

OSSERVATORIO SULLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ENTI

GIUSEPPE DI VETTA

La responsabilità degli enti nella prospettiva dei «grandi spazi» Profili transnazionali del d.lgs. n. 231/2001

L'Autore discute le proiezioni transnazionali del sistema di responsabilità degli enti (d.lgs. 08.06.2001, n. 231) alla luce delle trasformazioni fondamentali che la globalizzazione ha innescato o, comunque, contribuito a realizzare. Il riferimento ai «grandi spazi», di matrice schmittiana, esprime sinteticamente la prospettiva critica entro la quale si muove l'A. nella ricerca. La questione «domestica» della responsabilità di società transnazionali, prive di collegamenti con il territorio nazionale, è così approfondita attraverso la considerazione delle tendenze che caratterizzano l'attuale fase di mondializzazione: la disaggregazione di sovranità e territorio; la «rivoluzione spaziale» e l'evoluzione in senso normativo della territorialità; lo sviluppo di forme di giurisdizione funzionali o post-geografiche, attraverso le quali gli stati nazionali continuano ad esercitare il controllo dell'attività economica che trascende i confini territoriali; il ruolo preponderante che le corti e i giudici svolgono in questo contesto come autentici *border guards*. L'attività delle imprese multinazionali o transnazionali rappresenta, secondo l'A., il terreno più significativo per osservare gli sviluppi dei modelli di regolazione («regulatory capitalism») e, parallelamente, l'emersione di quel diritto «transnazionale», «ibrido», «policontesturale», «globale», prodotto al di là delle logiche formali dello stato o dell'interstatualità, di cui però si deve tener conto nell'applicazione del diritto nazionale con riguardo a fattispecie concrete che hanno un intrinseco carattere «transnazionale». Caratteristica, quest'ultima, con cui si intende designare la «dimensione» operativamente inter-legale dei quadri normativi rilevanti nei singoli casi. Il saggio - che fa parte di una ricerca monografica più ampia - si conclude ripercorrendo criticamente l'orientamento pseudo-universale (o artificiosamente territoriale) della giurisprudenza interna con riguardo all'ambito di applicazione spaziale del sistema punitivo in esame, rilevandone, da un lato, l'incoerenza con struttura e funzioni dell'autonomo illecito dell'ente e, dall'altro, il contrasto con il principio di *non-interference*. Nelle conclusioni, si prospettano talune modifiche alla disciplina positiva (art. 4 d.lgs. n. 231/2001), orientate ad assicurare un'applicazione del diritto punitivo interno compatibile con la legalità internazionale e coerente con la dimensione «inter-legale» che connota la regolazione dell'attività economica transnazionale.

The responsibility of institutions in the perspective of "large spaces" Transnational profiles of the legislative decree n. 231/2001

The author investigates the transnational application of corporate liability law (decreto legislativo 08.06.2001, n. 231) in the light of the fundamental transformations that globalization has caused. The domestic question about liability of foreign corporations is thus analyzed considering the current trends of globalization: the disaggregation of sovereignty and territory; the "space revolution" and the evolution of territoriality in a regulatory sense; the creation of functional or post-geographic forms of jurisdiction, through which national states regulate cross-border business activity; the role that courts and judges play in this context as border guards. According to the author, the activity of multinational corporations represents the most significant ground for observing the developments of regulatory models (regulatory capitalism). At the same time, in this context, arises a new "transnational", "hybrid", "polycontextural", "global" law. Finally, the author criticizes the extraterritorial scope of corporate liability system, suggesting certain amendments in order to make domestic law compliant with non-interference principle and consistent with the "inter-legal" dimension which connotes the regulation of transnational economic activity.

SOMMARIO: 1. La responsabilità delle società “non radicate” come tema della globalizzazione. La prospettiva di analisi dei «grandi spazi». – 2. Oltre *finis terrae*: dalla geografia alla topografia di spazi giuridici funzionali. L'emersione di nuove territorialità e la formazione di nuovi confini. – 3. Le trasformazioni della giurisdizione nei «grandi spazi». Normativizzazione della territorialità ed espansione dell'extraterritorialità. Le «domestic measures with extraterritorial implications». – 4. Il D.lgs. n. 231 come sistema punitivo ad applicazione extraterritoriale. – 5. Elementi di comparazione: la «presumption against extraterritoriality» come presidio della «foreign affairs competence». Cenni al declino delle global courts nell'esperienza USA. – 6. La proiezione extraterritoriale del sistema punitivo interno come sintomo della funzione di governance giudiziaria nello scenario transnazionale. Il giudice *border guard*. – 7. Il «focus» del d.lgs. n. 231/2001: la territorialità è un'implicazione necessaria della struttura dell'illecito punitivo e risponde ad esigenze di legalità del rimprovero per colpevolezza organizzativa. – 8. Considerazioni conclusive circa la proiezione extraterritoriale del d.lgs. n. 231/2001. – 9. La questione che giace al fondo: il diritto applicabile nella dinamica del rimprovero nei confronti dell'ente. L'assenza di una *conflict rule* e il tentativo di surrogarla: i metodi dell'assimilazione funzionale, della valutazione in concreto del modello organizzativo e dell'equivalenza normativa. Critica. – 10. Coordinate per una compiuta disciplina transnazionale del d.lgs. n. 231/2001: definire uno statuto di territorialità normativa per l'ente, attraverso l'enucleazione di indici di operatività economica.

1. La responsabilità delle società “non radicate” come tema della globalizzazione. La prospettiva di analisi dei «grandi spazi». La responsabilità di società non radicate nel territorio dello Stato (art. 4 d.lgs. 08.06.2001, n. 231)¹ è un

¹ Il presente saggio anticipa analisi e riflessioni destinate ad un più vasto sviluppo nell'ambito di uno studio monografico dedicato ai profili transnazionali della responsabilità degli enti.

¹ La bibliografia sul tema è ormai consistente: ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534 ss.; AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1287 ss.; ARTUSI, *Prospettive «231» nei gruppi di imprese: accentramento di funzioni e sedi estere*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 97 ss.; BAFFA-CECCHINI, *Limiti spaziali di validità della responsabilità da “reato” degli enti: applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 all'ente “italiano” per reato commesso all'estero e all'ente “straniero” per reato commesso in Italia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 1 ss.; BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, 832 ss.; BASSI-MORELLI, *Paese che vai, responsabilità che trovi: il “sistema 231” italiano e la corporate compliance estera*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, pp. 1 ss.; CERQUA, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per reati commessi all'estero*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 113 ss.; FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Jus*, 2011, 249 ss.; FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 49 ss.; FUSCO, *Applicabilità del D.lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 179 ss.; GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/01: compatibilità e incompatibilità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 1 ss.; IANNINI, sub art. 4 *Reati commessi all'estero*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da Levis e Perini, Bologna, 2014, 136 ss.; MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 91 ss.; ID., *Le «frontiere» del societas delinquere potest. Limiti all'applicazione nello spazio della legge italiana sulla responsabilità da reato dagli enti collettivi*, in *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di Centonze e Mantovani, Bologna, 2016, 175 ss.; PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 152 ss.; PISTORELLI, sub artt. 1, 2, 3, 4, in *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso, Milano, 2007, 29 ss.; ID., *Profili problematici della “responsabilità internazionale”*

tipico tema che appartiene alle narrazioni della globalizzazione perché ne pone in risalto le molteplici e note dimensioni problematiche: crisi della territorialità del diritto, limiti dello Stato (e *degli* stati) nella regolazione e controllo dell'attività economica transnazionale, emersione di forme di giuridicità prodotte da *non-state actors* e quindi irriducibili al diritto nazionale e internazionale. In questo articolo si approfondisce la questione della portata extraterritoriale del diritto punitivo interno nell'ottica delle trasformazioni innescate dalla fase attuale² di globalizzazione economica. Fase che risulta caratterizzata da una incessante transizione verso un capitalismo a base globale: i flussi economici muovono lungo traiettorie che *non* hanno più come base e limite i singoli conchiusi mercati nazionali (declinazioni artificiali di «stati commerciali chiusi») bensì assumono come prospettiva spaziale di sviluppo l'intero globo. In questo senso – naturalmente semplificando – il modello territoriale e interstatale di regolazione dei flussi e delle attività economiche non è più ca-

degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 1 ss.; RICCARDI, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto nazionale*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2018, 1 ss.; RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivanti da reato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 989 ss.; SCARCELLA, *La c.d. «internazionalizzazione» della responsabilità da reato degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 35 ss.; STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 2013, 1 ss.; TRIPODI, *Il diritto penale degli enti nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto*, in *questa rivista*, 2019, 1 ss.; da ultimo, DI VETTA, *sub art. 4 Reati commessi all'estero*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Castronuovo, De Simone, Ginevra, Lionzo, Negri, Varraso, Wolters Kluwer, 2019, 62 ss.: ivi anche per i riferimenti giurisprudenziali.

² La periodizzazione della globalizzazione economica e dei suoi effetti sul piano politico, sociale e giuridico è una tematica ancora aperta. Prevale la tesi che individua la globalizzazione come un processo, scandito per fasi o periodi, avviatosi in un momento sensibilmente anteriore al ventennio 70-'80; in tema: INGHAM, *Capitalism*, Polity Press, 2008 (trad. it. *Capitalismo*, Einaudi, Torino, 2010, 218 ss.); OSTERHAMMEL, PETERSSON, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen*, C.H. Beck, 2003 (trad. it. *Storia della globalizzazione*, Bologna, 2005); G. LAFAY, *Comprendre la Mondialisation*, Economica, 1996 (trad. it. *Capire la globalizzazione*, Bologna, 1998); U. BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, 1997 (trad. it. *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999). Di notevole interesse anche i saggi raccolti in *The Handbook of Globalisation*, a cura di Mitchie, Cheltenham, 2019 e, specialmente: HIRST-THOMPSON, *The future of globalisation*, 16 ss.; PERRATON, *The scope and implications of globalisation*, 50 ss.. Intanto, una lettura fondamentale della dimensione giuridica della globalizzazione, nel suo sviluppo processuale, è quella proposta da AUBY, *Le globalisation, le droit et l'Etat*, Parigi, 2020; più in generale, nella letteratura italiana, FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

pace³ – *non* allo stesso modo, perlomeno – di comprendere e sintetizzare dinamiche che hanno natura transnazionale (perché esorbitano i circoscritti confini nazionali) e operano in dimensioni spaziali⁴ irriducibili a quelle proprie degli Stati-nazione, storicamente intesi.

La globalizzazione moderna e la rivoluzione informatica hanno posto in luce l'obsolescenza di approcci e visioni – intrisi di un certo “naturalismo” metodologico – che considerano i mercati globali come fenomeni (comunque) *territorializzati*, ricompresi entro precise geometrie territoriali, a loro volta corrispondenti alle pretese di “localizzazione” espresse dal diritto nazionale.

La mondializzazione presente si è in realtà espressa in forme che non appaiono affatto assimilabili a quelle dell'internazionalizzazione economica⁵, che ha i suoi primordi già nel XVII sec. per poi consolidarsi nei successivi tre se-

³ Approccio di regolazione che è la proiezione speculare del modello giuridico-politico c.d. vestfaliano, fondato sul postulato dell'esistenza di sovranità nazionali a base territoriale, reciprocamente indipendenti, destinate ad interagire secondo le logiche e i moduli del diritto *inter*-statale.

⁴ L'idea che il capitalismo globale, nelle sue “nuove” dinamiche, contribuisca alla creazione di dimensioni *spaziali* (concretamente e giuridicamente definite) alternative a quelle consuete dello Stato territoriale nazionale emerge anche nella teorizzazione – di matrice neomarxista – dell'«esplosione dello spazio» di Henri Lefebvre: cfr. i saggi in LEFEBVRE., *State Space World. Selected Essays*, Londra, 2009, tra cui, in particolare, *Space. Social Product and Usue Value*, ivi raccolto (186 ss.), là dove l'A., all'esito di una lucida diagnosi, osserva come « we find ourselves faced with an extraordinary but little-noticed phenomenon: the explosion of spaces. Neither capitalism nor the state can maintain the chaotic, contradictory space they have produced [...]». L'«esplosione dello spazio» ha significative implicazioni anche per la riflessione giuridica più consapevole della necessità di ripensare il rapporto tra diritto e spazio, quindi tra sovranità (nazionale) e nuove forme spaziali, prodotte dai processi di mondializzazione.

⁵ Si distingue una fase di «internazionalizzazione» da quella di mondializzazione: BAIROCH, *Storia economica e sociale del mondo*, Torino, 1999, spec. 1120 ss.. I due periodi presentano caratteri sensibilmente eterogenei, anche per ciò che attiene alle forme che il diritto assume nello scenario transnazionale e alle dinamiche di regolazione che in esso prendono forma: a questi aspetti si accennerà. La tesi di una «seconda» globalizzazione, non assimilabile alla fase di internazionalizzazione, è proposta nel noto saggio di LEVITT, *The Globalization of Markets*, in *Harvard Business Review*, 1983, 92 ss.: si tratta di una lettura straordinariamente rilevante ai fini della presente discussione. In effetti, Levitt legge il fenomeno «globalizzazione» nell'ottica di una trasformazione *qualitativa* delle dinamiche di sviluppo del capitale e dei mercati nel senso di una deterritorializzazione e de-nazionalizzazione; l'unità di analisi dell'A. – non a caso – è il modo in cui le imprese *multinazionali* si organizzano nel nuovo spazio del capitale globale. L'interpretazione di Levitt ha segnato le teorizzazioni successive, anche quelle di impronta sociologica e giuridica che si impegnano nell'analisi del ruolo e la funzione dell'impresa multinazionale e transnazionale (cfr. *ultra*). La tesi di Levitt è comunque oggetto, più di recente, di revisioni e contestazioni, soprattutto per l'idea di una «tendenza alla convergenza» che l'A. intravede nel processo di globalizzazione: cfr. DIXON, SYBRANDY, *The Globalization of Markets: Is Convergence a Myth?*, in *Global Perspectives in Marketing for the 21st Century. Developments in Marketing Science: Proceedings of the Academy of Marketing Science*, a cura di Manrai e Meadow, Berlino, 2015, 374 ss.; ABDELAL, TEDLOW, *Theodore Levitt's "The Globalization of Markets": An Evaluation after Two Decades*, in *Harvard NOM Research Paper No. 03-20*, 2003, 1 ss.

coli; per essa i territori nazionali costituivano le sedi naturali di radicamento del mercato e dei fenomeni economici.

Si osserva una discontinuità tra il processo contemporaneo e quello storico di mondializzazione che risiede nel differente impatto del capitalismo presente sull'unità di sovranità e territorio che caratterizza lo stato moderno nazionale⁶. Per cogliere questa decisiva discontinuità in letteratura si ricorre frequentemente ai concetti di sradicamento territoriale, scorporazione del globale dal locale, disarticolazione della logica binaria «interno» ed «esterno», disgiunzione⁷: al di là delle sfumature nel campo semantico, le espressioni catturano una

⁶ In merito al nesso sovranità e territorio, nella costruzione del paradigma dello stato nazionale, si consideri l'imponente ricerca di ALE. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, spec. 86 ss. e 191 ss. (con riguardo, in particolare, alla concettualizzazione della componente «territorio» nelle dottrine del diritto pubblico, anche internazionale). Approfondisce le dinamiche territoriali connesse allo stato-nazione, ribadendo la persistenza di quel nesso costitutivo, MAIER, *Once Within Borders. Territories of Power, Wealth, and Belonging since 1500*, Harvard University Press, 2016 (trad. it. *Dentro i confini. Territorio e potere dal 1500 a oggi*, Torino, 2018). Una recente tradizione di studi geografici problematizza alla radice la concezione del territorio come «reificazione» della sovranità (con tutte le sue implicazioni, anche per il diritto): cfr., per ora, in un affresco, STOREY, *Territory and territoriality: retrospect and prospect*, in *A Research Agenda for Territory and Territoriality*, a cura di Storey, Cheltenham, 2020, 1 ss.; MURPHY, *The history and persistence of territory*, *ivi*, 25 ss..

Da un'altra angolazione, sul modello dello stato nazionale *territoriale*, cfr. la nota analisi di BOURDIEU, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Editions du Seuil, 2012, trad. it. *Sullo Stato. Corso al Collège de France 1990-1992*, Milano, 2021, 38 ss.; in una recente ricerca storiografica, analizza i processi di «territorializzazione» connessi alla formazione dello stato moderno, BLANCO, *Le origini dello Stato moderno*, Roma, 2020, spec. 106 ss.: dopo aver ribadito il rilievo «costitutivo» della dimensione spaziale e del tema dei confini in tali dinamiche, l'A. formula una considerazione di ordine metodologico particolarmente significativa: avverte della necessità di «non proiettare sul passato schemi e percezioni del nostro tempo», come «l'applicare anche alle società politiche d'antico regime l'assunto, tipico della contemporaneità, di una perfetta sovrapposizione tra territorio e potere politico»; nel «Medioevo e per quasi tutta l'età moderna la nozione di territorio, profondamente intrisa di diritto, non indica uno spazio politico continuo, omogeneo, perfettamente delimitato e isotropico [...]». Lo stesso confine si presenta storicamente come una dimensione problematica, priva di linearità, suscettibile di contestazione: è quindi una zona confusa, variabile, dove entità politiche e giuridiche differenti interagiscono, si sovrappongono e confliggono. In questo senso, territorio e confini, in quell'esperienza, hanno una consistenza essenzialmente artificiale e normativa; e si tratta di caratteristiche che tendono a riproporsi nell'attuale fase di globalizzazione (cfr. *infra*, par. 3).

⁷ L'interpretazione della globalizzazione come un insieme di processi di «scorporazione» di componenti dello stato-nazione che si proiettano nel «globale», attraverso «assemblaggi» e «ri-assemblaggi», senza che ciò determini il declino del «locale» (dello spazio statale), bensì la sua radicale «riconfigurazione», è come noto proposta da Saskia Sassen, di cui in particolare si segnala il principale studio *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2006; v. inoltre EAD., *A Sociology of Globalization*, W.W. Norton & Company, 2007 (trad. it. *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008). Le teorie che riflettono sulle dimensioni del «giuridico» nello scenario globale e, in particolare, la *Transnational Law Theory*, applicano i modelli analitici sviluppati da Sassen per spiegare le inedite forme *spaziali* (non territoriali ma funzionali) che assume il diritto: cfr. ZUMBANSEN, *Transnational Law and Legal Pluralism: Methodological Challenges*, in *Transnational Legal Theo-*

delle dimensioni peculiari dell'attuale fase di mondializzazione: i processi economici e comunicativi del capitalismo globale risultano scorporati dalle forme spaziali e giuridiche che informano il paradigma dello stato-nazione e ne determinano quindi la disaggregazione. La complessità del fenomeno Queste tendenze non implicano però un annichilimento definitivo delle tipiche strutture ordinanti dello stato territoriale nazionale e delle sue declinazioni interstatuali.

Le narrazioni che insistono su una lunga eclissi dello Stato e delle sue categorie risultano declinanti nel panorama teorico; si affermano, piuttosto, prospettive orientate all'osservazione e discussione critica delle *riconfigurazioni* delle forme della statualità, innescate dalle dinamiche del capitalismo a base globale. Si è a tal proposito osservato come «l'economia-arcipelago non elimini i territori e la dimensione "tellurica" delle giurisdizioni nazionali, ma piuttosto che conduca in entrambi i domini un elemento anarchico molto più potente di quello che lo ha preceduto nell'età dei mari: una geoeconomia trans-territoriale così estesa da sfidare la geografia politica della Terra con un *novus ordo mundi* dai confini fluidi e indefiniti»⁸.

La relazione tra forme dell'economia globale e componenti del paradigma statale non può essere ridotta in un vacuo schema di antagonismo tra queste diverse polarità: «i limiti della giurisdizioni territoriali [...] sono all'esterno ciò che consente all'economia di mercato di sottrarsi al controllo del politico, violando e superando continuamente le sovranità territoriali [...]»; la persistenza dello Stato nazionale «non è affatto in contraddizione con gli interessi dell'economia globalizzata, ma rappresenta anzi per quest'ultima l'opportunità di mettere in competizione tra loro i sistemi produttivi e fiscali nazionali, il credito e i modelli di sviluppo locali» ed infatti «le strategie di delocalizzazione e rilocalizzazione delle imprese transnazionali che plasmano la geografia economica contemporanea non avrebbero senso laddove la diversità politica dei luoghi e delle ineguaglianze sociali fossero annullate su scala globale»⁹. Risultano ridimensionate, in questa prospettiva, le impostazioni teoriche che tendono ad esasperare la «rivoluzione spaziale»¹⁰, effetto dei proces-

ry, vol. 2, 1, 141 ss. e spec. 180 ss.. Alle ricerche dell'Autrice si farà poi ulteriore riferimento (cfr. *ultra*, par. 3).

⁸ Cfr. VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria*, Einaudi, 2017, spec. Cap. IV e, per la citazione, 136.

⁹ In questi termini VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria*, cit., 137.

¹⁰ Cui dedica il suo studio VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria*, cit.; il fenomeno di «time-space compression» è caratteristico dei processi di mondializzazione

si di mondializzazione, sino al punto da intravedere, quale esito finale, l'avvento di una geografia priva di territori.

Certo: le logiche confinarie e territoriali, così come i corrispondenti moduli di esercizio della giurisdizione, caratteristici del modello vestfaliano o interstatale, subiscono tuttora radicali mutamenti; ma non è la «fine des territoires», provocatoriamente agitata da Bertrand Badie¹¹. Non si assiste all'«abolizione degli spazi che, al contrario, continuano con la mondializzazione ad essere rivalutati nella loro diversità e flessibilità. Essa non segna nemmeno la scomparsa delle frontiere che sono oggi più numerose di ieri; non cancella i territori né la sacralizzazione della terra e della sua storia, proprio nel momento in cui la richiesta identitaria riprende tutto il suo vigore. La frattura è *altrove* e si colloca nell'ambito del significato. La fine dei territori sanziona il declino di un ordinamento sul quale poggiava la maggior parte dei grandi equilibri internazionali».

La «fine dei territori» designa in realtà qualcosa di diverso e molto più profondo rispetto al graduale ridimensionamento dello stato territoriale nazionale e delle rispettive capacità di controllo e regolazione dell'economia globale; definisce infatti un complesso di tendenze e linee di sviluppo che realizzano un inedito assetto delle relazioni costitutive tra territorio e sovranità, tra territorio e diritto.

Il tema dell'applicazione del diritto punitivo interno in relazione a società la cui attività e dimensione organizzativa presenta caratteristiche transnazionali inevitabilmente interessa quella relazione fondativa; e impone infatti di considerare le fibrillazioni e trasformazioni che la investono, analizzando i modi in cui gli stati contemporanei, sferzati dai processi di mondializzazione, persistono nell'organizzare, attraverso il diritto, il governo dei «grandi spazi».

I «grandi spazi», appena richiamati, sono la prospettiva di analisi prescelta per questa indagine. Il concetto – come noto – ha un'impegnativa matrice teorica nell'elaborazione di Carl Schmitt in ordine alla crisi dell'ordinamento giuridico concreto, ancorato al *nomos* tellurico¹². Nello studio schmittiano, sono i

contemporanei ed è stato tematizzato da diverse prospettive; qui si accenna a pochi fondamentali studi: BAUMAN, *Globalization*, Cambridge, 1998, spec. 55 ss.; HARVEY, *The Condition of Postmodernity*, Cambridge, 1989, spec. 201 ss.; SCHEURMAN, *Global Law in Our High Speed Economy*, in *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, a cura di Appelbaum, Felstiner, Gessner, Oxford-Portland, 2001, 103 ss.

¹¹ Cfr. BADIE, *La fin des territoires*, Parigi, 1995, 124.

¹² Sul significato essenziale che assume il *nomos* nell'articolato percorso schmittiano intorno al diritto e alle sue forme spaziali, si consideri ALE. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., 74 ss., ed *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici, come in particolare i lavori di G. Preterossi.

«grandi spazi» dell'economia e del commercio a porre in crisi il fondamento territoriale e le pretese giuridiche di localizzazione che ad esso si riconnettono¹³. In essi Carl Schmitt intravede il progressivo affermarsi di un diritto «non territoriale», dei «non luoghi», in nulla assimilabile al diritto degli stati (internazionale). Per la riflessione schmittiana, i «grandi spazi» sono fattori di crisi dell'ordinamento giuridico e un limite al diritto stesso, perché ormai incapace di *delimitazioni* territoriali. In realtà, come si tenterà di dimostrare, è proprio nei «grandi spazi» che il diritto è destinato ad esaltare le sue capacità di localizzazione¹⁴ e a definire nuove coordinate spaziali di applicazione, emancipandosi da radici territoriali e politiche. E in questo modo il diritto, come tecnologia idonea a fissare fatti e soggetti in luoghi o spazi, assicura tuttora

¹³ Carl Schmitt trae il concetto di *Großraum* dall'osservazione di una realtà empirica: quella delle nuove forme di organizzazione e dislocazione delle infrastrutture industriali e, specialmente, delle reti di approvvigionamento energetico (reti di gasdotti e oleodotti): lo rammenta VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria*, cit., 182. L'ascendenza "ingegneristica" e funzionale dei «grandi spazi» ne conferma lo sviluppo in giustapposizione all'organizzazione *territoriale* degli ordinamenti: è il «coeso spazio operativo» (*Leistungraum*) a porre in crisi le concezioni spaziali legate agli stati-nazionali, fondati sul *nomos* tellurico. Soprattutto, nel *Großraum* sono (già) impresse alcune caratteristiche che descrivono lo scenario giuridico globale: l'ingegneria di reti, di punti, di elementi e componenti di trasmissione, la carenza (necessaria) di «centri» e, quindi, un'organizzazione poliarchica delle infrastrutture e dello spazio: cfr. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Duncker & Humblot, 1995 (trad. it. *Stato, Grande Spazio, Nomos*, Milano, 2015, 108 ss.). Folgorante il saggio *La dissoluzione dello «jus publicum Europaeum»*, in SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (trad. it., *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Milano, 1991, 287 ss.), dove l'A. osserva come «il movimento generale verso la *libertà*, che comportava una negazione delle tradizionali localizzazioni e, in tal senso, una mobilitazione totale del genere più intenso, ovvero una de-localizzazione generale, scardinò il mondo eurocentrico, precipitandolo in altri campi di forza, rispetto ai quali il positivismo della legge dello Stato non era, all'interno dello Stato, di alcun aiuto. Ma anche all'esterno dello Stato mancava al positivismo dei trattati internazionali ogni consapevolezza storica della propria situazione. Si può così spiegare perché soltanto il dualismo tra diritto internazionale e diritto territoriale, vale a dire il dualismo tra esterno e interno, fosse visto come problema centrale e discusso in modo molto puntuale, mentre il dualismo tra diritto interstatale-politico e diritto internazionale-economico restò inosservato. Proprio qui, nel campo dell'economia, l'antico ordinamento spaziale della terra perse evidentemente la sua struttura [...]» (enfasi dell'A.). Ci sono già *in nuce* le categorie critiche tramite le quali sono state osservate e discusse le implicazioni della globalizzazione nella prospettiva del diritto: specialmente il dualismo tra un diritto territoriale e politico e un diritto «transnazionale» («Law Without State»), privo dei caratteri del primo e prodotto al di fuori delle logiche formali dello stato e dell'interstatalità (diritto internazionale). Prende le mosse dall'impostazione schmittiana, tra le altre, l'indagine suggestiva intorno alla disgregazione geografica del «politico» e del diritto di CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 1994, spec. 105 ss.. Per un inquadramento delle caratteristiche della giuridicità contemporanea («*transnational law*», «*global law*», diritto oltre lo Stato), oltre ai riferimenti bibliografici per cui oltre nel testo, cfr. intanto FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, 67 ss..

¹⁴ In ordine alla persistente capacità di localizzazione del diritto, nello spazio transnazionale, l'indagine di N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2000.

all'attore statale margini di governo della rivoluzione spaziale¹⁵, entro i quali esercitare – secondo moduli originali¹⁶ – le funzioni di regolazione e controllo. Qui si propone esattamente di discutere la questione “interna” della responsabilità di società «straniere» (non radicate) nel più vasto scenario teorico dei «grandi spazi», appena abbozzato.

2. *Oltre finis terrae: dalla geografia alla topografia di spazi giuridici funzionali. L'emersione di nuove territorialità e la formazione di nuovi confini.* La discussione intorno al controllo e alla regolazione dell'attività di imprese globali o transnazionali¹⁷ risente sensibilmente delle precomprensioni teoriche che

¹⁵ A conclusione del suo itinerario, VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria*, cit., 142, osserva: « [...] la globalizzazione nomina un evento il cui accadere modifica globalmente gli schemi dentro i quali il mondo accade. E' dunque di fondamentale importanza rimarcare che una rivoluzione spaziale non comporta solo un insieme interconnesso di fenomeni oggettivi (mutamenti di scale, nuovi assemblaggi politici, inediti rapporti elementari, singolari modalità d'azione, comunicazione, produzione): essa modifica anche i soggetti che ne sono coinvolti, le regole cognitive, l'immaginario collettivo, gli orizzonti d'attesa».

¹⁶ Lo stato sperimenta forme, approcci e schemi di regolazione del tutto inediti, sensibilmente distanti – soprattutto da un punto di vista qualitativo – da quelli riconducibili al modello dell'intervento e controllo diretti («government»). Nello scenario transnazionale, post-vestfaliano, si assiste alla transizione verso la «governance», una complessa architettura di tattiche, schemi e moduli attraverso i quali gli attori statali *concorrono, partecipano e, talvolta, dirigono e orchestrano* articolati processi di elaborazione e negoziazione degli assetti di regolazione. La letteratura è sul tema difficilmente dominabile; ci si limita qui a qualche riferimento che si reputa essenziale per suggerire chiavi di lettura: la decisiva raccolta di saggi *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, a cura di ROSENAU e CZEMPIEL, Cambridge University Press, 1992 e spec. il saggio di ROSENAU, *Governance, order, and change in world politics* (1 ss.); SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004; con particolare riferimento alle trasformazioni istituzionali che investono i modelli della regolazione, soprattutto i lavori di BRAITHWAITE, DRAHOS, *Global Business Regulation*, Oxford University Press, 2000; J. BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Cheltenham, 2008; D. LEVI-FAUR, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 2005, 12 ss.; SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in *The Politics of Regulation*, a cura di Jordana e Levi-Faur, EEP, 2004, 112 ss.. Le implicazioni di queste transizioni su contenuti e caratteri del diritto sono esaminate, tra i molti, da F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L., 2010, spec. 168 ss..

¹⁷ Le società transnazionali o multinazionali sono gli attori globali che concorrono, in misura determinante, ai processi di «disaggregazione» e più in generale, alle trasformazioni che incarnano la fase presente della globalizzazione; per questa ragione costituiscono il principale oggetto di studio di una vasta letteratura che muove da differenti prospettive disciplinari. Anche qui ci si limita ai riferimenti essenziali, cui molto devono le considerazioni nel testo; anzitutto gli studi “teubneriani”, che approfondiscono le capacità autopoietiche delle TNCs e i relativi processi di *norm-making*: G. TEUBNER, *Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011.; J. P. ROBÈ, *Multinational Enterprises: the Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in *Global Law Without a State*, a cura di Teubner, Aldershot, 1997, 45 ss.; ID., *Globalization and constitutionalization of the World Power System*, in *Multinationals and the Con-*

riguardano in generale i fenomeni di globalizzazione e spesso dissimulano vere ipoteche ideologiche e in senso lato culturali.

In realtà, i processi di mondializzazione non segnano una *Götterdämmerung*; non stiamo assistendo all'«eclissi» o alla «caduta» dello Stato¹⁸, pure agitata in

stitutionalization of the World Powers System, a cura di Robè, Lyon-Caen, Vernac Routledge, 2016, 11 ss.; MUCHLINSKI, "Global Bukowina" *Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-Making Community*, in *Global Law Without a State*, cit., 73 ss. Da altra prospettiva: DE JONGE, *The evolving nature of the transnational corporation in the 21st century*, in *Research Handbook on Transnational Corporations*, a cura di de Jonge e Tomasic, Cheltenham, 2017, 9 ss.; IETTO, GILLES, *The role of transnational corporations in the globalization process*, in *The Handbook of Globalization*, cit., 155 ss.; un contributo significativo, al riguardo, è lo studio di GOLIA, *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralismo e responsabilità*, Milano, 2019, spec. 33 ss..

¹⁸ Contestano, da differenti prospettive teoriche, la tesi dell'eclissi o della ritirata dello stato, proponendo letture alternative, volte invece a tematizzare trasformazioni e riconfigurazioni del paradigma statale per effetto dei processi di globalizzazione: ZUMBANSEN, *Neither "public" nor "private", "national" nor "international": transnational corporate governance from a legal pluralist perspective*, CLPE Research Paper, vol. 6, 5, 2010, 7, che insiste sul concetto di «riposizionamento strategico» dell'attore statale nelle dinamiche della regolazione e produzione giuridica, nello scenario transnazionale; SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in *The Politics of Regulation*, a cura di Jordana, Levi-Faur, Cheltenham, 2004, 112 ss., che muove dall'osservazione della crisi dello stato welfarista per analizzare i nuovi modelli indiretti, riflessivi, privati o ibridi attraverso i quali si svolge la funzione di controllo delle dinamiche sociali (e specialmente economiche) nel *post-regulatory state*; MICHAELS, *Globalization and the Law: Law Beyond the State*, in *Law and Society Theory*, a cura di Banakar e Travers, Londra, 2013, 1 ss., dove l'A., superate le visioni del declino dello stato, ne ribadisce la centralità nel contesto della «globalizzazione», osservandone le trasformazioni attraverso tre prospettive dimensionali: «territory», «population» e «government»; SASSEN, *A Sociology of Globalization*, New York, 2007 (trad. it. *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008, spec. 33 ss., che prende le mosse, nella sua indagine, da una posizione apertamente critica in relazione alle tesi che intravedono nella globalizzazione un processo inesorabile di «vittimizzazione dello stato» (così l'A.): «la nuova geografia del potere con cui deve fare i conti lo stato comprende pertanto un processo molto più differenziato di quello suggerito dalle nozioni di declino generale del significato dello stato. Assistiamo invece a un riposizionamento dello stato in un più vasto ambito di potere e a un rimodellamento dell'operato dello stato». I modi tramite i quali gli stati *partecipano* ai processi di globalizzazione sul piano della regolazione, della produzione giuridica, dell'amministrazione e della *governance* («denazionalizzazione», «endogenizzazione» del globale, *encasement*) sono l'oggetto principale degli studi di Sassen (cfr. *infra*): al fondo c'è l'intuizione che la globalizzazione non sia un fattore e un evento «esterno» agli stati, bensì che accada e si svolga nelle strutture, istituzioni (il diritto) e spazi che appartengono alla statualità. La ricerca di Sassen ha un'influenza determinante per i più recenti progetti teorici di descrizione e di analisi dell'esperienza giuridica nello scenario globale (cfr. *ultra*, nt. 32). Discutono criticamente la parabola della «crisi» dello stato, in molteplici contributi, CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, 19 ss.; ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 23 ss.; CASINI, *Lo stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020, spec. 13 ss.; OST-VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2010, 125 ss.. Per un tentativo di analisi del modo in cui il riposizionamento strategico dell'attore statale si riflette nelle strutture del diritto penale, cfr. DI VETTA, *Diritto penale e post-regulatory state. Tutela di funzioni e regolazione penale periferica*, in corso di pubblicazione.

letteratura¹⁹; né tanto meno appare destinata ad un'esiziale crisi la dimensione della «territorialità», tramandata come reificazione della sovranità.

Gli approcci decadenti, prevalenti in una prima stagione di riflessione su questi temi, soffrono di apriorismi e precomprensioni che si riconnettono all'idea di fondo di una statica identità/unità di territorio e sovranità nazionale. E' il c.d. *methodological nationalism*²⁰. La territorialità rappresenterebbe null'altro che una «naturalizzazione» del potere politico statale: la sovranità si estrinsecerebbe - e storicamente si sarebbe espressa - in forma essenzialmente territoriale, secondo l'unità binomiale che connota lo stato nazionale²¹. In questa prospettiva, anche il territorio nazionale dovrebbe costituire l'unica espressione spaziale per il diritto («*the law of the land*»); non vi sarebbero altre forme di localizzazione giuridica all'infuori di quello spazio, politicamente permeato. Così anche la prerogativa giurisdizionale (*prescribe jurisdiction* - «Kompetenz-Kompetenz») è stata concepita come inestricabilmente connessa («vincolata») alla dimensione naturale e geografica dello stato: il territorio²².

Una significativa tradizione di studi sociali e geografici (*border studies*) pone apertamente in discussione queste visioni. In realtà, lo stato-nazione è solo una forma contingente e storicamente determinata di articolazione della rela-

¹⁹ Muove da precise coordinate di teoria dei sistemi e, in modo particolare, dal concetto di «differenziazione funzionale e comunicativa», la nota analisi di WILLKE, *The Tragedy of the State: Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, in *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1986, 455 ss.; affronta la parabola della «crisi dello stato» ed esprime una posizione apertamente scettica sulle formule c.d. «neo-medievali» per la descrizione dell'assetto globale, BULL, *The Anarchical Society*, Palgrave, Basingstoke, 1977, spec. 248 ss..

²⁰ La critica al «methodological nationalism» è decisiva per comprendere la «disaggregazione» della categoria del «confine», prospettata da Saskia Sassen nell'analisi circa la formazione di nuovi spazi e limiti funzionali, che intersecano i territori nazionali, vi si innestano e ad essi si sovrappongono; i nuovi confini artificiali corrispondono agli emergenti sistemi transnazionali privati o ibridi di autoregolazione («normative orders») e il diritto globale (*a la* Teubner) si organizza lungo le rispettive traiettorie settoriali, non più geografiche; SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, cit., 210 ss.. Al riguardo, si consideri inoltre AGNEW, *The territorial trap: the geographical assumptions of international relations theory*, in *Review of International Political Economy*, 1994, 53 ss., che discute criticamente la relazione di identità tra sovranità e territorio, riflessa nel paradigma dello stato-nazione, ponendone in luce non soltanto la relatività storica e l'apriorismo che la caratterizza bensì soprattutto le implicazioni di ordine metodologico (appunto, il «methodological nationalism») che da quella concezione derivano anche per l'analisi dei processi di globalizzazione. Questo testo molto deve alla ricerca di Agnew, soprattutto per l'aver identificato alcuni «elementi di precomprensione» che connotano le analisi delle implicazioni della globalizzazione sul versante giuridico. In senso analogo, problematizza la concezione statale o vestfaliana di territorio e la relativa associazione strutturale con la sovranità, nell'ottica di una radicale revisione concettuale della categoria, MOORE, *A Political Theory of Territory*, Oxford, 2015.

²¹ Cfr. *retro*, nt. 6.

²² In tema, BLOMLEY, *The territory of property*, in *Progress in Human Geography*, 2016, 593 ss.; in ordine all'indebolimento della matrice naturalistica dei modelli giurisdizionali, cfr. *ultra*, par. 3.

zione tra territorio e sovranità. Il territorio è un modulo di spazializzazione della sovranità e del diritto che è emerso attraverso complessi e non lineari processi di trasformazione politica e sociale²³. La territorialità - tradizionalmente concepita come unità di misura e confine del «giuridico» - è in realtà una «tecnologia politica»²⁴ impiegata per il governo di individui, dinamiche economiche e fenomeni che investono gli interessi degli stati. In questa accezione, il territorio assume un carattere strategico e funzionale e si presenta come un dispositivo - politico e giuridico - della sovranità²⁵, quindi suscettibile di trasformazioni, riconfigurazioni e mutevoli assestamenti.

Gli studi in esame relativizzano le concezioni “naturalistiche” che alimentano l'identità di territorio e stato, ponendone in luce il carattere relativo e contingente. Al contempo, questi Autori sviluppano prospettive alternative, muovendo da due postulati radicali: la sovranità non si è storicamente espressa soltanto entro i conchiusi confini territoriali e geografici dello stato-nazione ma ha assunto forme concrete di esercizio nomadi ed extravaganti rispetto ad essi; la territorialità stessa, come proiezione della prima, ha una natura essenzialmente artificiale, *normativa*. Occorre, in altre parole, superare il «territorial trap» definito da John Agnew²⁶ nelle sue ricerche circa le forme della sovranità oltre la territorialità nazionale: «thinking about the world entirely in terms of primordial territorial states without attending to the complexities of the regimes of sovereignty that prevail in given historical periods in different parts of the world». In realtà, «states come into real existence as a result of spatial conquests and partitions, not by means of virgin birth»; la persistente immagine di una coincidenza tra territorio e sovranità, che ha pervasivamente

²³ In tal senso, ELDEN, *How Should we do the history of territory?*, in *Territory, Politics, Governance*, 2013, spec. 17.

²⁴ In questo senso, ELDEN, *The Birth of Territory*, cit., 323, dove in particolare si osserva: «Territory should be understood as a political technology, or perhaps better as a bundle of political technologies. Territory is not simply land, in the political-economic sense of rights of use, appropriation, and possession attached to a place; nor is it a narrowly political-strategic question that is closer to a notion of terrain. Territory comprises techniques for measuring land and controlling terrain. Measure and control—the technical and the legal—need to be thought alongside land and terrain. What is crucial in this designation is the attempt to keep the question of territory open. Understanding territory as a political technology is not to define territory once and for all; rather, it is to indicate the issues at stake in grasping how it was understood in different historical and geographical contexts».

²⁵ Argomenta il carattere strumentale e strategico della «territorialità», SACK, *Human Territoriality: Its Theory and History*, Cambridge, 1986, 18 ss..

²⁶ In particolare, AGNEW, *The territorial trap: the geographical assumptions of international relations theory*, in *Review of International Political Economy*, 1994, 53 ss.; ID., *Sovereignty Regimes: Territoriality and State Authority in Contemporary World Politics*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 2005, 437 ss..

condizionato il modo di concepire le due realtà, «*eclipses any other conception of space* (as, for example, interaction and flow through networks over space or place making)» (enfasi aggiunta)²⁷.

In modo coerente con queste letture, anche nella riflessione giuridica, avanza la contestazione del “naturalismo” sotteso alla triade sovranità-diritto-territorio. Si riconosce nella «territorialità» un dispositivo legale, quindi artificiale, che gli stati (e le corti) utilizzano e plasmano per ottimizzare l’interazione con i processi connessi alla mondializzazione, ivi compresa la regolazione dell’attività di società straniere o transnazionali. La giurisdizione “territoriale” degli Stati assume una portata che non coincide con quella “geografica” del territorio e i suoi confini si rivelano mobili e permeabili: sono infatti destinati a mutare in funzione delle esigenze e *policy* che gli stati perseguono nei differenti ambiti della regolazione transnazionale.

In questa fase, *uno* dei modi in cui gli ordinamenti giuridici statali hanno reagito all’indebolimento della capacità di controllo del capitalismo a base planetaria è rappresentato dall’*intensificazione* del carattere artificiale della territorialità come base di legittimazione della giurisdizione statale. La dimensione funzionale del congegno «territorio» è stata approfondita per corrispondere a specifiche esigenze di localizzazione, non più “sintetizzabili” secondo le consuete forme della territorialità a base nazionale.

Parallelamente, la letteratura che approfondisce caratteri e dinamiche del diritto «nelle condizioni della globalizzazione»²⁸, prende le mosse dalla premes-

²⁷ Tutte le citazioni da AGNEW, *The Contingency of Sovereignty*, in *A Research Agenda for Territory and Territoriality*, cit., 58.

²⁸ Qui ci si riferisce ad alcuni progetti teorici, particolarmente accreditati nel dibattito attuale, che propongono differenti paradigmi di ricostruzione, analisi e critica del diritto nelle condizioni di globalizzazione; tutti condividono, al fondo, la contestazione del modello vestfaliano, che assume, per così dire, il valore di ineludibile premessa metodologica: il *global legal pluralism*, per il quale v. BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2012; più di recente, ID., *Understanding Global Legal Pluralism: From Local to Global, from descriptive to normative*, in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, a cura di Berman, Oxford, 2 ss.; il progetto «interlegality», per cui cfr. PALOMBELLA, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di Klabbers e Palombella, Cambridge, 2019, 366 ss.; ID., *Interlegality. L’interconnessione tra ordini giuridici, il diritto e il ruolo delle corti*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2018, 315 ss.; PALOMBELLA, SCODITTI, *L’interlegality e la “nuova” ragion giuridica del diritto contemporaneo*, Working Paper no 8/2021, www.cirsantannapisa.it/working-papers; l’«interlegality» è originariamente elaborata come categoria fenomenologica nella teoria della «pluralità degli ordinamenti legali», di impianto sociologico ed empirico, sviluppata da SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londra, 1995, spec. 94 ss. e 426 ss., in aperta critica ad altre concezioni pluralistiche; la prospettiva del *transnational legal pluralism*, per cui v. ZUMBANSEN, *Transnational Law and Legal Pluralism: Methodological Challenges*, in *Transnational Legal Theory*, 2010, 141 ss. e spec. 166 ss.; ID., *Transnational Law as Socio-Legal Theory and Critique*:

sa fondamentale del pluralismo giuridico²⁰: cioè la contestazione di impostazioni cognitive di tipo monistico o legalistico («state-centrism») per le quali la giuridicità si esaurisce nella dimensione del diritto statale o internazionale (il c.d. «Westphalian duo»)³⁰, conchiuso entro i relativi territori nazionali, in cui gli stati esercitano le rispettive prerogative sovrane. Anche questo postulato – un precipitato di quel «methodological nationalism»³¹, cui prima si è fatto cenno – è stato alla radice posto in dubbio. In specifici campi di materia, più esposti alle proiezioni transnazionali, come quelli della c.d. *business regulation* o della *corporate misconduct regulation*, l'esperienza giuridica assume un prevalente carattere multinormativo, non risponde più agli schemi della validità formale, di tipo ordinamentale e territoriale ma si organizza in base a logiche autonome e funzionali.

La fase attuale di globalizzazione si traduce nella disarticolazione delle componenti costitutive della statualità nazionale; non si tratta però di precipizio per il paradigma statale («nation-state»)³². Piuttosto, come dimostra la letteratura sinora richiamata, si deve prendere atto come, di fronte ai fenomeni economici globali, le prerogative della sovranità si esprimano in forme inedi-

Prospects for “Law and Society” in a Divided World, in *Buffalo Law Review*, 2019, 909 ss.; CALLIESS-ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code*, Londra, 2010, 67 ss.; MICHAELS, *Globalization and the Law: Law Beyond the State*, cit., 17 ss.; si tratta di un modello teorico che sviluppa e potenzia alcune delle acquisizioni raggiunte negli studi, di ascendenza “sistemica”, di G. Teubner intorno al «Law Without State» e al diritto policontesturale: TEUBNER, *The King’s Many Bodies: the Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy*, in *Law & Society Review*, 1997, 763 ss.; FISCHER-LESCANO, TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, 999 ss.; infine, il riferimento è alla *post-national law* di KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010, 12 ss..

²⁰ Propone una ricognizione e analisi critica delle tradizioni teoriche del pluralismo giuridico “moderno” TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, 2008, 355 ss.; ID, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law & Society*, 2000, 296 ss.; ALE. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Slide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., 364 ss., cui peraltro si rinvia per tutti gli opportuni riferimenti bibliografici, specialmente alla letteratura italiana, che non è stato possibile considerare in questo scritto; discute le implicazioni del pluralismo giuridico (anche) nell’ottica del diritto penale, DELMAS-MARTY, *La grande complexité juridique du monde*, in *Mélanges Gerard Timsit*, Parigi, 2005, 89 ss.; EAD., *Pour un droit commun*, Parigi, 1994, 12 ss.

³⁰ Un A. in particolare approfondisce – anche sul piano metodologico – la contestazione della modellistica vestfaliana, promossa dal pluralismo giuridico post-antropologico e post-coloniale, nello scenario della globalizzazione: si tratta di TWINING, *Globalisation and legal scholarship*, Nijmegen, 2011, 39 ss. (oltre allo studio dell’A., già richiamato alla nt. precedente).

³¹ Cfr. *retro*, nt. 20.

³² Approfondisce la disarticolazione delle componenti della «statualità» (e le sue ricomposizioni), in tematizzando la transizione verso i paradigmi operativi della «governance», ZURN, *Sovereignty and Law in a Denationalised World*, in *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, cit., 39 ss..

te, alternative agli schemi contingenti della regolazione territoriale unilaterale o internazionale (inter-statale); e come i modi di articolazione e di governo dello spazio da parte dei soggetti statali siano anch'essi inevitabilmente mutati, atteso che i modelli di giurisdizione a base territoriale, tradizionalmente intesi, si rivelano insufficienti per regolare le dinamiche (*deteritorializzate*) in cui si svolge il capitalismo attuale.

Il diritto - anche quello di matrice statale - conosce queste tendenze e sperimenta forme spaziali differenti da quella territoriale-nazionale. Al riguardo, David Storey ha osservato come: «sovereignty is often seen in overly simplistic ways as the right of the state to rule over its territory and those within that geographic space [...]. Process associated with globalization have been seen by many signalling a diminishing sovereignty for the territorial state. In some narratives, borders have become depicted as increasingly *porous* in a world of transnational flows of people, goods, finance and ideas [...]. It may be useful to think in terms of effective sovereignty wielded by both state and quasi-state actors, and deployed across a range of territorial contexts where sovereign power does not automatically stop at the border but operates through a number of complex *interstices* [...]. The effective sovereignty of many states», prosegue Storey, «is reduced through various processes and global flows, and states operate alongside a widening range of non-state actors who might be seen to exert power across networks rather than over rigidly bordered territory. [...] It is not necessarily a completely new departure of state's sovereignty», dal momento che essi «have never been hermetically sealed as sovereign spaces and have always been fragmented, overlapping and multiscalar [...]» (enfasi aggiunte)³³.

³³ Alcuni concetti impiegati da Storey (*Territory and territoriality: retrospect and prospect*, cit., 8) nella sua indagine - «confini porosi», «interstizi» e articolazione «multiscalare»- ricorrono frequentemente anche in alcuni modelli teorici di spiegazione delle dinamiche giuridiche in atto, nel contesto della globalizzazione. L'«interlegalità» ad es. presuppone la permeabilità degli ordinamenti giuridici a base territoriale a flussi normativi che si producono altrove; essa è come noto inizialmente prospettata da DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londra, Routledge, 1995, 473 nell'ambito della sua teoria *fenomenica* della pluralità degli ordinamenti giuridici: «We live in a time of *porous legality or legal porosity*, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassing. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by *inter-legality*» (enfasi aggiunte). E' significativo come lo stesso De Sousa Santos sviluppi il concetto di «interlegalità» nella prospettiva di un'inedita cartografia spaziale; lo studio delle relazioni tra ordinamenti è per l'A. una ricerca geografica delle intersezioni tra nuovi spazi di dislocazione del diritto; spazi irriducibili al territorio nazionale, che ha perso progressivamente la capacità di selezione confinaria (*in or out*) del diritto vigente e, quindi, applicabile alla fattispecie concreta. In questa cartografia, prevalgono interstizi e «zone di contatto» tra più «legalità» («legal space»), che si organizzano secondo un modello «multiscalare»: «the difficulty lies in the fact that socio-legal life is consti-

Nel suo classico studio *Territory, Authority, Rights*³⁴ - riferimento trasversale per la letteratura recente in tema di globalizzazione -, Saskia Sassen discute in modo innovativo le trasformazioni che hanno interessato le strutture del *nation-state* e, in quest'ottica, analizza le originali modalità tramite le quali gli attori statali tendono ad esercitare le prerogative di regolazione dell'attività economica globale che ad un tempo trascende i contesti territoriali e in essi si concretizza³⁵.

L'analisi proposta dall'Autrice muove principalmente dal rifiuto di letture semplificanti: la globalizzazione intesa come un processo di inesorabile "vittimizzazione" del soggetto statale; l'idea di una radicale *de-regulation* e aggressiva privatizzazione nel controllo delle dinamiche del capitalismo planetario. Si tratta di visioni che hanno prevalso in una prima fase di osservazione delle tendenze connesse alla mondializzazione; poi, analisi più mature, libere da alcune ortodossie teoriche (neoliberal e neo-marxiste), hanno posto in luce un'autentica «regulatory revolution».

L'ascesa del «regulatory capitalism»³⁶ è senza dubbio caratterizzata, in misura sensibile, da una generale tendenza alla privatizzazione dei modelli di regola-

tued by different legal spaces operating simultaneously on different scales and from different interpretative standpoints. To that extent, in terms of socio-legal practice, and as a result of interaction and intersection among legal spaces, one cannot properly speak of law and legality, but rather, of interlaw and interlegality» (427). L'attività economica transfrontaliera costituisce, in termini generali, un ambito significativo per osservare come operano le dinamiche multiscolari: la disciplina giuridica di una fattispecie concreta (il «diritto applicabile») è il risultato di processi di composizione e ricomposizione di una pluralità di frammenti e assetti normativi, che convergono su di essa; questi, a loro volta, sono il prodotto di regimi di regolazione, di vario genere e natura (pubblici/interstatali, privati o ibridi), il cui ambito di applicazione (di «validità») trascende gli ordinamenti giuridici nazionali e i rispettivi territori.

³⁴ Cfr. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit..

³⁵ La globalizzazione «accade» nel «locale», si «localizza» nello stato-nazione: secondo Sassen, la caratterizzazione dei processi economici globali - ad es. l'attività delle imprese multinazionali o le dinamiche dell'economia finanziaria - come fenomeni che si svolgono «all'infuori» degli stati è incompleta. Piuttosto, il capitalismo globale innesta nei «territori» nuove forme di organizzazione spaziale («spazi artificiali») che si definiscono in funzione di parametri normativi autonomi; e gli stati intercettano il «globale», che interseca i rispettivi contesti domestici, diversamente modulando i parametri legali di localizzazione spaziale (cfr. *ultra*, par. 4).

³⁶ La tesi di un'aggressiva «deregulation» è fortemente contestata in letteratura: molti studi hanno dimostrato come, in realtà, a partire dagli anni '70, si riscontri piuttosto una trasformazione dei modelli di regolazione dell'economia transnazionale («regulatory revolution»), attraverso il coinvolgimento massiccio degli attori privati (corporations, associazioni industriali, organizzazioni epistemiche), la crescente rilevanza delle dinamiche di autoregolazione e l'incremento consistente dei regimi regolatori; e a tal proposito si discute infatti dell'ascesa di un «regulatory capitalism». In tema, LEVI-FAUR, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 2005, 12 ss.; BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism How it Works, Ideas for Making it Work Better*, New York, 2008, spec. 6 ss.; sui regimi di regolazione globali (intergovernamentali e non) e le relazioni che gli attori statali instaurano con essi lo studio di SCOTT, *Regulating in Global Regimes*,

zione dell'attività economica, soprattutto transnazionale. La privatizzazione o la *de-regulation* sono tuttavia chiavi di lettura incomplete. Piuttosto, ciò che caratterizza e qualifica il «regulatory capitalism» è lo sviluppo di tecnologie ibride di regolazione, in cui lo stato (nelle sue varie componenti: ad es. amministrazioni, agenzie e autorità tecniche³⁷) ingaggia accordi e partnership con soggetti privati (networks di imprese, agenzie e organismi di regolazione)³⁸, elabora tattiche condivise o partecipate, definisce e incentiva percorsi di *self-regulation* da parte di attori privati³⁹; in breve, orchestra e predisporre le con-

UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies, Research Paper no 25/2010, 2010, 1 ss.. Sul punto, anche DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, 11. Per ulteriori riferimenti al «pluralismo regolatorio» nello scenario transazionale cfr. *retro*, nt. 16.

³⁷ Al riguardo, è necessario rinviare alla tradizione di studi del «Global Administrative Law»: KINGSBURY, KRISCH, STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, 2005, 1 ss.; S. CASSESE, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *Journal of International Law and Politics*, NYU, 2005, 663 ss.; nonché i contributi nel volume (spec. *Part I*): *Research Handbook on Global Administrative Law*, a cura di Cassese, Cheltenham, 2016. Le dinamiche di interazione e partecipazione dello stato (delle sue componenti) non riguardano esclusivamente i regimi globali di matrice «pubblicistica» («transnational public regulation»), ma ineriscono anche quelli di natura privata o ibrida (TPR, «transnational private regime»): in tema i lavori fondamentali di CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, EUI Working Paper, 2010, 1 ss..

³⁸ Cfr. ABBOTT, SNIDAL, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, TranState Working Papers, No. 127, Universität Bremen, Collaborative Research Center 597 - Transformations of the State, Brema, 2008, spec. 541 ss., che inquadrano le innovative modalità di regolazione nel contesto transazionale e il ruolo discreto degli attori statali nell'ottica di un formidabile modello, la «New Transnational Governance», ponendone in evidenza, tra l'altro, una significativa continuità con le trasformazioni che hanno interessato, a livello domestico, le strutture e i modi del controllo delle dinamiche sociali (c.d. «New Governance»). Nella *New Transnational Governance*, la funzione di «state orchestration» risulta ulteriormente ridimensionata rispetto al precedente «modello»; le tendenze al decentramento delle forme di regolazione sono sensibilmente più intense; il ricorso alla *soft law* da parte di organizzazioni intergovernamentali (UN, ILO, OECD) o da network di regolazione ibridi o privati è costante e si osservano, con maggiore evidenza, fenomeni di *enforcement* ad es. del public soft law (*HR*) che si realizzano tramite dispositivi giuridici volontari o di tipo negoziale (voluntary norms) (in tema, v. *ultra*).

³⁹ La componente o variante «self», come è spesso designata in letteratura, è una costante delle pratiche di regolazione che si osservano sul piano transazionale, specialmente nell'ambito della *corporate conduct regulation*. E' alla base di istituti e modelli, come la CSR (cfr. *ultra*), ampiamente sperimentati in specifici settori della regolazione transazionale, tanto da aver assunto un rilievo autonomo («civil regulation»): a tal proposito, l'importante lavoro di VOGEL, *The Private Regulation of Global Corporate Conduct*, in *Business & Society*, 2010, 68 ss.. Per la *regulatory theory*, la «self-regulation» non è prospettabile all'infuori di cornici o quadri di regolazione, predisposti dallo stato o da altri attori in grado di mobilitare le risorse normative o epistemiche dei soggetti prossimi ai contesti di attività (es. le imprese): è questo un aspetto essenziale del «decentramento della regolazione», che si registra anche nella prospettiva transazionale, come posto in luce negli studi di BLACK, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, in *Current Legal Problems*, 2001; EAD., *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, 24 ss.. Per

dizioni, le procedure decisionali e le strutture connettive per realizzare forme discrete e strategicamente calibrate di controllo, disciplina, e indirizzo dei processi economici che esorbitano lo spazio territoriale e si sottraggono alle capacità di *government*⁴⁰.

Come si svolgono e qual è la natura della partecipazione degli attori statali in questi processi di regolazione dell'economia a base globale?

Una prospettiva di analisi efficace è appunto quella proposta da Sassen, cui si deve l'elaborazione della categoria della «denazionalizzazione»⁴¹: la globalizzazione implica l'alterazione funzionale e sostanziale delle componenti (tecniche, amministrative, giuridiche e, in senso più ampio, istituzionali) che con-

l'approfondimento teorico dei modelli di *reflexive regulation*, cfr. SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in *The Politics of Regulation*, cit., 112 ss.; PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-regulation and Democracy*, Cambridge, 2002, spec. 22 ss.;

⁴⁰ Con riferimento al modello della «global governance» o della «multi-level governance», ci si limita qui ad indicare ROSENAU, *Governance, order, and change in world politics*, cit., 1 ss.; notevole è l'analisi di ZURN, *Sovereignty and Law in a Denationalised World*, cit., 57, secondo il quale «[i]n the post-national constellation, statehood will be constituted by the interplay of different levels and organisations, with each level and organisation unable to work unilaterally. Governance beyond the nation-state will be the result of a complex arrangement of governance by, with and without governments. In this post-national constellation nation-states will not give away their resources such as the monopoly of force or the privilege to collect taxes in a given territory. Hence, while the nation-state will play a significant role in governance beyond the nation-state, it will no longer be the primary political institution, but one among others. Not only will it defer policy formulation to international institutions, but the subjects delegating legitimacy and authority will also no longer be nation-states (externally) and national societies (internally), but, to a greater extent than ever before, transnational society. In the postnational constellation, statehood itself will become functionally differentiated and it is likely that the convergence of the dimensions of statehood in one political organisation will come to an end».

⁴¹ Cfr. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 186: «Denationalization is the category through which I attempt to capture these transformations because they are not necessarily global in the narrow sense of that term. This is a historicizing categorization with the double intent of de-essentializing the national by confining it to a historically specific configuration and making it a reference point by positing that its enormous complexity and large capture of society and the geopolity make it a strategic site for the transformation; the latter cannot simply come from the outside. What this categorization does not entail is the notion that the nation-state as a major form will disappear. Rather that, in addition to being the site for key transformations, the state will itself be a profoundly changed entity». Anche ZURN, *Sovereignty and Law in a Denationalised World*, cit., nell'analisi delle alterazioni funzionali che la «statualità» ha subito nel passaggio alla c.d. costellazione post-nazionale (l'espressione è dell'A.), preferisce impiegare il concetto di «(societal) denationalisation» in luogo di «globalization», con implicazioni teoretiche estremamente significative; per l'A., «denationalisation is an indication of the weakening link between territorial states and their corresponding national societies. Denationalisation can be defined as the extension of boundaries of social transactions and identities beyond national borders, without being necessarily global in scope. Even though the scope of most of these cross-border transactions is indeed not global, they still cause a problem for national governance simply because the social space to be governed is no longer national. The degree of denationalisation can be operationalised as the extent of cross-border transactions relative to transactions taking place within national borders».

corrono a formare lo stato nazionale. Così, esemplificando, si assiste a consistenti fenomeni di «denazionalizzazione» di complessi normativi e disciplinari che hanno ad oggetto la regolazione di dinamiche economiche che trascendono i confini territoriali (*antitrust, corporate regulation, capital market regulation*). Gli Stati introiettano le agende globali, che rispondono ad interessi di differenti soggetti (anzitutto *TNCs*), e definiscono tutta una serie di nuovi strumenti giuridici («nuove legalità») che consentono di conformarsi a *standard* globali, al fine di garantire agli operatori economici contesti (apparentemente *territoriali*) adeguati a processi di produzione del valore e distribuzione di beni e servizi globali.

In tal modo, la trasformazione degli assetti giuridici e di regolazione si svolge «all'interno» degli Stati nazionali, che operano come «institutional home for the enactment of the new policy regimes [associate] with economic globalization»⁴². Questi processi di «denazionalizzazione» presuppongono, in ogni caso, la partecipazione («*engagement*») degli attori statali in complessi processi di regolazione, che assumono forme e portata molto variabili; un dato sembra, tuttavia, caratterizzarli tutti, cioè la circostanza che essi non si svolgono più (soltanto) entro gli schemi consolidati di tipo inter-governamentale (o inter-statale), come nell'ambito di organizzazioni intergovernative di settore (WTO) o su base convenzionale (GATT: *treaty-based networks*)⁴³.

La «denazionalizzazione» delle componenti dello stato nazionale coglie solo alcune delle modalità attraverso le quali si formano gli assetti normativi di regolazione dell'economia transnazionale: più in particolare, quelle in cui tuttora si esprime la sovranità statale, sebbene soggetta a progressive disgregazioni⁴⁴.

Un'ulteriore dimensione della globalizzazione - che ha imponenti riflessi nella prospettiva del diritto - è rappresentata dalla proliferazione di «new normative orders»: cioè di regimi (normativi) di regolazione privati o, comunque,

⁴² Per la citazione, SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 189.

⁴³ La ricerca di SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., è tra l'altro dedicata all'analisi delle interazioni che si instaurano tra gli stati e i *transnational public regimes*, come le organizzazioni intergovernamentali o, comunque, di matrice «pubblica» (sebbene quest'ultimo carattere risulti fortemente problematica in un contesto, come quello della regolazione transnazionale, in cui il *public-private divide* è inevitabilmente discusso nei suoi presupposti formali).

⁴⁴ Cfr. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 242, dove distingue due modelli di formazione degli assetti di regolazione a livello transnazionale; da un lato i processi di «denazionalizzazione», variamente attuati; dall'altro l'operatività di organismi settoriali, di matrice privata o ibrida («normative orders»), autonomi dalle strutture della *governance* internazionale.

ibridi, fortemente settorializzati, che operano a livello transnazionale e hanno una base di legittimazione di tipo funzionale o epistemico.

L'emersione di regimi giuridici funzionali pone in evidenza una «foundational transformation of the criteria for differentiating law: not the law of nations or the distinction between private and public but the recognition of multiple specialized segmented processes of juridification, which today are largely private»⁴⁵. I *transnational legal regimes* - come ha Gunther Teubner⁴⁶ - definiscono autonomamente «[the] external reach of their jurisdiction along issue-specific rather than territorial lines, and which claim a global validity for themselves»; anch'essi quindi trascendono la logica territoriale che appare declinante nel frastagliato panorama globale.

A differenza delle forme di regolazione che si attuano tramite i processi di denazionalizzazione, i regimi funzionali, prevalentemente privati, non risultano orientati all'armonizzazione e alla convergenza degli assetti di disciplina dei fenomeni di volta in volta rilevanti; piuttosto, essi esaltano, al netto di prassi di coordinamento, talvolta attuate a livello internazionale o statale, la frammentazione del diritto transnazionale e generano, quindi, disarmonie e conflitti normativi.

La presenza di *non-state actors* che concorrono, tramite autonomi processi, alla produzione, applicazione e sanzione di un «diritto globale» («transnational economic law», secondo altre definizioni⁴⁷) pone in crisi il carattere di

⁴⁵ In questi termini, SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 268.

⁴⁶ Tra i differenti studi, cfr. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, 60 ss..

⁴⁷ Il concetto di «transnational law» è straordinariamente impegnativo da un punto di vista teorico; la categoria è ambigua e problematica sin dalla sua formulazione originaria da parte di Philip Jessup (*Transnational Law*, New Haven, 1956, 136): comprende infatti «all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories» (enfasi aggiunta). Con essa si possono concretamente designare complessi normativi che risultano prodotti da attori privati o ibridi (società transnazionali, industry association, standard-setter bodies), all'infuori delle strutture formali di formazione del diritto statale o internazionale (pubblico o privato). In questo senso, la «transnational law» si riconnette alle dinamiche di decentramento del *norm-making* e di differenziazione funzionale del diritto «beyond the State». Dinamiche che rappresentano, nell'ottica del diritto, la proiezione del *regulatory pluralism* che si osserva sul piano transnazionale: ibridazione delle pratiche della regolazione, dominio della componente «self» (*reflexive regulation*), molteplicità dei regolatori, interdipendenza. Su questa «dimensione» della *transnational law* e sulle relative caratteristiche v. la ricognizione proposta da GLENN, *A Transnational Concept of Law*, in *The Oxford Handbook of Legal Studies*, a cura di Tushnet e Cane, Oxford, 2005, 846 ss.. La «transnational law» rappresenta soprattutto, specie nel dibattito teorico, un campo interdisciplinare di analisi dello scenario multinormativo e incarna un'aspirazione metodologica per reimpostare la dicotomia «law-non law» su nuove basi e criteri, tenendo conto del

esclusività dell'ordinamento giuridico nazionale. I suoi confini territoriali sono costantemente valicati dai flussi giuridici prodotti dai regimi funzionali, che si attuano settorialmente al di fuori delle procedure di riconoscimento o validazione formale. Il territorio non rappresenta più l'esclusivo margine di validità del diritto.

Nello scenario globale, prevalgono le dinamiche di intersezione e «overlapping»⁴⁸ tra concreti ordinamenti giuridici, caratterizzati da forme spaziali e confini che non coincidono con quelli territoriali (dello stato-nazione). Gli ordinamenti giuridici «non territoriali» presentano topografie in larga misura inedite, se riguardate nell'ottica del paradigma ordinamentale statale, a base geografica; e hanno autonome modalità di configurazione spaziale e di identificazione dei rispettivi confini *normativi*, per distinguere ciò che è «esterno» da ciò che è «interno» ad essi. Questa capacità è in effetti la caratteristica essenziale di ogni ordinamento ed è irrilevante che essa operi in funzione di coordinate diverse da quelle territoriali o naturali⁴⁹.

I territori statali sono attraversati da ordinamenti funzionali ed è il «globale» che si innesta nel «nazionale». La globalizzazione è soprattutto proliferazione delle forme di organizzazione spaziale del diritto: nuovi spazi giuridici abitano e si localizzano nei territori geografici degli ordinamenti statali. In tal senso,

superamento di taluni dei postulati di cui essa si alimenta: ad es. il *public-private divide*, ora in erosione. In tal senso, ZUMBANSEN, *Transnational Law and Legal Pluralism: Methodological Challenges*, cit., 141 ss.; CALLESS, ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code*, cit., 67 ss.; ZUMBANSEN, *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2013, 130 ss.; MICHAELS, *Globalization and the Law: Law Beyond the State*, in *Law and Society Theory*, cit., 17, che aderisce a questa prospettiva metodologica; un'esautiva discussione della categoria in parola, nelle sue differenti declinazioni, è proposta da COTTERELL, *What Is Transnational Law*, in *Law & Social Inquiry*, 2012, 500 ss..

⁴⁸ Tra gli altri, sviluppa un modello pluralistico di relazione tra ordinamenti giuridici, le cui precondizioni sono interdipendenza e integrazione reciproca, ROUGHAN, Roughan, *Authorities, Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, Oxford, 2013, spec. 43 ss.. L'interazione tra ordinamenti giuridici, «sistemi legali» e «legalità» costituisce, d'altra parte, il campo di ricerca essenziale dei programmi teorici («interlegality», «post-national law», «transnational legal pluralism», «global legal pluralism») cui si è fatto cenno *retro*.

⁴⁹ All'analisi della struttura degli «ordinamenti giuridici», nella prospettiva degli scenari aperti dalla globalizzazione, dedica uno studio essenziale LINDHAL, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford, 2013, spec. 69 ss.: nello sviluppare una sorta di «topografia» del *legal order*, l'A. ne individua una condizione di esistenza nella necessità che esso si organizzi in uno spazio (normativamente) circoscritto («spatial closure»), in modo tale che esso sia in grado riflessivamente di operare una selezione tra interno ed esterno. L'aspetto centrale, nella teoria prospettata da Lindhal, sta nel riconoscere che l'organizzazione *spaziale* di un ordinamento giuridico non è necessariamente territoriale; il suo limite esterno può identificarsi in un confine non geografico. La stessa teoria dell'ordinamento giuridico - sembra suggerire l'A. - risente di quel «territorial trap», evidenziato da J. Agnew.

«the ascendance of diverse forms of private authority and the incipient development of global law are producing institutional encasements of a space of operations for global firms and global markets»⁵⁰.

Si delineano «new territories»⁵¹, «nor global nor national», che risultano indifferenti alle partizioni geografiche e giurisdizionali e connotati per una natura istituzionale, essenzialmente artificiale. Sono nuove articolazioni delle forme spaziali, domini giuridificati che intersecano i territori nazionali e li trascendono. Alla geografia dei territori si sovrappone problematicamente una topografia di spazi che autonomamente si definiscono secondo le logiche della differenziazione funzionale dei sottosistemi sociali⁵². Anche i «confini» si moltiplicano e non si identificano più unicamente in quelli territoriali: «la globa-

⁵⁰ Cfr. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 256.

⁵¹ La formazione di «new territories» come spazi artificiali e istituzionali, giustapposti al territorio geografico o naturale dello stato-nazione, è una tesi ampiamente discussa e condivisa – come accennato – negli studi di geografia storico-sociale e geopolitica e rappresenta, per le sociologie della globalizzazione, il punto di avvio delle differenti interpretazioni («time-space compression», «rivoluzione spaziale», «fine dei territori», «crisi della territorialità» e così via). In questo testo, ci riferiamo all'elaborazione di SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 269 ss., dove il tema dei nuovi territori e confini è sviluppato come implicazione della formazione di regimi od ordinamenti funzionali (i «normative orders», nel lessico dell'A., o i TPR, secondo una terminologia invalsa nella letteratura di riferimento).

⁵² Si tratta della tesi come noto prospettata da Teubner, muovendo da precise coordinate di teoria dei sistemi; decisivo è infatti il concetto di differenziazione funzionale e comunicativa dei sottosistemi sociali, già applicato da Luhmann per la spiegazione dei modi di organizzazione spaziale del diritto nella «world society»; qui ci si limita a richiamare, tra i molteplici studi dedicati alle dinamiche della *global law*, TEUBNER, «Global Bukowina»: *Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law Without a State*, cit., 3 ss., dove l'A. tematizza la metafora del «Global Bukowina» per descrivere l'intersezione e coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici (territoriali e funzionali) in un medesimo contesto spaziale. Significativi, in tal senso, alcuni passaggi dello studio appena citato: «global law will grow mainly from the social peripheries, not from the political centres of nation states and international institutions. A new living law growing out of fragmented social institutions which had followed their own paths to the global village seems to be the main source of global law [...]. The boundaries of global law, are formed not by maintaining a core 'territory' and expanding on a 'federal' basis as Kant perceived in terms of nation-states, but rather, the boundaries of global law are formed by invisible colleges, invisible markets and branches, invisible professional communities, invisible social networks that transcend territorial boundaries but nevertheless press for the emergence of genuinely legal forms. A new law of conflicts emerging on the basis of inter-systemic, rather than international, conflicts [...]». Anche sulla scorta di questa interpretazione, è molto frequente, in letteratura, l'impiego della formula «neo-medievale» per indicare la riemersione di una territorialità de-nazionalizzata, plurale ed essenzialmente normativa (per cui v. *retro*, BLANCO, *Le origini dello Stato moderno*, cit.); in buona sostanza, una territorialità disincarnata dal territorio (*land*); sul pluralismo territoriale, cfr. AUBY, *Le globalisation, le droit et l'Etat*, cit., 128 ss.. L'applicazione della formula storiografica per la spiegazione dello scenario della *global law* è discussa; se ne contesta soprattutto il precipitato «politico», in considerazione del ruolo che gli stati tuttora esercitano nella *governance* transnazionale: ad es. il bel saggio di KRATOCHWIL, *Of Maps, Law, and Politics: An Inquiry into the Changing Meaning of Territoriality*, DIIS Working Paper no. 03/2011, 2011, 1 ss., dove l'A. elabora una tesi alternativa a quella «funzionalista» o «sistemica».

lizzazione di un'ampia gamma di processi sta causando delle crepe nel mosaico dei regimi confinari e contribuendo alla formazione di confini di tipo nuovo [...]. L'apporto della globalizzazione a questa condizione è la concreta ed euristica disaggregazione del confine»; queste innovative dinamiche di formazione dei confini sono originate da ben determinati «sviluppi contemporanei e in particolare dall'emergere di sistemi [giuridici] globali»: essi implicano la «moltiplicazione di spazi delimitati da confini», l'estrazione del «confine» dalla «guaina nazionale», dal momento che la capacità di questi regimi regolatori globali di «formare confini non ha [...] a che fare con i confini dello stato nazionale»⁵³.

Abbiamo preso le mosse da una lettura delle conseguenze della globalizzazione come disgiunzione (*unbundling*)⁵⁴ di due componenti costitutive del paradigma dello stato-nazione: sovranità e territorio; il movimento disaggregante investe anche l'articolata relazione che il diritto intrattiene con la forma spaziale territoriale.

La ricognizione sinora svolta suggerisce due sviluppi, tra loro consequenziali. Il diritto - non più limitato a quello di fonte statale o legale (*formal law, state-law*) - si organizza in forme spaziali autonome, che non coincidono con la territorialità; si tratta di piani spaziali artificiali, istituzionali, de-politicizzati, che esistono per il solo fatto dell'applicazione e osservanza di assetti disciplinari auto-prodotti. Il diritto opera, in tal senso, come un colonizzatore di territori (spazi di vigenza e applicazione) destinati ad intersecare quello nazionale e a sovrapporsi problematicamente ad esso. Ciò rende evidente un'ulteriore dinamica caratteristica: la graduale erosione del monopolio esclusivo della giurisdizione statale nel contesto territoriale (*jurisdictional pluralism*)⁵⁵.

⁵³ Così SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, cit., 220; con riferimento alle trasformazioni radicali che hanno interessato l'«ontologia» del confine cfr. ALE. DI MARTINO, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, cit., 282 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti; in tema anche FERRARESE, *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma, 2006, 26 ss.; pone in luce la funzionalizzazione del confine, in una più indagine intorno allo sviluppo della «territorialità», RUGGIE, *Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations*, in *International Organization*, cit., 164 ss.; nella loro formazione, i confini riproducono la matrice della differenziazione funzionale: FISCHER-LESCANO, TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, 999 ss..

⁵⁴ Individua nella scissione delle componenti costitutive della territorialità e sovranità la tendenza caratteristica della geopolitica post-vestfaliana KRATOCHWIL, *Of System, Boundaries, and Territoriality: An Inquiry into the Formation of the State System*, in *World Politics*, 1986, 27 ss..

⁵⁵ Per la teoria del «jurisdictional pluralism», che si riconnette alle versioni più recenti del pluralismo giuridico, cfr. lo studio fondamentale di BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law*

Gli sviluppi, qui appena lambiti, hanno straordinarie implicazioni nella vita pratica del diritto e alcune di esse sono già evidenti. In generale, il giudice interno ha sinora prevalentemente sperimentato conflitti giuridici e ordinamentali di tipo *verticale* – si pensi, in materia penale, all’esperienza *multilivello* della legalità, nei *casì* in cui essa si è declinata –, connotate da una dinamica di interazione sostanzialmente «interno-esterno» e, per questa ragione, corrispondenti comunque ai consolidati modelli interstatali.

Specialmente nei campi di materia che riguardano l’attività trans-territoriale delle imprese, nei conflitti normativi (*conflict of laws*) prevale un orientamento orizzontale: essi coinvolgono, infatti, non (più) soltanto ordinamenti giuridici che interagiscono in funzione di rapporti lineari (es. nazionale-sovranaazionale-regionale), ma regimi normativi, di tipo funzionale, che entrano in contatto e collidono secondo traiettorie non gerarchiche. E in effetti, tali conflitti non possono essere razionalizzati e risolti in base alle strutture e ai criteri sviluppati nel diritto internazionale pubblico o privato o, più in generale, secondo le logiche ordinate (gerarchiche) della statualità o inter-statualità: la loro soluzione esige l’elaborazione di parametri interpretativi e, più in generale, la mobilitazione di risorse argomentative innovative, capaci di tenere in considerazione la diversa consistenza e natura di questi conflitti.

Di fronte a dinamiche così originali, ogni approccio che muova dal preteso monopolio dello stato – e *degli* stati (diritto internazionale) – nella produzione giuridica si rivela limitato e relativo: si deve piuttosto prendere atto – come suggerisce Neil Walker – di un duplice processo di deformalizzazione (*double deformalisation*), scandito in questi termini: «[i]n the first place, the focus is no longer exclusively or mainly upon state parties as the classic subject of formal agreements or other general rules of international law. In the second place, the *contexts in which choice of law questions arise are as likely be horizontally as vertically shaped*. The paradigm conflicts case is no longer the appropriate formal second-order rule to determine the choice of first-order law between state legal orders which are symmetrical and largely mutually exclusive in their comprehensive territorial competence. Increasingly, what is instead at issue is the relevant terms of trade and mix of first-order authority

Beyond Borders, Cambridge, 2012, di cui una sintesi in ID., *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, 2007, 1155 ss.; più di recente, ID., *Jurisdictional Pluralism*, in *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law*, a cura di Allen, Costelloe, Fitzmaurice, Gragl, Guntrip, Oxford, 2019, 122 ss.

between regimes with quite different but often significantly overlapping substantive jurisdictions» (enfasi aggiunte)⁵⁶.

3. *Le trasformazioni della giurisdizione nei «grandi spazi». Normativizzazione della territorialità ed espansione dell'extraterritorialità. Altre forme di territorialità: le «domestic measures with extraterritorial implications».* Alla luce di quanto sinora osservato, risulta utile svolgere qualche considerazione che consenta di contestualizzare la questione “interna” circa la portata applicativa spaziale del decreto n. 231 nel più vasto e significativo scenario dell'evoluzione delle regole e dei modi tramite i quali gli stati esercitano la propria giurisdizione, con riferimento, in particolare, all'attività economica di società transnazionali.

La prima tendenza che si osserva è l'«intensificazione» della componente artificiale della territorialità. La giurisdizione territoriale (*physical territoriality*), storicamente legata ad elementi di localizzazione *geografica*, è soggetta ad una profonda revisione interna⁵⁷. Questa si realizza sia sul piano astratto e legislativo, perché, nei differenti ambiti di regolazione, le norme di diritto transnazionale stabiliscono criteri di radicamento della giurisdizione che hanno perso qualsiasi evidenza materiale di territorialità; il collegamento territoriale, in questo senso, è sempre più definito in base ad elementi di ordine valutativo e funzionale, concepiti in modo (tendenzialmente) congruente con gli obiettivi di regolazione perseguiti nei differenti settori normativi. In breve, ciò che si indica, anche nella prassi internazionale, come *territorial jurisdiction* o “applicazione territoriale del diritto nazionale” (*prescriptive territorial jurisdiction*) non coincide più con quel complesso di categorie e pratiche storicamente concepite in funzione della territorialità geografica e nazionale. L'emersione di questa dimensione artificiale e funzionale della territorialità, come base giurisdizionale, non costituisce, a ben vedere, una drastica discontinuità.

Come taluni studi⁵⁸ dimostrano, lo sviluppo presente del concetto di “giurisdizione territoriale” rappresenta, in realtà, soltanto un approfondimento del carattere “fittizio” e “giuridico” della territorialità. Le regole che governano la giurisdizione degli Stati - le norme di diritto transnazionale - non sono «neutrali», né da un punto di vista politico né da quello economico; pertanto, le

⁵⁶ Così WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge, 2015, 114.

⁵⁷ Pone in evidenza la «formalizzazione» dei confini, cui si riconnette la giurisdizione territoriale, come tentativo di corrispondere alle inedite esigenze di localizzazione MICHAELS, *Globalization and the Law: Law Beyond the State*, cit., 10.

⁵⁸ Cfr. nel testo.

regole che stabiliscono, in vario modo, la giurisdizione *territoriale* sottendono sempre la sintesi di interessi sostanziali e la soluzione di contemperamenti tra obiettivi di regolazione, di volta in volta perseguiti, e ragioni di tutela del “national best interest” (variamente declinato). Si è a tal proposito parlato, con formula efficace, di una natura ambigua («dual existence») del territorio e del confine territoriale come parametri della giurisdizione statale: «borders as both absolute markers of state authority and highly flexible creations that allow varying porosity depending on state law and policy is in line with the conception of statehood under public international law in terms of territoriality sovereignty»⁵⁹. Secondo questa lettura, i limiti territoriali della giurisdizione sono confini essenzialmente giuridici (*legal construct*)⁶⁰: ciò ne assicura una mobilità funzionale e un’innata capacità di adattamento e di resilienza, con cui gli stati reagiscono alle sovrachianti dinamiche di deterritorializzazione dell’economia.

L’intensificazione della componente normativa della territorialità⁶¹ esalta sensibilmente il ruolo delle corti: il radicamento della giurisdizione è sempre più questione di interpretazione della *portata* dei parametri che delineano il perimetro funzionale della territorialità. In tal senso, interpretando ed estendendo *quel* perimetro, i giudici operano come reali «border guard»⁶²: «territoriality is deeply embedded in what may appear to be relatively insignificant

⁵⁹ Così KOHL, *Territoriality and Globalization*, in *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law*, cit., pp. 301 ss. e, per la citazione, p. 305.

⁶⁰ In tal senso, oltre ad Uta Kohl, lo studio di BUXBAUM, *Territory, Territoriality and the Resolution of Jurisdictional Conflict*, in *Indiana University Maurer School of Law*, 2009, 631; pone in evidenza il carattere strategico e strumentale della categoria della «territorialità», nel contesto globalizzato, RUGGIE, *Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations*, cit., 139 ss. e spec. 164-5: «What we might call an “unbundling” of territoriality (of which the doctrine of extraterritoriality was the first and most enduring instantiation) over time has become a generic contrivance used by states to attenuate the paradox of absolute individuation. Various types of functional regimes, common markets, political communities, and the like constitute additional forms whereby territoriality has become unbundled. Thus, in the modern international polity an institutional negation of exclusive territoriality serves as the means of situating and dealing with those dimensions of collective existence that territorial rulers recognize to be irreducibly transterritorial in character. Nonterritorial functional space is the place wherein international society is anchored». Problematizza il modello di *territorial jurisdiction*, ponendone in luce il carattere stipulativo e artificiale, SZIGETI, *The Illusion of Territorial Jurisdiction*, in *Texas International Law Journal*, 2017, 369 ss..

⁶¹ La tendenza è descritta da BERMAN, *Jurisdictional Pluralism*, in *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law*, cit., 127 ss.; molte delle considerazioni in questo paragrafo sono legate agli studi dell’A., in particolare BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, cit.; cfr. inoltre D’AVOUT, *L’entreprise et les conflits internationaux de lois*, Brill Nijhoff, 2019, spec. pp. 129 ss.

⁶² L’icastica espressione è di KOHL, *Territoriality and Globalization*, cit., 307 (anche per la citazione successiva di cui nel testo).

procedural or technical domestic rules. These rules implement the territorial state and, in the application of these rules, it is judges who create and recreate the territorial state in be-fitting way».

In questa prospettiva, si comprende come la dimensione artificiale e funzionale di ciò che convenzionalmente definiamo come «territorialità» è destinata ad emergere, con maggiore evidenza, in quei settori dove le prerogative della sovranità statale si esprimono con più intensità: in buona sostanza, in tutti gli ambiti della c.d. «public law regulation» e, principalmente, nel contesto del diritto penale o punitivo. Esattamente in questi contesti si sono registrate le prime tendenze alla *normativizzazione* della territorialità o, per meglio dire, alla sua *riconfigurazione* per corrispondere alle ragioni sostanziali sottese alla pretesa giurisdizionale di volta in volta rilevante. Al riguardo, è in effetti significativo lo sviluppo, nell'esperienza del *common law* anglosassone, di un approccio «territoriale» del tutto innovativo, funzionale ad affermare la giurisdizione su fatti penalmente rilevanti, commessi in parte nel territorio dello stato e in parte all'estero. Si tratta, in buona sostanza, dei due parametri della territorialità soggettiva e della territorialità oggettiva, tuttora molto discussi nella prassi internazionale e in letteratura⁶³, a tenore dei quali si considera ragionevole l'esercizio della giurisdizione da parte dello stato nel cui territorio si sia realizzata una parte della condotta o gli effetti del reato. Queste due estensioni della territorialità risultano espressamente sancite dall'art. 6 c.p.⁶⁴, appunto connotato da un approccio territoriale di tipo essenzialmente ubiquitario; del resto è noto come la giurisprudenza abbia gradualmente approfondito la portata del criterio di territorialità oggettiva, valutando sufficiente anche quel minimo contatto rappresentato dalla commissione in Italia di un frammento o una scheggia di una più complessa condotta tipica.

Come si accennava, in taluni contesti il criterio di territorialità oggettiva e le sue declinazioni (lo è ad es. la c.d. «*effects doctrine*», applicata dalle corti e autorità amministrative U.S. in materia *antitrust*⁶⁵), sono considerate come il fondamento (controverso) di autentiche forme di esercizio diretto di una giu-

⁶³ In tema, RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, cit., 2008, 21 ss.; ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, Working Paper of Harvard Corporate Social Responsibility Initiative, 2010, 18 ss..

⁶⁴ Per gli opportuni riferimenti nella giurisprudenza interna, cfr. CALVANESE, sub. *art. 6 Reati commessi nel territorio dello Stato*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, Milano, 2010, 331 ss.

⁶⁵ Per un'analisi delle applicazioni di questo criterio nel contesto della regolazione *antitrust*, cfr. ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, cit., 91 ss.

risdizione extraterritoriale, in grado di determinare (irragionevoli) interferenze con gli ambiti di sovranità di altri stati. E ciò conferma, a ben vedere, come non soltanto la territorialità sia suscettibile di differenti configurazioni, che ne rendono impalpabile qualsiasi “radicamento” geografico; ma soprattutto che, in molti contesti, la distinzione definitoria tra forme territoriali o extraterritoriali di esercizio della giurisdizione si rivela obiettivamente sfuggente, perché in larga misura dipendente dalla *natura* degli elementi di collegamento rilevanti e dal *consensus* che essi ricevono sia nella comunità degli interpreti sia nella prassi delle relazioni internazionali. Come ha osservato Joanne Scott, «there is uncertainty and disagreement about what counts and what should count as territorial connection for the purpose of distinguishing between the exercise of territorial and extraterritorial jurisdiction»⁶⁶.

Un altro contesto dove si osservano radicali trasfigurazioni funzionali della *strict territoriality* è rappresentato dall’attività delle *corporations*. L’esperienza storica della *common law* statunitense è notevolmente rilevante. I criteri della «corporate presence» e del «doing business» sono stati, all’origine, concepiti come surrogati funzionali della presenza della *persona fisica* nel territorio dello stato; presenza ritenuta sufficiente per l’esercizio della *personal jurisdiction* su un individuo così come su una *corporation*, economicamente e organizzativamente radicata in un dato territorio. Questa concezione territoriale e fiscalistica della giurisdizione, coniata nel noto caso *Pennoyer*⁶⁷, è presto entrata in crisi per effetto dell’emersione dei primi fenomeni di deterritorializzazione dei flussi economici e di organizzazione interstatale delle *corporation*⁶⁸. Sono stati, quindi, progressivamente rivisitati i criteri territoriali concepiti per la persona giuridica, amplificandone – almeno in un primo momento – la portata anti-formalistica, in modo tale da assegnare rilievo, per il radicamento della pretesa giurisdizionale, anche a fatti economici e organizzativi differenti dall’esercizio *in loco* dell’attività produttiva (dislocazioni organizzative come stabilimenti, uffici di rappresentanza commerciale; presenza di dipendenti; svolgimento di attività commerciali). La svolta – di una *revolution*, senza mezzi termini, si parla nella letteratura di riferimento – è nel caso *International Shoe* (1945)⁶⁹: la Corte Suprema supera il criterio della *corporate presence* e

⁶⁶ In questi termini J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territoriality Extension in EU Law*, in *AJCL*, 2014, 90.

⁶⁷ Una ricognizione esaustiva di questo percorso giurisprudenziale, a partire dal caso *Pennoyer*, è proposta da CAVANAGH, *General Jurisdiction 2.0: The Updating and Uprooting of the Corporate Presence Doctrine*, in *Maine Law Review*, 2016, 287 ss.

⁶⁸ Pone in luce questo aspetto BERMAN, *Jurisdictional Pluralism*, cit., 126 ss.

⁶⁹ Cfr. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

ne propone uno innovativo, molto più flessibile, basato sul «minimum contacts’ test», programmaticamente permeabile ad un novero di valutazioni sostanziali e assiologiche («fairness»): il test «cannot be simply mechanical or quantitative; [the question] whether due process is satisfied must depend [...] upon the *quality and nature* of the activity in relation to the fair and orderly administration of the laws of which it was the purpose of the due process clause to insure»; in questo senso, il parametro del “minimum contacts” esige l’esercizio nel *forum state* di una sistematica e continua attività da parte della società e il radicamento della pretesa giurisdizionale dipende anche dalla considerazione della relazione che intercorre tra questa attività rilevante e la controversia. La vaghezza operativa di questo *standard* e la complessità dei piani di valutazione ad esso sottesi ne hanno garantito un impiego costante e diffuso; allo stesso tempo, hanno posto le premesse per il suo superamento, soprattutto in ragione degli esiti abnormi derivanti dalla sua applicazione in un contesto avviato verso una reale mondializzazione delle dinamiche della produzione e organizzazione societaria. Il *minimum contacts standard* era realmente in grado di determinare l’assoggettamento di società straniere (*foreign defendant*) alla giurisdizione di corti statali statunitensi, su domanda di attori a loro volta stranieri, in forza del mero svolgimento di un segmento di attività produttiva o distributiva nel territorio federale. Questa apparente giurisdizione “territoriale” esponeva gli Stati Uniti ad una costante conflittualità internazionale per le interferenze (irragionevoli) determinate negli ambiti di sovranità ad es. degli Stati di incorporazione formale delle società; e, per altro verso, finiva per individuare nelle corti domestiche delle improprie «global courts», chiamate a regolare controversie a carattere essenzialmente transnazionale. La sentenza della Corte Suprema nel caso *Daimler AG v. Bauman*, che appunto concerne una società tedesca convenuta di fronte ad una corte federale californiana da cittadini argentini per *human rights abuses*⁷⁰, asseritamente commessi in territorio argentino, suona «the death knell for the corporate presence doctrine»⁷¹. La circostanza che nel territorio degli Stati Uniti una

⁷⁰ Si tratta di un caso agevolmente iscrivibile nella categoria dei *transnational human rights litigation*: i cittadini argentini adiscono la corte federale statunitense perché accerti la responsabilità «under the Alien Torte Statute» (cfr. *infra*) della società Daimler (tedesca) per violazioni dei diritti umani commessi in territorio argentino da una sua *subsidiary*: la *general jurisdiction* della corte federale U.S. è argomentata alla stregua dell’attività esclusiva di distribuzione svolta da una *subsidiary* della Daimler, incorporata e operativa negli Stati Uniti («minimum contact»). Per una formalizzazione teorica dei caratteri dei *transnational human rights litigation*, cfr. WHYTOCK, *Domestic Courts and Global Governance*, in *Tulane Law Review*, 2009, 91 ss.

⁷¹ All’esito dell’analisi, CAVANAGH, *General Jurisdiction 2.0: The Updating and Uprooting of the Corporate Presence Doctrine*, cit., 319.

società straniera eserciti, in modo continuativo e sistematico, una determinata attività, non è sufficiente per fondare la pretesa giurisdizionale, perché quel “contatto” deve presentare una tale natura e portata da poter affermare che la *corporation* «essentially [is] at home in the forum State»⁷²; ciò si verifica, al di là di casi eccezionali, quando la società ha nel territorio il suo «place of incorporation» o «its principal place of business»⁷³.

Si comprende, alla luce della breve sintesi di questo percorso interpretativo come effettivamente «changes in political and social conceptions of space form at least a part of context for changes in jurisdictional understandings [...] in both jurisdiction and choice of law a more flexible set of tests based on fairness and context has at least in part replaced rigid, though more predictable, tests based exclusively on territorial location»⁷⁴. Le evoluzioni delle matrici della giurisdizione e, specialmente, del paradigma territoriale sono intensamente connesse all’evolvere delle forme sociali di attraversamento degli spazi geografici: in questa prospettiva, non sorprende che le categorie fondative della *jurisdiction theory*, come quelle appena accennate, abbiano subito rivolgimenti profondi ogniqualvolta, nei singoli casi concreti, si sia squadernata di fronte ad esse una traccia di modernità.

Peraltro, le forme di «territorialità» isomorfe («corporate presence», «doing business», variamente declinate) sono tuttora impiegate in alcune legislazioni e in specifici ambiti di regolazione: la loro applicazione risulta, tuttavia, profondamente controversa a livello internazionale così come in letteratura⁷⁵. Impiegando questi criteri “territoriali”, così straordinariamente flessibili e indeterminati, taluni Stati (principalmente USA e UK) esercitano *concrete* forme di giurisdizione extraterritoriale su *corporations* e individui che non intrattengono alcun collegamento qualificato tale da rendere prevedibile la pretesa giurisdizionale.

La contestazione del carattere «egemonico»⁷⁶ di queste forme riguarda soprattutto alcuni ambiti di regolazione, come, in particolare, quello del contrasto della corruzione «pubblica» nel contesto delle relazioni economiche transnazionali. Si tratta, come noto, di un campo di materia caratterizzato da un singolare impegno di armonizzazione da parte della comunità internazionale,

⁷² Cfr. *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117 (2014) (*opinion* del Justice Ginsborg).

⁷³ Cfr. *retro*, nt. 33.

⁷⁴ Il rilievo è di BERMAN, *Jurisdictional Pluralism*, cit., 128.

⁷⁵ Ne dà ampiamente conto ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, cit., 75 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti.

⁷⁶ In tal senso, MATTEI, LENA, *US Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States: Some Hegemonic Implications*, in *Hastings Int'l & Comp L Rev*, 2001, 381 ss.;

tradottosi nell'adozione di strumenti internazionali vincolanti (OECD *Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions*; UN *Convention against Corruption*) e, più in generale, nello sviluppo di un effettivo *framework* comune. In tale contesto, alcune legislazioni nazionali e, specialmente, quella statunitense (il *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977) hanno assunto una portata dominante nel panorama globale⁷⁷; la proiezione transnazionale di questi regimi nazionali (U.S. FCPA; UK Bribery Act) è possibile per il concorso di una serie di fattori, che qui non è possibile esaminare esaustivamente⁷⁸, tra cui sicuramente uno dei più rilevanti è rappresentato dalle peculiari soluzioni adottate sul versante dei limiti spaziali di applicazione⁷⁹.

La «rivoluzione spaziale», innescata dalle dinamiche del capitalismo globale – lo abbiamo visto⁸⁰ – ha imponenti riverberi anche sul modo in cui i singoli stati governano le interazioni con elementi di estraneità rispetto ai propri confini territoriali (l'attività economica di società transnazionali; i fenomeni di delocalizzazione produttiva; la multinazionalizzazione dell'organizzazione aziendale). Si assiste, in questo senso, ad una generale tendenza a valicare i limiti territoriali delle singole giurisdizioni, all'infuori delle strutture del diritto internazionale, ricorrendo a criteri di collegamento (nazionalità; personalità attiva, passiva; *doing business*) che alimentano espresse o surrettizie proiezioni extraterritoriali del diritto interno.

La necessità di rispondere a fenomeni che presentano una dimensione globale – è stato osservato da Stephen Allen e altri – «means that territorial and exclusive conceptions of jurisdiction are being supplanted by extraterritorial exercises of authority. These phenomena [transnational environmental threats, cyber-activity, investment and trade practices, health epidemics, the extraterritorial application of human rights regimes] are now occurring so such an ex-

⁷⁷ Un'analisi imponente di questo paradigma è proposta da DAVIS, *Between Impunity and Imperialism. The Regulation of Transnational Bribery*, Oxford, 2019, di cui si segnalano in particolare 21 ss. e 41 ss.

⁷⁸ Li esamina DAVIS, *Between Impunity and Imperialism. The Regulation of Transnational Bribery*, cit., 42.

⁷⁹ Non è possibile, in questa sede, un'analisi compiuta delle soluzioni adottate in queste legislazioni; per il FCPA, si consideri intanto la *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2020 (2° ed.), elaborata dal Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission; v. inoltre WILSON, *Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Washington University Law Review*, 2014, 1063 ss.

⁸⁰ Cfr. *retro*, par. 1.

tent that extraterritoriality is increasingly viewed as starting point for the exercise of state jurisdiction rather than an exception»⁸¹.

Nella prospettiva in esame, risulta paradigmatica la posizione che è stata formalmente adottata nell'ambito del c.d. *United Nations Protect, Respect and Remedy Framework*⁸² in merito alla possibilità per gli stati aderenti di attuare il «duty to protect against human rights abuses by non-state actors» anche attraverso il ricorso a forme di regolazione extraterritoriale dell'attività di *foreign entities*, e, in particolare, delle società multinazionali⁸³. Nel commentario ai *Guiding Principles on Business and Human Rights*, come noto sviluppati dal Rappresentante Speciale Gerard John Ruggie, si precisa infatti come «[...] States are not generally required under international human rights law to regulate the extraterritorial activities of businesses domiciled in their territory and/or jurisdiction. Nor are they generally prohibited from doing so, provided there is a recognized jurisdictional basis»⁸⁴. Qualsiasi forma di giurisdizione extraterritoriale, sia essa diretta o indiretta (ad es. per estensione funzionale della territorialità) è comunque soggetta ad una duplice condizione: che la giurisdizione si radichi in forza di una base legale riconosciuta nella prassi in-

⁸¹ E' la conclusione raggiunta da ALLEN, *Introduction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law*, in *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law*, cit., 8.

⁸² L'iniziativa delle Nazioni Unite si inserisce nel contesto della *CSR Regulation*, concepita, in larga misura, come una risposta (oggi oggetto di severe critiche) ai limiti che si frappongono sia ad una responsabilizzazione diretta delle società multinazionali, attraverso il diritto internazionale; sia all'implementazione di legislazioni domestiche (penali e, più in generale, punitive), incapaci di proiettarsi in modo efficace - e senza generare interferenze - oltre i limiti territoriali della sovranità. La tematica è complessa: per un primo inquadramento, DE JONGE, *Transnational Corporations and International Law*, Cheltenham, 2011, spec. 91 ss.; NOLAN, *The Corporate Responsibility To Respect Rights: Soft law or not Law?*, in *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, a cura di Deva e Bilchitz, Cambridge, 2013; RUGGIE, *Hierarchy or Ecosystem? Regulating Human Rights Risks of Multinational Enterprises*, in *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, a cura di Garavito, Cambridge, 2017, 11 ss.; BACCARO, MELE, *For Lack of Anything Better? International Organizations and Global Corporate Codes*, in *Public Administration*, 2011, 451 ss..

⁸³ Cfr. RUGGIE, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5 7 April 2008, specialmente par. 19.

⁸⁴ Cfr. UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), UN Doc A/HRC/17/31 (2011), Commentary; cfr. inoltre *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 'Business and Human Rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework'*, 22.04.2009 A/HRC/11/13, par. 5: «[t]he extraterritorial dimension of the duty to protect remains unsettled in international law. Current guidance from international human rights bodies suggests that states are not required to regulate the extraterritorial activities of businesses incorporated in their jurisdiction, but nor are they generally prohibited from doing so provided there is a recognized jurisdictional basis and that an overall reasonableness test is met».

ternazionale; e soprattutto che il suo esercizio non sia irragionevole e, quindi, non si traduca un'interferenza «in the domestic affairs of another State»⁸⁵. La verifica di ragionevolezza, da cui dipende l'esistenza o meno di un'interferenza, rappresenta – come intuibile – un aspetto straordinariamente problematico, sia a causa della carenza di parametri certi e definiti attraverso i quali il *test* dovrebbe essere condotto; sia per la circostanza che la valutazione è sostanzialmente rimessa alle singole giurisdizioni, con la conseguenza che essa varia in funzione dei criteri e dei metodi che, di volta in volta, le corti nazionali hanno enucleato per svolgerla⁸⁶.

Quando si discute di «extraterritorialità», nell'ottica della regolazione dell'attività di società che operano *cross-border*, è di estremo rilievo tenere presente come non si tratti di una categoria formale e uniforme. La stessa dicotomia, come già accennato, tra territorialità ed extraterritorialità risulta molto più problematica di quanto possa apparire ragionando in astratto: alla luce della complessità dei criteri di collegamento e del ridimensionamento della componente materiale e geografica, i due caratteri della giurisdizione si esprimono sempre più come dimensioni graduabili e, quindi, contigue. L'intensità dei due caratteri dipende dalla natura dei nessi di volta in volta rilevanti con riferimento alla singola legislazione. In tal senso, è inevitabile concludere come «extraterritoriality is not a black and white issue, but a question of degree»⁸⁷. In letteratura, del resto, il concetto di extraterritorialità è stato ulteriormente problematizzato ed è stata enucleata una significativa distinzione tra regimi normativi che implicano l'esercizio diretto di una giurisdizione extraterritoriale e modelli di regolazione che, invece, applicandosi territorialmente, hanno però implicazioni extraterritoriali. Nel primo caso, si è di fronte realmente ad una giurisdizione extraterritoriale che si risolve in un'interferenza con l'ambito di sovranità di altri stati; è quindi naturalmente soggetta alle condizioni già richiamate.

⁸⁵ La regola è una diretta declinazione del principio di eguale sovranità tra gli Stati, riconosciuto nel diritto internazionale consuetudinario: cfr. *retro*, nt. 2.

⁸⁶ Di estremo rilievo, in tal senso, è l'articolato approccio seguito dalle corti federali statunitensi e specialmente dalla Corte Suprema nei casi transnazionali in cui si è reso necessario verificare la compatibilità di (eventuali) applicazioni extraterritoriali del diritto interno con il principio di non interferenza: in tema, DODGE, *Reasonableness in the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law*, in *Willamette Law Review*, 2019, 521 ss.

⁸⁷ Così ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, cit., 15.

Le «domestic measures with extraterritorial implications»⁸⁸, invece, presuppongono un radicamento della giurisdizione a base territoriale e, in questo modo, non collidono necessariamente con il principio di non interferenza; ciò nonostante, sono dotate di un impatto (anche sensibile) negli altri ordinamenti. L'implicazione extraterritoriale – ed è questo ciò che le caratterizza e distingue – non è l'*effetto* di un'applicazione diretta di un assetto normativo interno nei confronti di soggetti o in relazione a fatti che non intrattengono *genuine connections* con l'ordinamento nazionale. Piuttosto, l'effetto extraterritoriale assume un carattere che possiamo definire *operazionale*. Molteplici regimi regolatori, soprattutto in materia finanziaria, sono riconducibili a questo modello di «extraterritorial territoriality»⁸⁹. Sono esempi significativi le strategie di regolazione che valorizzano le dinamiche di aggregazione societaria (c.d. *parent-based method*⁹⁰) oppure le strutture delle catene del valore. Nel primo caso, esemplificando, si può prevedere che la società incorporata nel territorio dello Stato, che ivi abbia la sede principale (“corporate presence”) o che ivi svolga un segmento qualificato di attività (perché ad es. autorizzata alla collocazione di strumenti finanziari nel mercato regolamentato interno) risulti destinataria dell'obbligo di svolgere una *due diligence* o di adottare adeguati assetti di *compliance* anche con riferimento alle *subsidiaries* che operano all'estero e lì sono incorporate o hanno la loro sede principale. L'obbligo opera territorialmente, perché “territoriale” è il criterio di connessione che ne fonda l'applicazione nei confronti della società “residente”, “domiciliata” o che si considera “presente” nel territorio dello Stato. La pretesa regolatoria “territoriale”, come una *long-arm*, travalica il confine giurisdizionale: è la stessa società radicata ad assumere la funzione operativa di vettore di attuazione del diritto interno e specialmente degli *standard* domestici nei confronti di soggetti (come le controllate estere) che, privi di contatti con il *regulating state*,

⁸⁸ Così definite nel «UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), UN Doc A/HRC/17/31 (2011), Commentary»; ne precisano le caratteristiche: CHAMBERS, *An Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct*, in *Utrecht Law Review*, 2018, 22 ss.; ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, cit., 12 ss.

⁸⁹ Si trae il concetto da BRUMMER, *Territoriality as a Regulatory Technique: Notes from the Financial Crisis*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2010, 106 ss.

⁹⁰ A questa tattica di regolazione ricorrono molti ordinamenti per superare o eludere il principio di autonomia tra *parent company* e *subsidiary* («piercing the corporate veil»); in tema, gli studi di CATA BACKER, *The Autonomous Global Corporation: on the Role of Organizational Law Beyond Asset partitioning and Legal personality*, in *Tulsa Law Review*, 2006, 101 e spec. 117 ss.; ZUMBANSEN, REINKE, *Transnational Liability Regimes in Contract, Tort and Corporate Law: Comparative Observations on 'Global Supply Chain Liability'*, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2019-18, 2019.

sarebbero immuni a qualsiasi pretesa extraterritoriale. Questa tipologia di misure ha assunto un rilievo dominante nel contesto della *business regulation* a livello transnazionale. Le ragioni sono intuibili: si tratta di misure che, per un verso, non espongono i singoli stati a conflitti giurisdizionali o a contestazioni sotto il profilo della violazione del principio di non interferenza, preservando – almeno formalmente – la sovranità degli ordinamenti esteri; per altro verso, innescano reali processi di «internazionalizzazione» del diritto nazionale⁹¹ e, in particolare modo, degli *standard* applicati nei singoli ordinamenti domestici. E' significativo, a tal proposito, come la nuova generazione di strategie di regolazione e tutela dei diritti umani, con riferimento all'attività di società transnazionali, siano essenzialmente basate su questo approccio.

In Francia è stata di recente introdotta, con una modifica al Codice di commercio⁹², una disciplina in materia di «*devoir de vigilance*» per le società (multinazionali) che abbiano la sede principale o comunque operino nel territorio francese, identificate in funzione di precisi parametri dimensionali; tale obbligo di prevenzione – ed è questo l'aspetto decisivo – si estende anche alle attività e alle strutture organizzative delle società filiali e controllate nonché a tutti i soggetti con cui esse intrattengono relazioni commerciali stabili e costanti (si tratta, in buona sostanza, dei soggetti che si inseriscono nella c.d. *supply chain*), *indipendentemente* dalla circostanza che siano radicate nel territorio nazionale francese. Le società obbligate devono elaborare, sulla scorta di un previo *risk assessment*, e poi adottare un «*plan de vigilance*» che preveda «*mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement [...]*». Le procedure e i protocolli cautelativi, stabiliti nel piano, devono quindi essere attuati («*mise en oeuvre*») nei contesti organizzativi delle singole società “non radicate” e che esercitano le rispettive attività al di fuori del territorio nazionale; in questo modo, i livelli di tutela in materia di ambiente, condizioni di lavoro, sicurezza sul lavoro, applicati in ambito nazionale, transitano in altri contesti ordinamentali e ciò evidentemente innesca una tendenza all'armonizzazione,

⁹¹ Si realizza una «*de facto internationalization of national law*»: BRUMMER, *Territoriality as a Regulatory Technique: Notes from the Financial Crisis*, cit., 108.

⁹² Cfr. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, su cui vedi l'analisi di ZUMBANSEN, REINKE, *Transnational Liability Regimes in Contract, Tort and Corporate Law: Comparative Observations on 'Global Supply Chain Liability'*, cit.; per una contestualizzazione di questo modello di «*hardening public soft law*», JENTSCH, *Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative*, EUI Working Paper, 2018, 13 ss..

che può tuttavia generare conflitti, anzitutto nei casi in cui gli “standard nazionali” risultino divergenti o, comunque, incompatibili con quelli del luogo in cui operano le *subsidiaries*. Le legislazioni sul modello di quella francese («devoir de vigilance») rappresentano, d'altra parte, il tentativo di conferire portata giuridicamente vincolante⁹³ allo *standard* di «due diligence» fissato da fonti di *public soft law* per le società multinazionali, all'indomani del fallimento delle iniziative volte a definire, con gli strumenti del diritto internazionale, un quadro normativo comune direttamente vincolante per le imprese transnazionali, tuttora estranee alla soggettività internazionale eppure “partecipi” al controllo e prevenzione delle esternalità connesse alle rispettive attività⁹⁴. Anche l'Unione europea ha intrapreso, molto di recente (2020), un percorso volto all'adozione di una direttiva in materia di «corporate due diligence and corporate accountability»⁹⁵, finalizzata ad assicurare che le imprese che operino «in the internal market fulfil their duty to respect human rights, the environment and good governance and do not cause or contribute to risks to human rights, the environment and good governance in their activities and those of their business relationships»⁹⁶. Le imprese regolate in base alla legge di uno Stato Membro o comunque stabilite nel territorio dell'Unione, così come le società “non stabilite” che operino nel mercato interno, adottano una «due diligence strategy»⁹⁷ per individuare, mitigare e prevenire le categorie di rischio specificamente individuate nella proposta di direttiva: «human rights risk», «environmental risk» e «good governance risk» (art. 1). La «due diligence» deve riguardare – ed è un dato estremamente significativo – tutte le operazioni e le «business relationships» che l'impresa intrattiene nella catena del

⁹³ Si assiste ad un autentico processo di «hardening» (o «legalization») di fonti di *public soft law*, attuato mediante il diritto legislativo: approfondiscono, da un punto di vista teorico, le forme attraverso le quali la *soft law* si attua negli ordinamenti interni CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, EUI Working Paper, 2010, spec. 30 ss..

⁹⁴ Discute criticamente, in una vasta indagine, il processo di evoluzione della *business regulation*, sino alle soglie dell'avvento della *CSR theory* (dopo il 1970 e il fallimento del *treaty-based model*), LUSTIG, *Veiled Power. International Law and the Private Corporation, 1886-1981*, Oxford University Press, 2020, spec. 221 ss.

⁹⁵ Cfr. Draft Report with the recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), Committee on Legal Affairs.

⁹⁶ Cfr. inoltre spec. i *considerando* n. 8 e 9, da cui emerge un complesso di ragioni (politiche ed economiche) sottese all'iniziativa.

⁹⁷ Cfr. per la definizione di «due diligence», art. 3, par. 1 della proposta di direttiva: «due diligence» means the process put in place by an undertaking aimed at identifying, ceasing, preventing, mitigating, monitoring, disclosing, accounting for, addressing, and remediating the risks posed to human rights, including social and labour rights, the environment, *including through climate change, and to governance, both by its own operations and by those of its business relationships*» (enfasi aggiunta).

valore (*value chain*), come definita dall'art. 3 della proposta di direttiva. L'impresa svolge infatti una «value chain due diligence which is proportionate and commensurate to their specific circumstances, particularly their sector of activity, the size and length of their supply chain, the size of the undertaking, its capacity, resources and leverage» (art. 4, par. 9); a tal fine, la proposta di direttiva indica tutta una serie di dispositivi giuridici (codici di condotta; clausole contrattuali) attraverso i quali le imprese obbligate possono assicurare che le proprie parti negoziali, dislocate nelle catene del valore (prevalentemente transnazionali) svolgano un'adeguata *due diligence* con riferimento alle classi normative di rischio rilevanti (art. 4, par. 10). La direttiva, se adottata e attuata dagli Stati Membri (art. 4, par. 1), avrà essenzialmente l'effetto di rendere giuridicamente obbligatoria («hardening») l'adozione, da parte delle imprese «europee» od operative nel mercato europeo, di quei «soft regulatory framework» - così li definisce un autorevole studioso, Larry Catà Backer⁹⁸ - che sono stati sperimentati «spontaneamente» come soluzioni per la governance dei processi economici transnazionali.

Il percorso per l'approvazione della proposta di direttiva e, ancor di più, per la sua attuazione è ancora molto lungo e gravato da (intuibili) insidie; il fallimento dell'iniziativa svizzera per l'introduzione di un sistema di *accountability* delle società multinazionali, sul modello di quello francese, è in tal senso significativo. Non è quindi possibile formulare alcuna seria valutazione sull'impatto che la direttiva (*se* approvata) avrà nell'ordinamento italiano, quando si tratterà di trasportarla nel sistema interno. Anche il terreno di attuazione è incerto: se nel contesto della responsabilità degli enti, quindi come integrazione al modello di «enforced self-regulation» delineato dal d.lgs. n. 231; oppure in un ambito sistematico nuovo e autonomo. Certo, l'introduzione di un obbligo di «due diligence» per le imprese europee, esteso sino a ricomprendere i soggetti inseriti nella catena del valore e in quella del controllo societario, avrà un impatto significativo sia sul fronte del diritto punitivo degli enti sia su quello del diritto penale delle persone fisiche: si potrebbe assistere ad un'amplificazione dei poteri di direzione e controllo, con tutte le implicazioni del caso; così come ad un'estensione dell'ambito della responsabilità colposa, qualora lo stesso obbligo di adozione di una «due diligence» avrebbe potuto impedire il verificarsi di un evento lesivo nel contesto di società controllate o inserite nella *value chain*.

⁹⁸ Cfr. CATÀ BACKER, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2008, 10 ss.

In questa sede, ci si può limitare a rilevare come anche la disciplina, delineata nella proposta di direttiva, si iscriva nell'ambito del paradigma di «extraterritorial territoriality» di cui si discute; ne replica infatti la dinamica di fondo e l'approccio tattico (veicolare la pretesa regolatoria oltre il confine territoriale, senza incorrere in interferenze con altre sovranità). La categoria delle «domestic measures with extraterritorial implications» rappresenta, a ben vedere, una significativa coordinata per interpretare e comprendere l'approccio che il d.lgs. n. 231 ha adottato nel regolare la propria portata transnazionale.

4. *Il D.lgs. n. 231 come sistema punitivo ad applicazione extraterritoriale.* La giurisprudenza considera il d.lgs. n. 231/2001 come una normativa suscettibile di applicazione anche nei confronti di enti rispetto ai quali non è dato riscontrare elementi di collegamento territoriale con l'ordinamento interno⁹⁹: cioè società prive di qualsiasi evidenza organizzativa o funzionale nel territorio dello Stato o, più in generale, di un contatto commerciale od operativo rilevante per il radicamento della giurisdizione. D'altro canto, il d.lgs. n. 231/2001 è sul punto, almeno all'apparenza, silenzioso: si limita infatti a disciplinare l'ipotesi del reato extraterritoriale (artt. 7 e ss. c.p.), fissando nella «sede principale» dell'ente nel territorio dello Stato un criterio di collegamento per l'esercizio della giurisdizione nei confronti del soggetto collettivo. In tal senso, l'art. 4 segue evidentemente un approccio territoriale, definendo per

⁹⁹ Di recente, tale posizione è stata ribadita da Cass. pen., Sez. VI, 07.04.2020, n. 11626 (pres. Calvaneese; rel. Bassi), pubblicata in www.giurisprudenzapenale.com, con nota di NAPOLETANO, MASSIGNANI, *La responsabilità amministrativa della società straniera per reati consumati su territorio italiano da un soggetto apicale nel suo interesse*, 16.05.2020. Nel dettaglio, si afferma: «la persona giuridica è chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante da un reato-presupposto per il quale sussista la giurisdizione nazionale commesso dai propri legali rappresentanti o soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, in quanto l'ente è soggetto all'obbligo di osservare la legge italiana e, in particolare, quella penale, a prescindere dalla sua nazionalità o dal luogo ove esso abbia la propria sede legale ed indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che disciplino in modo analogo la medesima materia anche con riguardo alla predisposizione e all'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione atti ad impedire la commissione di reati fonte di responsabilità amministrativa dell'ente stesso. Deve, pertanto, essere recepito l'analogo principio di diritto di recente affermato dalla giurisprudenza di merito là dove ha ritenuto applicabile la disciplina del decreto n. 231 ad una società straniera priva di sede in Italia, ma operante sul territorio nazionale, in relazione ai delitti di omicidio e lesioni personali colposi (nel noto caso dell'incidente ferroviario di Viareggio) [...]». Per vero, la Corte non svolge argomenti innovativi a sostegno della lettura extraterritoriale del decreto n. 231, aderendo a quelli già espressi nelle altre decisioni (di merito) rilevanti in tema: specialmente le sentenze rese dalla Corte di Appello di Firenze, 20.06.2019, n. 3733 e dal Tribunale di Lucca, 31.07.2017, n. 222, nella fattispecie concreta avente ad oggetto l'incolpazione di società tedesche ed austriache, non radicate nel territorio italiano, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001. Per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a DI VETTA, sub *art. 4 Reati commessi all'estero*, cit., 79 ss..

l'ente un autonomo parametro che ben può essere ricondotto alla tradizione della «corporate presence» (cfr. *retro*), al netto dei differenti modi in cui è possibile interpretare il concetto di “sede principale” e, quindi, decifrare il modello di territorialità della persona giuridica tracciato dal decreto.

L'art. 4 non ha disciplinato la fattispecie in cui il reato si consideri commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.) nell'interesse o a vantaggio di un ente non radicato, perché ad es. stabilito («sede principale») o costituito all'estero. Le decisioni che hanno affrontato il tema approfondono ampio sforzo per interpretare il silenzio legislativo nel senso della sostanziale irrilevanza, per l'ipotesi del reato territoriale, di «genuine connections» tra l'ente (o la sua operatività) e il territorio dello Stato italiano. Non è ben chiaro, in effetti, alla luce di questi orientamenti applicativi, se l'affermazione della pretesa punitiva nei confronti dell'ente abbia una base apertamente extraterritoriale (e, in effetti, così si dovrebbe concludere, almeno alla luce del dibattito internazionale¹⁰⁰); o se, invece, debba essere considerato come nesso tra l'ente e il territorio dello Stato lo stesso “fatto di connessione”, ivi commesso (art. 6 c.p.), con la conseguenza di attribuire al decreto n. 231 una base giurisdizionale di tipo territoriale.

La giurisprudenza non esprime una posizione univoca su questo punto nodale e, nel complesso, dimostra un atteggiamento interpretativo oscillante se non del tutto evasivo. In talune decisioni¹⁰¹, si afferma convintamente che l'ente replica dalla persona fisica i criteri di radicamento della giurisdizione che il codice penale stabilisce per il reato individuale (quindi, anche l'art. 6 c.p., che consacra il principio di territorialità, in tutte le sue potenzialità). Il decreto n. 231, secondo questa prospettiva, malgrado l'art. 4, non avrebbe stabilito un'autonoma disciplina transnazionale per l'illecito punitivo dell'ente; e da qui discenderebbe, come un'implicazione necessaria, che a radicare la pretesa punitiva sarebbe appunto il reato commesso dall'apicale o dal sottoposto (art. 5 del decreto), in cui, in buona sostanza, l'illecito finirebbe per identificarsi, quanto meno ai fini di definire la portata spaziale della disciplina punitiva dell'ente.

L'impianto argomentativo è poi - forse un po' retoricamente - riproposto in altre sentenze, dove, però, si aggiungono ulteriori elementi paradoss-

¹⁰⁰ E' «extraterritoriale» ogni pretesa giurisdizionale che abbia ad oggetto «individui» (persone fisiche o giuridiche) o «conduct» che non hanno collegamenti rilevanti con lo Stato territoriale che la esercita: cfr. ZERK, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, cit., 10.

¹⁰¹ In questo senso, in modo emblematico, le due sentenze di merito poc'anzi richiamate: App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733; Trib. Lucca, 31.07.2017, n. 222.

sali e dai quali emergono insopprimibili incertezze. Così, non ci si limita ad affermare la giurisdizione sull'ente "straniero" in funzione della territorialità del reato (art. 6 c.p.), ma a fondare la pretesa sarebbe anche l'operatività economica o commerciale della società nel territorio dello Stato¹⁰². Se, da un lato, si considera il fatto individuale un criterio sufficiente a radicare la giurisdizione, dall'altro si evoca suggestivamente l'operatività *territoriale* dell'ente "straniero" per suffragare l'applicazione della legge punitiva. La contraddizione insita in questo modo di argomentare rivela ad un tempo la fragilità del tentativo di concettualizzazione e la mancata considerazione della portata e delle implicazioni sistematiche che realmente connotano la questione in esame.

A sostegno della posizione sinora espressa in giurisprudenza si richiama, anche in dottrina¹⁰³, una teoria di argomenti di ordine esegetico, puntualmente tramandati di caso in caso. In questa sede, ci si limiterà ad una disamina rapida, al solo fine di dimostrare che nessuno di essi è univocamente in grado di sostenere l'interpretazione del decreto n. 231 come un regime sanzionatorio dotato di una portata sostanzialmente extraterritoriale. L'esordio della nota sequenza è l'art. 1 del decreto: nel delineare l'ambito soggettivo di applicazione, la norma non attribuisce alcun rilievo alla «territorialità» o «nazionalità» dell'ente; e, in questo senso, il legislatore non avrebbe inteso escludere dal campo di applicazione le organizzazioni sprovviste di elementi di contatto con l'ordinamento interno. Ma così si conferisce all'art. 1 una portata che non ha e non può avere: la norma seleziona i fenomeni organizzativi soggetti all'applicazione della disciplina punitiva in funzione di parametri selettivi che hanno esclusivamente a che fare con le caratteristiche intrinseche dell'aggregato sociale¹⁰⁴; di conseguenza, in questa prospettiva, alcuna rilevanza può assumere la relazione che l'ente intrattiene con lo spazio di validità del diritto interno. L'art. 1 - molto semplicemente - non è una norma che regola la materia della giurisdizione nei confronti dell'ente. La tesi prospettata nel "diritto vivente" presuppone un'improbabile confusione di piani, che il legislatore - almeno in questo caso - ha mantenuto logicamente distinti. Del re-

¹⁰² All'«operatività» dell'ente straniero nel territorio dello Stato italiano fanno espressamente riferimento, nelle rispettive motivazioni: App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733 e, di riflesso, Cass. pen., Sez. VI, 07.04.2020, n. 11626.

¹⁰³ Alcuni di questi argomenti sono effettivamente evocati da taluni Autori per fondare la pretesa extraterritoriale: tra gli altri, FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, cit., 260; PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, cit., 162.

¹⁰⁴ Al riguardo, la nota introduttiva al commento dell'art. 1 del decreto di GINEVRA, *Note introduttive alla responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001. Identità e rilevanza della persona giuridica*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 3 ss..

sto, in modo paradossale alla lettura applicativa in esame, il comma terzo dimostra come, nel selezionare in negativo gli enti estranei all'applicabilità del decreto, si siano adottati parametri di qualificazione («enti pubblici territoriali», «enti pubblici non economici», «enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale») appartenenti ad una tradizione interpretativa (ad es. amministrativa) domestica, interna.

La teoria di argomenti prosegue poi con le disposizioni di cui agli articoli 34 e 36 del decreto n. 231. La prima norma apre, come noto, il capo del decreto relativo al procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente e di applicazione delle relative sanzioni. Nel rinviare alle «disposizioni del codice di procedura penale» e alle disposizioni attuative, l'art. 34 autorizzerebbe l'applicazione nell'ambito materiale della responsabilità dell'ente anche dell'art. 1 del codice di rito. Disposizione, quest'ultima, che legittimerebbe il giudice penale italiano a conoscere di «tutte le violazioni commesse in Italia», indipendentemente dalla nazionalità dei relativi autori. In realtà, come si è già altrove osservato, l'art. 34 del decreto rinvia sì alle norme del codice di rito ma regola questa dinamica di rinvio attraverso una clausola di compatibilità espressa. La selezione delle norme che attengono ai modi di accertamento della responsabilità penale della persona fisica deve avvenire in funzione di una verifica di compatibilità in rapporto all'autonoma struttura e al programma teleologico del sistema di responsabilità della persona giuridica. La rilevanza della clausola di compatibilità è stata, d'altro canto, ben posta in luce dalla giurisprudenza di legittimità, quando ha escluso la costituzione di parte civile nei confronti della persona giuridica, sulla scorta di considerazioni che attengono alla struttura della fattispecie di responsabilità e alla valorizzazione della relativa autonomia di disciplina¹⁰⁵. L'art. 1 del codice di rito non ha peraltro il contenuto che affrettatamente gli si attribuisce: non si tratta di una norma di diritto transnazionale¹⁰⁶, dal momento che essa non regola gli ambiti della giurisdizione penale sul reato; e, in questo senso, non può essere considerata - addirittura - come la fonte di un (autonomo) potere giurisdizionale sul fatto proprio della persona giuridica. Si limita, a ben vedere, ad individuare nei giudici «previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario» gli organi istituzionalmente competenti per l'esercizio della funzione giurisdizionale in mate-

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 22.01.2011, n. 2251, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2359 ss., con nota di VARRASO, *L'«ostinato silenzio» del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo perché*; altresì pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2011, 431 ss., con nota di MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*.

¹⁰⁶ Su questa categoria di norme, in materia penale, per tutti ALB. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di «diritto penale transnazionale*, Torino, 2006, 239 ss..

ria *penale*, nei casi stabiliti dalla legge penale (artt. 3, 6 e ss. c.p.) e dalle altre fonti a ciò abilitate.

Anche l'art. 36, come accennato, riveste un rilievo centrale nell'economia degli argomenti squadernati nelle decisioni che hanno sinora affermato la soggezione di enti "non radicati" alla disciplina punitiva del decreto n. 231. La disposizione è stata peraltro evocata da autorevole dottrina¹⁰⁷ come la fonte per il «decisivo» riconoscimento normativo dell'operatività dell'art. 6 c.p. anche nel contesto della responsabilità degli enti. In realtà, ancora una volta, l'aspetto critico di queste letture risiede nella valorizzazione oltre misura di un indice normativo che presenta una portata molto più circoscritta: in breve, l'art. 36 è norma che regola né più né meno che la competenza del giudice penale a conoscere dell'illecito amministrativo dell'ente; essa presuppone, quindi, che la questione relativa alla pretesa giurisdizionale nei confronti della persona giuridica sia stata già positivamente risolta in favore del giudice penale interno. Nuovamente si assiste ad un'improbabile confusione di piani (giurisdizione e competenza) sistematicamente e teoricamente equidistanti.

Gli argomenti passati in rassegna non sono in grado di sostenere - come si pretende - un'interpretazione che assegna al decreto n. 231 una portata tecnicamente *universale*, se riguardata nella prospettiva del soggetto che è il destinatario (art. 1) della disciplina punitiva: cioè l'ente. Quest'ultimo è assoggettato alla pretesa sanzionatoria domestica in funzione di una base legale (nazionalità; presenza economica; collegamento territoriale) che, come accennato, non risulta sinora precisata. Si oscilla confusamente tra territorialità del fatto di connessione e operatività commerciale della persona giuridica nel territorio nazionale. La mancata individuazione di una base legale sufficientemente determinata solleva consistenti profili di frizione con il principio di non interferenza nell'ambito di sovranità degli stati in cui gli enti sono costituiti o stabiliti. Si tratta di una dimensione del problema che non è stata in alcun caso affrontata dalla giurisprudenza interna, malgrado l'intero dibattito (teorico e applicativo) intorno alle forme di giurisdizione extraterritoriale si sia concentrato, soprattutto a livello internazionale, esattamente sulla loro compatibilità con i consolidati principi del diritto internazionale consuetudinario¹⁰⁸.

5. Elementi di comparazione: la «presumption against extraterritoriality» come presidio della «foreign affairs competence». Cenni al declino delle global

¹⁰⁷ In particolare PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, cit., 162.

¹⁰⁸ Cfr. *retro*, par. 1.

courts nell'esperienza USA. In realtà, rilevata l'insufficienza dell'approccio con cui la questione è stata sinora affrontata in giurisprudenza, si può tentare un percorso che muova in un'altra prospettiva. A tal proposito, si traggono significative indicazioni da una rapida comparazione con l'esperienza dell'ordinamento statunitense - storicamente dotato di un'articolata *jurisdiction doctrine* - e nel quale si è di recente osservata una radicale rivisitazione dell'approccio di fondo seguito in questa materia.

La svolta si è realizzata in due noti casi, affrontati dalla Corte Suprema, che hanno incisivamente condizionato lo sviluppo della riflessione teorica e gli approcci operativi (e legislativi) di altri ordinamenti. In entrambe, si assiste ad un vigoroso recupero del canone interpretativo della «presumption against extraterritoriality»¹⁰⁹ nell'ambito di un rinnovato *test* volto a verificare la *reasonableness*¹¹⁰ di applicazioni extraterritoriali del diritto interno, nell'ottica di assicurarne la compatibilità e con il diritto internazionale consuetudinario e con l'assetto costituzionale.

Il canone della «presumption against extraterritoriality» si inserisce nel solco del costituzionalismo americano e si riconnette ad una concezione che enfatizza il c.d. *federative power* («foreign affairs competence») come un ambito in cui la garanzia della separazione dei poteri (soprattutto rispetto a quello giudiziario) si esprime con maggior ampiezza e vigore (*foreign affairs exceptionalism*)¹¹¹.

Nel caso *Morrison v. National Australia Bank* (2010), la Corte Suprema¹¹² si confronta con una fattispecie concreta che ha carattere tipicamente «transnazionale»: alcuni investitori (anche stranieri) chiamano in giudizio di fronte ad una corte federale una società estera e una stabilita in Florida perché si accerti

¹⁰⁹ In tema, pochi riferimenti essenziali che ripercorrono le stagioni controverse di questo canone interpretativo: KNOX, *A presumption against Extrajurisdictionality*, in *American Journal of International Law*, 2010, 351 ss.; DODGE, *Understanding the Presumption Against Extraterritoriality*, in *Berkeley Journal of International Law*, 1998, 85 ss.; TURLEY, «When in Rome»: *Multinational Misconduct and the Presumption Against Extraterritoriality*, in *New York University Law Review*, 1990, 598 ss.; considera la «presumption against extraterritoriality» uno dei canoni interpretativi attraverso i quali la giurisprudenza ridefinisce i confini giurisdizionali, sovente perseguendo più ampi obiettivi di *policy*, soprattutto nel contesto della regolazione dell'attività di *foreign corporations*: KOHL, *Territoriality and Globalization*, cit., 308 ss.

¹¹⁰ Cfr. *retro*, nt. 48.

¹¹¹ Per un'esauritiva tematizzazione critica del «foreign affairs exceptionalism» e delle implicazioni che discendono dai casi *Kiobel* e *Morrison*, di cui nel testo, si segnalano due studi che hanno, peraltro, il merito di esprimere l'intensità del dibattito: SITARAMAN, WUERTH, *The Normalization of Foreign Relations Law*, in *Harvard LR*, 2015, 1897 ss.; VAZQUEZ, *The Abiding Exceptionalism of Foreign Relations Doctrine*, in *Harvard LR*, 2015, 305 ss..

¹¹² Cfr. *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010).

una frode (*misconduct*), commessa nel territorio degli Stati Uniti, riguardante però una transazione su titoli, realizzata all'estero, in Australia. Si pone la questione se la legge interna (il *Securities Exchange Act* del 1934) abbia o meno una portata extraterritoriale e se sia, quindi, applicabile anche in relazione a transazioni su titoli occorse all'estero. La Corte, con l'*opinion* del Justice Scalia, innova l'approccio interpretativo, sino a quel momento seguito, e propone di guardare al *focus* «of the Act» per individuare l'elemento che deve essere considerato decisivo per accertare la portata spaziale: nel caso di specie, questo elemento rilevante deve essere identificato nella *transazione*, non già nella condotta decettiva: «the Exchange Act's focus is not on place where the deception originated [U.S.], but on purchases and sales of securities in the United States»¹¹³. Focalizzato questo elemento, per decifrare la portata geografica della legge interna si deve muovere dalla considerazione che «it is a longstanding principle of American Law that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States»; per questa ragione, «when a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none». In questa prospettiva, secondo la Corte, la presunzione circa il carattere territoriale del diritto interno risulta insuperabile ogniqualvolta «the probability of incompatibility with other countries' law is so obvious that if Congress intended such foreign application it would have addressed the subject of conflicts with foreign laws and procedures»¹¹⁴.

L'impostazione adottata in *Morrison v. National Australia Bank* è stata recepita e perfezionata in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum co.* (2013)¹¹⁵. La Corte Suprema (*opinion* del Justice Roberts) si esprime, questa volta, in un tipico ATS's case (Alien Tort Statute)¹¹⁶: di fronte ad un giudice federale sono con-

¹¹³ Cfr. *Morrison v. National Australia Bank*, cit..

¹¹⁴ Citazioni da *Morrison v. National Australia Bank*, cit..

¹¹⁵ Cfr. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013), di cui si segnala l'importante commento di STEWART, WUERTH, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: The Supreme court and the Alien Tort Statute*, in *American Journal of International Law*, 2013, 601 ss.-

¹¹⁶ L'ATS è stato riconosciuto come un dispositivo giuridico (e giudiziario) capace di assicurare l'attuazione del diritto internazionale dei diritti umani nei confronti di soggetti, come le *corporations*, altrimenti irresponsabili in relazione a fattispecie concrete di violazione, consumate al di fuori del territorio degli Stati Uniti, in particolari contesti storico-politici. La proiezione transnazionale dell'ATS (state-law) e la sua attuazione extraterritoriale sono un esempio significativo - per riprendere le categorie di Sassen - di «denazionalizzazione» del diritto interno, resa possibile attraverso l'attività delle corti giudiziarie. Sul tema, come intuibile, vi è un'ampia bibliografia: RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, in *Yale LR*, 2001, 443 ss.; ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, 2006, 207 ss.; WILSON, *Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Cor-*

venute, da parte di alcuni cittadini nigeriani residenti negli Stati Uniti, alcune società tedesche, inglesi e nigeriane, perché responsabili di aver agevolato e sostenuto le forze governative nigeriane nella violazione del «law of nations» (*international human rights law*) in territorio estero. La sentenza *Kiobel* assume un notevole rilievo nell'ambito dei c.d. *transnational human rights litigations* perché segna un crepuscolo per l'impiego dell'*Alien Tort Statute* (ATS) come strumento per realizzare forme di tutela transnazionale dei diritti umani, riconosciuti dalle fonti internazionali, specialmente con riguardo all'attività di società multinazionali, operative in contesti in via di sviluppo o di decolonizzazione. Prima di *Kiobel*, come dimostra la casistica più rilevante, l'applicazione extraterritoriale dell'ATS ha finito per conferire alle corti domestiche una vasta proiezione globale¹¹⁷.

La Corte Suprema traccia nuovi confini giurisdizionali, applicando la *presumption against extraterritoriality*: «there is no indication that the ATS was passed to make the United State as uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms». L'intera motivazione si muove lungo il tracciato costituzionale del principio di separazione dei poteri: la questione *reale* che si pone «is not what Congress has done but what courts may do». La presunzione di territorialità della legge nazionale, in quest'ottica, opera come un effettivo presidio interpretativo per garantire che «the Judiciary does not erroneously adopt an interpretation of U. S. law that carries foreign policy consequences not clearly intended by the political branches»¹¹⁸. L'applicabilità extraterritoriale di una legge interna espone l'ordinamento a situazioni di conflittualità nelle relazioni internazionali e, allo stesso tempo, può determinare «unintended clashes between our laws and those of other nations». Per queste ragioni, l'extraterritorialità deve essere oggetto di un'esplicita opzione del legislatore, che non può essere surrogata da una decisione giudiziaria.

6. *La proiezione extraterritoriale del sistema punitivo interno come sintomo della funzione di governance giudiziaria nello scenario transnazionale. Il giudice border guard.* I due casi sinteticamente richiamati e, più in generale, gli

porations Liable under the Alien Tort Statute, in *Transnational Corporations and Human Rights*, a cura di De Schutter, Oxford, 2006, 43 ss.; KUH, *The Curious Case of Corporate Liability Under the Alien Tort Statute: a Flawed System of Judicial Lawmaking*, in *Virginia JIL*, 2011, 353 ss..

¹¹⁷ In tema, il significativo studio di PUTNAM, *Courts Without Borders. Law, Politics and U.S. Extraterritoriality*, Cambridge, 2016 dove sono discusse e analizzate, in un compiuto quadro teorico, le proiezioni extraterritoriali delle corti interne e il ruolo preponderante che esse rivestono nella formazione di autentici assetti transnazionali di regolazione e disciplina dei processi economici *cross-borders*.

¹¹⁸ Cfr. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, cit.

sviluppi che riguardano questa materia offrono spunti di riflessione e qualche indicazione, come si diceva, per reimpostare il percorso.

E' appena il caso di osservare come nella discussione teorica e applicativa intorno all'extraterritorialità del diritto punitivo interno (decreto n. 231) non siano sinora emerse le dimensioni costituzionali, poc'anzi evocate, che rappresentano invece le prospettive critiche del dibattito in altri ordinamenti, pure espressivi di culture giuridiche contigue; in effetti, la *presumption against extraterritoriality* e il corollario di argomenti che ad essa si riconnettono non appartengono alla tradizione interpretativa interna in materia di giurisdizione. Anche nei contesti sistematici, dominati da istanze di legalità formale (paradigmatico quello penale e punitivo più in generale), non sembrano rivestire rilievo risolutivo considerazioni che attengono alla necessità insuperabile di conservare la discrezionalità del legislatore nella gestione degli interstizi tra sovranità. Come dimostrano le sentenze in tema di applicabilità extraterritoriale del decreto n. 231, il silenzio legislativo è, in realtà, solo un'occasione proficua, che non deve essere mancata, per sviluppare interpretazioni in grado di impegnare l'intero ordinamento nei suoi rapporti con altri Stati. La circostanza che il decreto n. 231 non abbia approntato un'apposita disciplina per i *conflict of laws*, evidentemente prevedibili, non è reputata sufficiente a dubitare della lettura extraterritoriale; in altri ordinamenti, in assenza di una *conflict rule*, la presunzione di territorialità del diritto interno avrebbe ostacolato soluzioni alternative, conservando il silenzio normativo. In generale, la distanza tra l'approccio interno e quello adottato in altre esperienze (pure, storicamente, tendenti all'extraterritorialità), si coglie in taluni passaggi motivazionali delle decisioni in parola¹¹⁹, dove le corti argomentano con considerazioni di *policy* e proclamando consapevoli impegni per reagire agli spazi di impunità dischiusi dalla globalizzazione, in modo del tutto coerente con una rappresentazione di sé quali giudici di scopo. Si tratta, come avvertito in letteratura¹²⁰, di atteggiamenti interpretativi che agevolmente si spiegano nella prospettiva di un'emergente «società delle corti»¹²¹, innescata dalla globalizzazione, in cui i singoli giudici nazionali, nei diversi ambiti materiali, contribuiscono – spesso in misura prevalente – alla definizione di prassi interpretative od

¹¹⁹ In particolare, si considerino App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733; Trib. Lucca, 31.07.2017, n. 222, che argomentano la pretesa punitiva in funzione della necessità di garantire una sorta di *level playing field* e di colmare spazi di impunità, connessi alla limitata portata della giurisdizione territoriale nel contesto della globalizzazione economica.

¹²⁰ Cfr. *retro*, nt. 23 e 79.

¹²¹ La tesi, raccolta nell'efficace espressione, è elaborata da ALLARD, GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005, 23 ss..

operative, condivise con altre corti “globali”, che concorrono realmente alla *governance* dei fenomeni mondiali¹²². La globalizzazione – è stato già rammentato – ha intensamente esaltato la funzione giudiziaria: ciò si avverte, in

¹²² Un’articolata tradizione di studi intorno alla globalizzazione e alle sue implicazioni per il diritto ne intravede un carattere tipico o identitario nell’esaltazione funzionale del formante giudiziario, cui, per molteplici fattori, si attribuiscono reali competenze nella *governance* delle dinamiche di mondializzazione. Le corti concorrono alla formazione del diritto *policontestuale*, come sostengono TEUBNER, FISCHER-LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, cit., 154, e «occupano il centro del diritto [mentre] la sua periferia è popolata da differenti regimi giuridici autonomi che, ai confini del diritto, si costituiscono in stretto contatto con le sfere sociali autonome»; per Saskia Sassen (v. *retro*, nt. 10), la globalizzazione è un processo reale di ridefinizione delle relazioni costitutive tra giudiziario, esecutivo e legislativo: mentre quest’ultimo si ridimensiona, sono anche i giudici, nei campi di materia esposti alla mondializzazione, a «produrre tutta una serie di nuove legalità», che consentano allo Stato («denazionalizzato») di interagire con il «globale». Le decisioni delle corti domestiche sono «atti di regolazione» e determinano l’allocazione reale di risorse e diritti: cfr. WHYTECK, *Domestic Courts and Global Governance*, cit., 97 ss.. E sono ancora le corti, nell’applicazione giudiziaria, ad attuare *standard* internazionali e, più in generale, quel diritto ibrido o transnazionale che non ha la sua validità nelle fonti statuali o internazionali: così si assiste a processi di *judicial enforcement* (o «judicialization») di normazione tecnica (tort liability; criminal liability), public soft law (linee guida; raccomandazioni; *due diligence standard*) e private transnational law (es. codici di condotta): in tema CAFAGGI, *Enforcing transnational private regulation: models and patterns*, in *Enforcement of Transnational Regulation. Ensuring Compliance in a Global World*, a cura di Cafaggi, Cheltenham, 2012, 75 ss.; BENVENISTI, DOWNS, *National courts and transnational private regulation*, in *Enforcement of Transnational Regulation. Ensuring Compliance in a Global World*, cit., 131 ss.. Al ruolo delle corti nello «spazio giuridico globale», discontinuo e disorganico, dedica una significativa parte della sua analisi CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009, spec. 142 ss.: nel contesto del «diritto globale», intrinsecamente carente di elementi ordinanti (politici o giuridici: es. diritto internazionale), «le corti divengono i regolatori dei rapporti tra i diversi livelli di governo (in senso verticale) e i produttori delle norme che riempiono gli «spazi vuoti» tra i diversi *regulatory regimes* ultrastatali (in senso orizzontale). Di qui la domanda: può dirsi che le corti contribuiscano a creare il tessuto normativo comune in grado di supplire all’assenza di un diritto globale generale, divenendo, così, uno degli attori principali dello sviluppo del diritto globale?». Non dissimile, sul punto, l’indagine di FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., quando, dopo aver registrato l’indebolimento delle strutture formali di validazione e organizzazione del diritto, osserva come «le corti, nuove inquiline dell’*habitat* internazionale, giocano un ruolo di primo piano nel mondo globale. Anzi è proprio in ambito globale che si può maggiormente misurare il «successo» delle istituzioni giudiziarie rispetto ai poteri politici, che hanno maggiore difficoltà a trapiantarsi fuori dagli Stati. Il ruolo svolto dalle corti nel contesto giuridico globale merita una particolare sottolineatura, in quanto esse non hanno solo una funzione di composizione dei conflitti, ma contribuiscono in maniera significativa alla creazione di regole e *standard* giudici globali». Che le dinamiche di applicazione (giudiziaria) e, quindi, i processi di interpretazione del diritto penale siano i «vettori» attraverso i quali, con particolare intensità, si realizza l’attuazione del «diritto transnazionale» può apparire paradossale ma ha spiegazioni profonde: sono certamente la strutturale inclinazione “epistemologica” del diritto penale, il suo intenso contatto con la «fattualità» (fortissimo in alcuni contesti, come quello della colpa: art. 43 c.p.) e la sua collocazione “marginale” rispetto ai rapporti sociali, dove il diritto si produce, a renderlo più sensibile ed esposto alle forme di giuridicità “oltre lo Stato” (l’impatto – interpretativo o normativo – di normazione tecnica, *standard* e autonormazione privata o ibrida nella definizione dei fatti tipici è paradigmatico).

modo quasi plastico, nelle fattispecie a carattere transnazionale: qui le corti nazionali operano come *border guard*, aprono e chiudono i confini dell'ordinamento, tracciano le regole dei conflitti normativi, li risolvono e li creano; poi organizzano gli spazi dell'interazione tra «l'interno e l'esterno», fissano i criteri per orientarsi nelle strutturali situazioni di multinormatività e compongono e ricompongono il diritto individuale del singolo caso¹²³.

In quest'ottica, come meglio si dirà, deve essere letto il tentativo delle corti di merito¹²⁴ di elaborare inediti criteri - come quello dell'equivalenza normativa e dell'assimilazione in concreto - per gestire in autonomia quelle situazioni di divergenza e conflittualità normativa che il legislatore, nel decreto n. 231, ha ritenuto di non affrontare, dettando una puntuale disciplina per l'individuazione del diritto applicabile.

La casistica in tema di extraterritorialità sottende imponenti questioni di diritto applicabile; le fattispecie transnazionali, caratteristiche degli attuali processi di mondializzazione delle imprese, sollevano conflittualità normative più acute e complesse, soprattutto in ragione della speciale "dimensione qualitativa" che presentano: i conflitti non coinvolgono esclusivamente frammenti giuridici che provengono da diritti nazionali o dal diritto internazionale, ma in modo sempre più consistente investono frammenti normativi che - come ricordato - non appartengono ad ordinamenti territoriali fissati nelle cartografie politiche; l'interazione tra diritti nazionali e questo diritto ibrido o transnazionale (public soft law; normazione tecnica; *standards*; autonormazione; transnational private regimes) genera problemi di *conflict of laws* del tutto inediti, la cui risoluzione, in assenza di parametri orientativi legali, è delegata nuovamente al giudice del caso concreto. E' inevitabile che le fattispecie concrete di responsabilità di società transnazionali presentino queste dimensioni problematiche, come è già emerso in una precisa casistica; l'approccio delle corti rispetto a tali aspetti è ancora sintomatico di una certa inconsapevolezza, che alimenta soluzioni votate ad un certo pragmatismo che non risultano sempre

¹²³ Gli studi in materia di «interlegalità» - cfr. per tutti PALOMBELLA, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, cit., 363 ss. - designano la «fattispecie concreta» come categoria ordinante e selettiva del diritto applicabile: il «caso» ha sostituito i criteri formali di validazione del diritto (applicabile) e di risoluzione dei conflitti normativi. E qui sta la centralità del ruolo del giudice, abilitato a conoscere il *caso* e, quindi, a descriverlo e definirlo: se è il «caso» che designa il diritto, in uno scenario di intenso pluralismo giuridico, si coglie l'esaltazione della funzione giudiziaria di identificazione della fattispecie concreta, da cui dipende la selezione delle regole ad essa adeguate (questione connessa ma diversa è come concretizzare la misura dell'«adeguatezza»).

¹²⁴ Cfr. *ultra*, par. 8.

risolutive né, soprattutto, coerenti con ragioni di tutela (legalità-prevedibilità) fortemente coinvolte nelle dinamiche del diritto applicabile.

In generale, l'impressione che si trae, analizzando gli orientamenti applicativi in tema di responsabilità punitiva di società "non radicate" nel territorio dello Stato, è appunto quella di una sostanziale svalutazione delle problematiche di diritto applicabile che le fattispecie transnazionali propongono in modo esemplare. Al contempo, è del tutto negletta anche la prospettiva della *legalità* e, più precisamente, della necessaria riconoscibilità della materia del divieto. Il principio di legalità e i nuclei di tutela che esso esprime non sembrano rilevanti quando si discute dell'applicabilità extraterritoriale della disciplina punitiva degli enti e dell'individuazione dei parametri legali (del «diritto applicabile») che il giudice interno adotta nella valutazione della condotta organizzativa di società altrove radicate od operative. L'esperienza di ordinamenti che hanno conosciuto, per ragioni storiche, una forte e reale vocazione extraterritoriale (Stati Uniti; Regno Unito), suggerisce come le questioni di giurisdizione precipitino in una verifica circa la ragionevole prevedibilità del radicamento della pretesa: non soltanto il criterio di collegamento («genuine connection») deve essere espresso, quindi prevedibile; ma deve altresì possedere una consistenza tale da porre l'individuo o la società nella condizione di determinarsi in funzione della possibilità che un altro Stato possa esercitare una pretesa giurisdizionale, applicando il relativo diritto¹²⁵.

Nelle sue *rationes* di tutela, la legalità (art. 25, co. 2, Cost.) è sensibilmente coinvolta nelle questioni transnazionali che riguardano il sistema di responsabilità degli enti; eppure, nella prassi, è ridotta ai margini e cede facilmente il passo alla prerogativa punitiva, pur a fronte di un quadro del diritto positivo (il nostro decreto legislativo) che risulta sprovvisto di sufficienti indicazioni per assicurare che essa si realizzi in modo compatibile con il principio di legalità. Anche in dottrina, per vero, la questione in esame è raramente tematizzata sul piano della legalità; anzi, in molti autorevoli contributi – come si dirà –, si tracciano percorsi interpretativi e, più in generale, letture che tentano di sanare le numerose criticità (rilevanti proprio sotto il profilo della *legalità*) invocando altri principi e differenti nuclei di garanzia. Aspetti fondamentali e quesiti importanti che attengono al "diritto applicabile" (quali pa-

¹²⁵ Tali esigenze sono tanto più intense quanto più i criteri di collegamento sono «tenui» e la base legale incerta: lo dimostra, ad es., l'esperienza applicativa che ha riguardato il paradigma del *minimum contacts*, ora declinante, ritenuto incapace di garantire un ragionevole grado di prevedibilità (della pretesa) da parte di individui e persone giuridiche. Le corti federali sono intervenute prospettando l'integrazione di quella base con ulteriori criteri, per lo più riconducibili ad un piano di valutazioni assiologiche, appunto attinenti alla verifica della ragionevolezza dell'*assertion of jurisdiction*.

rametri il giudice è tenuto ad applicare per valutare il comportamento organizzativo di società non radicate?) sono trattati e risolti sul versante concreto o processuale, richiamandosi al diritto di difendersi, provando¹²⁶; e in tal modo si assiste alla degradazione delle istanze di tutela, per cui la legalità è destinata ad una forzosa uscita di scena, quando sarebbe stato invece il suo momento.

7. *Il «focus» del d.lgs. n. 231/2001: la territorialità è un'implicazione necessaria della struttura dell'illecito punitivo e risponde ad esigenze di legalità del rimprovero per colpevolezza organizzativa.* L'approccio alternativo deve muovere esattamente dall'indagine sul «focus» del decreto n. 231 e, più in generale, della disciplina punitiva in materia di responsabilità degli enti; riprendendo le suggestioni comparatistiche, sopra brevemente svolte, occorre identificare, alla luce della struttura della fattispecie di illecito, l'«elemento rilevante» da cui risalire alla portata *spaziale* (territoriale o extraterritoriale) del sistema punitivo. Si aprono, allora, due differenti prospettive ricostruttive che, come si dimostrerà, convergono verso il medesimo esito: *i)* la prima concerne l'analisi della disciplina transnazionale espressamente prevista dal decreto n. 231 all'art. 4; in breve, è necessario verificare se questa disposizione, indicando nella «sede principale» dell'ente il criterio di collegamento che fonda la giurisdizione sulla società (art. 1), non esprima, al fondo, una riconoscibile opzione del legislatore in ordine alla proiezione spaziale del sistema di responsabilità; *ii)* muovendo dalla considerazione dell'art. 4 e delle sue implicazioni sistematiche, risulta determinante analizzare l'elemento di territorialità oggettiva («sede principale») nell'ottica della complessiva struttura dell'illecito punitivo dell'ente: ci si chiede, in altre parole, se quel criterio sia coerente con la dinamica del rimprovero normativo, delineato nel decreto; e se questa coerenza sistematica tra nesso di collegamento e modello di illecito sia o meno risolutiva per sciogliere l'alternativa tra territorialità ed extraterritorialità del sistema normativo. In realtà - lo si anticipa -, l'art. 4 e la disciplina transnazionale lì prevista sono intrinsecamente consentanei alla struttura e al contenuto sostanziale dell'illecito punitivo dell'ente; la considerazione di questo dato sistematico assume portata risolutiva per decifrare i limiti spaziali di applicazione del decreto n. 231. E' significativo, al riguardo, come la giurisprudenza, che pure identifica nel reato l'«elemento rilevante» per definire la portata spaziale del compendio sanzionatorio, non abbia ancora verificato la reale compatibilità di una tale soluzione sia con la disciplina transnazionale

¹²⁶ Cfr. *ultra*, par. 8.

espressa dell'art. 4 sia con lo stesso modello di illecito punitivo, coniato dal decreto.

L'art. 4 stabilisce uno statuto transnazionale *autonomo* per l'ente e, più precisamente, per l'illecito punitivo ad essa riferibile¹²⁷. Quando il fatto di connessione è extraterritoriale, non sono sufficienti a fondare la pretesa sulla società i criteri (artt. 7 e ss. c.p.) che invece radicano la giurisdizione per la persona fisica. La disciplina concepita per il soggetto collettivo è quindi autonoma rispetto a quella che il codice penale stabilisce per il reato; l'art. 4 fissa un elemento di connessione oggettivo – la sede principale della società – che si rivela, d'altra parte, del tutto coerente con una compiuta e consolidata tradizione in tema di disciplina della giurisdizione per soggetti diversi dalle persone fisiche¹²⁸. Il criterio della «sede principale» allude, in buona sostanza, al paradigma della «corporate presence», declinato, come intuibile, in un'accezione tendenzialmente formale. L'*asimmetria* che l'art. 4 instaura con le norme transnazionali che regolano la giurisdizione sul «fatto di connessione» non può essere sottovalutata; essa assume, in realtà, diversi significati. Risponde, anzitutto, ad un'esigenza di coerenza basilare della disciplina punitiva, dal momento che individua un criterio di collegamento – o, se si preferisce, una base legale della giurisdizione – in funzione della speciale natura del soggetto che ne è il destinatario, cioè l'ente collettivo (art. 1); la «corporate presence» è un nesso di collegamento storicamente elaborato per assimilazione alla presenza fisica dell'individuo; come ricordato, si è poi evoluto per corrispondere alla crescente complessità dell'organizzazione aziendale e dei processi economici. Da questo punto di vista, l'art. 4 descrive un'autonoma base legale per affermare la giurisdizione sull'ente: rimane, allora, quanto meno opinabile che la medesima esigenza di concepire un criterio di radicamento della giurisdizione *coerente* con l'ontologia normo-organizzativa della persona giuridica sia emersa solo in relazione al reato extraterritoriale. Ma non è attraverso questo genere argomenti che può maturare una tesi circa l'ambito spaziale di applicazione del decreto. Piuttosto, è utile interrogarsi sulle ragioni sostanziali che giustificano, nell'ottica del sistema in esame, la precisa opzione di circoscrivere il raggio applicativo del decreto in funzione di un collegamento territoriale tra l'ente e l'ordinamento interno. Come è stato acutamente osservato

¹²⁷ Su questo punto c'è ampia convergenza in dottrina: cfr. per tutti PISTORELLI, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, cit., 4; MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, cit., 97 ss..

¹²⁸ Cfr. *retro*, par. 3.

in dottrina¹²⁹, l'art. 4, nel regolare l'efficacia spaziale dell'assetto punitivo, ha introdotto un significativo temperamento, in chiave *territoriale*, dell'approccio extraterritoriale che, con varia intensità, caratterizza lo statuto transnazionale del reato (artt. 7 e ss. c.p., cui rinvia l'art. 4). Appare dirimente, per l'appunto, la ricognizione del fondamento sostanziale di questo elemento di temperamento.

La previsione della «sede principale» trova la sua ragionevole spiegazione se riguardata nell'ottica del modello di responsabilità della persona giuridica e, quindi, alla luce del contenuto del rimprovero normativo per difettosa organizzazione¹³⁰. La localizzazione dell'ente nel territorio dello Stato, con la sua «sede principale», costituisce la *soglia sufficiente e necessaria* per *presumere* instaurato per l'ente quel dovere informativo circa la materia del «divieto» che ne consente la sanzione in caso di inosservanza. Il contatto territoriale, così intensamente qualificato («sede principale»), pone l'ente nella condizione di orientare il proprio comportamento organizzativo in funzione di parametri legali (art. 6 del decreto) che l'ordinamento può, in astratto, considerare conosciuti e ragionevolmente prevedibili. Come sovente accade - e l'analisi comparata lo dimostra, inequivocabilmente - i «nessi» che fissano il perimetro della giurisdizione dipendono in larga misura dai contenuti sostanziali della disciplina cui essi accedono. E il decreto n. 231 non si sottrae affatto a questa relazione. Il parametro della «sede principale» è, in tal senso, coerente con la dimensione fortemente normativizzata del rimprovero per colpa di organizzazione e, quindi, con la stessa conformazione dell'illecito punitivo, fondato su profili di «tipicità soggettiva»¹³¹. Si può discutere se la scelta così netta - non solo la «sede», ma anche quella «principale» nel territorio dello Stato - sia compatibile con valutazioni di politica-criminale che avrebbero magari suggerito di mitigare l'intensità del collegamento che l'art. 4 esige per afferma-

¹²⁹ Così FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, cit., 254.

¹³⁰ Sui contenuti del rimprovero normativo per colpa di organizzazione, le analisi profonde di PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 ss.; PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001 (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss.; ID., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001 (Parte II)*, in *Cass. pen.*, 2013, 842 ss.; FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001*, a cura di Stile, Mongillo, G. Stile, Napoli, 2013, 25 ss.; per una ricognizione molto puntuale della tematica, v. SCOLETTA, sub art. 6 *Profili penalistici*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., 132 ss..

¹³¹ In tal senso, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Lattanzi, Torino 2010, 44.

re la giurisdizione sull'ente. E' però necessario considerare come l'opzione adottata nel decreto risponda ad un'esigenza, del tutto ragionevole, di contemperare l'extraterritorialità del fatto di connessione: la previsione di un nesso più lasco per la società avrebbe ulteriormente accresciuto le già consistenti criticità¹³² connesse all'applicazione del decreto.

A ben vedere, nel decreto n. 231, con l'art. 4 è stata coniata un assetto che può essere agevolmente ricondotto al paradigma - di cui si è già detto¹³³ - dell'*extraterritorial territoriality*. Le prevedibili implicazioni extraterritoriali del diritto punitivo interno (si pensi, ad es., alla conformazione dello stabilimento estero al modello organizzativo, coniato sul calco dell'art. 6 e 30 del d.lgs. n. 231) hanno suggerito di circoscriverne la portata applicativa ai soli enti che abbiano instaurato con l'ordinamento un contatto radicale, stabile e formale come quello dato dalla «sede principale».

A sostegno di questa ricostruzione, che propone di leggere la «territorialità» dell'ente (art. 4) come un'implicazione necessaria del contenuto del rimprovero per colpa di organizzazione, è stato evocato anche l'art. 25 della legge n. 215/1995. La soluzione adottata per gli enti dal decreto in parola si rivela del tutto coerente con questa disposizione, che ha un ambito materiale niente affatto circoscritto all'emisfero in senso lato civilistico¹³⁴. L'art. 25 della l. n. 218 pone né più né meno che un'articolata *conflict rule* e stabilisce una criteriologia per identificare la «legge regolatrice dell'ente» (comma 2°) e, cioè, il diritto (anche straniero) che il giudice domestico applica con riferimento ad un complesso di aspetti inerenti il soggetto collettivo come, tra l'altro, la «formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi». L'art. 25, comma 1°, indica nella «sede dell'amministrazione» - costantemente interpretata come la sede da cui provengono gli impulsi volitivi direzionali - il criterio di collegamento per l'applicazione della *lex societatis* italiana, indifferente dalla circostanza che l'ente sia costituito all'estero, perché ivi incorporato o in altra forma registrato. Un'impostazione formalistica nega recisamente ogni rilevanza o significato sistematico all'art. 25 quando si discute della responsabilità degli enti: saremmo di fronte, cioè, ad una disciplina punitiva,

¹³² Per un'esposizione di queste criticità, per lo più connesse alla dimensione «territorialmente limitata» delle regole cautelari che integrano le fattispecie di reato-presupposto e investono anche la dimensione sopraindividuale della condotta organizzativa, cfr. DI VETTA, sub *art. 4 Reati commessi all'estero*, cit., 68-75.

¹³³ Cfr. *retro*, par. 3.

¹³⁴ In tema, PEDERZINI, *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, a cura di Pederzini, Torino, 2020, 3 ss.; BALLARINO, BALLARINO, PETRELLI, *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2016, 164 ss..

che nulla avrebbe a che fare con la norma di diritto privato internazionale, al più tesa a regolare profili risarcitori conseguenti dalla violazione della legge regolatrice (una volta che questa sia stata definita). In realtà, soltanto un eccesso di formalismo induce a coltivare steccati disciplinari così (apparentemente) perfetti e solidi, trascurando di considerare – ed è questo il punto – come il modello di organizzazione, gestione e controllo e, più in generale, la competenza di autoregolazione, delegata all'ente (artt. 6 e 7), rappresenti, allo stato, una precisa modalità di funzionamento dell'organizzazione, fissata dalla legge, sino al punto da integrare – come da molti osservato – quell'obbligo di dotare la società di adeguati assetti organizzativi, funzionali a garantire la *compliance* dell'ente. In quest'ottica, l'art. 4 risulta compatibile con l'art. 25 l. cit., nella misura in cui condiziona l'applicabilità del decreto alla circostanza che l'ente abbia la sede principale nel territorio dello Stato (requisito, quest'ultimo, evidentemente assimilabile alla «sede dell'amministrazione», cui si riferisce norma di d.i.p.).

L'elemento di territorialità obiettiva, richiesto dall'art. 4, opera come una precondizione normativa del rimprovero per difettosa organizzazione; questa lettura condiziona inevitabilmente anche la decifrazione del «nesso»: come debba essere concretamente intesa la «sede principale». Su questo profilo si sono avvicendate numerose tesi, che altrove abbiamo tentato di sintetizzare, ponendo in evidenza le criticità di ciascuna, soprattutto in termini applicativi¹³⁵. Il campo è conteso da due impostazioni radicalmente differenti: la «sede principale» (o, più in generale, il criterio di collegamento territoriale) dovrebbe essere identificata come il luogo dove si è concretamente realizzato il *deficit* organizzativo che ha consentito il verificarsi del reato (*place of organizational failure*)¹³⁶; secondo la diversa ricostruzione, il nesso dovrebbe invece identificarsi nel luogo organizzativo in cui si formano e si assumono le decisioni strategiche di gestione e di organizzazione dell'ente, comprese le direttive in materia di *compliance*, anche con riferimento ad eventuali proiezioni organizzative radicate in territorio estero, come stabilimenti produttivi e via dicendo (*place of risk management failure*)¹³⁷. Quest'ultima impostazione risulta preferibile, perché compatibile con la lettura – qui proposta – della «sede principale» come centro di imputazione della colpa di organizzazione, in mo-

¹³⁵ Per una ricognizione, cfr. DI VETTA, sub *art. 4 Reati commessi all'estero*, cit., 79.

¹³⁶ Aderisce a questa impostazione MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, cit., 108.

¹³⁷ In prospettiva comparatistica, approfondisce questi criteri e le relative implicazioni: SCHNEIDER, *Corporate Criminal Liability and Conflicts of Jurisdiction*, in *Regulating Corporate Criminal Liability*, a cura di Brodowski, Espinoza de los Monteros de la Parra, Tiedemann, Vogel, Berlino, 2014, 249 ss..

do consentaneo alla meccanica del rimprovero. In tal senso, si considera radicata nel territorio italiano la società che *ivi* abbia stabilito quel «centro dell'attività direttiva, amministrativa od organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi»¹³⁸, da cui dipendono le decisioni di fondo in tema di prevenzione organizzativa del rischio-reato con riferimento al contesto di attività in cui si è verificato il fatto di connessione. Sono però necessarie alcune precisazioni. Sovente si richiama, in letteratura, l'opportunità di adottare un approccio *effettuale*¹³⁹ che valorizzi, nell'individuazione della «sede principale», le reali dinamiche dei processi decisionali della società, fuggendo il rischio di appiattimenti formalistici sulla «sede legale», che espongono l'intero sistema punitivo ai comportamenti elusivi e strategici (opportunistici) delle imprese. Il rischio è reale ma l'approccio effettuale non può essere valorizzato oltremodo, in ragione delle (immani) difficoltà con cui il giudice dovrebbe confrontarsi a fronte della crescente complessità dell'organizzazione aziendale e delle reali dinamiche con cui si elaborano, deliberano e attuano le decisioni strategiche nell'ambito delle società contemporanee (qui è sufficiente accennare ai fenomeni dell'informatizzazione e smaterializzazione di procedure, contesti organizzativi e soprattutto processi decisionale).

Superando ingenuità, improbabili psicologismi organizzativi (ad es. la teoria degli impulsi volitivi) e altri moduli di accertamento anacronistici, la soluzione è un metodo che contemperi approccio effettuale e esigenze normative di imputazione. Si tratta di procedere per approssimazioni graduali, secondo una metodologia «a scalare», considerando anzitutto gli indici formali di identificazione («sede legale», art. 46 c.c.; altri elementi di autorappresentazione formale della società); soltanto in seconda battuta, in presenza di una discrasia tra dato formale ed effettuale, si rivelano decisivi gli aspetti reali e concreti dell'organizzazione aziendale. La giurisprudenza ha comunque definito, in altri contesti sistematici, una serie di indici probatori che il giudice applica quando si tratta di stabilire la localizzazione geografica di un soggetto collettivo. In prospettiva costruttiva, è seriamente da valutare l'opportunità di modificare l'art. 4, comma 1°, integrandolo con una serie definita di indicatori, organizzati a scalare (nei termini anzidetti) e dotati di un coefficiente inferenziale stabilito *ex lege*; una tale soluzione - è evidente - conferirebbe al requisito

¹³⁸ Si trae questa definizione descrittiva dalla giurisprudenza formatasi in altro contesto sistematico, quello fallimentare: cfr. in particolare Cass. civ., I, 24.04.2015, n. 8388, in *DeJure*.

¹³⁹ Coniuga secondo questo approccio effettuale il concetto di «sede principale», rilevante ai sensi dell'art. 4 del decreto, PISTORELLI, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, cit., 15.

di territorialità un maggior grado di determinatezza nella sua concretizzazione processuale.

In ultima analisi, per le considerazioni sinora svolte, il significato sistematico dell'art. 4 è chiaro: non è il fatto di connessione, il reato individuale, l'«elemento rilevante» che definisce la portata spaziale della disciplina punitiva; il decreto ha, infatti, individuato nella sede principale quella «genuine connection» sufficiente e necessaria per instaurare la pretesa giurisdizionale sull'ente; l'espressa previsione di una *legal basis* per la giurisdizione si riconnette ad esigenze di legalità-prevedibilità e conferma la dimensione territorialmente limitata dei parametri legali (art. 6) che innervano il rimprovero normativo. Le stesse esigenze sostanziali, sottese alla previsione espressa di un nesso di collegamento, si presentano, in modo ancor più vivido, nelle fattispecie transnazionali in cui il fatto di connessione si considera commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.) e si considera irrilevante che l'ente intrattenga con l'ordinamento interno una «genuine connection».

L'interpretazione dell'art. 4, qui operata, si alimenta, inoltre, di una precisa ricostruzione dell'illecito punitivo dell'ente, che ne esalta l'autonomia rispetto al fatto di connessione¹⁴⁰. Le decisioni che riconoscono l'applicabilità «extraterritoriale» del decreto n. 231 muovono, come noto, da un'opposta visione della relazione che intercorre tra fatto di connessione e illecito dell'ente: è il luogo di commissione del reato individuale a decidere della giurisdizione sull'ente, atteso che l'illecito punitivo in esso si esaurisce e, in ogni caso, non è possibile identificare alcun «fatto proprio», autonomamente ascrivibile al soggetto collettivo. In giurisprudenza si è fatto ricorso a questa impostazione in modo propedeutico alla soluzione del quesito transnazionale nel senso dell'extraterritorialità. Si tratta, però, di una lettura della fattispecie di responsabilità dell'ente che finisce per annichilirne la dimensione più qualificante, che attiene - appunto - alla violazione della regola di autodisciplina, in funzione della prevenzione di precisi reati.

La tesi «monistica», che postula l'identità tra i due illeciti (penale e punitivo), risulta d'altro canto fortemente ridimensionata nella prassi interpretativa: su-

¹⁴⁰ Una disamina approfondita della relazione che intercorre tra i due poli, reato e illecito punitivo della persona giuridica, è proposta da DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 353 ss.; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, spec. 431 ss., dove l'A. prospetta una lettura fortemente «autonomista» dell'«illecito corporativo», caratterizzato da una tipicità colposa su basi funzionali-organizzative: sicché «il deficit organizzativo non si riduce in alcun modo al c.d. "fatto di connessione" e alla colpevolezza del suo autore fisico [...]. Da questa angolazione, è corretto asserire che l'ente non risponde del reato altrui, ma di una diversa lacuna riconducibile al proprio sostrato di collettività organizzata».

perate talune ricostruzioni in chiave concorsuale, sostenute anche da raffinata dottrina¹⁴¹, la giurisprudenza ha riconosciuto, in plurime occasioni¹⁴², il carattere autonomo dell'illecito punitivo, la sua irriducibilità al fatto individuale, la relazione di equidistanza che li contraddistingue e l'immunità della fattispecie di responsabilità dell'ente rispetto alle vicende giuridiche che investono il reato. Da questo punto di vista, è difficile non intravedere nella tesi dell'extraterritorialità del decreto n. 231, argomentata sull'identità degli illeciti, un elemento di radicale incoerenza con gli orientamenti interpretativi che muovono in tutt'altra direzione. Questa incoerenza conferma l'impressione di un'intrinseca fragilità della costruzione dogmatica dell'illecito punitivo: la giurisprudenza spesso affronta il quesito intorno alla struttura e composizione della fattispecie di responsabilità in ottica schiettamente strumentale a risolvere specifiche questioni, prescindendo da una compiuta considerazione delle implicazioni sistematiche in ordine alla fisionomia dell'illecito che discendono dalle singole conclusioni raggiunte. Si abdica così all'elaborazione di una trama sistematica: e l'illecito punitivo è, nella sua struttura, instabile e variabile alla bisogna; da un punto di vista metodologico, la dogmatica presta un servizio assai deludente all'interpretazione del sistema e si rivela, alla luce di questi orientamenti, uno strumento *bonne à tout faire*.

Non è questa la sede per ripercorrere la discussione circa la morfologia dell'illecito dell'ente; studi validissimi propongono analisi lucide, efficaci quadri ricostruttivi e fondamentali prospettive interpretative¹⁴³. Il d.lgs. n. 231, peraltro, non offre alcuna indicazione davvero univoca per ciò che attiene alla relazione intercorrente tra fatto di connessione e illecito punitivo; poco chiaro, del resto, è il reale significato del vincolo di «dipendenza» che dovrebbe legarli, come emerge da alcuni passaggi del testo legislativo. In dottrina, avanza la tesi, via via penetrata anche nel diritto vivente, che in realtà l'illecito pu-

¹⁴¹ E' la tesi prospettata da PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 277 e spec. 294.

¹⁴² Cfr., oltre alla già citata Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in tema di inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, anche, tra le altre: Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28229, che nega qualsiasi automatismo tra assoluzione della persona fisica e insussistenza dell'illecito punitivo della persona giuridica; Cass. pen., sez. III, 10.07.2019, n. 1420, che nega recisamente ogni margine di comunicabilità all'ente collettivo degli effetti della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.), destinati a prodursi solo con riferimento al reato individuale; Cass. pen., sez. IV, 12.06.2019, n. 25830, che nuovamente esclude l'estensione all'illecito punitivo collettivo degli effetti estintivi della punibilità del reato, conseguenti al decorso del tempo necessario a prescrivere; non da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 30.01.2014, n. 10561, che esclude l'applicabilità della confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica, sul presupposto - lucidamente espresso - che l'ente non può essere considerato «concorrente [nel reato], insieme alla persona fisica».

¹⁴³ Cfr. *retro*, nt. 102.

nitivo della persona giuridica configuri una fattispecie complessa o a struttura composita¹⁴⁴, di cui il «reato» (o quel che ne rimane: art. 8¹⁴⁵) è solo una delle componenti che concorrono a definirla. Non si tratta d'altra parte del *reato* assimilabile a quello previsto e disciplinato dal codice penale: nell'orbita dell'autonoma fattispecie tipica dell'illecito amministrativo, il reato è completamente trasfigurato e, forse, anche la stessa identificazione nominalistica appare discutibile. Incastonato nella fattispecie riferibile all'ente, il reato assume autonoma consistenza: è soltanto la corrispondenza normativa ad una delle previsioni incriminatrici, espressamente indicate nel decreto.

In ogni caso, quale sia la sua collocazione nella struttura composita dell'illecito punitivo è questione anch'essa profondamente discussa: chi valorizza un modello di illecito a struttura colposa, istituendo precise correlazioni di rischio tra condotta (colposamente) disorganizzata e reato, indica in quest'ultimo un evento, in cui la pretesa preventiva violata si concretizza¹⁴⁶. Che il «reato» individuale sia l'evento costitutivo della fattispecie di illecito è opinione diffusa e astrattamente condivisibile; che, in ragione di questa costruzione, si debba applicare anche all'illecito punitivo l'art. 6 c.p. e il relativo criterio ubiquitario è operazione che ha tutt'altro spessore, anche problematico: la collocazione del reato all'estremo dell'illecito, quale evento, non è un reale argomento per rispondere ai due quesiti che animano il dibattito: perché è il *reato* l'elemento rilevante per definire la portata spaziale del decreto; e qual è la ragione per cui l'evento, nell'orbita dell'illecito punitivo, assume la medesima rilevanza che ha nel contesto della legge penale. Altri Autori, pur conservando il calco colposo (fortemente oggettivato), considerano il reato un elemento normativo della fattispecie, senza ad esso attribuire connotazioni strutturali, forse improprie, attesa gli ostacoli che si frappongono ad instaurare assimilazioni tra categorie del *reato* e categorie dell'illecito punitivo.

Secondo ulteriori tesi, il fatto di connessione si colloca ai confini della fattispecie di illecito e, probabilmente, la sua stessa appartenenza "strutturale" ad essa è discutibile: l'illecito dell'ente si basa su una tipicità tutta oggettiva e

¹⁴⁴ Descrive nitidamente le componenti costitutive della fattispecie composita PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, XIII ed., Milano, 2007, 845 ss..

¹⁴⁵ Oltre agli A. sinora richiamati (cfr. in particolare nt. 102), si consideri GARGANI, *Individuale e collettivo nella responsabilità degli enti*, in *Studi Senesi*, 2006, 239 ss..

¹⁴⁶ Questa è la ricostruzione dogmatica (illecito colposo di evento) sottesa alle conclusioni che sul tema raggiungono PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, cit., 160 ss.; e TRIPODI, *Il diritto penale degli enti nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto*, cit., all'esito di un articolato percorso argomentativo.

normativa - è un *Tatbestand* organizzativo - e il fatto individuale è mera condizione di punibilità, estranea dal nucleo sostanziale della fattispecie¹⁴⁷.

Chi scrive ritiene di aderire alle tesi che riconoscono, pur con vari accenti, l'autonomia dell'illecito punitivo; questa autonomia è l'unica chiave di lettura compatibile con le radici teleologiche del sistema e con il paradigma di regolazione in cui il decreto n. 231 sicuramente si iscrive. Il sistema di responsabilità degli enti presenta i caratteri di fondo dei modelli di *enforced self-regulation*¹⁴⁸ e riproduce, quindi, nelle sue linee essenziali, un'idea di regolazione riflessiva, qualitativamente differente dal *command and control approach*, tipico del controllo penalistico diretto. Ciò che connota il paradigma di responsabilità è appunto un fenomeno di *delega*, che ha ad oggetto la funzione di prevenzione organizzativa di specifici rischi di reato, individuati (in astratto) in base alla prossimità epistemica con lo stesso destinatario di quella delega: l'ente.

La comminatoria punitiva espleta finalità coerenti con la dinamica complessiva del sistema: sostiene, incentiva e agevola i processi riflessivi di autodisciplina¹⁴⁹, che si traducono in un'autonormazione che ha portata spiccatamente sostanziale¹⁵⁰. In questa funzione "periferica"¹⁵¹, il diritto punitivo scopre dav-

¹⁴⁷ Ricostruzione prospettata in dottrina da MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., 441; valorizza la dimensione oggettiva di quello che definisce come un autonomo «illecito corporativo» MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 431 ss.: tra le due tesi pare esservi una sensibile assonanza.

¹⁴⁸ Leggono il sistema di responsabilità degli enti nell'ottica dei modelli di *regulated self-regulation*: CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *An. Giuridica dell'economia*, 2009, 219 ss.; ID., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 945 ss.; PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261 ss.; *Autonormazione e controllo penale: verso la privatizzazione delle fonti?*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Risicato, Napoli, 2016, 117 ss..

¹⁴⁹ Il diritto penale (e quello punitivo, più in generale) scoprono questa inclinazione riflessiva nell'ottica della più vasta transizione verso quello che C. Scott (*Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, cit., 112 ss.) definisce *post-regulatory state*. Anche il sistema penale risente - e in modo intenso - delle trasformazioni dei paradigmi di regolazione: l'inflessione «disciplinare» del congegno penalistico, che variamente si realizza (e sul piano della formulazione della fattispecie tipica e su quello, assai agevole, della punibilità), ne è una manifestazione; e in tale processo si iscrive anche il modello punitivo delineato dal decreto n. 231. Per una riflessione compiuta su talune di queste dinamiche cfr. TORRE, *La «privatizzazione» delle fonti del diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2014; qualche spunto anche in DI VETTA, *Diritto penale e reflexive rationality nella parabola del «diritto oltre lo Stato»*, cit., 197 ss..

¹⁵⁰ Circa la dimensione sostanziale dell'autonormazione dell'ente, v. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione nell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in AA. VV., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, Milano, 2017, 33 ss..

vero il suo carattere autenticamente “disciplinare” o, se si vuole, “governamentale”¹⁵²: come ha acutamente osservato Tullio Padovani, la sanzione è divenuto lo strumento per determinare il soggetto ad un processo di introiezione della disciplina: ecco che normativamente sorge l’«autodisciplina». Queste dimensioni critiche – deve essere riconosciuto – sono sovente trascurate quando si discute della configurazione dogmatica dell’illecito dell’ente; eppure possono rappresentare davvero la cartina al tornasole delle conclusioni lì raggiunte.

Le considerazioni sinora svolte suggeriscono di riguardare la fattispecie di responsabilità dell’ente entro un modello di illecito a struttura essenzialmente contravvenzionale: anche l’illecito punitivo risponde al paradigma della tutela di funzioni¹⁵³, aggiornato alle inedite dinamiche. Qui l’ordinamento fissa una competenza privata di autoregolazione, di «gestione di un conflitto» tra interessi che si considerano collidenti, in tensione. Nella fattispecie contravvenzionale, storicamente determinata, la sanzione interviene a garantire la tutela delle modalità legalmente predefinite per la soluzione di quel conflitto; quest’ultimo è però del tutto eteronomo, esorbita il soggetto. Nelle fattispecie contravvenzionali, invece, che risentono le transizioni contemporanee, la stessa gestione del conflitto è rimessa al soggetto privato; eppure, la “pena” interviene nello stesso momento in cui le modalità fissate dall’ordinamento – in sostanza, la competenza di autoregolazione – risultino violate. La lettura proposta dice molto circa la marginalità del fatto di connessione nell’economia della fattispecie a struttura contravvenzionale, appena descritta; il nucleo dell’illecito «dipendente da reato» sta nella violazione della competenza privata di regolazione, definita nei suoi estremi legali dagli artt. 6 e 7 del decreto n. 231; ed è quest’ultimo, per l’appunto, il «focus» da considerare, quando si tratta di decifrare la portata geografica del sistema di responsabilità.

¹⁵¹ Esiste una significativa correlazione tra struttura contravvenzionale e funzione di regolazione “periferica” o disciplinare del diritto penale: lo dimostra, oltre i limiti dogmatici categoriali, la notevole indagine di LACEY, *Criminalisation as Regulation: the Role of Criminal Law*, in *Regulating Law*, a cura di Parker, Scott, Lacey, Braithwaite, Oxford, 2004, 144 ss.. Si è tentato di sviluppare ulteriormente questo passaggio teorico in DI VETTA, *Diritto penale e post-regulatory state. Tutela di funzioni e regolazione penale periferica*, in corso di pubblicazione.

¹⁵² La funzione «governamentale» del diritto punitivo si riconnette al mutamento profondo dei modi in cui si organizza il controllo del comportamento sociale, di individui e di imprese: probabilmente, almeno in parte, per il sistema penale l’affermazione dei nuovi modelli della regolazione ibrida o delegata è soltanto un approfondimento di una componente “disciplinare” già presente.

¹⁵³ Per tutti, su questo paradigma, PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.

A prescindere dall'impostazione teorica che si predilige, un dato è emerso inconfutabilmente: il reato non è - *non può essere* - l'«elemento rilevante» per definire l'efficacia spaziale del diritto punitivo; si tratta di un'implicazione necessaria dell'autonomia dell'illecito e del programma teleologico che persegue. L'art. 4, in questa prospettiva, è la ratifica sistematica di questa conclusione: ha fissato un'autonoma territorialità dell'ente coerentemente all'esigenza di porlo nella condizione di conformarsi alla pretesa preventiva e di esercitare la competenza di autoregolazione; quando la società è radicata («sede principale»), la relazione informativa si deve presumere instaurata.

8. *Considerazioni conclusive circa la proiezione extraterritoriale del d.lgs. n. 231/2001.* E adesso che sono state precisate la rilevanza sistematica dell'art. 4 e il significato che la territorialità per l'ente assume in rapporto alla struttura dell'illecito, si possono trarre le necessarie conclusioni con riferimento alla fattispecie transnazionale concernente il «caso» del reato territoriale:

i) il decreto n. 231 non ha previsto una base legale per affermare la giurisdizione sull'ente, quando il fatto di commessione si considera commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.); l'assenza di una previsione espressa in materia di giurisdizione è già di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità extraterritoriale del diritto punitivo nazionale, che istantaneamente si tradurrebbe in una violazione del principio di non interferenza tra stati sovrani; è significativo, al riguardo, come le legislazioni che concepiscono, in varia guisa, forme di responsabilizzazione degli enti in relazione a fatti commessi da soggetti-persone fisiche ai primi legati prevedano uno statuto transnazionale autonomo per la persona giuridica, in tal modo conformandosi all'esigenza di rendere ragionevolmente prevedibile per i soggetti collettivi il perimetro della pretesa giurisdizionale degli Stati con cui entrano in contatto: casi esemplari, in tal senso, sono le *jurisdictional provisions* del FCPA e la soluzione adottata dal Bribery Act, entrambi tramandati - non senza una certa esagerazione - come legislazioni a vocazione «globale»¹⁵⁴;

ii) al contempo, il decreto n. 231 non ha concepito un'apposita disciplina per regolare la materia del «diritto applicabile» e, quindi, le situazioni di conflittualità normativa prevedibilmente connesse all'applicazione extraterritoriale del diritto punitivo interno; si tratta di un indice sintomatico dell'approccio

¹⁵⁴ Ma la decifrazione della portata spaziale di queste discipline è molto più complessa: esse adottano, in realtà, un approccio essenzialmente *territoriale* per regolare l'applicazione nei confronti delle società «straniere», coniugando in vario modo la matrice giurisdizionale della «territorialità» (doing business; corporate presence; contatti qualificati).

essenzialmente territoriale in cui si è mosso il legislatore; si è già del resto rilevato come, in altre esperienze, l'assenza di una disciplina in tema di *conflict laws* è considerata assolutamente ostativa a qualsiasi tentativo di estendere il diritto interno oltre il confine territoriale, in ossequio a precise coordinate costituzionali, proprie anche dell'ordinamento nazionale;

iii) l'art. 4 del decreto conferma la portata territoriale del diritto punitivo interno anche per il caso del reato commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.); qui non si tratta di istituire formalistiche simmetrie, deducendo dalla disposizione in parola un'implicita disciplina anche per il caso - non espressamente normato - del fatto individuale territoriale. Piuttosto, l'art. 4, per il suo rilievo sistematico, impedisce di colmare l'anomia legislativa conferendo al decreto un'applicabilità extraterritoriale che non può avere. La territorialità dell'ente, fissata dalla norma transnazionale espressa, sottende e soddisfa esigenze sostanziali di legalità del rimprovero e ragionevole prevedibilità dei parametri legali che lo incarnano inevitabilmente destinate a presentarsi anche per il caso del fatto individuale territoriale (art. 6 c.p.). A questa conclusione si perviene, come dimostrato, risalendo al «focus of the act», cioè a quell'elemento rilevante da cui si deduce l'atteggiamento della disciplina rispetto alle sue proiezioni spaziali: questo elemento è la violazione della competenza di autoregolazione, i cui termini e contenuti sono fissati dal decreto.

iv) considerazioni che attengono all'autonomia strutturale dell'illecito punitivo dell'ente nonché alla collocazione che in esso riveste il reato (mero elemento normativo), precludono i tentativi - teorici e applicativi - di surrogare l'assenza di una disciplina transnazionale espressa per il reato territoriale, individuando in quest'ultimo il criterio di collegamento per fondare una giurisdizione extraterritoriale.

In ultima analisi, in assenza di un'opzione legale espressa, la conclusione circa l'ambito spaziale di applicazione del decreto n. 231 non può che essere la territorialità; questa è l'unica soluzione compatibile e con la fonte costituzionale e con le fonti del diritto internazionale pubblico. Anche a voler indugiare oltre questi limiti, l'extraterritorialità non risulta concepibile all'infuori della definizione di una «genuine connection» tra ente e ordinamento interno che renda prevedibile l'esercizio della pretesa giurisdizionale statale e l'applicazione dei parametri legali interni.

9. La questione che giace al fondo: il diritto applicabile nella dinamica del rimprovero nei confronti dell'ente. L'assenza di una conflict rule e il tentativo di surrogarla: i metodi dell'assimilazione funzionale, della valutazione in con-

creto del modello organizzativo e dell'equivalenza normativa. Critica. La conferma di quanto sinora osservato si trae dalla considerazione dei metodi e delle tecniche che la giurisprudenza ha elaborato per risolvere, nei singoli casi concreti, il paradosso di proiettare il diritto punitivo interno oltre confine, giudicando della responsabilità di enti non radicati in funzione dei parametri legali fissati dal decreto (art. 6). L'operazione è, per così dire, il tentativo di esorcizzare la questione che «giace al fondo»: quella del diritto applicabile. Tutte le proiezioni extraterritoriali della giurisdizione sottendono questioni di diritto applicabile; e qui sta in larga misura la ragione del carattere profondamente controverso dell'extraterritorialità nello scenario internazionale e la correlata esigenza, molto avvertita ad es. nell'ordinamento statunitense, di declinare ogni pretesa "extraterritoriale" in assenza di una precisa disciplina volta a regolare le interazioni tra diritti nazionali e non soltanto¹⁵⁵; notevole, per la sua plasticità, l'espressione impiegata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, in molte decisioni¹⁵⁶, per designare le interferenze: «*clashes*», che esigono un canone per essere risolti.

Consapevoli degli urti, corti e dottrina sperimentano soluzioni operative per contenere e mitigare gli esiti improbabili di un universalismo normativo che è ben lungi dall'attuarsi nello scenario globale, frammentato e disorganico specialmente in questa materia¹⁵⁷.

Il primo strumento è quello che possiamo nominare come «equivalenza normativa»: è stato coniato per operare come una sorta di condizione-limite all'estensione extraterritoriale del diritto punitivo interno. Il decreto è applicabile anche ad enti privi di collegamenti con il territorio dello Stato, quando il fatto individuale è territoriale, a condizione che nell'ordinamento di radicamento della società sia prevista una disciplina in tema di responsabilità della persona giuridica equivalente a quella nazionale. Sta al giudice svolgere questo giudizio astratto di equivalenza normativa, valutare le divergenze e stimarne la consistenza, sì da definire la soglia oltre la quale non è più concepibile alcuna assimilazione; sarà ad es. necessario che il diritto straniero preveda

¹⁵⁵ Queste interazioni non investano soltanto forme ed elementi normativi (diritti) che appartengono ad ordinamenti territoriali (nazionali, inter-statali, sovranazionali), bensì anche ulteriori normatività ibride o transnazionali, che provengono da ordinamenti "funzionali" (global regulatory regimes; transnational legal orders) destinati ad interagire lungo piani di vigenza (o validità) di tipo non territoriale, bensì funzionale.

¹⁵⁶ Anche in *Kiobel e Morrison*, per cui v. *retro*, par. 4.

¹⁵⁷ Circa i limiti di una proiezione "universale" del decreto n. 231, con particolare riferimento alla disciplina della colpevolezza di organizzazione, si considerino gli acuti rilievi di ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 558 ss.

l'adozione di un modello di organizzazione, fissandone i contenuti; oppure si potrà considerare sufficiente che, più genericamente, la disciplina straniera rimetta alla persona giuridica il mero obbligo di adottare procedure e regole cautelative adeguate alla prevenzione di determinati reati; potrà avere un rilievo - e quale? - che il diritto punitivo estero individui o meno un organo deputato a vigilare sull'attuazione e adeguatezza dinamica degli assetti di *compliance* adottati dall'ente. Questioni che sarà il giudice a risolvere, esercitando, per l'occasione, quel vero ruolo di guardiano dei confini che sembra, per vero, essersi attribuito. Difatti, quel che si tenta - maldestramente - di surrogare con questo strumento è la carenza di una norma che, se del caso, indichi al giudice quali parametri legali dovrà applicare nel valutare la condotta organizzativa di società altrove radicate. E rimane così paradossalmente inevasa la domanda: alla fine, qual è il diritto che il giudice applicherà, ove consideri equivalente la disciplina interna a quella estera? E la domanda si pone a prescindere dal fatto, pure non trascurabile, che è ben difficile postulare una valutazione di «equivalenza» tra compendi normativi, in assenza di criteri direttivi, magari dettati dal legislatore, cui in effetti compete regolare le interazioni con altri ordinamenti.

C'è poi il metodo della valutazione *in concreto* della conformità dell'assetto organizzativo della società non radicata: questo consente di prescindere, nella valutazione di idoneità e adeguatezza della *compliance* messa a punto dall'ente, dagli «aspetti formali» richiesti dall'art. 6 (così dalla necessità di accertare un documento formalizzato, che replichi i caratteri legalmente determinati; e così pure dall'esigenza che sia previsto un organismo di vigilanza, dotato di competenze e funzioni; e ancora, volendo, di un sistema disciplinare che assicuri la vincolatività alle procedure e regole cautelative che innervano una *compliance* effettiva). Che cosa debba realmente intendersi per «aspetti formali» non è stato ancora precisato: in ogni caso, il metodo implica un processo di revisione giudiziaria del testo legale per garantirne la proiezione extraterritoriale. In buona sostanza, per risolvere i conflitti e sopire i disagi dell'universalismo, si universalizza il diritto interno, affidandosi ad un giudice michelangiolesco, che procederà a «forza di levare». Richiamando alcune premesse di inquadramento teorico, qui si assiste ad un processo di «denazionalizzazione»¹⁵⁸ del diritto, attuato per via giudiziaria; che un processo, così concepito, sia compatibile con l'ordinamento costituzionale è presto detto: *non lo è*; che sia, però, un processo reale e caratteristico di questo periodo di

¹⁵⁸ Per questa categoria, v. *retro*, par. 1.

globalizzazione, come ha dimostrato Saskia Sassen, è certamente vero e ciò impone di tenerne conto per elaborare su altre basi le condizioni di compatibilità di tali dinamiche con la legalità.

Il metodo della valutazione in concreto, anche volendo trascurare le criticità appena accennate, non è però realmente risolutivo rispetto alla questione del diritto applicabile: il problema, in effetti, *non* è ciò che il giudice potrà considerare nell'ambito del giudizio per difettosa organizzazione: se potrà, ad es., prendere in esame e valorizzare anche le discipline autonormate che gli enti "stranieri" definiscono per prevenire la degenerazione in reato dell'attività di impresa. Il punto è, in realtà, che un giudizio esiste fintantoché ne sono stabiliti i parametri; e l'art. 6 del decreto scandisce un modello di giudizio in cui i parametri sono legalmente fissati. Se non si intende sfidare la logica, perché un giudizio si realizzi è necessario che si applichino dei criteri, anche quando si valuta *in concreto*. E' prevedibile che il giudice interno continui ad applicare i parametri legali, il diritto interno: il metodo della valutazione in concreto si rivelerebbe così per quel che è: un esercizio discreto di illusionismo. In caso contrario, «a forza di levare», il giudice dovrà ricorrere ad altri criteri: e saremmo così di fronte ad un assetto normativo davvero inedito, dalle forme liquide.

Muovendo dal rilievo - condiviso - dei limiti che affliggono la prospettiva di un'universalizzazione del diritto punitivo interno¹⁵⁹, pure ritenuta ammissibile allo stato di legislazione, si prospetta in dottrina l'adozione di un metodo di valutazione che consenta di «apprezzare il *profilo funzionale* della *compliance* a cui si è sottoposto l'ente estero, vale a dire la sua *idoneità preventiva*, al di là della *diversa nomenclatura* giuridica»¹⁶⁰. Esigenze «legate all'esercizio, *effettivo e concreto*, del *diritto di difesa* (art. 24, comma 1, Cost.)», nonché di «giustizia» e «ragionevolezza» impongono che «l'ente, attratto dalla giurisdizione universale di uno Stato (come il nostro) che incentra l'illecito della *societas* sulla colpevolezza di organizzazione, possa far valere tale fondativo diritto, appellandosi al rispetto della *compliance* preventiva del *suo Paese* [...]» (enfasi dell'A.). La tesi propone, in definitiva, una versione - sia ben inteso: molto più accurata e consapevole - del metodo della valutazione in concreto, di cui poc'anzi si diceva. Si espone, peraltro, ad alcuni ineludibili rilievi critici, sia in ordine alle ragioni sostanziali che la giustificano, sia alle implicazioni che da

¹⁵⁹ Cf. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, cit., 166.

¹⁶⁰ Così PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, cit., 167 e 168.

essa discendono, anche in termini di effettività. Il metodo dell'assimilazione funzionale non risolve il problema del diritto applicabile: il giudice potrà (dovrà) prendere in considerazione i reali assetti di *compliance*, messi in atto dalla società non radicata; e ciò nonostante applicherà pur sempre i parametri legali fissati dal diritto interno, con la conseguenza che l'implicazione "universalistica" (o extraterritoriale) della disciplina domestica risulta solo apparentemente stemperata. Sarebbe diverso il caso in cui la mera conformità degli assetti di autoregolazione preventiva al diritto "straniero" fosse stimata di per sé sufficiente anche a soddisfare l'«obbligo» delineato dalla disciplina punitiva interna; in tal caso, si assisterebbe realmente all'applicazione del diritto dell'ordinamento di radicamento della persona giuridica. Una tale soluzione, tuttavia, presuppone un'apposita disciplina in materia di *choice of laws*, sul modello dell'art. 25 della l. n. 218/1995, che appunto autorizzi il giudice interno ad applicare il diritto punitivo estero e, più precisamente, i criteri legali che conformano la *due diligence* nello stato di radicamento. Siffatta soluzione esigerebbe naturalmente una modifica legislativa del decreto n. 231; è peraltro opinabile la compatibilità di una simile *conflict rule* con le esigenze di effettività che informano una disciplina punitiva, come quella in tema di responsabilità degli enti, allorché se ne assuma una portata extraterritoriale. Al riguardo, appare significativo rilevare come i sistemi di *corporate liability*, caratterizzati da approcci extraterritoriali o capaci di implicazioni extraterritoriali non conoscano analoghe discipline in tema di *choice of laws* né tanto meno consentano il ricorso a metodi di assimilazione funzionale o valutazione in concreto.

Rimangono sul campo, inoltre, le criticità in punto di determinatezza, attesa la radicale delega equitativa rivolta al giudice nel definire margini e limiti dell'assimilazione funzionale.

La tesi, in ultima analisi, pur esprimendo esigenze condivisibili, elude anch'essa la dimensione problematica sinora esaminata. Il contenimento di una *presunta* universalità non può svolgersi sul piano del diritto di difesa (art. 24, comma 1°, Cost.), ma interroga e involge piani assiologici ancora preliminari, come si è tentato di dimostrare: la materia della giurisdizione, nel quadro delle sue incessanti evoluzioni, è intensamente dominata dalla necessità di assicurare la ragionevole prevedibilità della pretesa e del diritto applicabile; si tratta, in effetti, di condizioni minime di una legalità destinata a compiersi anche lungo confini e interstizi transnazionali.

10. *Coordinate per una compiuta disciplina transnazionale del d.lgs. n. 231/2001: definire uno statuto di territorialità normativa per l'ente, attraverso l'enucleazione di indici di operatività economica.* Le linee di fondo per una riforma del decreto n. 231 in tema di proiezione spaziale dovrebbero già essere emerse. La proposta per una compiuta disciplina transnazionale, per il caso del reato territoriale (art. 6 c.p.), deve realizzare quelle condizioni minime e sufficienti per assicurarne la conformità alla legalità internazionale:

a. previsione di una base legale riconosciuta dal diritto internazionale pubblico;

b. ragionevolezza della disciplina transnazionale, quando la pretesa giurisdizionale si esercita nei confronti di soggetti "non nazionali", per fugare i rischi di interferenza con altri ambiti di sovranità.

Le due condizioni, appena evocate, alla luce della prassi internazionale in tema di regolazione dell'attività di società transnazionali, sono soddisfatte ricorrendo al paradigma della territorialità. Una territorialità concepita in funzione delle caratteristiche del destinatario (l'ente) e, quindi, essenzialmente normativa. Il modello che qui si suggerisce è quello del *doing business*, potenziato e corretto; si tratta di una «genuine connection» generalmente riconosciuta in ambito internazionale e già espressamente prevista dal *Bribery Act* del 2010¹⁶¹. Il *doing business* è una forma di territorialità normativizzata, propria delle *corporations*, considerata compatibile con il principio di non interferenza, nonostante taluni esiti applicativi abbiano dato luogo a controversie e ad un ampio dibattito per le sue virtualità espansive. Anche in considerazione di queste criticità, se ne propone una versione potenziata e integrata da un correttivo implicito.

Più nel dettaglio, secondo questa proposta, nel caso del reato territoriale, è soggetto alla giurisdizione del giudice penale italiano e all'applicazione del diritto punitivo nazionale, l'ente che *operi* nel territorio dello Stato italiano. L'operatività deve essere intesa in una duplice accezione: organizzativo-funzionale ed economica; la pretesa giurisdizionale si radica, pertanto, sia al verificarsi di un contatto organizzativo (perché l'ente ha nel territorio una sede secondaria, una ramificazione produttiva, una struttura di rappresentanza); sia al verificarsi di un contatto economico, sia esso produttivo o commerciale. La territorialità - è stato già osservato in questa discussione - è sempre una questione di *soglie sufficienti e rilevanti per instaurare la genuine connection*. In tal senso - e veniamo al profilo del potenziamento e del correttivo -, se

¹⁶¹ Cfr. UK Bribery Act (2010), Sec. 7, par. 5 (b): «any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom»

l'art. 4, in un'ipotetica riformulazione, si limitasse ad indicare in una generica operatività territoriale dell'ente il nesso di collegamento, si finirebbe per delegare al giudice la concretizzazione di quel criterio, esaltandone la funzione di interprete del confine giurisdizionale. Un esito, per le tante ragioni esposte, da fugare. E' opportuno, quindi, che l'operatività (il *doing business*) sia *tematizzata attraverso l'enucleazione legale di «indici» (di operatività)*: cioè circostanze dotate di una capacità inferenziale (definita *ex lege*) tale da porre il giudice nella condizione di considerare integrato il presupposto della territorialità, quando ricorre una di esse.

La definizione di questi indici¹⁶² funzionali non è semplice e saranno necessari contributi provenienti da tutte le discipline che investono forma, pratica e teoria dell'impresa e della sua organizzazione; anche l'esperienza giurisprudenziale, acquisita in altri contesti sistematici, sarà fondamentale e dovrà costituire la base di un processo di formalizzazione degli indici.

Il criterio-guida per selezionarli è però molto chiaro: deve trattarsi di elementi concreti, sintomatici di operatività, che risultino dotati di un grado di evidenza e consistenza *tali da rendere ragionevole* la presunzione di instaurazione del dovere informativo da parte dell'ente circa la disciplina punitiva nazionale. Gli indici di operatività, qui proposti, potrebbero essere anche differenziati in funzione della tipologia del reato ovvero per natura di attività o settore economico (un'esemplificazione potrebbe essere adottata con riguardo ai reati finanziari che hanno come scenario funzionale di realizzazione il mercato finanziario: in tal senso, un indice potrebbe essere costituito dalla circostanza che l'ente operi in un mercato regolamentato italiano od europeo, perché ivi ammesso alla negoziazione, sul modello delle *jurisdictional provision* del FCPA¹⁶³).

La soluzione prospettata, da un lato, garantisce la legalità della pretesa giurisdizionale, perché ne ancora il radicamento ad una base legale la cui concretizzazione giudiziaria è governata *in apicibus* dalla legge, attraverso l'enucleazione degli indici di operatività; dall'altro, in ragione della consistenza che questi ultimi devono possedere, attenua sensibilmente le proiezioni "espansive" del criterio del «doing business», escludendo, ad es., che la giurisdizione si radichi in funzione di contatti commerciali occasionali o di catene di distribuzione secondarie o terziarie, che non rientrano in strategie di *busi-*

¹⁶² In un contesto più ampio, propone una formalizzazione teorica di questi elementi ALB. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in questa rivista, 2018, 1 ss..

¹⁶³ Cfr. U.S. FCPA, § 78dd-1 («issuer»).

ness oggetto di programmazione e, quindi, proiezione organizzativa e giuridica della società. Alla luce di un tale criterio, così strutturato, sarebbero quanto meno difficili, se non del tutto improbabili, quegli scenari concreti in cui il paradigma della c.d. responsabilità da prodotto funga da amplificatore incontrollabile della proiezione spaziale del decreto n. 231.

La modifica dell'art. 4, qui suggerita, non implica necessariamente la revisione del criterio di collegamento attualmente dettato per il caso del reato extraterritoriale, del tutto giustificabile nell'ottica di quel paradigma di «extraterritorial territoriality», di cui si è già detto. Anzi: la soluzione territoriale prospettata per l'ente assicurerebbe un approccio omogeneo nei due casi (fatto individuale territoriale ed extraterritoriale).

Diversa è la questione che concerne la valutazione degli assetti di *compliance* di enti che si considerino «operativi» sulla base del nesso di collegamento qui proposto. L'ambito dell'attività transnazionale delle imprese – lo abbiamo accennato – è popolato da forme di normatività a carattere funzionale, epistemico o settoriale che non rispondono alle logiche della produzione giuridica statale o interstatale. Questo diritto ibrido o transnazionale è il prodotto di processi di regolazione che trascendono le strutture statali e intergovernative e non può essere assimilato al diritto internazionale, che procede secondo le sicure geometrie della territorialità e della validità spaziale. La dinamica genetica di queste forme di «non-state law» è piuttosto quella della differenziazione funzionale¹⁶⁴: alla descrizione e delimitazione geografica del diritto (dei singoli stati e dell'inter-statalità) si sostituisce una topografia di spazi funzionali giuridificati.

L'attività transnazionale delle società è un terreno elettivo per osservare situazioni di interferenza¹⁶⁵ multinormativa, in cui la «disciplina» di un singolo fatto è sempre più la risultante della composizione (giudiziaria o amministrativa) di più frammenti giuridici, destinati ad applicarsi non già in funzione di regole formali (ordinamentali) di riconoscimento o di validazione, bensì per la sola forza del caso, in una sorta di legittimazione epistemica. In tale contesto, le

¹⁶⁴ Sviluppato questo modello di descrizione delle dinamiche del «Law Without State» (o *global law*; sebbene questa espressione si riveli imprecisa), in molti studi, TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, cit., 60 ss.; poi è ripreso e ulteriormente approfondito da Peer Zumbansen (cfr. nt. 129).

¹⁶⁵ Sviluppato l'analisi delle interazioni tra «informal law» e «state law», esattamente nella prospettiva della *business regulation*, DILLING, HERBERG, WINTER, *Introduction: Private Accountability in a Globalising World*, in *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, a cura di Dilling, Herberg, Winter, Oxford, 2008, 8 ss..

situazioni di conflittualità normativa -assumono, come già rammentato, un orientamento prevalentemente «orizzontale»¹⁶⁶.

Anche il giudice penale interno conosce e fa esperienza - talvolta inconsapevole - di queste “inedite” e reali dimensioni giuridiche: la colpa, anche nelle sue proiezioni organizzative, sul fronte della responsabilità degli enti, costituisce un ambiente elettivo per osservare in azione le dinamiche dell’interazione della giuridicità ibrida (transnational law¹⁶⁷) con il diritto statale (*hard law*). Due rapide esemplificazioni: i codici di condotta, prodotto dei processi di autonormazione delle imprese, integrano la tipicità colposa¹⁶⁸ e fondano regole cautelari (art. 43 c.p.)¹⁶⁹; così, allo stesso modo, la normazione tecnica e, più in generale, gli *standard* tecnici (es. ISO) si attuano nell’ordinamento interno, sia attraverso formali regole di riconoscimento (*legalization* o *re-Statement*) sia, e in modo ancor più rilevante, tramite il vettore di attuazione giudiziario (*judicialization*)¹⁷⁰. Si instaurano così dinamiche di *vertical complementarity*¹⁷¹ tramite le quali il diritto transnazionale si attua nell’ordinamento interno.

Il tema della valutazione di assetti di *compliance* di enti che operano su scala transnazionale si colloca nello scenario brevemente descritto; ci si chiede - molto semplificando - se ed entro quali limiti, nel giudizio di responsabilità degli enti, possano (o debbano) assumere rilievo complessi normativi transnazionali, come *public soft law*, *standard* tecnici, manageriali e, più in generale, organizzativi, prodotti sia da organismi di regolazione intergovernativi (es. FAO, WHO, ONU) sia da regimi privati o ibridi (es. ISO, FSC, ICANN). L’apertura alla dimensione interlegale conferirebbe rilievo alle reali dinamiche dell’autoregolazione da parte delle società, che informano la propria attività di *compliance* a questo *non-stale law*, che pure è vincolate in molti dei settori e ambiti funzionali in cui le imprese operano (lo è, ad es., quando la conformità a specifici *standard* forma oggetto di vincoli contrattuali, di

¹⁶⁶ Cfr. *retro*, par. 2, con particolare riferimento

¹⁶⁷ Per il concetto di «transnational law», impiegato in questo testo, cfr. *retro*, nt.

¹⁶⁸ Sul punto, ponendo in luce il processo di privatizzazione delle forme di produzione di regole di condotta, DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione nell’offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, cit., 33 ss.; evidenzia la speciale sensibilità della «colpa» a recepire flussi normativi estranei al *formal law*, riconducendola al suo carattere strutturale, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 284 ss..

¹⁶⁹ In tema, dalla prospettiva penalistica, lo studio di BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 536 ss..

¹⁷⁰ In particolare, sui processi di «judicialization» di *standard* tecnici, BUTHE, MATTLI, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton, 2011, 203 ss..

¹⁷¹ Il concetto è sviluppato da CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, cit., spec. 35.

vincoli associativi, di procedure di certificazione, nel contesto di associazioni di imprese o nelle relazioni che si dislocano lungo le catene del valore). Gli enti potrebbero, d'altro canto, impostare le proprie difese esattamente in funzione della conformità con questi *standard* (*interlegality as defense*). La questione, come intuibile, è molto impegnativa e richiede sforzi di concettualizzazione e formalizzazione che esulano da questa trattazione. Sembra profilarsi un'alternativa: *i*) conservare una penombra inconcludente su queste dinamiche e forme di giuridicità, relegate allo *status* amorfo di *soft law*, privo di rilevanza giuridica; *ii*) impegnare l'ordinamento in un'operazione di disvelamento della realtà della regolazione dell'attività transnazionale (*regulatory capitalism*), regolando per via legislativa i processi (altrimenti occasionali e arbitrari) di *judicialization* del diritto ibrido: si tratta di individuare i criteri e le procedure che pongano i giudici nella condizione di orientarsi in questi contesti di interlegalità e di selezionare i frammenti normativi cui attribuire rilevanza nella ricostruzione della disciplina del singolo fatto.