità dell'ente negli Stati Uniti e oltreoceano. – 2.1. La disciplina nell'ordinamento statunitense. – 2.2. L'adozione del modello nordamericano in altri ordinamenti. – 3. La disciplina delle indagini nei confronti dell'ente negli Stati Uniti. – 3.1. La disciplina delle indagini interne in materia di reati di impresa. – 3.2. L'accesso alle dichiarazioni e alle testimonianze dei dipendenti. – 3.2.1. I poteri dei pubblici ministeri di ottenere informazioni dai dipendenti dell'ente: Quinto Emendamento, immunità e diritto all'assistenza legale. – 3.2.2. I poteri dell'ente di ottenere informazioni dai propri dipendenti: *State action* e diritto del lavoro. – 3.3. La disciplina dei diritti dei difensori: *attorney-client privilege* e *joint defense*. – 3.3.1. Il difensore della società: *attorney-client privilege* e *work product protection*. – 3.3.2. Il difensore dei dipendenti: il problema di possibili conflitti di interesse. – 3.4. Documenti e registri aziendali. – 3.4.1. La regolamentazione del diritto d'accesso delle autorità inquirenti alle prove documentali. – 3.4.2. La capacità delle società di accedere e valutare le prove documentali. – 4. La disciplina delle indagini nei confronti dell'ente negli altri ordinamenti. – 4.1. I poteri d'indagine dei pubblici ministeri. – 4.2. I poteri dell'ente nelle indagini interne. – 4.2.1. Il potere dell'ente di ottenere dichiarazioni dai propri dipendenti. – 4.2.1.1. I limiti che derivano dallo svolgimento d'indagini da parte delle autorità governative. – 4.2.1.2. I limiti all'esercizio di pressioni nei confronti dei propri dipendenti per indurli a rendere dichiarazioni. – 4.2.1.3. Il diritto dei dipendenti all'assistenza legale durante i colloqui investigativi con il datore di lavoro. – 4.2.2. *Legal privilege* e ruolo del consulente. – 4.2.3. Monitoraggio ed elaborazione di dati e documenti. – 4.2.3.1. La regolamentazione della *data privacy*. – 4.2.3.2. La disciplina del segreto finanziario. – 5. L'impatto delle differenze normative previste in altri ordinamenti sull'effettività del sistema di *corporate criminal enforcement*. – 5.1. Le implicazioni derivanti dalle regolamentazioni previste in altri Paesi. – 5.1.1. Forme di giustizia negoziata come alternativa all'incremento della spesa pubblica per l'*enforcement*. – 5.1.2. Strutturare le politiche di *enforcement*: il riconoscimento di un beneficio per il *self-report* e la cooperazione. – 5.1.3. Riformare le leggi che disciplinano le indagini interne. – 5.2. Le conseguenze per la disciplina prevista negli Stati Uniti. – 6. Conclusioni.

* Questo contributo è una versione tradotta in italiano e in parte ridotta, ad opera degli stessi Autori, del testo originario di J. ARLEN-S.W. BUELL, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, pubblicato in *S. Calif. L. Rev.*, 2020, 93, p. 697. Si ringrazia Donato Vozza, Research Fellow, Centre for Financial and Corporate Integrity, Coventry University, per il supporto ai curatori nella traduzione.

1. Introduzione

Le autorità governative americane, a oggi, si sono distinte a livello internazionale per la loro capacità di ottenere grande e costante volume di accordi (*settlements*) con le più grandi società del mondo¹. Gli Stati Uniti hanno perseguito un numero maggiore di azioni penali nei confronti delle società rispetto a qualsiasi altra nazione, hanno irrogato un numero superiore di sanzioni rispetto a qualsiasi altro paese e hanno occupato una posizione preminente a livello globale nell'applicazione delle leggi nei confronti dell'ente².

Questa egemonia è dovuta in gran parte all'ampiezza dei presupposti applicativi della responsabilità penale delle società, combinata con una politica che governa l'applicazione delle sanzioni volta a incoraggiare il *self-reporting*, la cooperazione ed eventualmente il raggiungimento di un accordo finale (*settlement*).

A differenza di quanto previsto nella maggior parte degli altri ordinamenti, infatti, nel sistema giuridico nordamericano si applica il principio della c.d. *respondeat superior liability* in forza del quale l'ente può essere chiamato a rispondere penalmente per quasi tutti i reati commessi dai propri dipendenti nell'ambito delle loro funzioni³. Inoltre, negli Stati Uniti le persone giuridiche hanno la facoltà di concludere un procedimento avviato nei

¹ Si veda, per esempio, LEGAL DATA LAB, *Corporate Prosecution Registry*, <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/index.html> [<https://perma.cc/HHZ5-837A>]; STAN. L. SCH., *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*, fcpa.stanford.edu [<https://perma.cc/GTR7-VXE7>]; GOOD JOBS FIRST, *Violation Tracker*, <https://www.goodjobsfirst.org/violation-tracker> [<https://perma.cc/SZ7Y-FCDM>].

² Ad esempio, nel 2011 gli Stati Uniti hanno imposto sanzioni penali a settantasei organizzazioni, ossia l'84% del totale di sanzioni imposte alle persone giuridiche in tutto il mondo. Nessun altro paese ha sanzionato più di 4 società, cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Working Group on Bribery. 2011 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention*, 2012, 3. Nel 2018, gli Stati Uniti hanno irrogato 136 delle 203 (67%) sanzioni penali inflitte in tutto il mondo alle persone giuridiche. Al riguardo, si pensi che Germania e Regno Unito hanno sanzionato per corruzione all'estero rispettivamente solo undici e dieci società: cfr. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Working Group on Bribery, 2018 Enforcement of the Anti-Bribery Convention: Investigations, Proceedings and Sanctions*, 2019, 2-4.

³ Il principio del *respondeat superior* richiede anche che il dipendente abbia avuto una qualche intenzione di avvantaggiare la società. Vedasi, per esempio, *N.Y. Cent. & Hudson River R.R. v. United States*, 212 U.S. 481, 493-94 (1909); *United States v. Dye Constr. Co.*, 510 F.2d 78, 82 (10th Cir. 1975).