

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

ADESSO DAVVERO *HISPANICA SOCIETAS DELINQUERE POTEST*^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo: evoluzione dottrinale e precedenti legislativi. – 3. Principali modelli di responsabilità penale della persona giuridica nel diritto comparato. – 4. La disciplina della responsabilità delle persone giuridiche alla luce della LO 5/2010. - 4.1. Il modello di imputazione. - 4.2. Le pene e la loro distinzione. - 4.3. Rilevanza dell'esistenza e dell'effettiva operatività del modello organizzativo volto alla riduzione del rischio penale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Ley Organica n. 5, del 22 giugno 2010, entrata in vigore il 23 dicembre del 2010, introduce nel diritto penale spagnolo molteplici novità che riguardano direttamente quasi un quinto delle norme del Codice Penale. Alcune di queste novità, come ad esempio l'introduzione della fattispecie che sanziona il traffico di organi, non scivola da una certa suggestione espressiva, avranno presumibilmente poca o nessuna ricaduta pratica¹.

Altre, come la riduzione della pena nelle ipotesi di minor gravità relative al delitto di traffico di droga, malgrado il loro scarso interesse concettuale, avranno numerose e rilevanti conseguenze². Per quanto attiene alle altre no-

* Durante l'iter legislativo della Ley Organica 5/2010, l'autore ha lavorato come consulente del Ministro di Giustizia Spagnolo. Le opinioni espresse in questo saggio sono di esclusiva pertinenza dell'autore e non costituiscono espressione di posizioni ufficiali assunte del Ministero di Giustizia.

Traduzione dallo spagnolo a cura della dott. ssa Cecilia Valbonesi.

¹ In proposito, v. FELIP SABORIT, David "El tráfico de órganos", in ORTIZ URBINA (coordinatore), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Organica 5/2010*. Francis Lefebvre, Madrid 2010, p. 41-49.

² Il giorno stesso dell'entrata in vigore della LO 5/2010 sono stati messi in libertà 450 soggetti detenuti per questi delitti. Sebbene il Governo non abbia mai offerto alcuna stima certa (sembra incredibile, ma le informazioni sulla popolazione penitenziaria delle quali dispone il Ministero di Giustizia Spagnolo, non includono il numero dei soggetti sottoposti a pena detentiva per ciascun delitto commesso) sembra ragionevole prevedere che beneficavano delle novità normative almeno 1000 detenuti dei 75. 032 che si trovavano in carcere la settimana di

vità, si spera che il loro indubitabile interesse dogmatico-concettuale, si accompagni ad altrettanto importanti effetti pratici. Fra esse, assume peculiare importanza l'introduzione, nell'ordinamento spagnolo, della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Il rilievo di siffatta novità legislativa, non deve tuttavia farci dimenticare che nel Diritto Penale spagnolo esistevano già alcuni precedenti in tal senso (concretamente, tre, come vedremo in seguito). Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno ritenuto che nessuna delle discipline previgenti fosse idonea a fondare una responsabilità penale in senso stretto, ovvero una responsabilità penale cui conseguisse l'applicazione di una pena vera e propria (e non una misura di sicurezza, né tanto meno una sanzione fra quelle che il legislatore del 1995 chiamò in modo agnostico "conseguenze accessorie"). Dal punto di vista pratico, naturalmente, non si può negare che alcune di queste disposizioni previgenti abbiano avuto un qualche successo. Ma in realtà, se le misuriamo con il parametro degli effetti che hanno realmente prodotto, dobbiamo affermare che hanno sonoramente fallito.

La LO 5/2010 muta la situazione ed introduce una vera e propria responsabilità penale in capo alle persone giuridiche, stabilendo in modo tassativo le fattispecie delittuose in ordine alle quali le società possono essere chiamate a rispondere, i presupposti di base e le conseguenze applicabili in caso venga riconosciuta la responsabilità (che per la prima volta nella storia del nostro diritto penale, sono chiamate "pene"). Uno sguardo rapido alla nuova disciplina offre un siffatto panorama:

- L'imputazione del delitto alla persona giuridica esige la sussistenza di un delitto commesso da una persona fisica a vantaggio o per conto dell'ente (quello che la dottrina chiama il "fatto presupposto")³.
- Il delitto deve essere commesso da un amministratore o da un rappresentante della persona giuridica (a) o da un soggetto sottoposto alla sua autorità, il quale ha potuto commettere il delitto in ragione di uno scarso controllo esercitato nei suoi confronti (b)⁴.
- Le persone giuridiche rispondono solamente per un numero limitato di fattispecie delittuose (sistema del *numerus clausus*)⁵.

entrata in vigore della norma (<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=s&asem=2010&msem=12&dsem=27&ts=GENE>).

³ Art. 31 bis. 1. In proposito, v. diffusamente *infra*, cap. IV. 1

⁴ *Id.*

⁵ In proposito v. la tabella Allegato 1. Un breve commento circa l'inclusione di alcune fattispecie e l'esclusione di altre: sembra che si cerchi prima di tutto di rendere responsabile la

- La pena base è la multa. Le altre pene comminate (lo scioglimento dell'impresa e le varie misure interdittive) non sono obbligatorie e sono soggette a criteri tassativi di irrogazione⁶.

Senza dubbio, dunque, da oggi la Spagna si unisce la sempre maggior numero di ordinamenti il cui Diritto Penale disciplina la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Problema diverso sono le conseguenze pratiche di questa disciplina, sulle quali, al momento, si possono avanzare solo delle ipotesi. Questi interrogativi, tuttavia, non brancolano nel buio. Al contrario, la ricerca può e deve essere condotta attraverso l'analisi degli aspetti principali della nuova disciplina dalla quale possono individuarsi alcuni punti deboli che interessano il suo regime applicativo. A questo riguardo, ed in ragione probabilmente delle scelte di fondo che hanno presidiato l'emanazione della LO 5/2010, la disciplina spagnola presenta alcune peculiarità importanti che potranno costituire un freno al suo sviluppo⁷.

persona giuridica per delitti di natura economica (truffa, appropriazione indebita, corruzione privata, ecc) e di altri nei quali è frequente l'incidenza del crimine organizzato (tratta di persone, traffico di organi, riciclaggio di capitali, ecc).

⁶ Art. 66 bis. V *infra* cap. IV 2.

⁷ Il testo definitivo ha iniziato il suo iter come Progetto preliminare (Anteproyecto) nel 2007. Dopo la sua conversione in Progetto di legge (Proyecto), fu inviato dal Governo al Parlamento dove il suo corso fu interrotto dall'indizione delle elezioni politiche. Dopo le elezioni e con un nuovo Ministro di Giustizia, nel 2008 fu intrapreso nuovamente l'iter governativo, prolungato dall'ulteriore cambio del Ministro di Giustizia. I lavori sono ripresi con un nuovo Disegno di Legge, basato sui lavori precedenti, che fu oggetto di successivi pareri da parte del Consejo General del Poder Judicial (in materia penale il suo parere è obbligatorio, sebbene non vincolante) e del Consejo Fiscal (un parere non obbligatorio né vincolante, ma che si ritenne necessario data l'ampiezza della riforma) e del Consiglio di Stato, (organo che del tutto eccezionalmente ha dato il proprio parere su una legge di natura penale, in ragione del fatto che con esso si realizzava una trasposizione nell'ordinamento interno di disposizioni normative dell'Unione Europea; il suo parere in questo caso è precettivo ma non vincolante). Convertito in Progetto di Legge, il testo è stato presentato al Parlamento il 19 novembre 2009 ed è stato infine approvato dal Senato il 9 giugno del 2010. Nell'iter parlamentare il testo non ha subito significative modifiche, all'infuori di alcune materie, fra le quali la responsabilità penale delle persone giuridiche. Nelle significative parole di Julio Villarubia, deputato e portavoce del gruppo parlamentare Socialista nella Commissione Giustizia del Parlamento: "abbiamo apportato miglioramenti alla disciplina della responsabilità penale delle persone giuridiche e l'abbiamo quasi rigirata come un calzino, tenendo conto del complesso di proposte che venivano da tutti i gruppi politici".

(Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n° 522, IX Legislatura, del 21 aprile 2010, p. 17, -http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_522.PDF#page=2-).

L'obiettivo di questo contributo risiede nell'analisi degli aspetti principali del sistema di responsabilità incardinato nel Diritto penale spagnolo dalla LO 5/2010 nel contesto dell'attuale discussione circa la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Per questo, nel corso della trattazione, si analizzeranno brevemente i precedenti legislativi della disciplina introdotta dalla LO 5/2010 (II), per continuare con una descrizione dei principali modelli di responsabilità nel Diritto comparato (III) e proseguire con la descrizione del sistema di imputazione prescelto dal legislatore spagnolo (IV), analizzandone i punti di affinità e di rottura con gli altri sistemi quanto al modello di imputazione (IV.1), al sistema della pena e della sua determinazione (IV.2) e la rilevanza – o meno – dell'esistenza e dell'applicazione effettiva del modello organizzativo di prevenzione dei rischi penali (IV.3). Il contributo si chiude con un breve capitolo dedicato alle conclusioni.

2. La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo: evoluzione dottrinale e precedenti legislativi

Fino a tempi molto recenti, la dottrina maggioritaria, confortata dalla mancanza di qualsivoglia previsione legislativa in tal senso, non esprimeva alcuna esigenza di configurare una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche.

Per parte della dottrina, le argomentazioni tradizionalmente addotte contro la configurazione di una responsabilità penale delle persone giuridiche erano strettamente riconducibili alle difficoltà dogmatiche legate alla determinazione di siffatto tipo di responsabilità (difficoltà che alcuni autori ritenevano addirittura tradursi in una impossibilità). Questa annosa discussione, in molte occasioni si chiudeva con l'invocazione del brocardo *societas delinquere non potest*. Tuttavia, la portata di questa massima, non può assumere un valore maggiore di quello dei singoli argomenti che ad essa sono sottesi. Una volta dissezionata la formula, i problemi principali attengono alla supposta incapacità di agire della persona giuridica e la sua inettitudine ad essere soggetta ad un giudizio di colpevolezza (problemi dogmatici), nonché alla violazione del principio di personalità della pena cui si andrebbe incontro se si punisse la persona giuridica (problema che porta con sé palesi implicazioni costituzionali). Proprio su questi profili problematici si è incentrata la discussione dottrinale in Spagna negli ultimi trent'anni.

Il livello della discussione si è innalzato nel 1980, in occasione della pubblicazione del molto noto articolo di Zugaldía Espinar “Opportunità politico criminale e impossibilità dogmatica di ripensare alla formula tradizionale *societas delinquere non potest*”⁸.

Nonostante il titolo, l’articolo non proseguiva sulla linea argomentativa tradizionale la quale, pur ammettendo inizialmente l’opportunità politico criminale di configurare una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche, immediatamente dopo proclamava contritamente la sua impossibilità dogmatica. Al contrario, Zugaldía offriva un coerente sviluppo dell’idea, propugnata da Roxin e già maggioritaria in Germania e in Spagna, che il diritto penale e in concreto la dogmatica della teoria giuridica del delitto, dovessero essere orientati alla risoluzione di problemi pratici, diminuendo le pretese di sistematicità e di rigore logico per conferire alle categorie dogmatiche una carta flessibilità, necessaria per un’effettiva soluzione dei problemi politico criminali⁹.

Nei trent’anni che ci separano dall’articolo di Zugaldía, la discussione in Spagna è andata modificandosi secondo due direttrici: da un lato è cresciuto il numero di autori favorevoli ad una reinterpretazione delle categorie dogmatiche in esame, nel senso di renderle suscettibili di applicazione anche alle persone giuridiche¹⁰. Dall’altro, e forse in modo più importante, in questa discussione è venuto fuori quello che, raccogliendo il suggerimento di Ciancio Meliá, possiamo descrivere come “il passo dalla dogmatica alla politica criminale”¹¹, ovvero il sempre più radicato convincimento che *in subiecta materia*,

⁸ Pubblicato originariamente nella rivista “*Cuadernos de Política Criminal*” nel 1980, si può parimenti trovare in ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2008.

⁹ L’importanza (e i limiti) dell’opera di Roxin è stata esaminata in molte occasioni. In particolare, di recente, ricordiamo, BORJA JIMÉNEZ, *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*, in *Anuario de Derecho Penal*, 2003, pp. 113-150 e ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Roxin y la dogmática político - criminalmente orientada*, in ONTIVEROS, PELÁEZ (coordinatori), *L’influencia de la ciencia penal alemana in Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) Messico d. f., 2003, pp. 415-440.

¹⁰ V. come esempio, proprio nella lingua spagnola, la reinterpretazione delle categorie di azione e imputazione obiettiva, fatta da REYES ALVARADO, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, in *Revista General de Derecho Penal* 11, 2009 (nella versione elettronica pag. 1-18), pp. 3-10, o la documentata proposta della configurazione di una responsabilità penale della persona giuridica di GÓMEZ-JARA DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Barcellona-Madrid 2005.

¹¹ CIANCIO MELIÁ, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político criminal del establecimiento de responsabilidad penal de la*

non sussista una *impossibilità* dogmatica, ma vi sia spazio per un adattamento politico criminale di questo tipo di responsabilità¹².

Occorre porre attenzione a questo cambio di prospettiva nella discussione. In realtà, la possibilità di configurare una responsabilità penale delle persone giuridiche nell'attuale ordinamento spagnolo non dipende dal fatto che ciò si sposi o meno con le categorie dogmatiche all'uopo preposte (sebbene naturalmente ciò sia davvero auspicabile, data la resistenza concettuale della teoria giuridica del delitto). E neppure dipende dall'adattamento concreto della formula utilizzata. Dipende unicamente dalla sua compatibilità con i principi costituzionali. Come ha più volte ripetuto la Corte Costituzionale, solo questi principi vincolano il legislatore, il quale, all'interno dell'area del costituzionalmente permesso, può scegliere fra una o l'altra opzione legislativa, senza che la maggiore o minore adeguatezza pratica della soluzione prescelta influisca sulla sua validità¹³. Ed è certo che tutto conduce a ritenere che la responsabilità penale delle persone giuridiche, se armonizzata con i principi che presiedono all'imputazione soggettiva della responsabilità penale, sia pienamente conforme alla costituzione¹⁴.

empresa, in MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (direttori), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría del Código Penal Español de 1996*, B de F, Montevideo-Buenos Aires 2006, p. 11.

¹² In realtà, la supposta contrapposizione fra dogmatica e politica criminale non può aver luogo. La dogmatica giuridico penale è parte della politica criminale, perché una delle fondamentali questioni politico criminali risiede nella determinazione esatta dei limiti normativi (il dover essere) dell'imputazione della responsabilità penale. Solo se si conferisce all'espressione "politica criminale" un significato restrittivo, facendo riferimento ad argomentazioni relative al principio di effettività, si può dire che la dogmatica e la politica criminale si trovano su posizioni contrapposte. Ma siffatta accezione della politica criminale, sarebbe così restrittiva da non essere in grado di descrivere la maggior parte delle discussioni e delle argomentazioni oggi sottese a questa locuzione. Per uno studio sulla correlazione fra i concetti di dogmatica e politica criminale v. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La referencia político – criminal en el derecho penal contemporáneo*, in OCTAVIO DE TOLEDO Y UIETO, CORTÉS BECHIARELLI (coordinatori), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 811-846.

¹³ Vedi in ultimo le Sentenze della Corte Costituzionale 60/2010 del 7 ottobre del 2010 (relatore Delgado Barrio), Fundamentos Jurídicos 7° e 22°, nonché la sentenza 59/2008 del 14 maggio 2008 (relatore Sala Sánchez), Fundamentos Jurídicos 6°, entrambe riferite in modo specifico alla legislazione penale e con molteplici riferimenti ai precedenti conformi. La sentenza 59 del 2008 è particolarmente significativa perché riconosce il ruolo del legislatore anche in una questione tanto controversa quale la differenziazione del trattamento punitivo fra uomini e donne nel perseguimento dell'obiettivo di ridurre la violenza di genere.

¹⁴ In merito alla conformità della responsabilità penale delle persone giuridiche con i principi costituzionali dell'ordinamento spagnolo ebbi il privilegio di pronunciarmi dinanzi ad un

Nel diritto positivo la questione ha avuto uno sviluppo lento e parallelo alla discussione dottrinale. Qui, il termine “parallelo” risulta particolarmente appropriato giacché l’evoluzione ha seguito lo stesso cammino della dottrina, ma senza che questa abbia o meno influito sulla decisione di istaurare questo tipo di responsabilità. Tanto il governo, come il legislatore, hanno tenuto in maggior conto gli sviluppi cui è giunto il diritto comparato, le raccomandazioni del Consiglio d’Europa e la prassi dell’Unione Europea, piuttosto che la situazione esistente nella dottrina giuridico-penale spagnola.

Il primo fondamentale passo per l’introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo è stato effettuato dalla LO 10 del 23 novembre 1995, che ha approvato il vigente Codice Penale spagnolo. L’art. 129 del Codice autorizzava i Giudici, in relazione a quei delitti di parte speciale per il quali il Codice lo ammetteva espressamente¹⁵, ad imporre alle persone giuridiche una serie di misure che andavano dalla sospensione delle attività sino allo scioglimento, passando per l’amministrazione giudiziaria¹⁶.

foro di eminenti penalisti italiani e spagnoli nel Seminario Italo Spagnolo di Diritto Penale: *L’approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto*, eccellentemente organizzato dagli esimi colleghi Massimo Donini e Luigi Foffani, che si è tenuto nell’Università di Modena e Reggio Emilia l’8 e 9 ottobre 2010. Il contenuto dei dibattiti e delle conclusioni presentate (in favore del riconoscimento della sua piena costituzionalità) sono l’oggetto del mio contributo pubblicato nel volume di prossima uscita che raccoglie gli interventi presentati nel Seminario.

¹⁵ Dopo la riforma del Codice Penale ad opera della LO 11/2003 e LO 15/2003, questi delitti erano: delitto di manipolazione genetica (art. 162, in relazione con i delitti contenuti negli art. da 159 a 161); utilizzazione dei minori in spettacoli osceni o per l’elaborazione di materiale pornografico (art. 198); atti osceni, pornografia, prostituzione e corruzione di minore (art. 194, in relazione con i delitti previsti negli art. dal 185 al 189); sfruttamento di minori a fini di lucro (art. 221); alterazione dei prezzi nelle procedure concorsuali e nelle aste pubbliche (art. 262); delitti relativi alla proprietà intellettuale ed industriale, al mercato ed ai consumatori (art. 288, in relazione ai delitti di cui agli art. dal 270 al 286); opposizione illegittima ai controlli su una società costituita o in formazione (art. 294); ricettazione (art. 298 e 299); riciclaggio di capitali (art. 302); delitti contro i diritti dei lavoratori (art. 318, in relazione ai delitti di cui agli art. 311 e 317); delitti contro i diritti dei cittadini stranieri (art. 318 bis); delitti contro l’ambiente (art. 327, in relazione con i delitti contenuti agli art. 325 e 326); frodi alimentari (art. 366 in relazione ai delitti di cui agli art. da 359 a 365); traffico di droga (art. 369. 2 in relazione ai delitti di cui ai numeri 1,2,3 dell’art 369. 1 e all’art. 371. 2, paragrafo II, in relazione al delitti di cui al paragrafo I); traffico di influenze (art. 430) e associazione a delinquere (art. 520).

¹⁶ In realtà, le misure esistevano già in numerose previsioni della parte speciale del Codice Penale previgente. Tuttavia, nel 1995 furono riassunte in un unico precetto di parte generale, decisione che molto probabilmente obbedì all’esigenza di ampliarne la portata. In proposito v. MIRÓ LLINARES, *Reflexiones sobre el principio societas delinquere non potest y el artículo 129 del Código penal*. (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial),

Con il prudente obiettivo di non vedersi coinvolto in dispute dottrinali sulla possibilità o l'impossibilità di imporre pene alla persona giuridica, il legislatore aveva qualificato queste misure in modo generico, come "conseguenze accessorie". Parimenti, ma in questo caso senza motivo alcuno, il legislatore era stato estremamente parco nella definizione dei criteri di applicazione: come unica indicazione, nel comma 3 dell'art. 129, si affermava che tali conseguenze accessorie "saranno orientate a prevenire il perdurare dell'attività delittuosa e gli effetti della stessa"¹⁷.

Non sorprende che l'unione di una previsione innovativa comportante importanti effetti sulla persona giuridica con una regolamentazione chiaramente insufficiente delle condizioni di applicazione, abbia condotto ad un sonoro fallimento in fase di applicazione.

Come è stato messo in luce dai vari studi, la maggior parte delle conseguenze accessorie dell'art. 129 hanno trovato scarsissima applicazione, con eccezione della misura della chiusura dei locali e degli stabilimenti. L'unico ambito in cui queste misure hanno avuto una certa incidenza pratica è stato quello del terrorismo e nelle condotte ad esso affini¹⁸. Con riferimento alla discussione teorica, finanche la determinazione della natura di questa "conseguenza accessoria" non è stata pacifica nella dottrina penale, ma in ogni caso è maggioritaria l'opinione secondo la quale non si tratta di una pena¹⁹. Nello stesso senso si è pronunciata la giurisprudenza²⁰.

Se "strana" può qualificarsi la pretesa del legislatore di introdurre un nuovo regime penale per le persone giuridiche senza quasi dargli una reale concretezza, ancor più strano fu il secondo passo. Nell'Esposizione dei Motivi

in SOLER PASQUAL (Dir.), *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pp. 202-203.

¹⁷ In proposito v. ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata nella nota 8) pp. 195-196, il quale, facendo riferimento alla mancanza di ogni riferimento da parte del legislatore a qualsivoglia criterio di imputazione, correttamente qualifica la situazione come "dogmaticamente e costituzionalmente inammissibile".

¹⁸ Sull'applicazione pratica delle conseguenze accessorie v. MIRÓ LLINARES (opera citata nella nota 16) pp. 208-243 e SILVA SANCHEZ, *La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas*, in *InDret* 2/2006 (disponibile su www.indret.com).

¹⁹ V. fra tutti DE LA FUENTE HONRUBIA, *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 86 e 87 e FEIJÓO SANCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Civitas, Madrid 2002, 137-160.

²⁰ Emerge per la sua chiarezza e precisione la Sentenza del Tribunal Supremo, Sala 2, del 23 luglio del 2009, relatore Alberto Jorge Barriero, Fundamento de Derecho 3°.

della LO 15 del 25 novembre 2003, si evidenziava che con l'introduzione di un nuovo articolo 31.2: "si configura una responsabilità penale della persona giuridica ogni volta in cui, imponendo una pena della multa all'amministratore di fatto o di diritto di una persona giuridica per i fatti commessi in relazione alla sua attività, questa sarà responsabile in modo diretto o solidale" (paragrafo II.1.).

La dottrina sconfessò prontamente questa affermazione deflagrante. Ed a ragione. Non risultava in alcun modo evidente che l'art. 31.2 contemplasse la responsabilità penale della persona giuridica, dato che l'unico elemento di certezza risiedeva nella previsione di una responsabilità patrimoniale il cui oggetto coincideva con l'importo di una sanzione penale pecuniaria imposta ad una persona fisica. In altre parole, il suddetto precetto stabiliva la possibilità di infliggere l'importo della multa imposta ad una persona fisica sul patrimonio di una persona giuridica cui fosse entrata in relazione. Non sembra, tuttavia, che questo basti per parlare di una responsabilità penale delle persone giuridiche. In ogni caso, la questione sulla natura delle conseguenze previste nell'art. 31.2 non era l'unico dubbio che sollevava il precetto in parola, la cui formulazione risulta eccessivamente stringata. La dottrina non tardò a manifestare le proprie critiche²¹, seguita più tardi dalla giurisprudenza. Sebbene si fosse optato per una interpretazione molto ampia del precetto che, ove coerentemente sostenuta, avrebbe reso possibile la sua applicazione in un considerevole numero di occasioni, tuttavia rimangono inconfutabili le carenze di presupposti applicativi delle quali soffre la disposizione²². L'art. 31.2 è stato infine abrogato dalla

²¹ In merito v. FERNÁNDEZ TERUELO, "Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)", en *Revista de derecho y proceso penal* n° 13, 2005, pp. 33-44 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: "El art. 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?". *InDret* 2/2006 (disponibile su www.indret.com). In senso meno critico v. ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 8) pp. 242-247.

²² Sull'applicazione dell'art. 31. 2 v. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis económico", en AYUSO GUTIÉRREZ (direttrice): *Justicia y economía*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010, pp. 207-217. Lo studio è stato realizzato sulla base delle sentenze del CENDOJ (*Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial*), la raccolta più ampia che esiste in Spagna. Si è cercato fra tutte le sentenze pronunciate dalle Audiencias Provinciales e Tribunal Supremo fra il gennaio 2004 e il settembre 2009. Tuttavia, si sono trovate solo due sentenze del Tribunal Supremo nelle quali si discuteva dell'applicazione (rigettata in entrambe) e altre nove delle *Audencias Provinciales Juzgados de lo Penal* (nelle quali invece ha trovato applicazione).

LO 5/2010. Considerando la sua imperfezione concettuale e la sua scarsa applicazione pratica, è improbabile che qualcuno lo rimpianga.

Nella stessa riforma del 2003 il legislatore aveva introdotto quello che si può considerare il terzo precedente dell'attuale disciplina. Si tratta di una previsione attinente alla responsabilità delle persone giuridiche nei casi di traffico di droga. In concreto, la LO 15/2003, aveva aggiunto all'art. 369 un secondo inciso, secondo il quale, nei casi in cui la persona fisica condannata fosse appartenuta ad una organizzazione dedita al traffico (a), "avesse partecipato ad altre attività organizzate"²³ (b), o avesse commesso il delitto in strutture commerciali aperte al pubblico delle quali era responsabile o impiegata (c), si imponeva alla persona giuridica titolare della struttura commerciale una multa pari al triplo del valore della droga, potendo altresì decretarsi la perdita della possibilità di ottenere sovvenzioni, aiuti pubblici, benefici fiscali o previdenziali e l'applicazione delle conseguenze accessorie dell'art. 129 delle quali si accennava in precedenza.

L'Esposizione dei Motivi affermava che "nei casi di traffico di droga, stupefacenti o sostanze psicotrope, si prevede la possibilità del fatto che se il delitto è stato commesso attraverso una società o una organizzazione, questa, oltre a poter essere chiusa, sospesa, sciolta o commissariata, possa essere privata del diritto ad ottenere benefici fiscali ed i suoi beni possono essere oggetto di confisca (cap. II.1). Curiosamente, l'Esposizione dei Motivi aveva ommesso di far riferimento all'unica novità autentica della riforma, ovvero la previsione della pena della multa per la persona giuridica, dato che il precedente art. 370 già prevedeva l'imposizione di conseguenze interdittive e la dissoluzione²⁴. Come nel caso dell'art. 31.2, anche con riferimento a questa modifica il legislatore ha puntato alto nell'Esposizione dei Motivi, affermando che con essa "si amplia sensibilmente la proiezione della responsabilità penale sulle persone giuridiche" (cap. III.i). E ancora, come nel caso di cui all'art. 31.2, il profilo di maggior novità (la previsione della pena della multa alla persona giuridica) non ha neppure fatto atto di presenza nei Tribunali.

²³ Su questa previsione e sulle perplessità che suscita (letteralmente include la partecipazione in attività organizzate lecite), v. FAKHOURI GÓMEZ, "Salud pública. Tráfico de drogas", in ORTIZ DE URBINA (coordinatore), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Organica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid 2010, pp. 463-464.

²⁴ Ebbene, al non far prima riferimento all'art. 129, sussistono dubbi sulle possibilità di applicazione, specialmente durante la fase istruttoria, come misure cautelari. In proposito v. CASTRO MORENO, "Las reglas del art. 369.2", en Álvarez García (direttore): *El delito de tráfico de drogas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 224-225.

Sebbene l'esistenza di queste tre previsioni abbia condotto alcuni autori ad affermare la perdita di validità dell'aforisma *societas delinquere non potest*²⁵, sembra più prudente parlare di una progressiva dissoluzione dello stesso. Fino ad ora.

La LO 5/2010 stabilisce la responsabilità penale *tout court* delle persone giuridiche. Così la intende il legislatore, il quale inizia il paragrafo VII del Preambolo con un chiaro "Si regola in maniera particolareggiata la responsabilità penale delle persone giuridiche"²⁶. Però, come abbiamo appena finito di vedere, questo tipo di dichiarazioni del legislatore poste nel preambolo dei testi legislativi, non assumono valenza decisiva²⁷. Quello che risulta dirimente è che questa volta la disciplina non lascia adito a dubbi²⁸.

²⁵ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 33-35; ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 9) p. 36.

²⁶ Forse il lettore si chiede la differenza giuridica fra l'Esposizione dei motivi che accompagna alcune leggi e il Preambolo che ne accompagna altre. La risposta è: nessuna. In realtà l'Esposizione dei motivi non dovrebbe esistere nella legge spagnola, dato che l'art. 114. 2 del Regolamento della Camera dei Deputati prevede che ove sia opportuno accompagnare un testo legislativo, il documento debba chiamarsi *Peambùlo*. La discussa prassi legislativa, tuttavia, fa sì che in molte occasioni, se non la maggior parte, si approvino leggi precedute da una Esposizione di motivi in luogo del Preambolo. Peggio ancora, in alcuni casi l'esposizione di motivi si riferisce ad un testo diverso da quello infine approvato. Questo accade, precisamente, per esempio, con la LO 10/1995 con la quale si approvò il Codice Penale, cui si accompagnò una Esposizione di motivi (che doveva essere un Preambolo) che parla tutto il tempo di "Questo Progetto", quando invece le disposizioni cui si riferisce sono già legge vigente, e che allude a scelte legislative poi non adottate in Parlamento (come ad esempio la scelta di una legislazione penale settoriale: alla fine si è deciso di proseguire con il modello tradizionale di codificazione, ma la Esposizione dei motivi non ha subito modifiche).

²⁷ In primo luogo perché, com'è noto, l'Esposizione dei motivi ed il Preambolo difettano di un valore normativo diretto. In questo senso, chiaramente, la giurisprudenza costituzionale, cominciando dalla Sentenza 36/1981, del 12 novembre (relatore Diez del Velasco, Fundamento Jurídico 7°), dove si spiega che sebbene non abbiano un valore normativo essi sono "un elemento che deve essere tenuto in considerazione nell'interpretazione delle leggi". V. Anche le sentenze 150 del 4 aprile del 1990 (relatore Leguina Villa, Fundamento Jurídico 15°); 73 del 23 luglio 1998, (relatore Viver Pi-Sunyer, Fundamento Jurídico 4°) e 116 del 17 giugno 1999 (relatore García Manzano, Fundamento Jurídico 2°).

²⁸ In questo senso v. MU OZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8ª edizione, Tirant Lo Blanc, Valencia 2010 p. 628 "la situazione cambia radicalmente". Anche Zugaldía che già riteneva sussistessero deroghe al principio *societas delinquere potest*, riconosce che "è stata la riforma introdotta dalla LO 5/2010 che ha introdotto definitivamente la responsabilità penale delle persone giuridiche nel Diritto Penale Spagnolo, sancendo il principio *Societas delinquere potest*" (ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: "Teoría de la imputación de las personas jurídicas" così - Direttore -: *Fundamentos de Derecho Penal (Parte General)*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 581).

A differenza delle disposizioni precedenti, qui si regolamentano espressamente le condizioni per l'imposizione della responsabilità delle persone giuridiche. Secondo il nuovo art. 31. bis comma 1, queste rispondono di alcuni delitti (solo di quelli di cui si disponga espressamente nella parte speciale)²⁹ quando questi siano commessi da soggetti con poteri direttivi (a) o da altri soggetti in conseguenza di un difetto di vigilanza sugli stessi (b). A differenza della precedente disciplina si prevede, altresì, che una volta dichiarate responsabili, si imponga alle persone giuridiche le pene (chiamate espressamente così) stabilite dall'art. 33.7, che annovera la multa, alcune pene interdittive, l'amministrazione giudiziaria e la dissoluzione.

In virtù di questo radicale cambiamento il Diritto penale spagnolo si unisce agli ordinamenti che ammettono la responsabilità penale della persona giuridica. Le previsioni concrete, tuttavia, mostrano profili di rilevante vaghezza, quando non di divergenza, rispetto ai principali modelli esistenti nel Diritto Comparato. Prima di analizzare i tratti fondamentali della disciplina, conviene dunque richiamare a grandi linee questi modelli di responsabilità.

3. Principali modelli di responsabilità penale della persona giuridica nel diritto comparato

Sebbene entrambi ammettano numerose sfumature, i modelli di responsabilità penale delle persone giuridiche dominanti nel Diritto Comparato, possono ricondursi a due grandi gruppi, denominati modelli di etero-responsabilità o per fatto altrui ed i modelli di auto-responsabilità o responsabilità per fatto proprio³⁰.

I primi, anche chiamati di "imputazione diretta" o di "responsabilità sussidiaria", si fondano sul dato che le azioni di certi soggetti (che ricoprono cariche direttive) si imputano direttamente alla persona giuridica. Non si tratta soltanto di imputare una condotta, ma anche l'elemento soggettivo (sub specie di dolo o colpa) con il quale questa è stata perpetrata dal soggetto.

Si ritiene infatti che le persone che ricoprono cariche direttive *siano* l'impresa, la sua mente organizzatrice, il suo braccio esecutore ed è per questo che le loro condotte la vincolano direttamente. La condotta dell'individuo

²⁹ Vedi l'Allegato 1.

³⁰ Su questi modelli, v. in castigliano le eccellenti presentazioni di ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata nella nota 8) pp. 140-151 e NIETO MARTÍN (opera citata nella nota 25).

deve aver tuttavia avuto luogo in occasione dell'esercizio delle funzioni collegate d'impresa ed in beneficio di questa. Quanto alla responsabilità dei lavoratori subordinati, la tendenza internazionale risiede nell'esigere l'infrazione del dovere di diligenza (*culpa in eligendo ed in vigilando*) da parte di un soggetto che riveste un potere di direttivo. Si supera così la situazione vigente nel precedente Diritto penale statunitense secondo il quale, anche le azioni dei soggetti subordinati, erano imputate direttamente all'impresa³¹.

I secondi modelli, improntati al principio di auto-responsabilità, si incentrano sulla condotta della persona giuridica stessa. Nella fortunata espressione di Heine: "si ricordano l'ampiezza dei propri doveri"³². Come nei modelli precedentemente analizzati, anche qui è necessario il compimento di una condotta delittuosa da parte di una persona fisica, la quale, nell'esercizio delle sue funzioni, deve aver arrecato un vantaggio alla persona giuridica.

Ma la condotta della persona fisica non si imputa direttamente alla persona giuridica se non quando questa sia stata conseguenza della difettosa organizzazione della persona giuridica o qualora quest'ultima ne abbia tratto un vantaggio.

Così, mentre nei modelli che individuano una forma di responsabilità con imputazione diretta o sussidiaria, la condotta delittuosa di alcuni soggetti si pone quale condizione necessaria e sufficiente per la sussistenza di una responsabilità in capo alla persona giuridica, nei modelli che individuano una responsabilità per difetto di organizzazione, la condotta delittuosa di questi soggetti è condizione necessaria, ma ancora non sufficiente, a fondare una responsabilità della persona giuridica. Perché questa responsabilità possa configurarsi, è necessario che si verifichi la violazione di un dovere o sussista di un difetto organizzativo della persona giuridica tali da facilitare o favorire la commissione dell'illecito.

La nozione di difetto di organizzazione si pone in stretta correlazione con le facoltà di auto-organizzazione della persona giuridica (o, in altre parole, con le facoltà di organizzazione che l'ordinamento giuridico concede alle per-

³¹ LAUFER, "La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 69-91 (pubblicato originariamente nel 1996), pp. 71 e 75.

³² HEINE, "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 163-189 (pubblicato per la prima volta nel 2003), p. 173.

sone fisiche le quali, in ultima istanza, creano e regolano la gestione di queste persone giuridiche). Così, si è affermato che l'obiettivo fondamentale della creazione di una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche risiede nell'obbligarle a darsi una propria regolamentazione³³, o più concretamente, una vera e propria cultura d'impresa³⁴.

La maggior semplicità del modello di imputazione diretta o sussidiaria e la sua gran somiglianza con il modello privatistico di imputazione all'impresa della condotta degli organi e rappresentanti spiegano come mai questo sia stato teorizzato per primo³⁵.

Oggi, tuttavia, vuoi per l'opzione legislativa, vuoi in ragione dell'introduzione dei criteri correttivi del regime di imputazione diretta da parte della giurisprudenza, questo modello sta subendo un progressivo regresso in favore di quello che propugna la responsabilità per difetto di organizzazione³⁶.

Varie sono le ragioni di questa evoluzione. Così, si afferma che i modelli di responsabilità diretta peccano per difetto o per eccesso. Per difetto, si dice, perché esigono la prova che una persona fisica dotata di poteri direttivi abbia commesso effettivamente il delitto (in alcuni casi si dice che si esige addirittura la condanna, circostanza che escluderebbe la responsabilità della persona giuridica anche quando la mancanza di questa condanna sia dovuta ad una circostanza tanto avulsa dalle dinamiche della persona giuridica come la morte del soggetto in questione). Per eccesso, perché una volta stabilita la responsabilità della persona fisica, questa si imputa direttamente senza possibilità di esonerare la persona giuridica, circostanza questa che contravviene al principio di soggettività della responsabilità.

Queste critiche ai modelli che propugnano una responsabilità per imputa-

³³ Così NIETO MARTÍN (opera citata alla nota 25), *passim*, specialmente pag. 81-84. Credo, tuttavia, che questa affermazione pecchi per eccesso: l'autoregolamentazione ed il conseguimento di un'adeguata cultura d'impresa, non sono obiettivi ma strumenti per realizzare la finalità di prevenzione (generale e speciale) dei delitti.

³⁴ In questo senso, con un'argomentazione fondata su una nozione d'impresa come "bravo cittadino corporativo" o "cittadino corporativo fedele al Diritto" GÓMEZ-JARA DÍEZ (opera citata in nota 10), pp. 248-274.

³⁵ LAUFER (opera citata in nota 30) pp. 71-72.

³⁶ Danno conto di questa evoluzione: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: "Presentación" nello stesso (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 21-22 y HEINE, Günter: "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en Gómez-Jara (editore): *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 25-67 (pubblicato per la prima volta nel 2002) p. 33.

zione diretta debbono essere valutate in modo diverso: se la critica dell'imputazione per difetto (*infrainclusión*) non è centrata, lo è invece quella sull'imputazione per eccesso (*sobreinclusión*).

La prima critica confonde i presupposti concreti in base ai quali è sorta l'esigenza di costruire una responsabilità secondo un modello di imputazione diretta con le autentiche implicazioni concettuali di questo modello.

Certo è che nell'implementazione pratica di questo modello si è ritenuta necessaria la verifica dell'esistenza di un fatto di reato commesso da una persona fisica attraverso un sentenza dichiarativa di questa responsabilità. Questa scelta è frutto di una decisione contingente presa nello sviluppo del modello, la quale si può tuttavia svincolare concettualmente dallo stesso. L'esigenza di un fatto di reato commesso da una persona fisica (requisito, si tenga presente, necessario anche nel modello di responsabilità per difetto di organizzazione), può essere soddisfatta richiedendo requisiti meno stringenti rispetto a quello della sussistenza di una sentenza di condanna. In effetti, e dato che *ontologicamente* le persone giuridiche non possono prendere decisioni né attuarle da sole (altra cosa è che l'ordinamento giuridico poi disponga *normativamente* l'imputazione alla persona giuridica della condotta di altre persone), nei casi in cui si sappia con assoluta certezza che è stato commesso un delitto in seno ad una persona giuridica, si sappia con altrettanta certezza che lo ha commesso una persona fisica (altra cosa è, ancora, che l'abbia posta in essere un soggetto che ricopre una carica direttiva). In casi come questi, nulla nel modello di imputazione diretta impedirebbe l'esistenza di una regola dello stesso tipo di quella contenuta nell'art. 31.bis.2 del Codice Penale, introdotto dalla LO 5/2010 secondo il quale "La responsabilità penale delle persone giuridiche si configura sempre quando sia accertata la commissione di un delitto ad opera di chi ricopra cariche o eserciti funzioni di cui al comma precedente, anche quando la persona fisica che lo ha posto in essere non sia stata individuata e non sia stato possibile sottoporla a procedimento"³⁷.

³⁷ Questa disposizione non era inclusa nel Progetto inviato dal Governo, ma costituisce una disposizione introdotta dal Parlamento. La sua inclusione è opportuna dal momento che senza essa le imprese avrebbero continuato ad essere incentivate a coprire le persone fisiche che commettevano illeciti al loro interno. Con questa clausola, tuttavia, l'impresa sa che sarà condannata anche quando non si conosca l'identità concreta dell'autore del delitto, in modo tale che venga meno qualunque vantaggio nell'occultamento (in effetti, al contrario, la persona giuridica è spinta a collaborare all'individuazione dell'identità dell'autore, dato che questo risultato è idoneo a dimostrare il buon livello di organizzazione nell'individuazione dei delitti, in modo altresì da fugare i possibili dubbi sulla carenza di interesse a prevenirne la commissione).

Però, se non convince il primo argomento, riferito alla *infrainclusión* del modello, convince invece il secondo, relativo alla sua caratteristica *sobreinclusión*. Il problema è palese ma insuperabile, dal momento che si pone in collegamento con l'esigenza di una imputazione anche di carattere soggettivo della responsabilità penale delle persone giuridiche, requisito che non solo è opportuno, ma imposto altresì dalla Corte Costituzionale spagnola³⁸.

Essenzialmente, il modello di imputazione diretta o sussidiaria presume che in tutti i casi in cui una persona con poteri direttivi commetta un delitto, allora si possa affermare una responsabilità soggettiva della persona giuridica. Ma questo, tuttavia, non può costituire circostanza certa. Senza dubbio alcuno, il fatto che una persona fisica con poteri direttivi commetta un delitto all'interno di una persona giuridica costituisce indizio che qualcosa non va. Ma, tuttavia, non si può escludere che si tratti di un fatto avulso ed imprevedibile anche in seno ad una persona giuridica ben organizzata. La descrizione del modello di responsabilità per difetto di organizzazione ci mostra chiaramente l'esistenza di due momenti differenziati di responsabilità soggettiva: quello riferito alla responsabilità soggettiva della persona la quale compie il delitto che costituisce il fatto presupposto e quello relativo alla sussistenza dell'infrazione di un obbligo o di un difetto di organizzazione dell'impresa. Concettualmente, si può dire che il modello di imputazione diretta o sussidiaria stabilisca una presunzione *iuris et de iure* in base alla quale la responsabilità soggettiva della persona fisica porta con sé necessariamente quella della persona giuridica. E tuttavia, vi sono situazioni che dimostrano che siffatta correlazione non è indefettibile.

Si pensi ad esempio ad un'impresa che nel 1991 ha dato l'incarico ad X di divenire uno dei suoi tre rappresentanti. Nei vent'anni che vanno dal 1991 al 2010 X svolge i suoi compiti senza commettere alcuna irregolarità. Nel 2010,

³⁸ In una linea giurisprudenziale che inizia con la Sentenza 246/1991 del 19 dicembre (ricorrente Tomás y Valiente, Fundamento Jurídico 2°), e che non è stata modificata sino ad ora, la Corte Costituzionale spagnola ammette la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ma esige che si armonizzi con il principio della responsabilità soggettiva che presiede all'imposizione delle sanzioni. Certamente, la stessa Corte Costituzionale ammette che la proclamata unitarietà del sistema del diritto pubblico sanzionatorio non esclude l'esistenza di differenze fra il sistema del diritto amministrativo sanzionatorio ed il diritto penale. Però è chiaro che siffatte differenze vanno a vantaggio del diritto penale: le garanzie applicabili al diritto amministrativo sanzionatorio (inclusa la necessità della sussistenza del profilo soggettivo della responsabilità), sono sempre applicabili al diritto penale senza che tuttavia sia certo il contrario (cioè, senza che le garanzie penali siano applicabili in toto all'ambito amministrativo, v. sentenza n. 18 del 6 giugno 1981, ricorrente Gómez Ferrer, Fundamento Jurídico 2°).

X, che ha bisogno di disporre di una quantità importante di denaro contante a breve scadenza, decide di compiere un delitto volto a riempire le casse dell'impresa per ottenere un importante bonus alla fine dell'anno.

L'illiceità dell'operazione viene denunciata internamente da un impiegato attraverso un procedimento *ad hoc* stabilito dall'impresa, la quale, una volta ricercati i fatti e verificata l'esistenza di un delitto, informa l'autorità giudiziaria attraverso un altro dei suoi rappresentanti. Può dirsi che l'impresa abbia contravvenuto al proprio dovere di diligenza? Non sembra.

Se ragioniamo secondo i criteri tradizionali della responsabilità per il fatto altrui – la classica *culpa in eligendo ed in vigilando* – non si può sostenere che l'impresa abbia commesso un errore nel momento della scelta del proprio rappresentante (una persona che in vent'anni non ha mai commesso alcuna irregolarità?) e neppure che non abbia vigilato adeguatamente (il delitto è stato individuato dall'impresa stessa, fatto che dimostra che non solo vi sono meccanismi di vigilanza, ma che sono stati sviluppati adeguatamente).

Naturalmente si può insistere sulla circostanza che le persone che rivestono una posizione apicale “sono” l'impresa. Ma questa identità, che trova un senso nell'ambito del diritto privato, non può scavalcare il principio della responsabilità soggettiva che vige con riferimento all'inflizione delle sanzioni. Per affermare la sussistenza di una responsabilità soggettiva è necessario poter rimproverare all'impresa di aver fatto male qualcosa che (ragionevolmente e non a qualunque costo) era in suo potere far bene³⁹. E questo non è possibile nell'ipotesi ora formulata.

Questo è il punto decisivo della questione. Il modello di responsabilità per

³⁹ Circostanza che non incontra differenza alcuna con la situazione relativa alle persone fisiche in relazione alle quali sussistono limiti al sacrificio imposto per conformarsi al dovere di diligenza. *Diligenza dovuta* non coincide con l'ambito di “tutta la diligenza”, bensì con l'ambito della “diligenza conforme alle circostanze del caso concreto”. A chi ha l'obbligo di revisionare annualmente lo stato del proprio veicolo, non chiediamo che lo faccia anche ogni mese, sebbene questa condotta sarebbe idonea ad individuare con più efficacia i guasti e quindi a prevenire maggiormente gli incidenti. Agli ospedali che acquistano i medicinali da società che hanno le apposite licenze, non si chiedono verifiche aggiuntive sulla qualità del prodotto, sebbene questi ulteriori esami potrebbero individuare difetti suscettibili di cagionare lesioni. Sul problema dell'imposizione di misure di sicurezza senza aver riguardo ai costi e sulla dequotazione del principio di responsabilità soggettiva che ciò implica, visto che si confonde il piano della responsabilità oggettiva e soggettiva, v. MARTÍN LORENZO, ORTIZ DE URBNA GIMENO, “*Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción*”, en Pozuelo (coordinatrice): *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*. Comares, Granada 2006, pp. 363-373.

imputazione diretta o sussidiaria non è in grado di assicurare la sussistenza di una responsabilità soggettiva dell'impresa. Infatti, la commissione del delitto da parte di un soggetto che ricopre un incarico direttivo costituisce un indizio importante della responsabilità dell'impresa. Ma il modello non prevede alcun correttivo a questa affermazione di fatto, convertendo così quello che è un indizio in una presunzione *iuris et de iure* di colpevolezza che, come tutte le presunzioni di questo tipo non ammette prova contraria e che in questo caso – trattandosi di responsabilità soggettiva – è incompatibile con il principio di colpevolezza⁴⁰.

Perciò, nel confronto fra entrambi i modelli notiamo, in termini negativi, che quello che propugna una responsabilità sussidiaria presenta gravi deficienze con riferimento al rispetto del principio di responsabilità soggettiva. Inoltre, e detto ora in termini positivi, il sistema di auto-responsabilità presenta un vantaggio decisivo. Infatti, offre maggiori incentivi alla persona giuridica per prendere le distanze dai singoli che contravvengono ai propri doveri⁴¹. Vediamo.

Nei sistemi di responsabilità per imputazione diretta, le imprese sono spinte a non individuare i delitti commessi dai propri impiegati e parimenti a far sì che non siano individuati neppure da altri soggetti. Questo perché siffatti sistemi esigono la previa condanna del responsabile individuale per condannare l'impresa, in modo che, una volta commesso il delitto, ciò che interessa all'impresa è che non si possa individuarne l'autore. Come abbiamo visto, tuttavia, la condanna del responsabile individuale, è un elemento contingente di questo modello di responsabilità la quale, altresì, può accontentarsi della dimostrazio-

⁴⁰ In questo senso, nel caso di più amministratori DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Responsabilidad de personas jurídicas*, in ORTIZ DE URBINA (coordinatore), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Organica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 18-19, che tuttavia ammette la possibilità di imputazione diretta nel caso di un unico amministratore che commette il delitto per conto ed a vantaggio della società. Al contrario, ritengo che il principio di responsabilità soggettiva esiga, anche in un caso come questo, che sia possibile dimostrare che l'impresa era adempiente ai propri obblighi organizzativi e che la condotta dell'amministratore non era ragionevolmente prevedibile. Si spinge oltre (escludendo la possibilità della mera prevedibilità ed esigendo la condotta dolosa dell'impresa) GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, B di F, Montevideo-Buenos Aires 2010, p. 486, il quale esige che l'azione del rappresentante "costituisca lo sviluppo di una politica dell'impresa".

⁴¹ Così, NIETO MARTÍN, "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa" in *Politica Criminal* (http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080630_01.pdf).

ne fidefacente che il fatto sia stato commesso da un organo o un dipendente dell'impresa. In ogni caso, ed anche alla luce di questo criterio correttivo, è certo che, una volta commesso il delitto, l'impresa è fortemente spinta ad occultarlo: se lo nasconde ed ha successo, non ne deve rispondere; se lo nasconde senza successo, il fatto di averlo occultato non ha conseguenze, perché ne risponde in modo diretto, indipendentemente dal fatto di averlo nascosto.

Diverso è il caso dei modelli di auto-responsabilità. In questi è praticamente impossibile negare che l'esistenza e l'adeguata implementazione di un piano di contenimento dei rischi penalmente sanzionati presuppongano un diligente esercizio della responsabilità e pertanto escludano la responsabilità penale delle persone giuridiche. Così: se una persona fisica commette un delitto in seno a quella giuridica, alla luce di questo modello non è evidente che a quest'ultima convenga occultare la commissione di questo fatto. Le converrebbe, invero, se fosse certo che il delitto non venga mai scoperto. Ma tale strategia porta con sé il rischio che il delitto sia scoperto da altri (la vittima, la polizia, la magistratura requirente) e che questa scoperta effettuata da terzi sia considerata quale prova dell'inosservanza dei suoi doveri. Mentre nel modello di imputazione diretta, l'occultamento non ha conseguenze, nel modello di autoresponsabilità, tanto l'occultamento doloso, quanto la negligenza nelle indagini, importano conseguenze, dal momento che sono utilizzate come fondamento della responsabilità penale dell'impresa.

In conclusione, il modello di auto-responsabilità, non solo è scevro da quei problemi di costituzionalità, che risiedono negli aspetti di frizione con il principio di responsabilità soggettiva, (i quali invece caratterizzano la responsabilità sussidiaria), ma presenta altresì un evidente vantaggio politico criminale di natura preventiva, dato che separa con maggiore evidenza i vantaggi dell'impresa da quelli del reo. Alla luce di queste conclusioni parziali, è arrivato il momento di affrontare la disciplina così come regolata nel Codice penale spagnolo, alla luce di due aspetti fondamentali: il modello di imputazione e le pene applicabili alla persona giuridica e il sistema della loro determinazione.

4. La disciplina della responsabilità delle persone giuridiche alla luce della LO 5/2010

4.1. Il modello di imputazione

Il modello di imputazione costruito dal legislatore è dettato dall'art. 31 bis comma 1 alla luce del quale: "Nei casi previsti in questo Codice, le persone

giuridiche saranno penalmente responsabili dei delitti commessi in nome e per conto delle stesse o in loro vantaggio, dai loro rappresentanti legali, amministratori di fatto o di diritto. Negli stessi casi, le persone giuridiche saranno altresì penalmente responsabili dei delitti commessi nell'esercizio delle attività sociali e per conto ed a vantaggio delle stesse, da coloro i quali, sottoposti all'autorità delle persone fisiche di cui al paragrafo precedente, hanno potuto realizzare le condotte in ragione del fatto che non si è esercitato su di essi il dovuto controllo, sulla base delle concrete circostanze del caso."

Lasciando qui da parte gli altri aspetti criticabili della disciplina⁴², il primo dato che richiama l'attenzione risiede nel fatto che il legislatore sembra aver optato per un modello di imputazione diretta o sussidiaria⁴³. Modello, si rammenti, che viene considerato incostituzionale per il fatto che non rispetta i requisiti di imputazione soggettiva nella determinazione della responsabilità, requisiti di rango costituzionale, secondo quanto sancito senza ombra di dubbio anche dalla Corte Costituzionale spagnola.

Che il legislatore simpatizzi con il modello di imputazione diretta o sussi-

⁴² Così ad esempio per i delitti commessi dalla persona con incarichi direttivi, il delitto della persona fisica deve essere stato commesso "in nome o per conto" della persona giuridica "e in suo vantaggio", mentre nel caso dei delitti commessi da altre persone soggette alla loro vigilanza, il delitto deve essere commesso "nell'esercizio delle attività sociali e per conto e a vantaggio" della persona giuridica. Si produce così una non chiara distinzione fra l'esigenza della commissione "in nome e per conto" (organi direttivi) e "nell'esercizio delle attività sociali e per conto" (subordinati), dandosi ad intendere che i soggetti che ricoprono cariche direttive possono vincolare l'impresa anche quando agiscono fuori dell'esercizio delle attività sociali (sempre che lo facciano in nome della società) e che, al contrario, è necessario che i subordinati agiscano "per conto" dell'impresa. Questi problemi sono stati messi in luce quando il testo era ancora alla fase di Progetto preliminare ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 8) pp. 275-276.

⁴³ Lo interpreta in questo modo anche SILVA SÁNCHEZ, "La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto", in *Diario La Ley*, 9 settembre 2010, p. 6, sebbene sottolinei alcuni elementi della responsabilità per fatto proprio, come la possibilità di attenuare la responsabilità attraverso comportamenti "propri" (id). Lo indicava sul testo del Progetto, che praticamente non è stato riformato in questo aspetto, BAGICALUPO ZAPATER, "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de 'compliance' (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)", in *Diario La Ley* n. 7442, 9 luglio 2010, edizione elettronica – si cita la versione a stampa: pagine 1-9-, p. 2. Il testo del Progetto mescola in maniera poco chiara il c. d. *modello di imputazione*, basato sull'attribuzione diretta alla persona giuridica del fatto punibile commesso dagli amministratori e rappresentanti, con il modello della *responsabilità per organizzazione*. Da parte loro MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN (opera citata nella nota 28) p. 630 ritengono che il primo periodo dell'art. 31 bis. 1 configuri una responsabilità "per rappresentanza" mentre il secondo configura una responsabilità per difetto di organizzazione.

diaria, si inferisce da una interpretazione sistematica e *a contrario* rispetto ai due periodi dell'art 31 bis. comma 1. Mentre il primo non fa riferimento all'esistenza di alcun tipo di responsabilità soggettiva dell'impresa, il secondo deve essere interpretato come se la esigesse, visto che richiede che le persone fisiche abbiano potuto commettere il fatto "per non aver esercitato sopra questi il dovuto controllo alla luce delle concrete circostanze del caso".

Perciò, sembrerebbe che, nel caso dei singoli con poteri di direzione, il legislatore abbia optato per il modello dell'imputazione diretta. Tuttavia, come si è spiegato nel capitolo precedente, questo modello è inaccettabile perché non garantisce il rispetto del principio di responsabilità soggettiva. Così, non rimane altra alternativa, nonostante non vi sia un riferimento espresso a tale circostanza, se non quella di interpretare l'articolo in modo conforme alla Costituzione, richiedendo quindi l'infrazione del dovere di diligenza da parte dell'impresa⁴⁴.

Tuttavia, questo non è l'unico problema che presenta il testo. Oltre all'aspetto appena evidenziato, di natura costituzionale e per questo recuperabile attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme del precetto⁴⁵, esiste un difetto tecnico che sino ad ora non sembra aver richiamato eccessivamente l'attenzione della dottrina spagnola che si è occupata della materia⁴⁶.

Si tratta, in concreto, di un problema che sorge dall'interpretazione sistematica dell'art 31 bis comma 1 con l'art. 12 dello stesso Codice penale. Secondo quest'ultimo precetto "Le azioni o le omissioni colpose sono punibili solo nei casi indicati dalla legge". E qui sorge il problema: se il riferimento alla omissione del dovuto controllo espressa dall'art 31 bis comma 2 periodo secondo può considerarsi sufficiente per fondare una responsabilità a titolo di colpa, il primo paragrafo, relativo alla responsabilità dell'impresa per i delitti

⁴⁴ In tal senso, DOPICO GÓMEZ-ALLER (opera citata in nota 40) p. 18. Essenzialmente anche ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 28) p. 582: *Per il rispetto del principio di colpevolezza si richiede che tutto quello (la commissione del delitto ad opera della persona fisica in beneficio di quella giuridica e in suo nome e conto) sussista come conseguenza dell'aver omesso – contrariamente ai propri obblighi – l'adozione di alcuna delle misure di precauzione e controllo (difetto di organizzazione) che erano esigibili per garantire uno sviluppo conforme alla legge (e non delittuoso) dell'attività d'impresa. L'unica differenza risiede nell'ubicazione dogmatica: quello che Zugaldia colloca nella colpevolezza, qui si colloca nella tipicità soggettiva.*

⁴⁵ Questa non è (o non solo) una trovata dottrinale: in conformità all'art. 5. 1 della LO 6/1985, del 1 luglio, sul Poder Judicial, i giudici debbono applicare la legge "secondo i precetti ed i principi costituzionali, in conformità alla interpretazione degli stessi che risulta dalle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, in tutti i tipi di processi".

⁴⁶ Con l'eccezione di SILVA SÁNCHEZ (opera citata nella nota 43) p. 6.

commessi dai propri organi direttivi, manca di qualsivoglia riferimento per conferirle natura di responsabilità colposa.

Così, dato che:

- a) È costituzionalmente necessario che l'impresa risulti soggettivamente imputabile
- b) Le forme di imputazione soggettiva sono il dolo e la colpa
- c) Quest'ultima può essere sanzionata solo ove prevista espressamente
- d) L'art. 31 bis comma 1 periodo 1 non contiene una clausola che preveda la colpa,

risulta che con l'attuale disciplina le persone giuridiche rispondono dei delitti commessi dai suoi dipendenti privi di cariche direttive sia quando l'impresa ha violato il suo dovere di diligenza con dolo (nel caso in cui le condotte vengano tollerate volontariamente), sia quando versa in colpa. Viceversa, rispondono dei delitti commessi dagli organi direttivi solo quando anche l'impresa versi in dolo.

Si tratta tuttavia di un risultato politico criminale assurdo, dato che non c'è alcun motivo per cui il regime di responsabilità delle imprese per i delitti commessi dai soggetti con poteri direttivi sia più favorevole del regime applicabile alla responsabilità per i delitti commessi dai soggetti subordinati⁴⁷. In effetti, non solo questo risulta assurdo dal punto di vista politico criminale, ma si pone in contrasto con le altre discipline sovranazionali.

Negli altri ordinamenti, le ipotesi di responsabilità dell'impresa per i fatti commessi dagli organi direttivi non presentano aspetti di maggior favore rispetto a quelle che fondano una responsabilità per il fatto dei subordinati, in modo tale che la responsabilità per il fatto dei soggetti apicali viene configurata secondo canoni di maggior ampiezza (esigendo meno requisiti) o vi si ricollegano conseguenze più gravi.

Nell'ordinamento spagnolo, al contrario, non solo si impongono requisiti più stringenti all'imputazione derivante dalla condotta dei soggetti apicali, ma le conseguenze che ne derivano sono esattamente le stesse nel caso di responsabilità per il fatto dell'organo apicale come per quello del subordinato⁴⁸.

⁴⁷ La critica di SILV SÁNCHEZ (opera citata nella nota 43) p. 6 si muove in altro senso: sembra inadeguato che l'omissione colposa del dovuto controllo dia luogo ad una responsabilità dolosa in capo alla persona giuridica. Tuttavia occorre concordare con la mancanza di senso della circostanza secondo la quale, in caso di responsabilità per il fatto dei subordinati, l'attitudine dolosa e colposa dell'impresa abbiano le stesse conseguenze.

⁴⁸ Critica la previsione di un regime differenziato di imputazione privo di rilievo quanto alle conseguenze: ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 27) p. 590.

Come abbiamo detto, questa peculiarità non trova riscontro nelle altre discipline sovranazionali.

Così, per esempio, i testi della Unione Europea che si riferiscono alla responsabilità delle imprese, distinguono fra delitti commessi da soggetti apicali e delitti commessi da soggetti subordinati, per poi collegare conseguenze più severe ai primi⁴⁹.

Nello stesso senso il sistema italiano prevede un'inversione dell'onere della prova nel caso dell'organo apicale (l'impresa deve dimostrare di essere stata diligente), ma non nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione subordinata⁵⁰.

La disciplina spagnola, in senso contrario, configura un regime di imputazione che privilegia la circostanza della commissione del delitto ad opera del soggetto apicale. Da qualunque punto di vista politico criminale ed inoltre, (nonché dal punto di vista preventivo), il risultato è *assurdo*. E per quanto sembri assurdo è un risultato che scaturisce indefettibilmente dalla decisione del legislatore di stabilire un regime di *numerus clausus* nella responsabilità

⁴⁹ In tal senso v. A) Secondo Protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità Europea, Bruxelles 10 giugno 1997, (art. 4.); B) Decisione Quadro 2001/413/JAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, sulla lotta contro le frodi e la falsificazione dei mezzi di pagamento diversi da quello effettivo (art. 8); C) Decisione Quadro 2002/946/JAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, destinata a rafforzare il quadro penale per la repressione degli aiuti all'ingresso, alla circolazione e alla permanenza irregolari (art. 3); D) Decisione Quadro 2003/568/JAI del Consiglio, del 22 luglio del 2003, relativa alla lotta contro al corruzione nel settore privato (art. 6); E) Decisione Quadro 2008/68/JAI del Consiglio del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia minorile (art. 7); F) Decisione Quadro 004/757/JAI del Consiglio del 25 ottobre del 2004 relativa alla configurazione degli elementi essenziali costitutivi dei delitti e le pene applicabili nell'ambito del traffico illecito di droga (art. 7); G) Decisione Quadro 2005/222/JAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione (art. 9); H) Decisione Quadro 2005/667/JAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, desinata a rafforzare il quadro penale per la repressione delle contaminazioni provenienti dai natanti (art. 6); Decisione Quadro 2008/841/JAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro il crimine organizzato (art. 6); J) Decisione Quadro 2008/919/JAI del Consiglio del 28 novembre 2008, con la quale si modifica la Decisione Quadro 2002/475/JAI sulla lotta contro il terrorismo (art. 8 della Decisione Quadro del 2002/475): Al contrario, costituisce ipotesi eccezionale il fatto che il regime sia uguale per entrambi i casi (in questo senso Decisione Quadro 2003/80/JAI del Consiglio del 27 gennaio 2003 relativa alla protezione dell'ambiente attraverso gli strumenti del diritto penale art. 7). Quello che ancora non è accaduto è che il regime sia più favorevole nel caso dei delitti commessi da persona in posizione apicale.

⁵⁰ V. FOFFANI, "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?", en *Revista General de Derecho Penal* 10, 2008. Si cita la versione elettronica (pp. 1-11), p. 10.

per colpa e dalla sua cristallizzazione nell'art. 12, la cui esistenza ed i cui effetti sistematici non saranno certamente rimasti sconosciuti al legislatore della LO 5/2010.

4.2. *Le pene e la loro distinzione*

L'art. 33.7 della LO 5/2010 prevede il catalogo delle pene applicabili alla persona giuridica. Secondo questa disposizione, che è stata approvata con pochi cambiamenti rispetto al testo del Progetto, una volta che si consideri che la persona giuridica deve rispondere per il fatto di un soggetto in posizione apicale o subordinata, le pene imponibili saranno le seguenti:

- a) Multa calcolata sulla base delle quote o proporzionale;
- b) Dissoluzione;
- c) Sospensione delle attività per un periodo fino a cinque anni;
- d) Chiusura dei locali o dello stabilimento per un periodo fino a cinque anni;
- e) Proibizione di realizzare le attività nell'esercizio delle quali si è commesso, favorito o occultato il delitto. Può essere temporanea o definitiva. Se è temporanea la durata non potrà superare i cinque anni;
- f) Inabilitazione all'ottenimento delle sovvenzioni e degli aiuti pubblici, alla contrattazione con la pubblica amministrazione, al conseguimento di benefici ed incentivi fiscali o previdenziali per un periodo fino a cinque anni;
- g) Amministrazione giudiziaria per salvaguardare i diritti dei lavoratori o dei creditori per il tempo che si ritenga necessario, ma non superiore ai cinque anni.

In materia di pene, il progetto includeva due aspetti di novità alla luce del Diritto comparato. Tuttavia, le novità non sempre sono migliorative del panorama esistente e a maggior ragione in questo caso non si poteva parlare di progresso rispetto agli standard internazionali:

- In primo luogo, in alcune previsioni della parte speciale del Progetto, insieme alla pena della multa, si stabiliva l'imposizione obbligatoria della pena interdittiva.

Così, per esempio, nel caso del riciclaggio di capitali, (delitto che nel Codice Penale spagnolo è sanzionato anche nella forma colposa) l'art. 302 del Progetto prevedeva l'imposizione obbligatoria del divieto di contrarre con la PA per un tempo pari a quello della pena privativa della libertà inflitta alla persona fisica ed inoltre, imponeva l'obbligo di irrogare una delle seguenti pene (a scelta del giudice, senza alcuna linea guida): dissoluzione, sospensione delle attività per un tempo dai due ai cinque anni, divieto di proseguire le attività in occasione delle quali si è commesso il delitto per un tempo dai due ai cinque

anni, divieto di ottenere sovvenzioni e benefici fiscali per un periodo corrispondente alla più elevata pena privativa imposta. Parimenti, gli art. 427e 430 del Progetto stabilivano l'obbligo di sospensione delle attività per un periodo dai due ai cinque anni ed altresì l'obbligo della chiusura dello stabilimento per lo stesso tempo in occasione della commissione dei delitti di corruzione e traffico di influenze.

- In secondo luogo, l'unica regola preposta alla determinazione delle pene applicabili alle persone giuridiche (se possono meritare la qualificazione di regole) era una disposizione vaga, prevista all'art. 66.3 del Progetto ed oggi non recepita nella LO 5/2010 che letteralmente stabiliva: "Nell'applicazione delle pene imposte alle persone giuridiche, procederanno il Giudice o il Tribunale secondo il loro prudente arbitrio, secondo le regole stabilite in questo capitolo".

Come evidente, questa "regola", si limitava ad indicare ai giudici che potevano utilizzare il loro prudente arbitrio. In effetti, data l'assenza di qualsivoglia altra indicazione sull'imposizione delle pene, i giudici non solo potevano, ma erano obbligati ad utilizzare tale arbitrio, essendo l'indicazione relativa alle regole applicabili nella determinazione della pena delle persone fisiche un riferimento privo di contenuto⁵¹.

Così si obbligavano gli organi giudicanti ad imporre pene interdittive senza preoccuparsi della loro necessità e senza offrire criteri di scelta fra l'una o l'altra, mentre dall'altro lato si lasciava ai giudici estrema libertà nella scelta dei criteri atti a determinare la pena applicabile. Si arrivava così alla conseguenza che le imprese erano obbligatoriamente assoggettate a pena interdittiva o potevano essere dissolte anche quando la loro responsabilità non era dolosa, bensì negligente, in ordine alla prevenzione del delitto commesso da qualunque dipendente. E questo, senza che fosse necessario valutare le conseguenze sociali dell'interdizione o della dissoluzione.

La gravità della situazione portò un gruppo di professori di diverse università spagnole ad intraprendere una iniziativa singolare nel contesto del procedimento di approvazione di una norma⁵².

⁵¹ In aggiunta, vari gruppi parlamentari chiesero al soppressione della clausola perché impropria, in ragione della pretesa di autorità che devono avere le disposizioni di legge.

⁵² *Rectius* nel gruppo c'erano professori di diverse università spagnole ... e di una università italiana. Al seminario partecipò anche il Professor Luigi Foffani, il cui intervento ha assunto uno speciale rilievo: non solo ha apportato l'esperienza italiana, ma anche maggior obiettività alla critica (cosa che fu molto importante perché, come noto, noi accademici siamo soliti non essere profeti in patria). Avendo provato personalmente la difficoltà di far lavorare colleghi

Con il Progetto di Legge già inviato al Parlamento, questi professori organizzarono in tempo record un seminario di discussione e presero contatti con il Ministero di Giustizia per invitare il Ministro e i suoi consiglieri specialisti in diritto penale a parteciparvi. Gli inviti furono accettati e nel seminario ebbe luogo un interessante e ben coordinato scambio di pareri, il cui risultato fu il riconoscimento da parte del Ministero di Giustizia della necessità di attuare alcuni cambiamenti in ordine alla determinazione delle pene applicabili alle persone giuridiche.

Le modifiche, che furono introdotte attraverso emendamenti frutto di accordi fra il gruppo Parlamentare Socialista e gli altri gruppi parlamentari, riguardano il rifiuto della disposizione di cui all'art. 66.3 del Progetto, la previsione della multa come unica pena forzosamente imposta e l'assoggettamento della (mai) obbligatoria imposizione delle pene interdittive e della dissoluzione a certi requisiti che hanno a che vedere principalmente con la pericolosità della persona giuridica e con gli effetti sociali dell'imposizione di siffatte pene. Rispetto a quest'ultimo punto, l'art. 66 bis della LO 5/2010 stabilisce diversi criteri volti a stabilire l'*an* ed il *quomodo* dell'imposizione, alcuni dei quali sono formulati come regole standard che lasciano un certo grado di apprezzamento al giudice, altre invece come regole di stretta osservanza.

In concreto:

- Per decidere l'imposizione – e nel caso – l'estensione delle pene interdittive e la pena della dissoluzione deve tenersi in conto:
 - a) La loro necessità al fine di prevenire la prosecuzione dell'attività delittuosa e dei suoi effetti;
 - b) Le loro conseguenze economico sociali specialmente quelle che riguardano i lavoratori;
 - c) Il posto che nella struttura della persona giuridica occupa la persona fisica o l'organo che è contravvenuto all'obbligo di controllo.

Come si può notare, siamo davanti a criteri di opportunità, (no davanti a regole la cui osservanza si obbligatoria) i quali fanno riferimento ad aspetti molto diversi: nel primo caso si fa riferimento alle necessità legate ad una specialprevenzione negativa, nel secondo alle conseguenze sociali, e nel terzo si allude al posto occupato dalla persona fisica che commette il delitto da cui nasce la responsabilità della persona giuridica (fatto presupposto), con tutta probabilità nell'intento di ritenere che quanto più alto sia questo, maggiore

del proprio Paese su un testo prelegislativo, debbo ringraziare il Professor Foffani per il suo apporto disinteressato al miglioramento di un testo prelegislativo straniero.

sarà il numero di indizi dell'esistenza di un difetto strutturale.

- Inoltre si stabilisce, come regola, che nel caso in cui si decida di imporre pene interdittive di una certa durata temporale, questa non può superare la durata massima della pena privativa della libertà prevista nel caso in cui il delitto sia stato commesso da una persona fisica.
- Infine, si prevedono altre due regole:
 - a) Per l'imposizione di pene interdittive per un periodo superiore a due anni e fino a cinque è necessario sia che la persona giuridica sia recidiva, sia che questa sia utilizzata in modo strumentale per la commissione di illeciti penali. Si stabilisce espressamente che si riterrà sussistente tale utilizzazione strumentale "ove l'attività legale della persona giuridica sia meno rilevante di quella illegale".
 - b) Al fine di imporre la pena della dissoluzione o le pene interdittive per un periodo superiore a cinque anni è necessario che la persona giuridica sia recidiva reiterata⁵³ o che essa venga utilizzata quale strumento per la commissione di illeciti di natura penale.

Riassuntivamente, si può concludere come le regole di determinazione della pena apportate in fase parlamentare, hanno come fine principale quello di evitare l'imposizione della pena della dissoluzione ed interdizione, in quei casi nei quali l'impresa in questione non presenta un profilo di pericolosità e negli altri, nei quali risulti eccessivamente gravosa per gli interessi collettivi.

4.3. *Rilevanza dell'esistenza e dell'effettiva operatività del modello organizzativo volto alla riduzione del rischio penale*

Con l'approvazione, nel 1991 delle "Direttive per la determinazione individuale della pena" (*Sentencing Guidelines*), gli Stati Uniti hanno introdotto taluni elementi del modello di auto-responsabilità nel tradizionale modello di responsabilità sussidiaria.

Le direttive non si riferiscono alla determinazione della responsabilità dell'impresa, ma muovono dalla dichiarazione della sua esistenza ed incorporano aspetti del modello di auto-responsabilità nel profilo della determinazione della pena in concreto⁵⁴. Così si muove da due variabili, l'entità del danno

⁵³ L'articolo 66. 1. 5 del Codice Penale spagnolo stabilisce che sussista un recidiva reiterata quando il soggetto sia stato condannato in precedenza per almeno tre delitti collocati nel medesimo Titolo.

⁵⁴ Per questo motivo, NIETO MARTÍN (opera citata nella nota 25) pp. 178-194, lo include

causato e il quantum di colpevolezza dell'impresa, essendo questa la seconda ragione concettuale di rilevanza delle *Guidelines* per i modelli di auto responsabilità, dato che la sussistenza della colpevolezza si valuta con riferimento all'impresa più che al dipendente⁵⁵.

Fra gli elementi che servono a determinare la misura di siffatta colpevolezza, e pertanto modulare la pena, assume rilievo l'esistenza di un modello organizzativo (*compliance plan*). In effetti, il paragrafo di apertura del "Commentario Introduttivo" conclude affermando che "questo capitolo trova la sua ragione in ordine al fatto che le sanzioni imposte alle organizzazioni ed ai loro rappresentanti, prese nel loro complesso, configurino un giusto castigo, una dissuasione adeguata, ed una serie di *incentivi perché le organizzazioni mantengano meccanismi interni di prevenzione, individuazione e denuncia delle condotte delittuose*". Quest'ultimo periodo, qui posto in risalto, è la chiave di comprensione del motivo per il quale sussiste una responsabilità penale delle persone giuridiche. Queste, infatti, devono costituire un sistema organizzativo interno idoneo a prevenire ed individuare i delitti che possano essere commessi nello svolgimento delle attività. Per incentivarle a costruire un simile sistema, si sanzionano penalmente per i delitti commessi dalle persone fisiche, che trovino origine nella mancanza di una adeguata organizzazione⁵⁶.

L'influenza del modello statunitense è evidente nella disciplina italiana del 2001 (D. Lgs. 231/2001) ove l'art. 6 prevede la mancanza di responsabilità della persona giuridica quando si dimostri che i suoi vertici hanno adottato e sviluppato efficacemente e prima della commissione del delitto "modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Questa influenza si riscontra altresì nella più recente legislazione cilena, all'art 3 della legge 20.393 del 25 novembre 2009. Infatti, perché l'impresa risponda tanto dei delitti commessi dagli organi direttivi, come per

fra i modelli "misti". Oltre all'opera di Nieto il lettore interessato al tema non può tralasciare la monografia di GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*, Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 63-81.

⁵⁵ La ragione pratica di questa influenza è il grande potere di diffusione che il diritto commerciale statunitense esercita sul resto del mondo, attraverso soprattutto la regolamentazione del mercato dei valori.

⁵⁶ Senza questo profilo sanzionatorio pubblicistico (non necessariamente penale), la fiducia in un sistema di autoregolamentazione delle aziende sarebbe piuttosto vana. L'esperienza ha dimostrato con inconfutabile crudeltà la banalità delle aspettative riposte in un sistema di autoregolamentazione puro, demandato al mercato, senza alcun intervento dello stato. In tal senso v. NIETO MARTÍN (opera citata nella nota 25) p. 218 "in quegli ambiti nei quali sussiste una responsabilità penale, la responsabilità sociale smetterà di essere una forma di *marketing*".

quelli dei soggetti subordinati, deve sussistere una violazione “dei doveri di direzione e supervisione”. La legge, inoltre, stabilisce espressamente che “i doveri di direzione e supervisione si considereranno assolti quando, anteriormente alla commissione del delitto, la persona giuridica abbia adottato e sviluppato un modello di organizzazione, amministrazione e supervisione idonei a prevenire delitti del tipo di quello commesso, come disposto nell’articolo seguente”.

Tuttavia, nella disciplina introdotta dalla LO 5/2010 si riscontra solo un riferimento a modelli organizzativi volti alla riduzione dei rischi penali. Si tratta dell’art 31 bis 4 ove sono disciplinate le circostanze che permettono l’attenuazione della responsabilità delle persone giuridiche fra le quali alla lettera d), “aver predisposto, prima dell’inizio del giudizio orale, misure efficaci a prevenire e individuare i delitti che in futuro potranno essere commessi sotto la copertura della persona giuridica”. La collocazione della disposizione fra le circostanze attenuanti e non fra quelle esimenti potrebbe portare a credere che l’esistenza di un siffatto modello e il suo corretto sviluppo possano solo attenuare la pena ma non evitarla. Tuttavia, non è così.

Non lo è in primo luogo perché l’attenuante in parola si riferisce al caso di quelle imprese le quali al momento della commissione del delitto non avevano adottato un modello organizzativo volto alla riduzione dei rischi penali e lo adottano prima del giudizio orale. L’attenuazione della pena in questo caso ha un senso perché l’impresa che dopo il delitto adotta quel modello, dimostra di avere minori esigenze specialpreventive e la previsione di questa attenuante può rivelarsi uno strumento efficace per la promozione dell’adozione di siffatti modelli. Questa disciplina, che concerne le imprese che non sono dotate di un modello organizzativo *ab origine*, nulla ci dice di quelle che invece lo hanno⁵⁷.

In secondo luogo ed in stretta correlazione con quanto si è appena finito di dire, dogmaticamente, l’esistenza di un piano di riduzione dei rischi penali diligentemente sviluppato non deve essere qualificata come circostanza esimente ogni qual volta il suo reale incardinamento dogmatico si radichi nella tipicità soggettiva: l’impresa che dispone del modello e lo applica è un’impresa che non viola il suo dovere di diligenza, e pertanto non c’è nessuna responsabilità incipiente a fronte della quale debba intervenire una circostanza esimente⁵⁸.

⁵⁷ In questo senso GÓMEZ-JARA DÍEZ (opera citata in nota 39) p. 493.

⁵⁸ Così BAGICALUPO ZAPATER (opera citata nella nota 43) p. 5, il quale con riferimento al Progetto (il quale sotto questo profilo è stato modificato) “La tesi che limita gli effetti di un

In definitiva, l'esistenza di un modello organizzativo atto a diminuire l'incidenza della commissione dei reati ed il suo diligente sviluppo, fanno venir meno le responsabilità penali. Il problema, come al solito, sta nei dettagli: sulla base di quale criterio debbono valutarsi l'adeguatezza del modello organizzativo e della sua attuazione? In Spagna, l'esperienza di modelli organizzativi è scarsa e per lo più circoscritta all'ambito della sicurezza del lavoro o del riciclaggio di capitali. L'esistenza di doveri tassativi nella materia in esame, tuttavia, faciliterà il compito degli operatori del diritto. Si tratta di una situazione complessa, che tuttavia avrebbe potuto essere evitata con un po' di impegno da parte del legislatore⁵⁹.

In ogni caso, il grado di complessità è simile a quello che sussiste in ordine alla determinazione della violazione del dovere di diligenza al di fuori degli ambiti nei quali la disciplina extrapenale è fortemente dettagliata (il traffico su ruote o l'ambiente).

In questi casi gli operatori del diritto debbono concretizzare caso per caso le aspettative di comportamento basate su standard di diligenza media e questo dovrà senza dubbio essere la strada da percorrere anche con riferimento ai modelli organizzativi⁶⁰.

adeguato programma di prevenzione dei rischi all'ambito della determinazione della sanzione è in un certo senso incongruente con il principio di colpevolezza". Per questo motivo condivido solo a metà la critica di ZUGALDÍA ESPINAR (opera citata in nota 28) p. 592, per il quale la mancata previsione di una specifica esimente dell'adozione di norme efficaci di prevenzione dei delitti costituirebbe uno degli errori della riforma. Sebbene la menzione espressa senza dubbio sarebbe stata più opportuna ed avrebbe incrementato l'adozione dei modelli, in nessun caso tuttavia avrebbe dovuto qualificarsi come esimente, almeno nel significato tradizionale che gli dà l'ordinamento spagnolo (*ex art. 20 del Codice Penale*), secondo il quale le esimenti sono circostanze che vengono in rilievo ogni qual volta sussista la tipicità soggettiva ed oggettiva. Al contrario, come abbiamo visto, l'esistenza ed il corretto sviluppo dei modelli organizzativi esclude la tipicità soggettiva, dal momento che non sussiste alcuna violazione del dovere di diligenza.

⁵⁹ Oltre alla possibilità di delineare concretamente gli elementi necessari del modello, come ha fatto il legislatore cileno (art. 4 della legge 20.393), si sarebbe potuto optare per un sistema di cooperazione fra settore pubblico e privato come ha fatto la legge italiana, la quale all'art. 6.3 prevede che i modelli organizzativi "possono essere adottati garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della Giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati".

⁶⁰ Non possono tuttavia accogliersi quelle proposte di determinazione del dovere di diligenza che fanno riferimento ai migliori standard disponibili sul mercato (così DOPICO GÓMEZ-ALLER opera citata in nota 40 pag. 20). Da un lato, infatti, si corre il rischio di incentivare il raggiungimento di un accordo (espreso o tacito) fra le imprese dello stesso settore volto al mantenimento di standard bassi. Dall'altro lato, potrebbero risultare basati su standard troppo alti

5. Conclusioni

Dopo l'entrata in vigore della LO 5/2010 si può dire davvero che la Spagna si unisce a quel nutrito gruppo di ordinamenti giuridici che prevedono la responsabilità penale della persona giuridica.

Visto che questo tipo di responsabilità può essere utile a livello politico criminale per evitare le forme più eclatanti di quella che viene chiamata "irresponsabilità organizzata" e che non presenta irrimediabili obiezioni di incostituzionalità, la decisione di adottare siffatto tipo di responsabilità non è in sé criticabile. Ma lo è, al contrario, per come è stata configurata nel sistema spagnolo.

La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale spagnolo avrebbe dovuto essere oggetto di una più attenta regolamentazione. Anche a causa del complesso iter normativo che ha caratterizzato al sua approvazione (diversi progetti, elaborati da tre Ministri di Giustizia diversi) il Progetto sottoposto al Parlamento nel novembre del 2009 era decisamente migliorabile. A parte il pericolo che comportava l'assurdo sistema di imposizione obbligatoria delle pene interdittive o della misura della dissoluzione risolto in fase parlamentare (v. sopra capitolo IV.2), il Progetto non offriva alcuna spiegazione della ragione dell'inclusione di alcuni delitti e l'esclusione di altri (ad esempio è difficile comprendere come mai non si è annoverato fra i delitti che possono dar luogo ad una responsabilità d'impresa, la fattispecie contro la sicurezza e la salute sul lavoro). Non sembra chiaro nemmeno il regime di imputazione, da cui è scaturito un duplice effetto/difetto, che dovrà essere risolto dai tribunali in via interpretativa.

Da un lato, come si è visto sopra nel capitolo IV.1, la mancanza di un espresso riferimento alla colpa nell'art. 31 bis 1 periodo primo, rende impossibile imputare all'impresa, a titolo di colpa, i delitti commessi dai soggetti apicali. Sicuramente i tribunali saranno tentati di dare una interpretazione correttiva che tuttavia non compete loro, soprattutto se siffatta interpretazione importa effetti *in malam partem*.

Dall'altro, come abbiamo visto *supra*, nel capitolo IV.3, la preordinata vaghezza dei requisiti fondanti una responsabilità soggettiva dell'impresa, si riflette sull'insufficiente regolamentazione della rilevanza conferita all'esistenza ed all'adeguato sviluppo dei modelli organizzativi. L'interpretazione qui pro-

(come potrebbe accadere se volendo fissare il dovere di diligenza individuale, si scegliesse come parametro il più diligente degli agenti modello).

posta che afferma la valenza esoneratrice di siffatti modelli quando essi siano ben costruiti e sviluppati, si è fatta strada fra gli autori e forse sarà recepita favorevolmente dai tribunali, anche solo per il fatto che apre a margini di maggiore discrezionalità. Tuttavia, siamo innanzi ad un tema che riveste un'importanza pratica tale per cui avrebbe meritato un'attenzione specifica da parte del legislatore, come è accaduto in altri Paesi.

Le riflessioni sin'ora svolte ci conducono ad un'ultima considerazione che pone in relazione il procedimento di elaborazione della norma penale con l'opera della dottrina. È più di un secolo che nel diritto si vincola la correttezza della decisione giurisdizionale al parametro dell'esistenza e dell'esaustività della sua motivazione. Tuttavia, questa esigenza di motivazione si arresta dinanzi alle porte della produzione normativa. Tanto il Governo nel formulare le sue proposte, così il Parlamento nel prendere le decisioni, sono organi sovrani. È indubitabile. Ma è altresì indubitabile non solo che il Parlamento debba legiferare secondo procedimenti adeguati, ma che quelli odierni siano davvero lontani da uno standard di sufficiente razionalità giuridica⁶¹.

Tuttavia, per la maggior parte dei penalisti questa constatazione non costituisce un incentivo ad agire: eccezioni a parte (v. il capitolo IV. B), si preferisce aspettare l'approvazione finale del testo per poi avanzare le proteste. Visti i risultati, non sembra essere la strategia migliore.

ALLEGATO I:
DELITTI DEI QUALI POSSONO RISPONDERE LE PERSONE GIURIDICHE
NEL DIRITTO PENALE SPAGNOLO

- Traffico illegale di organi (art. 156 bis)
- Tratta di esseri umani (art. 177 bis)
- Prostituzione e corruzione di minori (art. 189 bis)
- Delitti contro la riservatezza e violazione di un sistema informatico (art. 197)
- Truffa ed altre frodi (art. 251 bis)
- Insolvenza punibile (art. 261 bis)
- Danno ad un sistema informatico (art. 264)
- Delitti contro la proprietà intellettuale ed industriale, il mercato ed i consumatori (art. 288)

⁶¹ Sul criterio di razionalità nella produzione legislativa v. la pi importante (e altrettanto solitaria) opera di Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

- Riciclaggio di capitali (art. 302)
- Delitti contro la Pubblica Amministrazione e la Previdenza pubblica (art. 301 bis)
- Delitti in danno ai diritti dei cittadini stranieri (art. 318 bis)
- Delitti di costruzione, edificazione o urbanizzazione illegale (art. 319)
- Delitti contro l'ambiente (art. 327 e 328)
- Delitti relativi all'energia nucleare ed alle radiazioni ionizzanti (art. 343)
- Delitti di rischio provocato da materiale esplosivo (art. 348)
- Delitti contro la salute pubblica: traffico di droga (art. 369 bis)
- Falsità negli strumenti di pagamento (art. 399 bis)
- Peculato (art. 427)
- Traffico di influenze (art. 430)
- Corruzione di un funzionario straniero (art. 445)
- Organizzazione o associazione a delinquere (art. 570 quater)
- Finanziamento del terrorismo (art. 576 bis)

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011