

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto

Studi di diritto privato

154

UN GIURISTA DI SUCCESSO

STUDI
IN ONORE DI
ANTONIO GAMBARO

Tomo I

a cura di

UGO MATTEI, ALBINA CANDIAN, BARBARA POZZO,
ALBERTO MONTI e CARLO MARCHETTI



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814220555

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2017

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.r.l.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INDICE

Tomo I

<i>Biografia</i>	XIII
<i>Elenco opere</i>	XIX

UMBERTO BRECCIA, <i>Antonio Gambaro e la "tradizione giuridica occidentale"</i> . . .	1
---	---

UGO MATTEI, <i>Sul crinale dell'egemonia. Antonio Gambaro e la ricezione critica del modello Statunitense: 1972-2012</i>	19
--	----

Parte I

SISTEMOLOGIA E METODO COMPARATIVO

LUISA ANTONIOLLI, <i>The Magic of Numbers. Elucubrazioni sparse in tema di misurazione del diritto</i>	37
--	----

VITTORIA BARSOTTI, <i>Il modello europeo di giustizia costituzionale e la sua natura necessariamente "relazionale"</i>	51
--	----

JÜRGEN BASEDOW, <i>La comparazione giuridica nella Corte di Giustizia dell'Unione Europea</i>	65
---	----

FRANCESCA BENATTI, <i>Il diritto in un'Unione Europea in cerca di legittimità</i> . . .	83
---	----

GIOVANNI COMANDÈ, <i>La società delle classificazioni e il diritto ad essere divergenti</i> . 103	
---	--

FRANCESCO DENOZZA, <i>In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neolibérale</i>	115
---	-----

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, <i>Law and History: Some Introductory Remarks</i>	143
--	-----

SILVIA FERRERI, <i>Il giudice parla al pubblico: stile divulgativo o sacrale? Sentenziare con humour</i>	163
--	-----

PATRIZIA GIUNTI, <i>Il diritto al tempo della crisi. Frammenti di memoria nel dibattito contemporaneo</i>	183
MICHELE GRAZIADEI, <i>Il rovescio della medaglia: note brevi su quando (e perché) si voltano le spalle ai diritti</i>	205
EWOUUD HONDIUS, <i>Legal Academic Writing: a Dutch Perspective</i>	219
NATALINO IRTI, <i>Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica</i>	227
ARTURO MANIACI, <i>I formanti "occulti"</i>	239
CARLO MARCHETTI, <i>Law and Behavioural Economics, mercati finanziari e Corporate governance</i>	257
LUIGI MOCCIA, <i>De la comparaison a l'intégration juridique: le chemin de la citoyenneté européenne</i>	273
PIER GIUSEPPE MONATERI, <i>L'augurio. Impero, legge e stato di eccezione</i>	293
ANTONIO PADOA-SCHIOPPA, <i>The Crisis of the European Union: an Institutional Approach</i>	309
LUCIO PEGORARO, <i>Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"</i>	317
BARBARA POZZO, <i>Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione</i>	335
ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, <i>Il Giudice, il Dottore, il Comparatista nella Comunicazione Universale (Parte I)</i>	363
JORGE SÁNCHEZ CORDERO, <i>Les processus d'acculturation juridique dans l'Amérique Latine. Reflexions mexicaines</i>	383
MARIO SERIO, <i>Responsabilità o immunità giudiziale: studio comparatistico su un'apparente alternativa</i>	417
CLAUDIA STORTI, <i>Ascertainment of Customs and National and/or Personal Laws in Medieval Italy from the Lombard Kingdom to the Communes</i>	475
FILIPPO VALGUARNERA, <i>L'eredità del realismo giuridico scandinavo</i>	493
BARBARA VARI, <i>Lo stile della Corte di cassazione francese in discussione</i>	511

memoria nel	183
o (e perché) si	205
	219
	227
	239
anziari e Cor-	257
chemin de la	273
zione.	293
n Institutional	309
trism"	317
ridici in campo	335
il Comparatista	363
ans l'Amérique	383
omparatistico su	417
Personal Laws in	475
es.	493
o.	493
discussione	511

ANGELO VENCHIARUTTI, <i>Multiculturalismo e questioni relative al ricongiungimento del minore</i>	523
FABIO ZICCARDI, <i>Il Code Civil riformato ed alcuni precedenti italiani</i>	535

Parte II

BENI

ROCCO ALESSIO ALBANESE, <i>L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare</i>	549
RAFFAELE CATERINA, <i>L'esclusività presa sul serio. Verifiche intorno alla teoria di Antonio Gambaro sulle ragioni dell'istituzione della proprietà</i>	567
MARTA CENINI, <i>La proprietà della terra inquinata</i>	591
ANGELO CHIANALE, <i>Asteroidi e altre frontiere</i>	603
ALESSANDRA DONATI, <i>"L'artista è presente": autorialità e originalità dell'opera d'arte contemporanea</i>	621
VINCENZO FRANCESCHELLI, <i>Trust e fiducia tra diritto civile e diritto comparato</i> .	633
ANDREA FUSARO, <i>I restrictive covenants running with freehold land quali strumento di pianificazione privata del territorio</i>	651
JAMES GORDLEY, <i>First Possession and the Origin of Property</i>	671
ELISABETTA GRANDE, <i>Povert�, propriet� e politiche abitative negli Stati Uniti</i> . .	689
SARA LANDINI, <i>Le fonti di energia rinnovabile nella teoria dei beni. Spunti per una riflessione sulla distinzione tra beni mobili e beni immobili</i>	707
MAURIZIO LUPOI, <i>Si fa presto a dire "trust"</i>	719
MARIA ROSARIA MARELLA, <i>Diritto di propriet� e CEDU fra realismo e ideologia</i> .	735
RODRIGO M�GUEZ N�NEZ, <i>La vocazione giuridica di un'enciclica ecologica: note civilistiche a proposito della Laudato si'</i>	757
ROBERTO PARDOLESI e CARLO BONA, <i>Espropriazione fallita, trasformazione dell'immobile e rinuncia abdicativa del privato: un intreccio problematico</i>	777

ANDREA PRADI e ANDREA ROSSATO, <i>Trasferimento e pubblicità immobiliari: appunti per un'analisi economico-comparata</i>	789
ALESSANDRA QUARTA, <i>Utilità, capacità, bisogni. Sulla fenomenologia dei beni in Antonio Gambaro</i>	809
ALESSIO REALI, <i>Il ritorno rivisitato del trust alle origini. I trusts parasuccessori maggiormente connessi al diritto italiano: questioni di compatibilità</i>	829
EDOARDO REVIGLIO, <i>La riforma del diritto dei beni pubblici</i>	853
MARINA TIMOTEO, <i>Il trasferimento della proprietà immobiliare nel diritto cinese. Questioni di lingua e diritto</i>	863
FRANCESCO PAOLO TRAISCI, <i>Harmoniser le droit des successions: c'est le moment d'y penser sérieusement</i>	877
LUIGI CARLO UBERTAZZI, <i>Diritti morali d'autore, UE e CUB</i>	887
ANTONIO VERCELLONE, <i>Proprietà immobiliare urbana e accesso all'abitazione nella prospettiva dei beni comuni</i>	903

Tomo II

Parte III

CONTRATTI

GUIDO ALPA, <i>Conceptions and Definitions of Contract</i>	929
GIUSEPPE CARRIERO, <i>Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato</i>	945
ROSSELLA ESTHER CERCHIA e SARA PARINI VINCENTI, <i>Itinerari europei in favore della risoluzione del contratto by notice: una prospettiva storico-comparativa</i>	971
NILI COHEN, <i>Consent and Contract concerning Procreation. Part I — The Framework</i>	1011
GIORGIO DE NOVA, <i>Il linguaggio dei contratti</i>	1029
DANIELA DI SABATO, <i>Gli scambi nella sharing economy</i>	1035

... punti ... 789	LUIGI GAROFALO, <i>Sul comodato nell'interesse del comodatario e del comodante</i>	1061
... eni in ... 809	ATTILIO GUARNERI, <i>La scomparsa delle bonnes moeurs dal diritto contrattuale francese</i>	1079
... cessori ... 829	EZIO GUERINONI, <i>La comprensibilità nei contratti predisposti fra precetti e problemi</i>	1109
... 853	GIOVANNI IUDICA, <i>The Dispute Board in Construction Contracts</i>	1127
... cinese. ... 863	VALENTINA JACOMETTI, <i>Change of Circumstances: diversità di approcci e di soluzioni</i>	1145
... oment ... 877	MARIE LAURE MATHIEU, <i>Le temps de l'oubli</i>	1163
... 887	ALBERTO MONTI, <i>The Time Dimension of Liability Insurance</i>	1175
... ae nella ... 903	SANTA NITTI, <i>Svelare il rischio e svelare il contratto. Il ruolo degli intermediari assicurativi</i>	1185
	GIORGIO RESTA, <i>Autonomia privata e « libertà fondamentali » del Trattato UE: il problema del patto di non concorrenza del lavoratore subordinato</i>	1203
	FILIPPO SARTORI, <i>Il criterio della « sana e prudente gestione »</i>	1223
	CHIARA TENELLA SILLANI, <i>Appunti sul contratto di affidamento fiduciario nella legge n. 112/2016</i>	1249
	LETIZIA VACCA, <i>Osservazioni in tema di responsabilità contrattuale. Modelli romanistici e problemi attuali</i>	1259
	GIANROBERTO VILLA, <i>Il contratto di convivenza e la legge sulle unioni civili</i>	1277
... 929	LOUIS VOGEL, <i>De la protection de la concurrence à la régulation du marché</i>	1301
... 945	SIMON WHITTAKER, <i>The Roles of la prestation in the New French Law of Contract</i>	1319
... ore della ... va. 971	ANDREA ZOPPINI, <i>Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai « codici di settore »</i>	1335
— The ... 1011		
... 1029		
... 1035		

Parte IV

RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE,
TUTELA DEI DIRITTI, PRASSI ECONOMICA E FORENSE

STATHIS BANAKAS, <i>Tort Duties under Contract's Shadow: are English and German Law Converging?</i>	1359
---	------

GIAN ANTONIO BENACCHIO, <i>Le ADR in italia: gli effetti controproducenti di una sovrapproduzione normativa</i>	1391
FRANCESCO BENATTI, <i>Quello che resta della "autonomia dei privati"</i>	1409
MAURO BUSSANI, <i>Esercizio e trasformazione dei diritti nel prisma aquiliano</i>	1423
ALBINA CANDIAN, <i>Il diritto delle assicurazioni, la misurazione dei rischi dell'impresa assicurativa ed il bagaglio del giurista: l'esempio di Solvency II</i>	1439
MARIA TERESA CARINCI, <i>The ILO Termination of Employment Convention N. 158</i>	1459
UGO CARNEVALI, <i>La clausola Claims Made nella sentenza delle sezioni unite</i>	1481
FEDERICO CARPI, <i>Il diritto all'esecuzione forzata e il regolamento sul sequestro dei depositi bancari</i>	1503
DIANA CERINI, <i>Consumer Over-indebtedness: Credit Contracts and the Role of the Arbitro Bancario Finanziario</i>	1513
CLAUDIO CONSOLO, <i>Sulla risoluzione per inadempimento stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456)... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)</i>	1535
RAFFAELE DI RAIMO, <i>La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile</i>	1557
ROCCO FAVALE, <i>L'inserimento nel BGB della disciplina della responsabilità del medico</i>	1577
ALBERTO GALLARATI, <i>Diritto societario e fallimenti del mercato. La clausola «benefit» nell'oggetto sociale</i>	1595
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA, <i>La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche</i>	1611
LUCA NIVARRA, <i>I diritti nel processo tra "eccezioni in senso stretto" e "mere difese". Osservazioni in margine a sez. un. n. 2951/2016</i>	1631
CRISTOFORO OSTI, <i>Concorrenza e buona fede in una sentenza della Corte di giustizia UE</i>	1641
GIULIO PONZANELLI, <i>Tabelle</i>	1651

GIUSEPPE B

ELEONORA
privato
caso VoEMANUELE
delle stPIETRO T
amminVINCENZO
dall'EuLYDIA VE
della "

enti di una	1391
.....	1409
liano . . .	1423
chi dell'im-	
II	1439
ion N. 158.	1459
ni unite . .	1481
questro dei	
.....	1503
Role of the	
.....	1513
ziale, senza	
che tacito (o	
.....	1535
ecenti: dalla	
le	1557
responsabilità del	
.....	1577
ausola « be-	
.....	1595
con l'ordine	
ni normative	
.....	1611
mere difese".	
.....	1631
lla Corte di	
.....	1641
.....	1651

GIUSEPPE B. PORTALE, <i>Dalla « pietra del vituperio » al « bail-in »</i>	1659
ELEONORA RAJNERI, <i>L'efficacia dissuasiva del sistema sanzionatorio pubblico e privato e la responsabilità sociale d'impresa. Qualche riflessione suscitata dal caso Volkswagen.</i>	1677
EMANUELE RIMINI, <i>Dal diritto della crisi al diritto della ripresa: il caso particolare delle start up innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata.</i>	1699
PIETRO TRIMARCHI, <i>Sul danno risarcibile da illegittimità nel procedimento amministrativo.</i>	1713
VINCENZO VARANO, <i>La crisi della giustizia civile in Italia: quali sollecitazioni dall'Europa?</i>	1725
LYDIA VELLISCIG, <i>La tutela del cliente retail nel mercato finanziario: l'esempio della "product regulation"</i>	1741

ELEONORA RAJNERI (*)

L'EFFICACIA DISSUASIVA DEL SISTEMA
SANZIONATORIO PUBBLICO E PRIVATO
E LA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA.
QUALCHE RIFLESSIONE SUSCITATA
DAL CASO VOLKSWAGEN

SOMMARIO: Introduzione. — 1. I dati di fatto. — 2. Rimedi di diritto privato. —
3. Sanzioni amministrative. — 4. Interazioni tra gli strumenti di diritto privato, di
diritto amministrativo e di diritto penale applicabili al medesimo caso di specie.
— 5. Il danno ambientale. — 6. Riflessioni conclusive.

Introduzione.

La manipolazione dei dati sul quantitativo di biossido di azoto emesso da alcuni modelli di automobili Volkswagen è una condotta illecita che sollecita l'applicazione dei meccanismi sanzionatori e rimediali approntati da ciascuno dei paesi in cui le automobili manipolate sono state distribuite.

In Europa il legislatore ha uniformato i limiti massimi di emissioni di gas nocivi, ma non ha istituito un sistema sanzionatorio comune per la violazione di tali limiti; ha esclusivamente prescritto che le sanzioni adottate da ciascun paese membro siano "effettive, proporzionate e dissuasive" (1).

Il caso di specie offre dunque lo spunto per alcune riflessioni in merito all'efficacia dissuasiva dei meccanismi sanzionatori o rimediali di diritto pubblico e di diritto privato messi in campo dai

(*) Professore associato di Diritto civile, Università del Piemonte Orientale.

(1) Regolamento CE n. 715/2007 art. 13.

legislatori nazionali al fine di scongiurare la commissione di illeciti socialmente dannosi da parte delle imprese.

Il dato di partenza dell'analisi è che in una società governata dall'economia di mercato, l'efficacia dissuasiva degli strumenti sanzionatori o rimediali e, prima ancora, l'effettività del meccanismo di attribuzione della responsabilità, dovrebbero essere il perno sul quale si gioca il corretto funzionamento del sistema di interrelazioni tra il libero agire dell'impresa e l'esistenza degli altri consociati (2). In altri termini, il sistema funziona se la libertà d'agire dell'impresa sociale è inscindibilmente correlata alla responsabilità per le proprie azioni nei confronti dei consociati. Il concetto di responsabilità sociale dell'impresa può essere declinato in vari modi, che vanno dall'obbligo di internalizzare i costi scaricati sui terzi in un'ottica di pura efficienza economica, per arrivare all'obbligo di implementare condotte socialmente responsabili, così come auspicato dalla Commissione Europea in ragione dell'impatto che l'attività di impresa ha "sulla vita sociale, sull'ambiente e sull'economia" (3).

(2) L'esigenza di strutturare il sistema giuridico tenendo conto che gli esseri umani vivono in un mondo di interconnessioni tra di loro e con la natura che li circonda è messo in luce in: F. CAPRA e U. MATTEI, *The Ecology of law. Towards a Legal System in Tune with nature and community*, Oakland, 2015.

(3) L'idea della responsabilità sociale di impresa era germogliata in Francia e negli USA alla fine del XIX secolo, quando la rivoluzione industriale ha posto il problema di tutelare i lavoratori vittime di incidenti (P. JOSSEAND, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Parigi, 1897; F.H. BOHLEN, *The Basis of Affirmative Obligation in the Law of Tort*, in 1905, 53 *Am. L. Reg.* 209, 273, 337); l'idea è sfociata nelle teorie di Fleming James sulla strict liability come strumento di distribuzione dei rischi, teorie successivamente riprese da Prosser in un celebre articolo che è indicato come la prima elaborazione compiuta della *enterprise liability theory* (W.L. PROSSER, *The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, in 1960, 69 *Yale L. J.* 1099, 1131); questi primi studi elaborati in chiave di solidarietà sociale, vengono poi sviluppati dagli studiosi di analisi economica del diritto alla luce di un criterio di efficienza economica del sistema (per una ricostruzione storica del movimento di idee sul tema: G.L. PRIEST, *The Invention of Enterprise Liability*). In Italia la teoria del rischio di impresa è stata sviluppata negli anni Sessanta in chiave di solidarietà sociale (S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964), oppure nei termini dell'analisi economica del diritto (P. TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Milano, 1961). La teoria ora affiora nei documenti della Commissione europea in modo sempre più insistente, se pur ancora con i tratti di un mero auspicio non tradotto in una normativa di natura cogente (comunicazione della Commissione europea del 25 ottobre 2011 n. 681).

Poiché, per ora, l'idea di responsabilità sociale di impresa intesa in senso fattivo è l'oggetto di un mero auspicio e non di un obbligo di legge, l'attenzione si concentra sull'efficacia dissuasiva esplicita dal tradizionale istituto della responsabilità civile, quale strumento di internalizzazione dei costi (4).

Ciò premesso, nei paesi di Civil law lo strumento della responsabilità civile si rivela inadeguato a fronteggiare i problemi dell'economia contemporanea, governata da grandi imprese che con la loro produzione di massa sono suscettibili di provocare danni dispersi nell'intera collettività e dunque difficilmente risarcibili. L'inadeguatezza degli strumenti privatistici è in parte supplita dai nuovi strumenti sanzionatori messi a disposizione delle autorità di regolazione del mercato, i quali vanno ad interagire con i primi secondo logiche talvolta di complementarità, tal'altra di reciproca esclusione, ancora non del tutto esplicitate e prevedibili. A questi strumenti si può aggiungere, là dove il singolo legislatore nazionale ne ravvisa l'opportunità, la previsione di un illecito penale. L'analisi delle possibili interazioni tra le sanzioni di diritto privato e le sanzioni di diritto pubblico può dunque rivelarsi utile al fine di evitare che il meccanismo di internalizzazione dei danni si traduca in fenomeni, a seconda dei casi, di *overdeterrence* o di *underdeterrence*, entrambi distorsivi del corretto funzionamento del sistema (5).

(4) Concordo integralmente con le osservazioni espresse da Anna Genovese nei confronti di chi ancora ritiene che l'istituto della responsabilità civile abbia esclusivamente una funzione riparatoria (cfr. A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 215-247).

(5) Ai fini della valutazione dell'efficacia dissuasiva di una sanzione non si può trascurare che essa ha un impatto diverso a seconda che sia diretta nei confronti di una persona giuridica piuttosto che di singole persone fisiche. Infatti la sanzione va ad esplicare il suo effetto dissuasivo su processi decisionali che funzionano in un certo modo quando si tratta di una decisione assunta dal singolo individuo a proprio rischio e facendo i conti con le proprie risorse, e in un altro modo quando si tratta di una decisione assunta per conto di una persona giuridica da una pluralità di individui, ciascuno dei quali è gravato di una responsabilità tanto più diluita quanto più l'ente dispone di una organizzazione complessa e di risorse economiche illimitate (G.

1. *I dati di fatto.*

Il 18 settembre 2015, l'Agenzia di Protezione Ambientale degli Stati Uniti (EPA) ha emesso un avviso di violazione del Clean Air Act per la Volkswagen Group, dopo aver scoperto che la stessa aveva intenzionalmente programmato i motori ad iniezione diretta (TDI) diesel turbocompressi affinché riducano le emissioni di ossido di azoto (NOX) entro i limiti di legge durante il test di omologazione, mentre, durante la guida su strada, le emissioni avrebbero subito un aumento fino a 40 volte superiore. Volkswagen ha ammesso di aver installato questo strumento di manipolazione dei dati in circa undici milioni di autoveicoli distribuiti in tutto il mondo tra il 2009 e il 2015.

A fronte di quest'unica condotta illecita, le reazioni dei sistemi rimediali e sanzionatori approntati da ciascuno dei paesi coinvolti sono tutt'altro che omogenee.

È del 25 ottobre 2016 la notizia dell'approvazione negli USA di un accordo tra le parti che impegna la casa automobilistica al pagamento di circa 15 miliardi di dollari come conseguenza della vendita di circa 450.000 auto manipolate (6).

Viceversa in Europa, a distanza di oltre un anno dalla notizia dell'illecito, l'Italia sembra essere l'unico paese ad aver adottato un provvedimento sanzionatorio. L'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato ha irrogato a Volkswagen Italia, in solido con la casa madre tedesca, una sanzione pecuniaria pari a 5 milioni di euro, asserendo che la vendita in Italia degli oltre 710.000 veicoli muniti

GIGERENZER, *Risk Savvy. How to Make Good Decision*, New York, 2015). La fallacia della finzione che assimila la persona giuridica alla persona fisica di fronte alla legge è denunciata in F. CAPRA e U. MATTEI, *The Ecology of Law*, cit.

(6) L'accordo prevede, sul fronte della tutela dei singoli proprietari, l'impegno della casa automobilistica a riacquistare le circa 475.000 auto coinvolte oppure a provvedere a metterle a norma di legge, oltre all'obbligo di corrispondere a ciascun proprietario un indennizzo che varia tra i 5000 \$ e i 10.000 \$, a seconda della perdita di valore dell'auto; sul piano pubblicistico, la casa automobilistica sarebbe tenuta a versare \$ 2.7 miliardi in un fondo gestito dall'EPA e ad investire \$ 2 miliardi nei prossimi dieci anni in ricerche sulle tecnologie che riducono a zero le emissioni nocive (<http://www.reuters.com/article/us-volkswagen-emissions-idUSKCN12P22F>).

dell'impianto di manipolazione dei dati costituisce una pratica commerciale scorretta (7).

Sul piano delle tutele di diritto privato, la casa automobilistica, sollecitata dal commissario europeo per l'industria ad offrire anche ai consumatori europei tutele analoghe a quelle offerte ai consumatori statunitensi, ha risposto che in Europa non si prevede alcun risarcimento o indennizzo a favore dei singoli proprietari, al di là dell'impegno a richiamare le auto al fine di renderle conformi alla normativa sulle emissioni. L'attuale amministratore delegato della Volkswagen ha spiegato questa differenza di trattamento adducendo il fatto che la disciplina europea sulle emissioni nocive è assai meno rigida di quella statunitense; dunque è molto più facile rimettere a norma le auto in Europa, senza che i consumatori abbiano a lamentare alcun danno, nemmeno sotto il profilo della perdita di valore economico del bene (8).

In altri termini, la stessa condotta non avrebbe causato gli stessi danni in Europa e negli USA.

In effetti, in Europa i limiti di emissione di ossido di azoto in vigore per le auto omologate fino al 2015 (euro 5) erano pari a 180 mg/Km, mentre, nello stesso periodo, il limite fissato negli USA era pari a 80 mg/Km (9). Eppure i dati scientifici relativi alla tossicità del gas dimostrano che un concentrato di 150 mg di ossido di azoto per metro cubo provoca la morte di un individuo adulto dopo circa 30 minuti di inalazione, sia che l'individuo si trovi in Europa, sia che si trovi negli USA.

Alla sperequazione dei limiti di emissione fissati per legge negli Usa e in Europa si è aggiunto il fatto che il 20 aprile 2016 la

(7) Delibera 8 agosto 2016 (successivamente confermata dal T.A.R.). L'Autorità ha irrogato il massimo della pena mettendo in rilievo che il fatturato di Volkswagen Italia del 2015 è stato pari a 4.272.367.749 euro ed il fatturato della casa madre tedesca nello stesso anno è stato pari a 73.510.000.000 euro.

(8) <http://www.welt.de/wirtschaft/article156769571/Ich-esse-in-der-Kantine.html>.

(9) Si vedano ad esempio i dati riportati nella relazione per il Ministero francese dell'ecologia dello sviluppo sostenibile e della salute: http://www.ineris.fr/centredoc/seuil_dioxyde_azote.pdf.

Commissione Europea ha adottato il Regolamento n. 646 che aumenta il fattore di tolleranza (c.d. "fattore di conformità") degli sforamenti dei predetti limiti legali dal precedente 50% al 110%. Questo provvedimento normativo è stato giustificato con la necessità di adottare un approccio più morbido in vista dei controlli delle emissioni che dal 2017 verranno effettuati non più sui rulli bensì su strada; ciò non spiega, tuttavia, come mai la stessa disposizione sia espressamente applicabile anche alle auto già omologate come euro 5 con i precedenti test sui rulli. È presumibile che l'intento sia quello di ricondurre il quantitativo di emissioni di ossido di azoto prodotte dagli autoveicoli sotto inchiesta all'interno di parametri di legge che evidentemente risultano essere troppo rigidi per i motori diesel (posto che ancora non esiste un dato ufficiale sul livello di emissioni effettivamente prodotto da questi autoveicoli). In effetti, l'autorità tedesca (la KBA), che a suo tempo ha proceduto ad omologarli ai sensi della normativa prevista per le Euro 5, ad oggi non ha revocato l'omologazione. Di conseguenza le automobili in questione, se pur non ancora richiamate, sono lecitamente in circolazione.

D'altro canto, qualunque decisione giudiziaria sul caso di specie presuppone una scelta politica tra esigenze contrapposte: da un lato quella di fornire un livello adeguato di protezione degli interessi lesi, dall'altro quella di tutelare le imprese e l'economia europea. Non a caso l'art. 844 del codice civile italiano in materia di immissioni prescrive al giudice di contemperare gli interessi proprietari al godimento del bene con "le ragioni della produzione" e, se occorre, di sacrificare i primi a vantaggio delle seconde. Ciò evidentemente si giustifica in considerazione delle ricadute benefiche per la collettività di un'attività produttiva in termini di maggior impiego di lavoratori, di contribuzione fiscale e di attività delle imprese fornitrici. In questo senso va detto che nel caso di specie non sussistono negli USA le ragioni che sul piano politico e sociale impongono al decisore di tenere conto dell'esigenza di tutelare le imprese e quindi l'economia europea. Tuttavia, questo argomento metagiuridico vale a spiegare solo in parte la considerevole sproporzione tra i provve-

dime
adott
miche
deter
futur
I
rimec
doli i
sebbe
gente
"tort
collet
non e
logich

2. R
A
polat
per d
sussis
l'art
ad us
dann
che in
zabile

(1
materia
per la
— Pro
di ben
del pu
ricostr
manife
(1
i quali

dimenti adottati negli USA nei confronti di VW e quelli adottati o adottandi in Europa. Pur tenendo conto delle implicazioni economiche e sociali, la sanzione dovrebbe comunque produrre un effetto deterrente al fine di scongiurare l'adozione di condotte analoghe in futuro, come si è premesso.

In questa prospettiva, riepilogo qui di seguito i diversi strumenti rimediali applicabili al caso di specie nel diritto italiano, distinguendoli in strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico, sebbene questa dicotomia sia ormai messa a dura prova dall'emergente esigenza (a seguito della produzione di massa e dei conseguenti "torti di massa") di offrire nuovi strumenti di tutela degli interessi collettivi o diffusi nonché dei beni comuni, ovvero di quei beni che non essendo suscettibili di appropriazione individuale sfuggono alle logiche del mercato ed ai connessi meccanismi risarcitori (10).

2. *Rimedi di diritto privato.*

Al fine di tutelare coloro i quali hanno acquistato le auto manipolate (11), non può essere applicata la normativa sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, poiché nel caso di specie non pare sussistere uno dei danni espressamente indicati come risarcibili dall'art. 123 codice del consumo, ovvero un danno ad una cosa destinata ad uso privato e diversa dallo stesso prodotto difettoso oppure un danno alla salute umana. Infatti, a fronte della molteplicità di fattori che incidono sull'inquinamento atmosferico, non sussiste un apprezzabile danno alla salute direttamente imputabile a Volkswagen. Al

(10) Prendendo le mosse dal lavoro di redazione di un progetto di legge in materia di beni pubblici compiuto dalla Commissione Rodotà (*Commissione Rodotà — per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, 14 giugno 2007 — Proposta di articolato, Ministero della Giustizia*), Ugo Mattei ha elaborato il concetto di beni comuni come forme irriducibili "tanto alla logica del privato, quanto a quella del pubblico" che sollecitano un ripensamento delle categorie concettuali volte a ricostruire le interrelazioni tra l'uomo e l'ambiente (U. MATTEI, *Beni comuni - Un manifesto*, Roma-Bari, 2011).

(11) Non è oggetto della presente analisi la tutela degli azionisti di Volkswagen, i quali dovranno, se del caso, invocare il diritto societario tedesco.

danno arrecato allo stesso prodotto affetto da un vizio dovrebbe piuttosto provvedere la garanzia del venditore per i "difetti di conformità" della cosa venduta (non a caso la c.d. responsabilità del produttore nasce come complemento della responsabilità del venditore). Tuttavia, a tacer d'altro, tale garanzia riguarderebbe solo le automobili vendute nei due anni precedenti. L'obbligo a carico della casa automobilistica di richiamare le automobili al fine di rimetterle a norma sorge semmai a carico della casa automobilistica come conseguenza della violazione di norme amministrative (il regolamento CE n. 715/2007 che disciplina la procedura di omologazione delle auto); oppure dalle norme del codice di consumo in materia di sicurezza dei prodotti, che obbligano il produttore a richiamare i prodotti in via cautelare, quando presentino un rischio di danno, quindi a prescindere dalla prova di un danno attuale.

La casa automobilistica esclude ogni ulteriore ragione di danno a carico del proprietario dell'automobile, assicurando che la riduzione del livello di emissioni entro i limiti di legge non provocherà una riduzione delle prestazioni promesse in termini di maggior consumo di carburante o di perdita di potenza del motore.

In sintesi, emerge che qualunque azione privatistica astrattamente esperibile nei confronti di Volkswagen è condizionata e circoscritta dall'onere di provare che gli attori hanno subito un danno e che questo danno è risarcibile. Occorre altresì che il danno risarcibile non sia di modesto valore economico perché altrimenti il singolo, nell'ordinamento giuridico italiano, non ha alcun interesse ad affrontare i costi di un'azione giudiziaria. Come è noto, nel nostro ordinamento l'azione per il risarcimento del danno è soggetta al principio di integrale riparazione, il quale esclude la possibilità di accordare alla vittima un risarcimento ulteriore rispetto alla perdita subita, a titolo di danno punitivo nei confronti di una condotta reputata particolarmente antisociale (12). Tali ostacoli non sono

(12) Va detto che si assiste anche in Italia ad una progressiva implementazione di norme di diritto privato che assolvono una funzione punitiva. Si pensi ad esempio alle norme sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 192/2012),

sup
con
qual
sost
indi
dell
quar
in un
trad
lazio
Inna
cagio
giuri
corti
alle s
solite
phys
cose.
difett
stesso
phys
alla gra
1815 c
nonost
italiano
Cass. c
ha esp
affinch
(1
LEIN, I
Europe
(1
(1
i pure
assunta

superati dall'istituzione della *class action* in Italia, giacché essa è concepita come la sommatoria delle azioni individuali di coloro i quali dichiarano espressamente di "opt in" e dunque presenta sostanzialmente gli stessi limiti già esposti in relazione alle azioni individuali, senza offrire incentivi specifici a chi si rende promotore dell'azione (13).

Come è noto, la mancanza di incentivi ad agire in giudizio, quando il danno riversato sulla società dall'impresa è parcellizzato in una moltitudine di danni patrimoniali di modesta dimensione, si traduce in un potenziale effetto distorsivo nei meccanismi di regolazione del mercato.

Il quadro è assai diverso nel sistema giuridico statunitense. Innanzitutto, poiché la disciplina sulla responsabilità per i danni cagionati da un prodotto difettoso negli USA è una creazione giurisprudenziale non incorporata in un testo normativo (14), le corti sono libere di plasmare i concetti giuridici al fine di adattarli alle specifiche esigenze del caso di specie. Le corti statunitensi sono solite affermare che la responsabilità del produttore copre solo i *physical harms*, ovvero i danni alle persone e i danni materiali alle cose. Quindi, pur non escludendo i danni allo stesso prodotto difettoso, non si contempla la perdita del valore economico dello stesso prodotto difettoso, giacché non si tratta propriamente di un *physical harm*, bensì un *pure economic loss* (15). Ma, in mancanza di

alla gratuità del mutuo come sanzione prevista nei confronti dell'autore dell'usura (art. 1815 c. 2 c.c.), alla sanzione disposta dall'art. 96 c.p.c. per l'ipotesi di lite temeraria. Ciò nonostante, allo stato rimane ancora valido il principio per cui l'ordinamento giuridico italiano non ammette i danni punitivi nell'ambito della responsabilità civile (ad esempio Cass. civ. 8 febbraio 2012, n. 1781). È però recente la notizia che la Corte di Cassazione ha espresso dei dubbi su tale principio rimettendo la questione al Primo Presidente affinché valuti se affidarla alle Sezioni Unite (Cass. civ. 16 maggio 2016, n. 9978).

(13) Per un'analisi comparativa delle azioni collettive nei vari paesi europei: E. LEIN, D. FAIRGRIEVE, M. OTERO CRESPO e V. SMITH (a cura di), *Collective Redress in Europe-Why and How?*, London, 2015.

(14) Restatement (Third) of Torts: Products Liability, 1997.

(15) Secondo la ricostruzione tradizionale del dato giurisprudenziale in materia, i *pure economic loss* esulerebbero dalla responsabilità del produttore. La decisione assunta dalla maggior parte delle corti statali americane, è stata consacrata dalla Corte

un testo normativo che ne escluda la risarcibilità, gli avvocati non temono di forzare le maglie del sistema proponendo azioni nei confronti del produttore volte ad ottenere il risarcimento del danno costituito dalla perdita di valore dell'autoveicolo. Il fatto che si tratti di un danno economico relativamente modesto non costituisce un deterrente all'azione, dal momento che ci si può giovare del meccanismo dei punitive damages (16), ovvero della funzione punitiva che il sistema legale statunitense attribuisce alle azioni di responsabilità civile quando si ha a che fare con un atto illecito particolarmente biasimevole in quanto intenzionale e lucrativo, come nel caso di specie (17). Il fatto che i danni punitivi vadano a vantaggio solo di chi ha agito in giudizio diventa irrilevante perché, attraverso il meccanismo di *opt out*, le azioni di classe statunitensi arrivano a rappresentare automaticamente l'intera collettività dei danneggiati (con l'esclusione solo di chi ha espressamente dichiarato di non voler partecipare). Dal punto di vista degli interessi generali si è osservato come i danni punitivi concorrono utilmente ad esplicitare l'efficacia dissuasiva in tutti i casi in cui una parte dei danni cagionati dall'autore dell'illecito sfugge ai sistemi strettamente compensativi (18), oppure nei casi in cui l'illecito genera un profitto maggiore

Suprema degli USA in *East River SS Corp. V. Transamerica Delaval Inc.*, 476 US 858, 106 S.Ct.2295 (1986); *Saratoga Fishing Co. V. J.M. Martinac & Co.*, 117 S.Ct. 1783, 138 L.Ed. 2d 76 (1997). Cfr. G.T. SCHWARTZ, *American Tort Law and Economic Loss Rule*, in M. BUSSANI e V. PALMER, (dir.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge 2003, 96-101.

(16) Sebbene negli USA si sia recentemente provveduto a fissare dei limiti massimi di liquidazione dei danni punitivi al fine di contenere i rischi di over-deterrence, essi costituiscono pur sempre un efficace incentivo ad intentare l'azione risarcitoria (U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, 2014, 131).

(17) In tema di arricchimento conseguito mediante una condotta illecita, lo studio di Rodolfo Sacco ha fatto rilevare come ai sensi dell'art. 1149 c.c. il possessore di mala fede convenuto in un'azione restitutoria è tenuto a restituire (a differenza di quello di buona fede) anche ciò che ha lucrato, prospettando un'applicazione analogica della medesima norma anche nell'ambito delle azioni risarcitorie (R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959. Si veda inoltre: P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi di onore di Sacco*, II, Milano, 1994, 1149 ss.).

(18) A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, in *Harvard Law Review*, 111, 1998, 957 ss.; G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*. The

del danno cagionato e sempre che si tratti di una condotta che si vuole ciò nonostante reprimere (il che accade senz'altro quando il fatto illecito integra contestualmente una fattispecie di reato) (19).

Tutto ciò fa sì che, agli occhi del giurista di civil law, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato nel sistema giuridico statunitense appaia molto sfocata.

3. *Sanzioni amministrative.*

L'inadeguatezza dei rimedi civilistici europei dal punto di vista della deterrenza, potrebbe essere compensata dall'applicazione delle sanzioni approntate dal diritto pubblico.

Il caso di specie costituisce innanzitutto una violazione delle norme sulla omologazione e la messa in commercio delle automobili dettate dal regolamento europeo n. 715/2007. Tuttavia, poiché le auto sono state omologate in Germania, in applicazione della dir. 46/2007/CE che ha istituito un meccanismo di mutuo riconoscimento, potranno semmai essere applicate le sanzioni previste dal legislatore tedesco (20).

Case of Punitive Damages, in M. STUART MADDEN (a cura di), *Exploring tort law*, Cambridge, 2005, 333 ss.

(19) Va segnalato che il progetto di riforma del codice civile francese, nella parte relativa alla responsabilità civile, presentato ufficialmente dal Ministro della giustizia il 13 marzo 2017, per l'approvazione, prevede all'art. 1266 l'istituzione di una multa irrogabile dal giudice civile « *lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir* ». Lo scopo perseguito dalla proposta di legge è dunque quello di sanzionare l'autore della c.d. « *faute lucrative* ». Il nuovo articolo 1266 prevede inoltre che qualora il responsabile sia una persona giuridica « *l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France...* ». Il pagamento della multa verrà destinato ad un fondo pubblico di compensazione oppure al tesoro pubblico (in questo modo il principio di integrale riparazione a favore della vittima non viene disatteso).

(20) A questo proposito si segnala che la Commissione Europea ha recentemente avviato una procedura di infrazione nei confronti dei paesi che, avendo omologato le auto dotate dello strumento di manipolazione, non hanno ancora provveduto ad irrogare tale sanzione (Germania, Regno Unito, Spagna e Lussemburgo), oppure nei confronti di quegli stati che non hanno ancora neanche predisposto tale sanzione (Repubblica Ceca, Grecia e Lituania). http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4214_en.htm.

Per ciò che riguarda il diritto penale, le fattispecie di reato che sono state configurate nel caso di specie sono quelle della frode in commercio e quella della truffa. Entrambe le fattispecie di reato sono state inserite nella lista del d.lgs. n. 231/2001, istitutivo della c.d. responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica, la cui applicazione presuppone la commissione di uno dei reati indicati da parte di una persona fisica che abbia agito a nome e per conto dell'impresa e allo scopo di procurare un vantaggio all'impresa (21). Ciò significa che è attribuita all'impresa una responsabilità per omessa vigilanza che comporta l'irrogazione di sanzioni pecuniarie ed eventualmente interdittive della sua attività. Il giudice fissa la sanzione pecuniaria secondo il meccanismo delle quote (22). Nel caso del reato di frode in commercio la sanzione a carico dell'azienda può arrivare fino a 500 quote, mentre nel caso della truffa il numero massimo di quote è pari a 600. Questo significa che nell'ipotesi in cui il giudice volesse irrogare il massimo della pena nei confronti della Volkswagen, senza tenere conto di alcuna attenuante, si arriverebbe ad una sanzione pecuniaria pari a euro 774.500 per il reato di frode in commercio, oppure pari a 929.622 euro per il reato di truffa.

Il caso di specie rende evidente come il rigido meccanismo di fissazione di un limite massimo di quote sortisca un risultato largamente insoddisfacente dal punto di vista della pur declamata efficacia dissuasiva della sanzione, perché sembra non tenere conto delle dimensioni economiche progressivamente crescenti di alcune imprese che operano nel mercato italiano.

La normativa risulta altresì inadeguata a fronteggiare il feno-

(21) La legge delega n. 300 del 2000, infatti, ha dato attuazione alla Convenzione OCSE 17 dicembre 1997 (sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri), che — all'art. 2 — obbligava gli Stati aderenti ad assumere « le misure necessarie conformemente ai propri principi giuridici a stabilire la responsabilità delle persone morali » per i reati richiamati nella stessa Convenzione.

(22) Il valore di ciascuna quota varia da un minimo di euro 258,23 a un massimo di euro 1.549,37, da determinarsi in funzione della situazione economica e patrimoniale dell'ente « allo scopo di assicurare l'efficacia dissuasiva della sanzione ».

meno delle imprese multinazionali, giacché lascia aperti problemi applicativi di difficile soluzione tutte le volte in cui si abbia a che fare con enti collettivi aventi la sede principale all'estero e operanti in Italia attraverso società controllate. La giurisprudenza di merito ha ritenuto l'applicabilità della disciplina in esame facendo sostanzialmente riferimento al luogo in cui si è verificato il danno (23). Tuttavia, non manca chi ha fatto notare che se l'illecito amministrativo è integrato dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, ne consegue che la condotta illecita si è radicata fuori dal territorio italiano ed è quindi sottratta alla giurisdizione della nostra autorità giudiziaria (24).

Ecco allora che nei diretti confronti delle imprese risultano senz'altro più dissuasive e di più agevole applicazione rispetto alle norme di diritto penale, le sanzioni di diritto amministrativo irrogabili dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato per la commissione di pratiche commerciali scorrette, in quanto idonee "a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge" (art. 20 cod. consumo). Nel caso di specie la questione relativa alla idoneità della pratica commerciale a condizionare le scelte dei consumatori si presenta assai delicata poiché, così come ha sottolineato la casa automobilistica, il quantitativo di emissioni di ossido di azoto non è un dato riportato nei fogli informativi o nei messaggi promozionali rivolti ai potenziali acquirenti. L'autorità, tuttavia, ha aggirato l'ostacolo facendo astrazione dal dato specifico ed osservando più in generale che: "occorre tener presente che i cosiddetti claim ambientali o verdi (detti anche green claims o environmental claims), diretti a suggerire o, comunque, a lasciar intendere o anche solo a evocare il minore o ridotto impatto ambientale del prodotto o servizio offerto, sono diventati un importante strumento pubblicitario in grado di orientare significativamente le scelte di acquisto

(23) Trib. Milano 27 aprile 2004; Trib. Milano 5 maggio 2004.

(24) E. AMODIO, *rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1287.

dei consumatori, sulla base della loro accresciuta sensibilità verso tali tematiche. Coerentemente con gli orientamenti emersi in sede internazionale l'Autorità ritiene che sia onere informativo minimo imprescindibile a carico dei professionisti che intendono utilizzare tali vantii nelle proprie politiche di marketing, quello di presentarli in modo chiaro, veritiero, accurato, non ambiguo né ingannevole". Evidentemente l'Autorità sorvola sul fatto che allo stato attuale la sensibilità ecologica del consumatore medio non è tale da indurlo a scegliere un prodotto più costoso, solo in quanto meno inquinante.

Tutto ciò esposto l'Autorità, tenuto conto del lungo periodo di tempo in cui l'azione illecita si è protratta e dell'elevato numero di automobili manipolate che è stato venduto in Italia, ha deliberato di irrogare alla Volkswagen una multa di 5 milioni di euro, pari al massimo della pena prevista dalla normativa in esame, non senza far rilevare che tale sanzione risulta inadeguata in relazione alle dimensioni economiche dell'impresa (25).

D'altro canto, nei sistemi di civil law non è concepibile che l'autorità giudiziaria o di regolazione sia libera di fissare a suo arbitrio la sanzione senza limiti prefissati dal legislatore, a differenza di quel che avviene nei sistemi di common law (26). Inoltre, nell'ottica dell'efficacia dissuasiva del sistema, si deve tenere conto del fatto che le sanzioni di diritto amministrativo vanno ad interagire con quelle eventualmente previste dal diritto penale e dal diritto civile, seguendo logiche diverse. Si scopre che ciascun sistema dosa a suo modo gli strumenti dissuasivi che ha a disposizione. Ad esempio in Francia la commissione di una pratica commerciale scorretta è stata configurata come un illecito penale, punibile con una sanzione che può arrivare fino al 10% del fatturato medio realizzato dalla stessa impresa negli ultimi tre anni, in considera-

(25) L'Autorità in una nota precisa, infatti, che "l'importo della sanzione sopra indicata rappresenta una percentuale ampiamente inferiore all'1% dei rispettivi fatturati complessivi (per VW AG rappresenta lo 0,0068% del fatturato e per VW Italia lo 0,12%)".

(26) P. FARALDO CABANA, *La pena pecuniaria per le persone giuridiche nel diritto penale dell'ambiente spagnolo*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, 173 ss.

zione
a seve
In cor
ha de
attribu

4. *In*
sti

Un
pubbli
dimos
verno
giovani
azione
civile
un'inv
dover
Inoltre
di racc
ordini

Ci
produ
menti
Pe
accerta
riguard

(27)

(28)

rami in d
GRANDE,
diritto co

(29)

indipende

zione degli utili conseguiti con la pratica che si va a sanzionare, oltre a severe pene detentive ed interdittive per i suoi autori materiali (27). In compenso, però, l'Autorità francese di regolazione del mercato ha dei poteri sanzionatori assai limitati se confrontati con quelli attribuiti all'omologa autorità italiana (28).

4. *Interazioni tra gli strumenti di diritto privato, di diritto amministrativo e di diritto penale applicabili al medesimo caso di specie.*

Un rapido sguardo al gran numero di delibere di condanna pubblicate sul sito dell'AGCM negli ultimi anni è sufficiente a dimostrare come essa abbia assunto un ruolo preminente nel governo dell'economia in Italia (29). Evidentemente l'AGCM può giovare di un insieme di poteri autoritativi che rendono la sua azione molto più rapida ed efficace rispetto a quelle di un tribunale civile o di un tribunale penale. Innanzitutto la normativa prevede un'inversione dell'onere probatorio tale per cui è l'imprenditore a dover dimostrare davanti all'Autorità di aver agito correttamente. Inoltre l'Autorità si avvale di un potere inquisitorio che le consente di raccogliere agilmente tutti gli elementi probatori utili attraverso ordini di esibizione, ispezioni e indagini tecniche.

Ciò posto, una volta che la decisione è stata deliberata, essa produce i suoi effetti anche sui procedimenti civili e sui procedimenti penali instaurati in relazione ai medesimi fatti.

Per quanto riguarda i primi, è ormai pacifico che tutti gli accertamenti dell'Autorità costituiscono valida prova in sede civile riguardo alla commissione del fatto illecito (ovvero la pratica com-

(27) Art. L 132-2 del codice di consumo francese.

(28) Ciò evidenzia la necessità di riaprire il dialogo tra gli studiosi dei diversi rami in cui l'ordinamento è stato nel tempo suddiviso, così come messo in luce in E. GRANDE, *Ai confini della responsabilità - prime riflessioni per un programma di ricerca in diritto comparato*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 857 ss.

(29) M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, (3-2013), 9.

merciale scorretta) (30). Tuttavia, in relazione alla prova del danno è altrettanto pacifico che l'attore, pur potendo beneficiare di una inversione dell'onere probatorio, rischia comunque di essere sconfitto là dove non possa dimostrare la sussistenza di un danno risarcibile. Infatti, così come l'Autorità ha avuto cura di precisare anche nella decisione resa nel caso in esame "le pratiche commerciali scorrette si configurano come illeciti di pericolo, dove la valutazione della scorrettezza deve essere condotta unicamente alla luce della violazione del dovere di correttezza e della potenziale distorsione del comportamento economico del consumatore, a prescindere dall'entità del danno economico cagionato o che potrebbe verificarsi. In altri termini ai fini della configurazione dell'illecito, non è necessaria l'analisi degli effetti prodotti dalla condotta, essendo invece sufficiente che, sulla base di un giudizio prognostico, la stessa sia ritenuta idonea ad incidere potenzialmente sulle scelte dei consumatori" (31). In effetti la disciplina normativa sulle pratiche commerciali scorrette non prevede il requisito del danno a carico dei consumatori ai fini dell'irrogazione della sanzione. Questo dato mette in luce che il fine ultimo perseguito con l'attribuzione del potere sanzionatorio all'AGCM non è quello di tutelare il consumatore, bensì quello di garantire il rispetto delle regole che governano il gioco della concorrenza tra gli operatori che agiscono sul mercato.

Ciò spiega perché, sebbene sia ormai incontestabile che la casa automobilistica ha tenuto un comportamento commerciale scorretto e, in quanto tale, illecito, l'acquirente dell'automobile non dispone di alcuna tutela se non può dimostrare di aver subito un danno risarcibile.

Per ciò che riguarda l'ipotesi di concorrenza di un'azione penale

(30) Ad esempio si veda: Cass. civ. 28 maggio 2014, n. 11904; Cass. civ., 22 maggio 2013, n. 12551; Cass. civ., 9 maggio 2012, n. 7039; Cass. civ., 20 giugno 2011, n. 13486.

(31) Tra le altre: Cons. Stato 22 luglio 2014, n. 3896 e 10 dicembre 2014, n. 6050.

e di quella amministrativa in relazione allo stesso fatto illecito e al fine di tutelare il medesimo interesse (ovvero quello del buon funzionamento del mercato), tradizionalmente è sempre stata applicata in Italia la teoria del “doppio binario”, consentendo la cumulabilità della sanzione amministrativa con quella penale. Tuttavia l'impostazione tradizionale è stata messa in crisi dalla sentenza pronunciata il 4 marzo 2014 nel caso Grande Stevens dalla CEDU secondo la quale, quando la sanzione amministrativa nella sostanza è una sanzione penale (per il grado di afflittività della pena) l'irrogazione cumulativa delle due sanzioni costituisce una violazione il principio del *ne bis in idem* e, in quanto tale, è inammissibile. Sulla frizione suscitata dalla sentenza CEDU tra il principio del *ne bis in idem* e quello del doppio binario, è stata chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale italiana, la quale con la sentenza n. 102 del 12 maggio 2016, premesso che si tratta di una questione che deve essere risolta dal legislatore, ha comunque ridimensionato l'impatto della decisione della CEDU specificando che: “È pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di bis in idem ha carattere processuale e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro”.

Pertanto è possibile che l'eventuale sanzione irrogata dal giudice penale contro la casa automobilistica possa essere paralizzata dalla sanzione già irrogata dall'autorità di regolazione.

5. *Il danno ambientale.*

A ben guardare le cose, il danno più considerevole causato dalla condotta illecita di Volkswagen è quello all'ambiente, ovvero alla salute di tutti coloro i quali respirano l'aria inquinata dalle emissioni degli autoveicoli tutt'ora in circolazione.

Il fatto che il biossido di azoto sia nocivo per la salute umana è indubbio. Ciò malgrado, il danno all'ambiente cagionato da Volkswagen sembra sfuggire alle disposizioni normative di tutela ambientale predisposte dal legislatore europeo. Il punto è che la qualità dell'aria che noi respiriamo è già compromessa da così tanti fattori che risulta assai arduo dimostrare, applicando le teorie tradizionali sul nesso causale, che la violazione dei limiti legali di ossido di azoto da parte di Volkswagen sia la causa di un danno alla salute apprezzabile, anche solo in termini di aumento del rischio di danno alla salute (sempre che, a seguito della correzione al fattore di conformità, si possa ancora parlare di sfioramento del limite legale nel caso di specie). L'ostacolo non può essere aggirato neanche facendo leva sulle interpretazioni più estensive adottate dalle sezioni unite della cassazione nei casi Seveso, le quali hanno svincolato il danno all'ambiente dal danno alla salute fisica propriamente inteso, ravvisando un diritto alla qualità della vita sana, esso stesso oggetto di risarcimento in caso di dimostrato pregiudizio (32). Dalla lettura di tali sentenze si evince, infatti, che occorre pur sempre provare che il deterioramento della qualità della vita sia sfociato in un malessere psichico in qualche misura accertabile e che tale malessere sia stato cagionato dalla condotta del convenuto. Di conseguenza, gli strumenti di tutela individuale risultano essere impotenti di fronte ad una condotta che è causa di inquinamento atmosferico.

I problemi rimangono aperti anche quando si passa da un visione individuale ad una visione organicistica dell'ambiente inteso nel suo insieme, come bene pubblico aperto alla fruizione collettiva su base non rivale, al fine di ammetterne la risarcibilità indipendentemente dalla violazione dei diritti dei singoli quali la proprietà privata o la salute (33).

In primo luogo occorre ricordare che la direttiva europea sulla responsabilità ambientale (dir. 35/2004/CE) si occupa esclusiva-

(32) Cass., sez. un., n. 2515/2002.

(33) B. Pozzo, *La direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 1 ss.

men
terre
della
colo
(CE)
nel r
sanzi
delle
Parin
con l
riora
zioni
anch
previ
di in
disas
a car
ambi
game
C
il dir
chied
sister
comp
fini d
misur

(3)
funzion
zione d
multifa
(3)
per rea
tarie sa
(3)
Porto T
c.p. al

mente del danno alle specie e agli habitat protetti, alle acque e al terreno, escludendo l'inquinamento atmosferico proprio in ragione della difficoltà di individuare le singole responsabilità imputabili a coloro i quali hanno concorso a cagionarlo (art. 4 dir. 2004/35/CE) (34). Tale disposizione normativa è stata testualmente riprodotta nel nostro codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006), che si limita a sanzionare l'inquinamento atmosferico in relazione al superamento delle quote di emissioni previste per i vari tipi di impianti industriali. Parimenti i nuovi reati ambientali inseriti nel codice penale italiano con la legge n. 68/2015 richiedono una compromissione o un deterioramento significativo e misurabile delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo (35). Ciò posto, anche qualora si potesse ravvisare tale ipotesi di reato, la sanzione prevista a carico delle imprese varia da 250 a 600 quote per il reato di inquinamento ambientale e da 400 a 800 quote per il reato di disastro ambientale. Quindi anche calcolando il massimo della pena a carico della Volkswagen, ovvero 800 quote per il reato di disastro ambientale, si arriva ad una multa pari a euro 1.239.200, che è largamente inefficace dal punto di vista della funzione di deterrenza.

Ciò che è più interessante è che il Ministero dell'ambiente avrebbe il diritto di costituirsi parte civile nel procedimento penale al fine di chiedere il risarcimento del danno, risarcimento che potrebbe consistere in un obbligo di ripristino dello stato dei luoghi o di compensazione del danno attraverso misure alternative. Ma anche ai fini dell'applicazione di questo strumento rimediale occorre poter misurare e quantificare il danno che deve essere compensato (36).

(34) Nei confronti dell'inquinamento atmosferico si è quindi ritenuto che funzioni meglio il sistema della tassazione a monte piuttosto che quello dell'attribuzione di una responsabilità *ex post* per un danno difficilmente accertabile in quanto multifattoriale.

(35) M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (nota a margine del d.lgs. 21/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 36.

(36) Nel noto caso delle emissioni inquinanti prodotte dalla centrale Enel di Porto Tolle, la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile la prima parte dell'art. 674 c.p. al fine di eludere la prova di un danno attuale ed anche al fine di eludere la prova

6. *Riflessioni conclusive.*

Non tutte le aspettative degli individui, se frustrate, fanno sorgere un obbligo risarcitorio. Ogni sistema giuridico seleziona quali interessi possono dar luogo a risarcimento in caso di pregiudizio, in modo tale da bilanciare la tutela della libertà di iniziativa economica con la tutela degli interessi individuali. Anche le varie teorie sul nesso causale hanno la funzione di controllare in qualche misura l'estensione degli obblighi risarcitori posti a carico dell'autore dell'illecito. Non si tratta solo di contemperare i contrapposti interessi delle parti in causa; si tratta di introdurre degli incentivi e dei deterrenti che in qualche modo indirizzano le scelte comportamentali di tutti gli attori economici al fine di disegnare un certo modello di vivere comune.

In altri termini, la scelta dei meccanismi riparatori e sanzionatori implica una scelta politica.

Ciò premesso, si rileva da un lato l'esigenza sempre più avvertita di implementare una qualche forma di responsabilità sociale delle

dello sfioramento delle emissioni oltre i limiti di legge (Cass. pen., n. 17/2011). La corte ha infatti ritenuto che la dispersione nell'atmosfera del particolato fuoriuscito dall'impianto possa essere ricondotta alla nozione di "versamento di cose" prevista dalla prima parte dell'articolo, la quale non richiede il superamento dei limiti di legge ed è applicabile in caso di mero pericolo di danno. L'aver riconosciuto l'illiceità a livello penale della condotta ha aperto il campo al risarcimento delle parti civili, così come sancito dalla Corte di appello alla quale è stato ulteriormente rinviato il caso (App. Venezia n. 1625/2014). Tra queste (oltre a chi ha potuto dimostrare un danno patrimoniale effettivo come i contadini delle aree circostanti l'impianto) sono state risarcite anche le associazioni ambientaliste riconoscendo loro il risarcimento innanzitutto dei costi sostenuti per la loro opera di mobilitazione, informazione e sollecitazione, oltre al risarcimento del "danno non patrimoniale correlato al discredito derivante dalla frustrazione dei fini istituzionali e comunque alla lesione della personalità o identità dell'ente quale formazione sociale tutelata dall'ordinamento". In questo modo si è superato anche il fatto che il Testo Unico ambientale ha attribuito in via esclusiva il diritto di agire per il risarcimento del danno ambientale al solo Ministero dell'Ambiente. Tuttavia, sebbene queste decisioni contengano delle sollecitazioni e degli spunti interessanti anche in relazione al caso che è oggetto di questa analisi, la corte di cassazione ha ben chiarito che la sua decisione è stata determinata dal fatto che nel caso di specie l'inquinamento dell'aria della zona è riconducibile quasi esclusivamente alle attività della centrale, avendo escluso l'esistenza di fonti inquinanti alternative a seguito di un rigoroso accertamento probatorio.

imprese al fine contenere le crescenti potenzialità dannose delle loro attività nei confronti della collettività e dell'ambiente. Dall'altro lato, in modo assolutamente distonico, si è rilevata l'inadeguatezza dei sistemi rimediali approntati dal diritto privato e dal diritto amministrativo italiano, sia dal punto di vista della funzione riparatoria che di quella deterrente.

Il sistema potrebbe allora funzionare se l'insufficiente dissuasività degli strumenti di diritto privato e di diritto amministrativo applicabili agli illeciti societari fosse compensata dalla minaccia di efficaci sanzioni penali da porsi direttamente a carico delle persone fisiche che per la società commerciale hanno agito, così come avviene in molti paesi europei quali la Germania e la Francia (37). Invece, anche sul fronte del diritto penale italiano in materia societaria si deve registrare un sostanziale arretramento (38). Innanzitutto va detto che il diritto penale per i reati societari economici risulta di difficile applicazione perché quanto più la struttura organizzativa dell'impresa è complessa tanto più è diluita e difficilmente individuabile le responsabilità personale di chi per la società ha agito (39). A ciò si aggiunge la difficoltà di applicare il diritto penale interno ad illeciti commessi da società multinazionali i cui vertici siedono al di fuori del territorio italiano ed europeo. Ciò premesso, si osserva che la riforma degli illeciti societari intervenuta con il d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 ha in parte depenalizzato il settore (40),

(37) Si vedano le statistiche europee sul ricorso alle pene detentive nei reati societari riportate in: http://www.corriere.it/cronache/15_febbraio_20/reati-colletti-bianchi-solo-230-06percento-carcere-37bd5010-b8c5-11e4-b4ca-88f092eacdcb.shtml.

(38) Il fenomeno è denunciato dagli studiosi di diritto penale. Si veda ad esempio: G.M. FLICK, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. soc.*, fasc. 2-3, 2013, 505; G. MENOZZI e G.A. LODIGIANI, *formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 1, 2014, 133.

(39) Cfr. App. Venezia, sez. pen., n. 46472009 (rigettata in Corte di Cassazione, sez. pen., n. 17/2011).

(40) Per un'analisi critica della riforma in chiave sistemologica: G. FORTI, *"Paradigmi distributivi" e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2009, 1603.

in parte ha trasformato reati che attribuivano rilevanza al mero pericolo di danno in astratto in reati di evento di danno patrimoniale (41), così riproducendo, anche in ambito penalistico, tutti i limiti di cui soffre la responsabilità civile nei casi di danni non concretamente apprezzabili come i danni agli interessi diffusi.

In ultima analisi, in difetto di una sanzione significativa da parte delle autorità (pubbliche o private) anche la percezione della gravità dell'illecito da parte della collettività si stempera, con l'ulteriore conseguenza di preservare l'impresa dal rischio di perdere il bene per essa più prezioso, ovvero la sua reputazione commerciale, con buona pace di ogni effetto dissuasivo del sistema.

Negli Usa si registra la tendenza esattamente opposta; fra gli scritti che analizzano le sempre più elevate sanzioni penali inflitte ai with collar offenders, cfr. Jamie L. GUSTAVSON, *Cracking Down on White-Collar Crime: An Analysis of the Recent Trend of Severe Sentences for Corporate Officers*, in 40 *Suffolk U.L., Rev.*, 2007, 685 ss.

(41) Esempio paradigmatico di questa "svolta" teleologica sono le false comunicazioni sociali, di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. In tale fattispecie l'evento di danno patrimoniale rileva come discrimine tra l'ipotesi contravvenzionale e quella delittuosa, al pari di quanto previsto nell'art. 2624 sul falso in revisione.