

I MODELLI ORGANIZZATIVI IN SPAGNA

ENZO COLAROSI, Avvocato nello Studio Legale Escura, Barcellona (Spagna)

JACOPO CORTINOVIS, Avvocato nello Studio Legale Escura, Barcellona (Spagna)

A seguito delle importanti modifiche normative introdotte in Spagna dalla *Ley Orgánica 1/2015*, riteniamo opportuno realizzare alcune brevi note sulla redazione del nuovo art. 31 *bis* ss. c.p. spagnolo che disciplina la responsabilità penale delle persone giuridiche. Attraverso un'analisi sistematica e descrittiva del Modello spagnolo cercheremo di mettere in risalto i notevoli punti di contatto con la normativa italiana.

Senza dubbio, una delle novità principali della recente riforma risiede nell'introduzione in Spagna del sistema 231 italiano basato sui Modelli organizzativi e di gestione e sulla figura dell'Organismo di Vigilanza, come, d'altronde, già evidenziato dalla migliore dottrina italiana¹.

Dopo un'analisi specifica dell'art. 31 *bis* c.p. spagnolo verranno dedicati gli ultimi capitoli del presente contributo all'analisi di due fonti cognitive di assoluta rilevanza: La Circolare della Procura generale 1/2016 (*Circular General de la Fiscalía del Estado*) e le prime due sentenze della Corte di cassazione spagnola (*Tribunal Supremo* spagnolo); volgendo, infine, l'attenzione verso la figura dell'Organismo di Vigilanza o «*Órgano de Cumplimiento/ Órgano de Supervisión*».

1. La riforma dell'art. 31 *bis* realizzata dalla *Ley Orgánica 1/2015*

La recente riforma normativa, realizzata dalla *Ley Orgánica 1/2015*, ha modificato sensibilmente il c.p. spagnolo; una delle novità più trascendenti del nuovo regime normativo riguarda specificatamente la responsabilità penale delle persone giuridiche².

Ricordiamo come la *Ley Orgánica 5/2010*, che introduce l'art. 31 *bis* c.p. spagnolo, riconosca «*per la prima volta nella storia del diritto penale (spagnolo) la responsabilità propria della persona giuridica*³».

Una delle caratteristiche principali (in negativo) della citata riforma consisteva nel mancato riferimento a precisi Modelli organizzativi (*compliance programs*) diretti alla prevenzione dei reati e della loro efficacia esimente.

¹ MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa Rivista, 4/2015, 85.

² GRACIAS VALDÉS, MASTRE DELGADO, FIGUEROA NAVARRO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*, 2a. edic. (según las reformas del Código Penal de 2015), Editorial Edisofer, Madrid, 2015, 13-15.

³ POLANIO NAVARRETE e POLANIO ORTIS, «*Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales*», in ROXIN e POLANIO NAVARRETE e POLANIO ORTIS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Editorial Ara, Perú, 2013, 181: «*reconoce por primera vez en la Historia del Derecho penal la responsabilidad penal propia de la persona jurídica (art. 31 bis), con plena independencia de la que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en el contexto de la actividad propia de la persona jurídica*».

La precedente versione dell'art. 31 *bis*, comma 4, lett. *d*) prevedeva come circostanza attenuante (e non esimente) l'istituzione di misure idonee (*post factum*) dirette alla prevenzione dei reati.

La Circolare della Procura Generale 1/2011⁴ (*Fiscalía General del Estado*), inoltre, ha avuto modo di sottolineare come l'insufficienza e la limitatezza della riforma avrebbero potuto pregiudicare gravemente la sua efficacia.

La *Ley Orgánica 1/2015*, entrata in vigore il 1° luglio 2015, interviene in questo contesto giuridico realizzando una serie di migliorie all'art. 31 *bis* con lo scopo di garantire maggiore sicurezza giuridica ai destinatari della normativa.

La citata riforma, oltre ad introdurre tre nuovi articoli (31 *ter*, 31 *quater* e 31 *quinquies*), aspira ad apportare una migliore regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche delimitando adeguatamente il «dovuto controllo» che la persona giuridica dovrà osservare per evitare l'affermazione della sua responsabilità penale⁵.

Il sistema spagnolo fonda la responsabilità penale delle persone giuridiche sui seguenti punti:

- Il reato è stato commesso dai soggetti «apicali» della Società o dai soggetti sottoposti all'autorità di questi ultimi.
- La persona giuridica ha ottenuto un beneficio diretto o indiretto.
- L'esistenza di un Modello organizzativo e di gestione efficace che esclude la responsabilità penale della persona giuridica.
- La supervisione dell'efficacia del Modello organizzativo e di gestione è stata affidata ad un «organo interno» della persona giuridica con autonomi poteri d'iniziativa e controllo.

A differenza dell'esperienza italiana, la scelta del Legislatore spagnolo è stata chiara e non suscettibile di interpretazione: la persona giuridica sarà chiamata a rispondere penalmente⁶ per i reati espressamente previsti dal c.p. spagnolo (principio di tassatività).

Le coincidenze tra il Modello italiano e spagnolo di responsabilità delle persone giuridiche sono evidenti e, in alcuni punti del riformato art. 31 *bis*, si può riscontrare una coincidenza totale (in alcuni aspetti letterale⁷) tra le due normative⁸.

2. L'art. 31 *bis* e ss. del *Código Penal*

Come citato anteriormente, il punto III del Preambolo della *Ley Orgánica 1/2015* precisa che l'intenzione del legislatore spagnolo è quella di realizzare un miglioramento tecnico rispetto alla precedente regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche con il fine di: «*Delimitare adeguatamente il contenuto del dovuto*

⁴ www.fiscal.es.

⁵ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 1a edic., Editorial Iustel, Madrid, 2008, 102 ss. e ORTIZ DE ÚRBINA GIMENO, «*Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way*», in MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO, GÓMEZ MARTÍN, (Directores) HORTAL IBARRA, VALIENTE IVAÑEZ, (Coordinadores), Iustel, Madrid, 2014, 41.

⁶ Le conseguenze di tale scelta dogmatica, in relazione ai principi costituzionali ex art 24.2 della Costituzione Spagnola, verranno analizzate in seguito.

⁷ Il comma 5, art 31 *bis* riproduce letteralmente i requisiti minimi previsti all'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001.

⁸ L'art. 31 *bis*, comma 5 *Código Penal* in cui si elencano i requisiti specifici dei Modelli organizzativi coincide «letteralmente» con l'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001.

controllo il cui fallimento permette di fondare la responsabilità penale delle persone giuridiche⁹ e porre fine ai dubbi interpretativi dell'antecedente riforma, che da alcuni operatori era stata interpretata come un regime di responsabilità oggettiva o per fatto altrui».

Al comma 1 dell'art. 31 *bis*¹⁰, vengono elencati i requisiti oggettivi e soggettivi che rendono penalmente responsabile una persona giuridica.

Le persone fisiche che possono «trasferire» la responsabilità alla persona giuridica sono:

- a. I rappresentanti, gli amministratori di fatto e di diritto e coloro che, agendo individualmente o come parte di un organo della persona giuridica, esercitano facoltà di organizzazione e controllo all'interno dell'impresa.
- b. I soggetti sottoposti all'autorità delle persone di cui alla lettera «a», nel caso in cui abbiano potuto commettere reati per una grave mancanza dei doveri di supervisione, vigilanza e controllo.

È interessante constatare come il requisito «soggettivo» richiesto dalla normativa spagnola coincida, in gran parte, con la distinzione (già) realizzata dall'art. 5, d.lgs. 231/2001.

Altro requisito necessario affinché la società sia chiamata a rispondere per i reati commessi dai soggetti menzionati è la commissione dei reati in suo beneficio diretto o indiretto.

L'espressione legale in beneficio diretto o indiretto, infatti, permette una interpretazione *lato sensu* del termine che consente di estendere la responsabilità delle persone giuridiche a quelle entità il cui oggetto sociale persegue interessi non strettamente economici¹¹, ai benefici ottenuti all'interno di gruppi di società, al beneficio derivante dal risparmio economico e al vantaggio strategico, intangibile e reputazionale.

La Procura Generale propende per un'interpretazione estensiva del citato requisito, escludendo solo quelle condotte che, in base all'organizzazione societaria, siano state realizzate in beneficio esclusivo e personale dell'autore del reato o di terzi.

Interessante e chiarificatore può essere l'esempio della Procura Generale, riportato nella Circolare 1/2016¹² laddove viene riscontrato un beneficio indiretto della società nel comportamento del soggetto preposto al controllo e sorveglianza di una discoteca che, vendendo droga all'ingresso, indirettamente genera una maggior affluenza di clienti. Come avviene nei confronti delle persone fisiche¹³,

⁹ Prefazione III, *Ley Orgánica 1/2015*: «La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del 'debido control', cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, www.boe.es.

¹⁰ «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

¹¹ In *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016*, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas 1/2015, 17, www.fiscal.es.

¹² *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016*, 18, www.fiscal.es.

¹³ MIR PUIG, *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el Nuevo Código Penal*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 3, 2001, 701 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, 1999, 62 ss.

l'indagine sulla sussistenza del requisito del «beneficio direttore indiretto» dovrà essere effettuata *ex ante*¹⁴.

3. L'art. 31 bis, comma 2

L'art. 31 bis, comma 2, introduce ufficialmente nel sistema spagnolo i Modelli organizzativi e di gestione come esimente della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Nonostante questa scelta sia stata criticata, soprattutto in relazione a reati commessi dai soggetti «apicali¹⁵», l'adozione dei Modelli organizzativi e di gestione da parte di una società permette alla persona giuridica di rimanere esente da responsabilità penale per reati commessi dai soggetti appartenenti all'impresa e in beneficio della stessa.

I requisiti richiesti affinché la società non sia condannata per i reati commessi dai soggetti apicali coincidono anche in questo caso con quanto previsto dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001.

Sarà esclusa la responsabilità della persona giuridica, per i reati commessi dai soggetti apicali, se ricorrono le seguenti condizioni¹⁶:

- L'organo di amministrazione ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, Modelli di organizzazione e gestione che includono misure di vigilanza e controllo idonee finalizzate alla prevenzione o alla riduzione dei rischi penali.
- La supervisione del funzionamento e della osservanza del Modello è stata assegnata ad un organo della Società con autonomi poteri d'iniziativa e controllo o ad un organo interno a cui «*sia stata affidata legalmente la funzione di supervisionare la efficacia dei controlli interni della persona giuridica*¹⁷».
- Le persone che hanno commesso il reato hanno eluso fraudolentemente i Modelli di organizzazione e gestione.

¹⁴ In questo senso: GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín*, in *Diario La Ley*, No 8747, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2016, Ref. D-170, Editorial LA LEY, 29.

¹⁵ *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, op. cit.*, 40, www.fiscal.es: «Sin embargo, respecto de los administradores y dirigentes la exención resulta menos justificada, porque la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, que en este supuesto es automática y no precisa de un deficiente control, no debe quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarna».

¹⁶ Art. 31 bis, comma 2:

«Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y;

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

¹⁷ Norme settoriali quali il *Real Decreto Legislativo 4/2015* (relativo alla Borsa dei Valori) e la *Ley 10/2010* (relativa al reato di riciclaggio di denaro) prevedono la creazione di un organo interno di controllo.

- Non vi è stata un'omissione o un esercizio insufficiente delle funzioni di supervisione, controllo e vigilanza da parte dell'organo interno.

In caso di prova parziale delle seguenti circostanze, queste saranno valutate ai fini dell'attenuazione della pena.

Riferendosi a quanto appena esposto, la normativa spagnola sembra offrire maggiori tutele concedendo un'attenuante alle imprese che non siano state in grado di provare tutti gli elementi dell'art. 31 *bis*, comma 2 (esistenza di Modelli Organizzativi e dell'Órgano di controllo interno, elusione fraudolenta dell'autore e corretta supervisione).

È interessante rilevare, a livello comparativo, come la possibilità concessa dal Legislatore spagnolo di attribuire i compiti propri dell'organo di controllo interno (in Italia Organismo di Vigilanza) a un organo già esistente all'interno della Persona Giuridica coincida, in un certo modo, con il riformato art. 4 *bis*, d.lgs. 231/2001 che permette, nelle società di capitali, al Collegio Sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo di svolgere le funzioni proprie dell'Organismo di Vigilanza.

4. Art. 31 *bis*, comma 3

Continuando con l'analisi del nuovo art. 31 *bis*, al comma 3, il legislatore spagnolo concede agli amministratori delle piccole e medie imprese la possibilità di assumere direttamente le funzioni di controllo e vigilanza, come previsto *ex art.* 6, comma 4, d.lgs 231/2001.

5. Art. 31 *bis*, comma 4

Il comma 4 del presente articolo, in linea con le disposizioni dell'art. 7, d.lgs. 231/2001, stabilisce che, se il delitto è stato commesso da un soggetto sottoposto al controllo dei soggetti «apicali» [art. 31 *bis*, comma 1, lett. *b*)] la società non sarà responsabile se prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione e gestione adeguato per prevenire reati della stessa natura di quelli verificatosi o per ridurre significativamente il rischio della loro commissione.

Interessante è sottolineare che, in caso di prova parziale, la persona giuridica potrà avvalersi dell'attenuante dell'art. 31 *bis*, comma 2.

6. Art. 31 *bis*, comma 5: requisiti tecnici del Modello di organizzazione e di gestione

Di sicuro interesse è l'art. 31 *bis*, comma 5, che elenca i requisiti tecnici che un Modello di organizzazione e gestione deve possedere affinché sia considerato idoneo, adeguato ed efficace¹⁸.

¹⁸ Art. 31 *bis*, comma 5, *Código Penal*: «Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:
1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Questa ultima parte, sicuramente, rappresenta il punto di massimo contatto tra la normativa spagnola e quella italiana.

Il comma 5 del presente articolo è una traduzione letterale, *sic et simpliciter*, del corrispondente articolo della normativa italiana.

Come previsto anche dall'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001, i Modelli di organizzazione e gestione dovranno:

- Individuare le aree in cui possono essere commessi i reati (valutazione dei rischi penali e analisi).
- Prevedere protocolli specifici riguardanti il processo di formazione della volontà della persona giuridica, dell'adozione delle decisioni e della loro esecuzione.
- Disporre di risorse finanziarie adeguate per impedire la commissione dei delitti che devono essere prevenuti.
- Prevedere obblighi d'informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli.
- Creare un canale di denuncia e un sistema sanzionatorio.
- Verificare periodicamente il funzionamento del Modello e modificarlo in caso di violazioni che denotino una inefficacia dello stesso.

Considerando l'impossibilità di determinare l'esatto contenuto dei Modelli, dovuta alla specificità di ogni Società, il legislatore spagnolo identifica, appunto, le condizioni minime che i citati Modelli dovranno avere.

La Circolare 1/2016 della Procura Generale spagnola dedica un capitolo specifico ai requisiti minimi dei Modelli organizzativi, i quali dovranno essere chiari, precisi, efficaci, adeguati, idonei e, necessariamente, redatti per iscritto¹⁹. Non sarà sufficiente la prova dell'esistenza di un Modello per beneficiare della sua forza esimente, ma dovrà essere data prova della sua adeguatezza a prevenire il concreto reato realizzatosi, attraverso un giudizio di idoneità tra il contenuto del programma e l'infrazione.

La prima fase propedeutica alla creazione dei programmi di *Compliance*²⁰ corrisponde con il *risk assessment* della società in cui dovranno essere tenuti in conto non solo l'attività sociale realizzata ma anche la tipologia di clienti, i paesi dove opera, l'area geografica dei prodotti, i servizi forniti, tenendo in considerazione la durata e il volume delle operazioni.

I rappresentanti della pubblica accusa spagnola riconoscono come non debba ritenersi automaticamente inefficace un Modello solo per il fatto della realizzazione di un reato nel seno della società; i Modelli organizzativi, infatti, non potranno avere una

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

¹⁹ Circular 1/2016, op. cit, 43: «Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos».

²⁰ Sinonimo utilizzato dalla Procura Generale per definire i Modelli organizzativi e di gestione.

efficacia assoluta, escludendo qualsiasi forma di presunzione di colpevolezza *iuris tantum* in caso di consumazione di un reato all'interno della persona giuridica.

Un altro requisito fondamentale dei citati Modelli viene identificato al punto 2° del comma 5, art. 31 *bis* c.p. spagnolo.

Infatti, i protocolli specifici riguardanti l'identificazione del processo di formazione della volontà della persona giuridica dovranno garantire alti standard etici (il *codigo etico* è considerato dalla Procura generale un elemento essenziale dei Modelli di organizzazione e gestione) e, specificatamente, prevedere norme chiare riguardanti la contrattazione del personale della società, nonché chiarire il sistema di deleghe interne, le nomine degli amministratori e rispettare la normativa settoriale²¹.

Risulta imprescindibile, al fine di garantire il corretto funzionamento dei Modelli e dell'organismo interno di controllo, la creazione del cd. sistema di «whistleblowing».

Questo tema merita una breve precisazione.

In Spagna, attualmente, non esiste una specifica legge regolatrice dei sistemi di denuncia interni. Tuttavia, nel corso degli anni l'Agenzia spagnola Protezione Dati si è espressa in materia dietro sollecitazione di alcune imprese particolarmente preoccupate dal suddetto tema.

Il gabinetto giuridico della Agenzia nell'anno 2007 ha pubblicato²² un documento, privo di forza vincolante, intitolato «Creazione di un sistema interno di denuncia nell'impresa» in cui vengono elencati i punti salienti che un sistema di *whistleblowing* dovrà garantire al fine di non violare i diritti sanciti dalla legge sulla protezione dei dati personali (*Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal*).

Tra le varie indicazioni riportate riteniamo meritevole riportarne alcune: Il sistema di denuncia interna dovrà permettere di denunciare tutto il personale della società, il procedimento dovrà essere elettronico o presenziale, i dipendenti dovranno essere informati della esistenza e del funzionamento, bisognerà prevedere specifici sistemi di protezione del *whistleblower*, ecc.

Ad oggi, tuttavia, l'unica obbligazione diretta che ricade sulle imprese in caso di creazione di un sistema di denuncia interno consiste nella notificazione e registro di questo canale all'Agenzia spagnola Protezione Dati.

Altro elemento sostanziale di un corretto, idoneo e adeguato Modello organizzativo è rappresentato da uno specifico sistema sanzionatorio²³.

Anche in Spagna, la verifica periodica dei modelli rappresenta un elemento fondamentale degli stessi; inoltre, come indicato nella Circolare della Procura Generale, i Modelli di organizzazione e gestione dovranno essere verificati costantemente e rivisti ogni qual volta il *risk assessment* possa cambiare o quando una situazione concreta possa modificare l'organizzazione dell'impresa (modifiche normative, cambio di attività sociale, ecc.).

Dal punto di vista pratico, si sta assistendo alla redazione di Modelli di organizzazione e gestione spagnoli che, soprattutto dal punto di vista formale e strutturale, presentano fortissime somiglianze con quelli italiani.

Tuttavia, la mancata inclusione delle associazioni di categoria, come previsto dall'art. 6, comma 3, d.lgs. 231/2001, nell'attività di ricerca e di sviluppo di linee guida, unito al forte «segretismo» tra operatori del settore, sta diffondendo una forte

²¹ *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, op. cit.*, 44.

²² *www.agpd.es*.

²³ Spesso vengono richiamate le sanzioni applicabili dal Contratto Collettivo del settore dell'impresa.

incertezza nel contesto giuridico spagnolo a riguardo dei contenuti dei citati modelli, limitando marcatamente, in nostra opinione, la diffusione e la crescita della materia.

7. Art. 31 *ter*

Conformemente a quanto previsto dall'art. 8, d.lgs. 231/2001, la persona giuridica risponderà del reato commesso dai soggetti indicati nell'art. 31 *bis*, comma 1, anche nel caso in cui l'autore materiale non sia sta individuato. Ugualmente, la responsabilità penale della persona giuridica non sarà esclusa quando gli autori materiali siano deceduti o in caso di contumacia degli stessi; le circostanze attenuanti o aggravanti dell'autore materiale non escluderanno né modificheranno la responsabilità penale delle persone giuridiche.

8. Art. 31 *quater*

Il presente articolo elenca una serie di circostanze attenuanti che possono mitigare la responsabilità penale delle persone giuridiche:

- a. Aver proceduto, prima della conoscenza dell'avvio di un procedimento penale nei suoi confronti, alla confessione del reato all'autorità giudiziaria.
- b. Aver collaborato all'indagine del reato fornendo prove, in qualsiasi momento del processo, che fossero nuove e decisive per chiarire la responsabilità penale.
- c. Aver collaborato, in qualsiasi momento del processo e con anteriorità alla fase dibattimentale, a riparare o ridurre il danno causato dal reato.
- d. Aver predisposto, prima dell'inizio del dibattimento, misure idonee per prevenire e scoprire i reati che in futuro si potrebbero commettere attraverso o sotto la copertura della persona giuridica.

In questo caso, possiamo riscontrare una analogia di fondo con l'art. 12, d.lgs. 231/2001, quando questo prevede una riduzione della sanzione pecuniaria nei casi in cui l'ente abbia collaborato, risarcito il danno o predisposto un modello organizzativo.

9. Art. 31 *quinquies*

Il Legislatore spagnolo esclude in quest'ultimo articolo l'applicabilità della presente normativa allo Stato, all'Amministrazione pubblica territoriale e istituzionale, alle organizzazioni internazionali di diritto pubblico e a quelle che esercitano pubblici poteri.

10. Elenco dei reati, delle sanzioni penali e delle misure cautelari applicabili alle persone giuridiche una persona giuridica può commettere in Spagna

La riforma del c.p. spagnolo del 2015 (*Ley Orgánica 1/2015*) introduce ulteriori fattispecie di reato rispetto a quelle già previste dalla riforma del 2010²⁴ (*Ley Orgánica 5/2010*).

²⁴ La *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011* elenca le tipologie di reati a p. 1320, www.fiscal.es.

Attualmente, in Spagna, la persona giuridica può essere chiamata a rispondere per una serie di fattispecie limitate²⁵.

Nonostante le forti coincidenze con l'elenco di reati previsti dagli artt. 24 ss., d.lgs. 231/2001, è di rilevanza assoluta sottolineare l'applicazione alle persona giuridiche in Spagna dei reati di evasione fiscale (*Delitos contra Hacienda Publica y seguridad Social*) e di truffa (*Delito de Estafa*).

Allo stesso modo, la differente configurazione dei reati «contro il mercato» (*Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores*) rispetto ai delitti contro il commercio, *ex art. 25 bis*1, d.lgs. 231/2001 e la diversa configurazione della normativa in materia ambientale (che cambia significativamente in base a ciascuna delle diverse Comunità Autonome²⁶), ci permette di affermare l'impossibilità di un'applicazione *sic et simpliciter* della struttura dei Modelli Organizzativi e di Gestione italiani in Spagna.

Riteniamo opportuno, come spunto finale, sottolineare l'assenza dei reati contro i delitti dei lavoratori *ex art. 311 ss. c.p. spagnolo*, attraverso i quali vengono punite le violazioni più gravi della normativa del lavoro. In questo caso, alle persone giuridiche potranno essere applicate sole le misure previste dall'art. 129 c.p. spagnolo²⁷ e non le sanzioni dell'art. 31 *bis*.

All'art. 33, comma 7, c.p. spagnolo vengono elencate le differenti sanzioni applicabili alla persona giuridica: «*multas por cuotas o proporcional, disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, clausuras de locales y establecimientos de la persona jurídica, Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido, encubierto el delito, Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social e Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores*»²⁸.

A tal riguardo, vanno riportati i problemi di compatibilità sollevati da parte della dottrina spagnola²⁹ tra la finalità rieducativa delle sanzioni penali, *ex art. 25*, comma 2 della Costituzione Spagnola e persona giuridica.

²⁵ *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, op. cit.*, elenca i reati che le presone giuridiche possono commettere in Spagna: «*Tráfico ilegal de órganos humanos art. 156 bis Código Penal (da ora CP), Trata de seres humanos art. 177 bis 7 CP, 18, Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores art. 189 bis CP, Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático art. 197 quinquies CP, Estafas art. 251 bis CP, Frustración de la ejecución art. 258 ter CP, insolvencias punibles art. 261 bis CP, Daños informáticos art. 264 ter CP, Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores art. 288 CP, Blanqueo de capitales art. 302.2 CP, Financiación ilegal de los partidos políticos art. 304 bis. 5 CP, Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social art. 310 bis CP, Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros art. 318 bis 5 CP, Urbanización, construcción o edificación no autorizables art. 319.4 CP, Contra los recursos naturales y el medio ambiente art. 328 CP, Relativos a las radiaciones ionizantes art. 343 CP, Riesgos provocados por explosivos y otros agentes art. 348.3 CP, Contra la salud pública art. 366 CP, Contra la salud pública (tráfico de drogas) art. 369 CP, Falsificación de moneda art. 386.5 bis CP, Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje art. 399 bis CP, Cobecho art 427 bis CP, Tráfico de influencias art. 430 CP, Delitos de odio y enaltecimiento art. 510 bis CP, Financiación del terrorismo art. 576 CP.*

²⁶ La Costituzione spagnola devolve alle differenti Comunità Autonome spagnole forti competenze in materia ambientale *ex art. 143* Costituzione Spagnola.

²⁷ Si prevedono differenti conseguenze accessorie, a titolo di esempio: chiusura momentanea dei locali o dello stabilimento e la sospensione dell'attività sociale.

²⁸ Per un'approfondita disamina rimandiamo al contributo di FARALDO CABANA, *Sanzione pecuniaria di natura amministrativa vs multa penale contro le persone giuridiche. Breve contrasto fra i sistemi spagnolo e italiano*, in questa Rivista, 1/2015.

²⁹ BOLDOVA PASAMAR, *Introducción de la responsabilidad penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Legislación Española*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII, 2013, 7-8.

La regolamentazione dello status processuale della persona giuridica è previsto dalla *Ley Orgánica 37/2011*.

Una delle caratteristiche principali consiste nella possibilità di applicazione di misure cautelari penali alle persone giuridiche.

Sarà, pertanto, applicabile alla persona giuridica l'art. 544 *LeCrim* (c.p.p. spagnolo) che disciplina i presupposti, il procedimento e le classi di misure cautelari.

Va osservato che la *Suspensión de las actividades sociales, la Clausuras de locales y establecimientos de la persona jurídica e la intervención judicial* possono essere adottate dal giudice anche come misure cautelari nei confronti della persona giuridica³⁰.

Le misure cautelari reali applicabili alla Persona Giuridica sono la cauzione o il sequestro, l'annotazione nei Registri immobiliari come segnalato dall'art. 712 LEC (Codice di procedura Civile).

11. La Circolare della Procura Generale spagnola (*Circular General de la Fiscalía del Estado 1/2016*³¹) e le prime due sentenze della Corte di cassazione spagnola (*Tribunal Supremo*) n. 154/2016 e n. 221/2016³²

La recente Circolare della Procura Generale spagnola rappresenta un'importantissima fonte cognitiva che riporta la linea interpretativa della Pubblica Accusa a riguardo dell'art. 31 *bis* ss.

Si tratta di un contributo denso di contenuti che tocca i principali aspetti della normativa presa in esame.

Riporteremo, per essere sintetici, solamente i punti della citata Circolare che riteniamo di maggior importanza: il Modello di responsabilità delle persone giuridiche e l'onere della prova dei Modelli.

La prima questione dogmatica che desideriamo affrontare riguarda la modalità di attribuzione della responsabilità penale delle persone giuridiche e i suoi risvolti pratici riguardanti l'onere della prova.

La dottrina spagnola divide il sistema di attribuzione della responsabilità penale in due modelli contrapposti: il modello di responsabilità oggettiva o per fatto altrui (*betero responsabilidad*) e il modello di auto-responsabilità (*autoresponsabilidad*³³).

³⁰ Artículo 33.7 último párrafo CP: «1) Suspensión de las actividades sociales; 2) Clausura temporal de locales o establecimientos; 3) Intervención judicial.

Medidas cautelares reales: 1) Fianza o embargo subsidiario; 2) Anotación de prohibición de disponer; 3) Resto de las señaladas en el artículo 727 LEC (incluso las innominadas de su párrafo 11)».

³¹ www.fiscal.es.

³² www.icab.es e www.poderjudicial.es.

³³ ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, 140 ss.; dello stesso autore, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Valencia, 2013, 64 ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, 102 ss.; dello stesso autore, *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídica, Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, 69 ss.; ROBLES PLANAS, *Delitos de personas jurídicas?*, InDret, 2-2006, 5 ss.; DIEZ RIPOLLÉS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, InDret, 1-2012, 6; GALÁN MUÑOZ, *La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, (ROMEO CASABONA, FLORES MENDOZA, eds.), 2012, 509 ss.; critico con il modello vicario; SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad*, *Cuadernos de Derecho Judicial* 9, 2002, 126 ss. e GÓMEZ-JARA DIEZ, *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, RECPC 08-05, 1 ss.

La Procura generale spagnola, attraverso la citata circolare, prende nuovamente posizione (in conformità quanto sostenuto dalla precedente circolare 01/2011³⁴) a favore di un sistema di responsabilità per lo più oggettiva o per fatto altrui temperato da alcuni elementi autonomi di responsabilità³⁵.

I rappresentanti della pubblica accusa basano la loro posizione dogmatica sull'analisi letterale dell'art. 31 *bis* il quale prevede che le persone giuridiche «saranno responsabili per i reati commessi dalle persone fisiche». Secondo gli stessi, il fondamento della responsabilità delle persone giuridiche consiste nella realizzazione di un reato da parte di una persona fisica facente parte dell'organizzazione aziendale, unico requisito fondamentale (oltre al beneficio diretto o indiretto) per trasferire la responsabilità penale alla persona giuridica (essendo impossibile prescindere dal fattore umano).

Rebus sic stantibus, affinché non sia considerato un modello di responsabilità oggettiva, la Procura Generale ritiene necessaria, come previsto dall'art. 31 *bis*, l'esistenza di una connessione obiettiva con la persona giuridica (il beneficio diretto ed indiretto) e un legame soggettivo con l'impresa (essere parte dell'organizzazione aziendale come sottoposto o soggetto apicale).

Tuttavia, i rappresentanti della pubblica accusa spagnola si trovano costretti a mitigare la loro posizione, riconoscendo l'esistenza di alcuni ineludibili elementi autonomi di responsabilità delle persone giuridiche riscontrabili negli artt. 31 *ter* e *quater*.

I citati articoli, infatti, non possono essere oggetto di interpretazione differente (*in claris non fit interpretatio*) quando prevedono la responsabilità dell'impresa in caso di mancata identificazione dell'autore del reato e l'impossibilità di trasferire le attenuanti ed aggravanti della persona fisica alla persona giuridica.

12. L'onere della prova per la Procura Generale spagnola

La Procura Generale è ferma nell'affermare l'esistenza di una responsabilità oggettiva (o per fatto altrui) in capo alla persona giuridica in base alla quale questa sarà chiamata a rispondere per il reato commesso da uno dei soggetti *ex art. 31 bis*, comma 1 e quando vi sia stato un beneficio diretto o indiretto da parte della società.

Le conseguenze, come dicevamo, a livello pratico sono notevoli. Tale modalità di attribuzione della responsabilità (per fatto altrui), unita ad una interpretazione letterale dell'art. 31 *bis*, comma 2, giustificherebbe, secondo la Procura Generale, l'inversione dell'onere della prova³⁶ in capo alla persona giuridica previsto dall'art. 31 *bis*, comma 2 (art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001). I rappresentanti della Pubblica Accusa, quindi, riconoscono al Modello Organizzativo e di Gestione il ruolo di puro esimente³⁷, la cui prova ricadrà sempre sul soggetto che ne vuole beneficiare (la persona giuridica).

³⁴ www.fiscal.es.

³⁵ *Circular de la Fiscalía del Estado*, 1/2016, 6: «una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, entre los que podemos destacar los siguientes».

³⁶ Nel prossimo capitolo analizzeremo la posizione della Corte di cassazione spagnola che si situa in una posizione diametralmente opposta rispetto alla Procura Generale sostenendo l'esistenza di una responsabilità autonoma della Persona Giuridica, riscontrabile nella mancanza organizzativa che ha permesso la commissione del reato.

³⁷ L'art. 19 ss. c.p. spagnolo indicano l'elenco delle circostanze esimenti.

13. La posizione dei giudici di legittimità spagnoli

È interessante, ai fini di un'analisi sistematica della responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna, analizzare le prime due sentenze della Corte di cassazione spagnola che, anche dal punto di vista temporale, seguono la Circolare della Procura Generale del 22 gennaio 2016.

Le recenti sentenze della Corte di cassazione spagnola (STS 154/2016³⁸, STS 221/2016³⁹) risalgono, infatti, al 29 febbraio e 15 marzo e si sono espresse, mediante *obiter dicta*, in merito all'onere della prova dei Modelli organizzativi e di Gestione, affermando che grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza del reato dell'ente.

Più in generale la presa di posizione dei giudici di legittimità spagnola è, in alcuni punti, in forte contrasto con la interpretazione realizzata dalla Circolare della Procura generale.

Gli antecedenti, in questo caso sono importanti.

La sentenza n. 514/2015 della Corte di cassazione, giudice relatore José Manuel Maza Martín, pur non entrando nel merito della responsabilità penale delle persone giuridiche, aveva chiaramente affermato la necessità di basare qualsiasi pronunciamento di condanna della persona giuridica «*sui principi irrinunciabili che fondano il diritto penale*⁴⁰», indipendentemente dal modello di responsabilità scelto (autonoma o oggettiva/per fatto altrui).

Quando sopra citato, infatti, viene ripreso nella sentenza n. 154/2016 e utilizzato come motivo giustificante del lungo *excursus* sulla responsabilità penale delle persone giuridiche negli *obiter dicta* di questa sentenza.

La posizione dei giudici di legittimità spagnoli, nella sentenza n. 154/2016, fondamento giuridico ottavo, è netta e propende totalmente per un sistema di autoresponsabilità delle persone giuridiche, l'unico sistema che possa trovare giustificazione nei principi fondamentali del diritto penale spagnolo⁴¹.

La corretta interpretazione della Corte di cassazione spagnola parte da una prima considerazione: la commissione di un reato da parte di una persona fisica all'interno dell'organizzazione aziendale rappresenta il presupposto e non il fondamento della responsabilità penale delle persone giuridiche come sostenuto, invece, dalla Procura generale spagnola.

Questa posizione, sicuramente, risulta essere maggiormente conforme con i principi del diritto penale spagnolo che non contempla forme di responsabilità oggettive. Altrettanto coerente e giustificato risulta l'intervento chiarificatore della Corte di cassazione vista la sua funzione normofilattica all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo.

Gli argomenti a favore della autoresponsabilità delle persone giuridiche sono consistenti e fondati: se la commissione di un reato da parte di una persona fisica fosse il fondamento giuridico della responsabilità di una persona giuridica risulterebbe quasi impossibile attribuire la responsabilità penale all'ente in caso di mancata

³⁸ www.s03.s3c.es.

³⁹ www.poderjudicial.es.

⁴⁰ STS núm. 514/15, de 2 de septiembre de 2015.

⁴¹ Anche la migliore dottrina spagnola propende per questa tesi: GOMEZ e JARA DIEZ, *La culpabilidad de la empresa*, in *Ediciones jurídica y sociales*, 2005 e BAJO FERNANDEZ e FEJOO SANCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016.

individuazione del autore materiale del reato (cosa, per altro, abbastanza frequente nelle imprese con una organizzazione interna molto estesa). Allo stesso modo, risulterebbe difficile giustificare che le circostanze modificative della responsabilità penale di una persona fisica (attenuanti e aggravati) non possano essere trasferite alla persona giuridica.

Queste considerazioni portano la Corte a ritenere che il fondamento del rimprovero penale adducibile a una persona giuridica debba essere sempre riscontrato nell'assenza all'interno della sua organizzazione aziendale di efficaci e idonee misure di prevenzione e controllo dei reati: la più volte menzionata «*cultura del cumplimiento*».

Le conseguenze dal punto di vista pratico di questa posizione dogmatica (autoresponsabilità) portano inevitabilmente, secondo i giudici di legittimità, a una riconsiderazione dell'onere della prova rispetto all'interpretazione data dalla Procura generale.

Infatti, in opinione della Corte, sarà sempre a carico della pubblica accusa la prova dell'elemento tipico della colpevolezza delle persone giuridiche (misure idonee per prevenire la commissione di reati all'interno della impresa), rispettando così i principi costituzionali d'innocenza e di colpevolezza dell'art. 24.2 della Costituzione Spagnola.

Più precisamente la sent. 154/2016 riconosce che: «nella pratica sarà la persona giuridica a fondare la sua difesa sull'accreditamento della esistenza di Modelli organizzativi adeguati ed efficaci espressione di una vera *cultura del cumplimiento*, tuttavia non si può sostenere» prosegue la Corte «che questo accreditamento processuale pesi come obbligazione ineludibile sopra la persona giuridica». Così come succede nei confronti delle persone fisiche, anche nei confronti delle persone giuridiche l'accusa pubblica sarà obbligata ad accreditare la responsabilità penale delle persone giuridiche.

In definitiva, i giudici di legittimità concludono sostenendo che l'onere della prova dell'assenza della «*cultura del cumplimiento*» e dell'adozione di misure idonee per prevenire i reati previsti dal c.p. ricada sempre sulla pubblica accusa.

Ancora più interessante risulta l'analisi della sentenza n. 221/2016 che si adegua all'interpretazione sostenuta dalla sentenza n. 154/2016, sostenendo che la responsabilità penale degli enti collettivi non deriva dal semplice accreditamento di un reato nei confronti di una persona fisica appartenente all'organizzazione aziendale (con beneficio diretto o indiretto della stessa). I giudici di legittimità richiedono al pubblico ministero lo stesso «sforzo probatorio» che si mette in atto nei confronti delle persone fisiche.

È proprio in seguito a questa corrispondenza totale tra diritti sostanziali e processuali tra persone fisiche e giuridiche che il giudice relatore Marchena Gómez cassa e annulla la sentenza della Corte appello per non avere rispettato i diritti e le garanzie processuali della persona giuridica in questione.

In Spagna, come brevemente esposto è in corso un acceso dibattito tra le due posizioni dogmatiche che da una parte vede i giudici di legittimità spagnoli sostenere l'esistenza di una responsabilità autonoma degli enti (tra l'altro nuovamente confermata dalla sentenza 2616/2016 datata 15 giugno 2016⁴²) e quella della Procura

⁴² www.poderjudicial.es. La presente sentenza è stata oggetto di chiarificazione attraverso l'ordinanza del 28 giugno 2016 in www.poderjudicial.es, con cui si sostituisce il termine responsabilità vicaria con responsabilità individuale, in riferimento al fatto che il legislatore abbia scelto un sistema autonomo individuale di responsabilità delle persone giuridiche.

Generale che propende per un sistema di responsabilità per lo più oggettiva o per fatto altrui.

L'interpretazione dei giudici di legittimità è condivisibile e rappresenta una conseguenza inevitabile della scelta di campo effettuata dal Legislatore spagnolo che ha introdotto nell'ordinamento giuridico, appunto, una responsabilità di natura puramente penale nei confronti degli enti collettivi.

L'applicazione corretta dei principi costituzionali d'innocenza e di colpevolezza, ex art. 24.2 della Costituzione Spagnola, impediscono qualsiasi presunzione di colpevolezza *iuris tantum* tanto nei confronti delle persone fisiche quanto nei confronti delle persone giuridiche.

Allo stesso modo, la mancata valorizzazione in Spagna della teoria della immedesimazione organica, in forza della quale l'ente risponde per fatto proprio in caso di reato commesso da un soggetto apicale, limita e impedisce attualmente, in nostra opinione, l'inversione dell'onere della prova nei confronti delle persone giuridiche.

A ragion del vero, è comprensibile e in un certo senso condivisibile la posizione di parte della dottrina⁴³ che ritiene eccessivamente garantista la posizione della Corte di cassazione nei confronti dei reati commessi dai soggetti apicali, che attribuisce alla pubblica accusa la *probatio diabolica* non solo dell'assenza di una organizzazione difettosa, ma anche di tutti i requisiti dell'art. 31 *bis*, comma 2.

Non risulta, tuttavia, condivisibile la posizione della Procura Generale che propende per un modello di responsabilità oggettiva o per trasferimento (propria del modello statunitense⁴⁴) in quanto la prova dell'esistenza di una cultura del rispetto della legalità (requisiti dell'art. 31 *bis*, comma 2) da parte della persona giuridica non potrebbe avere alcun effetto esimente ma semmai attenuante della sua responsabilità.

Per ultimo, ci permettiamo di condividere una posizione in un certo senso riconciliatrice delle due posizioni dogmatiche.

Da un lato, parte della dottrina⁴⁵ ha riconosciuto come la mancanza della «*cultura del cumplimiento*» non sia stata individuata dal c.p. spagnolo come un elemento tipico della responsabilità penale degli enti collettivi, dall'altro, addossare l'onere della prova completamente a carico della persona giuridica rappresenterebbe una violazione abbastanza palese dei principi del diritto penale e costituzionali spagnoli, creando di fatto un modello eccezionale e gravoso di onere della prova per le persone giuridiche.

La soluzione pacificatrice potrebbe essere quella di attribuire all'accusa la prova dell'inidoneità del Modello organizzativo e di gestione (ovvero i requisiti dell'art. 31 *bis*, comma 5) rispetto allo specifico e concreto reato che si contesta alla persone giuridiche e addossare alla difesa la prova dell'esistenza all'interno dell'impresa di una vera cultura etica del rispetto della legge (ovvero i requisiti dell'art. 31 *bis*, comma 2).

⁴³ GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero*, ponente José Manuel Maza Martín, Diario La Ley, No 8747, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2016, 5.

⁴⁴ GÓMEZ e JARA DIEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en EE. UU.*, Editorial Universitaria ramon Areces, 2006.

⁴⁵ GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero*, ponente José Manuel Maza Martín, Diario La Ley, No 8747, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2016, 4.

14. L'Organismo di Vigilanza (*el Órgano de Cumplimiento/Organismo de Supervisión*⁴⁶)

Ultimo argomento trattato dal presente contributo riguarda, appunto, utilizzando i termini indicati nell'art. 31 *bis*, comma 2, «*l'organo interno della persona giuridica con poteri autonomi di iniziativa e controllo*».

Prima di effettuare un'analisi di questa figura, riteniamo doveroso realizzare un breve approfondimento sul sistema di governance delle società spagnole per meglio comprendere il contesto giuridico in cui s'inserisce la riforma della *Ley Orgánica 1/2015* che modifica l'art. 31 *bis* c.p. spagnolo.

La struttura interna delle società di capitali e società quotate spagnole (*Sociedades Anónimas e Sociedades cotizadas*), infatti, è improntata a un modello monistico di *governance* in cui le funzioni sociali sono ripartite tra l'assemblea dei soci (*junta general*) e organo di amministrazione (*órgano de administración*).

La normativa regolatrice del settore (*Ley sociedades de Capitales e Código del Comercio*) non contempla la figura di un organo terzo e indipendente quale il Collegio Sindacale italiano, a cui destinare le funzioni di controllo e supervisione del *management* aziendale.

Solo nelle società quotate spagnole, l'art. 529 *bis* LSC, obbliga il consiglio di amministrazione a creare una commissione interna di *auditing* a cui delegare i compiti di supervisione del sistema di controllo interno e dei sistemi di gestione dei rischi.

Il sistema di *governance* spagnolo presenta, quindi, una forte concentrazione di poteri nel Consiglio di Amministrazione e l'assenza di un controllo terzo ed esterno (Collegio Sindacale italiano) sull'operato del *management* aziendale.

Le funzioni di controllo e supervisione di legittimità interna vengono delegate alla commissione di *auditing*, composta principalmente dagli amministratori del Consiglio di Amministrazione.

La recente riforma, chiaramente ispirata al d.lgs 231/2001 e alla esperienza italiana di *corporate governance*, si trova ad affrontare, a nostro avviso, un tessuto societario refrattario e, in un certo modo, impermeabile alla creazione di organi di controllo interni alla società.

Ad oggi, l'unica fonte cognitiva che prende in esame la figura dell'*Órgano di Cumplimiento* è la Circolare 1/2016 della Procura Generale spagnola.

La pubblica accusa spagnola è ferma nel ritenere che la supervisione e vigilanza del Modello di organizzazione e gestione adottato dalla società debba essere affidata ad un organismo creato *ad hoc* dalla persona giuridica salvo nei casi in cui la normativa settoriale preveda già una figura simile⁴⁷.

⁴⁶ Utilizzeremo una delle definizioni offerte nella *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, op. cit.*, pur non condividendo tale *nomen juris* riteniamo maggiormente conforme al dettato normativo la definizione «Organismo de Supervisión».

⁴⁷ Ad esempio l'art. 193, 2 a) del *Real Decreto Legislativo 4/2015* che disciplina la normativa riguardante le società di servizi d'investimento e l'art. 2 e 26, comma 1 della *Ley Orgánica 10/2010* che regola il reato di riciclaggio di denaro impongono già la creazione di una unità o dipartimento interno con funzioni di controllo e gestione.

Ricordiamo, infatti, come il comma 2, art. 31 *bis*, permetta di attribuire i compiti di supervisione e vigilanza a un organo già esistente all'interno della persona giuridica⁴⁸.

Da punto di vista pratico, la Circolare della Procura Generale al punto 5.4 indica che l'*Órgano de Cumplimiento* potrà avere una composizione monocratica o collegiale in funzione alle dimensioni e alla realtà aziendale.

È interessante constatare a livello comparato come i requisiti che il suddetto organo dovrà possedere corrispondono, secondo la pubblica accusa spagnola, in gran parte con le caratteristiche che la giurisprudenza italiana attribuisce al Organismo di Vigilanza⁴⁹.

Il citato organismo dovrà essere composto da membri dotati di una conoscenza professionale sufficiente per svolgere le funzioni richieste (professionalità), possedere mezzi tecnici adeguati e avere libero accesso ai processi interni della società (autonomia). L'*Órgano de Cumplimiento* dovrà essere necessariamente interno alla persona giuridica per facilitare il contatto giornaliero con il funzionamento dell'impresa (continuità d'azione).

La Procura Generale spagnola, a riguardo del requisito della «continuità d'azione», specifica come il citato organo possa avvalersi di «organi o unità» interne che già realizzino funzioni di supervisione e vigilanza destinando all'*Órgano de Cumplimiento* il compito essenziale del funzionamento generale del Modello organizzativo⁵⁰.

La pubblica accusa si mostra favorevole nei confronti delle aziende di dimensione notevoli di ricorrere alla contrattazione esterne di consulenti che aiutino il citato organo nella formazione dei dipendenti e dirigenti o che gestiscano il canale di segnalazione interno.

Al fine di garantire la massima indipendenza ed autonomia i rappresentanti dei pubblici ministeri spagnolo sollecitano la previsione di meccanismi interni al fine di garantire un'adeguata gestione dei possibili conflitti d'interesse che potrebbero crearsi nel seno del citato organo.

Pur riconoscendo la mancanza di contenuto in relazione alle funzioni dell'*Órgano de Cumplimiento*, la Procura Generale ritiene che esso debba occuparsi della elaborazione dei Modelli, della gestione dei rischi e creare appropriati sistemi di controllo al fine di verificare, almeno, il rispetto dei requisiti del comma 5, art. 31 *bis*.

Infine, risultano interessanti le considerazioni riguardanti la responsabilità penale delle persone giuridiche. Infatti, la pubblica accusa spagnola considera come possibile un'imputazione penale del citato organo in caso di omissione grave dei doveri di controllo, riconoscendo ai componenti dell'*Órgano de Cumplimiento* una figura di garante simile ai soggetti direttivi della società.

Molte considerazioni possono essere fatte su quanto esposto nella Circolare della Procura Generale.

È fondamentale, a nostro avviso, per comprendere correttamente il sistema spagnolo di responsabilità penale delle persone giuridiche e le prossime evoluzioni

⁴⁸ Anche in questo caso sembra possibile un collegamento con l'art. 4 *bis*, d.lgs 231/2001 che permette agli enti di attribuire le funzioni dell'O.d.V. al Collegio Sindacale.

⁴⁹ Professionalità, onorabilità, continuità d'azione, indipendenza, autonomia.

⁵⁰ Riconoscendo in qualche modo all'Organismo di Vigilanza la funzione di controllo di terzo livello, come già sottolineato dalla migliore dottrina italiana: BOSSI e BORTOLOTTO, *Vigilanza e controllo: i ruoli dell'Organismo di Vigilanza e dell'Internal Auditing*, in questa *Rivista*, 1/2013, 110 e SIMONINI, *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in questa *Rivista*, 1/2016, 101.

future la precisazione fatta all'inizio di questo paragrafo. Il sistema di governo corporativo spagnolo non contempla la figura di un organo terzo ed indipendente a cui affidare il controllo del *management* della società, pertanto questa fondamentale differenza culturale ci permette di comprendere le difficoltà concettuali degli operatori del diritto spagnoli nell'individuare la figura dell'*Organismo de Cumplimiento* proveniente dalla esperienza italiana.

Ciò che emerge da un'attenta analisi della prassi quotidiana è una certa confusione concettuale tra la figura del *Compliance Officer* e le funzioni attribuite *ex lege* all'*Organismo de Cumplimiento* che la migliore dottrina italiana ha già saputo differenziare⁵¹. Nella circolare della procura generale infatti vengono utilizzati i termini di «*Oficial de Cumplimiento*» (*compliance officer*) e «*Órgano de Cumplimiento*» (*Organismo di Vigilanza*) come sinonimi, denotando una certa (comprensibile) difficoltà concettuale nel separare le due differenti tipologie di soggetti. Il sistema *governance* corporativo spagnolo, improntato a un modello monistico di governo, sembra refrattario (per mancata consapevolezza) alla figura italiana dell'*Organismo di Vigilanza*, conformandosi maggiormente a una visione della *compliance* appartenente al sistema statunitense.

Tuttavia, gli ultimi spunti interpretativi offerti dalla Circolare della Procura Generale sembrano propendere per il modello italiano di *Organismo di Vigilanza* quando afferma la necessità di creare un organo *ad hoc* all'interno della società ed enumera i requisiti che questo organo dovrà garantire (professionalità, autonomia, indipendenza e continuità d'azione).

Questa «confusione concettuale» è dovuta in parte anche all'incertezza delle funzioni e dei compiti da attribuire al citato organo.

Spesso si assiste all'errore di attribuire all'*Órgano de Cumplimiento* compiti e funzioni eccessive che portano il citato organo a essere considerato (erroneamente a nostro avviso) come il garante del rispetto della normativa all'interno della impresa.

Questa ultima considerazione si riverbera inevitabilmente sulla possibile responsabilità penale dei membri dell'organo che, come abbiamo detto precedentemente, viene contemplata dalla Pubblica accusa spagnola.

15. Conclusioni

Senza ombra di dubbio, il sistema spagnolo di responsabilità penale delle persone giuridiche offre fortissimi spunti di comparazione con il modello italiano, dimostrando una volta in più⁵² la forza attrattiva a livello internazionale del d.lgs. 231/2001⁵³.

I due modelli coincidono tanto formalmente quanto sostanzialmente (Modelli organizzativi e *Órgano de Cumplimiento/Organismo de Supervisión*).

Un aspetto particolare dell'esperienza spagnola concerne la natura puramente penale della responsabilità delle persone giuridiche.

⁵¹ COLONNA, *I rapporti tra Compliance Officer e Organismo di Vigilanza*, in questa *Rivista*, 1/2008, 115 ss. e MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa *Rivista*, 4/2015.

⁵² GANDINI, *La circolazione del Modello 231: la responsabilità da reato delle persone giuridiche in Cile*, in questa *Rivista*, 4/2011.

⁵³ Come già evidenziato da MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa *Rivista*, 4/2015.

La decisione del Legislatore spagnolo di confinare la responsabilità degli enti collettivi all'interno del perimetro penale sta generando un forte scontro dogmatico tra la Corte di cassazione spagnola (autoresponsabilità) e la Procura Generale spagnola (responsabilità oggettiva o per fatto altrui).

L'interpretazione dei giudici di legittimità spagnoli sembra essere più conforme ed adeguata ai principi costituzionali e penali dell'ordinamento spagnolo.

Tuttavia, l'applicazione rigida del principio di autoresponsabilità⁵⁴ alle persone giuridiche porta a conseguenze notevoli in tema di onere della prova. L'attribuzione alla pubblica accusa della prova della colpevolezza della persona giuridica (colpa organizzativa) comporta uno sforzo probatorio che in alcuni casi (reati commessi dai soggetti apicali) può essere considerato eccessivo o «diabolico». Allo stesso modo, il mancato riferimento alla teoria dell'immedesimazione organica in contesto spagnolo impedisce la «copertura dogmatica⁵⁵» che invece questa dottrina garantisce nell'ordinamento giuridico italiano, giustificando l'inversione dell'onere della prova *ex art. 6, comma 1, d.lgs. 231/2001* a carico degli enti.

Ulteriori problemi interpretativi emergono con riferimento all'*Organismo de Cumplimiento/Organismo de Supervisión* (o Organismo di Vigilanza) previsto all'articolo 31 *bis*, comma 2, lettera *b*) del codice penale spagnolo.

La diversa struttura delle società spagnole, improntata sul modello monistico di *governance*, crea grossi problemi concettuali e culturali agli operatori giuridici del settore che impediscono, in questo momento storico, una piena e corretta comprensione della figura dell'*Organismo de Cumplimiento/Organismo de Supervisión* e delle sue sostanziali differenze con la figura del *Compliance Officer*.

La conseguenza pratica più interessante delle forti coincidenze normative tra i due ordinamenti riguarda la possibilità di adattamento parziale dei Modelli organizzativi italiani al contesto spagnolo (escludendo ovviamente qualsiasi applicazione *sic et simpliciter* della struttura e del contenuto dei Modelli organizzativi di matrice italiana).

Infatti, le multinazionali italiane operanti in Spagna, che da diversi anni applicano i Modelli organizzativi in Italia, potrebbero, a seguito di un giusto adeguamento alla normativa spagnola, applicare alle proprie filiali modelli organizzativi provenienti dall'esperienza italiana.

⁵⁴ Posizione recentemente confermata dalla Sentenza 516/2016: www.poderjudicial.es e successiva ratifica: www.poderjudicial.es.

⁵⁵ Dottrina favorevole: ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Peter Lang, Frankfurt a.M.-Bern-New York, 1984, 217 ss. e in part. 231; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, 194 ss.; BAUMANN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht*, AT, 10. Aufl., Gieseking, Bielefeld, 1995, 388, n. marg. 27; HAEUSERMANN, *Der Verband*, cit., 151 ss.; HETZER, *Verbandsstrafe: Dogma oder Defizit*, in ZFIS, 1999, 226 ss.; SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Brühlscher Verlag, Gießen, 1993, 197 ss. e in part. 209 s.), TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 625; ID., *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, in *Rev. bras. ciênc. pen.*, 1995, 29; ID., *La Criminalisation du Comportement Collectif (Rapport général)*, in DE DOELDER e TIEDEMANN (*prép. par.*), *La Criminalisation du Comportement Collectif*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, 22; ID., *Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado*, in GÓMEZ COLOMER e GONZÁLEZ CUSAC (coords.), *La reforma de la Justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. K. Tiedemann)*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, 36; ID., *Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas*, in ID., *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Grijley, Lima, 2007, 102. L'imputazione è un meccanismo giuridico che presuppone una «vicenda a due soggetti», un rapporto di alterità tra organo ed ente, mentre qui, per definizione, ci troviamo di fronte a un *unico soggetto*, la persona giuridica, con la quale, per l'appunto, la persona fisica finisce per identificarsi. Naturalmente, questo non è molto importante poiché, in un modo o nell'altro, si giunge a considerare come (fatto e come) colpevolezza della persona giuridica (il fatto e) la colpevolezza dell'autore individuale.

Ciò permetterebbe di replicare nelle filiali spagnole non solo le procedure interne dirette alla prevenzione di reati già applicati dalla capogruppo in territorio italiano ma anche il sistema di organizzazione e controllo integrato operativo nella *holding* stessa.

Particolarmente interessante, inoltre, sembra la possibilità di creare un positivo scambio di flussi informativi tra l'Organismo di Vigilanza della capogruppo italiana e l'*Órgano de Cumplimiento/Organismo de Supervisión* spagnolo al fine di creare una sinergia virtuosa⁵⁶ indirizzata al miglioramento del sistema di controllo integrato del gruppo. In quest'ottica, riteniamo opportuna la partecipazione come consulente esterno dell'*Organismo de Cumplimiento/Organismo de Supervisión* dell'*internal auditing* (o figure affini) della capogruppo al fine di trasmettere il *know how* e l'esperienza sviluppata dalla *Holding*.

Per concludere il nostro intervento, la recente riforma del c.p. spagnolo deve essere letta, soprattutto all'interno di un gruppo multinazionale con interessi in Spagna, non solo come un onere imprescindibile per assicurare l'esclusione di responsabilità penale della controllata spagnola (e in alcuni casi della stessa *Holding*⁵⁷) ma anche come un'utile occasione per realizzare un reale miglioramento organizzativo e gestionale del gruppo, come da tempo la migliore dottrina italiana ha saputo rilevare⁵⁸.

⁵⁶ È d'obbligo richiamare in questo caso il contributo di LEGIS, *L'Organismo di Vigilanza nei gruppi di società*, in questa *Rivista*, 2/2006, 45 ss.

⁵⁷ La *Audencia Nacional* spagnola ha recentemente richiesto l'imputazione della società tedesca Volkswagen AG www.elmundo.es.

⁵⁸ GHINI e FRUSCIONE, *Cambiare l'impresa attraverso il percorso 231: il miglioramento organizzativo con il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo*, in questa *Rivista*, 3/2014, 329 ss.

