

# LA CERTIFICAZIONE DEI MODELLI ORGANIZZATIVI IN SPAGNA: LA UNE 19601:2017

JACOPO CORTINOVIS, Avvocato nello Studio Legale Escura, Barcellona  
ENZO COLAROSSI, Avvocato nello Studio Legale Escura, Barcellona  
FERNANDO ESCURA, Socio Direttore dello Studio Legale Escura, Barcellona

Come già analizzato in altra sede\*, la recente riforma del Codice penale spagnolo, realizzata dalla *Ley Orgánica 1/2015*, modifica sostanzialmente il regime di responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna riproducendo *in toto* la struttura del d.lgs. 231/2001 italiano.

A distanza di quasi due anni dall'entrata in vigore della citata riforma, l'Ente spagnolo di normalizzazione ha pubblicato in data 18 maggio 2017 la norma UNE 19601:2017 che permetterà di creare, implementare e successivamente certificare un sistema di gestione della *compliance* penale allineato ai dettami dell'art. 31 *bis* c.p. spagnolo e alle *best practices* internazionali.

Il presente articolo si pone l'obiettivo di analizzare in ottica sistematica e critica l'innovatrice esperienza spagnola, identificandone i contenuti essenziali ed evidenziando il suo parziale allineamento con il codice penale spagnolo e con le prime sentenze della Corte di Cassazione spagnola.

L'approccio sistematico alla gestione dei rischi penali fornito dalla norma trascende dai requisiti previsti *ex lege*, permettendo di gestire la *compliance* penale non come un elemento separato e avulso dal funzionamento dell'organizzazione, ma come una componente della *governance* aziendale che interagisce attivamente con gli altri sistemi di gestione presenti, al fine di raggiungere gli obiettivi strategici prefissati.

Dopo aver analizzato il ruolo degli *standard* in materia di *compliance* a livello internazionale, verrà dedicato ampio spazio all'esegesi della citata norma al fine di identificare i possibili punti di contatto e le possibili interazioni future con la normativa italiana, vista la coincidenza pressoché totale tra le due normative in questione.

## A. La «*Asociación española de normalización*» (UNE<sup>1</sup>)

Il 18 maggio 2017 l'ente spagnolo di normazione (*Asociación española de normalización*) ha pubblicato la norma spagnola UNE 19601:2017 che, come definito dal titolo stesso, si ripropone l'obiettivo di definire i requisiti e le linee guida per la

\* Vedasi sul punto COLAROSSI e CORTINOVIS, *I modelli organizzativi in Spagna*, in questa Rivista, 4/2016; STEA, *La responsabilità degli enti nel codice penale spagnolo: analisi delle novità introdotte dalla Ley Orgánica n. 1 del 2015*, in questa Rivista, 1/2017; MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa Rivista, 4/2015 e SAVINI e CARABELLESE, *La responsabilità degli enti in Italia e Gran Bretagna: una possibile armonizzazione post Brexit*, in questa Rivista, 2/2017.

<sup>1</sup> [www.aenor.es](http://www.aenor.es).

creazione di un sistema di gestione della *compliance* penale (di seguito SGCP) allineato ai requisiti previsti dall'art. 31 *bis* c.p. spagnolo e alle *best practices* internazionali che potrà essere certificato da un ente terzo e indipendente.

La *Assocación española de normalización* (corrispettivo dell'italiano UNI) è una associazione privata senza scopo di lucro, riconosciuta ufficialmente come organismo nazionale di normazione dal *Real Decreto* 2200/1995. Le norme UNE (*Una Norma Española*) sono norme tecniche<sup>2</sup> di adozione volontaria elaborate dai comitati tecnici appartenenti a UNE.

Le norme tecniche UNE, come nel caso delle norme internazionali ISO, non sono ritenute norme vincolanti dall'ordinamento spagnolo ma rappresentano *standard* di riferimento comunemente accettati in determinati ambiti economici. Vista l'ampia diffusione in determinati settori dell'economia spagnola, le norme UNE possono essere annoverate tra le fonti del diritto spagnolo nella categoria delle consuetudini, come previsto dall'art. 1.3 c.c. spagnolo<sup>3</sup>.

È importante sottolineare, ai fini di un'analisi sistematica della materia e per fare luce sulle origini della citata norma, che la *Asociación española de normación* partecipa come membro rappresentante della Spagna all'attività di standardizzazione promossa dall'organismo internazionale di normazione ISO<sup>4</sup> e a livello europeo dal CEN<sup>5</sup>.

Altro soggetto che svolge un ruolo fondamentale nel processo di certificazione delle norme UNE è l'ente nazionale di accreditamento ENAC (*Entidad de acreditación nacional*), corrispettivo dell'italiano ACCREDIA.

ENAC è l'unico organismo pubblico spagnolo autorizzato a svolgere attività di accreditamento come previsto del *Real Decreto* 1715/2010. La funzione del citato ente è quella di verificare e attestare che gli organismi di certificazione dispongano dei requisiti necessari per realizzare attività di certificazione.

Il 18 luglio 2017 ENAC ha pubblicato lo schema di accreditamento, secondo i requisiti previsti dalla norma tecnica EN-ISO/IEC 17021, che permetterà a tutti gli organismi interessati di accreditarsi ed emettere certificazioni riconosciute da ENAC *in subjecta materia*.

Al fine di determinare e comprendere in modo chiaro e distinto la portata dell'importante iniziativa spagnola riteniamo opportuno dedicare una breve parentesi all'evoluzione internazionale degli *standards* in materia *compliance* penale da cui derivano la gran parte dei requisiti indicati dalla UNE 19601:2017 (di seguito UNE 19601).

<sup>2</sup> Per «norma» si intende: «Una specifica tecnica, adottata da un organo nazionale riconosciuto per applicazione ripetuta o continua, alla quale non è obbligatorio conformarsi, e che appartenga a una delle seguenti categorie» come previsto all'art. 2 del Regolamento Europeo 1025, approvato dal parlamento Europeo il 25 ottobre del 2012.

<sup>3</sup> Art. 1 del Codice civile spagnolo: *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.*

<sup>4</sup> UNE è particolarmente attiva all'interno del comitè tecnico ISO/TC 309 *Governance of organizations* promotore degli standards internazionali ISO 19600:2014 e ISO 37001:2016. Notizia consultabile: [www.iso.org](http://www.iso.org).

<sup>5</sup> European Committee for Standardization: [www.cen.eu](http://www.cen.eu).

## B. L'origine della specie

L'evoluzione degli *standards* in materia di *compliance* muove i suoi primi passi con gli *Australian Standards*<sup>6</sup> 3806:2006<sup>7</sup>, utilizzato successivamente come *working draft* per elaborare la norma ISO 19600:2014 (di seguito ISO 19600) che fornisce linee guida in materia di *compliance management systems*.

La norma australiana AS 3806:2006 indica i principi e le linee guida per sviluppare, implementare, mantenere e migliorare all'interno di un'organizzazione un flessibile, effettivo e misurabile *compliance program*.

Tra gli obiettivi indicati dalla norma AS 3809:2006 vi è quello di fornire una serie di requisiti misurabili al fine di dimostrare per *tabulas* l'efficacia di un effettivo *compliance program*.

Al punto 1.3 del citato *standard* vengono indicati i principali termini e definizioni poi in parte riutilizzati dalla norma ISO 19600 e dalla UNE 19601. In merito è interessante sottolineare la definizione di *compliance* offerta dal citato *standard* (poi a sua volta riproposta dalla ISO 19600<sup>8</sup>), che ricomprende al suo interno non solo la conformità regolamentare (a leggi e regolamenti – *requirements*) ma anche la conformità agli obblighi che l'organizzazione ha autonomamente deciso di assumere (codici di condotta, principi etici, raccomandazioni di organizzazioni internazionali – *commitments*).

Un'altra definizione di assoluta importanza per interpretare correttamente la ISO 19600 e la UNE 19601 riguarda il concetto di cultura della *compliance* successivamente indicato come componente essenziale di un Modello di organizzazione e gestione *ex art. 31 bis c.p.* spagnolo dalla Corte di cassazione spagnola e dalle linee guida della Procura Generale spagnola<sup>9</sup>. Lo *standard* australiano definisce la cultura della *compliance* come l'insieme dei valori, dei principi etici e delle convinzioni che esistono all'interno di un'organizzazione e che interagendo con la struttura organizzativa e il sistema di controllo interno producono norme comportamentali che permetto di raggiungere gli obiettivi di *compliance*<sup>10</sup>.

Lo *standard* australiano indica che un efficace sistema di gestione della *compliance* si fonda su dodici principi che, a loro volta, possono essere riuniti nelle seguenti quattro categorie: impegno, implementazione, monitoraggio e miglioramento continuo. I requisiti di un *compliance management system*, divisi per categorie, possono essere brevemente riassunti come segue:

1. Impegno: 1. Impegno dell'alto livello (*leadership*); 2. Esistenza di una politica di *compliance* allineata con gli obiettivi strategici dell'organizzazione e sostenuta senza indugio dall'organo direttivo; 3. Stanziamento di appropriate risorse economiche per sviluppare, implementare, mantenere e migliorare il *compliance programs*; 4. Impegno dell'organo direttivo e dell'alta direzione; 5. Identificazione, analisi e valutazione degli obblighi di *compliance*.

<sup>6</sup> Corrispettivo dell'UNE spagnolo e della UNI italiano.

<sup>7</sup> Documento consultabile: [www.msmlm.com](http://www.msmlm.com).

<sup>8</sup> La UNE 19600:2014 definisce *compliance* il rispetto degli obblighi di *compliance* i quali possono essere suddivisi in *requirements* (obblighi normativi) e in *commitments* (impegni che un'organizzazione decide di assumere).

<sup>9</sup> Vedasi la sentenza della Corte di cassazione 154/2016 e linee guida della Procura Generale spagnola, *Circular de la Fiscalía General del Estado* 1/2016.

<sup>10</sup> Che appunto possono essere suddivisi in *requirements* e i *commitments*.

2. Implementazione: 6. Attribuzione e aggiornamento costante delle funzioni e delle responsabilità in materia di *compliance*; 7. Identificazione, comunicazione e formazione dei dipendenti in modo tale che possano adempiere ai propri obblighi di *compliance*; 8. Incoraggiamento e supporto della *compliance* specificando la tolleranza zero nei confronti dei comportamenti contrari alla *compliance*; 9. Introduzione di controlli al fine di individuare gli obblighi di *compliance* e raggiungere i comportamenti desiderati.
3. Monitoraggio e misurazione: 10. Monitoraggio, misurazione e attività di *reporting* in merito alle *performance* del *compliance programs*; 11. Documentazione del *compliance programs* attraverso evidenze documentali e azioni pratiche.
4. Miglioramento continuo: 12. Revisione costante del *compliance programs* al fine di garantire un miglioramento continuo.

La norma AS 3806:2006, oltre a essere un utile strumento pratico (consente appunto di elaborare una *check list* che permetterà di valutare l'allineamento dell'organizzazione ai principi indicati dalla norma), rappresenta un documento di importanza capitale all'interno dell'evoluzione degli *standard* in materia di *compliance* a livello internazionale tanto da essere stato utilizzato come *working draft* dal comitato tecnico ISOTC/309 per l'elaborazione della ISO 19600 in materia di *compliance management systems* (di seguito CSM) i cui principi sono stati trasferiti nella norma britannica BS 10500:2011, che costituisce a sua volta la base della norma ISO 37001 in materia di *Anti-bribery Management Systems*<sup>11</sup>.

## 1. La ISO 19600 e la ISO 37001

Un'altra tappa determinante nell'evoluzione internazionale degli *standard* in materia di *compliance* è rappresentata dalla pubblicazione della ISO 19600:2014, che fornisce linee guida non certificabili per la creazione e per l'implementazione di un sistema di gestione della *compliance*.

Come menzionato *supra*, per l'elaborazione della citata norma il comitato tecnico ISOTC/30912 ha utilizzato come *working draft* lo *standard* australiano AS 3806:2006, ritenendolo un punto di riferimento assoluto quanto a chiarezza e praticità.

La ISO 19600 è uno *standard* di tipo B che contiene linee guida non certificabili per la creazione di un sistema di gestione della *compliance* trasversale o per un ambito specifico.

La citata norma rappresenta, ai fini del nostro studio, un punto di partenza importante da cui traggono spunto le successive norme ISO 37001:2016 e la UNE

---

<sup>11</sup> Per un'attenta analisi della norma ISO 37001 vedasi STRAZZERI e RUPIC, *ISO 37001 ed i Sistemi di Gestione Anti-Corruzione*, 2016.

<sup>12</sup> Visto il costante richiamo all'interno del presente contributo, riteniamo opportuno specificare brevemente la funzione dell'*International Organization of Standardization* (di seguito ISO). ISO è un'organizzazione internazionale non governativa che opera dal 1947 nell'emissione di *standard* internazionalmente riconosciuti. La citata organizzazione riunisce gli enti nazionali di normazione e non possiede capacità legislativa ma, dal punto di vista pratico, emette *standards* tecnici che si trasformano in norme di riferimento in determinati settori e materie. Il processo di elaborazione di una norma ISO è regolato, trasparente e partecipativo suddiviso in diverse tappe quali: la fase di proposta e di preparazione (*working draft* – WD), di dibattito (*committee draft* – CD), di domande (*draft international standard* – DIS), di approvazione (*final draft international standard* – FDIS) e di pubblicazione. Per quanto riguarda gli *standard* in materia di sistemi di gestione (*Management system standard* – MSS) elaborati da ISO è importante menzionare la differente classificazione tra MSS di tipo A e di tipo B. I primi, infatti, indicano requisiti specifici e sono certificabili i secondi, invece, contengono linee guida e non sono certificabili.

19601; una corretta interpretazione e conoscenza dei citati standard passa necessariamente dall'analisi della ISO 19600 che contiene principi, componenti e una terminologia comune alle citate norme.

Tra i principi cardine della norma ritroviamo, ad esempio, il concetto di proporzionalità, di documentazione, di ragionevole sicurezza, di approccio basato sul rischio, di miglioramento continuo e di trasparenza poi riproposti, sic et simpliciter, dalla UNE 19601.

La terminologia utilizzata dalla ISO 19600 viene largamente adoperata dallo standard spagnolo. Su tutti è importante menzionare il concetto di cultura di compliance successivamente riportato anche dalle recenti sentenze della Corte di cassazione spagnola<sup>13</sup>. La ISO 19600 si distingue, inoltre, per l'utilizzo del termine organizzazione (riproposto dalla ISO 37001 e dell'UNE 19601) che permette di estendere l'applicabilità di un CMS anche a enti non dotati di personalità giuridica.

All'interno del percorso di evoluzione degli *standards* in materia di *compliance* penale va obbligatoriamente menzionata anche la norma ISO 37001<sup>14</sup>, elaborata dal comitato tecnico, ISO/PC 278, che si prefigge l'obiettivo di fornire uno schema comune per la gestione dei rischi correlati a fatti corruttivi. Come analizzeremo di seguito, la norma spagnola riprende diversi aspetti della norma ISO 37001 su tutti i processi di *due diligence* nei confronti dei membri dell'organizzazione e dei soci in affari.

### C. La UNE 19601: Il contesto normativo

Come precedentemente indicato, la *Ley Orgánica 1/2015* modifica sostanzialmente l'art. 31 *bis* c.p. spagnolo introducendo un sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche speculare al d.lgs. 231/2001 italiano.

A testimonianza della totale coincidenza tra le due normative va menzionata la migliore dottrina spagnola, che definisce il nuovo art. 31 *bis* c.p. spagnolo come un «*Plagio legislativo*<sup>15</sup>».

L'art. 31 *bis* c.p. spagnolo, infatti, richiede ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale alle persone giuridiche la commissione di un reato da parte di un soggetto qualificato (distinzione tra soggetti in posizione apicale e soggetti

<sup>13</sup> Vedasi su tutte la sentenza della Corte di cassazione, presieduta dall'Ill.mo magistrato José Manuel Maza Martín, n° 154/2016, consultabile in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>14</sup> Vedasi l'interessante analisi di PANSARELLA e PAMBIANCO, *UNI ISO 37001:2016 – l'integrazione con i Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012*, in questa Rivista, 2/2017, 298 e TARTAGLIA POLCINI e PORCELLI, *Profili giuridici/funzionali della nuova UNI ISO 37001/2016 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione*, in questa Rivista, 2/2017, 9 ss.

<sup>15</sup> Vedasi su tutti DOPICO, *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013 en El Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley del Poderjudicial (Jurisdicción Universal)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 18. L'autore parla apertamente di un «indeguito plagio interpretativo» e che «La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España quedará transformada en un *Frankenstein jurídico*», riconoscendo *apertis verbis* la coincidenza letterale tra normativa spagnola e gli artt. 6 e 7, d.lgs. 23/2001: «*El Proyecto del Gobierno se ha limitado a copiar literalmente, párrafo por párrafo, varios apartados de los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo 231/2001 italiano, regulador de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*». In questo senso devono essere citati anche: NIETO MARTÍN e LASCURAIN, *Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas*, 3 giugno 2016, in questa pagina web: [www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org); NIETO, *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo*, 24 giugno 2015, in questa pagina web [www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org) e DOPICO, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, in AA.VV., *Memento Penal*, 2016, 12 ss.

sottoposti), l'esistenza di un beneficio diretto o indiretto per l'ente<sup>16</sup> e la mancanza, l'inidoneità o la inefficace attuazione di un Modello organizzativo e di gestione.

Come previsto dal d.lgs. 231/2001, l'ente collettivo potrà rimanere esente da responsabilità penale per reati commessi da soggetti apicali nel caso in cui la persona giuridica abbia adottato e efficacemente attuato, anteriormente alla commissione del reato, un Modello di organizzazione e gestione, costituito un organismo di controllo interno dotato di autonomi poteri di controllo e vigilanza, vi sia stata una elusione fraudolenta del Modello organizzativo da parte del soggetto apicale che ha commesso il reato presupposto e non vi sia stata omissione o un esercizio insufficiente delle funzioni attribuite all'organo di controllo interno.

Viceversa, nel caso in cui il reato presupposto venisse commesso da un soggetto subordinato all'autorità di un apicale, la persona giuridica rimarrà esente da responsabilità se, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un Modello organizzativo idoneo a prevenire i reati previsti dal codice penale spagnolo<sup>17</sup>.

Come previsto anche dall'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001, «*Los modelos de organización y gestión*», ex art. 31 bis, comma 5, c.p. spagnolo, dovranno riunire i seguenti requisiti minimi:

- Individuare le aeree in cui possono essere commessi i reati da prevenire (identificazione, analisi e valutazione dei rischi penali).
- Prevedere protocolli finalizzati a programmare la formazione, l'adozione e l'esecuzione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.
- Disporre di Modelli di gestione delle risorse finanziarie idonei per prevenire e impedire la commissione dei delitti che devono essere evitati.
- Prevedere obblighi di segnalazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei Modelli in caso di rischi o violazioni del Modello.
- Creare un sistema disciplinare che sanzioni adeguatamente la violazione delle misure indicate nel Modello.
- Verificare periodicamente il funzionamento del Modello e modificarlo in caso di violazioni che denotino un'inefficacia dello stesso, oppure in caso di cambi rilevanti all'interno dell'organizzazione, relativi alla struttura di controllo o all'attività svolta.

Gli art. 31 ter e 31 quater c.p. spagnolo, inoltre, specificano che la responsabilità penale della persona giuridica non verrà esclusa in caso di mancata identificazione o impossibilità di imputazione dell'autore materiale del reato presupposto, e che le funzioni dell'organo di controllo interno potranno essere attribuite all'organo di amministrazione in caso di società di ridotte dimensioni.

Nonostante la pressoché totale coincidenza tra le due normative, possiamo constatare come solo una parte della dottrina spagnola<sup>18</sup> abbia saputo fino ad ora

<sup>16</sup> Vedasi l'interpretazione estensiva della Procura Generale spagnola in *Circular de la Fiscalía General del Estado* 1/2016, 18. Documento consultabile in [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

<sup>17</sup> Sia permesso il richiamo a COLAROSSI e CORTINOVIS, *I Modelli organizzativi in Spagna*, in questa Rivista, 4/2016.

<sup>18</sup> DOPICO, *Ánalisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el Proyecto de Reforma de 2013*, in *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Madrid, sobre los proyectos de reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Privada y Ley del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 19-24 e dello stesso autore: *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, in Aa.Vv., *Memento Penal*, 2016, 18 ss.

interpretare correttamente il complicato sistema di *check and balance* previsto dal sistema italiano<sup>19</sup>. La principale fonte di incertezze della novella riguarda ad oggi la figura dell'Organismo di Vigilanza, il cui particolare profilo funzionale non è stata ancora del tutto assimilato. In Spagna risulta diffusa, infatti, l'interpretazione considerata da molti *contra legem*<sup>20</sup> che accomuna la figura del citato organo alla funzione di *compliance* o *compliance officer*.

Va sottolineato, inoltre, che nel corso degli ultimi mesi la giurisprudenza di legittimità spagnola ha preso posizione, seppur mediante *obiter dicta*<sup>21</sup>, su un aspetto rilevante del nuovo sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna, ossia l'onere della prova. La Corte di cassazione spagnola infatti sostiene che, al fine di rispettare il principio costituzionale di colpevolezza e la presunzione d'innocenza sancita all'art. 24, comma 2, della costituzione spagnola, sarà la pubblica accusa ad assumere l'onere di provare la colpevolezza dell'ente collettivo<sup>22</sup>.

Dopo avere definito, seppur brevemente, il contesto giuridico in cui s'inserisce la norma UNE possiamo procedere ad un'analisi sistematica e specifica della stessa seguendo pedissequamente la sua struttura.

## D. Analisi della UNE 19601

### 0. La struttura della norma

La norma UNE 19601 può essere definita come il primo *standard* nazionale a livello mondiale che permette di creare e implementare un sistema di gestione della *compliance* penale allineato con le esigenze del codice penale spagnolo e con le *best practices* internazionali.

La UNE 19601 è stata elaborata, infatti, tenendo conto dei requisiti indicati all'art. 31 *bis*, comma 5, che definisce i componenti essenziali di un Modello organizzativo, delle linee guida fornite dalla ISO 19600 e di alcuni aspetti della recente ISO 37001; inoltre, la citata norma potrà essere elaborata con il supporto della ISO 31000 che fornisce linee guida in materia di gestione dei rischi.

L'approccio alla prevenzione dei rischi penali della norma spagnola è appunto sistematico e aspira a prevenire quelle fattispecie di reato per le quali una persona giuridica può rispondere penalmente (e non solo) indipendentemente dall'esistenza di un beneficio diretto o indiretto per l'ente, dal tipo di rapporto qualificato che

<sup>19</sup> Sia permesso il costante richiamo a MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa Rivista, 4/2015, 83 ss.

<sup>20</sup> Vedasi l'analisi critica di NIETO e LASCURAIN, *Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas*, 3 giugno 2016 e *Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia italiana. El caso Impregilo*, 24 giugno 2015 in questa pagina web: [www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org); DÓPICO, *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, in AA.VV., *Memento Penal*, 2016, 3111 ss. La dottrina italiana ha riscontrato la citata difficoltà interpretativa riguardante l'organismo di *Supervisión* spagnolo in MONGILLO, *La responsabilidad delle società per reati alimentari. Spunti comparativi e prospettive di riforma*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 luglio 2017, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). In merito alla distinzione tra i due paradigmi di controllo vedasi su tutti MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa Rivista, 4/2015, 83 ss.

<sup>21</sup> Vedasi la sentenza della Corte di cassazione, presieduta dall'Ill.mo magistrato José Manuel Maza Martín, n° 154/2016, consultabile in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>22</sup> La sentenza in questione non chiarisce, tuttavia, se l'onere della prova debba limitarsi all'inesistenza, inadeguatezza e/o inidoneità del Modello organizzativo o se invece debba estendersi anche a tutti i requisiti previsti dall'art. 31 *bis*, comma 2 (elusione fraudolenta dell'apicale, mancanza o inidoneità un Organismo di *Supervisión*, ecc.).

vincola l'autore materiale alla persona giuridica e dall'elusione fraudolenta del Modello<sup>23</sup>.

Lo *standard* spagnolo adotta una struttura di alto livello ISO<sup>24</sup> (*Hight level structure*, di seguito HSL), già conosciuta dagli *auditors*, utilizzando termini e definizioni comuni ad altri *standards* internazionali. La norma spagnola potrà, inoltre, essere integrata con altri sistemi di gestione (ad esempio un sistema di gestione della *compliance* previsto dalla ISO 19600).

L'utilizzo di HSL offre ulteriori vantaggi pratici quali la facilità di apprendimento e di applicazione da parte di quei professionisti che si dedicano ai sistemi di gestione, permette la circolazione in ambito internazionale, può essere inserita in una sovrastruttura di *compliance* di più ampia portata<sup>25</sup> e semplifica la coordinazione tra strutture di *compliance* operanti in diversi paesi.

La possibilità d'integrazione della UNE 19601 con una sovrastruttura di compliance trasversale viene specificata al punto 4 della norma in cui viene fatto riferimento, appunto, alla possibilità di inserire la politica di *compliance* penale e il SGCP in una struttura di compliance di più ampia portata, non limitata al solo ambito penale<sup>26</sup>.

È interessante in questo caso, fare un breve riferimento all'interpretazione fornita dalle Linee Guida della Procura Generale in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche (*Circular de la Fiscalía General del Estado* 1/2016).

I rappresentanti della pubblica accusa spagnola, infatti, specificano che uno dei requisiti fondamentali per l'esonero di responsabilità penale delle persone giuridiche è rappresentato dall'adozione e dall'efficacia attuazione da parte dell'organo di amministrazione della persona giuridica, prima della commissione del fatto, di un Modello di organizzazione e gestione. La Procura aggiunge, inoltre, che «un programma di *compliance* non ha l'obiettivo di evitare una sanzione penale nei confronti di un'impresa ma lo scopo di promuovere una vera cultura del *cumplimiento*» specificando che «l'ente collettivo deve contare con un Modello che le permetta di rispettare la normativa in generale; in modo particolare la normativa penale ma non solo quella». La citata espressione può essere interpretata *lato sensu* ritenendo necessaria, al fine di avvalersi del regime di esenzione penale previsto dall'art. 31 *bis* e seguenti c.p. spagnolo, non solo la creazione e implementazione di un SGCP, ma di un sistema di gestione della *compliance* che permetta di gestire la conformità a tutti gli obblighi legali che interessano l'organizzazione<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Quest'ultimo aspetto non è secondario in quanto l'esclusione dal perimetro applicativo della UNE 19601 del requisito dell'elusione fraudolenta, laddove non considerato durante la fase di costruzione o di analisi del sistema di controllo preventivo, potrebbe determinare la perdita del valore esimente del SGCP adottato.

<sup>24</sup> I componenti di una struttura di alto livello sono: contesto dell'organizzazione, *leadership*, pianificazione, supporto, attività operazionali, valutazione delle performance e miglioramento.

<sup>25</sup> La ISO 19600 permette la creazione di un sistema della *compliance* trasversale che può essere suddiviso in ambiti specifici quali ad esempio: *compliance* penale, *compliance* fiscale, *compliance* antitrust, ecc.

<sup>26</sup> Vedasi le considerazioni di CASANOVAS, *Compliance penal normalizado el estándar UNE 19601*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.

<sup>27</sup> Le linee guida della OECD: *Guidelines for Multinational Enterprises* 2011 Edition, [www.oecd.org](http://www.oecd.org), indicano principi comuni per la *governance* delle multinazionali finalizzate al fine di garantire che le attività d'impresa vengano svolte osservando la normativa applicabile e le principali raccomandazioni internazionalmente. Le linee guida risultano di importanza fondamentale poiché individuano, nella parte I, le macro aree giuridiche di obbligata osservanza quali: divulgazione delle informazioni, diritti umani, occupazione e relazioni industriali, ambiente, lotta alla corruzione, all'istigazione alla corruzione e alla concussione, interessi del consumatore, scienza e tecnologia, concorrenza, fiscalità. Le citate aree riassumono i principali blocchi normativi che le companies saranno tenute ad osservare rappresentando, inoltre, un utile schema per la creazione di un sistema di gestione della *compliance* trasversale.

Un altro elemento essenziale affrontato dalle recenti interpretazioni della Procura Generale e della Corte di cassazione spagnola è il concetto di «cultura del *cumplimiento*» direttamente mutato, come abbiamo avuto modo di analizzare, dallo standard australiano AS 3806:2006.

Analogamente ad altri sistemi di gestione, il SGCP è basato sul principio del miglioramento continuo rispondendo pienamente alle dinamiche previste dal Ciclo di Deming<sup>28</sup> (P.D.C.A.: *Plan, Do, Check, Act*). I componenti della UNE 19601, infatti, possono essere associati agli elementi previsti dal Ciclo di *Deming* come segue: il contesto dell'organizzazione, la *leadership*, la pianificazione rientrano nell'attività di pianificazione (*Plan*), gli elementi di supporto e le attività operative fanno riferimento all'attività di esecuzione (*Do*), la valutazione delle *performance* all'attività di controllo e verifica (*Check*) e l'attività di gestione delle non conformità e miglioramento continuo all'attività di miglioramento (*Act*).

La struttura della UNE 19601, inoltre, è integrata con i dettami normativi dell'art. 31 *bis*, comma 5, mediante una tavola schematica inserita all'allegato «A» che pone in relazione gli elementi dei Modelli organizzativi *ex art.* 31 *bis*, comma 5, con i componenti della norma UNE.

Infine, la norma spagnola specifica il significato delle forme verbali utilizzate: l'espressione «deve» dovrà essere interpretata come requisito essenziale della norma, «dovrebbe» rappresenta una raccomandazione e «può» indica una possibilità.

## 1. Introduzione

La UNE 19601, così come gli altri standard in materia di *compliance* citati fino ad ora<sup>29</sup>, esordisce con una breve presentazione della norma che risulta interessante analizzare non solo per comprendere correttamente i successivi capitoli, ma anche per le interpretazioni normative fornite.

Va sottolineato che una delle differenze importanti che caratterizzano la UNE 19601, rispetto ad altri *standard* nazionali ed internazionali in materia di *compliance*, è rappresentata dal suo contenuto normativo. Sin dall'introduzione, infatti, si può evincere chiaramente come il citato *standard* propenda per un sistema di responsabilità penale degli enti collettivi basato sulla colpa organizzativa o *deficit* organizzativo<sup>30</sup>.

L'obiettivo della UNE 19601 è, quindi, quello di fornire alle organizzazioni un quadro di riferimento completo che permetta non solo di disporre di un SGCP allineato con le esigenze del 31 *bis*, ma anche integrato e integrabile con i principali *standard* internazionali in materia di compliance<sup>31</sup>.

Nell'introduzione viene specificato che l'uso del termine organizzazione permetterà di estendere il citato sistema di gestione anche agli enti privi di personalità giuridica

<sup>28</sup> William Edwards Deming (Sioux city Iowa, 1900 - Washington DC 1993, EE.UU.) professore universitario ideatore del sistema di miglioramento continuo applicabile in qualsiasi contesto, denominato «Ciclo di Deming» PDCA (*Plan, Do, Check, Act*).

<sup>29</sup> Gli *standards* AS 3806:2006, ISO 19600:2014 e ISO 37001:2016.

<sup>30</sup> Per un'interessante analisi del regime di responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna vedasi: NIETO MARTÍN, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 69.

<sup>31</sup> I requisiti della UNE 19601 corrispondono in gran parte con gli *standard* internazionali ISO 19600 e ISO 37001.

nei cui confronti risulta inapplicabile il regime giuridico del 31 *bis* c.p. spagnolo<sup>32</sup>. La UNE 19601 quindi potrà essere utilizzata per creare e implementare un SGCP in organizzazioni di differenti dimensioni, del settore privato o pubblico, con o senza scopo di lucro, adattato alle circostanze specifiche dell'organizzazione e finalizzato alla prevenzione, detenzione e gestione dei rischi penali.

La norma, inoltre, si autocandida come *best practices* internazionale facendo esplicito riferimento a una sua possibile applicazione extra-territoriale in quei sistemi giuridici in cui è contemplata la responsabilità penale o amministrativa delle persone giuridiche<sup>33</sup>, come per esempio quello italiano.

Lo *standard* spagnolo specifica chiaramente che l'osservanza dei requisiti della norma e la conseguente certificazione non assicurerà un esonero automatico della responsabilità penale della persona giuridica, sgomberando il campo da qualsiasi tipo di strumentalizzazione che possa nascere al riguardo.

Va ricordato in merito che la normativa spagnola, replicando *in toto* l'esperienza italiana, non prevede *ope legis* la possibilità di certificazione dei Modelli organizzativi né tantomeno conferisce una presunzione *iuris tantum* di conformità ai SGCP certificati, delegando rigorosamente al libero convincimento del giudice il giudizio in merito all'idoneità e l'efficace attuazione dei Modelli organizzativi<sup>34</sup>.

Sempre nell'introduzione viene specificato che l'obiettivo dello *standard* spagnolo è quello di supportare le imprese nello sviluppo di un SGCP in grado di prevenire, identificare e gestire i rischi penali creando una cultura organizzativa del «*cumplimiento*» che «*possa giustificare in ultima istanza l'esonero di responsabilità*» previsto dall'art. 31 *bis*<sup>35</sup>.

Questi ultimi concetti meritano un'attenta disamina per comprendere in modo completo la portata che la norma spagnola attribuisce alla cultura di *compliance*.

Se l'affermazione riguardante la subordinazione della norma UNE alla legge e alla libera valutazione del giudice nelle sue vesti di *peritus peritorum* risulta assolutamente<sup>36</sup> condivisibile, sembra maggiormente complicato accettare l'affermazione relativa alla cultura di *compliance* come elemento in grado di giustificare *re ipsa* l'esonero di responsabilità previsto dal 31 *bis* c.p. spagnolo.

In caso contrario, infatti, si incorrerebbe nel rischio di allontanarsi eccessivamente dai requisiti normativi tassativamente indicati dal codice penale spagnolo (*dura lex sed lex*) che vincolano, appunto, il valore esimente dei Modelli organizzativi a specifici requisiti previsti *ex lege* inseriti in un preciso e complesso sistema di *check*

---

<sup>32</sup> Agli enti privi di personalità giuridica viene applicato il regime sanzionatorio previsto dall'art. 129 c.p. spagnolo denominato «*consecuencia sacerdotalis*». In base al citato articolo c.p. spagnolo saranno applicabili all'ente senza personalità giuridica le stesse pene previste dall'art. 33.7 c.p. spagnolo che sono applicabili *ex art. 31 bis* c.p. spagnolo alle persone giuridiche.

<sup>33</sup> In questo caso il richiamo all'esperienza italiana è d'obbligo. Infatti, la totale coincidenza normativa tra i due paesi permetterebbe, in opinione di chi scrive, di adattare lo *standard* al contesto italiano. In questo senso la possibilità di adattamento si estenderebbe anche alla normativa cilena (*Ley* n° 20393), messicana (Art. 421 del *Código Penal de Procedimientos Penales* e art. 24 ss. della *Ley General de Sociedades Administrativas*) e peruviana (Decreto Legislativo n° 1352).

<sup>34</sup> Il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione della prova viene indicato nell'art. 24 della costituzione spagnola.

<sup>35</sup> In questo senso vedasi GOMEZ-JARRA, *Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)*, in *Diario de la Ley*, n° 9018, 11 luglio 2017

<sup>36</sup> Precedentemente abbiamo specificato come gli *standard* UNE potrebbero rientrare tra le fonti del diritto, *mutatis mutandis*, in veste di consuetudini.

*and balance*<sup>37</sup>. Fondare l'esonero di responsabilità sull'esistenza di una cultura della conformità, concetto rischiosamente evanescente, potrebbe pregiudicare, a nostro avviso, il principio della certezza del diritto che governa il sistema giuridico spagnolo delegando al giudice una facoltà di valutazione e una responsabilità oltremodo estesa. Le preoccupazioni riguardanti il citato concetto sono state condivise da parte della giurisprudenza spagnola che afferma quanto segue: «Incorporare tra gli elementi del reato un elemento tanto evanescente come l'assenza di una cultura di conformità alle leggi non rispetta il principio di certezza del diritto, insito nel principio di tassatività della normativa penale, che esige che la legge identifichi con la maggior precisione possibile i fatti tipici che possono generare la responsabilità penale delle persone giuridiche<sup>38</sup>».

Utilizzare la cultura della compliance come elemento cardine del sistema esimente previsto dall'art. 31 *bis* c.p. spagnolo comporterebbe, a nostro avviso, anche un parziale travisamento del principio di legalità espresso dal brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege* e recepito dalla costituzione spagnola all'art. 25. Infatti, l'inclusione del concetto di cultura di *compliance* tra gli elementi tipici della responsabilità penale vincolerebbe il giudice all'applicazione del citato concetto sia *in bonam partem* sia *in malam partem* in pregiudizio del principio della certezza del diritto.

Nella parte finale del capitolo vengono menzionati gli obblighi degli amministratori delle società di capitali relativi all'adozione dei Modelli organizzativi<sup>39</sup> *ex art. 31 bis* c.p. spagnolo. L'art. 249 *bis* de la *Ley de Sociedad de Capitales* (di seguito LSC) specifica che tra le competenze indeleggibili del Consiglio di Amministrazione figura la determinazione delle politiche e delle strategie aziendali, previsione normativa in cui può essere inclusa anche la politica di *compliance* penale menzionata al punto 5.2 della UNE 19601. Ancor più specifico risulta l'art. 529 *ter* della LSC che attribuisce al Consiglio di Amministrazione delle società quotate il dovere di determinare le politiche di controllo e di prevenzione dei rischi della società e l'obbligo di vigilare sul sistema interno di informazione e controllo rendendo così pressoché obbligatoria l'adozione di un Modello organizzativo *ex art. 31 bis*. In caso di mancata predisposizione di un'apposita valutazione dei rischi penale e successiva gestione degli stessi, i membri dell'organo di amministrazione delle società di capitali spagnole potrebbero essere esposti all'azione di responsabilità sociale prevista dall'art. 238 della LSC per i danni arrecati alla Società.

L'introduzione della UNE 19601 chiude indicando come l'obiettivo perseguito dalla citata norma sia anche quello di permettere alla persona giuridica di accreditare un comportamento che evidenzi una reale cultura della conformità.

<sup>37</sup> Vedasi il contributo di MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in questa *Rivista*, 4/2015 in cui viene indicato con massima chiarezza l'architettura del sistema introdotto dal d.lgs. 231/2001.

<sup>38</sup> Sentenza Corte di cassazione spagnola n° 154/2016, fondamento giuridico quarto.

<sup>39</sup> In merito al obbligo di fatto a carico degli amministratori delle società di capitali italiane di effettuare una valutazione dei rischi vedasi la giurisprudenza e dottrina italiana in CATTADORI, *L'adozione del Modello 231 da facoltà a obbligo*, 22 dicembre 2010 in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it).