

Fondata da

Stefano Rodotà

Comitato di direzione

Rosalba Alessi - Adalgiso Amendola - Guido Alpa - Gaetano Azzariti - Mario Barcellona
 Angelo Belfiore - Andrea Belvedere - Umberto Breccia - Francesco Donato Busnelli
 Guido Calabresi - Bruno Caruso - Carlo Castronovo - Paolo Cendon - Emanuele Conte
 Giorgio De Nova - Adolfo di Majo - Duncan Kennedy - Luigi Ferrajoli - Gilda Ferrando
 Lucio Francario - Alfredo Galasso - Stefano Giubboni - Carlo Alberto Graziani
 Bruno Inzitari - Mario Libertini - Maria Rosaria Marrella - Giovanni Marini
 Ugo Mattei - Salvatore Mazzamuto - Cosimo M. Mazzoni - Gustavo Minervini - Pier
 Giuseppe Monateri - Paolo Napoli - Luca Nivarra - Roberto Pardolesi - Andrea Proto
 Pisani - Pietro Rescigno - Giorgio Resta - Enzo Roppo - Cesare Salvi - Silvana
 Scharra - Oberdan T. Scozzafava - Spiritos Simittis - Michele Taruffo - Giuseppe Tucci
 Roberto Weigmann - Paolo Zatti

Referees

Marzia Barbera - Elena Bargelli - Vittoria Barsotti - Massimo Brutti - Fausto Caggia
 Remo Caponi - Donato Carusi - Roberto Caso - Raffaele Caterina - Andrea Di Porto
 Raffaele Di Raimo - Jorge Esquiról - Maria Rosaria Ferrarese - Giuseppe Ferri
 Antonio Fici - Antonio Gambaro - Aurelio Gentili - Orsetta Giolo - Giuseppe Grisi
 Giuseppe Guizzi - Antonio Iannarelli - Umberto Izzo - Manuela Mantovani - Marisa
 Meli - Emanuela Navarretta - Silvia Niccolai - Fernanda Nicola - Luigi Nuzzo - Elisa
 Olivito - Ilaria Pagni - Pina Palmieri - Paolo Pardolesi - Beatrice Pasciuta - Giovanni
 Pascuzzi - Salvatore Patti - Enza Pellecchia - Cesare Pinelli - Giulio Ponzanelli
 Barbara Pozzo - Francesco Prosperi - Giorgio Repetto - Enrica Rigo - Claudio
 Scognamiglio - Alessandro Somma - Michele Spanò - Mariachiara Tallacchini
 Marina Timoteo - Daniela Valentino - Vincenzo Varano - Marco Ventura - Maria
 Carmela Venuti - Simone Vezzani - Vincenzo Zeno Zencovich - Andrea Zoppini

SOMMARIO

EDITORIALE

335 S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*

SAGGI

IL DIRITTO PRIVATO TRA CRISI ECONOMICA
 E «ESIGENZE DELLA PRODUZIONE»

- 341 A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»: dinamiche della giustizia e autonomia privata*
- 373 A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà ai tempi della crisi*
- 397 E. RAINERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rinvii e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del disselgate*
- 431 G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*

DISCUSSIONI

- 451 P. NAPOLI, *L'istituzione oltre il soggetto-persona*
- 463 A.R. GAGLIOTTI, *Azioni positive in favore dei disabili: impatto (e limiti) dei rinvii nell'ottica di un modello matematico di analisi assiologica*

LEGGERE

- 487 E. RUOZZI, *Povertà e politica del diritto: alcune riflessioni a margine di un volume di Elisabetta Grande*

Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del *dieselgate*

Eleonora Rajneri

Sommario: 1. Il Contesto economico e culturale in cui è emerso il caso del *dieselgate*. - 2. I dati di fatto. - 3. Le ragioni di politica del diritto. - 4. I rimedi di diritto privato. - 5. Gli incentivi all'azione nei casi di danni di massa individualmente irrisolti. - 6. Le sanzioni di diritto pubblico. - 7. Interazioni tra gli strumenti di diritto privato, di diritto amministrativo e di diritto penale applicabili al medesimo caso di specie. - 8. Il danno ambientale. - 9. Il rischio di *irrenderence*.

1. Il cambiamento della struttura sociale indotto dal sistema economico è il tema sul quale gli studiosi di tutte le discipline scientifiche si confrontano. Anche i giuristi, assecondando le loro rispettive competenze, analizzano il fenomeno della trasformazione dell'impresa da soggetto privato ad istituzione che si pone tra lo stato e i cittadini, esercitando sull'uno e sugli altri un potere politico che è direttamente proporzionale al suo potere economico.

Proprio in ragione del considerevole impatto che l'attività dell'impresa può avere sulla collettività, sull'ambiente e sull'economia, la Commissione Europea ne invoca la responsabilità sociale (Corporate Social Responsibility, nel linguaggio anglosassone) quale strumento di implementazione di considerazioni etiche nelle scelte strategiche imprenditoriali. Ai primi riferimenti contenuti nelle comunicazioni è seguita nel 2014 la direttiva n. 94, che impone alle imprese l'obbligo di inserire nella relazione di bilancio informazioni relative alle politiche sociali perseguite¹. Allo stato, tuttavia, la responsabilità sociale di impresa non è nulla di più di un mero auspicio sprovvisto di strumenti di coercizione, sebbene si assista ai tentativi di alcuni studiosi di scienze aziendali di includere l'impatto sociale tra le aspettative

¹ Nel libro verde del 18 luglio 2001 la Commissione Europea definiva la responsabilità sociale di impresa come «*l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*» (COMMISSIONE CEE, *Libro verde - Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 18 luglio 2001 [COM(2001)366]). Nella comunicazione del 25 ottobre 2011 n. 681, la stessa nozione diventa «la responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società». La direttiva n. 94/2014 obbliga le maggiori imprese europee di interesse pubblico, a partire dall'esercizio 2018, a trasformare obbligatoriamente, il loro bilancio in un «Bilancio Sociale Allargato» contenente indicazioni sulle politiche sociali praticate.

di rendimento², e quelli di alcuni giuristi di contrattualizzare le dichiarazioni di impegno etico pubblicate dalle imprese³.

D'altro canto, in attesa di una radicale trasformazione delle scelte dei consumatori, l'irriducibilità del conflitto tra le considerazioni etiche e la logica del profitto, rende velleitaria l'idea per cui le imprese possano spontaneamente implementare azioni etiche nella loro attività⁴, e rende altresì arduo il tentativo di farne l'oggetto di un obbligo giuridico coercibile⁵.

Pertanto, in difetto di un obbligo di agire per il bene comune, l'attenzione si concentra sull'istituto giuridico della responsabilità civile, quale strumento utile ad evitare quanto meno che l'impresa scarichi i suoi costi sui terzi o sulla collettività. In un'economia di mercato, l'effettività del meccanismo di attribuzione della responsabilità per i danni cagionati ai terzi dovrebbe essere il perno sul quale gioca il corretto funzionamento del sistema di interrelazioni tra il libero agire dell'impresa e i consociati⁶. In questo senso, la responsabilità civile si

² Si vedano ad esempio i lavori del Global Social Impact Investment Steering Group (GSSI) in <http://socialimpactinvestment.org/>.

³ B. Fauvarque Cosson, *L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique*, in «Rec. Dalloz», 2016, 2 ss.

⁴ Lo stesso Adam Smith aveva elaborato la teoria della mano invisibile confidando nel fatto che il bisogno istintivo di approvazione sociale avrebbe spontaneamente condotto gli attori economici ad adottare comportamenti non contrastanti con il sentimento morale dei consociati (il tema è sviluppato soprattutto in A. Smith, *The Theory of moral sentiments*, 1759). Ma le logiche di ricerca del profitto determinate dalla congiunzione tra sistema imprenditoriale e sistema finanziario condizionano gli stessi meccanismi che determinano l'approvazione o la disapprovazione sociale, rendendoli di fatto, degli antidoti inoperanti. La velleitaria degli strumenti volti ad implementare azioni etiche nell'attività di impresa è sapientemente analizzata in R. Di Raimo e C. Mignone, *Strumenti di finanziamento al terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea*. (Dalla *finanza alla finanza alternativa*), in «Giur. civ.», 2017, 139 ss.

⁵ La teorizzazione della responsabilità sociale di impresa come necessità di tutelare gli interessi degli stakeholders in contrapposizione a quelli degli shareholders è generalmente ricondotta a: R.E. Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, 1984. L'autore si pone in aperto contrasto con le idee libertarie espresse dall'economista Milton Friedman (M. Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, New York Times Magazine, 13 settembre 1970. Irriducibilità del contratto e messo in luce in un articolo in cui Mario Libertini ricostruisce storicamente la teoria della responsabilità sociale di impresa nella letteratura giuridica internazionale: M. Libertini, *La responsabilità dell'impresa per l'ambiente*, in «La responsabilità dell'impresa» - Per i trent'anni di *Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2006, 199 ss.). Per una vigorosa denuncia della velleitaria dell'idea secondo la quale la CSR può essere implementata spontaneamente dalle imprese: R.B. Reich, *Supercapitalismo* (trad. it. di *Supercapitalism. The transformation of Business. Democracy and Everyday Life*, New York, 2007), Roma, 2008, con prefazione di G. Rossi.

⁶ 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 cir-

pone in linea con i paradigmi della società liberale, conciliando gli interessi degli *shareholders* e quelli degli *stakeholders*, giacché i primi possono appropriarsi solo del profitto generato al netto di tutti i costi cagionati ai secondi⁷. Se le regole di attribuzione della responsabilità per i danni cagionati sono dotate di effettività, esse esplicano in primo luogo una funzione di deterrenza volta a prevenire la commissione degli illeciti di impresa. In particolare l'istituto dovrebbe mirare a scongiurare la commissione degli illeciti commessi intenzionalmente a scopo lucrativo, perché in questo caso il profitto di cui si appropria l'impresa non è ment'altro che il danno cagionato ai terzi e quindi è in contraddizione con la stessa idea fondante il sistema liberale secondo la quale la mano invisibile del mercato indirizza gli egoismi degli imprenditori (indifferenti ai risultati sociali del loro agire) verso risultati di benessere collettivo⁸. Eppure, le politiche di crescita economica del secondo dopoguerra hanno tradotto l'esigenza di incentivare l'innovazione tecnologica in clausole di esenzione di responsabilità a favore delle imprese, provocando un generale fenomeno di *underenrence*⁹.

A nulla sono servite le teorie sul rischio di impresa elaborate negli anni '60 al fine di istituire una responsabilità oggettiva per i danni cagionati ai terzi, teorie declinate talvolta in un'ottica di solidarietà sociale¹⁰, tal altra in un'ottica di pura efficienza economica di internalizzazione dei costi generati dall'attività di impresa¹¹, ma sostanzialmente convergenti da un punto di vista operativo¹².

conda è messo in luce in F. Capra e U. Martei, *The Ecology of law. Toward a legal System in Tune with nature and community*, Oakland, 2015.

⁷ B. Greenwald, J. Stiglitz, *Externalities in economies with imperfect information and incomplete markets*, 1986. «Quarterly Journal of Economics». Oxford University Press, 1986, 229-64.

⁸ A. Smith, *Essays on Philosophical Subjects*, 1795. Lo stesso autore, ha scritto: «Nella corsa alla ricchezza, agli onori e all'ascesa sociale, ognuno può correre con tutte le proprie forze [...] per superare tutti gli altri concorrenti, ma se si facesse strada a gonfiate o spingesse per terra uno dei suoi avversari, l'indulgenza degli spettatori avrebbe termine del tutto [...] la società non può sussistere tra coloro che sono sempre pronti a danneggiarsi e a farsi torto l'un l'altro» (A. Smith, *Toeria dei sentimenti morali*, ct.).

⁹ L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005.

¹⁰ S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

¹¹ P. Trimarchi, *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

¹² L'idea della responsabilità sociale di impresa era germogliata in Francia alla fine del XIX secolo insieme alla rivoluzione industriale prendendo le mosse dalla necessità di tutelare i lavoratori vittime di incidenti (P. Josseland, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Parigi, 1897). Anche negli USA le prime riflessioni sulla responsabilità dell'impresa avevano trovato spunto nei *workers compensation statutes* dei primi del '900 (cfr. F.H. Bohlen, *The Basis of Affirmative Obliga-*

Il sistema capitalistico, ulteriormente spinto dal sistema finanziario, ha progressivamente esaltato «la massimizzazione dello shareholder value come obiettivo primario dell'impresa, in un quadro caratterizzato, al contempo, da crescente autonomia dei manager e da crescente pressione dei mercati finanziari e degli investitori istituzionali sulle performance fornite dai manager medesimi in un'ottica di breve periodo»¹³, fino ad arrivare all'attuale situazione che qualcuno non ha esitato a definire come «overdose del sistema capitalistico»¹⁴.

È in questo quadro sociologico e culturale che è emerso il caso denominato *dieselgate*.

2. I fatti che hanno originato il caso di specie sono noti. Il 18 settembre 2015, l'Agenzia di Protezione Ambientale degli Stati Uniti (EPA) ha emesso un avviso di violazione del Clean Air Act nei confronti della casa automobilistica tedesca Volkswagen Group, dopo aver scoperto che la stessa aveva intenzionalmente programmato i motori ad iniezione diretta (TDI) diesel turbo-compresi affinché riducano le emissioni di ossido di azoto (NOx) entro i limiti di legge durante il test di omologazione, mentre, durante la normale 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.

La manipolazione dei dati sul quantitativo di biossido di azoto emesso dagli autoveicoli 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.

tion in the Law of Tort, 1905, 53 «Am. L. Reg.», 209, 273, 337) ed erano sfociate 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)*, 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: a Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*, 1985, «Journal of Legal Studies», vol. XIV, n. 3, 461-528).

¹³ P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, Id., *L'interesse sociale rivisitato (quant'anni dopo)*, in «Giur. comm.», 2000, I, 795 ss.

¹⁴ W. Streeck, *How capitalism will end*, in «New Left Review», 2014, n. 87; articolo pubblicato su *MicroMega* n. 5/2015 con il titolo: *Il capitalismo morirà per overdose*.

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 prevede, sul fronte della tutela dei singoli proprietari, l'impegno della casa automobilistica a riacquistare le circa 475.000 auto manipolate, 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 pubblicitario, 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, sulla promozione delle auto elettriche e sulle energie alternative¹⁵.

In Europa il legislatore ha uniformato i limiti massimi di emissioni di gas nocivi, ma non ha istituito un sistema sanzionatorio comune né per l'ipotesi di violazione di tali limiti, né per quella di violazione delle regole sull'omologazione degli autoveicoli; nel rispetto del principio di autonomia procedurale, ha esclusivamente prescritto che le sanzioni adottate da ciascun paese membro siano «effettive, proporzionate e dissuasive»¹⁶.

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 legislatori nazionali al fine di scongiurare la commissione di illeciti socialmente dannosi da parte delle imprese (tenendo conto del fatto che le imprese possono agire ben al di là dei confini delle singole nazioni).

Ebbene, a distanza di 3 anni dalla notizia dell'illecito, l'Italia sembra essere l'unico paese europeo ad aver adottato un provvedimento sanzionatorio. Infatti l'8 agosto 2016 l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM) ha deliberato di irrogare a Volkswagen Italia, in solido con la casa madre tedesca, una sanzione pecuniaria pari a 5 milioni di euro asserendo che la

¹⁵ <http://www.reuters.com/article/us-volkswagen-emissions-idUSKCN12P22P>.

Nell'articolo si specifica che si tratta dell'accordo transattivo più oneroso che sia mai stato applicato nei confronti di una casa automobilistica (nel 1999 i produttori di sigarette hanno firmato un accordo da 246 miliardi di dollari con 46 stati americani, mentre nel 1998 la BP ha dovuto versare 53 miliardi di dollari per l'inquinamento del golfo del Messico causato da una sua piattaforma petrolifera).

¹⁶ Regolamento CE n. 715/2007 art. 13.

vendita in Italia degli oltre 710.000 veicoli muniti dell'impianto di manipolazione dei dati costituisce una pratica commerciale scorretta¹⁷. La decisione è stata successivamente confermata dal TAR al quale la casa automobilistica aveva presentato ricorso. L'Autorità ha deliberato di irrogare il massimo della pena mettendo in evidenza 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. Non occorre precisare che la sanzione amministrativa irrogata dall'Autorità non è destinata ad assolvere alcuna funzione riparatrice o compensativa, nemmeno in relazione ai danni a carattere diffuso come quelli cagionati all'ambiente¹⁸.

D'altro canto, sul piano delle tutele di diritto privato, la casa automobilistica, sollecitata dal commissario europeo per l'industria ad offrire anche ai consumatori europei compensazioni 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 bene¹⁹.

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 180µg/Km, mentre, nello stesso periodo, il limite fissato negli USA era pari a 80µg/Km. Eppure i dati scientifici relativi alla tossicità del gas dimostrano che un concentrato di 150 µg di os-

¹⁷ Il dato è degno di interesse, posto che l'Autorità italiana ha sanzionato la Volkswagen in applicazione di una disciplina che trova la sua fonte in una direttiva comunitaria e che, conseguentemente, è suscettibile di applicazione in tutti i paesi membri della UE. Ciò si spiega probabilmente con la maggiore speditività ed agilità degli strumenti sanzionatori messi a disposizione dell'Autorità italiana (che può agire d'ufficio) rispetto a quelli configurati dagli altri sistemi giuridici in relazione ai medesimi fatti illeciti.

¹⁸ M. Trimarchi, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in «Il diritto dell'economia», 2013, vol. 26, n. 82.

¹⁹ <http://www.welt.de/wirtschaft/article156769571/ich-esse-in-der-Kantine.html>.

sido 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 USA²⁰.

Alla sperequazione dei limiti di emissione fissati per legge negli Usa e in Europa (già di per sé difficilmente giustificabile in una universale prospettiva di salvaguardia della salute umana) si è aggiunto il fatto che il 20 aprile 2016 la 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% per un periodo transitorio di 5 anni e 4 mesi²¹. Questo provvedimento normativo è stato giustificato con la necessità di adottare un approccio più morbido in vista dei controlli delle emissioni degli autoveicoli, che dal 2017 sono effettuati non più sui rulli bensì su strada; la disposizione normativa, tuttavia, risulta essere applicabile retroattivamente sin dal 1 settembre 2014 e quindi è destinata a coinvolgere anche gli autoveicoli coinvolti nel dieselgate che, infatti, continuano ad essere liberamente in circolazione seppure non ancora richiamati. È presumibile che l'intento di questo provvedimento normativo 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)²².

Ovviamente, il fatto che gli autoveicoli dotati dell'impianto truffaldino siano ancora lecitamente in circolazione ha un effetto sostanziale sull'esito delle azioni giudiziarie esperibili.

3. È pur vero che qualunque decisione giudiziaria sul caso di specie presuppone una scelta politica di contenimento di

²⁰ 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/cen-tredoc/seuil_dioxvde_azote.pdf.

²¹ Eppure, il considerando n. 6 dello stesso Regolamento è così formulato «Attribuando il problema delle emissioni di NOx dei veicoli diesel si dovrebbe contribuire a ridurre gli attuali livelli elevati e persistenti delle concentrazioni di NO2 nell'aria ambiente, che costituiscono un motivo di grande preoccupazione per la salute umana». Sulla proposta di legge avanzata dalla Commissione in N. de Sadeleer, *Letter du «dieselgate», paré de bonnes intentions*, in *LECHO*, 25 novembre 2015. Nonché la notizia di stampa del 4 febbraio 2016: <http://www.lastampa.it/2016/02/03/esteri/il-parlamento-europeo-raddoppia-i-limiti-delle-emissioni-per-le-auto-16fHGbu3Khl6bVducWQcPpagnina.html>.

²² Gli studi condotti dall'EPA evidenzierebbe un aumento sino a 40 volte superiore del limite fissato dalla normativa statunitense.

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 il legislatore dell'art. 844 del codice civile italiano in materia di immissioni aveva già in origine prescritto 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 incremento di attività dell'indotto industriale. In questo senso occorre ricordare che negli USA non sussistono le ragioni che sul piano politico e sociale, prima ancora che giuridico, 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 consisterevole sproporzione tra i provvedimenti adottati negli USA nei confronti di VW e quelli adottati o adottandi in Europa, posto che anche questi ultimi dovrebbero comunque assolvere una funzione dissuasiva al fine di scongiurare l'adozione di condotte analoghe in futuro, oltre ad una funzione riparatoria dei danni intenzionalmente cagionati, se si vuole evitare che le imprese private ricavano un lucro attraverso un danno cagionato alla collettività.

Poiché, come si diceva, l'idea di responsabilità sociale di impresa intesa in senso fattivo è per ora l'oggetto di un mero auspicio e non di un obbligo di legge, l'attenzione si concentra sull'efficacia dissuasiva esplicata dal tradizionale istituto della responsabilità civile, quale strumento di internalizzazione dei costi scaricati sugli altri²³.

²³ L'effetto di deterrenza esplicato dall'istituto della responsabilità civile oltre a quello compensativo, è stato inequivocabilmente riconosciuto da una recente pronuncia delle sezioni Unite della Cassazione (S.U. Cass. n. 16601/2017, cfr. infra). La dottrina aveva già da tempo fatto osservare che la responsabilità civile, producendo l'effetto di spostare coattivamente la ricchezza da un soggetto ad un altro, assume una funzione di deterrenza orientata al buon funzionamento del sistema sociale che è ulteriore rispetto a quella meramente compensativa nei confronti della singola vittima del danno. D'altro canto, se il legislatore avesse inteso attribuire alla responsabilità civile una funzione meramente riparatoria, allora avrebbe più efficacemente istituito un fondo di compensazione a favore delle vittime degli incidenti risparmiando così i costi amministrativi necessari al fine di individuare il soggetto colpevole dell'incidente. In questo senso: P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, per una critica di chi propone una lettura monofunzionale della responsabilità civile:

A questo proposito occorre precisare che l'efficacia dissuasiva di una sanzione ha un impatto diverso a seconda che sia diretta nei confronti di una persona giuridica piuttosto che di singole persone fisiche. È evidente, infatti, che 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 illimitate²⁴.

Alla luce dei fatti, però, lo strumento della responsabilità civile di cui dispongono i paesi dell'Europa continentale 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 complementarietà, tal'altra di reciproca esclusione, ancora non del tutto esplicitate e prevedibili. A questi strumenti si può aggiungere, là dove il singolo legislatore

A. Genovese, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, in M. Maugeri e A. Zoppi (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 215-247. Si veda inoltre: Salvi, *Il danno extraccontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, spec. 90 quale si fa riferimento è: G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

²⁴ L'attribuzione di responsabilità nelle organizzazioni complesse è stato studiato soprattutto nell'ambito penalistico: tra gli altri: M. Intzberg, *La progettazione radiometrica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d.l.g. n. 23/2001) (parte II)*, Cass. pen., fasc. 2, 2013, 842. L'autore mette in luce che «nelle organizzazioni complesse, a causa della frammentazione delle competenze e della polverizzazione dei centri decisionali, il potere decisionale fiorisce dal dominio del singolo individuo e piega nel senso della «procedimentalizzazione», scandita da una molteplicità di fasi, accumulate dalla circostanza che ciascuna di esse prevede, quasi sempre, il coinvolgimento di più soggetti». La falacia della finzione che consiste nell'assimilare la persona giuridica alla persona fisica di fronte alla legge è denunciata in F. Capra e U. Martini, *The Ecology of Law*, ma comportamentale: G. Gigenzler, *Risk Savvy. How to make good decisions*, New York, 2015.

nazionale ne ha ravvisato l'opportunità, la configurazione di un illecito di diritto penale²⁵. 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.

In questa prospettiva, riepilogo qui di seguito i diversi strumenti rimediabili 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 «tori 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 risarcitori²⁶.

4. Per ciò che riguarda le azioni di tutela esperibili dai soggetti che hanno acquistato le auto manipolate²⁷, va detto innanzitutto che non può trovare applicazione la disciplina dettata dal legislatore europeo per imputare al produttore la responsabilità per

²⁵ Ad esempio in Francia, come si dirà nel prosieguo, la commissione di una pratica commerciale scorretta ai sensi della dir. 29/2005 CE costituisce anche un illecito sanzionato penalmente.

²⁶ 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 articolo*, 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 (Ugo Mattei, *Beni comuni - Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011).

²⁷ Non è oggetto della presente analisi la tutela degli azionisti di Volkswagen, i quali dovranno, se del caso, invocare il diritto societario tedesco. In alcuni stati degli USA esiste un'ulteriore categoria di soggetti privati danneggiati dall'azione della Volkswagen in ragione della particolare disciplina sulla distribuzione delle quote di emissioni di ossido di azoto (che in Europa esiste solo in relazione all'ossido di carbonio). Infatti Volkswagen ha rivenduto sul mercato secondario le quote di emissioni inquinanti assertivamente non utilizzate. Gli acquirenti di queste quote agiscono ora contro Volkswagen per essere risarcite delle sanzioni che sono chiamate a dover pagare per aver utilizzato quote di emissioni inquinanti di fatto inesistenti. Inoltre la stampa internazionale dà notizia di una class action promossa contro la Volkswagen dai concessionari automobilistici statunitensi che lamentano di aver subito dei danni sostanzialmente costituiti dagli investimenti effettuati al fine di commercializzare le automobili ora inventibili (M. Spector, *U.S. VW Dealers sue the car maker*, in «Wall Street Journal», 7 aprile 2016).

i danni cagionati dal prodotto difettoso che egli abbia messo in commercio, perché nel caso di specie non ricorre alcuno dei danni espressamente indicati come risarcibili da tale disciplina, ovvero un danno ad una cosa destinata ad uso privato e diversa dallo stesso prodotto difettoso oppure, un danno alla salute umana direttamente imputabile al difetto del prodotto²⁸.

Al danno arrecato allo stesso prodotto affetto da un vizio dovrebbe piuttosto provvedere la disciplina della responsabilità del venditore per i «difetti di conformità» della cosa venduta rispetto al contratto (non a caso la c.d. responsabilità del produttore nasce come complemento della responsabilità del venditore²⁹). La strada della responsabilità contrattuale è stata tentata individualmente da alcuni consumatori tedeschi i quali, tuttavia, hanno dovuto fare i conti con una serie di limitazioni alle tutele previste da questo istituto³⁰. Innanzitutto, l'azione può riguardare esclusivamente le automobili acquistate nei due anni precedenti la pubblicazione della notizia relativa al vizio (ovvero l'emissione di gas nocivi superiore a quanto dichiarato). Inoltre l'azione in esame può essere esperita esclusivamente contro il rivenditore che ha direttamente venduto l'auto al consumatore finale, in virtù di una rigida applicazione del principio di relatività del contratto. A questo punto, però, si devono fare i conti con il fatto che il venditore finale non era a conoscenza della truffa perpetrata dal produttore al fine di eludere i controlli sulle emissioni di gas. Questa fatto esclude ogni possibilità di ottenere un risarcimento del danno, sia in forza della disciplina sulla garanzia nella vendita dei beni di consumo, sia in applicazione della disciplina sul dolo contrattuale. Per altro verso, il consumatore tedesco non può avvalersi della tutela extraccontrattuale nei confronti del produttore, giacché in quell'ordinamento, la responsabilità extraccontrattuale (che, come è noto, è caratterizzata dalla tipicità dell'illecito) non copre la frustrazione delle aspettative generate da un contratto.

²⁸ Art. 9 dir. 374/85 CEE recepito in Italia all'art. 123 codice del consumo.

²⁹ Cassazione civile, 07 maggio 2015, n. 9245, sez. III (con nota di U. Carne-compravenduto e la normativa speciale in tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso, e i confini di esso, in «Responsabilità Civile e Previdenza», fasc. 5, 2015, 1567).

³⁰ Per questo e quanto segue si vedano i dati e i riferimenti giurisprudenziali riportati in T. Riehm, Lukas Lindner, «Dieselgate» and Consumer Law: Repetitions of the Volkswagen scandal in Germany, in «Journal of European Consumer and Market Law», 2017, vol. 6, 40.

A conti fatti, dunque, l'azione posta a tutela dell'acquirente di un bene di consumo non conforme alle previsioni contrattuali non conduce ad alcun risultato utile, anche perché Volkswagen si è impegnata a richiamare gli autoveicoli coinvolti al fine di metterli a norma, secondo modalità che variano in funzione dei modelli e che non sono state del tutto chiarite. L'obbligo di richiamo a carico di Volkswagen nasce dalla violazione di norme amministrative (in particolare 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, le quali 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.

Effettuato il richiamo (che per altro non costituisce un obbligo per il proprietario, dal momento che l'auto può comunque circolare liberamente), la casa automobilistica esclude ogni ulteriore ragione di danno, assicurando che la riduzione del livello di emissioni entro i limiti di legge non provoca una riduzione delle prestazioni promesse in termini di maggior consumo di carburante o di perdita di potenza del motore. D'altro canto l'autoveicolo (anche quello che non sia stato rimesso a norma) non risulta aver perso in Europa il suo valore economico in ragione di quanto successo. Quindi il proprietario dell'automobile manpolata non può lamentare alcun danno, per lo meno alcun danno di natura patrimoniale³¹.

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 causalmente connesso alla condotta di Volkswagen e che questo danno è risarcibile. Occorre altresì che il danno risarcibile non sia di modesto valore economico perché altrimenti il singolo, non ha alcun interesse ad intentare un'azione giudiziaria, dati costi di accesso alla giustizia.

5. Come è noto, l'azione per il risarcimento del danno nei paesi dell'Europa continentale 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

³¹ In Italia è attualmente allo studio la possibilità di intentare un'azione giudiziaria contro Volkswagen al fine di lamentare la lesione del diritto all'immagine e all'identità personale dell'acquirente particolarmente sensibile alle esigenze di tutela ambientale e alle istanze ecologiste.

danno punitivo nei confronti di una condotta reputata particolarmente antisociale³². Ciò è escluso perché significherebbe attribuire ai rimedi civilistici una funzione punitiva, che nel nostro sistema può essere assolta solo attraverso la tutela pubblica e per cui il nome è per conto dell'intera collettività³³, ed anche perché non sembra giusto che la singola vittima di un danno possa ottenere un arricchimento attraverso l'azione di risarcimento³⁴. Tali ostacoli non sono 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 gli stessi limiti e gli stessi vincoli già evidenziati in relazione alle azioni individuali, senza offrire incentivi specifici ed ulteriori a chi si rende promotore dell'azione³⁵.

Va detto che durante la stesura del presente lavoro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana, in risposta alla questione rimessa loro con ordinanza del 16 maggio 2016³⁶, hanno reso un'importante decisione relativa ad una domanda di riconoscimento in Italia di una sentenza del giudice statunitense che prevede la condanna del convenuto al pagamento dei danni punitivi³⁷. In precedenza la Corte di Cassazione ha sempre rigettato le domande analoghe a questa, motivando il diniego in questi termini: «Nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive – restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del re-

³² Sulla funzione della responsabilità civile in Italia, M.R. Maueri, A. Zoppi, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile*, cit.

³³ Questo non significa che nel nostro sistema giuridico non esistano norme di diritto privato aventi una funzione punitiva. Al contrario si assiste ad una progressiva implementazione di norme di diritto privato che assolvono tale funzione (cfr. nota n. 39).

³⁴ Per uno studio recente sulle resistenze all'introduzione dei danni punitivi nei sistemi giuridici europei Europa: E. Brytksagis, I. Ebert, D. Fairgrieve, R.C. Meurkens e F. Quarta, *Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, in *European Business Law Review*, vol. 27, no. 1, 2016.

³⁵ A. Giussani, *Il nuovo art. 140-bis c. cors.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 595 e ss.; S. Chiantoni, *Il nuovo articolo 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *«Class. Action»* (?), a cura di R. Leiner, M. Rescigno, in *An. Giur. econ.*, 1, 2008, 107 e ss. Per un'analisi 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.

³⁶ Cass. civ. 16.5.2016, n. 9978, in *«Danno e resp.»*, 2016, 000 (nota di P.G. Monateri).

³⁷ Cass. civ. n. 16601/2017.

sponsabile civile ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta – ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, non essendo previsto l'arricchimento, se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro. È quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi»³⁸. Viceversa, la decisione delle Sezioni Unite del 2017 afferma per la prima volta che la condanna ai danni punitivi nell'ambito di un provvedimento di diritto privato non è in contrasto con l'ordine pubblico italiano, giacché sussistono altre ipotesi in cui il legislatore ha attribuito al rimedio civilistico un carattere punitivo allo scopo evidente di implementare la funzione di deterrenza, che è ulteriore rispetto a quella meramente compensativa³⁹. Pertanto

³⁸ Cass. civ. 8.2.2012, n. 1781, in «Danno resp.», 2012, 609.

³⁹ Tra le ipotesi legislative le S.U. menzionano: «in tema di brevetto e marchio, il r.d. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e r.d. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure del lart. 124, comma 2, e art. 131, comma 2; il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della «gravità del fatto»; secondo alcuni, lart. 709-ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; lart. 614-bis c.p.c., introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, «tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile»; il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce «analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza». Ha considerato «le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come – accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. – lart. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di partecolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la l. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; lart. 709-ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il d.l. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in l. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di interrettrazioni illegali».

L'ordinanza 9978/16 ha menzionato tra gli altri: gli l. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, e, soprattutto, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, (proprietà industriale), pur con i limiti posti dal cons. 26 della direttiva CE (c.d. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158) e la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria riconosciuta da Cass. n. 8730 del 2011;

– il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 undecies, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria); – «il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento affittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva». Entrambe le pronunce annettono precippo rilievo alla l. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma ag-

La sentenza straniera di condanna al pagamento dei danni punitivi è senz'altro dell'abile in Italia. Ciò detto, da questa decisione non si può ancora dedurre l'applicabilità in via generale dell'istituto dei danni punitivi nel sistema civilistico italiano, giacché le Sezioni Unite hanno cura di precisare che il principio di legalità che governa i rimedi sanzionatori esclude la possibilità di estendere l'uso dei danni punitivi al di là delle fattispecie espressamente previste dal legislatore.

Perdurando la chiusura del sistema rispetto ai danni punitivi, la vittima di un danno intenzionale di modesto valore economico continua a non avere incentivi a promuovere un'azione giudiziaria. Quando il danno riversato sulla società dall'impresa è parcellizzato in una moltitudine di danni individuali di modesta dimensione economica, la mancanza di incentivi ad agire in giudizio si traduce in un potenziale effetto distortivo dei meccanismi di regolazione del mercato, giacché lo strumento di deterrenza alla commissione di atti illeciti astrattamente previsto dal sistema giuridico rimane inerte. Ciò è ancora più vero là dove il sistema giuridico fissa delle soglie minime di danno individuale al di sotto delle quali l'azione giudiziaria è preclusa, senza tenere conto dell'ammontare complessivo del danno che viene scaricato sulla collettività⁴⁰. Evidentemente, in un sistema in cui mancano strumenti idonei ad internalizzare tutti i danni, le imprese hanno

giuntiva a titolo ripartitorio nella diffamazione a mezzo stampa e al novellato art. 96, comma 3, c.p.c., che consente la condanna della parte soccombente al pagamento di una «somma equitativamente determinata» in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo lart. 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Mette conto citare anche lart. 28 del d.lgs. n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento di scriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

E ancora, si vedano lart. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il d.lgs. n. 81 del 2015, art. 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriori norma di cui alla l. n. 183 del 2010, art. 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una fortificazione del risarcimento. L'elenco di «prestazioni sanzionatorie», dalla materia condominiale (art. 70 disp. art. c.c.) alla disciplina della subfornitura (l. n. 192 del 1998, art. 3, comma 3), al ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 231 del 2002, artt. 2 e 5).

⁴⁰ Si pensi ad esempio allart. della dir. n. 374/85 che in materia di responsabilità per i danni cagionati dal produttore fissa a 500 ECU la soglia minima di danno risarcibile.

ogni interesse a commettere quegli atti illeciti che procurano loro un profitto. Poiché il fenomeno è assai diffuso, si avverte in misura crescente l'esigenza di implementare strumenti idonei ad assolvere la funzione di deterrenza degli illeciti commessi a scopo lucrativo⁴¹. Ad esempio, il legislatore francese, nel progetto di riforma della responsabilità civile presentato a marzo di quest'anno ha introdotto proprio a questo scopo uno strumento preciso ed innovativo rispetto all'impianto tradizionale⁴². L'art. 1266-1 del progetto prevede, infatti, che l'autore di un illecito civile commesso deliberatamente a scopo di lucro può essere condannato nell'ambito di un'azione in responsabilità extracontrattuale al pagamento di una multa civile, proporzionata alla gravità della colpa, alla facoltà contributiva dell'autore ed ai profitti che ha tratto dallo stesso illecito (purché non si superi il decuplo di tali profitti). In particolare, nel caso in cui l'autore dell'illecito lucrativo sia una persona giuridica, la multa può arrivare fino al 5% del fatturato annuo più alto realizzato in Francia nel periodo in cui l'illecito è perdurato. Il progetto di legge prescrive che il rischio di tale sanzione non possa essere coperto da un contratto di assicurazione, in modo tale da garantire che la funzione di deterrenza sia effettivamente assoluta. Inoltre, per non contraddire le logiche sottese al principio di integrale riparazione del danno, il progetto di legge prevede che la multa sia destinata ad un fondo di compensazione attinente alla natura del danno cagionato o, in difetto, al Tesoro. Quest'ultimo è il lato caratterizzante l'istituto progettato dal legislatore francese, ma è anche l'aspetto che genera maggiori perplessità. Infatti, poiché la sanzione in og-

⁴¹ In Italia il primo autore che aveva portato l'attenzione sul tema dell'arricchimento conseguito mediante una condotta illecita è stato Rodolfo Sacco, con uno studio datato 1959 (R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959). L'autore, ritenuta la natura eccezionale della norma che esime il possessore di buona fede dall'obbligo di restituire i frutti percetti, mette in luce l'esistenza di una regola generale che impone la restituzione del profitto conseguito ingiustamente a spese altrui. Viceversa, riprendendo lo studio di Sacco, Piero Trimarchi circoscrive l'obbligo generale di restituzione del profitto ai soli casi di illeciti dolosi (P. Trimarchi, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in «Studi e onore di Sacco», II, Milano, 1994, 1149 ss.).

⁴² Sul progetto di riforma presentato il 13 marzo 2017 dal Ministro della Giustizia francese: J.S. Borghetti, *Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017*, in «Réc. Dalloz», 2017, 770; D. Mazeaud, *Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017*, in S. Carval, «Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile», «JCP», 2017, 401; M. Dugue, S. Prétot, «Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile», «Droit & Parr.», mai 2017, 25; M. Mekki, «Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017: des retouches sans refonte», in «Gaz. Pal.», 2 mai 2017, 12 et s., sp. 13.

getto non è destinata alla vittima, ma può essere irrogata dal giudice civile solo nell'ambito di un'azione per responsabilità extracontrattuale promossa dalla stessa vittima, il problema della mancanza di incentivi ad agire in giudizio nei casi di danni individuali di modesto valore economico non sembra essere stato risolto e con esso il problema della underdeterrence del sistema rispetto alla commissione degli illeciti lucrativi.

Il quadro è assai diverso nel sistema giuridico statunitense. In relazione allo specifico caso di specie va chiarito innanzitutto che la disciplina sulla responsabilità per i danni cagionati da un prodotto difettoso negli USA è una creazione giurisprudenziale non incorporata in un testo normativo⁴³. Le corti sono pertanto libere di plasmare i concetti giuridici al fine di adattarli alle specifiche esigenze del caso di specie. Ciò chiarito, 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 non si escludono i danni allo stesso prodotto difettoso. La questione si fa più controversa quando il danno lamentato consiste semplicemente in una perdita del valore economico dello stesso prodotto difettoso, giacché non si tratta propriamente di un *physical harm*, bensì un *pure economic loss*. Secondo la ricostruzione tradizionale del dato giurisprudenziale in materia, i *pure economic loss* esulerebbero dalla responsabilità del produttore e, più in generale, dalla responsabilità extracontrattuale⁴⁴. Tuttavia, in mancanza di un testo normativo che ne escluda la risarcibilità, nel caso di specie gli avvocati non hanno esitato a forzare le maglie lente 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 re lativamente modesto non costituisce un deterrente all'azione, dal momento che ci si può giovare del meccanismo dei punitive damages⁴⁵, ovvero della funzione punitiva che il sistema legale

⁴³ Restatement (Third) of Torts: Products Liability, 1997.

⁴⁴ La decisione assunta dalla maggior parte delle corti statali americane, è stata consacrata dalla Corte 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). Cf.: 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.

⁴⁵ Sebbene negli USA si sia recentemente provveduto a fissare dei limiti massimi di liquidazione dei danni punitivi al fine di contenere i rischi di *overdeterrence*, essi costituiscono pur sempre un efficace incentivo ad intentare l'azione risarcitoria (U. Mattei, *Il modello di Common Law*, Torino, 2014, 131).

statutintense 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. 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 statutintensi 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 fatto osservare 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 compensativi⁴⁶, oppure nei casi in cui l'illecito genera un profitto maggiore del danno cagionato e sempre che si tratti di una condotta che si vuole ciò nonostante reprimere (il che accade normalmente quando il fatto illecito integra contestualmente una fattispecie di reato).

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

6. Avendo constatato l'inadeguatezza dei rimedi civilistici approntati dai sistemi giuridici europei, occorre verificare se essa non sia compensata dall'applicazione delle sanzioni predisposte 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. L'art. 13 del regolamento prescrive che ogni stato membro adotti delle sanzioni, che siano proporzionate e dissuasive, a carico di chi rilascia dichiarazioni false durante le procedure di omologazione e/o falsifica i risultati delle prove relative all'omologazione o alla conformità (quindi indipendentemente dal fatto che i limiti legali alle emissioni siano stati effettivamente superati)⁴⁷. In Italia

⁴⁶ 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 case of punitive damages*, in M. Stuart Madden (a cura di), *Exploring tort law*, Cambridge, 2005, 333 ss.

⁴⁷ La condotta illecita è integrata con la falsa dichiarazione o con la falsificazione dei risultati delle prove, senza che occorra che i risultati effettivi delle emissioni siano superiori ai limiti di legge (ciò significa che la correzione del fattore di conformità intervenuta con il Reg. n. 646/2016 in ogni caso non incide sul carattere illecito della condotta tenuta da Volkswagen ai sensi del Reg. n. 715/2007).

la norma è stata recepita all'art. 77 del codice della strada, il quale sanziona chi produce o mette in commercio un veicolo non conforme alle norme sull'omologazione con una multa che va da euro 841 a euro 3.366. Nel caso in cui, con una stessa azione od omissione siano commesse più violazioni della stessa disposizione, allora la sanzione è aumentata fino al triplo (art. 198 codice della strada). Non occorre in questa sede discutere dell'efficacia dissuasiva di tali sanzioni dal momento che comunque esse non sono applicabili al caso di specie, poiché le auto in questione non sono state omologate in Italia, bensì in Germania in applicazione della dir. 46/2007/CE, che ha istituito un meccanismo di mutuo riconoscimento tra gli enti nazionali preposti alla omologazione. 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, della Grecia e della Lituania)⁴⁸.

Per ciò che riguarda il diritto penale, le fattispecie di reato che sono state configurate nel caso di specie sono quelle della frode in commercio⁴⁹ e quella della truffa⁵⁰.

Entrambe le fattispecie di reato sono state inserite nella lista del d.lgs. 231/2001, istitutivo della c.d. responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica⁵¹. La sua applicazione

⁴⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4214_en.htm.

⁴⁹ Art. 515 c.p. «*Chiunque, nell'esercizio di una attività commerciale, ovvero in uno spaccio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra, ovvero una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, e punto, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto, con la reclazione fino a due anni o con la multa fino a duemilaseicentotricette euro*».

⁵⁰ Art. 640 c.p.: «*Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinquantuno euro a milleventidue euro*».

⁵¹ 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. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, a cura di De Francesco, Torino, 2004, 17; De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 305 ss.; Travi, *La responsabilità della persona giuridica nel d.lgs. n. 231 del 2001: prime considerazioni di ordine amministrativo*.

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. 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. 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». Per ogni fattispecie di reato il legislatore italiano indica al giudice un numero minimo e massimo di quote da determinarsi in considerazione della specifica gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. 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 929.622 euro 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 dichiarata 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 fenomeno 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 disci-

plina in esame facendo sostanzialmente riferimento al luogo in cui si è verificato il danno⁵². Tuttavia, non manca chi ha fatto notare che se l'illecito amministrativo è integrato propriamente dall'inservanza 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 autorità⁵³. Pertanto, alla luce di questa interpretazione, il caso Volkswagen sfuggirebbe all'applicazione del d.lgs. 231/2001 e non sarebbe sottoposta ad alcuna disposizione analoga in Germania, poiché il sistema giuridico tedesco non configura la responsabilità penale delle persone giuridiche per queste ipotesi.

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 recentemente introdotte nel codice di consumo per la commissione di pratiche commerciali scorrette (che possono consistere in pratiche commerciali ingannevoli oppure aggressive). Tant'è vero che la sanzione di 5 milioni di euro è stata irrogata dalla AGCM nei confronti della Volkswagen proprio in forza di tale normativa.

L'art. 27 c. 9 del codice di consumo prevede che: «con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione».

Ai sensi dell'art. 20 del codice di consumo «Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, e falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge».

L'art. 18 lett. e) del codice di consumo chiarisce che con l'espressione «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» si intende «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»;

strativo, in «Soc.» 2001, 1305; Piergallini, *Societas delinquere et puniri potest: la fine tardiva di un dogma*, in «Riv. trim. dir. pen.», 2002, 598; Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in «Cass. pen.», 2003, 1103; Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in «Riv. It. dir. e proc. pen.», 2006, *passim*.

⁵² Trib. Milano 27 aprile 2004; Trib. Milano 5 maggio 2004.

⁵³ E. Amadio, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in «Riv. It. dir. e proc. pen.», 2007, 1287.

Ai fini dell'applicazione di questa normativa, non è dunque sufficiente dimostrare che il professionista abbia fornito dolosamente informazioni false o quanto meno ingannevoli: occorre altresì dimostrare che tali informazioni siano potenzialmente idonee a condizionare la scelta dell'acquirente. Nel caso di specie la questione si presenta assai delicata poiché (così come la casa automobilistica ha avuto cura di sottolineare nelle sue difese) l'inganno avrebbe riguardato il quantitativo di emissioni di ossido di azoto e tale dato non è riportato nei fogli informativi o nei messaggi promozionali rivolti ai potenziali acquirenti europei, perché esso non rientra tra le informazioni che è obbligatorio fornire loro. L'autorità, tuttavia, ha aggirato l'ostacolo facendo astrazione dal dato specifico ed osservando più in generale che: «(C)on riguardo alla rilevanza delle tematiche ambientali e al contesto in cui avviene la competizione tra produttori automobilistici su tali aspetti occorre rilevare che per i principali marchi del Gruppo Volkswagen, evidentemente nella consapevolezza dell'importanza sempre crescente per i consumatori di tali temi, viene proposta una linea di modelli, che per denominazione e caratteristiche pubblicizzate, è presentata ai consumatori come particolarmente eco-compatibile». Ancora si fa rilevare 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 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 vantanti nelle proprie politiche di marketing, quello di presentarli in modo chiaro, veritiero, accurato, non ambiguo né ingannevole».

Evidentemente l'Autorità, al fine di esplicitare al meglio il compito di vigilanza sul buon funzionamento del mercato che le è stato affidato, 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. D'altro canto, si assiste un po' ovunque al tentativo di sollevare la responsabilità sociale di impresa vincolandola ad un

obbligo (ritenuto implicito) di tenere fede alle dichiarazioni rese al pubblico, sotto forma di messaggi pubblicitari, di adesioni a codici di condotta, di autocertificazioni o quant'altro⁵⁴.

Tutto ciò esposto l'Autorità, tenuto conto del lungo periodo i 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'impresa⁵⁵.

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 law⁵⁶. 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, talvolta di complementarietà, tal'altra di esclusione reciproca. 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 considerazione degli utili conseguiti con la pratica che si va a sanzionare, oltre a severe pene detentive ed interdittive per i sui autori materiali⁵⁷. In compenso, però, l'Au-

⁵⁴ In questo senso B. Fauvarque Cosson, *L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique*, in «Rec. Dalloz», 2016, 2 ss. L'autrice configura l'esistenza di un'obbligazione di natura contrattuale che implicitamente produce effetto nei confronti di ciascun consociato (già in passato l'ordinamento prudico francese ha configurato un'obbligazione contrattuale implicita nei confronti dei terzi, a dispetto del principio di relatività del contratto, in ipotesi in cui altrove è stata introdotta una fattispecie di responsabilità oggettiva a carico dell'impresa. Si veda ad esempio la soluzione approntata dalla giurisprudenza francese ai casi di danni cagionati da un prodotto difettoso nel periodo anteriore all'implementazione della dir. n. 374/1985 CEE in materia: cfr. J.S. Borghetti, *La responsabilité du fait des producteurs*, L.G.D.J., 2004).

⁵⁵ 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%)».

⁵⁶ P. Faraldo Cabana, *La pena pecuniaria per le persone giuridiche nel diritto penale dell'ambiente spagnolo*, in «Riv. giur. ambiente», 2014, 173 ss.
⁵⁷ Art. L 132-2 del codice di consumo francese.

torità francese di regolazione del mercato ha dei poteri sanzionatori assai limitati se confrontati con quelli attribuiti all'omologa autorità italiana e, soprattutto, non è libera di agire di sua iniziativa.

Quest'ultimo dato mette in rilievo come, al fine di misurare l'efficacia deterrente di un sistema giuridico nei confronti degli illeciti di impresa occorre considerare tutto l'insieme dei rimedi esperibili alla luce dei meccanismi di cumulo o di reciproca esclusione degli uni rispetto agli altri. Ciò fa emergere la necessità di ricostruire un linguaggio comune e di riaprire un dialogo tra gli studiosi dei diversi settori in cui l'ordinamento giuridico è stato frazionato, così come già rilevato dalla dottrina più attenta a queste problematiche⁵⁸.

7. 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. Evidentemente l'Autorità può giovarsi 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, a differenza dell'attore in una causa civile per danni, gode di un potere inquisitorio che le consente di raccogliere agilmente tutti gli elementi probatori idonei a supportare le proprie decisioni attraverso ordini di esibizione, ispezioni, indagini tecniche e quant'altro possa essere utile. A ciò si aggiunge il fatto che, pur dovendo garantire che la procedura si svolga nel rispetto del contraddittorio tra le parti, l'Autorità non è soggetta ai rigorosi accertamenti probatori che devono necessariamente supportare la decisione del giudice penale.

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.

È ormai pacifico che tutti gli accertamenti dell'Autorità costituiscono valida prova in sede civile riguardo alla commissione del fatto illecito (ovvero la pratica commerciale scorretta), secondo la giurisprudenza formatasi in materia di decisioni del-

l'autorità che andavano a sanzionare le pratiche restrittive della concorrenza realizzate dalle imprese di assicurazione⁵⁹. 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 riesce a 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»⁶⁰. 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; anzi, tale disciplina può trovare applicazione persino in casi in cui il consumatore non solo non ha subito un danno ma ha ricavato un vantaggio economico dalla pratica commerciale qualificata come scorretta perché, a ben guardare le cose, lo scopo ultimo del potere sanzionatorio attribuito all'AGCM non è quello di tutelare il consumatore, bensì quello di garantire il rispetto delle regole che governano il libero gioco della concorrenza tra gli operatori che agiscono sul mercato⁶¹. Il consuma-

⁵⁹ 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; Cass. civ. 21 gennaio 2010, n. 993; sez. un. civ., 14 giugno 2007, n. 13896; Cass. civ. 2 febbraio 2007, n. 2305; Cass. civ. 19 maggio 2006, n. 11759.

⁶⁰ Tra le altre: Consiglio di Stato 22 luglio 2014, n. 3896 e 10 dicembre 2014, n. 6050, TAR Lazio, 5 giugno 2012, n. 5101, 14 novembre 2012, n. 9349 e 15 febbraio 2012, n. 1575.

⁶¹ Ad esempio la delibera n. 26168/2016 dell'AGCOM ha sanzionato la Banca Popolare di Vicenza per pratiche commerciali scorrette aveva ad oggetto contratti di mutuo rilasciati dalla banca ad I punto percentuale in meno rispetto ai tassi medi praticati nel mercato a condizione che il mutuatario acquistasse un pacchetto di 100 azioni della stessa banca per il valore di 6.250 euro. Prendendo ad esempio il caso di un mutuo decennale di importo pari a 100.000 euro, il complesso dell'operazione negoziale risulta essere vantaggioso per il mutuatario anche nell'ipotesi (poi verificatasi) di sostanziale azzeramento del valore delle azioni, giacché il tasso di interesse ridotto di un punto percentuale sulla somma capitale restituita in dieci anni costituisce un beneficio superiore alla perdita.

tore è tutelato nella misura in cui e fino quando la sua tutela costituisce lo strumento utile a garantire il buon funzionamento del mercato tra le imprese concorrenti.

Ecco che allora si ritorna al punto di partenza perché, come già si è esposto, non sembra che in Europa il proprietario dell'automobile manipolata possa lamentare un danno risarcibile; senza la prova di un danno, l'attore dell'azione risarcitoria è destinato a soccombere sebbene sia ormai definitivamente accertato che la casa automobilistica ha tenuto un comportamento commerciale ingannevole nei suoi confronti.

Per ciò che riguarda l'ipotesi di concorrenza di un'azione penale 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 semipre 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) allora l'irrogazione cumulativa delle due sanzioni costituisce una violazione il principio del *ne bis in idem* e, in quanto tale, è inammissibile. Sulla frizione su-scitata 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».

Quindi, nel caso di specie, 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.

8. In ultima analisi, a ben guardare le cose, risulta evidente che il danno causato dalla condotta di Volkswagen non è quello lamentato dai singoli acquirenti delle automobili o dalle case automobilistiche concorrenti e neppure quello lamentato dagli azionisti⁶¹. Il vero danno è quello causato all'ambiente e quindi alla salute di tutti coloro i quali respirano l'aria inquinata dalle emissioni degli autoveicoli.

Il fatto che il biossido di azoto sia nocivo per la salute umana è indubbio (basti pensare che la tecnica di suicidio più agevole consiste nel respirare per qualche decina di minuti il gas di scarico della propria automobile). A piccole concentrazioni esso procura irritazione alle mucose degli occhi del naso e, in funzione della durata dell'esposizione, arriva a compromettere la funzione polmonare causando asma, enfisema, bronchite fino ad arrivare al cancro polmonare. Gli studi scientifici hanno confermato e misurato il legame tra inquinamento atmosferico e mortalità prematura⁶². Oltre agli effetti dannosi sulla salute dell'uomo, gli ossidi di azoto producono danni alle piante, riducendo il processo di fotosintesi, e ai beni materiali. Essi infatti contribuiscono alla acidificazione delle precipitazioni che provocano corrosione dei metalli e scolorimento dei tessuti, con conseguente deterioramento degli edifici e delle opere d'arte. I danni cagionati non solo sono di grave entità ma sono anche permanenti e dunque destinati a produrre i loro effetti a scapito delle generazioni future⁶³.

Malgrado tutto questo, in Europa il danno all'ambiente cagionato da Volkswagen sembra sfuggire alle disposizioni norma-

⁶¹ In particolare il grande studio longitudinale condotto su oltre un milione di persone a Roma, ha ricostruito la mortalità nella capitale dell'ultimo decennio, misurando l'incidenza dei quantitativi di ossidi di azoto immessi nell'aria. Ciò che emerge è che a ogni aumento di 10 µg/m³ di polveri e biossido di azoto rispetto alla media di 43,6 µg/m³ (media che è già superiore al limite di legge pari a 40 µg/m³ all'anno, e a 200 µg/m³ all'ora per non più di 18 ore all'anno) si ha un aumento medio del rischio di mortalità rispettivamente del 4 e del 6 per cento. In particolare, a ogni aumento di 10 µg/m³ di biossido di azoto il rischio di mortalità generale cresce del 3%, per malattie respiratorie, del 3%, per tumore al polmone, del 4% per malattie ischemiche (G. Cesaroni, C. Badaloni, C. Gariazzo, M. Stafoggia, R. Sozzi, M. Davoli e F. Forastiere, *Long-Term Exposure to Urban Air Pollution and Mortality in a Cohort of More than a Million Adults in Rome*, in «Environmental Health Perspectives», 2013, 3, 324 ss.).

⁶² Il diritto delle generazioni future è stato riconosciuto in un caso promosso avanti al Tribunale dell'Aia da Urgenda, un'associazione di protezione ambientale, contro il governo Olandese al fine di far accertare l'obbligo a carico di quest'ultimo di adottare i provvedimenti idonei a contrastare il riscaldamento climatico, conformemente agli impegni assunti durante la campagna elettorale (Rechtbank Den Haag, 24.6.2015).

tive preposte alla tutela ambientale. 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 lo sfioramento del parametro legale 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)⁶⁴. L'ostacolo non può essere aggirato neanche facendo leva sulle interpretazioni più estensive adottate dalle sezioni unite della cassazione nei casi Sevoso, 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 pregiudizio⁶⁵. Dalla lettura di tali sentenze si evince, infatti, che occorre pur sempre provare che il deterioramento della qualità della vita cagionato dalla condotta in esame sia sfociato in un malessere psichico in qualche misura accertabile e che ciò sia direttamente imputabile alla condotta del convenuto. Di conseguenza, gli strumenti di tutela individuale risultano essere impotenti di fronte ad una condotta che è causa di inquinamento disperso nella già inquinata atmosfera.

I problemi rimangono aperti anche quando si passa da una visione individuale ad una visione organica della fruizione intesa nel suo insieme, come bene pubblico aperto alla fruizione collettiva su base non rivale, al fine di ammetterne la risarcibi-

⁶⁴ Il caso Sindell negli USA ha dato seguito a un numero di studi sterminato in tema di «multiple causes», ad iniziare da Robinson, *Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases*, 68 «Va. L. Rev.», 713, 736 (1982). Questi studi conducono all'elaborazione della teoria dell'accertamento del nesso causale su base probabilistica, trasferendo l'incertezza della prova sul nesso causale al piano della quantificazione del danno risarcibile (in Italia si veda: M. Capecci, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005). Il tema della causa multifattoriale è tanto più rilevante in un momento in cui l'accertamento scientifico della causalità si fa sempre più micidioso e dunque sempre più complesso (ormai si discute dell'incidenza dell'epigenetica sulle spiegazioni genetiche di alcune patologie cfr. Steve C. Gold, *When Certainty Dissolves into Probability: A Legal Vision of Toxic Causation for the Post-Genomic Era*, 70 «Wash. & Lee L. Rev.», 237, 244 (2013)). Tuttavia le decisioni giurisprudenziali che nei vari sistemi giuridici hanno applicato questa teoria sono state puntualmente rigettate. Ciò ad esempio è avvenuto negli UK con il caso *Barkeley vs. Corus* deciso dalla House of Lords (2006) che ha introdotto la *proportionate liability*, ma è stata immediatamente negata dal Compensation act del 2006. È avvenuto in Italia con la sentenza Corte di Cassazione 16.1.2009 n. 975, esplicitamente (e, per ora, definitivamente) contraddetta da Corte di Cass. 21.7.2011 n. 15991.

⁶⁵ Cass. sez. un., 21 febbraio 2002, n. 2515.

lità indipendentemente dalla violazione dei diritti dei singoli quali la proprietà privata o la salute⁶⁶.

In primo luogo occorre ricordare che la direttiva europea sulla responsabilità ambientale (dir. 35/2004/CE) si occupa esclusivamente del danno alle specie e agli habitat protetti, alle acque e al terreno. È espressamente escluso l'inquinamento atmosferico proprio in ragione della difficoltà di individuare le singole responsabilità imputabili a coloro i quali hanno concorso a cagionarlo. Infatti l'art. 4 della direttiva chiarisce che «La presente direttiva si applica al danno ambientale o alla minaccia imminente di tale danno causati da inquinamento di carattere diffuso unicamente quando sia possibile accertare un nesso causale tra il danno e le attività di singoli operatori»⁶⁷.

Tale disposizione normativa è stata testualmente riprodotta nel nostro codice dell'ambiente (d.lgs 152/2006). Esso infatti, dopo aver sancito all'art. 300 che «è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima», si limita a sanzionare l'inquinamento atmosferico in relazione al superamento delle quote di emissioni previste per i vari tipi di impianti industriali⁶⁸.

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 sottosuolo⁶⁹.

Stante la recente introduzione di queste fattispecie normative è difficile prevedere come verrà interpretato in sede giudiziale il requisito del deterioramento significativo e misurabile dal

⁶⁶ B. Pozzo, *La direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia*, in «Riv. giur. ambiente», 2010, 1 ss.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ In particolare, per il reato di disastro ambientale occorre alternativamente: 1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema;

2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali;

3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo.

quale dipende l'applicazione della sanzione. 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, ovvero ad una cifra 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, stando al codice dell'ambiente, dovrebbe consistere in un obbligo di ripristino dello stato dei luoghi o quanto meno di compensazione del danno attraverso misure alternative (quali l'obbligo di piantare tanti alberi quanti ne occorrono per compensare le maggiori emissioni di NOX prodotte). Ma anche ai fini dell'applicazione di questi strumenti rimediale occorre poter misurare e quantificare il danno che deve essere compensato.

Nel noto caso delle emissioni inquinanti della centrale Enel di Porto Tolle, la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile la prima parte dell'art. 674 c.p. relativa al «versamento di cose», la quale non richiede la prova del superamento dei limiti di legge ed è applicabile in caso di mero pericolo di danno, quindi anche in mancanza di prova di un danno attuale⁷⁰. L'aver riconosciuto l'illiceità a livello penale della condotta ha aperto il campo al risarcimento delle parti civili, così come statuito dalla Corte di appello alla quale è stato ulteriormente rinviato il caso⁷¹. 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 aperture 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 in sede di accertamento probatorio. Ciò induce a ritenere che, viceversa, la responsabilità per l'inquinamento atmosferico, dovuto ad una molteplicità di fattori non distinguibili, non possa essere imputata a nessuno.

9. Non tutte le aspettative degli individui fanno sorgere un obbligo risarcitorio nel caso in cui siano frustrate ad opera di qualcun altro. 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'illiceito. 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 designare 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 imprese al fine contemperare 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. La rapida rassegna dei vari rimedi applicabili al caso di specie ha infatti evidenziato come in primo luogo la responsabilità civile sia impostata in modo tale da attivarsi solo quando siano stati cagionati dei danni economici misurabili e significativi, rimanendo viceversa inerte nel caso di danni cagionati a quei beni che sfuggono all'economia di mercato perché non hanno un va-

⁷⁰ Corte di Cassazione, sez. pen., n. 17/2011.

⁷¹ Corte di Appello di Venezia n. 1625/2014.

lore di scambio, come ad esempio l'aria che respiriamo. Quanto anche poi vi fosse un pregiudizio economico complessivamente significativo, il sistema giuridico italiano risulta essere inadeguato qualora tale pregiudizio sia parcellizzato tra una pluralità di individui fino a diventare irrisorio dal punto di vista del singolo. In questo caso, infatti, mancano gli incentivi alla azione dati i costi di accesso alla giustizia e i tempi della giustizia che in Italia continuano a rappresentare un ostacolo anche nel caso in cui i singoli siano riuniti in una azione di classe conformemente alla disciplina introdotta all'art. 140-bis del codice di consumo. L'inadeguatezza degli strumenti rimediali predisposti dal diritto italiano in relazione agli illeciti di impresa è in parte supplita dai nuovi poteri sanzionatori attribuiti alle Autorità di regolazione del mercato (oltre alle eventuali sanzioni penali).

Tuttavia, il diritto pubblico italiano non è dotato della duttilità necessaria al fine di fronteggiare una realtà in costante e rapida evoluzione. In particolare, il fatto che le sanzioni irrogabili dall'autorità di regolazione o dal giudice penale siano costruite entro i limiti massimi prefissati dal legislatore fa sì che esse siano largamente inadeguate al fine di assolvere la funzione di deterrenza nei confronti di imprese dotate di una capacità di nuocere che è direttamente proporzionale al loro crescente potere economico⁷². Ma la struttura delle fonti del diritto in un paese di civil law non tollera che il giudice sia libero di fissare la sanzione che più ritiene efficace, senza alcun limite prefissato dal legislatore, così come invece accade nei sistemi di common law⁷³. Allo stesso modo il sistema di civil law non sopporta che il giudice di diritto privato possa implementare nelle sue decisioni una funzione di punizione che è affidata esclusivamente al diritto pubblico nel caso di condotte che, al di là del danno arrecato al singolo, generano allarme nell'intera collettività. Oltre a ciò, il giudice che determina la sanzione a carico dell'impresa deve tenere conto delle questioni sociali ed occupazionali implicite da una sanzione pecuniaria suscettibile di compromettere la stessa esistenza dell'impresa⁷⁴.

⁷² Il potenziale di dannosità delle complesse organizzazioni imprenditoriali è messo in luce in C. De Maglie, *Letica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

⁷³ P. Faraldo Cabana, *La pena pecuniaria per le persone giuridiche nel diritto penale dell'ambiente spagnolo*, in «Riv. giur. ambiente», 2014, 173 ss.

⁷⁴ Si legge nel provvedimento n. 26168/2016 con il quale la AGCM sanziona la Banca popolare di Vicenza per pratiche commerciali scorrette: «Sulla base di tali elementi, vista la particolare gravità e durata della pratica commerciale, si ritiene

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 Francia⁷⁵. Invece, anche sul fronte del diritto penale italiano in materia societaria si deve registrare un sostanziale arretramento⁷⁶. 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 agito⁷⁷. 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 settore⁷⁸, in parte ha tra-

di fissare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Banca Popolare di Vicenza al massimo edittale di 5.000.000 euro (cinque milioni di euro). Tuttavia in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita al 31 dicembre 2015, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Banca Popolare di Vicenza nella misura del 4.500.000 euro (quattromilionequacentomila euro)».

⁷⁵ Si vedano le statistiche europee sul ricorso alle pene detentive nei reati societari riportate in http://www.courrier.it/cronache/15_febbraio_20/reati-colletti-ban-chi-solo-230-06percento-carcere-37bd5010-b8c5-11e4-b4ca-88f092eacdb-shtml.

⁷⁶ Il fenomeno è denunciato dagli studiosi di diritto penale. Si veda ad esempio: G.M. Flich, *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 ripartiva in ambito universitario*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», fasc. 1, 2014, 133.

⁷⁷ Si consideri ad esempio la decisione della Corte di Appello di Venezia, sez. pen., n. 4647/2009 che, nel caso delle emissioni inquinanti di Enel a Porto Tolle, ha assolto gli amministratori delegati dai reati loro imputati, avendo ritenuto che la posizione di un amministratore delegato di un'azienda di vaste dimensioni e con una estesa articolazione produttiva comporti un interesse limitato alle questioni strategiche e a quelle che assumono rilevanza pubblica esterna, sussistendo livelli intermedi di comando. La decisione è stata ribaltata dalla corte di Cassazione, esclusivamente in considerazione dell'esistenza di inconvenienti che, in quanto rilevanti e ripetuti, avrebbero dovuto suscitare l'attenzione dell'amministratore delegato (Corte di Cassazione, sez. pen., n. 171/2011). Il problema dell'imputazione del reato nell'ambito di una organizzazione complessa è oggetto di riflessione in C.E. Paliero e C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 2006 (3), 167 s.

⁷⁸ Per un'analisi critica della riforma in chiave sistemologica: G. Forti, «Para-

sformato reati che attribuivano rilevanza al mero pericolo di danno in astratto in reati di danno patrimoniale⁷⁹, 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 reputazione commerciale, con buona pace di ogni effetto dissuasivo del sistema.

dignità distributivi» e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. un'analisi critica, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», fasc. 4, 2009, 1603.

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*, 40 «Suffolk U.L. Rev.», 2007, 685 ss.

⁷⁹ Esempio paradigmatico di questa «svolta» teleologica sono le false comunicazioni sociali, di cui agli art. 2621 e 2622 c.c. In tale fattispecie l'evento di danno patrimoniale rileva come discriminante tra l'ipotesi contravvenzionale e quella delittuosa, al pari di quanto previsto nell'art. 2624 sul falso in revisione.

Giudice e legge nell'agone del postmoderno*

Giuseppe Crisi

SOMMARIO: 1. La tenuta dei «fondamenti costituzionali» e dei valori dell'UE nella difficile fase attuale. - 2. La scienza giuridica e i problemi cruciali della postmodernità. - 3. Il giudice, la legge e il «diritto vivente». - 4. Una via d'uscita dalla crisi.

1. Si sente parlare da un po' - e con toni preoccupati - dell'Ungheria, per la gestione del fenomeno dell'immigrazione¹ e, sul piano più generale, per il carattere dei mutamenti costituzionali intervenuti², discutibili soprattutto per l'involuzione democratica innescata nel rapporto tra potere politico e Corte costituzionale; a quest'ultimo proposito, desta allarme anche ciò che si registra in altri Paesi che hanno rinnovato la Costituzione dopo la caduta dei regimi comunisti, quali la Polonia³ e la Romania⁴. Queste vicende sono espressione di un malessere diffuso in Eu-

* Il presente contributo riprende le linee della relazione svolta nell'incontro su «Il giudice e la legge» tenuto nell'Università Roma Tre il 7 giugno 2017 ed è dedicato ad un volume di studi in memoria di Paolo Maria Vecchi.

¹ Gestione, a detta di molti, inaccettabile e di dubbia compatibilità con il diritto internazionale in materia di diritti umani e rifugiati. Non c'è solo la nota vicenda relativa alla costruzione di un muro sul confine serbo, essendo state adottate in Ungheria diverse misure molto restrittive nei confronti di migranti e richiedenti asilo, quale quella - approvata dal Parlamento nel marzo 2017 - che determina, in pratica, il confino di questi ultimi in appositi campi profughi gestiti dal Governo per tutto il tempo necessario ad esaminare la loro posizione. Risale al giugno 2017 l'annuncio, da parte della Commissione europea, dell'avvio di una procedura di infrazione nei confronti di Ungheria, Polonia e Repubblica Ceca, accusate di non aver contribuito al meccanismo straordinario di ricollocamento dei richiedenti asilo adottato all'unanimità dal Consiglio Europeo con decisione 2015/1601 del 22 settembre 2015.

² La nuova «Legge fondamentale dell'Ungheria» (*Magyarország Alaptörvénye*) è stata approvata dal Parlamento di Budapest il 19 aprile 2011 ed è entrata in vigore l'1 gennaio 2012. L'evento ha suscitato reazioni di vario segno (v. G. Meschini, *Cenni sulla nuova legge fondamentale ungherese*, in «Rivista di studi ungheresi», 2016, 103 ss., in *epa-oszk.hu*) e, da allora, il testo ha subito - per quanto consta - ben sei revisioni, la penultima risalente all'ottobre del 2013, costituente risposta, a detta di molti insoddisfacenti, alle allarmate sollecitazioni contenute nella Risoluzione del Parlamento europeo del 3 luglio 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali in Ungheria. L'ultima risale al giugno 2016 ed ha inciso sulla disciplina dello stato di emergenza.

³ La Costituzione della Repubblica di Polonia (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*) è stata adottata dall'Assemblea Nazionale il 2 aprile 1997 e, approvata da un referendum il 25 maggio dello stesso anno, è entrata in vigore il 17 ottobre 1997.

⁴ La Costituzione della Romania è stata approvata con referendum popolare l'18 dicembre 1991, ma il 29 ottobre 2003 la Corte costituzionale romena ha convalidato il referendum confermativo della legge di revisione costituzionale approvata definitivamente dal Parlamento nel mese precedente; sono risultati, per l'effetto, modificati più di un terzo degli articoli che compongono il testo costituzionale, eliminati 5 articoli e introdotti 9 nuovi articoli.