

# DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LVI – n. 3 – Luglio-Settembre 2017

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

## ARTICOLI

*Fausto Capelli* - Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia (*Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni*) - PARTE SECONDA - Etica e legalità in politica e in economia nel sistema degli Stati democratici (*Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods)* - PART SECONDA - *Ethics and Legality in Politics and Economics inside Democratic Countries*)

Pag. 267

*Monica Spatti* - Gli strumenti per rafforzare il rispetto dei valori dell'Unione europea da parte degli Stati membri: la proposta del Parlamento europeo

» 317

(*The Instruments to Strengthen the Respect of the Values of the European Union by Member States: the Proposal of the European Parliament*)

## COMMENTI

*Daniele Pisanello* - Divieto di utilizzo di denominazioni lattiero-casearie per designare prodotti esclusivamente vegetali: tra regolazione dei mercati agricoli e protezione del consumatore "suo malgrado"

» 341

(*Prohibition on the Use of Dairy Products Designations on Vegetable Products: Considerations between Agricultural Markets Regulation and Consumer Protection*)

*Paola De Franceschi - Il ne bis in idem nei reati tributari. Procedure parallele: una coesistenza difficile ma possibile (Ne bis in idem in Tax Crimes. Parallel Procedures: a Coexistence Difficult but Possible)* Pag. 373

*Federico Forni - La legge dell'infinitamente piccolo: Unione europea e nanomateriali (The Law of Infinitely Small: European Union and Nanomaterials)* » 411

*Gian Franco Simonini - Il curioso caso degli air bag Takata (The Curious Case of Air Bag Takata)* » 467

## COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

*Giuseppe Portale - Dalla «pietra del vituperio» al «bail-in» (From «pietra del vituperio» to the «Bail-In»)* » 487

## GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

### I. SENTENZE E COMMENTI

**La Corte di giustizia conferma il divieto di usare nella commercializzazione e nella pubblicità di prodotti vegetali la denominazione «latte» e le denominazioni riservate ai prodotti lattiero-caseari**

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 in causa n. C-422/16

*Verband Sozialer Wettbewerb Ev c. TofuTown.com GmbH* » 339  
(con commento di *Daniele Pisanello*)

### II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

**Nell'ambito della libera circolazione delle persone la Corte di giustizia ha precisato le condizioni per la concessione di una borsa di studio per il figlio di un lavoratore frontaliero**

Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2016 in causa n. C-238/15

*Maria do Céu Bragança Linares Verruga e altri c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche* » 355

Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2016 in cause riunite da n. C-401/15 a n. C-403/15  
*Noémie Depesme e a. c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche*

Pag. 356

**Reti e servizi di comunicazione elettronica: il consenso prestato dagli abbonati per l'inserimento in un elenco nazionale vale per l'inserimento in elenchi in tutta l'Unione europea**

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2017 in causa n. C-536/15

*Tele2 (Netherlands) BV, Ziggo BV, Vodafone Libertel BV c. Autoriteit Consument en Markt (ACM)* con l'intervento di:  
*European Directory Assistance NV*

» 358

**Pirateria internet e diritti di autore**

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 in causa n. C-610/15

*Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*

» 360

**Limitazioni imposte dalla normativa europea all'utilizzo dei nomi: latte, crema di latte e panna**

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 in causa n. C-422/16

*Verband Sozialer Wettbewerb eV c. TofuTown.com GmbH*

» 362

**Esenzioni fiscali a favore della Chiesa cattolica**

Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2017 in causa n. C-74/16

*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*

» 363

**Le spese di annullamento viaggio richieste dalle compagnie aeree possono essere abusive - Cancellazione del volo e risarcimento per i passeggeri**

Sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 2017 in causa n. C-290/16

*Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*

» 365

Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2017 in causa n. C-559/16

*Birgit Bossen e a. c. Brussels Airlines SA/NV*

» 366

**Tutela dei consumatori e obblighi di informazione nell'ambito dei mutui espressi in valuta estera**

Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2017 in causa n. C-186/16

*Ruxandra Paula Andriciuc e altri c. Banca Românească SA*

Pag. 368

**GIURISPRUDENZA  
ITALIANA E STRANIERA**

**La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sui limiti all'applicabilità del principio *ne bis in idem***

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 15 novembre 2016 - ricorsi n. 24130/11 e n. 29758/11

*A. e B. c. Norvegia*

(con commento di *Paola De Franceschi*)

» 371

**ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**

**I Regolamenti europei contenenti le definizioni di nanomateriali con riferimento a specifici settori**

Tabella riepilogativa

(con il contributo di *Federico Forni*)

» 409

**Consiglio europeo**

Conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017

» 461

**DOCUMENTAZIONE**

**Gli *air bag* Takata: il più grande scandalo nella storia del settore automobilistico**

Il difettoso funzionamento degli *air bag* ha causato il ritiro dal mercato di oltre trecento milioni di veicoli (*nota redazionale*)

(con il contributo di *Gian Franco Simonini*)

» 465

## **RECENSIONI**

- Mario Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive* (Renzo Rossolini) Pag. 503
- Massimo Panebianco, *Codici Diplomatici Internazionali e Diritto europeo* (Miriam Immediato) » 505
- Hanno collaborato a questo numero** » 509



# ARTICOLI

---

## **CULTURA DELL'ETICA E DELLA LEGALITÀ IN UN MONDO DOMINATO DALLA POLITICA E DALL'ECONOMIA** *(Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni)*

PARTE SECONDA\*

### **ETICA E LEGALITÀ IN POLITICA E IN ECONOMIA NEL SISTEMA DEGLI STATI DEMOCRATICI**

**Sommario:** **A. Premesse** - **B. Etica e legalità: rapporti con la politica nel sistema degli stati democratici** - **I. Il passaggio dal potere assoluto al potere gestito in modo democratico** - **1. La situazione nel periodo che va dal 1500 al 1700** - **2. L'etica dell'Illuminismo** - **3. La preparazione all'avvento degli stati democratici: il Federalist e la Costituzione americana** - **II. Etica e legalità nell'attività politica degli Stati democratici** - **1. L'intuizione di Alexis de Tocqueville** - **2. Gli obiettivi perseguiti da Tocqueville** - **3. Lo straordinario impatto dell'opera di Tocqueville, «La democrazia in America»** - **4. Il confronto tra i regimi aristocratici e il sistema democratico** - **5. I rimedi alle disfunzioni del sistema democratico** - **6. Regimi di governo e comportamento dei cittadini** - **7. Impatto del sistema democratico sui cittadini americani** - **8. La dottrina dell'interesse bene inteso** - **9. Considerazioni di sintesi** - **C. Etica e legalità: rapporti con l'economia nel sistema degli stati democratici** - **I. Osservazioni preliminari** - **II. Sviluppo economico e comportamenti umani** - **1. L'etica e il commercio** - **2. L'etica dello sviluppo economico** - **3. La necessità dell'imposizione di limiti efficaci** - **III. Le conseguenze dell'intreccio tra economia e politica** - **1. La costituzione dei**

\* La Redazione informa i lettori che la Parte prima del presente saggio è stata pubblicata nel fascicolo n. 1-2/2017. La Parte terza sarà pubblicata nel fascicolo n. 4/2017.

«Trust» - 2. La corruzione - 3. I rimedi - IV. I riscontri della letteratura - D. Valutazioni finali e conclusive.

## A. Premesse

Discutere di etica e di legalità, nelle accezioni impiegate nella prima parte del presente lavoro, con riferimento alla politica e all'economia così come praticate nel sistema degli Stati democratici, analizzandone, però, in modo separato, i rapporti che tra esse rispettivamente intercorrono, non sembrerebbe un approccio razionalmente giustificato.

Negli Stati democratici, invero, politica ed economia si sono sviluppate insieme, risultando intrecciate e collegate da diversi e numerosi legami e da interessi comuni.

Ciò era evidentemente la regola negli Stati non democratici, nei quali politica ed economia dipendevano interamente da coloro che detenevano il potere politico.

Con riferimento a tali Stati, i rapporti tra politica ed economia furono scoperti e presi in considerazione già alla fine del 1500 dai due noti cultori di scienza politica in precedenza citati<sup>1</sup>: *Giovanni Botero* (in *La Ragione di Stato*) e *Jean Bodin* (in *I sei Libri della Repubblica*)<sup>2</sup>.

Questi autori, nei loro scritti, avevano segnalato l'incidenza degli aspetti economici nella gestione degli affari politici mettendo in evidenza la rilevanza del commercio nei rapporti tra gli Stati<sup>3</sup>.

Alla rilevanza del commercio e dell'impatto da esso esercitato nei rapporti tra gli Stati e sui comportamenti delle persone che lo praticavano ha, in seguito, dedicato grande attenzione *Montesquieu*, nel suo capolavoro *Lo spirito delle leggi*, come più avanti avremo modo di illustrare.

Successivamente, dopo l'avvento degli Stati democratici, diversi autori hanno studiato i rapporti tra politica ed economia e ne hanno posto in rilievo le affinità esistenti, come pure hanno esaminato i legami che ne stanno alla base, individuando i motivi e i meccanismi che inducono le persone a prendere le proprie decisioni seguendo criteri simili, sia che agiscano in campo politico, sia che operino in campo economico.

Per menzionare lo studioso più autorevole che si è occupato di questi temi, possiamo ricordare J. A. SCHUMPETER, il quale, nella sua celebre

<sup>1</sup> Cfr. nota 20 della *Prima parte* del presente lavoro, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Cfr. G. BOTERO, *Della ragion di Stato*, Torino, Utet, 2016; J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, (1576), Torino, Utet, 1968. Accenni ai legami tra politica ed economia si ritrovano anche ne *Il Principe* di Machiavelli.

<sup>3</sup> G. BOTERO è stato uno dei primi autori a far riferimento alla forza degli Stati in termini commerciali (economici) e non militari, in contrasto con l'indirizzo dominante, al quale si farà riferimento più avanti nel testo.

opera *Capitalismo, socialismo e democrazia*, sostiene che le decisioni adottate dai cittadini, quando agiscono come elettori in campo politico, sono fondate sulle stesse motivazioni che determinano le loro decisioni quando agiscono come operatori in campo economico<sup>4</sup>.

In termini analoghi hanno avuto modo di esprimersi altri autori che si sono occupati tanto di questioni politiche quanto di questioni economiche.

Due studiosi americani, *James M. Buchanan* e *Gordon Tullock*, in un libro divenuto famoso, dal titolo «*Il calcolo del consenso*»<sup>5</sup>, hanno indagato a fondo sui meccanismi che concorrono ad influenzare i comportamenti umani, mettendo a confronto i meccanismi che incidono sull'attività economica (nel mercato), con quelli che incidono sull'attività politica.

La loro constatazione finale è che: «*Il passaggio a un'attività diversa da quella esercitata sul mercato non può in se stesso mutare la natura dell'uomo, che è il medesimo attore in entrambi i processi*»<sup>6</sup>. In effetti, tanto la storia, quanto la cronaca di tutti i giorni possono fornire cospicua documentazione probatoria al riguardo.

La seguente ulteriore osservazione degli stessi *Buchanan* e *Tullock*<sup>7</sup>: «*Quando la macchina del governo assorbe direttamente circa un terzo del prodotto nazionale, quando determinati gruppi di interesse riconoscono con chiarezza i "profitti" derivanti dall'azione politica e quando gran parte delle leggi esercita un differente impatto, suscettibile di essere misurato, su specifici gruppi all'interno della popolazione (...)*» aiuta facilmente a comprendere perché si sviluppino interessi orientati a condizionare la gestione politica e l'attività di governo, agevolando l'instaurazione di stabili rapporti tra politica ed economia<sup>8</sup>. E questi rapporti possono aumentare in modo inquietante e pericoloso quando gruppi di pressione agiscono in collaborazione con partiti politici bene organizzati facenti parte della maggioranza in grado di controllare tanto il potere legislativo quanto il potere esecutivo<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Etas Libri, 1984, pp. 290-291, «Partito e uomini politici di partito sono semplicemente la risposta all'incapacità della massa elettorale di agire di propria iniziativa e rappresentano un tentativo di regolare la competizione politica esattamente simile alle pratiche di associazioni fra commercianti o industriali intese a regolare la concorrenza economica».

<sup>5</sup> *Il calcolo del consenso*, Bologna, Il Mulino, 1998.

<sup>6</sup> Cfr. *Il calcolo del consenso*, loc. cit., p. 68.

<sup>7</sup> Cfr. *Il calcolo del consenso*, loc. ult. cit., p. 68.

<sup>8</sup> Il filosofo JOHN DEWEY aveva già rilevato: «Coloro che si occupano di politica non smettono di essere uomini: hanno interessi personali e interessi di gruppo da servire; quelli della famiglia, della cerchia o della classe cui appartengono», cfr. *The Public and its Problems*, New York, H. Holt, 1927, p. 76 (trad. italiana, *Comunità e potere*, Firenze, Ed. La Nuova Italia, 1971). Sul punto v. L. INFANTINO, *Tocqueville: problemi gnoseologici e democrazia liberale*, in R. BOUDON e L. INFANTINO, *Alexis de Tocqueville: metodo, conoscenza e conseguenze politiche*, Roma, Luiss Edizioni, 2002, p. 55 ss.

<sup>9</sup> Oltre ai perniciosi effetti della commistione tra politica ed economia (che saranno più

Infine, tra gli autori orientati a seguire la stessa linea di pensiero, possiamo annoverare l'economista *Duncan Black*, che ha sostenuto la sua tesi della c.d. *Teoria del Comitato*, in un saggio pubblicato nel 1950<sup>10</sup>.

Secondo Black: «Questo saggio enuncia la teoria secondo cui la scienza politica e la scienza economica sono, per quanto riguarda le loro qualità, le stesse»<sup>11</sup>.

Su tale teoria così si è espresso *Bruno Leoni*: «In breve dobbiamo considerare, secondo Black, sia l'economia sia la scienza politica come rami diversi della stessa scienza, perché hanno il compito comune di calcolare quali preferenze emergeranno nel mercato o sulla scena politica, dato un complesso di scale di preferenza note e una legge definita che governa il loro confronto»<sup>12</sup>.

Nonostante la correttezza delle tesi appena esposte, che accomunano, per molti aspetti e sotto diversi profili, la politica e l'economia, riteniamo, anche per ragioni di chiarezza espositiva, di dover continuare, in questa seconda parte del presente lavoro, a tenere distinte le due discipline, analizzando separatamente, nel sistema degli stati democratici, l'evoluzione dei loro rapporti con l'etica e con la legalità.

Si procederà invece in modo differente e con altri criteri quando si affronteranno i medesimi rapporti nella terza parte del presente lavoro dedicato allo studio della realtà italiana.

## **B. Etica e legalità: rapporti con la politica nel sistema degli stati democratici**

### **I. IL PASSAGGIO DAL POTERE ASSOLUTO AL POTERE GESTITO IN MODO DEMOCRATICO**

#### **1. La situazione nel periodo che va dal 1500 al 1700**

La dissociazione tra politica e morale teorizzata ne *Il Principe* di Machiavelli e consolidata, in seguito, nelle opere di *Thomas Hobbes* che ab-

avanti esaminati nel testo), ai quali è necessario porre rimedio, occorre anche considerare l'impatto esercitato, negli ultimi tempi, dai cosiddetti *Fondi sovrani*, gestiti da Stati sovrani che investono in attività economiche di Paesi stranieri con i quali possono entrare politicamente in conflitto.

<sup>10</sup> Secondo l'analisi critica di *Bruno Leoni*, in *Lezioni di dottrina dello Stato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, p. 188: «Il Comitato è un insieme di persone che deliberano secondo un certo procedimento. Black ritiene che se si conosce tale procedimento e se si conoscono, inoltre, le opinioni dei vari membri del Comitato, sia possibile calcolare con precisione matematica quale sarà la decisione adottata dal Comitato».

<sup>11</sup> Cfr. D. BLACK, *The Unity of Political and Economic Science*, in *Economic Journal*, 1950, p. 506.

<sup>12</sup> Cfr. BRUNO LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri, 1994, p. 120.

biamo analizzato nella prima parte del presente lavoro, trovava la sua spiegazione e la sua giustificazione nella struttura politico-istituzionale degli Stati europei del 1500 e del 1600.

Tali Stati erano sottoposti al dominio delle famiglie e delle dinastie che detenevano il potere politico, gestito in modo assoluto, in forma più o meno dispotica.

Chi deteneva il potere considerava lo Stato come un bene di proprietà privata, destinato sia ad essere suddiviso fra i membri della propria famiglia, sia ad essere tramandato ai futuri esponenti della propria dinastia (nel caso di Stati importanti appartenenti a grandi dinastie come quelle degli Asburgo o dei Borbone).

All'interno di Stati nei quali il potere era così gestito, non c'era alcuna possibilità di avanzare pretese volte ad ottenere il rispetto dell'etica e della legalità.

Gli abitanti erano considerati sudditi e coloro che intendevano migliorare le loro condizioni e la loro posizione dovevano andare alla ricerca dei favori elargiti da chi il potere lo esercitava<sup>13</sup>. Essi, per di più, erano, nella stragrande maggioranza, analfabeti<sup>14</sup> e, quindi, inclini alla credulità e alla superstizione, nonché esposti all'influenza del fanatismo religioso che poteva trasformarli in masse disponibili per ogni eccesso<sup>15</sup>.

La *Guerra dei Trent'anni*, una vera e propria guerra di religione tra cattolici e protestanti, iniziata nel 1618 e terminata nel 1648 con la pace di *Westfalia*, ha fornito la misura degli eccessi e degli orrori ai quali l'ignoranza, la superstizione e il fanatismo religioso erano in grado di condurre gli Stati e i popoli d'Europa<sup>16</sup>.

In quel periodo l'Europa è stata teatro di orrendi massacri, di devastazioni immani, di epidemie e di carestie di proporzioni tali da annientarla,

<sup>13</sup> Non fa quindi meraviglia che i «*principi*», che reggevano tali Stati, considerassero i propri sudditi «cattivi», nel senso inteso da Machiavelli. Ovviamente bisogna tener conto delle eccezioni riguardanti l'Inghilterra.

<sup>14</sup> Sull'enorme diffusione dell'analfabetismo in Europa nei secoli XVII e XVIII v. C. A. CIPOLLA, *Istruzione e sviluppo*, cfr. nota 1 della *Prima parte* del presente lavoro, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss.

<sup>15</sup> Per quanto riguarda la superstizione, è emblematico il caso del Re d'Inghilterra *Giacomo I*, figlio di Maria Stuarda, che agli inizi del 1600 diffuse un'opera di grande successo, *Demonologia*, nella quale attribuiva a certe persone la capacità di provocare il malocchio, di diffondere le malattie e di causare tempeste atmosferiche, rivendicando il potere dello Stato di condannarle a morte, come avveniva per le streghe. Se la superstizione aveva una tale diffusione presso le case regnanti, possiamo immaginare quale seguito arrivasse ad avere tra il popolo. È utile ricordare, a tale proposito, la folgorante massima di Voltaire: «*Le streghe hanno cessato di esistere, quando hanno smesso di bruciarle*».

<sup>16</sup> Cfr. GEOFFREY PARKER, *La Guerra dei Trent'anni*, Milano, Vita e Pensiero, 1994; GEORGES PAGES, *La Guerra dei Trent'anni*, Genova, ECIG, 1993.

trasformandola in un cumulo di rovine<sup>17</sup>.

La pace di *Westfalia*, del 1648, che ha posto fine alla *Guerra dei Trent'anni*, ha creato condizioni più favorevoli alla stabilizzazione dei rapporti tra gli Stati e all'incremento del benessere dei loro abitanti<sup>18</sup>.

Il miglioramento della situazione politica ed economica in Europa ha, quindi, reso possibile lo sviluppo di interessi nuovi, in campo culturale e intellettuale, volti, in particolare, all'approfondimento dei risultati che la scienza aveva nel frattempo realizzato.

Le scoperte di *Copernico*, *Galileo*, *Keplero*, *Cartesio* e, più tardi, di *Newton*, mettendo in luce la stupefacente apertura verso orizzonti sconosciuti e l'esistenza di realtà inesplorate, avevano rafforzato in modo notevole l'interesse per la scienza e per le sue applicazioni, nonché la fiducia nelle capacità dell'intelligenza dell'uomo e nella forza della ragione umana<sup>19</sup>.

L'interesse per la scienza e per le sue applicazioni, come pure per i metodi di ricerca da essa richiesti<sup>20</sup>, era stato coltivato nel 1600 da due importanti studiosi di filosofia, Francesco Bacone<sup>21</sup> e Baruch Spinoza<sup>22</sup>, entrambi profondi cultori delle scienze umane e sociali.

I contributi apportati dalla scienza e i risultati grazie ad essa ottenuti, sono stati, come è noto, determinanti per preparare il terreno ai cambiamenti intervenuti in campo intellettuale e culturale che hanno aperto la strada all'*Illuminismo*, affermatosi nel 1700: il "*secolo dei lumi*".

È nota la celebre definizione di *Illuminismo* fornita da Kant e posta all'inizio del suo saggio: «*Risposta alla domanda: Che cos'è l'Illuminismo?*». Secondo Kant: «*L'Illuminismo è l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a sé stesso. Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro [...] Sapere aude!*

<sup>17</sup> Anche per questo, immaginare che qualcuno potesse pretendere, in quei frangenti, il rispetto dell'etica e della legalità in presenza di eventi di tale spaventosa portata, fuoriesce ovviamente da qualunque logica e dal senso comune.

<sup>18</sup> Cfr. PIERANGELO SCHIERA, *La Pace di Vestfalia tra due tempi storici alle origini del costituzionalismo moderno*, in *Scienza e Politica*, n. 22 del 2000, pp. 33-45.

<sup>19</sup> Si veda, per quanto riguarda la vita e le scoperte degli scienziati citati nel testo, l'affascinante narrazione fatta da ARTHUR KOESTLER, nel suo volume *I sonnambuli*, Milano, Jaca Book, 1981.

<sup>20</sup> Cfr. A. O. HIRSCHMAN, *Le passioni e gli interessi*, Milano, Feltrinelli, 2011, p. 18: «*I progressi della matematica e della meccanica celeste facevano sperare che come per la gravitazione universale e la rotazione dei pianeti si potessero scoprire le leggi di movimento anche delle azioni umane*».

<sup>21</sup> Cfr. F. BACONE, *Della dignità e del progresso delle scienze*, in *Opere filosofiche*, Bari, Laterza, 1965, il quale sosteneva che gli uomini devono pensare servendosi del metodo induttivo e sperimentale.

<sup>22</sup> Cfr. B. SPINOZA, *Etica*, (1677), Roma-Bari, Ed. Laterza, 2009, Parte IV.

*Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! È questo il motto dell'Illuminismo»<sup>23</sup>.*

## 2. *L'etica dell'Illuminismo*

Nel 1700 le personalità di maggior rilievo che hanno reso possibile la rivoluzione intellettuale e culturale che va sotto il nome di *Illuminismo*, hanno anch'esse seguito l'indirizzo sopra indicato, cercando di estendere alle scienze umane e sociali i metodi di ricerca e i processi seguiti nelle scienze fisiche<sup>24</sup>.

Gli autori da ricordare (con riconoscente ammirazione), perché hanno contribuito in modo decisivo all'affermazione della rivoluzione culturale dell'Illuminismo e al suo enorme successo, con particolare riguardo agli aspetti che interessano il presente lavoro, sono, senza alcun dubbio, *Voltaire*<sup>25</sup>, i creatori dell'*Enciclopedia Diderot e D'Alembert*<sup>26</sup> e *Montesquieu*<sup>27</sup>.

Voltaire va soprattutto ricordato perché autore del *Trattato sulla Tolleranza*, un capolavoro scritto contro il fanatismo religioso, la superstizione e l'ignoranza, che deve essere considerato e giustamente apprezzato come opera di grande valore etico e di elevato contenuto morale<sup>28</sup>.

Insieme al *Trattato sulla Tolleranza*, pubblicato nel 1763, va ricordato il *Dizionario filosofico* che *Voltaire* ha pubblicato l'anno successivo (1764)<sup>29</sup>. Si tratta delle due opere-simbolo della rivoluzione intellettuale e culturale generata dall'Illuminismo, perché hanno inferto un colpo decisivo al dogmatismo imposto dalla Chiesa, che lo Stato, per convenienza, aveva accettato e sostenuto<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. I. KANT, *Scritti politici*, Torino, Utet, 1965, p. 141. La posizione di Kant, è stata criticata da M. HORKHEIMER e T. W. ADORNO, *Dialettica dell'Illuminismo*, Torino, Einaudi, 1980, pp. 89-91. Si tratta però di una critica scontata, espressione del pensiero di questi autori, condizionato dalla loro ideologia che li porta ad ignorare i veri argomenti sui quali la posizione di Kant si fonda.

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, nota 20. Secondo B. WILLEY, *La cultura inglese del seicento e del settecento*, Bologna, Il Mulino, 1975, p. 438: «Come abbiamo visto, nel XVIII secolo era molto diffusa l'aspirazione ad eguagliare il mondo morale a quello fisico, per trovare in esso un ordine analogo all'ordine della natura. La legge di gravità di Newton aveva ricongiunto tutti i corpi fisici in un'armoniosa unità; non era possibile trovare un principio capace di riunire i fenomeni morali in una sintesi corrispondente?».

<sup>25</sup> FRANÇOIS-MARIE AROUET, celebre con lo pseudonimo VOLTAIRE (1694-1778).

<sup>26</sup> DENIS DIDEROT (1713-1784) e JEAN-BAPTISTE LE ROND D'ALEMBERT (1717-1783).

<sup>27</sup> CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARONE DI MONTESQUIEU (1689-1755).

<sup>28</sup> Cfr. VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, (1763), Firenze-Milano, Ed. Giunti Demetra, 2007. Oltre a tale opera si può anche ricordare *Candido ovvero l'ottimismo*, Milano, Oscar Mondadori, 2014.

<sup>29</sup> VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, (1764), Torino, Einaudi, 2008.

<sup>30</sup> Due massime famose di Voltaire, che ne mettono in luce la posizione anticlericale,

Voltaire ha contribuito in modo determinante alla nascita di una nuova forma di cultura fondata sulla discussione, sul confronto e sull'analisi critica, nemica giurata del conformismo, del dogmatismo, della superstizione e dei luoghi comuni<sup>31</sup>. La necessità di procedere alla separazione dello Stato dalla Chiesa e di contrastare, nella gestione degli affari pubblici, la forza del dogma religioso, diffondendo la propensione al senso critico e alla tolleranza, contro ogni fanatismo, è stata pienamente compresa e, in seguito, recepita grazie all'impatto esercitato dalle sue opere, con enorme beneficio per la democrazia e per gli Stati che ne hanno sposato i principi<sup>32</sup>.

Il mondo musulmano, che non è stato in grado di generare alcun *Voltaire* al proprio interno, soffre grandemente per tale mancanza, subendo le pregiudizievoli conseguenze che gli eventi dell'ultimo ventennio hanno contribuito enormemente ad aggravare<sup>33</sup>.

sono: «*Se Gesù Cristo fosse stato un teologo probabilmente il cristianesimo non sarebbe mai nato*» e «*Dio è morto soffocato dalla teologia e dai teologi*».

<sup>31</sup> Cfr. JEAN ORIEUX, *Voltaire: la sua vita, le sue opere, i suoi tempi, i suoi segreti*, Milano, Longanesi, 1971; ALFRED J. AYER, *Voltaire*, Bologna, Il Mulino, 1990; RAYMOND TROUSSON, *Voltaire*, Paris, Tallandier, 2008. Un'altra celebre massima di *Voltaire*, molto apprezzata, è: «Il ridicolo vince su tutto e su tutti ed è la più forte e la più efficace di tutte le armi». Nel *Dizionario filosofico*, Voce *Morale*, si legge: «*La morale non si trova nella superstizione, non si trova nelle cerimonie, non ha nulla in comune con i dogmi. Non occorre mai ripetere abbastanza che i dogmi sono tutti diversi mentre la morale è la stessa in tutti gli uomini che fanno uso della loro ragione. La morale viene dunque da Dio, come la luce. Le nostre superstizioni non sono altro che tenebre. Lettore, rifletti: ascolta questa verità e cerca di trarne le conclusioni*».

<sup>32</sup> Nel *Dizionario filosofico*, alla Voce *Fanatismo*, si legge: «*Che dobbiamo rispondere a un uomo che vi dice che preferisce obbedire a Dio invece che agli uomini essendo sicuro di meritare il cielo, sgozzandovi? Sono comunemente i farabutti a guidare i fanatici e a metter loro il pugnale in mano; rassomigliano a quel Vecchio della Montagna che faceva, dicono, gustare le gioie del paradiso a degli imbecilli, promettendo l'eternità di quei piaceri di cui aveva loro offerto un assaggio, a condizione che andassero ad assassinare tutti quelli che avrebbe indicato*». Lo straordinario impatto delle opere e degli scritti di Voltaire risulta documentato dal seguente giudizio che il Primo Ministro inglese, *Benjamin Disraeli*, anch'egli scrittore, ha ritenuto di esprimere: «*I suoi volumi li ho letti tutti, di mattina, di sera, a mezzogiorno, ne avevo sempre uno con me, correndo a cercarlo a fine pranzo, tesoreggiandolo di notte sotto il guanciale. E mentre leggevo, esplodevo in esclamazioni, risate, ammirato e meravigliato, fremendo di indignazione per i fatti e i misfatti del genere umano, amaramente sorridendo ad ogni frecciata di ironia, ad ogni battuta mordace*». Il successo dello stile di Voltaire è dovuto ai criteri che egli stesso si era imposto, come risulta dalla seguente massima: «*Lo spirito servile di chi scrive è per natura ampolloso, quello dell'uomo libero è invece asciutto, conciso ed anche semplice se l'autore è veramente di valore*».

<sup>33</sup> A questo proposito, A. TOCQUEVILLE, nel suo capolavoro *La democrazia in America*, che esamineremo a fondo più avanti nel testo, ha espresso un giudizio veramente profetico: «*Maometto ha fatto calare dal cielo e messo nel Corano non soltanto dottrine religiose, bensì massime politiche, leggi civili e penali, teorie scientifiche. Il Vangelo, invece, non parla che dei rapporti generali degli uomini con Dio e fra di loro. All'infuori di questo non insegna nulla e non obbliga a credere nulla. Già basta questa, tra infinite altre ragioni, per indicare che la prima di queste due religioni [musulmana] non potrebbe reggere a lungo in tempi culturalmente illuminati e democratici, mentre la seconda è destinata a regnare in quelli come negli altri*», (Torino, Utet, 1968, p. 511).

Dopo *Voltaire*, meritano i più alti riconoscimenti *Diderot* e *D'Alembert*<sup>34</sup> perché con l'Enciclopedia, che ha ottenuto uno straordinario successo, sono riusciti a contrastare l'ignoranza dominante e a diffondere il sapere e la conoscenza nel mondo intero. Anche l'Enciclopedia, con i suoi tanti meriti, deve essere considerata un'opera di alto contenuto etico, perché la diffusione della conoscenza e del sapere è un'attività di carattere sociale di grande valore morale<sup>35</sup>.

A *Montesquieu*, infine, come abbiamo già ricordato nella prima parte del presente lavoro, discutendo del principio della separazione dei poteri, va riconosciuto il merito di aver individuato le basi istituzionali più solide e ragionevoli sulle quali era ed è possibile costruire uno Stato in grado di funzionare con metodi democratici<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. P. ALATRI, *Diderot: un letterato dall'assolutismo illuminato al populismo democratico*, Messina, IPOS, 1972; A. MANGO, *Diderot, il politico, il filosofo, lo scrittore*, Milano, Angeli, 1986. A Diderot è stato dedicato un libro straordinario, anche per la sua originalità, da Gianfranco Dioguardi, il quale, partendo da 25 ritratti riferiti alle diverse età del filosofo ne ha ricordato la vita, il genio e le opere in *Dossier Diderot*, Palermo, Sellerio, 1995. Val la pena riportare una massima di Diderot: «Non basta fare il bene, bisogna anche farlo bene». Questa massima richiama il modo di lavorare di Diderot che egli aveva illustrato a Caterina II di Russia: «Vostra Maestà Imperiale mi ha chiesto quale fosse il mio modo di lavorare. Prima di tutto mi accerto che una cosa possa essere fatta meglio da me che da un altro, e allora la faccio. Se ho il minimo sospetto che possa essere fatta meglio da un altro, qualsiasi vantaggio potessi ritrarne, la rinvio a lui, perché l'importante non è che io faccia quella cosa, ma che sia fatta bene». Su D'Alembert v. E. VITALE, *Ragione e civiltà: la visione illuministica del mondo nell'Enciclopédie di Diderot e D'Alembert*, Milano Baldini & Castoldi, 1998. A proposito di D'Alembert, si racconta il seguente aneddoto: «Federico II il Grande, Re di Prussia, era riuscito a trattenere per qualche tempo nella sua reggia a Berlino, il filosofo D'Alembert, autore, insieme a Diderot, dell'Enciclopedia che lo stesso Federico II generosamente sovvenzionava. Federico II e D'Alembert avevano frequenti occasioni di scambiare le proprie opinioni, ma D'Alembert si sentiva isolato perché, nella reggia, Federico II era l'unica persona con cui poteva conversare di questioni interessanti. Decise pertanto di rientrare in Francia. A Federico II, che cercava di dissuaderlo perché gradiva molto la sua frequentazione e voleva che continuasse a rimanere a Berlino, D'Alembert così rispose: «Sire, purtroppo i nostri destini ci separano. Il vostro è quello di essere Re, il mio quello di essere un uomo libero».

<sup>35</sup> Sull'Enciclopedia v. F. VENTURI, *Le origini dell'Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1946. Con la diffusione dell'Enciclopedia si sono create le condizioni per realizzare la nota previsione di JOHN LOCKE: «Attraverso l'istruzione si promuove il progresso dell'uomo anche in chiave morale». Un libro celebre che ha anticipato (anno 1644) gli obiettivi perseguiti dai creatori dell'Enciclopedia, propugnando la libertà di stampa, l'abolizione della censura e il libero confronto tra opinioni diverse per giungere alla verità è senz'altro l'*Areopagitica* di JOHN MILTON (Milano, Bompiani, 2002), nel quale si legge (p. 85): «Lasciate che la verità e la menzogna si combattano in un duro confronto: chi ha mai visto la verità soccombere in uno scontro libero e aperto?».

<sup>36</sup> Su Montesquieu v. S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, Giappichelli, 1953; S. LANDUCCI, *Montesquieu e l'origine della scienza sociale*, Firenze, Sansoni, 1973.

### 3. *La preparazione all'avvento degli stati democratici: il Federalist e la Costituzione americana*

Il messaggio di Montesquieu sulla separazione dei poteri è stato direttamente recepito dai Padri fondatori del primo moderno Stato democratico che la storia ricordi: gli Stati Uniti d'America.

Chi conosce quella raccolta straordinaria di saggi, scritti nel 1787 con lo pseudonimo *Publius*, da *Alexander Hamilton*, *James Madison* e *John Jay*, nota con il nome *Federalist*<sup>37</sup>, ricorderà senza dubbio che il saggio n. 47 e, in parte, il saggio n. 48, redatti da James Madison, divenuto, in seguito, quarto Presidente degli Stati Uniti d'America<sup>38</sup>, accordano grandi elogi alla dottrina sulla separazione dei poteri di Montesquieu, attribuendo ai membri della Convenzione di Filadelfia, del 1787, il coraggio e la sagacia di essere riusciti a dare un'applicazione effettiva e concreta a tale dottrina nel testo della proposta di Costituzione degli Stati Uniti d'America da sottoporre all'approvazione dei rappresentanti del popolo americano<sup>39</sup>.

Nella raccolta di *Federalist* sono contenuti anche alcuni saggi che affrontano direttamente il problema del rispetto dell'etica in politica e nella gestione degli affari pubblici, nel quadro del sistema istituzionale previsto dalla proposta di Costituzione (americana).

Nel saggio n. 10 di *Federalist*, sempre scritto da James Madison, si legge: «*Le cause latenti della faziosità sono, in effetti, intessute nella natura stessa dell'uomo e noi le vediamo ovunque, più o meno operanti, a seconda di quelle che sono le varie situazioni di una società civile*»<sup>40</sup>.

Da questa affermazione si comprende che, per James Madison, la prevenzione dei comportamenti scorretti, disonesti e pregiudizievoli, posti in essere da chi esercita poteri pubblici, dipende dall'impiego di rimedi adeguati.

In effetti, nello stesso saggio egli sostiene che: «*È vano affermare che illuminati uomini di Stato ben sapranno conciliare questi contrastanti interessi, convogliandoli tutti verso il pubblico bene*».

<sup>37</sup> Cfr. *Il Federalista*, Bologna, Il Mulino, 1997. Oltre agli autori citati nel testo si potrebbe ricordare anche THOMAS PAINE, autore di libri che hanno avuto un notevole successo come *I diritti dell'uomo* e *Senso comune*: cfr. C. HITCHENS, THOMAS PAINE, *I diritti dell'uomo*, Roma, New Compton, 2007.

<sup>38</sup> *James Madison* è stato il più autorevole, intellettualmente parlando, dei *Padri Fondatori* degli Stati Uniti d'America ed ha contribuito in modo determinante all'elaborazione della Costituzione Federale del 1787.

<sup>39</sup> Sull'interpretazione della dottrina della separazione dei poteri v. note 26 e 27 della *Prima parte* del presente lavoro, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss., che fanno riferimento alla posizione degli interpreti di *Montesquieu* segnalata nel testo.

<sup>40</sup> Sul punto cfr. ROBERT A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Bari-Roma, Laterza, 2003, p. 25.

Secondo Madison, una tale affermazione non regge, per cui «*La conclusione cui siamo tratti, sarà dunque la seguente: che le cause di faziosità non possono venire eliminate e che bisogna, dunque, limitarsi a trovare dei rimedi atti a ridurne gli effetti*»<sup>41</sup>.

Come si può comprendere, nella conclusione di James Madison viene adombrata la soluzione da adottare per far fronte ai comportamenti scorretti o faziosi di coloro ai quali deve essere demandata la gestione degli affari pubblici in base alla Costituzione.

I medesimi concetti saranno vigorosamente ribaditi e sviluppati dallo stesso Madison nel saggio n. 51 di *Federalist*, nel quale vengono, in particolare, suggeriti i rimedi da adottare.

Secondo Madison, «*Gli interessi personali dell'uomo [di governo] dovrebbero possibilmente coincidere con i diritti costituzionali della carica da lui ricoperta. Il ricorrere a mezzi del genere per controllare gli abusi del Governo può sembrare però il risultato di un'analisi pessimistica della natura umana. Ma che cos'è il governo stesso, se non la più poderosa esposizione della natura umana? Se gli uomini fossero angeli non occorrerebbe alcun governo. Se fossero gli angeli a governare gli uomini, ogni controllo esterno o interno sul governo diverrebbe superfluo. Ma nell'organizzare un governo di uomini che dovranno reggere altri uomini, qui sorge la grande difficoltà: prima si dovrà mettere il governo in grado di controllare i propri governati e, dopo, obbligarlo ad autocontrollarsi. L'autorità di controllo rappresenta, indubbiamente, il primo e più importante sistema di controllo di un governo, ma l'esperienza ha insegnato all'umanità che altre garanzie ausiliarie sono necessarie*».

Dalle considerazioni appena riportate, si deduce senza difficoltà che James Madison aveva perfettamente intuito quali fossero gli strumenti da utilizzare per rendere possibile il rispetto dei principi dell'etica sui quali si fonda la corretta gestione del potere, sia con riferimento ai rappresentanti del governo e a quelli dello Stato, sia con riferimento ai cittadini governati.

Gli strumenti per assicurare il rispetto dei predetti principi, secondo Madison, devono essenzialmente consistere nell'introduzione di una combinazione di adeguate misure di carattere istituzionale, da un lato, e di particolari sistemi di controllo, dall'altro lato.

<sup>41</sup> Con riferimento alla difficoltà di far funzionare correttamente un Paese retto da un regime democratico, a causa dei difetti degli uomini, si vedano le tesi di Rousseau esposte ne *Il contratto sociale* (capitolo IV: *La democrazia*) secondo cui: «*Se ci fosse un popolo di dei, si governerebbe democraticamente. Ma un governo così perfetto non è fatto per gli uomini*». Questa conclusione di Rousseau è sicuramente all'origine della famosa frase contenuta nel saggio n. 51 del *Federalist*, scritto da James Madison, subito dopo riportata nel testo.

Su questi aspetti avremo modo di ritornare più avanti, tanto nella seconda quanto nella terza parte del presente lavoro.

La perspicace lungimiranza di *James Madison* viene infine confermata dalla proposta, da lui presentata nel 1791, di inserire nella Costituzione americana una «*Dichiarazione dei diritti*» (*Bill of Rights*), consistente in una lista di diritti fondamentali posti a tutela dei cittadini.

Questi diritti si riferiscono anche a precetti di carattere etico-morale, come quelli contenuti nel Primo Emendamento della Costituzione, sul diritto alla libertà di parola e di stampa e quelli inseriti nel IX Emendamento, sul divieto di imporre sanzioni eccessive, come pure di infliggere pene crudeli.

Appare interessante ricordare, a questo proposito, che l'inserimento nella Costituzione della *Dichiarazione sui Diritti* era stato osteggiato da *Alexander Hamilton*, l'altro importante autore dei saggi di *Federalist*, il quale, nel saggio n. 84 aveva affermato che: «*Una dichiarazione dei diritti andrebbe collocata assai meglio in un Trattato di morale che non in una Costituzione*».

Fortunatamente, la tesi di *James Madison* prevalse e, come appena ricordato, l'inserimento della *Dichiarazione dei diritti* nella Costituzione avvenne tramite una revisione costituzionale portata a compimento nel 1791.

Quanto fosse affrettata l'opinione sostenuta da *Hamilton*, gli americani hanno avuto modo di rendersene conto soltanto in epoca successiva. Poiché tra i principi fondamentali ripresi nel «*Bill of Rights*» del 1791, non era stato incluso quello da cui derivava il divieto di praticare la schiavitù, gli Stati Uniti d'America, nel 1861 e, quindi, settant'anni dopo l'approvazione della Costituzione federale, si trovarono lacerati, come sappiamo, da una devastante guerra civile ("*guerra di secessione*") scoppiata tra gli undici Stati del Sud, che ancora praticavano la schiavitù, e gli Stati del Nord che l'avevano abolita<sup>42</sup>. Settant'anni dopo l'entrata in vigore della più celebre Costituzione federale che la storia ricordi, si è dunque verificato proprio l'evento che la stessa Federazione avrebbe dovuto evitare: il conflitto cruento (con quasi un milione di morti) tra gli Stati americani che si erano liberamente federati per affrontare e risolvere insieme i problemi politici, economici, giuridici e sociali che li avevano spinti a federarsi<sup>43</sup>. La mancanza di una norma precisa nella Costituzione (cfr. art. IV, Sez. 2. della Costituzione federale) che si riferisse alla schiavitù, ne aveva implicita-

<sup>42</sup> Come è noto, la guerra di Secessione è scoppiata nel 1861 a seguito dell'elezione alla Presidenza degli Stati Uniti di *Abramo Lincoln*, personalità invisa agli Stati del Sud.

<sup>43</sup> Tutti gli Stati secessionisti avevano approvato un testo della Costituzione che, pur non considerando espressamente la schiavitù, implicitamente l'ammetteva.

mente fatto ammettere la legittimità<sup>44</sup>. Da qui, l'impossibilità di risolvere il conflitto tra Stati favorevoli e Stati contrari alla schiavitù mediante il ricorso a strumenti giuridici.

Come è noto, l'abolizione della schiavitù è stata disposta soltanto dopo la fine della guerra di secessione, mediante il XIII Emendamento approvato nel 1865<sup>45</sup>. L'esperienza americana dimostra, quindi, che al di là dell'esistenza di una Costituzione giuridicamente ben strutturata, sono, in realtà, i valori condivisi e il perseguimento di interessi comuni che portano gli Stati a cooperare pacificamente e proficuamente fra loro. Tra questi valori condivisi rientrano, in primo luogo, i diritti umani fondati sui principi comuni ai Paesi civili delle democrazie occidentali, che possono essere considerati, in ultima analisi, una trasposizione, in forma precettiva, dei concetti di etica e di moralità. E non vi può essere alcun dubbio che il divieto di praticare la schiavitù, introdotto con il XIII Emendamento nel 1865, appena citato, costituisca la trasposizione precettiva di due dei più importanti principi fondamentali di natura etica ispirati ai diritti umani: il principio di libertà e il principio di uguaglianza.

## II. ETICA E LEGALITÀ NELL'ATTIVITÀ POLITICA DEGLI STATI DEMOCRATICI

### 1. *L'intuizione di Alexis de Tocqueville*

Abbiamo più sopra accennato alla pratica impossibilità di pretendere il rispetto dell'etica e della legalità nell'esercizio del potere pubblico da parte dei governanti degli Stati non democratici del 1500 e del 1600, in precedenza considerati. Abbiamo altresì fatto cenno allo straordinario succedersi di eventi accaduti nell'America del Nord alla fine del 1700, che hanno consentito di portare a compimento la creazione del primo Stato democratico (federale) della storia: gli Stati Uniti d'America.

Per la prima volta nella storia si presentava, quindi, la possibilità di verificare, in concreto, le differenze di funzionamento tra uno Stato democratico ed altri Stati nei quali, agli inizi del 1800, vigevano invece regimi diversi.

<sup>44</sup> L'art. IV, Sezione Seconda della Costituzione, dice infatti: «Nessuna persona sottoposta a prestazioni di servizio o di lavoro di uno degli Stati, secondo le leggi ivi vigenti, e che si sia rifugiata in un altro Stato, potrà, in virtù di qualsiasi legge o regolamento quivi in vigore, essere esentata da tali prestazioni di servizio o di lavoro; ma su richiesta dell'interessato, verrà consegnata alla parte cui tali prestazioni sono dovute».

<sup>45</sup> Il XIII Emendamento stabilisce che: «Né schiavitù, né servitù involontaria potranno sussistere negli Stati Uniti, o in luogo alcuno soggetto alla loro giurisdizione, se non per punizione di un crimine per il quale l'imputato sia stato debitamente condannato». V. sul punto G. SACERDOTI MARIANI - A. REPOSO e M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Firenze, Sansoni, 1995, p. 29.

Come è risaputo, l'autore che per primo ha pensato di approfittare in modo geniale di questa possibilità, è stato il magistrato francese *Alexis de Tocqueville* che, con il pretesto di studiare il sistema giudiziario e penitenziario americano, ha avuto modo di soggiornare tra il 1831 e il 1832 negli Stati Uniti d'America, raccogliendo una massa enorme di dati e di informazioni che gli hanno consentito di pubblicare, a partire dal 1835, un'opera in due libri, *La democrazia in America*, che si è rivelata un capolavoro di prima grandezza della scienza politica<sup>46</sup>.

Tocqueville, che era favorevole al sistema democratico<sup>47</sup>, aveva intuito che la democrazia, affermatasi in America, si sarebbe gradatamente diffusa anche in Francia e negli Stati europei, per cui aveva deciso di studiarne di persona e sul posto le caratteristiche e il funzionamento, con lo scopo di pubblicare le sue considerazioni in un'opera da diffondere in Francia e in altri Stati.

Le finalità perseguite con la redazione dell'opera e le tecniche impiegate per realizzarla, sono descritte dallo stesso autore nella splendida *Introduzione*<sup>48</sup>, che costituisce un saggio di acuta intelligenza, all'interno del capolavoro di scienza politica rappresentato dall'opera completa.

## 2. *Gli obiettivi perseguiti da Tocqueville*

Per la valutazione degli aspetti che qui soprattutto interessano, concernenti il rispetto dell'etica e della legalità nel sistema degli Stati democratici, appare indispensabile iniziare proprio dall'*Introduzione*, dalla quale si ricavano utili stimoli e corrette indicazioni per l'esecuzione della ricerca.

Il primo risultato realizzato dalla democrazia americana che ha maggiormente colpito Tocqueville, come egli stesso ammette all'inizio dell'*Introduzione*, è «*l'uguaglianza delle condizioni*».

Secondo Tocqueville «*Facilmente potei constatare che essa [l'uguaglianza delle condizioni] esercita un'influenza straordinaria sul cammino*

<sup>46</sup> I riferimenti al testo de *La democrazia in America* preso in esame nel presente lavoro, sono quelli dell'edizione di Utet, Torino, del 1968 (Secondo volume degli *Scritti politici di Alexis de Tocqueville*, a cura di Nicola Matteucci). A tale testo si riferiscono i passi riportati nel presente lavoro che saranno citati con la locuzione *op. cit.* e con il numero delle pagine di riferimento. Per la versione linguistica in italiano ho preferito, invece, riportare la traduzione apparsa nell'edizione della *Biblioteca Universale Rizzoli*, 1999.

<sup>47</sup> Si veda lo splendido passo, qui riportato, estratto dal capitolo nono della seconda parte del Primo libro (*La democrazia in America, cit. supra*, p. 372): «*Ma penso che, se non si giunge ad introdurre a poco a poco e a fondare infine tra noi delle istituzioni democratiche, e se si rinuncia a dare a tutti i cittadini idee e sentimenti che li preparino prima alla libertà, e gliene permettano poi l'uso, non ci sarà indipendenza per nessuno, né per il borghese, né per il nobile, né per il povero, né per il ricco, ma un'eguale tirannide per tutti; e prevedo che, se non si riesce col tempo a stabilire tra noi l'impero pacifico della maggioranza, arriveremo presto tardi al potere illimitato di uno solo*».

<sup>48</sup> È l'introduzione al primo libro dell'opera, pubblicato nel 1835, *op. cit.* p. 15.

*della società, dà un certo indirizzo allo spirito pubblico e una certa linea alle leggi, suggerisce nuove massime ai governanti e particolari abitudini ai governati. Compresi subito, inoltre, che questo fatto estende la sua influenza anche fuori della vita politica e delle leggi e domina, oltre che il governo, anche la società civile: esso crea opinioni, fa nascere sentimenti e usanze e modifica tutto ciò che non è suo effetto immediato».*

Occorre subito osservare che «l'uguaglianza delle condizioni», che ha così favorevolmente impressionato Tocqueville, è un risultato di carattere etico che discende direttamente dal rispetto del principio fondamentale di libertà (di pensiero, di parola e di diffusione della propria opinione) reso possibile dalla democrazia.

Consapevole che nella prima metà del 1800 erano attivi vari movimenti impegnati a favorire l'affermazione della democrazia anche in Francia, Tocqueville si era reso conto dell'importanza della sua intuizione e del grande impatto che la sua opera avrebbe potuto esercitare.

Illustrando le caratteristiche e il funzionamento del sistema democratico americano, nonché le conseguenze da esso prodotte, egli ha pertanto pensato di poter rendere un notevole servizio a tutti coloro che erano interessati a conoscere i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'introduzione della democrazia anche in Francia.

Come lo stesso autore riconosce nell'*Introduzione*: «Da quel momento concepì l'idea di questo libro. Una grande rivoluzione democratica si va operando presso di noi [in Francia]; tutti la vedono benché non tutti la giudichino egualmente. Alcuni la considerano come una novità e, ritenendola un fenomeno accidentale, sperano ancora di poterla arrestare; altri invece la credono irresistibile poiché essa sembra loro il fatto più antico, continuo e duraturo della storia».

In ogni caso, convinto di dover affrontare nella sua opera temi ed argomenti in precedenza non ancora studiati, per l'assenza di modelli concretamente disponibili, Tocqueville si era reso subito conto della necessità di impiegare nuovi metodi di studio e di ricorrere a nuove tecniche di ricerca: «A un mondo completamente nuovo, occorre una nuova scienza politica»<sup>49</sup>.

### 3. *Lo straordinario impatto dell'opera di Tocqueville, «La democrazia in America»*

In effetti, il capolavoro di Tocqueville è veramente il prodotto derivato da una nuova scienza politica, sotto il profilo formale, con riferimento alla tecnica di ricerca impiegata.

<sup>49</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 20.

Ma, sotto il profilo sostanziale, Tocqueville, dopo aver terminato la sua opera, non si era affatto convinto che fosse conveniente trasporre, in Francia, il sistema democratico così come veniva praticato in America. Nell'introduzione si legge infatti: «*Mi sembra fuor di dubbio che presto o tardi arriveremo anche noi, come gli americani, all'eguaglianza quasi completa delle condizioni; ma non concludo affatto che anche noi dovremo un giorno trarre da un simile assetto sociale le conseguenze politiche che ne hanno tratto gli americani. Son ben lontano dal credere che essi abbiano trovato la sola forma di governo che possa darsi la democrazia*».

Dopo questa riflessione, Tocqueville termina l'*Introduzione* svelando un'altra tecnica da lui impiegata nella redazione della sua opera: «*Voglio finire segnalando io stesso quello che molti lettori giudicheranno il difetto principale di quest'opera. Questo libro non si mette in modo deciso al seguito di alcuno; scrivendolo non ho inteso servire o combattere alcun partito; mi sono sforzato soltanto di vedere, non già diversamente, ma più lontano dei vari partiti; e, mentre essi si occupano del domani, io ho voluto pensare all'avvenire*». Esattamente ciò che i lettori non avrebbero, forse, potuto comprendere.

L'introduzione appena commentata, si riferisce formalmente al primo libro dell'opera *La democrazia in America*, pubblicato, come già accennato, nel 1835, ma, nella sostanza, riassume il pensiero di Tocqueville che troviamo espresso anche nel secondo libro, pubblicato nel 1840<sup>50</sup>.

Il secondo libro di *La democrazia in America*, contiene, a sua volta, numerose considerazioni interessanti per quanto riguarda il nostro lavoro.

Le quattro parti del secondo libro portano, rispettivamente, questi titoli: *a. Influenza della democrazia sul movimento intellettuale degli Stati Uniti; b. Influenza della democrazia sui sentimenti degli americani; c. Influenza della democrazia sui costumi propriamente detti; e. Influenza delle idee e dei sentimenti democratici sulla società politica*.

Ai fini della nostra ricerca, volta a verificare il rispetto dell'etica e della legalità nel sistema degli Stati democratici, le considerazioni svolte da Tocqueville, in ognuna delle quattro parti del secondo libro, sono pertanto di indubbia rilevanza. Soprattutto perché tali considerazioni, derivanti dal confronto diretto e coevo tra la situazione negli Stati retti da regimi non democratici e quella risultante dall'applicazione del sistema democratico degli Stati Uniti d'America, rendono più agevole la comprensione delle differenze effettivamente prodotte dai due diversi sistemi.

<sup>50</sup> Il secondo libro, pubblicato nel 1840, contrariamente alle aspettative di Tocqueville, ha avuto un'accoglienza meno favorevole rispetto a quella del primo libro.

#### 4. *Il confronto tra i regimi aristocratici e il sistema democratico*

Per i fini della nostra ricerca, le considerazioni di Tocqueville non richiedono però di essere analizzate in modo esaustivo e sistematico, ma saranno brevemente prese in considerazione soltanto per mettere in luce le differenze tra i sistemi in esame, con riferimento agli aspetti che qui maggiormente interessano.

Un'osservazione preliminare si rende però necessaria per consentirci di meglio comprendere le differenze che qui rilevano, con riferimento all'impatto avuto dal sistema democratico sul comportamento dei cittadini americani, così attentamente esaminato nel secondo libro dell'opera *La democrazia in America*.

In considerazione dell'impianto completo dell'opera, avendo Tocqueville dedicato il *Primo libro*, come è noto, alla descrizione dell'ordinamento istituzionale americano nonché all'analisi del nuovo sistema di gestione del potere politico e della sua incidenza sul comportamento di coloro che lo gestivano, appare opportuno, prima di esaminare le considerazioni svolte nel *Secondo libro*, riferire l'opinione espressa dall'Autore relativamente agli effetti prodotti dal nuovo sistema istituzionale sul comportamento di questi ultimi soggetti, vale a dire, sui responsabili degli organi dello Stato, sui rappresentanti del parlamento e sui funzionari pubblici.

A nostro avviso, il modo più semplice e proficuo per arrivare a comprendere l'opinione di Tocqueville, a questo riguardo, è quello di esaminare il paragrafo dedicato alla *Corruzione*, contenuto nel capitolo quinto della seconda parte del Primo libro<sup>51</sup>.

Tale paragrafo comincia mettendo subito a confronto la permeabilità alla corruzione dei due diversi sistemi: aristocratico e democratico. Secondo Tocqueville, «*L'aristocrazia e la democrazia si accusano reciprocamente di facilitare la corruzione; a questo riguardo bisogna distinguere. Nei governi aristocratici gli uomini che dirigono gli affari sono ricchi e desiderano soltanto il potere. Nelle democrazie gli uomini di stato non sono ricchi e devono fare la loro fortuna*»<sup>52</sup>. Questa constatazione che, per quanto riguarda le democrazie, si basa certo sulle condizioni esistenti al momento dell'avvio dell'esperimento democratico americano dei primi decenni del 1800 (che sono però perdurate per lunghissimo tempo negli Stati Uniti d'America e che sono ancora normalmente presenti nella gran parte degli Stati democratici odierni), consente a Tocqueville di mettere a fuoco il punto centrale del problema.

<sup>51</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 262.

<sup>52</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 262.

Nel passo immediatamente successivo, Tocqueville precisa infatti che: «Nelle aristocrazie, poiché quelli che vogliono arrivare alla direzione degli affari dispongono di grandi ricchezze, e poiché il numero di quelli che possono farveli pervenire è spesso assai limitato, il governo viene in qualche modo messo all'asta. Invece, nelle democrazie, coloro che brigano per il potere non sono mai ricchi e il numero di quelli che concorrono a darlo è molto grande»<sup>53</sup>. Tale precisazione consente a Tocqueville di mettere in luce le distinte dinamiche della corruzione riscontrate nei regimi aristocratici e nei sistemi democratici. Secondo Tocqueville, infatti: «Se dunque gli uomini che dirigono l'aristocrazia cercano all'occasione di corrompere, i capi delle democrazie sono a loro volta spesso corrotti»<sup>54</sup>. La corruzione è pertanto, per così dire, una malattia endemica per gli uomini interessati al potere e per quelli che lo esercitano. La conclusione alla quale giunge Tocqueville è dunque questa: «È quindi inutile dire che le passioni disoneste si trovano in tutti i ceti, che esse spesso salgono per diritto di nascita al trono, che si possono trovare uomini immorali alla testa di nazioni aristocratiche come nel seno delle democrazie»<sup>55</sup>.

##### 5. I rimedi alle disfunzioni del sistema democratico

Le conclusioni di Tocqueville sono sostanzialmente le stesse alle quali era pervenuto James Madison nel brano del saggio n. 51 di *Federalist*, in precedenza riportato ed esaminato<sup>56</sup>. Possiamo soltanto aggiungere che a tali conclusioni *Madison* era pervenuto sulla base delle sue previsioni e

<sup>53</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263.

<sup>54</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263. A questo proposito appaiono significative le massime di Vilfredo Pareto: «Il Governo è una forma legale di corruzione organizzata» e di Maffeo Pantaleoni: «Lo Stato è un gruppo di camorristi peggiore di ogni altro, più forte, più numeroso, più corazzato, meno sospetto e più asino di ogni altro».

<sup>55</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 263. Illuminanti, ancora una volta, appaiono quindi le sagge considerazioni di ARISTOTELE svolte nella sua *Politica*, per mettere in guardia contro i pericoli connessi alla gestione del potere: «Perciò è una grande fortuna che i cittadini effettivi abbiano una ricchezza sufficiente e intermedia, perché, dove gli uni posseggono troppo e gli altri nulla, si giunge alla democrazia estrema o all'oligarchia pura o alla tirannide determinata dagli eccessi degli uni o degli altri [...] quando viene a mancare il ceto medio, e i poveri acquistano la prevalenza numerica, la vita politica si corrompe, e le città cadono rapidamente in rovina». Sul problema della corruzione, come viene trattato da Tocqueville nel suo capolavoro, *J. Stuart Mill*, nel suo interessante commento dal titolo *Sulla democrazia in America*, Napoli, Guida Editore, 1971, alle p. 118 ss., svolge interessanti considerazioni che meritano un'attenta riflessione.

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, nota 41. Secondo I. KANT, *La pace perpetua*, Milano, Rusconi, 1997, la politica e il potere arrivano a corrompere anche i filosofi. Così, infatti, Kant si esprime in un celebre passo, p. 121, dell'opera citata: «Non c'è da attendersi che i re filosofeggino o che i filosofi diventino re e neppure da desiderarlo, poiché il possesso della forza corrompe inevitabilmente il libero giudizio della ragione».

delle sue intuizioni, mentre *Tocqueville* vi è pervenuto sulla base delle sue constatazioni e della sua esperienza.

In ogni caso, come si ricava sia dai diversi brani dei saggi di Madison contenuti in *Federalist*, sia da vari passi dell'opera di Tocqueville, entrambi gli autori erano convinti che il rispetto dell'etica e della legalità, tanto nei comportamenti dei governanti quanto in quelli dei governati, sarebbe stato ottenuto soltanto facendo ricorso a misure di carattere istituzionale abbinate all'applicazione di un sistema efficace di controlli.

Una conferma della correttezza di questa impostazione può essere rinvenuta nel modo in cui è stata affrontata negli Stati Uniti d'America la complessa e delicata questione della schiavitù.

Come abbiamo in precedenza segnalato, la Costituzione americana non vietava la schiavitù, violando così due principi fondamentali ispirati ai diritti umani, il principio di libertà e quello di uguaglianza, rendendo evidente un caso clamoroso di conflitto tra etica e legalità.

La legge costituzionale tollerava, infatti, la schiavitù rendendola legale e risultava così in aperto contrasto con i principi dell'etica, che categoricamente la rifiutavano come immorale.

Come abbiamo più sopra ricordato, *James Madison* aveva compreso che la tutela dei diritti dei cittadini doveva essere assicurata con norme espressamente inserite nel testo della Costituzione ed aveva introdotto, nel 1791, la menzionata *Dichiarazione dei diritti* all'interno della Costituzione medesima.

Ma anche nella *Dichiarazione dei diritti*, come pure sappiamo, non era contenuto alcun divieto di praticare la schiavitù, per cui non è stato possibile prevenire ed evitare, con il ricorso alle norme dell'ordinamento giuridico, il grave conflitto tra le parti avverse che, purtroppo, è stato invece risolto sui campi di battaglia con il ricorso alle armi, che ha avuto inizio nel 1861 con la guerra di secessione.

Come già ricordato, l'obiettivo di carattere etico, rappresentato dall'abolizione della schiavitù, è stato alla fine conseguito mediante una modifica costituzionale consistente nell'adozione del XIII Emendamento che ha reso illegale la pratica della schiavitù a partire dal 1865 al termine della guerra di secessione.

Una volta introdotto normativamente il divieto, la sua effettiva attuazione e la sua costante osservanza, sono state, in seguito, rese possibili dall'applicazione di un sistema di controlli adeguato. Anche con riferimento alla pratica della schiavitù, Tocqueville aveva perfettamente compreso l'insostenibilità della situazione nella quale le Istituzioni americane erano

venute a trovarsi e, trent'anni prima dello scoppio della guerra di secessione, aveva espresso, nel suo capolavoro, una profetica previsione dei pericoli con i quali gli americani sarebbero stati costretti a confrontarsi.

Secondo Tocqueville, infatti, «*La schiavitù, ristretta a un sol punto del globo, attaccata dal cristianesimo perché ingiusta, dall'economia politica perché funesta; la schiavitù in mezzo alla libertà democratica e alla cultura del nostro tempo non è un'istituzione che possa durare. Cesserà per opera dello schiavo o per opera del padrone: in entrambi i casi bisogna attendersene grandi pericoli*»<sup>57</sup>. Da quanto appena riportato si deduce in modo evidente che secondo Tocqueville dovevano essere introdotte specifiche misure normative destinate ad abolire la schiavitù.

In ogni caso, le previsioni di *Tocqueville*, come sappiamo, si sono rivelate esatte<sup>58</sup>.

## 6. Regimi di governo e comportamento dei cittadini

Con l'adozione di specifiche misure destinate a trovare applicazione nell'ordinamento giuridico come norme vincolanti e con il ricorso ad un sistema di controlli adeguati, sarebbe stato pertanto possibile far fronte ai numerosi problemi con i quali la giovane democrazia americana doveva confrontarsi.

Ricorrendo a tale metodo sarebbe stato soprattutto possibile far fronte ai problemi causati dalla violazione dei principi e delle regole sull'etica e sulla legalità in materia economica, come più avanti si vedrà, esaminando lo sviluppo dell'economia negli Stati Uniti d'America.

Questa linea di pensiero tracciata, come abbiamo visto, da *James Madison* nei saggi di *Federalist* e sposata da *Tocqueville* nella sua opera *La democrazia in America*, con riferimento ai problemi, sopra esaminati, riguardanti i governanti in quanto detentori del potere, è stata ancor più ap-

<sup>57</sup> TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 427. Ugualmente molto interessanti sono le considerazioni di Tocqueville svolte da p. 400 a p. 426 della stessa opera.

<sup>58</sup> Le previsioni di Tocqueville si sono rivelate esatte anche con riferimento ai pericoli derivanti dall'abolizione della schiavitù, come attesta il seguente passo della *Dichiarazione* rilasciata dal Presidente LYNDON B. JOHNSON nel 1964 all'atto della firma della legge sui diritti civili: «*Noi crediamo che tutti abbiano diritto al bene della libertà. Eppure milioni di esseri umani ne sono privati – non per colpa loro, ma a causa del colore della pelle [...] [questa situazione] [...] non può durare. Lo vieta la nostra Costituzione, il fondamento della nostra Repubblica. Lo vietano i principi della nostra libertà. E lo vieta la legge che io firmo oggi*». Cfr. sul punto l'analisi approfondita di GUNNAR MYRDAL (Premio Nobel per l'economia: 1974), in *An American Dilemma: the Negro Problem and Modern Democracy*, New York-London, Harper & Bros, 1944. L'opera di Myrdal ha influenzato la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che, con la sentenza nel caso *Brown c. Board of Education*, ha condannato la segregazione razziale nelle scuole pubbliche americane.

prezzata e seguita dallo stesso Tocqueville con riferimento agli stessi problemi riguardanti i cittadini governati.

Come sappiamo, secondo Tocqueville (come pure, d'altra parte, secondo James Madison), non sono i regimi di governo, come tali, che possono determinare cambiamenti nella natura umana. I regimi di governo possono invece determinare il cambiamento delle condizioni nelle quali i cittadini si trovano a vivere e ad operare. Tocqueville, avendo avuto la possibilità di effettuare, in parallelo, un'indagine accurata, nello stesso periodo di tempo, sul modo di comportarsi e di operare dei cittadini dei Paesi aristocratici (Francia) e di quelli della giovane democrazia americana, indagine che, come abbiamo già ricordato, nessuno studioso prima di lui avrebbe potuto oggettivamente eseguire per ovvie ragioni, ha subito compreso il rilevante impatto esercitato dal sistema democratico sul comportamento dei cittadini con riferimento agli aspetti che interessano la nostra ricerca.

### 7. *Impatto del sistema democratico sui cittadini americani*

L'impatto di gran lunga più importante esercitato dal sistema democratico sui cittadini americani, secondo Tocqueville, aveva attinenza con la loro tendenza ad associarsi per risolvere i problemi di interesse comune. Secondo Tocqueville «*Gli americani di ogni età, di ogni condizione, di ogni tendenza, si uniscono continuamente. Essi non hanno solamente associazioni commerciali e industriali cui tutti prendono parte, ma anche di mille altre specie: religiose, morali, serie, futili, generali, particolari, grandissime e piccolissime; gli americani si associano per organizzare feste, fondare seminari, costruire alberghi, fabbricare chiese, diffondere libri, inviare missionari agli antipodi, come per fondare ospedali, prigioni, scuole*»<sup>59</sup>. Questa spinta ad associarsi per risolvere i problemi di interesse comune era indubbiamente l'effetto dell'applicazione del sistema democratico che garantisce, in generale, ai cittadini la libertà di pensiero, di parola e di associazione nonché l'uguaglianza delle condizioni nelle quali i cittadini si trovano a vivere e ad operare.

Un tal modo di comportarsi determina, a sua volta, conseguenze di indubbio rilievo sull'educazione e sulla formazione dei cittadini, perché li abitua ad agire come uomini liberi, razionali e responsabili, capaci di avvalersi del «*proprio intelletto senza la guida di un altro*», come si legge nella celebre definizione di Illuminismo di Kant, sopra riportata<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 597.

<sup>60</sup> Cfr. *supra*, nota 23. Ritorneremo, nella terza parte di questo lavoro, sugli effetti prodotti

E questa capacità di agire come uomini liberi distingueva i cittadini americani dai cittadini dei Paesi retti da un regime aristocratico, nel senso precisato da Tocqueville: «*Ovunque alla testa delle iniziative nuove, allo stesso modo che in Francia troverete il governo e in Inghilterra qualche grande signore, in America troverete delle Associazioni*»<sup>61</sup>.

Un'altra conseguenza importante resa possibile dallo sviluppo dell'associazionismo, nella democrazia americana, è stata la diffusione della stampa libera, e, quindi, di giornali liberi e indipendenti.

Secondo Tocqueville: «*Così l'America è il Paese del mondo dove esistono, ad un tempo, il maggior numero di associazioni e il maggior numero di giornali*». A suo giudizio, esisteva un forte legame tra associazione e giornale in quanto: «*Il giornale rappresenta l'associazione; si può dire che esso parla a ciascuno dei suoi lettori in nome di tutti gli altri e li trascina tanto più facilmente quanto più sono individualmente deboli. L'impero dei giornali deve dunque crescere a mano a mano che gli uomini divengono uguali*»<sup>62</sup>.

L'importanza della stampa libera, come garanzia dello sviluppo democratico di un Paese, si trova sintetizzata nel celebre aforisma, attribuito a *Thomas Jefferson*, uno dei padri della Costituzione americana, divenuto terzo Presidente degli Stati Uniti d'America, nel 1801: «*È meglio avere una stampa libera senza governo, piuttosto che avere un governo senza stampa libera*».

La tendenza dei cittadini americani ad associarsi per risolvere i problemi di interesse comune, di carattere civile ed economico, ha naturalmente favorito anche l'associazionismo politico, rendendo quindi possibile la costituzione di partiti politici.

Secondo Tocqueville sussiste una stretta relazione tra le associazioni civili e le associazioni politiche, al punto da ritenere che «*Esiste fra le due specie di associazioni un rapporto naturale e forse necessario*»<sup>63</sup>.

dall'associazionismo sul comportamento dei cittadini.

<sup>61</sup> *Tocqueville, op. cit.*, p. 597. L'entusiasmo dimostrato da Tocqueville per le associazioni americane intese come corpi intermedi collocati tra lo Stato e gli individui che, a suo giudizio, rappresentavano una sorprendente e straordinaria novità, lo porta ad affermare che «*nei Paesi democratici la scienza dell'associazione è la scienza madre*», aggiungendo che «*il progresso di tutte le altre [scienze] dipende dai progressi di questa*». Egli conclude quindi, sostenendo che «*se il governo venisse dappertutto a sostituire le associazioni, anche la morale e l'intelligenza di un popolo democratico correrebbero pericoli non minori di quelli del commercio e dell'industria*». Sul punto cfr. L. INFANTINO, *Tocqueville: problemi gnoseologici e democrazia liberale*, cit. supra, nota 8, p. 80. Cfr. anche, per una diversa valutazione, G. DE LUCIA LUMENO, *Per una breve storia della sussidiarietà*, Roma, Edicred, 2014, p. 57.

<sup>62</sup> *Tocqueville, op. cit.*, p. 603.

<sup>63</sup> *Tocqueville, op. cit.*, p. 606.

L'importanza delle associazioni politiche e, quindi, dei partiti politici, è chiaramente riconosciuta da Tocqueville che ne apprezza e mette in rilievo la particolare funzione educativa affermando: «*Le associazioni politiche possono, dunque, essere considerate come grandi scuole gratuite dove tutti i cittadini vengono ad imparare la teoria generale delle associazioni*»<sup>64</sup>.

#### 8. *La dottrina dell'interesse bene inteso*

Le considerazioni in precedenza svolte, dedicate, in particolare, allo spirito dei cittadini della giovane democrazia americana che costantemente li spinge ad associarsi per affrontare e risolvere problemi di interesse comune di carattere civile, economico e sociale consentono a Tocqueville di riflettere sui cambiamenti che la natura umana può subire in un regime democratico, fornendogli gli argomenti necessari di cui egli si serve per redigere il testo dell'interessante capitolo ottavo, della parte seconda del *Secondo libro* del suo capolavoro, intitolato: «*Come gli americani combattono l'individualismo con la dottrina dell'interesse bene inteso*».

In questo capitolo, Tocqueville affronta l'argomento che abbiamo già trattato nella prima parte del presente lavoro quando abbiamo esaminato e descritto gli sforzi profusi dagli economisti (*Mandeville* e *Adam Smith*) e dai filosofi (*Rousseau*) per legittimare, sotto il profilo etico, il comportamento egoistico tenuto dagli uomini nei loro rapporti reciproci in materia economica.

Come si ricorderà, Rousseau era arrivato ad operare una distinzione tra *l'amor proprio* (inteso come egoismo) e *l'amor di sé* che, invece, doveva essere considerato un sentimento eticamente giustificato e moralmente apprezzabile<sup>65</sup>.

Seguendo questa linea di pensiero, come abbiamo pure ricordato, Adam Smith era pervenuto a giustificare e ad approvare il comportamento egoistico nei rapporti economici, perché, grazie all'azione della *mano invisibile*, tale comportamento arrivava a determinare effetti benefici a favore dell'economia ed a favore dell'intera società<sup>66</sup>.

Tocqueville, nel capitolo ottavo qui esaminato, riprende, in sostanza, gli stessi concetti, ma li fa risalire a *Montaigne*, invece che agli autori appena citati<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 607. Sul punto cfr. F. M. DE SANCTIS, *Tocqueville (Democrazia e rivoluzione)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 73 ss.

<sup>65</sup> Cfr. nota 35 della *Prima parte*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss. e i passi del testo ai quali la nota si riferisce.

<sup>66</sup> Cfr. nota 39 della *Prima parte, loc. cit.*

<sup>67</sup> La massima di *Montaigne*, che Tocqueville riprende nel capitolo ottavo della seconda

Orbene, l'abbinamento tra *l'amore di sé*, inteso come l'intendeva Rousseau, e l'effetto della *mano invisibile* di Adam Smith consente di costituire il fondamento di una dottrina che, nel linguaggio di Tocqueville, prende il nome di «dottrina dell'interesse ben inteso».

Secondo Tocqueville, la dottrina dell'interesse ben inteso «*presso gli americani dei nostri tempi è stata universalmente accettata ed è divenuta popolare: la si trova a fondamento di ogni azione e di ogni discorso, sulla bocca del povero come sulla bocca del ricco*»<sup>68</sup>.

Preoccupandosi di fornirne una definizione comprensibile, Tocqueville così precisa: «*L'interesse bene inteso è una dottrina poco elevata, ma chiara e sicura. Essa non cerca di raggiungere grandi oggetti, ma raggiunge con poco sforzo tutti quelli cui mira. Siccome è alla portata di tutte le intelligenze, ognuno la afferra facilmente e la osserva senza fatica. Adattandosi meravigliosamente alle debolezze dell'uomo, esercita facilmente un grande dominio, che non riesce difficile conservare, poiché rivolge l'interesse personale contro se stesso e si serve per dirigere le passioni dello stesso sprone con cui le eccita*»<sup>69</sup>.

Fornita la descrizione della dottrina dell'interesse bene inteso, Tocqueville passa ad elencarne gli effetti in rapida successione. Innanzitutto «*La dottrina dell'interesse bene inteso non provoca grandi sacrifici, ma ne suggerisce quotidianamente dei piccoli; da sola non potrebbe rendere un uomo virtuoso, ma forma una moltitudine di cittadini regolati, temperanti, moderati, previdenti, padroni di se stessi e, se non conduce direttamente alla virtù per mezzo della volontà, avvicina ad essa l'uomo per mezzo delle abitudini*»<sup>70</sup>.

Subito dopo Tocqueville aggiunge: «*Se la dottrina dell'interesse bene inteso riuscisse a dominare interamente il mondo morale, le virtù straordinarie sarebbero senza dubbio più rare. Ma penso anche che, allora, sarebbero meno comuni le depravazioni grossolane. La dottrina dell'interesse bene inteso impedisce forse a qualche uomo di salire molto al di sopra del livello ordinario dell'umanità, ma trattiene nel bene molti altri che cadrebbero al disotto. Se considerate qualche individuo, vedrete che essa lo abbassa; se guardate alla specie, essa la eleva*»<sup>71</sup>.

parte del Libro secondo, è la seguente (*op. cit.*, p. 613): «*Quand'anche non seguissi la dritta via perché è dritta, la seguirei se non altro perché ho scoperto, attraverso l'esperienza, che in fin dei conti è generalmente la più felice e la più utile*».

<sup>68</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 613.

<sup>69</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 614.

<sup>70</sup> Tocqueville, *ivi*.

<sup>71</sup> Tocqueville, *ivi*; B. FRIEDMAN, *Il valore etico della crescita (sviluppo, economia e*

Dopo l'illustrazione degli effetti prodotti dalla dottrina nell'interesse bene inteso, Tocqueville giunge a questa categorica conclusione: «*Non esito a dire che la dottrina dell'interesse bene inteso mi sembra, di tutte le teorie filosofiche, la più appropriata ai bisogni degli uomini del nostro tempo e che vedo in essa la più grande garanzia che resta loro contro se stessi. Lo spirito dei moralisti del nostro tempo deve, dunque, rivolgersi principalmente verso di essa, ma, anche se essi la giudicheranno imperfetta, bisognerà adottarla egualmente, perché è necessaria*»<sup>72</sup>.

### 9. Considerazioni di sintesi

Con questa conclusione Tocqueville riprende, in sostanza, la linea di pensiero seguita da Adam Smith nella *Teoria dei sentimenti morali*, che abbiamo esaminato nella prima parte del presente lavoro.

Conviene riportare nuovamente il passo dell'opera di Adam Smith, perché è illuminante ai nostri fini. Secondo Adam Smith «*La società può sussistere tra uomini diversi, come tra diversi mercanti, per il senso della sua utilità, senza alcun amore o affetto reciproco; e anche se nessun uomo in essa dovesse essere soggetto ad alcun obbligo o avere legami di gratitudine con un altro, sarebbe tuttavia tenuta in piedi da un mercenario scambio di buoni uffici, secondo una valutazione concorde*».

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che con queste affermazioni, Adam Smith ritornava alle origini del pensiero sullo svolgimento dei rapporti in materia economica, vale a dire alle scoperte effettuate da Aristotele nell'*Etica Nicomachea*<sup>73</sup>. Sussiste comunque una differenza tra le visioni di Adam Smith e di Tocqueville.

Le affermazioni di Adam Smith trovavano la loro giustificazione nel fatto di essere in particolare riservate a rapporti che avevano implicazioni economiche, e la sua conclusione tendeva quindi a valorizzare non *l'amor proprio* egoista ma *l'amore di sé* nel senso che abbiamo sopra ricordato.

Nella visione di Tocqueville la *dottrina dell'interesse bene inteso* trovava invece applicazione in tutti i rapporti, tanto in quelli economici quanto in quelli sociali e personali, divenendo, quindi, il parametro di riferi-

*progresso civile*), Milano, Egea, 2010, p. 146, ricorda che Tocqueville parla della diffusione tra gli americani di una sorta di «materialismo virtuoso» e che DAVID LANDES (*La ricchezza e povertà delle Nazioni*, Milano, Garzanti, 2000), interpreta questo materialismo virtuoso come «*stima di sé, ambizione, prontezza ad entrare e competere nel mercato, un temperamento individualista e litigioso*».

<sup>72</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 614.

<sup>73</sup> Cfr. nota 13 della *Prima parte*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss.

mento per valutare e misurare il carattere etico di tutti i comportamenti umani.

Così interpretata, la dottrina dell'interesse bene inteso potrebbe soltanto incontrare limiti nelle norme giuridiche e in un adeguato sistema di controlli. Ma poiché l'interesse bene inteso, in materia economica, se non incontra limiti effettivi ed efficaci, consistenti in norme di legge e in controlli efficienti, rimane soltanto sottoposto alle decisioni discrezionali degli operatori interessati, appaiono evidenti i rischi derivanti dall'assenza o dalla insufficienza di tali limiti.

Per poter meglio comprendere, pertanto, il processo che è stato seguito per porre un freno a tali rischi, imponendo il rispetto dell'etica e della legalità all'interno del sistema americano, è necessario estendere la nostra indagine agli aspetti di carattere economico, studiandone l'evoluzione.

## C. Etica e legalità: rapporti con l'economia nel sistema degli stati democratici

### I. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

La dottrina dell'interesse bene inteso in precedenza esaminata, apprezzata da Tocqueville e illustrata nel secondo libro del suo capolavoro *La democrazia in America*, mira, in sostanza, a risolvere il noto conflitto tra i sentimenti altruistici (virtù) e quelli egoistici (vizi) insiti nella natura umana di cui abbiamo discusso nella prima parte del presente lavoro.

Come si ricorderà, Adam Smith, per tentare di trovare un rimedio al predetto conflitto, si avvale dell'intuizione di *Mandeville* e della tesi di *Rousseau*, sostituendo al concetto di *vizio* quello di *interesse* (vantaggio). In tal modo, ricorrendo all'azione provvidenziale della *mano invisibile*, riuscì a trovare la soluzione del problema senza entrare in contrasto con le autorità civili e religiose del suo tempo.

Tocqueville, come abbiamo visto, non ha approfondito la questione sotto il profilo filosofico, dichiarando apertamente di non essere in grado di farlo<sup>74</sup>, ma si è limitato ad approvare e a consigliare la dottrina dell'interesse bene inteso ritenendola «*necessaria*» ed applicabile a tutti i rapporti sia di carattere economico, sia di carattere politico-sociale.

Tale dottrina, a ben vedere, aveva seguito uno sviluppo parallelo a quello seguito dalla teoria di Adam Smith, appena ricordata, perché appare

<sup>74</sup> Tocqueville, *op. cit.*, p. 614.

innestata sulle teorie di Bacone<sup>75</sup> e di Spinoza<sup>76</sup> secondo i quali le passioni potevano essere frenate soltanto da altre passioni, nel senso in seguito sintetizzato da David Hume nella sua famosa massima: «Nulla può ostacolare o rallentare un impulso o una passione tranne che un impulso contrario di un'altra passione»<sup>77</sup>.

Nella sostanza, però, la dottrina dell'interesse bene inteso consentiva di pervenire allo stesso risultato previsto ed auspicato da Adam Smith. Seguendo infatti tale dottrina, il cittadino, sia che agisca come operatore sul mercato, sia che intrattenga rapporti sociali con gli altri cittadini, pur perseguendo i suoi interessi, è in grado di autoregolarsi tenendo un comportamento ragionevole ed eticamente accettabile che, alla fine, reca vantaggi a tutti.

Volendo esprimere francamente la nostra opinione, dobbiamo riconoscere che sia la teoria di Adam Smith, sia la dottrina dell'interesse bene inteso, sposata da Tocqueville, non hanno aggiunto molto all'intuizione avuta da Aristotele oltre duemila anni fa ed esposta nella sua *Etica Nicomachea*, con riferimento ai rapporti economici e ai principi dell'economia, che abbiamo esaminato nella prima parte del presente lavoro.

Il giudizio non sarebbe diverso neppure se ci si riferisse ai comportamenti tenuti nei rapporti politico-sociali, dato che, come abbiamo visto all'inizio di questa seconda parte, il fondamento delle motivazioni che influenzano il comportamento degli uomini è lo stesso sia che essi intrattengano rapporti di natura politica o sociale, sia che essi operino in campo economico.

Gli studiosi che si sono occupati di psicologia umana, indagando il carattere delle persone, per analizzarne a fondo i comportamenti<sup>78</sup>, hanno appurato che nel decidere il comportamento da assumere, l'uomo procede innanzitutto ad una valutazione del proprio interesse e delle proprie convenienze<sup>79</sup>. Ovviamente, il comportamento che, alla fine, sarà effettiva-

<sup>75</sup> Cfr. *supra*, nota 21.

<sup>76</sup> Cfr. *supra*, nota 22.

<sup>77</sup> Cfr. D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2008.

<sup>78</sup> Cfr. W. DAVIES, *L'industria della felicità (come la politica e le grandi imprese ci vendono il benessere)*, Torino, Einaudi, 2016; S. FREUD, *Il disagio della civiltà*, Torino, Bollati Boringhieri, 1971; D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012.

<sup>79</sup> Alla base troviamo in sostanza la teoria dell'utilità attesa. Daniel Kahneman, premio Nobel per l'economia, ma professore di psicologia in importanti Università americane, ha affermato nel suo libro, *Pensieri lenti e veloci*, *loc. cit.*, p. 298 che: «La teoria dell'utilità attesa è ancora oggi la più importante teoria delle scienze sociali». Come è noto, la teoria dell'utilità risale a Th. Hobbes, (cfr. nota 24 della *Prima parte*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss.) e precisata da J. Priestley, fondatore della prima chiesa unitaria in Inghilterra, è stata in seguito teorizzata e divulgata da J. Bentham a partire dal 1766, che ne ha così fissato il

mente tenuto subirà i particolari adattamenti imposti dai fattori più diversi<sup>80</sup>. Alcuni di essi hanno un'origine interna, in quanto sono connessi alla personalità di chi decide: educazione, intelligenza, cultura, senso morale, tolleranza, esperienza, ambizione, vanità etc.<sup>81</sup>. Altri fattori, ugualmente

fondamento: «*La natura ha portato il genere umano sotto il dominio di due supremi padroni: il dolore e il piacere*». Da qui è stato derivato il suo celebre principio di utilità nell'attività pubblica secondo cui: «*Il giusto fine della legislazione è la promozione della massima felicità per il maggior numero di persone*». Ovviamente, era un principio che richiedeva di essere precisato e approfondito. Ciò è stato fatto dall'autorevole giurista inglese Albert V. Dicey nel suo libro *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'ottocento* (Bologna, Il Mulino, 1997, p. 179), il quale così si esprime: «*Per chiunque si interessi di questioni etiche le obiezioni a cui si presta il principio di utilità, considerato sia come criterio sia come fondamento della morale, sono oggi ben note. In queste lezioni il dogma utilitarista viene considerato in qualità di assioma non dell'etica, ma della legislazione; e può affermarsi con sicurezza che il principio di utilità può applicarsi molto più agevolmente al diritto che alla morale, e questo per almeno due ragioni: in primo luogo, la legislazione ha a che fare con grandi masse e con interi gruppi umani, mentre la morale ha a che fare con gli individui. Determinare quali siano le cose che in linea di massima costituiscono, o meglio, promuovono, la felicità o il benessere di un gran numero di persone, o di uno stato, è ovviamente più facile che anche solo ipotizzare quello che può fare la felicità di un individuo. Assicurare la felicità di un uomo o di una donna singoli anche per un solo giorno è un compito impossibile da assolvere; stabilire dove possa risiedere la felicità di un essere umano è infatti una questione che, benché circoscritta, è così infinitamente complessa da non essere passibile di alcuna soluzione. Invece, determinare quali siano le condizioni generali che conducono alla prosperità dei milioni di individui che formano una nazione costituisce, al confronto, una questione semplice*». Sul punto v. anche S. ZAMAGNI, *Prudenza*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 32-34.

<sup>80</sup> Cfr. ALBERT O. HIRSCHMAN, *Felicità pubblica e felicità privata*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 30: «*Prima di impegnarsi effettivamente in qualche attività, inclusa quella di consumo, la gente formula il progetto di fare quella cosa. Fanno parte di questo progetto certe immagini mentali – o aspettative – relative alla natura di quella attività e al tipo e grado di soddisfazione che procurerà. Poiché tale progetto e le aspettative che lo formano hanno un'esistenza autonoma, è possibile che differiscano in modo considerevole dalla realtà che si sperimenta quando il progetto viene eseguito, ossia quando il consumo ha effettivamente luogo*».

<sup>81</sup> V. sul punto l'interessante saggio, già citato, di ALBERT O. HIRSCHMAN, *Le passioni e gli interessi*, cit. supra, nota 20, p. 34 ss. Come si può comprendere, quando si indagano i comportamenti umani e si cerca di rinvenire le motivazioni che li determinano, diventa difficile trovare ancoraggi sicuri. Anche restringendo l'indagine ai comportamenti che hanno attinenza con i soli aspetti economici, rimane un sensibile margine di incertezza quando si procede sull'individuazione delle vere motivazioni. Questo perché si entra nella sfera psicologica dell'individuo, le cui reazioni possono essere provocate da diversi fattori. Alla base, come riferito nel testo, vi è comunque la preoccupazione, generalmente diffusa, di salvaguardare il proprio interesse che è stimolato dal desiderio di migliorare la propria condizione tramite un accresciuto benessere, nella prospettiva di raggiungere uno stato di felicità. Che cosa sia poi la felicità nessuno l'ha ancora spiegato con precisione. Aristotele ha affermato, nel primo libro dell'*Etica Nicomachea*, che la felicità è l'obiettivo principale perseguito dall'uomo, precisando però che non ne è nota la natura. Secondo SIGMUND FREUD (*Il disagio della civiltà*, cit. supra, nota 78, p. 211: «*Quel che nell'accezione più stretta ha nome felicità, scaturisce dal soddisfacimento per lo più improvviso, di bisogni fortemente compressi e, per sua natura, è possibile solo in quanto fenomeno episodico*»). Tornando alla filosofia morale potremmo anche aggiungere la splendida massima di Chateaubriand, ripresa da *Memorie d'oltretomba*, «*La vera felicità costa poco, se costa molto non è di buona qualità*». In effetti ciò si spiega col fatto che i beni e i valori fondamentali hanno limiti, mentre la sfera del superfluo non ha confini. Sul significato di felicità, con particolare riferimento agli aspetti economici, si veda l'interessante saggio di LAPO BERTI, *La felicità perduta*, Roma, Edizioni Luis, 2010.

importanti, hanno, per contro, un'origine esterna in quanto dipendenti dall'ordinamento istituzionale dello Stato in cui si opera (aristocratico o democratico) e dalle condizioni civili e politiche della società che si frequenta: presenza o assenza delle libertà fondamentali di pensiero, di parola, di associazione, di impresa; esistenza o carenza di una struttura amministrativa adeguata e di una giustizia efficiente etc.

Ma l'elemento di base al quale viene sempre fatto riferimento come denominatore comune risulta essere l'interesse, del quale il Duca di Rohan, in una famosa massima, disse che «*non può mentire*», precisando nel suo saggio *Dell'interesse dei principi e degli Stati della cristianità*, che «*I principi comandano ai popoli e l'interesse comanda ai principi*»<sup>82</sup>.

Da queste considerazioni si deduce, pertanto, che il rispetto dell'etica e della legalità, tanto in materia politica quanto in materia economica, appare essenzialmente dipendente da un'operazione di bilanciamento che viene di volta in volta effettuata da chi decide. La decisione finale, pertanto, sarà di volta in volta il prodotto di tale bilanciamento tra l'interesse di chi decide e il condizionamento imposto dai fattori interni ed esterni sopra menzionati.

La correttezza della conclusione cui siamo pervenuti potrà risultare confermata da quanto sarà esposto nel prossimo paragrafo, nel quale verranno analizzati, in modo più approfondito, i rapporti dell'etica e della legalità con l'economia.

## II. SVILUPPO ECONOMICO E COMPORTAMENTI UMANI

### 1. L'ETICA E IL COMMERCIO

Abbiamo già ricordato, all'inizio di questa seconda parte del nostro lavoro, i riferimenti all'utilità delle attività commerciali per migliorare i rapporti fra gli Stati che, alla fine del 1500, *Giovanni Botero* e *Jean Bodin* avevano inserito nelle loro opere.

Si trattava di riferimenti che avevano il sapore della novità, perché le attività commerciali, fino al 1600, erano considerate occupazioni poco onorevoli ed erano persino disprezzate come tutte le attività lavorative svolte da chi doveva procurarsi il denaro necessario per il proprio sostentamento.

La scarsa considerazione nella quale erano tenute le persone impegnate nelle attività lavorative necessarie per guadagnarsi da vivere, aveva,

<sup>82</sup> Citato da ALBERT O. HIRSCHMAN, *supra*, nota 81, p. 31. Cfr. anche MAX WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, BUR-Rizzoli, 1991, p. 37.

come è noto, un'origine storica.

Presso i greci, come presso i romani, erano gli schiavi che lavoravano, mentre gli appartenenti ai ceti più elevati si dedicavano ad una diversa attività: militare, amministrativa, artistica, culturale etc. Per questo, il disprezzo e, comunque, lo scarso apprezzamento riservati agli schiavi si estesero alle attività lavorative da essi svolte e, quindi, anche al lavoro come tale e a coloro che lo esercitavano<sup>83</sup>.

Questo atteggiamento è perdurato nei secoli e la scarsa considerazione in cui era tenuto il lavoro svolto per la necessità del proprio sostentamento, si estese anche all'attività commerciale, i cui vantaggi venivano misconosciuti a causa dei pregiudizi che la circondavano per le ragioni appena esposte.

In effetti, ancora nella prima metà del 1600, il commercio tra Paesi diversi veniva inteso come un'attività di conquista e i vantaggi che ne derivavano erano piuttosto considerati come il risultato delle azioni militari intraprese per ottenere, con la forza, i beni appartenenti agli Stati avversari.

Questo spiega perché, a quel tempo, J. B. Colbert, il potente controllore delle finanze di Luigi XIV, considerava il commercio un «*perpetuo combattimento*».

Un tal modo di giudicare il commercio aveva addirittura contagiato un pensatore del valore di Adam Smith che, ancora un secolo più tardi, nelle

<sup>83</sup> Cfr. C. MOSSÉ, *Il lavoro in Grecia e a Roma*, Messina-Firenze, G. D'Anna, 1973; M. I. FINLEY, *L'economia degli antichi e dei moderni*, Bari, Laterza, 1977. A questo proposito, come segnala M. I. FINLEY, *loc. cit.* (pp. 45-46), appare straordinaria la testimonianza di Cicerone riportata nell'opera *De Officiis*, che merita di essere qui di seguito integralmente ripresa: (I, 150-1) «*Per quanto riguarda poi i mestieri e gli impieghi che devono essere considerati liberali oppure meschini, questa è la concezione più o meno accettata da tutti. In primo luogo, sono condannati gli impieghi che incorrono nel rancore altrui, come quelli di esattori di tasse nei porti e di prestatori di denaro. Illiberali e meschini sono gli impieghi di tutti coloro che lavorano per retribuzione, che noi paghiamo per il loro lavoro e non per la loro arte; perché nel loro caso la retribuzione è il simbolo della schiavitù. Dobbiamo considerare meschini anche coloro che acquistano dai mercanti per rivendere immediatamente, perché non potrebbero ricavare un profitto senza mentire sfacciatamente... E tutti gli artigiani svolgono attività meschine, perché nessuna bottega può avere le qualità degne di un uomo libero. Meno degni di tutti sono i mestieri che provvedono ai piaceri sensuali: "pescivendoli, macellai, cuochi, pollivendoli e pescatori", come dice Terenzio; e a questi potete aggiungere, se volete, profumieri, danzatori e tutti coloro che si esibiscono nei locali di infimo ordine. Ma le occupazioni in cui è richiesto un grado elevato di intelligenza o dalle quali la società ricava un beneficio non piccolo – come la medicina o l'architettura o l'insegnamento – sono rispettabili per coloro cui si convengono. Il commercio su piccola scala, deve essere considerato meschino: ma se è su vasta scala ed estensivo, e importa molti beni da ogni luogo e li distribuisce a molti senza frode, non deve essere severamente censurato. Anzi, sembra addirittura meritare il massimo rispetto se coloro che lo praticano, sazi o meglio contenti dei loro profitti, passano dal porto alla proprietà terriera, così come spesso sono passati dal mare a un porto. Ma tra tutte le cose che permettono di ricavare ricchezze, non ve ne è di migliori dell'agricoltura: non ve n'è di più redditizie, di più dolci, di più degne di un uomo libero».*

sue *Lezioni di giurisprudenza*, così si esprimeva: «Un altro effetto negativo del commercio è che esso distrugge il coraggio degli uomini e tende ad estinguere lo spirito marziale (...). Avendo la mente costantemente rivolta alle arti del piacere, il popolo diviene effeminato e vile. (...) Questi sono gli svantaggi dello spirito commerciale. La mente dell'uomo ne è immiserita, e resa incapace di pensieri elevati. L'istruzione è disprezzata, o almeno trascurata, e lo spirito eroico è quasi del tutto estinto. Rimediare a questi inconvenienti sarebbe oggetto degno di seria attenzione»<sup>84</sup>.

Nella prima parte del 1600, pertanto, sotto il profilo economico, l'obiettivo del commercio era, quindi, il ricavo prodotto dall'attività predatoria ai danni del nemico o dell'avversario, condotta con la forza e non il risultato dell'impiego della ragione, di accordi e di altri mezzi pacifici<sup>85</sup>.

Una visione differente venne finalmente introdotta nella seconda parte del 1600 da Jacques Savary, nel suo libro *Le parfait négociant* che Albert O. Hirschman ha definito il libro di testo degli uomini di affari del 1600<sup>86</sup>.

Nel testo di Savary si legge: «[La Divina Provvidenza] non ha voluto che tutto ciò che è necessario alla vita si trovasse in un sol luogo; ha sparso i suoi doni affinché gli uomini commercino, e quindi la comune necessità di aiutarsi reciprocamente faccia nascere l'amicizia fra di loro: è questo continuo scambio di tutti i beni della vita che fa il commercio, ed è proprio questo commercio che fa tutta la douceur della vita».

Gli effetti benefici prodotti dal commercio, compresa la dolcezza della vita, grazie al fatto che il commercio ingentilisce gli animi degli uomini,

<sup>84</sup> Cfr. A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Ed. R. L. Meek, D.D. Raphael e P.G. Stain, Vol. V di *The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith* (Indianapolis: Liberty Fund, 1982). A questi motivi, usati per contestare gli effetti benefici del commercio, possono esserne aggiunti altri fondati sull'ideologia. Come è noto, ad esempio, ancora nel 1800 il filosofo tedesco J. G. FICHTE ha sostenuto nel suo libro «*Lo Stato commerciale chiuso*», che per rendere autosufficiente uno Stato, allo scopo di impedire i conflitti interni e quelli con gli altri Stati, occorre che lo Stato considerato *a.* fosse in grado di produrre tutti i beni necessari per soddisfare il proprio fabbisogno interno; *b.* costringesse i propri cittadini a rinunciare ai beni che non si potevano produrre nello Stato e che si dovevano importare da altri Stati. Come è risaputo, sono stati i filosofi come Fichte che hanno alimentato il culto dello Stato assoluto divenuto in seguito causa delle devastanti conseguenze che il mondo ha dovuto subire.

<sup>85</sup> Come ricorda LUDWIG VON MISES, *L'azione umana*, Torino, Utet, 1959, p. 637, ancora nel 1848, secondo Napoleone III: «*La quantità di merce che un paese esporta è sempre in proporzione diretta al numero di bombe che esso può scaricare sui suoi nemici quando il suo onore e la sua dignità lo richiedono*». Al contrario, come ha ragionato correttamente NORMAN ANGELL (*La grande illusione - Studio sulla potenza militare in rapporto alla prosperità delle nazioni*, Roma, 1923), la potenza militare e politica non dà ad una nazione alcun vantaggio commerciale, in quanto, per una nazione è economicamente impossibile sottometterne un'altra distruggendone le ricchezze, pensando di impadronirsene o di arricchirsi. Al contrario «*Nel mondo economicamente civilizzato la ricchezza si fonda sul credito e sugli accordi*».

<sup>86</sup> Cfr. ALBERT O. HIRSCHMAN, *Le passioni e gli interessi*, cit. *supra*, nota 80, p. 49.

verranno messi in grande evidenza, come già ricordato, da Montesquieu, nel suo capolavoro *L'esprit des Lois*. La parte quarta de *L'esprit des Lois* è dedicata, infatti, prevalentemente alle problematiche del commercio e nel libro XX Montesquieu insiste nell'affermare che «È regola pressoché generale che ovunque vi siano costumi gentili, vi è commercio, e che dovunque vi sia commercio, vi sono costumi gentili»<sup>87</sup>.

Sulla stessa linea di pensiero si troverà Tocqueville che, nel capitolo XXI della terza parte del secondo libro de *La democrazia in America*, in modo molto vigoroso ed estremamente convinto, così conclude «Del resto, non conosco nulla di più opposto ai costumi rivoluzionari dei costumi commerciali. [Il commercio] Ama la moderazione e fugge con cura la collera. È paziente, leggero, insinuante e ricorre ai mezzi estremi solo quando vi è assolutamente costretto. Il commercio rende gli uomini indipendenti gli uni dagli altri, dà loro un'alta idea del valore personale, li spinge a fare i propri affari e insegna loro a riuscirvi; li dispone, dunque, alla libertà e li allontana dalle rivoluzioni»<sup>88</sup>.

Per i nostri fini, la conclusione generale da trarre, alla luce degli argomenti adottati dagli autori in precedenza esaminati, può quindi risultare sintetizzata nel seguente passo del libro XX de *L'esprit des Lois* di Montesquieu: «L'effetto naturale del commercio è di condurre alla pace. Due nazioni che hanno traffici fra loro si rendono reciprocamente dipendenti: se una ha interesse a comprare, l'altra ha interesse a vendere; e tutte le unioni sono fondate sui mutui bisogni».

Dalle considerazioni in precedenza svolte si deduce, pertanto, che gli effetti prodotti dal commercio hanno un contenuto indubbiamente etico, dato che consentono di instaurare rapporti amichevoli e pacifici tra gli Stati e tra gli uomini, evitando lo scoppio di conflitti armati (che è la situazione da considerare, come abbiamo visto, la regola nei rapporti tra gli Stati nel corso dei secoli).

Questi effetti sono dunque prodotti dalla necessità di procurare il soddisfacimento di interessi di natura economica che, a loro volta, esercitano un impatto benefico anche nei rapporti tra gli Stati, sotto il profilo politico.

Se vogliamo quindi riprendere le considerazioni di Tocqueville, in

<sup>87</sup> Cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Torino, Utet, 1965, Libro XX. Anche THOMAS PAINE, nel suo libro *I diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 37, ha riconosciuto che il commercio «È un sistema pacifico che favorisce la cordialità del genere umano [...] l'invenzione del commercio è il più gran passo mai compiuto verso la civiltà universale, fra tutti quelli che non furono ispirati direttamente da principi morali». Illuminante, a questo proposito, è la celebre massima di F. BASTIAT: «O le frontiere le varcano le merci, oppure le varcano i soldati».

<sup>88</sup> Cfr. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 747.

precedenza esaminate, la dottrina dell'interesse bene inteso determina, anche nel commercio, effetti benefici perché consente di raggiungere risultati vantaggiosi nel rispetto, per tutti, dell'etica e della legalità.

Per concludere, anche nell'attività commerciale, la tutela dei propri interessi, nel senso sopra descritto, determina effetti benefici, sia a favore dei singoli sia a favore degli Stati.

## 2. *L'etica dello sviluppo economico*

L'ampliamento e il potenziamento dell'attività commerciale hanno anche favorito lo sviluppo economico, che è stato indubbiamente la conseguenza diretta della possibilità concessa agli operatori di seguire la dottrina dell'interesse bene inteso, la cui più rapida crescita è stata registrata proprio nei Paesi a regime democratico. A sua volta, lo sviluppo economico ha reso possibile ed agevolato la creazione di condizioni favorevoli al rispetto dell'etica e della legalità in tutti i paesi democratici.

Le conseguenze prodotte dallo sviluppo economico sul comportamento dei cittadini, con riferimento al rispetto dell'etica e della legalità, sono accuratamente descritte ed analizzate in un'importante opera dell'economista americano *Benjamin M. Friedman*.

L'opera ha come titolo «*Il valore etico della crescita*» e, come sottotitolo, «*Sviluppo economico e progresso civile*»<sup>89</sup>. Il titolo e il sottotitolo dell'opera indicano chiaramente in quale direzione si sia mosso l'autore.

Nel primo capitolo, Friedman sostiene che «*Spesso la crescita economica – intendendo per tale un miglioramento del tenore di vita della maggioranza dei cittadini – offre migliori opportunità, favorisce la tolleranza della diversità, la mobilità sociale, la propensione alla giustizia e l'affezione alla democrazia. Dal tempo dell'Illuminismo in poi, il pensiero occidentale ha considerato positive tutte queste tendenze anche in termini esplicitamente morali*»<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Cfr. B. FRIEDMAN, *Il valore etico della crescita*, cit. supra, nota 71.

<sup>90</sup> B. FRIEDMAN, *Il valore etico della crescita*, loc. cit., p. 4. Secondo B. FRIEDMAN il miglioramento delle condizioni materiali veniva perseguito dai seguaci del protestantesimo anche come un obiettivo avente contenuti etici e morali. Precisa B. FRIEDMAN, loc. ult. cit., p. 56 che secondo M. Weber «*Questi primi protestanti riformati consideravano fini desiderabili sia la prosperità materiale sia l'innalzamento religioso e morale che perseguivano, e tendevano persino a far coincidere l'una e l'altro. I santi «puritani», come essi si definivano, consideravano un dovere collettivo riformare la società e quindi creare la nuova comunità dei cristiani; ma al tempo stesso, lottavano personalmente per raggiungere la prosperità materiale*». In effetti, questa era la tesi sia di M. Weber esposta nel suo capolavoro *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, Sansoni, 1964, sia di M. WALZER, esposta in *La rivoluzione dei santi: il puritanesimo alle origini del radicalismo politico*, Torino, Claudiana, 1996. Cfr. anche H. TAWNEY, *La religione e la genesi del capitalismo: studio sto-*

La correttezza di questa tesi viene confermata dai diversi autori che abbiamo in precedenza ricordato.

Se lo sviluppo economico e il miglioramento delle condizioni di vita rendono la società più tollerante e aperta, come pure più incline a seguire le regole della democrazia, è da ritenere corretta la tesi secondo la quale il miglioramento delle condizioni materiali determini anche comportamenti migliori sotto il profilo dell'etica e della morale<sup>91</sup>.

Questa virtuosa evoluzione è stata analizzata e illustrata nello studio che B. Friedman ha portato a termine non solo prendendo in esame gli Stati Uniti d'America, ma anche tre importanti Stati europei: Inghilterra, Francia e Germania.

Ovviamente, come sopra abbiamo più volte segnalato, il rispetto dell'etica e della legalità, sia in campo politico, sia in campo economico, non può essere fatto dipendere dalla sola scelta discrezionale dei soggetti.

### 3. *La necessità dell'imposizione di limiti efficaci*

Come abbiamo già ricordato, tanto in materia politica quanto, soprattutto, in materia economica, per ottenere il rispetto dell'etica e della legalità, non è sufficiente fare affidamento su una sorta di autocontrollo esercitato dagli stessi soggetti dai quali le decisioni dipendono.

Occorrono, come abbiamo già visto, specifici rimedi. Si tratta dei rimedi che, con riferimento al primo esperimento di regime democratico ef-

*rico*, Milano, Feltrinelli, 1977. L'idea che l'aumento del benessere economico faccia progredire il livello morale dell'individuo è stata derivata, da B. Friedman, anche dall'analisi della tesi a suo tempo sostenuta, nello stesso periodo, ma separatamente, da due celebri autori, ADAM SMITH e R. J. TURGOT. Secondo la sintesi che di tale tesi ha elaborato B. FRIEDMAN (cfr. *op. cit.*, p. 36): «*Le società tendono ad evolversi passando per una serie di stadi, ciascuno dei quali è caratterizzato dal genere di attività economica svolta: inizialmente la caccia e la raccolta, poi la pastorizia, l'agricoltura e, infine, "il commercio". In secondo luogo, Smith e Turgot sostennero che queste diverse forme di attività economica creano diverse esigenze, e che le istituzioni politiche e giuridiche della società si adattano spontaneamente per soddisfarle. La teoria di Smith e Turgot fece dunque dell'evoluzione dell'attività economica il cardine dell'ascesa della società umana dall'originario stato primigenio a quello della civilizzazione avanzata*». R. J. Turgot è stato professore alla Sorbona di Parigi dal 1750 e divenne Ministro delle Finanze di Luigi XVI. Come ministro introdusse varie innovazioni che avevano entusiasmato Voltaire. Quando, purtroppo per ragioni politiche, Turgot è stato allontanato dal governo, Voltaire amaramente concluse che a lui non restava altro che morire.

<sup>91</sup> AUGUSTE COMPTE, il filosofo francese che riprese, nel XIX secolo, la tradizione dell'Illuminismo, così sintetizza, nel *Corso di filosofia positiva* (Torino, Utet, Paravia, 1957), la tesi alla quale viene fatto riferimento nel testo: «*Qualsiasi progresso umano, politico, morale o intellettuale, è inseparabile da quello materiale*». Secondo B. FRIEDMAN, (cfr. *op. cit.*, p. 15), «*Una maggior ricchezza significa anche scuole migliori, più parchi, musei e teatri, per non parlare dell'aumento del tempo libero disponibile per fruire di queste strutture pubbliche*». V. a questo proposito, le considerazioni critiche deducibili dal noto saggio di FRED HIRSCH, *Limiti sociali allo sviluppo*, Milano, Bompiani, 1976.

fettuato in America, erano stati previsti ed auspicati da James Madison nei suoi saggi pubblicati su *Federalist*, in seguito condivisi da Tocqueville, come in precedenza abbiamo visto.

La necessità di introdurre specifici rimedi, deriva dalle distorsioni che possono manifestarsi nell'ipotesi di applicazione della dottrina dell'interesse bene inteso specie in materia economica.

La natura di tali distorsioni e le relative conseguenze vengono descritte in un passo dell'opera di Shaftesbury, *Characteristics*<sup>92</sup>, nel quale si riconosce che: «*Se il desiderio [dell'acquisizione di ricchezza] è moderato e di misura ragionevole, se non produce spinte passionali esso non è affatto incompatibile con la virtù, ed anzi può essere persino utile e giovevole alla società. Ma se alla lunga si accresce, trasformandosi in una vera e propria passione, l'offesa e il danno che esso arreca al singolo non è minore di quelli che arreca al bene pubblico, poiché in realtà una simile passione opprime l'individuo e sull'individuo grava più pesantemente di quanto mai potrebbe sull'intera umanità*».

La validità dell'intuizione di Shaftesbury riportata nella sua opera, apparsa agli inizi del 1700, non era stata ancora verificata, in concreto, all'interno di uno Stato democratico<sup>93</sup>. Di conseguenza, le più volte menzionate segnalazioni di James Madison, sulla necessità di ricorrere all'introduzione di rimedi adeguati per prevenire ed evitare i comportamenti abusivi dei governanti, difficilmente avrebbero potuto riferirsi agli abusi derivanti dall'impiego di grandi ricchezze e dall'utilizzo di ingenti disponibilità finanziarie

<sup>92</sup> Cfr. A. A. C. SHAFTESBURY, *Characteristics of Men, Manners, Opinions and Times*, Indianapolis, Ed. Bobbs-Merrill, 1964, p. 336. Cfr. anche MAX WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, BUR-Rizzoli, 1991, p. 37: «*L'avidità di lucro*", la "ricerca del guadagno", del denaro, di un guadagno pecuniario quanto più alto possibile, in sé e per sé non ha nulla a che fare con il capitalismo. Questa tendenza si è trovata e si trova nei camerieri, medici, cocchieri, artisti, cocottes, funzionari corruttibili, soldati, banditi, crociati, in coloro che frequentano le bische, nei mendicanti – si può dire: il all sort and conditions of men, in tutte le epoche di tutti i paesi del mondo, ovunque ne fosse e sia data, comunque, la possibilità oggettiva».

<sup>93</sup> Secondo B. WILLEY, *La cultura inglese del seicento e del settecento*, Bologna, Il Mulino, 1975, p. 360, «*Shaftesbury è il tipico moralista inglese "dell'Illuminismo" e viene comunemente indicato come il fondatore della scuola del "senso morale"*. Hume afferma che egli per primo notò la distinzione tra le due teorie dell'etica: quella che la fonda sulla ragione e quella che la deriva da "un sentimento immediato e da un senso interiore più sottile"; recentemente Babitt lo ha indicato come il precursore dei moralisti alla Rousseau che trasformano la coscienza da freno interiore a emozione estensibile. I suoi scritti, raccolti in "Characteristics of Men, Manners, Opinions and Times" (1711), ebbero enorme diffusione nella prima metà del XVIII secolo, sia in patria che all'estero. Montesquieu ne parla come di uno dei quattro grandi "poeti" (e gli altri tre sono Platone, Montaigne e Malebranche!) e Herder dichiarava (1794) che egli aveva "influito notevolmente sugli ingegni migliori del XVIII secolo". In effetti, la maggior parte dei filosofi, dei moralisti e dei saggisti inglesi del periodo, come pure alcuni poeti e romanzieri, parlano di lui, non sempre approvandolo, ma generalmente con rispetto».

che allora erano sconosciute e che neppure Tocqueville aveva avuto modo di conoscere nei primi decenni di vita della giovane democrazia americana.

Ma i pericoli segnalati da *Shaftesbury*, mediante l'intuizione suddetta, si sono rivelati in tutta la loro gravità nella seconda metà del 1800, proprio negli Stati Uniti d'America, quando la potenza di grandi fortune finanziarie, appartenenti a poche famiglie di operatori economici, raggiunse, grazie allo sviluppo economico, livelli in precedenza mai visti ed a quei tempi impensabili.

### III. LE CONSEGUENZE DELL'INTRECCIO TRA ECONOMIA E POLITICA

#### 1. *La costituzione dei «Trust»*

Dopo lo scoppio della Guerra di secessione (1861) e soprattutto a partire dall'anno 1865 che ne segnò la fine, a seguito di cospicui interventi pubblici e dello sviluppo economico che proprio in quegli anni prese un avvio impetuoso sul mercato americano<sup>94</sup>, grazie alle invenzioni della tecnica e alle innovazioni tecnologiche<sup>95</sup>, cominciarono a formarsi grandi società commerciali, controllate da poche famiglie, dotate di notevoli disponibilità finanziarie, che concentrarono le proprie attività nei settori economicamente più promettenti, sui quali esercitarono il loro potere attraverso i c.d. «*Trust*» (consorzi o cartelli di imprese).

Come ricorda Kevin Phillips<sup>96</sup>, il capitalismo americano arrivò ad avere in quegli anni come simboli la famiglia *Rockefeller*, per il settore del petrolio, la famiglia *Carnegie* per quello dell'acciaio, la famiglia *Vanderbilt* per quello delle ferrovie e la famiglia *Astor* per la finanza<sup>97</sup>.

La concentrazione della ricchezza in poche mani, come già ricordato, agevolò e intensificò la costituzione dei *Trust* che, come consorzi formati

<sup>94</sup> B. FRIEDMAN, *Il valore etico della crescita*, cit. supra, nota 71, p. 153, così scrive: «I primi anni seguiti alla guerra civile contribuirono fortemente alla ripresa economica degli Stati Uniti. Dopo una breve recessione dovuta alla smobilitazione e alla fine della produzione bellica, le imprese ubicate al di fuori del Sud fecero registrare una forte espansione».

<sup>95</sup> Cfr. A. NEVINS e S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, Torino, Einaudi, 1967, p. 295: «Tra il 1860 e il 1900 l'Ufficio Patenti degli Stati Uniti concesse non meno di 676.000 brevetti; poi il numero raggiunse cifre quasi astronomiche». Thomas Edison, che nel 1869 inventerà la luce elettrica, è arrivato ad essere titolare, da solo, di 1093 brevetti di invenzione.

<sup>96</sup> KEVIN PHILLIPS, *Ricchezza e democrazia*, Milano, Garzanti, 2005, ricorda, a p. 101 del suo libro, che secondo gli storici S. E. Morison e H.S. Commager, i senatori americani di quel periodo, più che senatori degli Stati federati americani, erano senatori dei *Trust*, che dominavano il mercato: *Trust* del petrolio, dell'acciaio etc.

<sup>97</sup> Cfr. l'introduzione di Lapo Berti, al libro di LOUIS D. BRANDEIS, *I soldi degli altri e come i banchieri li usano*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2014.

da imprese, riuscivano a dominare completamente i mercati di riferimento sui quali operavano<sup>98</sup>.

La potenza economica di questi *Trust*, una volta consolidata, non solo arrivò a controllare i mercati di riferimento, ma cominciò ad influenzare il potere politico crescendo a un punto tale da riuscire a condizionarlo e a dominarlo<sup>99</sup>.

L'esperienza americana del periodo qui esaminato, fornisce quindi la prova dell'esattezza delle tesi esposte all'inizio di questa seconda parte, secondo cui politica ed economia possono arrivare ad intrecciarsi e ad influenzarsi a vicenda, così da danneggiare non solo i meccanismi e le regole dei mercati, ma anche il funzionamento della stessa democrazia.

## 2. *La corruzione*

È incontestabile, che quando il potere economico viene concentrato in poche mani, esso condiziona il potere politico producendo immancabilmente conseguenze nefaste per l'economia e creando pregiudizi gravi alla generalità dei cittadini e allo stesso sistema democratico.

Tra le conseguenze nefaste che si producono, quella di più grave impatto è rappresentata dalla corruzione. È ciò che è avvenuto negli Stati Uniti d'America negli anni qui considerati.

Basta leggere la descrizione delle vicende di quegli anni fatta dagli storici *Nevins* e *Commager*<sup>100</sup>, per rendersene conto: «*Il problema immediato era quello del controllo delle amministrazioni. È difficile stabilire se fossero più corrotte le amministrazioni statali o quelle municipali. In ogni dove il campo della corruzione era vasto e seducente, e i profitti quasi illimitati. Parlamenti statali e Consigli municipali potevano concedere pre-*

<sup>98</sup> Il seguente aforisma, attribuito ad un imprenditore americano di quel periodo, mette bene in evidenza, grazie al sarcasmo che da esso traspare, il disprezzo delle regole del mercato e dei principi della concorrenza: «*I nostri migliori amici sono i nostri concorrenti e i nostri peggiori nemici sono i nostri clienti*». Lo stesso Tocqueville aveva addirittura intuito che si sarebbe potuta ricostituire una forma di "aristocrazia" a vantaggio dei produttori industriali; cfr. TOCQUEVILLE, *op. cit.*, p. 652.

<sup>99</sup> Cfr. A. NEVINS e S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, *cit. supra*, nota 95, p. 402. Una chiara conferma degli effetti nefasti riferiti nel testo viene fornita da Luigi Einaudi in: *Rivista di storia economica*, n. 3, 1941, ripresa in *Il Buongoverno*, *op. cit.* in nota 41 della *Prima parte* di questo lavoro: «*Se tutto è lecito, è lecito anche, come accadde tra il 1870 ed il 1900 negli Stati Uniti, a talun astuto produttore di petrolio accordarsi con talun magnate di ferrovie per stabilire tariffe di favore per il suo petrolio e così battere i concorrenti e sfruttare il monopolio proprio; è lecito assoldare ivi bande armate private per costringere operai a recarsi al lavoro alle condizioni volute da industriali negrieri; è lecito corrompere od influire sui legislatori per ottenere dazi protettivi, privilegi, premi e divieti di associazioni operaie*».

<sup>100</sup> Cfr. A. NEVINS e H. S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, *loc. cit.*, p. 402.

*ziose franchigie in servizi di pubblica utilità, fissare le tariffe delle ferrovie e di altri servizi pubblici, controllare le assicurazioni, fissare e riscuotere le imposte, aggiudicare ricchi contratti per la costruzione di strade di comunicazione, proteggere o distruggere i locali pubblici. Si trattava di interessi che implicavano centinaia di milioni di dollari e tutto era predisposto per ricompensare favori, esenzioni o protezione. Il pagamento non sempre prendeva la forma di corruzione manifesta, esso poteva manifestarsi sotto veste di carriera nel campo politico, di contributi a campagne elettorali o di affari legali lucrativi per i procuratori disonesti».*

Si tratta di fenomeni che abbiamo più tardi conosciuto anche noi in Italia, fenomeni che dilagano laddove non esistono leggi adatte in grado di arginarli, né controlli adeguati affidati ad Autorità o ad Enti in grado di eseguirli.

In effetti, ciò che è in seguito avvenuto negli ultimi decenni del 1800 e all'inizio del 1900 negli Stati Uniti d'America che, essendo divenuto a quel tempo il più importante mercato del mondo, anticipava i pregi e i difetti del sistema capitalistico diffusi in seguito in tutto l'occidente, conferma quanto è stato in precedenza osservato, commentando gli effetti della dottrina dell'interesse bene inteso condivisa da Tocqueville.

### 3. *I rimedi*

L'effetto benefico prodotto dall'applicazione di tale dottrina è stato indiscutibile, in quanto ha reso possibile lo sviluppo economico su larga scala negli Stati Uniti, con le conseguenze positive in precedenza segnalate.

Ma l'applicazione di tale dottrina non ha potuto evitare gli effetti dannosi, appena descritti, in mancanza di strumenti adeguati in grado di prevenirli.

E qui, ancora una volta, dimostrano la loro rilevanza le profetiche previsioni di James Madison, anticipate nel Saggio 51 di *Federalist*. Come si ricorderà, secondo Madison, le conseguenze pregiudizievoli delle azioni scorrette e nocive si possono prevenire soltanto ricorrendo all'adozione di leggi vincolanti e all'introduzione di sistemi di controllo adeguati da applicare su vasta scala ad opera di soggetti dotati di solide competenze e provata moralità.

Gli storici *Nevins* e *Commager* nella loro opera *Storia degli Stati Uniti*, più sopra menzionata, analizzano questi aspetti illustrando in che modo gli americani hanno affrontato il problema: «*Ma di qual natura furono le riforme compiute dagli Stati? Molte si riferivano alla democratizzazione della macchina politica: iniziativa popolare e referendum, voto segreto,*

*direct primaries ed elezione diretta dei senatori, leggi contro la corruzione, disposizioni per l'autogoverno municipale e suffragio femminile. Altre concernevano questioni economiche: disposizioni sulle ferrovie e i trusts, commissioni per opere di utilità pubblica, riforma delle imposte, disciplina dell'orario e delle condizioni di lavoro, salari, divieto del lavoro infantile. Altre ancora avevano un largo interesse sociale: riforme dell'istruzione pubblica, programmi di carattere igienico-sanitario, conservazione delle ricchezze naturali»<sup>101</sup>.*

Tra le leggi economiche appena segnalate, quella che ha esercitato il più rilevante impatto, è stata, come è noto, la famosa legge *antitrust*, *Sherman Act*, espressamente adottata nel 1890 per combattere gli effetti deleteri causati, appunto, dai *Trust*, di cui sopra abbiamo parlato<sup>102</sup>. Con tale legge, si è cercato gradatamente di bloccare gli accordi stipulati tra le imprese (destinati alla costituzione dei *Trust*), aventi l'effetto di ridurre la concorrenza sul mercato ai danni dei consumatori e degli altri operatori<sup>103</sup>.

A seguito del divieto, imposto dallo *Sherman Act*, di stipulare accordi anticoncorrenziali, le imprese, come è noto, hanno cercato di mantenere le proprie posizioni di forza, provvedendo a concentrarsi attraverso il meccanismo della fusione di imprese. In altre parole, due o più imprese che intendevano controllare un determinato mercato, non potendo più stipulare fra loro accordi limitativi della concorrenza, perché contrari allo *Sherman Act*, decidevano di concentrarsi, fondendosi in un'unica società di maggiori dimensioni ed economicamente più forte, in grado di dominare il mercato di riferimento. Contro queste fusioni, ugualmente destinate a ridurre la concorrenza sul mercato, è stata in seguito adottata, nel 1914, come è noto, un'altra importante legge: il *Clayton Act*<sup>104</sup>.

Ma in aggiunta ai provvedimenti legislativi e alle collaterali iniziative avviate in campo economico, è stato necessario mobilitare anche la società civile per dare impulso alle azioni di riforma, che hanno avuto successo

<sup>101</sup> Cfr. A. NEVINS e H. S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, cit. supra, nota 95, p. 401.

<sup>102</sup> Come ricordano gli storici A. NEVINS e S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, loc. cit., p. 316 ss., lo *Sherman Act*, che faceva affidamento sulle decisioni dei giudici legittimati ad applicarlo, non ha avuto successo agli inizi. È stato necessario attendere una presa di posizione forte da parte dei politici, in particolare da parte del Presidente *Theodore Roosevelt*, per vederne gli effetti benefici. Questi effetti hanno cominciato soprattutto a manifestarsi quando alla Corte Suprema degli Stati Uniti sono stati nominati giudici decisi, coraggiosi e incorruttibili come *Louis Brandeis* (v. infra, nota 106).

<sup>103</sup> Sullo *Sherman Act*, v. K. PHILLIPS, *Ricchezza e democrazia*, cit. supra, nota 96, p. 452. Sulle differenze tra la disciplina americana in materia di *Antitrust* e quella dell'Unione europea cfr. F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, p. 5 ss.

<sup>104</sup> Sul *Clayton Act*, v. K. PHILLIPS, loc. cit., p. 453.

grazie all'apporto fornito dalle numerose associazioni che sostennero l'avanzamento di uomini politici nuovi, capaci e di riconosciuta moralità.

Su questi aspetti appaiono, ancora una volta, illuminanti le osservazioni degli storici Nevins e Commager: «*Il ventennio compreso tra la prima battaglia di Bryan e la seconda di Woodrow Wilson fu un'età di progresso. Esso fu caratterizzato da rivolte e riforme in quasi tutti i domini della vita americana. Vecchi capi politici vennero spodestati e altri nuovi subentrarono loro; l'attrezzatura politica venne smontata e ammodernata; i sistemi politici furono sottoposti a disamina e, se in contrasto con gli ideali della democrazia, respinti. Istituzioni e metodi economici, – proprietà privata, "corporazioni", trusts, grandi fortune – furono chiamati al banco della ragione e invitati a giustificarsi o a mutare strada. Le relazioni sociali furono riprese in esame: influsso della grande città, immigrazione, diseguaglianze nella ripartizione dei beni, sviluppo delle varie classi, tutto fu sottoposto ad esame critico. Quasi tutte le figure notevoli di questo periodo, in qualsiasi campo, derivarono, in parte, la loro fama dall'azione svolta nel movimento riformista: Weaver, Bryan, la Follette, Roosevelt e Wilson, nel campo politico; William James, Josiah Royce e John Dewey, in quello filosofico; Thorstein Veblen, Richard Ely e Frederick J. Turner, in quello sociologico; Willian Dean Howells, Frank Norris, Hamlin Garland e Theodore Dreiser, in quello letterario. Gli eroi del tempo furono tutti riformatori. Coraggiosamente con un gesto di sfida, essi presidiarono le trincee della democrazia e fecero anche sortite per compiere nuove conquiste*»<sup>105</sup>.

Alle personalità appena menzionate, che sono state indicate come «eroi riformatori» dobbiamo aggiungere anche alcuni giuristi e, in particolare, Louis Brandeis, divenuto in seguito giudice della Corte Suprema che, come è stato ricordato<sup>106</sup>, «era una crociato militante in favore della giustizia sociale, qualunque fosse la sua controparte. Era pericoloso non solo per la sua brillantezza, la sua precisione, il suo coraggio. Era pericoloso perché incorruttibile».

Il periodo della storia americana che va dalla fine del 1800 all'inizio al primo decennio del 1900 ha accumulato tutte le esperienze che, a fasi alterne, si ripeteranno, sia nel bene sia nel male, nei decenni successivi del

<sup>105</sup> Cfr. A. NEVINS e H. S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, cit. supra, nota 95, pp. 388-389. I riferimenti ai passi dell'opera degli storici qui citati, sono contenuti nell'intervento di Marco Vitale riportato negli atti del Convegno su *Corruzione*, a cura di M. VITALE e M. GARZONIO, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2010. Secondo M. Vitale con i rimedi introdotti «Alla corruzione fu messa la museruola che da paradigma dominante rientrò, per così dire, nelle misure fisiologiche».

<sup>106</sup> Cfr. l'introduzione di Lapo Berti al libro di Louis Brandeis, cit. supra, nota 97. Una massima di Louis Brandeis da ricordare è: «La luce del sole è il miglior disinfettante».

1900 ed anche negli anni duemila, non solo negli Stati Uniti d'America, ma anche in altri Stati europei retti da sistemi democratici.

Per quanto riguarda la ripetizione di scenari già conosciuti e in precedenza descritti, riferiti a situazioni pericolose ricorrenti negli Stati Uniti d'America, possiamo ricordare il ventennio tra la fine del 1900 e gli inizi degli anni 2000.

Gli scenari che fanno riferimento agli abusi, alla corruzione e alle conseguenze nefaste prodotte dalla commistione tra politica ed economia negli Stati Uniti d'America, sono stati illustrati dallo studioso americano, J. D. Sachs.

Nel saggio dal titolo «*Il prezzo della civiltà*», J. D. Sachs<sup>107</sup> ha elencato i quattro settori (armamenti, energia, finanza e sanità) nei quali si sono sviluppate le perniciose connessioni tra imprese private e pubblici poteri, che condizionano la politica degli Stati Uniti d'America, sulle quali occorrerà incidere se si intende consentire al Paese di assistere ad un vero rilancio economico e sociale in grado di offrire vantaggi oggettivi alla generalità dei cittadini.

Secondo J. D. Sachs, la prima connessione perniciosa riguarda l'apparato militare pubblico e l'industria privata che fornisce gli armamenti. Le forze di chi rappresenta l'apparato militare, unite a quelle dei gruppi che detengono l'industria degli armamenti, rendono possibile la gestione di operazioni del valore di decine di miliardi di dollari, condizionando pesantemente la politica degli Stati Uniti<sup>108</sup>.

La seconda connessione è quella tra il sistema finanziario (banche, fondi di investimento, organismi finanziari, etc.) e il Governo degli Stati Uniti. La prassi vuole che molti esponenti del mondo finanziario assumano le funzioni di consiglieri del Governo, al servizio di un determinato Presidente, rientrando poi nei ranghi degli stessi Enti finanziari di provenienza non appena il loro mandato di consigliere è venuto a cessare. È evidente il conflitto di interessi: spesso si sono dimostrate pericolose le iniziative di questi esperti quando sono intervenuti su questioni riguardanti l'attività di organismi finanziari con i quali intrattenevano rapporti professionali<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> J. D. SACHS, *Il prezzo della civiltà*, Torino, Codice Edizioni, 2012, pp. 116 e 117.

<sup>108</sup> Questa perniciosa connessione era stata prevista dal Presidente degli Stati Uniti *Dwight Eisenhower* già nel 1960, quando pronunciò il discorso che chiuse il suo mandato presidenziale successivamente affidato a John Kennedy. In tale discorso *Eisenhower* che, in quanto generale e capo delle forze armate americane vincitrici della seconda guerra mondiale, conosceva a fondo i problemi militari, mise in guardia il proprio paese contro i pericoli derivanti dalla smisurata espansione del sistema militare industriale che poteva mettere a rischio il corretto funzionamento della democrazia.

<sup>109</sup> Emblematico è il caso di *Robert Rubin* come raccontato a p. 515 del libro di *Kevin*

La terza connessione è quella tra l'industria del petrolio e l'industria dei trasporti, da un lato, e il potere politico, dall'altro lato. Anche queste forze combinate possono condizionare in modo notevole l'attività degli organi pubblici che devono decidere.

La quarta ed ultima connessione è quella tra potere politico (Governo) e settore della sanità. In tale settore sono coinvolte le industrie farmaceutiche, le società di assicurazione, gli ospedali, le associazioni dei medici professionisti e le scuole di medicina. Anche in questo caso l'influenza esercitata sulle decisioni politiche dalle forze coalizzate è enorme.

A giudizio dello stesso Autore, solo incidendo sulle quattro connessioni perniciose, appena indicate, sarà possibile consentire agli Stati Uniti di ri-orientare lo sviluppo socio-economico verso obiettivi equi e meno squilibrati.

Ovviamente, in altri Stati, diversi dagli Stati Uniti d'America, ma sempre retti da sistemi democratici, gli obiettivi sopra indicati potranno essere raggiunti incidendo in altro modo e con altri strumenti sui meccanismi di gestione del potere e su altre forme di connessione ugualmente perniciose<sup>110</sup>.

Vedremo, in altre parti di questo lavoro, a quali strumenti sarà opportuno e consigliabile far ricorso in Italia per far fronte ad analoghi problemi.

*Phillips, Ricchezza e democrazia, cit. supra, nota 96. Robert Rubin, ex capo dell'Ufficio cambi e co-presidente della potente Goldman Sachs, viene nominato Presidente del National Economic Council dell'amministrazione del Presidente Clinton e poi nominato Ministro del Tesoro nel 1996.*

<sup>110</sup> Anche secondo E. ROTHSCILD, *Sentimenti economici: Adam Smith, Condorcet e l'Illuminismo*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 336-337, occorre temere la commistione tra politica ed economia, che provoca effetti deleteri: «Uno dei difetti dell'ordine economico liberale è che gli individui perseguono i loro interessi economici con mezzi politici. Essi cercano di ottenere regolamenti, interventi politici, monopoli protetti; comprano potere col denaro e guadagnano denaro col potere, e perseguono i loro interessi con quelli che Condorcet definisce «mezzi illegittimi» [...]. Esiste un ulteriore difetto degli ordini liberali [...] ancora più insidioso: è il fatto che questi ordini non hanno in se stessi la fonte della loro regolarità, ma richiedono una particolare disposizione d'animo e possono far poco per sollecitarla (pp. 336-7)». Un altro difetto nel sistema di gestione del potere economico negli Stati Uniti d'America è stato individuato da J. A. SCHUMPETER nel "gigantismo" dell'impresa. Nel suo libro *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Ed. Etas, 2009, p. 137 e p. 145, J. A. Schumpeter afferma: «L'unità industriale gigante perfettamente burocrattizzata soppianta non solo l'azienda piccola e media e ne "espropria" i proprietari, ma soppianta in definitiva l'imprenditore ed espropria la borghesia come classe destinata a perdere tanto il suo reddito, quanto (caso molto più importante) la sua funzione. I veri battistrada del comunismo non furono gli intellettuali o gli agitatori che lo predicarono, ma i Vanderbilt, i Carnegie e i Rockefeller. (.....) La proprietà smaterializzata, sfunzionalizzata e assenteista non esercita più il fascino tipico della forma ancora vitale della proprietà. Un giorno, non ci sarà più nessuno al quale veramente preme di difenderla – nessuno all'interno e nessuno all'esterno, dei confini dell'azienda-gigante».

## IV. I RISCONTRI DELLA LETTERATURA

Come abbiamo visto, tra gli «eroi riformatori» che avevano contribuito a cambiare il sistema americano nel ventennio a cavallo del 1900, combattendo la corruzione e il malaffare, gli storici *A. Nevils* e *H.S. Commager* avevano inserito, in aggiunta ai politici, ai filosofi e agli economisti, anche alcuni scrittori. Lo scrittore più noto di quel periodo è *Theodore Dreiser*, che ha approfondito, nei suoi libri, i problemi legati alla vita turbolenta della grande città e alle azioni criminose di sfruttatori e speculatori<sup>111</sup>. Appare in effetti decisivo il contributo fornito da scrittori, romanzieri, poeti e saggisti, come pure quello fornito da direttori di riviste e di giornali, nonché da giornalisti di valore, al successo dell'azione condotta dagli uomini politici, guidati prima da *Theodore Roosevelt* e poi da *Woodrow Wilson* nella lotta per riformare gli Stati Uniti e la società americana<sup>112</sup>.

È giusto pertanto che anche gli scrittori vengano celebrati insieme agli uomini politici, ai filosofi e agli economisti, per l'apporto da essi fornito al conseguimento dell'obiettivo comune.

In questo paragrafo vorremmo, però, prendere in considerazione l'attività degli scrittori americani, che è stata svolta anche oltre il periodo appena indicato, per valutarla sotto un diverso profilo. È lo stesso profilo al quale l'economista *Benjamin Friedman* ha dedicato molta attenzione nella sua opera in precedenza esaminata. Come si ricorderà, B. Friedman ha cercato di dimostrare nella sua opera, *Il valore etico della crescita*, che il miglioramento delle condizioni materiali della popolazione, dovuto allo sviluppo economico, determina effetti benefici nella società anche sotto il profilo morale. Una prova indiretta della correttezza di tale tesi viene fornita, secondo B. Friedman, anche da una certa produzione letteraria americana. Da diverse opere letterarie, infatti, si può ricavare la conferma che, nel periodo durante il quale la situazione economica si trova in fase di sviluppo, cominciano a diffondersi nella società numerosi stimoli ed impulsi, alimentati dalla fiducia e dalla speranza in un futuro più favorevole, che inducono le persone a migliorare i propri comportamenti e a sviluppare, nei rapporti con gli altri, sentimenti amichevoli ed altruistici che sono, invece, del tutto assenti nei momenti di crisi e di recessione.

Diciamo subito che non troviamo nulla di originale in questa tesi, in sé

<sup>111</sup> TH. DREISER è autore di tre libri che lo hanno reso famoso in quel periodo: *Il finanziere*, *Il titano* e *Il Genio*. È anche autore del celebre romanzo *Una tragedia americana*, Milano, Editore Frassinelli, 1997, che sarà pubblicato nel 1925.

<sup>112</sup> Cfr. A. NEVINS e H.S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, cit. supra, nota 95, p. 391.

abbastanza ovvia, come abbastanza ovvio è il risultato prodotto dalla situazione contraria. È evidente, infatti, che la generalità delle persone si dimostra generosa e benevola nella buona sorte, mentre appare poco propensa alla generosità e all'altruismo quando si trova assillata da crisi e da preoccupazioni gravi, come lo stesso Adam Smith aveva a suo tempo riconosciuto<sup>113</sup>. Ma, pur nella sua ovvietà, questa tesi acquisisce una sua valenza morale perché, divenuta oggetto di trattazione letteraria, ha finito per trovare una larga diffusione tra il pubblico, contribuendo in qualche modo alla sua formazione e alla sua educazione.

Tra le opere letterarie che hanno contribuito a diffondere speranza e fiducia nel futuro, B. Friedman annovera, innanzitutto, i romanzi di *Horatio Alger* dai quali traspare l'ottimismo legato allo sviluppo economico.

Il più grande successo di H. Alger è legato al romanzo dal titolo *Ragged Dick*<sup>114</sup>, il cui protagonista era un giovanissimo lustrascarpe di New York il quale, grazie «a una combinazione di onestà, duro lavoro e fortuna», riesce ad ottenere successo nella vita. Anche gli altri suoi libri insistevano sulla necessità di impegnarsi in un duro lavoro per poter raggiungere il successo. Questi libri esprimevano, pertanto, insieme all'ottimismo, molto diffuso nel periodo di fine ottocento, caratterizzato da un grande sviluppo dell'economia americana, anche una loro etica legata al lavoro indefesso e all'osservanza rigorosa degli impegni assunti e della parola data.

Passando alla letteratura degli anni Venti del 1900, B. Friedman prende in considerazione soprattutto i romanzi di F. Scott Fitzgerald. Il celebre libro di F. Scott Fitzgerald, *Il Grande Gasby*<sup>115</sup>, pubblicato nel 1925, lancia però un segnale che va in direzione opposta a quella dei romanzi di Horatio Alger. Mentre i protagonisti dei romanzi di H. Alger, grazie al duro lavoro, divenivano gli artefici delle loro meritate fortune, il protagonista de *Il grande Gasby* non era altro che l'erede, senza meriti, di una di tali fortune, per di più privo di qualità morali apprezzabili.

Analoga è la situazione descritta nell'altro famoso romanzo di F. Scott Fitzgerald, *Belli e dannati*<sup>116</sup>, che mette in evidenza il contrasto tra la morale di un imprenditore che si era costruito da sé la propria fortuna e il nipote che aveva solo in mente di dilapidarla, senza intenzione alcuna di guadagnarsi la vita lavorando. Ugualmente indicativi di questo genere di

<sup>113</sup> Cfr. nota 36 della *Prima parte*, in questa *Rivista*, 2017, p. 1 ss.

<sup>114</sup> H. ALGER, *Ragged Dick, or Street Life in New York with the Boot-blacks*, New York, Penguin, 1990.

<sup>115</sup> F. SCOTT FITZGERALD, *Il grande Gasby*, Mondadori, Milano, 1993.

<sup>116</sup> F. SCOTT FITZGERALD, *Belli e dannati*, Mondadori, Milano, 1973.

degrado riscontrabile negli anni Venti del 1900, sono i romanzi di *Sinclair Lewis: A main street e Babbitt*.

A proposito delle opere appena segnalate, viene spontaneo notare la contraddizione in cui cade B. Friedman. Mentre, infatti, i libri di H. Alger costituivano una conferma della teoria secondo cui lo sviluppo economico produce effetti morali nel senso in precedenza chiarito, i libri di F. Scott Fitzgerald e di Sinclair Lewis confermano invece l'esatto contrario. Nel senso che lo sviluppo economico finiva per comportare anche un generalizzato abbassamento del livello morale delle persone e del costume.

A questo proposito possiamo però osservare che effetti del genere sono gli stessi già rilevati negli Stati Uniti d'America durante lo sviluppo economico di fine ottocento, come abbiamo in precedenza ricordato parlando della corruzione imperante nel periodo tra la fine del 1800 e il primo decennio del 1900.

È però possibile rilevare una differenza che occorre tenere presente. Mentre nel ventennio, a cavallo tra la fine del 1800 e l'inizio del 1900, lo sviluppo economico incontrollato aveva provocato, negli Stati Uniti, come abbiamo visto, effetti devastanti soprattutto all'interno del sistema pubblico, politico ed istituzionale, lo sviluppo economico degli anni Venti del 1900, più controllato dal punto di vista istituzionale<sup>117</sup>, ha determinato invece effetti deleteri soprattutto a livello individuale, nell'anima delle persone, come traspare dalle opere letterarie appena esaminate.

La tesi di B. Friedman ha invece ricevuto, se così si può dire, una sicura conferma negli anni Trenta del 1900, a partire dal 1929, quando ebbe inizio la grande recessione. In quel periodo, infatti, il crollo dell'economia determinò negli Stati Uniti un drastico deterioramento dei livelli etici tanto in ambito pubblico, all'interno delle istituzioni, quanto in ambito privato, all'interno dei singoli individui. Opere emblematiche della letteratura degli anni Trenta del 1900, che riflettono il senso di sgomento, di impotenza e di disperazione di quel periodo di crisi, sono: la trilogia Usa di *Dos Passos*, il famoso libro *The Robber Barons* di *M. Josephson* nonché gli altrettanto famosi romanzi *Tenera è la notte* di *F. Scott Fitzgerald* e *Furore* di *John Steinbeck*.

Per quanto riguarda la trilogia di *Dos Passos* (tre volumi apparsi nel 1930, 1932 e 1936) il libro pubblicato per ultimo, *The big money*, descrive

<sup>117</sup> A volte la pretesa di controllo si è tradotta in interventi dissennati come quello che ha portato all'introduzione della legge sul *proibizionismo* che ha contribuito a creare enormi danni all'intero Paese e alla società anche sotto il profilo morale tra il 1920, anno della sua adozione, e il 1933, anno della sua abolizione. Sugli effetti della legge sul proibizionismo v. K. ALLSOP, *L'impero dei Gangster: l'era del proibizionismo da Al Capone a Frank Nitti*, Bologna, Ed. Odoya, 2012.

le vicende di un imprenditore che si impegna in grandi affari speculando in borsa e, dopo aver perso tutte le sue sostanze, alla fine crolla. Nei libri di Dos Passos è presente un senso di disperazione che contagia il lettore pur se lo stesso arriva a percepire il messaggio dell'autore che invoca decise riforme in grado di cambiare la situazione.

Nel libro *The Robber Barons*<sup>118</sup>, l'autore, che è anche uno storico, lancia pesanti denunce ed accuse contro le malversazioni e i misfatti dei magnati delle ferrovie e contro i finanzieri di quel periodo. Anche nel libro di F. Scott Fitzgerald, *Tenera è la notte*<sup>119</sup>, viene descritta la tragica storia di un fallimento spirituale e la dissoluzione della personalità di un individuo.

Ma il libro che, secondo B. Friedman, rappresenta con efficacia straordinaria la vastità e la gravità della tragedia che ha colpito gli Stati Uniti, nel periodo della grande recessione, è *Furore*<sup>120</sup>, di John Steinbeck. Il romanzo narra la vicenda di una famiglia di miseri contadini che, partendo dall'Oklahoma, affronta un viaggio disperato attraverso l'America nel tentativo di raggiungere la California per trovare lavoro.

Nel libro vengono descritte le disavventure incontrate da questa famiglia, seminate da morte e sofferenza e aggravate, all'arrivo in California, dalla brutalità della polizia e dall'ostilità dei residenti che organizzavano contro i migranti spedizioni punitive.

La descrizione delle vicissitudini dei migranti all'interno dell'America, offre l'occasione a Steinbeck di attaccare non solo le forze economiche ma anche le istituzioni economiche americane, che non lasciavano alcuna speranza a quei disperati, togliendo loro ogni ragione per credere nella democrazia degli Stati Uniti d'America.

La situazione, in questo terribile periodo, per quanto riguarda la fiducia e la morale collettiva, stava precipitando. Il filosofo inglese, *Isaiah Berlin*, come riferisce B. Friedman, ha ricordato che «*in quei giorni la propaganda proclamava a gran voce che l'umanitarismo, il liberalismo e le forze democratiche erano tramontati e che ormai si doveva scegliere tra due foschi estremi, il comunismo e il fascismo, il rosso o il nero. Per coloro che non si lasciarono imbonire da queste chiacchiere restava una sola luce nel buio: l'amministrazione Roosevelt e il New Deal negli Stati Uniti*»<sup>121</sup>.

Fortunatamente, come ricorda *Isaiah Berlin*, il Presidente Franklin Delano Roosevelt riuscì ad ottenere l'approvazione del suo progetto, *New Deal*,

<sup>118</sup> M. JOSEPHSON, *The Robber Barons*, Mariner Books, 1962.

<sup>119</sup> F. S. FITZGERALD, *Tenera è la notte*, Torino, Einaudi, 2005.

<sup>120</sup> J. STEINBECK, *Furore*, Milano, Bompiani, 1972.

<sup>121</sup> Cfr. B. FRIEDMAN, *Il valore etico della crescita*, cit. supra, nota 71, p. 243.

che ha rappresentato un'ancora di salvezza per sottrarre gli Stati Uniti d'America ad una crisi spaventosa che è stata superata con enormi difficoltà<sup>122</sup>. Le vicende relative alla recessione degli anni Trenta del 1900 confermano, indubbiamente, come abbiamo già ricordato, la validità della tesi sostenuta da B. Friedman, secondo cui il declino economico, quando raggiunge un livello di crisi molto grave, determina un abbassamento dei livelli morali degli individui che si manifesta soprattutto nei loro rapporti reciproci. L'aspetto da prendere in considerazione, a questo proposito, riguarda i rimedi per far fronte all'abbassamento della morale collettiva. Mentre nell'ipotesi in cui l'abbassamento dei valori morali riguarda l'apparato pubblico ed istituzionale è possibile intervenire con leggi apposite e strumenti di controllo adeguati, nel caso in cui tale abbassamento riguarda la collettività e gli individui, si rivela necessario il ricorso ad altri strumenti e ad altri rimedi.

#### **D. Valutazioni finali e conclusive**

Le analisi e le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi, consentono di giungere ad un'univoca conclusione.

Il rispetto dell'etica e della legalità con riferimento alle attività politiche e alle attività economiche può indubbiamente essere accresciuto, potenziato e, alla fine, assicurato, soltanto quando tali attività vengono svolte in Stati retti con il sistema democratico.

Negli Stati nei quali il regime democratico è garantito, i cittadini che godono dei diritti fondamentali di libertà (di pensiero, di parola, di associazione e di iniziativa economica), nonché dei diritti civili e politici, possono essere più agevolmente indotti a tenere comportamenti conformi all'etica e al diritto.

Inoltre, considerato che, come abbiamo visto, il sistema democratico favorisce normalmente lo sviluppo economico nei Paesi nei quali tale si-

<sup>122</sup> Nel 1933 quasi 13 milioni di americani, oltre un quarto dell'intera forza lavoro del paese, erano disoccupati. Fra i lavoratori dei settori extra-agricoli la disoccupazione superava il 37 per cento. L'attività economica complessiva si era ridotta di quasi un terzo e la produzione industriale di oltre la metà, anche tenuto conto del calo dei prezzi. Fra il 1929 e il 1933 i prezzi erano scesi in media del 24 per cento al dettaglio e del 32 per cento all'ingrosso. I prezzi dei prodotti agricoli erano scesi mediamente del 52 per cento e il reddito netto medio degli agricoltori americani s'era ridotto da 960 a 280 dollari. Nel corso del solo 1932 un quarto di milione di contadini persero la propria terra ipotecata, espropriata dalle banche a causa dell'insolvenza. Nelle città e nelle periferie gli inquilini venivano sfrattati per l'impossibilità di pagare l'affitto e nel 1933 si contarono mille espropri al giorno di case gravate da mutui ipotecari, per l'insolvenza dei proprietari. La gente in coda per un piatto di minestra nei centri cittadini nei parchi e nelle periferie erano divenute scene familiari in tutte le città americane.

stema viene osservato, ne consegue che anche il miglioramento delle condizioni di vita finisce per agevolare comportamenti di carattere etico e conforme al diritto, produttivi di benefici effetti in quanto favoriscono la tolleranza, la propensione alla giustizia e l'attaccamento alla democrazia.

Per poter preservare i vantaggi innegabili appena segnalati che favoriscono la disponibilità dei cittadini al rispetto dell'etica e della legalità, lo Stato retto con il sistema democratico deve però dotarsi di strumenti adeguati ed efficaci.

Le esperienze degli Stati Uniti d'America in precedenza descritte, che sono simili alle esperienze vissute da numerosi altri Stati democratici nel corso del secolo XX e di quello attuale, forniscono indicazioni utili sulle caratteristiche degli strumenti da impiegare.

Le indicazioni fornite a suo tempo da James Madison, sopra più volte ricordate, si concentrano sulla necessità di far ricorso a leggi adeguate e a controlli efficaci. Sono indicazioni senz'altro da condividere, ma che oggigiorno devono essere specificamente integrate facendo ricorso a meccanismi appositamente studiati data la complessità dei problemi da affrontare e in considerazione della rilevanza delle funzioni attualmente svolte dall'apparato pubblico. Oggigiorno, sulla base delle esperienze acquisite nei moderni Stati democratici, le leggi da adottare e i controlli da eseguire all'interno della struttura pubblica dove il potere viene esercitato, devono avere come fondamento la *sfiducia* intesa nel senso della celebre massima di Thomas Jefferson<sup>123</sup>, secondo cui: «*La fiducia è sempre stata madre del dispotismo: la libertà politica è fondata sul sospetto e non sulla fiducia. È il sospetto e non la fiducia che ci impone di stabilire dei limiti costituzionali al fine di vincolare quelli ai quali affidiamo il potere.*»

Dopo Thomas Jefferson, un altro grande studioso liberale e uomo politico, Benjamin Constant, è arrivato alle stesse conclusioni affermando che: «*Ogni buona Costituzione è un atto di sfiducia*»<sup>124</sup>. Lo stesso Benjamin Constant, che diffidava dei sistemi di controllo del potere unicamente basati sul principio «*checks and balances*»<sup>125</sup> riteneva che la libertà può essere effettivamente conquistata quando vi sia, all'interno dello Stato, un'opinione pubblica sistematicamente contrapposta ai rappresentanti del Governo»<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> T. JEFFERSON, *Le risoluzioni del Kentucky (1798)*, in *Federalismo e democrazia*, Roma, La Biblioteca di Libero, 2005, p. 117.

<sup>124</sup> Cfr. B. CONSTANT, *Recueil d'articles*, 1829-1830, Parigi, Champion, 1952, p. 53.

<sup>125</sup> Su tale principio v. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 175.

<sup>126</sup> Cfr. B. CONSTANT, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Parigi, 1796, p. 66.

È certo che l'invito ad imporre la sfiducia, come fondamento dell'azione di controllo, lanciato dagli illustri autori e uomini politici appena citati, perseguiva l'obiettivo di garantire il mantenimento della libertà politica.

Ma un invito siffatto deve essere ugualmente ribadito e lo stesso indirizzo deve essere seguito, se si vuol garantire il rispetto dell'etica e della legalità all'interno degli Stati democratici senza il quale si corre il rischio di pregiudicare anche la libertà politica.

Ovviamente, un'azione basata sull'adozione di provvedimenti drastici e sull'applicazione di controlli pervasivi dovrà essere accompagnata da altre iniziative e da altre azioni per avere successo.

Occorrerà mobilitare le associazioni della società civile coinvolgendo tutte le forze attive disposte a collaborare e, soprattutto, occorrerà avviare un'intensa attività di formazione partendo, in particolare, dalle scuole.

Questi saranno i temi che verranno analizzati e discussi nelle altre parti del presente lavoro, che saranno dedicate all'etica e alla legalità in rapporto alla politica e all'economia nella realtà italiana.

**Fausto Capelli**

#### SINTESI

Nella seconda parte del saggio «*Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia*», l'A. descrive l'impatto che la democrazia ha avuto all'interno del primo Paese retto da un sistema democratico: gli Stati Uniti d'America. Tale impatto è stato esaminato seguendone l'evoluzione essenzialmente sotto quattro profili: sociale, culturale, economico e politico. Le conclusioni alle quali l'A. perviene, analizzando il capolavoro di Alexis de Tocqueville, *La democrazia in America*, confermano quanto sostenuto nella prima parte del saggio in precedenza pubblicato, vale a dire che il rispetto dell'etica e della legalità in politica in economia può essere assicurato unicamente nei paesi retti da sistemi democratici.

#### ABSTRACT

*In the second part of the essay «Culture of Ethics and Legality in a Political and Economic World» the A. describes the impact that democracy has had within the first country governed by a democratic system: the United States of America. This impact has been examined following its evolution essentially under four profiles: social, cultural, economic and political. The Author's conclusions, analyzing the masterpiece of Alexis de Tocqueville, Democracy in America, confirm what was said in the first part of the essay published earlier, namely that the respect for ethics and legality in politics in the economy can only be ensured in countries governed by a democratic system.*



## **GLI STRUMENTI PER RAFFORZARE IL RISPETTO DEI VALORI DELL'UNIONE EUROPEA DA PARTE DEGLI STATI MEMBRI: LA PROPOSTA DEL PARLAMENTO EUROPEO**

**Sommario:** **1.** *Introduzione* - **2.** *I valori dell'Unione e l'obbligo in capo agli Stati membri di rispettarli* - **3.** *L'art. 7 TUE* - **4.** *La ricerca di meccanismi volti a integrare l'art. 7 TUE: il «nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» elaborato dalla Commissione europea* - **5.** *Segue: Il dialogo promosso dal Consiglio* - **6.** *Segue: La proposta del Parlamento europeo e il tentativo di superamento delle lacune attualmente esistenti* - **7.** *Osservazioni conclusive.*

### **1. Introduzione**

Nel corso degli ultimi anni in alcuni Stati membri dell'Unione europea (in particolare, Polonia e Ungheria) si sono prodotti dei mutamenti legislativi e talvolta costituzionali contrastanti con i principi dello Stato di diritto, se non forse anche antidemocratici<sup>1</sup>. Si tratta di palesi violazioni dell'obbligo di rispettare i valori, enunciati nell'art. 2 TUE, sui quali l'Unione europea si fonda.

Gli strumenti a disposizione per far fronte a situazioni di questo tipo non sono stati applicati. Non è stata, infatti, attivata la procedura di *early*

<sup>1</sup> È un problema che, in misura variabile, ha riguardato più Stati membri. In argomento v. il discorso dell'allora Commissario alla giustizia V. REDING reso il 4 settembre 2013, *The EU and the Rule of Law. What next?*, speech/13/677, reperibile sul sito internet [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-677\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_it.htm), e A. DI GREGORIO, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2016, n. 4, p. 175 ss.

*warning*, di cui al par. 1 dell'art. 7 TUE, prevista per il caso di «evidente rischio di violazione grave» dei valori dell'Unione, e non si è neppure fatto ricorso alla constatazione dell'esistenza «di una violazione grave e persistente», di cui al par. 2 dell'art. 7 TUE, che potrebbe anche portare alla sospensione di alcuni dei diritti derivanti dalla *membership*.

Commissione e Consiglio hanno preferito elaborare appositi strumenti di *soft law* volti a promuovere i valori per mezzo del dialogo politico, che non hanno però portato all'esito sperato. È stata inoltre anche tentata – in un primo tempo nei confronti della sola Ungheria<sup>2</sup> e più di recente anche per la Polonia<sup>3</sup> – la strada della procedura di infrazione – sebbene si tratti di uno strumento non pensato per essere applicato in caso di violazioni sistemiche dei valori – senza raggiungere peraltro, almeno finora, un risultato soddisfacente<sup>4</sup>.

L'obiettivo di questo studio è di indagare, dal punto di vista della ricerca giuridica, le ragioni che hanno determinato l'insuccesso dei meccanismi elaborati da Commissione e Consiglio, oltre che di ricordare gli aspetti problematici degli strumenti di cui all'art. 7 TUE, al fine di verificare se l'ultima proposta in ordine di tempo pervenuta, volta a istituire un ulteriore meccanismo di controllo del rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE, possa colmare le lacune degli attuali strumenti. Nell'ottobre 2016 il Parlamento europeo ha, infatti, sollecitato la predisposizione di un accordo interistituzionale volto a monitorare il rispetto oltretutto dello Stato di diritto, anche della democrazia e dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri e della stessa Unione. La proposta, al netto di alcuni nodi problematici che rischierebbero di creare un meccanismo complicato e farraginoso, presenta però indubbi elementi positivi che meritano di essere evidenziati.

<sup>2</sup> V., fra i tanti, B. BUGARIČ, *Protecting Democracy inside the EU. On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 82 ss., spec. p. 95 ss., e F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2016, n. 4, p. 135 ss., spec. p. 145 ss.

<sup>3</sup> V. il comunicato stampa della Commissione europea, del 26 luglio 2017, doc. IP/17/2161.

<sup>4</sup> Sui limiti del ricorso alla procedura di infrazione per far fronte a situazioni di violazione dei valori v., fra i tanti, B. BUGARIČ, *Protecting Democracy inside the EU. On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, loc. cit., p. 95 ss.; D. KOCHENOV - L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 512 ss., spec. p. 519 s.

In dottrina è stata peraltro avanzata l'ipotesi di creare procedure di infrazione sistemiche: K. L. SCHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, loc. cit., p. 105 ss.

## 2. I valori dell'Unione e l'obbligo in capo agli Stati membri di rispettarli

Il rispetto della democrazia e dello Stato di diritto, nonché la tutela dei diritti umani, rientrano tra i valori sui quali l'Unione europea si fonda (art. 2 TUE). E ciò al pari del rispetto di altri principi esplicitati nel testo dell'art. 2 quali, la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza e la tutela delle persone appartenenti a minoranze, che possono comunque agevolmente ritenersi ricompresi nel più generale ambito del rispetto dei diritti umani. Detti valori, ripresi anche nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre a costituire le fondamenta del processo di integrazione europea dato che, come sottolineato nell'art. 21, par. 1, TUE «ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento», sono altresì configurati come obiettivi che l'Unione si prefigge di promuovere (art. 3, par. 1, TUE). L'affermazione è corroborata dall'art. 13, par. 1 e 2, TUE che impone a tutte le istituzioni, nei limiti delle attribuzioni a ciascuna conferite, l'obbligo di promuoverli. Ciò implica che le istituzioni sono tenute a garantire il rispetto di detti valori in tutte le attività, non solo di produzione, ma anche di accertamento del rispetto del diritto dell'Unione<sup>5</sup>.

L'attività di promozione, oltre che all'interno dell'Unione, deve svolgersi anche verso l'esterno. L'art. 21, par. 1, TUE stabilisce, infatti, che quegli stessi principi che rappresentano le fondamenta del processo di integrazione europea devono guidare «[l']azione dell'Unione sulla scena internazionale». A tal fine l'Unione deve altresì adoperarsi a cooperare con quegli Stati terzi e quelle organizzazioni internazionali che condividono gli stessi valori.

Oltre a rappresentare le fondamenta dell'Unione europea, detti valori sono anche definiti, dall'art. 2 TUE, come comuni agli Stati membri. Si tratta, infatti, di principi e ideali che hanno fortemente caratterizzato gli Stati occidentali europei dal dopoguerra a oggi e, più recentemente, anche quelli sorti dalla caduta dei regimi totalitari comunisti. La condivisione di questi valori rappresenta, ai sensi dell'art. 49 TUE, requisito essenziale per l'adesione di nuovi Stati. A conferma, tra i c.d. criteri di Copenaghen che i

<sup>5</sup> In dottrina c'è chi, come D. KOCHENOV, *The Acquis and Its Principles. The Enforcement of the "Law" versus the Enforcement of "Values" in the EU*, in A. JAKAB - D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 9 ss., spec. p. 10, e G. ITZCOVICH, *On the Legal Enforcement of Values. The Importance of the Institutional Context*, *ivi*, p. 28 ss., spec. p. 29, soffermandosi sulla differenziazione tra il termine «valori», che esprimerebbe dei meri ideali, e la parola «principi», che implicherebbe invece delle vere e proprie norme giuridiche, sottolineano come alcuni dei valori di cui all'art. 2 TUE, in particolare lo Stato di diritto, siano anche dei principi.

Paesi che aspirano alla *membership* devono soddisfare figurano la garanzia della democrazia e dello Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e la tutela delle minoranze<sup>6</sup>.

Se, da un lato, è stabilito che gli Stati che intendono aderire all'Unione debbano rispettarne i valori e, a tal fine, sono soggetti a un esame da parte dei competenti organi dell'Unione, dall'altro lato, nei Trattati non è previsto un esplicito obbligo al rispetto dei valori da parte degli Stati membri. Ciò non deve indurre a ritenere che gli Stati che abbiano già guadagnato la *membership* possano ritenersi liberi dal vincolo. Ne è riprova l'esistenza delle procedure di cui all'art. 7 TUE<sup>7</sup>.

In letteratura si è molto discusso in merito al fondamento dell'obbligo per gli Stati membri di rispettare i valori di cui all'art. 2 TUE. C'è chi fa leva sul dovere di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE per affermare che gli Stati devono astenersi dal compiere atti che possano mettere a repentaglio gli obiettivi dell'Unione, tra i quali, come si è già detto, rientra la promozione dei valori fondanti<sup>8</sup>. Più spesso, l'obbligo degli Stati viene ritenuto una logica conseguenza dell'elevato livello di interdipendenza e reciproca fiducia tra Stati membri che il processo di integrazione richiede<sup>9</sup>.

Anzitutto – e questo è l'argomento più citato in letteratura<sup>10</sup> – si rileva come l'operatività del principio del mutuo riconoscimento si fondi proprio sulla reciproca fiducia tra gli Stati membri. Il riconoscimento degli atti degli

<sup>6</sup> Cfr. Conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen del 21 e 22 giugno 1993, par. 7, lett. A, *iii*.

<sup>7</sup> In letteratura vi è chi ritiene che l'art. 7 TUE imponga, implicitamente, agli Stati membri l'obbligo di rispettare i valori di cui all'art. 2: v. il commento all'art. 7 TUE di C. SANNA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, II ed., p. 70 ss., spec. p. 71 s.

<sup>8</sup> Cfr. Editorial comments, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, *CMLR*, 2015, p. 619 ss., spec. p. 621, e C. HILLION, *Overseeing the Rule of Law in the EU. Legal Mandate and Means*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, *cit. supra*, nota 2, p. 59 ss., spec. p. 62 s.

<sup>9</sup> Sul punto v. il parere n. 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 dicembre 2014, par. 167-168, e la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'11 marzo 2014, dal titolo *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, Com(2014)158 def., punto 1.

<sup>10</sup> Cfr. C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, *cit. supra*, nota 2, p. 15 ss., spec. p. 16 s.; A. MAGEN, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1050 ss., spec. p. 1056; P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, reperibile sul sito internet [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, n. 25, p. 13 s.; G. N. TOGGENBURG - J. GRIMHEDEN, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, *cit. supra*, nota 2, p. 147 ss., spec. p. 149.

altri Stati membri è, infatti, possibile perché vi è fiducia sul fatto che questi rispettino i principi fondamentali, quali quelli enunciati nell'art. 2 TUE. Se questa fiducia dovesse venire meno, si comprometterebbe l'applicazione di uno dei principi caratterizzanti il processo di integrazione europea.

Strettamente collegato a questo, e sempre legato al rapporto di stretta interdipendenza che lega gli Stati membri dell'Unione, è l'argomento che fa leva sulla considerazione che il mancato rispetto da parte anche di un solo Stato membro dei valori fondanti dell'Unione si ripercuoterebbe su tutti gli altri Stati e sugli stessi cittadini europei<sup>11</sup>. Si pensi all'esercizio del diritto di voto in seno alle istituzioni europee o, anche, al ruolo dello Stato titolare della Presidenza del Consiglio. La presenza di uno Stato che non rispetta i valori influenzerebbe il processo decisionale dell'Unione con conseguenze potenzialmente negative per il perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 3, par. 1, TUE.

Infine, in letteratura emerge anche un ulteriore argomento che si basa sul principio di coerenza: gli Stati europei per aderire all'Unione sono tenuti a conformarsi ai valori dell'Unione, sarebbe incoerente lasciare che, una volta divenuti membri, possano allontanarsi da quegli *standard*<sup>12</sup>.

### 3. L'art. 7 TUE

In caso di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE da parte di Stati membri, l'Unione dispone dei meccanismi previsti nell'art. 7 TUE<sup>13</sup>. Un primo strumento, introdotto a partire dal Trattato di Amsterdam, e ora previsto al par. 2 della norma in esame, dà al Consiglio europeo il potere di adottare una delibera, che deve essere presa all'unanimità, con la quale

<sup>11</sup> In C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, cit. supra, nota 10, p. 18 s., e C. CLOSA - D. KOCHENOV, *Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options*, in W. SCHROEDER (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 173 ss., spec. p. 177 s., questo argomento è definito «"all affected" principle». A sostegno di questa posizione v. anche G. N. TOGGENBURG - J. GRIMHEDEN, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, cit. supra, nota 10, p. 149, e A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What has been done, What Can Be Done*, CMLR, 2014, p. 59 ss., spec. p. 60.

<sup>12</sup> Cfr. C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, loc. cit., p. 19 ss., e C. CLOSA - D. KOCHENOV, *Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options*, loc. cit., p. 179.

<sup>13</sup> Come affermato da A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What has been done, What Can Be Done*, loc. cit., p. 65, la presenza dell'art. 7 «expresses the position that the EU is not a lame duck when it comes to its founding principles».

constata «l'esistenza di una violazione grave e persistente» dei valori dell'Unione<sup>14</sup>. Questo atto può essere poi seguito da un'ulteriore delibera, adottata dal Consiglio a maggioranza qualificata, al fine di emettere sanzioni nei confronti dello Stato membro che abbia violato uno o più valori. Ai sensi del par. 3 la sanzione consiste nella sospensione di «alcuni dei diritti» derivanti dalla *membership*, tra questi è esplicitato il diritto di voto in seno al Consiglio<sup>15</sup>. Lo Stato sanzionato potrà quindi essere escluso dal processo legislativo senza che si intacchino però gli obblighi che discendono dalla qualità di membro. Nel determinare quali diritti sospendere il Consiglio ha un limite: deve infatti tenere conto dei possibili effetti negativi della sua decisione sulle persone fisiche e giuridiche<sup>16</sup>.

Il par. 1 dell'art. 7 TUE prevede invece una procedura c.d. di prealarme. Introdotta dal Trattato di Nizza, essa riconosce al Consiglio il potere di constatare, con una delibera presa a maggioranza dei quattro quinti, l'esistenza di «un evidente rischio di violazione grave» dei valori. Allo strumento in parola non si associa alcun potere sanzionatorio, trattandosi solo di una sorta di richiamo nei confronti dello Stato al fine di evitare il verificarsi di una violazione<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> La Commissione, nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 15 ottobre 2003, *In merito all'art. 7 del trattato sull'Unione europea. Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, Com(2003) 606 def., par. 1.4.3. ha precisato che la gravità della violazione va determinata tenendo in particolare conto dell'oggetto e del risultato della violazione. La persistenza, come indicato nel par. 1.4.4., indica chiaramente una durata nel tempo della violazione. La presenza di questa caratteristica può anche desumersi, come evidenzia la Commissione, dalla presenza di condanne da parte di organi internazionali, giurisdizionali o non, che lo Stato mostra di ignorare.

<sup>15</sup> In argomento v., in particolare, L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in *Amsterdam Centre for European Law and Governance working paper series*, 2016, n. 1, p. 6 ss.; B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, in *Dir. un. eur.*, 2002, p. 192 ss., spec. p. 193 ss.; il commento all'art. 7 TUE di M. PEDRAZZI, in F. POCAR - M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014, 2ª ed., p. 42 ss., spec. p. 44 s. Tra le sanzioni non è prevista l'espulsione. Sebbene considerata durante la fase di elaborazione dello strumento sanzionatorio, la possibilità dell'espulsione fu esclusa (v. *Reflection Group's Report, second part*, reperibile sul sito internet [http://www.europarl.europa.eu/enlargement/cu/agreements/pdf/reflex1\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/enlargement/cu/agreements/pdf/reflex1_en.pdf), par. 33). Come osserva W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement*, and JÖRG HAIDER, in *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper n. 10/01*, 2010, reperibile sul sito internet <http://ssrn.com/abstract=1531393>, p. 6, l'introduzione del meccanismo sanzionatorio è frutto di un compromesso, «its purpose was to improve the human rights situation on the ground rather than to get rid of a "rouge" member state».

<sup>16</sup> Come affermato da P.-Y. MONJAL, *Le traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l'Union*, RMUE, 1998, n. 3, p. 69 ss., spec. p. 81, il fatto di dover tener conto degli effetti della deliberazione sugli individui fa sì che «les dites sanctions ne seront que très faibles, car dépourvues volontairement d'incidences sur ces derniers, et donc dépourvues d'une réelle efficacité».

<sup>17</sup> La Commissione, nella Comunicazione, *loc. cit.*, al par. 1.4.2., ha inteso meglio chiarire i presupposti per il ricorso allo strumento del par. 1 piuttosto che a quello del par. 2 con una

Nell'ottica di condividere la responsabilità politica di deliberare dalle conseguenze potenzialmente prorompenti, entrambi gli strumenti vedono il coinvolgimento di altri attori oltre a Consiglio e Consiglio europeo. Entrambe le procedure, sia quella che mira a constatare il rischio, sia quella che accerta l'esistenza della violazione, possono essere azionate solo se vi è una proposta di attivazione da parte o di un terzo degli Stati membri o della Commissione europea o, nel solo caso di cui al par. 1, del Parlamento europeo. Inoltre, in entrambe le procedure il Parlamento europeo svolge un ruolo estremamente significativo: Consiglio e Consiglio europeo non possono infatti deliberare se prima non vi è l'approvazione dell'istituzione che rappresenta i cittadini europei. Prima di deliberare occorre altresì, in ossequio al diritto di difesa, permettere allo Stato oggetto della procedura di fornire le sue osservazioni<sup>18</sup>.

L'art. 7 TUE è, dunque, uno strumento di natura politica che presuppone valutazioni di carattere politico. A riprova ne è il fatto che è esclusa la possibilità di intervento della Corte di giustizia se non, come stabilito dall'art. 269 TFUE, solo per verificare il rispetto delle prescrizioni di carattere procedurale, e solo su attivazione dello Stato oggetto della delibera<sup>19</sup>.

L'art. 7 TUE predispone dunque due strumenti differenti e separati – l'attivazione della procedura di preallarme non è infatti presupposto per il ricorso alla seconda – per rispondere in maniera differente a crisi di entità diversa<sup>20</sup>. In ogni caso deve trattarsi di situazioni di particolare gravità tali

esemplificazione: mentre la mera adozione di una legge lesiva dei valori dell'Unione potrebbe configurarsi come «rischio evidente», la sua effettiva applicazione potrebbe concretizzarsi in una vera e propria violazione.

<sup>18</sup> P.-Y. MONJAL, *Le traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l'Union*, cit. supra, nota 16, p. 74.

<sup>19</sup> In senso critico sul punto v., fra i tanti, L. S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, in *Dir. un. eur.*, 1998, p. 339 ss., spec. p. 342, la quale ha efficacemente messo in luce come l'impossibilità di sottoporre le procedure al controllo della Corte di giustizia «è particolarmente grave, non solo per gli Stati inosservanti, ma soprattutto per i loro cittadini» in quanto si rischia «di ottenere l'effetto, paradossale e contraddittorio rispetto agli obiettivi della norma, di danneggiare i cittadini di Stati che si vuol punire».

<sup>20</sup> Il ricorso alle procedure di cui all'art. 7 TUE comporta delle conseguenze, da un lato, sulla possibilità per i cittadini europei di ottenere asilo in un altro Stato membro e, dall'altro lato, sull'attuazione del mandato d'arresto europeo. Per quanto concerne il primo profilo, il Protocollo n. 24 *sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea*, fa venire meno la presunzione di sicurezza degli Stati membri consentendo, dunque, di prendere in esame le richieste d'asilo presentate da cittadini europei i cui Stati di origine siano oggetto, in fieri o già destinatari di una delibera, di una delle procedure di cui all'art. 7 TUE. Analogamente, ai sensi del *considerando* n. 10 della decisione quadro del Consiglio n. 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, in *Gu-UE* n. L 190, p. 1 ss., risulta possibile sospendere l'attuazione del mandato d'arresto europeo in relazione a quegli Stati membri che siano oggetto delle procedure di cui all'art. 7 TUE. In argomento v. C. SANNA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit. supra, nota 7, p. 78.

da assumere carattere sistemico, singoli casi di violazione non possono essere affrontati con questi strumenti<sup>21</sup>.

Soglia di applicabilità piuttosto alta ma in un ventaglio di ipotesi potenzialmente molto esteso. L'azione dell'Unione ai sensi dell'art. 7 TUE non è infatti limitata ai soli casi di violazioni di valori prodottisi, o che potrebbero prodursi, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Anche violazioni in settori di competenza nazionale potrebbero rientrare sotto la scure dei meccanismi dell'art. 7 TUE, perché in grado di pregiudicare la reciproca fiducia tra i membri<sup>22</sup>.

L'art. 7 TUE è stato pensato in un'ottica più che altro dissuasiva<sup>23</sup>, nella persuasione che non vi si sarebbe mai fatto ricorso<sup>24</sup>. E, in effetti, così è stato, purtroppo non perché non si siano verificate violazioni dei valori dell'Unione ma perché è mancata la volontà politica di attivarlo. Tra le ragioni che ostacolano il ricorso alla norma vi sono senz'altro difficoltà legate al raggiungimento delle necessarie maggioranze. Il raggiungimento dell'unanimità chiesta per la delibera di cui al par. 2 – a esclusione ovviamente dello Stato nei confronti del quale si delibera – non è poca cosa. Come è stato messo in luce, un'azione contro la Polonia non troverebbe l'assenso dell'Ungheria, e viceversa<sup>25</sup>. Ma nemmeno l'approvazione del Parlamento europeo, necessaria ai sensi sia del par. 1 sia del par. 2 dell'art. 7 TUE, potrebbe ritenersi scontata considerando l'appartenenza politica dei partiti dominanti nei due Paesi<sup>26</sup>.

A queste difficoltà se ne aggiungono altre legate all'opportunità dello strumento. Non si deve sottovalutare il rischio che i cittadini dello Stato interessato possano non capire la condanna inferta al loro Paese. Inoltre,

<sup>21</sup> Comunicazione della Commissione, *cit. supra*, nota 14, par. 1.4.1.

<sup>22</sup> *Ivi*, par. 1.1. V. anche il parere del servizio giuridico del Consiglio del 27 maggio 2014, doc. n. 10296/14, par. 17.

<sup>23</sup> Cfr. D. KOCHENOV - L. PECH, *Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1062 ss., spec. p. 1064, e R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI ET AL. (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, p. 605 ss., spec. p. 610.

<sup>24</sup> V. Comunicazione della Commissione, *loc. cit.*, conclusione.

<sup>25</sup> V. K. L. SCHEPPELE, *EU Can Still Block Hungary's Veto on Polish Sanctions*, 11 gennaio 2016, reperibile in <http://www.politico.eu/article/eu-can-still-block-hungarys-orban-veto-on-polish-pis-sanctions>, il quale ha tra l'altro ipotizzato che si potrebbe aggirare l'ostacolo adottando due delibere, nei confronti una della Polonia e una dell'Ungheria, nella stessa seduta, così da impedire che entrambi i Paesi votino. Anche così però non si potrebbe escludere che altri Stati impediscano l'adozione dell'atto, magari per solidarietà regionale.

<sup>26</sup> Cfr. P. OLIVER - J. STEFANELLI, *Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1075 ss., spec. p. 1081.

occorre anche interrogarsi sull'utilità di strumenti che non portano a nessuna conseguenza pratica – nessun esborso economico, nessun impedimento ad accedere a risorse economiche – se non lo stigma politico. E, con riguardo specificamente alle possibili sanzioni di cui al par. 3, si può nutrire più di un dubbio in merito alla capacità di queste di ristabilire il rispetto dei valori<sup>27</sup>.

Sono tutte considerazioni condivisibili. Al contempo occorre però anche riflettere sulle conseguenze di una mancata attivazione di questi strumenti, soprattutto in considerazione del fatto che finora non esistono alternative efficaci. Lasciare gli Stati liberi di violare i valori dell'Unione potrebbe avere effetti devastanti sullo stesso processo di integrazione europea.

#### **4. La ricerca di meccanismi volti a integrare l'art. 7 TUE: il «nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» elaborato dalla Commissione europea**

Stante le difficoltà ad applicare l'art. 7 TUE nelle crisi che si sono recentemente verificate in alcuni Stati membri, le principali istituzioni politiche dell'Unione europea hanno proposto meccanismi volti a favorire il dialogo con gli Stati "problematici" ed eventualmente agevolare il ricorso all'art. 7 TUE. La prima è stata la Commissione europea che, su invito anche di altre istituzioni e di alcuni Stati membri<sup>28</sup>, ha elaborato un «nuovo

<sup>27</sup> Sull'opportunità del ricorso a questo strumento v. fra i tanti, P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, cit. supra, nota 10, p. 3; B. NASCIBENE, *Le sanzioni ex art. 7 TUE*, cit. supra, nota 15, p. 192 ss.; il commento all'art. 7 TUE di M. PEDRAZZI, cit. supra, nota 15, p. 42 ss.; L. S. ROSSI, *Con il Trattato di Amsterdam l'Unione è più vicina ai suoi cittadini?*, cit. supra, nota 19, p. 342; A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What has been done, What Can Be Done*, cit. supra, nota 11, p. 84.

<sup>28</sup> V. Conclusioni del Consiglio *on fundamental rights and rule of law and on the Commission 2012 Report on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Lussemburgo, 6 e 7 giugno 2013, reperibile sul sito internet [https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf), punti 9-11, e risoluzione del Parlamento europeo del 3 luglio 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali: norme e pratiche in Ungheria, P7\_TA(2013)0315, punti 70 e 73-84. Questi atti sono stati preceduti da sollecitazioni di alcuni Stati membri. In particolare si segnalano la richiesta del 18 settembre 2012 dei ministri degli esteri di 11 Stati membri (Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo e Spagna) e la lettera che i ministri degli esteri di quattro Stati membri (Danimarca, Finlandia, Germania e Paesi Bassi) hanno inviato nel marzo 2013 al Presidente della Commissione europea chiedendo la creazione di un meccanismo che precedesse l'attivazione dell'art. 7 TUE. Il testo della lettera è reperibile sul sito internet <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2013/03/13/brief-aan-europese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme>. In argomento v. A. J. KUMIN, *Global Activities and Current Initiatives in the Union to Strengthen the Rule of Law – A State of Play*, in W. SCHROEDER (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, cit. supra, nota 11,

quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto»<sup>29</sup>. Si tratta, in sostanza, di un contraddittorio che la Commissione instaura con lo Stato membro al fine di prevenire o affrontare minacce allo Stato di diritto di carattere sistemico<sup>30</sup>. Il meccanismo ha carattere sussidiario, restando fermo che la Commissione intende intervenire solo se la situazione non può essere efficacemente affrontata con i meccanismi presenti a livello nazionale.

La procedura può consistere di tre fasi<sup>31</sup>. Anzitutto, qualora ritenga, sulla base di una valutazione preliminare, che esiste «una situazione di minaccia sistemica allo Stato di diritto», la Commissione trasmette allo Stato interessato un parere motivato. Si instaura così un contraddittorio del quale viene data pubblicamente notizia ma che rimane riservato nel contenuto. A ciò potrà seguire una raccomandazione – della quale verrà reso noto solo il contenuto essenziale – con la quale la Commissione indica gli elementi che costituiscono la minaccia sistemica e suggerisce le misure atte a rimuoverla, unitamente a un termine entro cui adottarle. Infine, la Commissione deve verificare il rispetto delle indicazioni fornite. In caso di esito insoddisfacente la Commissione puntualizza che si riserverà di valutare se attivare una delle procedure di cui all'art. 7 TUE<sup>32</sup>.

La Commissione ha applicato questo strumento nei confronti della Polonia<sup>33</sup>. A essere oggetto dell'attenzione della Commissione è stata, in par-

p. 207 ss., spec. p. 216 s., e C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto dell'Unione*, reperibile sul sito internet [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, n. 12, p. 9 s.

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione dal titolo *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit. supra, nota 9.

<sup>30</sup> Per la Commissione nella Comunicazione cit. supra, nota 9, punto 4.1, si è in presenza di «minacce allo Stato di diritto aventi carattere sistemico» quando a essere minacciati sono «l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza o l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo giurisdizionale».

<sup>31</sup> Come osservato dall'allora commissaria V. REDING nel discorso tenuto il 4 settembre 2013 al Centre of European Policy Studies di Bruxelles, cit. supra, nota 1, il meccanismo presentato dalla Commissione è modellato sulla procedura di infrazione.

<sup>32</sup> Sulle reazioni delle altre istituzioni e degli Stati membri alla presentazione dello strumento in esame v. C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, cit. supra, nota 10, p. 29 ss.

<sup>33</sup> La Commissione ha adottato un primo parere sullo Stato di diritto in Polonia il 1° giugno 2016 (v. comunicato stampa IP/16/2015). A questo atto è poi seguita la raccomandazione del 27 luglio 2016 (v. comunicato stampa IP/16/2643) e la raccomandazione del 21 dicembre 2016 (v. comunicato stampa IP/16/4476). Il Parlamento europeo il 14 settembre 2016 ha adottato una risoluzione in cui sostiene l'operato della Commissione e invita il Governo polacco a darvi seguito (risoluzione sui recenti sviluppi in Polonia e il loro impatto sui diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), doc. P8\_TA(2016)0344. In materia v., fra gli altri, E. CIMIOTTA, *La prima volta per la procedura di controllo sul rispetto dei valori dell'Unione prevista dall'art. 7 TUE? Alcune implicazioni per l'integrazione europea*, in *European Papers*, 2016, n. 3, p. 1253 ss., e S. LABAYLE, *Respect des valeurs de l'Union euro-*

tiolare, la legge di riforma costituzionale relativa alle funzioni della Corte costituzionale e alla nomina dei giudici<sup>34</sup>. Lo Stato in questione non ha però dato seguito alle richieste della Commissione e ha, anzi, tacciato l'azione come un'indebita interferenza negli affari interni polacchi<sup>35</sup>. La procedura si è chiusa in un nulla di fatto. Questo insuccesso ha evidenziato i limiti del «nuovo quadro». In particolare, basandosi sul dialogo politico, tra l'altro piuttosto confidenziale, tra una sola istituzione e lo Stato interessato, e concludendosi con uno strumento non solo di natura non vincolante ma che non comporta neppure un automatico ricorso all'art. 7 TUE, esso può funzionare solo per quei Paesi che intendono collaborare, non certo per quelli che hanno deliberatamente deciso di allontanarsi dai valori dell'Unione<sup>36</sup>.

Nonostante sia stata più volte sollecitata ad attivare la procedura anche nei confronti dell'Ungheria<sup>37</sup>, la Commissione non vi ha proceduto, e non ne ha nemmeno spiegato le ragioni<sup>38</sup>.

## 5. *Segue: Il dialogo promosso dal Consiglio*

Due mesi dopo l'adozione del «nuovo quadro», il servizio giuridico del Consiglio ha rilasciato un parere nel quale ha affermato l'illegittimità dello strumento predisposto dalla Commissione per mancanza di una base giuridica<sup>39</sup>. I giuristi del Consiglio hanno invece proposto che siano gli

*péenne en Pologne: première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit*, *ivi*, p. 1283 ss.

<sup>34</sup> Sulle riforme, contrarie al rispetto dello Stato di diritto, adottate in Polonia negli ultimi due anni v. C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto dell'Unione*, *cit. supra*, nota 28, p. 17 ss., e P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, *cit. supra*, nota 10, p. 8.

<sup>35</sup> Il Governo polacco ha reagito con un comunicato del ministro degli esteri, reperibile in <http://www.tvn24.pl/zdjecia/stanowisko-polski,53418.html>. Per un commento sul punto v. L. PECH, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: What should the Commission do next?*, 31 ottobre 2016, reperibile in <http://verfassungsblog.de/systemic-threat-to-the-rule-of-law-in-poland-what-should-the-commission-do-next>.

<sup>36</sup> D. KOCHENOV - L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, *cit. supra*, nota 4, p. 532 s.

<sup>37</sup> V. risoluzioni del Parlamento europeo del 10 giugno 2015 *sulla situazione in Ungheria*, doc. P8\_TA(2015)0227, par. 11, e del 16 dicembre 2015 dal titolo *La situazione in Ungheria: seguito dato alla risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2015*, doc. P8\_TA(2015)0461, par. 8.

<sup>38</sup> Per una speculazione sui motivi che avrebbero indotto la Commissione a non attivare il «nuovo quadro» nei confronti dell'Ungheria v. D. KOCHENOV - L. PECH, *Better late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation*, *cit. supra*, nota 23, p. 1068 ss.

<sup>39</sup> Parere, *cit. supra*, nota 22, par. 24. In argomento v., fra gli altri, C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the*

Stati membri a creare, mediante un accordo intergovernativo, un sistema di revisione del rispetto dello Stato di diritto<sup>40</sup>. Dopo poco, in una nota la Presidenza italiana del Consiglio ha rilanciato il tema dell'opportunità di promuovere il rispetto dello Stato di diritto<sup>41</sup>. Senza avallare né prendere le distanze dal parere del servizio giuridico, nella nota se ne riprendono alcuni passaggi. In particolare, si invitano gli Stati a riflettere sul ruolo che il Consiglio potrebbe svolgere nell'incoraggiare «un dialogo costruttivo tra gli Stati membri» sul tema<sup>42</sup>.

Su questi basi il Consiglio, nelle Conclusioni del 16 dicembre 2014, ha varato un suo sistema di promozione e salvaguardia dello Stato di diritto fondato sul dialogo che dovrà svolgersi annualmente tra gli Stati membri in seno alla composizione «Affari generali»<sup>43</sup>. Per la verità, non si tratta neppure di un vero e proprio strumento del Consiglio dato che, come specificato nelle Conclusioni, la decisione di istituire questo dialogo è presa dal Consiglio e dagli Stati membri. E il dialogo, si precisa, verrà condotto tra gli Stati, all'interno del Consiglio «Affari generali»<sup>44</sup>. Il Consiglio sembra più che altro la cornice di un dibattito di carattere intergovernativo<sup>45</sup>.

La creazione di questo dialogo si accompagna a tutta una serie di cautele. Si specifica, infatti, che esso dovrà essere condotto «on a non partisan and evidence-based approach», che dovrà basarsi «on the principle of objectivity, non discrimination and equal treatment» e che dovrà essere preparato seguendo «an inclusive approach»<sup>46</sup>. Si precisa inoltre che il dialogo dovrà svolgersi «without prejudice to the principle of conferred competences, as well as the respect of national identities of Member States». La presenza di questo inciso sembra escludere la possibilità di discussioni su violazioni dello Stato di diritto che, pur potendo avere ripercussioni sugli

*Procedural Limitations*, cit. supra, nota 10, p. 29 s.; P. OLIVER - J. STEFANELLI, *Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction*, cit. supra, nota 26, p. 1076 ss.; A. VON BOGDANDY - C. ANTPÖLER - M. IOANNIDIS, *Protecting EU values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in A. JAKAB - D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, cit. supra, nota 5, p. 218 ss., spec. p. 227 s.

<sup>40</sup> Parere, cit. supra, nota 22, par. 25-27.

<sup>41</sup> Nota del 14 novembre 2014 dal titolo *Garantire il rispetto dello stato di diritto nell'Unione europea*, doc. n. 15206/14.

<sup>42</sup> *Ivi*, par. 16.

<sup>43</sup> Consiglio "Affari generali", Bruxelles, 16 dicembre 2014, doc n. 16936/14, par. 6.

<sup>44</sup> *Ivi*, par. 1.

<sup>45</sup> Nell'atto in esame è attribuito un ruolo significativo al Coreper e alla Presidenza del Consiglio. Ai sensi del par. 6, al primo spetta preparare il dialogo, mentre la Presidenza ha il compito di verificare che il dialogo sia organizzato nel rispetto dei principi previsti nelle Conclusioni.

<sup>46</sup> Conclusioni, cit. supra, nota 43, par. 2, 3 e 6.

Stati membri intaccando la reciproca fiducia, si dovessero produrre in materie di competenza nazionale<sup>47</sup>.

Lo strumento così configurato non comporta alcuna forma di monitoraggio né di *peer review* tra gli Stati membri.

Nelle Conclusioni non viene stabilito in cosa debba consistere il dialogo. Si ipotizza però che il Consiglio valuti la possibilità di condurre colloqui su soggetti tematici<sup>48</sup>. Presentato come una delle possibilità, l'approccio tematico è stato di fatto l'unica forma di dialogo svolta in seno al Consiglio. Il dialogo si è finora svolto due volte e non certo sui temi delle riforme costituzionali contrastanti con lo Stato di diritto in corso in alcuni Stati membri<sup>49</sup>. Inoltre, l'esito di queste discussioni – ammesso che si sia trattato di discussioni e non semplicemente di prese d'atto dei documenti predisposti dalla Presidenza – non è stato reso pubblico<sup>50</sup>. Lo strumento così come applicato è stato assolutamente deludente<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. C. CLOSA, *Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law. Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations*, cit. supra, nota 10, p. 33. L'inciso riprende quasi testualmente l'art. 4, par. 2, TUE. Sull'inopportunità di ripresentare il testo di questa norma nel contesto delle Conclusioni sul rispetto dello stato di diritto v. C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto dell'Unione*, cit. supra, nota 28, p. 16.

<sup>48</sup> Conclusioni, cit. supra, nota 43, par. 6.

<sup>49</sup> Cfr. F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, cit. supra, nota 2, p. 161.

Nella seduta del Consiglio svoltosi il 17 novembre 2015, doc. n. 14185/17, è stato discusso il tema del rispetto dello Stato di diritto nell'era digitale, sulla base della nota preparata dalla Presidenza del Consiglio del 9 novembre 2015, doc. n. 13744/15, mentre nella riunione del Consiglio del 24 maggio 2016, doc. n. 9340/16, si è parlato di integrazione dei migranti sulla base della nota della Presidenza del 13 maggio 2016, doc. n. 8774/16.

<sup>50</sup> Si sono avuti solo scarni comunicati stampa i cui estremi sono rinvenibili nella nota precedente.

<sup>51</sup> Cfr. M. CLAES - M. BONELLI, *The Rule of Law and the Constitutionalisation of the European Union*, in W. SCHROEDER (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, cit. supra, nota 11, p. 265 ss., spec. p. 285; M. DAICAMPI, *I meccanismi di tutela dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione europea: rassegna di alcuni recenti documenti di portata generale, in Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2016, n. 4, p. 205 ss., spec. p. 213; D. KOCHENOV - L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, cit. supra, nota 4, p. 535 s.; P. OLIVER - J. STEFANELLI, *Strengthening the Rule of Law in the EU: The Council's Inaction*, cit. supra, nota 26, p. 1079; A. VON BOGDANDY - C. ANTPOLER - M. IOANNIDIS, *Protecting EU values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, cit. supra, nota 39, p. 224. Come ha osservato il Comitato economico e sociale europeo nel parere del 19 ottobre 2016 dal titolo *Un meccanismo europeo di controllo dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali*, in *Gu-Ue* n. C 34 del 2 febbraio 2017, p. 8 ss., al par. 3.4.1, «Invece del dialogo previsto, si è assistito a una serie di monologhi. Gli Stati non hanno collaborato tra loro fornendo sostegno, aiuto o critiche, non hanno formulato o ricevuto raccomandazioni, né si sono impegnati a prendere provvedimenti per cercare di dare soluzione ai problemi individuati».

Al par. 7 delle Conclusioni in esame è previsto che entro la fine del 2016 Consiglio e Stati membri avrebbero effettuato una valutazione dell'esperienza acquisita durante i dialoghi. Nella riunione del Consiglio del 15 novembre 2016, doc. n. 14424/16, i Ministri hanno discusso la nota della Presidenza del 9 novembre 2016, doc. n. 13980/16, dalla quale risulta che gli

## 6. *Segue: La proposta del Parlamento europeo e il tentativo di superamento delle lacune attualmente esistenti*

Infine, anche il Parlamento europeo è intervenuto proponendo un meccanismo di integrazione dell'art. 7 TUE. Più precisamente, l'organo rappresentativo dei cittadini europei, con una risoluzione del 25 ottobre 2016, ha invitato la Commissione a elaborare un accordo interistituzionale volto a istituire un «Meccanismo UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali»<sup>52</sup>. Per la verità il Parlamento europeo non si è limitato a invitare la Commissione a presentare un progetto di accordo ma ha elaborato esso stesso una bozza, che si trova allegata alla risoluzione citata.

Oggetto del sistema proposto non è soltanto il rispetto dello Stato di diritto, come nel caso dei due strumenti elaborati da Commissione e Consiglio<sup>53</sup>. Il Parlamento propone che si verifichi anche il rispetto della democrazia e dei diritti umani e, dunque, di tutti i valori di cui all'art. 2 TUE, dato che tutti i valori ivi citati sono riconducibili a una delle tre categorie. L'ampliamento è da salutarsi positivamente anzitutto perché Stato di diritto, democrazia e diritti umani sono strettamente legati; alla violazione di uno può seguire con estrema facilità la violazione degli altri<sup>54</sup>. Dunque, un sistema di monitoraggio a tutto campo sarebbe in grado di cogliere meglio i segnali d'allarme<sup>55</sup>. Inoltre, l'estensione a tutti i valori di

Stati, sollecitati a esprimersi attraverso questionari, vogliono continuare e, anzi, rafforzare ulteriormente lo strumento con dialoghi più frequenti e maggiormente focalizzati sulle sfide attuali che si trovano ad affrontare. Tra ottobre e novembre 2017 è previsto il prossimo dialogo. Mentre entro la fine del 2019 si valuterà se trasformare il dialogo in una valutazione *peer review* annuale.

<sup>52</sup> Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, P8\_TA(2016)0409.

<sup>53</sup> Sulle ragioni che avrebbero spinto Commissione e Consiglio a concentrarsi sullo Stato di diritto v. A. MAGEN, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, cit. *supra*, nota 10, p. 1057 s.

<sup>54</sup> Sul rapporto di stretta interrelazione tra le tre categorie v. S. CARRERA - E. GUILD - N. HERNANZ (eds.), *The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU: Towards an EU Copenhagen Mechanism*, 2013, reperibile sul sito internet [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493031/IPOL-LIBE\\_ET\(2013\)493031\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/493031/IPOL-LIBE_ET(2013)493031_EN.pdf); E. CRABIT - N. BEL, *The EU Rule of Law Framework*, in W. SCHROEDER (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, cit. *supra*, nota 11, p. 197 ss., spec. p. 198; K. TUORI, *From Copenhagen to Venice*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, cit. *supra*, nota 2, p. 225 ss., spec. p. 243 s.

<sup>55</sup> Cfr. G. N. TOGGENBURG - J. GRIMHEDEN, *Upholding Shared Values in the EU: What Role for the EU Agency for Fundamental Rights?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1093 ss., spec. p. 1098.

cui all'art. 2 TUE riuscirebbe a integrare meglio il meccanismo di verifica con le procedure di cui all'art. 7 TUE<sup>56</sup>.

Occorre altresì notare che mentre il «nuovo quadro» della Commissione e il dialogo elaborato dal Consiglio sono stati pensati più che altro con l'obiettivo di scongiurare il ricorso all'art. 7 TUE, la proposta del Parlamento europeo associa alla componente preventiva anche un'azione maggiormente integratrice della norma in questione, al fine di rendere più agevole l'eventuale ricorso alla stessa.

La risoluzione contiene dei veri e propri «j'accuse» al modo in cui si sta facendo fronte alle attuali crisi del rispetto dello Stato di diritto. Il Parlamento afferma, in maniera netta, che «il mancato rispetto dello Stato di diritto e dei valori fondamentali [in alcuni Stati membri] non sia adeguatamente affrontato»<sup>57</sup>. Non solo, secondo il Parlamento europeo nel far rispettare i valori fondanti «l'Unione non applica l'intransigenza e la fermezza che dimostra invece nel garantire l'adeguata attuazione delle norme economiche e fiscali»<sup>58</sup>. Da qui la necessità di un accordo tra le principali istituzioni europee – Commissione, Consiglio e Parlamento europeo – al fine di costituire non tanto un meccanismo nuovo, quanto piuttosto di integrare gli strumenti esistenti<sup>59</sup>, e di rendere l'art. 7 TUE finalmente operativo<sup>60</sup>.

Considerando che Commissione, Consiglio e Parlamento europeo sono tutti e tre implicati nelle procedure di cui all'art. 7 TUE e, in particolare, nella loro attivazione, risulterebbe più che opportuno che tutti e tre questi organi venissero ugualmente coinvolti nell'attività di verifica del rispetto dei valori<sup>61</sup>. La condivisione delle responsabilità eliminerebbe anche

<sup>56</sup> Per una critica ai meccanismi predisposti da Commissione e Consiglio su questo punto v. A. MAGEN, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, cit. supra, nota 10, p. 1055.

<sup>57</sup> Considerando AI della risoluzione.

<sup>58</sup> Considerando Q della risoluzione. Al considerando W il Parlamento si spinge anche a denunciare il fatto che «in molti casi le istituzioni dell'Unione non rispettano integralmente la lettera e lo spirito delle sentenze» della Corte di giustizia.

<sup>59</sup> Considerando n. 3 del progetto di accordo interistituzionale. L'art. 5 individua gli strumenti esistenti che andrebbero così integrati, si tratterebbe: del quadro di valutazione sulla giustizia, dell'Osservatorio sul pluralismo dei media, della relazione sulla lotta alla corruzione, delle procedure di valutazione tra pari di cui all'art. 70 TFUE e del meccanismo di cooperazione e verifica per quanto riguarda Bulgaria e Romania.

<sup>60</sup> Considerando n. 2 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>61</sup> Sul tema del ruolo delle varie istituzioni nell'attività di monitoraggio v. L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, cit. supra, nota 15, p. 28 s., e C. HILLION, *Overseeing the Rule of Law in the EU. Legal Mandate and Means*, cit. supra, nota 8, p. 76 s. Per una critica al fatto che nel «nuovo quadro» la Commissione abbia riservato solo a se stessa il compito di intervenire nel far rispettare lo Stato di diritto v. D. KOCHENOV - L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, cit. supra, nota 4, p. 533.

il rischio che si ripetano le accuse di parzialità attualmente mosse nei confronti della Commissione che, sotto l'operatività del «nuovo quadro», è l'unica responsabile nel determinare quali Stati, e per quali motivi, mettere sotto i riflettori<sup>62</sup>.

Quello che il Parlamento europeo propone è un sistema piuttosto composito destinato a svolgere diverse funzioni: definizione, elaborazione, monitoraggio e attuazione dei valori dell'Unione<sup>63</sup>. Dunque, un'attività a tutto tondo che parte a monte, stabilendo in cosa più esattamente consistono i valori, così da rendere più agevole determinare quando si è in presenza di violazioni. Uno dei limiti dell'attuale sistema è, in effetti, la mancanza di criteri di riferimento che permettano di rendere chiaro quando sussiste un rischio di violazione o quando è in corso una violazione. L'art. 7 TUE evidentemente non lo definisce. Ma nemmeno la Commissione nel suo «nuovo quadro» introduce elementi utili sul punto, nonostante l'allora Presidente Barroso nel momento in cui aveva preannunciato il nuovo meccanismo avesse promesso una maggiore chiarezza sul punto<sup>64</sup>. La presenza di parametri di riferimento potrebbe eliminare il rischio che l'eventuale attivazione delle procedure di cui all'art. 7 TUE venisse tacciata come eccessivamente discrezionale. Rischio tangibile vista la reazione delle autorità polacche all'adozione da parte della Commissione della raccomandazione di cui si è già detto<sup>65</sup>.

Un altro aspetto positivo della proposta del Parlamento europeo riguarda il potenziamento del monitoraggio della prassi degli Stati membri e delle istituzioni. Si noti che l'organo rappresentativo dei cittadini europei ritiene, correttamente, che a essere assoggettati a controlli non debbano essere solo gli Stati ma anche le tre principali istituzioni<sup>66</sup>. Partendo dalla constatazione dell'assenza nell'ordinamento dell'Unione di «meccanismi giuridicamente vincolanti per monitorare regolarmente il rispetto dei valo-

<sup>62</sup> Per una critica del ruolo dominante della Commissione v. A. VON BOGDANDY - C. ANTPÖLER - M. IOANNIDIS, *Protecting EU values. Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, cit. supra, nota 39, p. 228.

<sup>63</sup> Art. 1 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>64</sup> J. M. BARROSO, discorso al Parlamento europeo *sullo stato dell'Unione*, 11 settembre 2013, Speech/13/684, reperibile sul sito internet [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-684\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm). In argomento v. F. DI DARIO, *La tutela dei valori dell'UE dopo la prima attivazione del "nuovo quadro per rafforzare lo stato di diritto"*, in *La Comunità internazionale*, 2016, p. 203 ss., spec. p. 217 ss., e D. KOCHENOV - L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, cit. supra, nota 4, pp. 524 e 532 s.

<sup>65</sup> V. supra, par. 4. D. KOCHENOV - L. PECH, *Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation*, cit. supra, nota 23, p. 1070, avevano messo in luce questo limite del «nuovo quadro» della Commissione.

<sup>66</sup> Par. 3 della risoluzione.

ri»<sup>67</sup> e dell'esistenza di diverse fonti, UE ed extra UE, di monitoraggio e segnalazione, il Parlamento europeo propone di creare un sistema di raccordo<sup>68</sup>.

La presenza di un meccanismo di monitoraggio è essenziale per una corretta attivazione delle procedure ex art. 7 TUE<sup>69</sup>. Senza una vigilanza costante sull'operato degli Stati membri può risultare difficile cogliere anticipatamente i segnali di crisi e, quindi, prevenirli e anche giustificare l'eventuale attivazione delle procedure<sup>70</sup>. Come è stato correttamente osservato, un dibattito *ad hoc* su un Paese specifico rischia di generare reazioni difensive da parte dello stesso, mentre un monitoraggio e un dialogo costanti nei confronti di tutti gli Stati, e sui fenomeni più delicati, potrebbero favorire atteggiamenti più collaborativi<sup>71</sup>.

Anche la Commissione europea nella Comunicazione relativa all'art. 7 TUE si soffermava sull'importanza di un efficace monitoraggio del rispetto dei valori da parte degli Stati, individuando nella rete di esperti creata dalla Commissione stessa nel 2002 – ora non più operativa, dopo l'istituzione dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA)<sup>72</sup> – e posta al servizio della Commissione e del Parlamento europeo, un ottimo esempio di attività di monitoraggio indipendente e imparziale<sup>73</sup>.

Attualmente, come accennato, esistono sia all'interno che all'esterno dell'ordinamento dell'Unione diverse fonti che permettono di monitorare la prassi degli Stati. Solo per citarne alcuni si pensi, per quanto riguarda il lato interno, alla FRA, al Garante europeo per la protezione dei dati, all'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere e a Eurostat. Sul lato esterno si considerino le organizzazioni della società civile, gli esperti del mondo accademico, e le varie organizzazioni internazionali con i loro propri sistemi di monitoraggio dell'attività degli Stati. Nell'ambito del Consiglio d'Europa svolgono, ad esempio, un ruolo estremamente significativo

<sup>67</sup> Considerando n. 8 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>68</sup> Art. 6 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>69</sup> Come rileva W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, cit. *supra*, nota 15, pp. 9 e 21, quando è stato elaborato il testo dell'attuale art. 7 TUE si era ipotizzata l'idea di un meccanismo di monitoraggio, subito però accantonata.

<sup>70</sup> Sul punto v. analoga richiesta formulata dal Consiglio «Giustizia e Affari interni» del 6 e 7 giugno 2013, Conclusioni cit. *supra*, nota 28, par. 9, nei confronti della Commissione.

<sup>71</sup> G. N. TOGGENBURG - J. GRIMHEDEN, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, cit. *supra*, nota 10, p. 164.

<sup>72</sup> Cfr. W. SADURSKI, *Adding a Bite to a Bark? A Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, cit. *supra*, nota 15, p. 29.

<sup>73</sup> Comunicazione cit. *supra*, nota 14, par. 2.1.

organi come la Commissione di Venezia, il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), e la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ). Per non parlare della giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte europea dei diritti dell'uomo e degli organi quasi-giurisdizionali previsti da vari trattati internazionali. Il Parlamento europeo nella propria proposta ritiene che queste siano fonti preziose alle quali attingere nell'attività di monitoraggio e che vadano valorizzate, ad esempio pubblicandone i contributi sul sito internet della Commissione<sup>74</sup>.

Anche Commissione e Consiglio nel presentare i loro strumenti hanno ipotizzato una collaborazione con queste fonti<sup>75</sup>. In entrambi i casi si è però ipotizzato un ricorso solo eventuale. Nella proposta in esame si tratta invece di una collaborazione più strutturata.

I dati così raccolti vanno infine valutati. A questo scopo il Parlamento europeo propone di creare un apposito gruppo di esperti i cui componenti valutino, ciascuno in modo anonimo e indipendente, sulla base di metodi di valutazione opportunamente creati ed eventualmente rivisti e aggiornati, la prassi di ogni Stato membro<sup>76</sup>. La prassi di ogni singolo Stato verrebbe dunque valutata sulla base di fonti quanto mai ampie ed eterogenee, da esperti indipendenti. L'obiettivo è chiaramente quello di avere valutazioni quanto più possibile oggettive e scevre da rischi di considerazioni di mero opportunismo politico.

Sempre in quest'ottica, il Parlamento europeo insiste molto sulla necessità di coinvolgere vari attori nella procedura. Più volte nella risoluzione si mette in luce l'importanza di coinvolgere la società civile<sup>77</sup> e i Parlamenti nazionali<sup>78</sup>. L'intervento di questi attori sarebbe quanto mai opportuno soprattutto nell'ottica di sensibilizzare e prevenire possibili reazioni difensive da parte dei cittadini del Paese oggetto di valutazione. Si condividono le parole del Parlamento quando afferma che un meccanismo come quello delineato possa risultare «efficace soltanto se dispone di un ampio sostegno da parte dei cittadini dell'Unione»<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> Art. 6 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>75</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, *cit. supra*, nota 9, par. 4.2, e Conclusioni del Consiglio *cit. supra*, nota 43, par. 5.

<sup>76</sup> Art. 9 del progetto di accordo interistituzionale. Il Parlamento, all'art. 8, propone anche la composizione del gruppo di esperti.

<sup>77</sup> Cfr. *considerando* AF e par. 2, 10 e 16 della risoluzione, e *considerando* n. 5 e artt. 6 e 10 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>78</sup> Par. 9 della risoluzione e art. 4, comma 1, del progetto di accordo interistituzionale. Ai sensi dell'art. 8.1 del progetto di accordo interistituzionale, i Parlamenti nazionali e la società civile dovrebbero contribuire significativamente anche alla nomina degli esperti indipendenti.

<sup>79</sup> *Considerando* n. 5 del progetto di accordo interistituzionale.

Nel caso in cui la procedura di valutazione dovesse appurare la non conformità della prassi di uno Stato membro agli *standard* rilevanti, il Parlamento propone che alla Commissione spetti il compito di avviare con esso un dialogo<sup>80</sup>. Inoltre – e questo è un aspetto estremamente significativo – se il gruppo di esperti dovesse ritenere, riprendendo le parole dei par. 1 e 2 dell'art. 7 TUE, che sussiste «un evidente rischio di violazione grave» o «una violazione grave e persistente» dei valori di cui all'art. 2 TUE, tutte e tre le istituzioni dovrebbero svolgere ciascuna «una discussione sulla questione» al fine di adottare «una decisione motivata, che è resa pubblica»<sup>81</sup>. Le istituzioni che hanno un ruolo significativo nelle procedure di cui all'art. 7 TUE sarebbero così costrette a esprimersi sull'attivazione di questi strumenti e a rendere pubblica la loro decisione, e le motivazioni ivi sottese. Si sgombrerebbe così il campo da illazioni di mero opportunismo politico, codardia o disinteresse, che ora sono frequenti sul punto dell'inattività delle istituzioni.

La risposta della Commissione non si è fatta attendere. Il 17 gennaio 2017 ha fatto sapere di non intendere presentare alcuna proposta di accordo interistituzionale<sup>82</sup>. La Commissione, oltre a esprimere dubbi sulla necessità di un tale sistema, lo ritiene non fattibile a causa di non meglio precisati ostacoli politici e legali<sup>83</sup>. Inoltre, volendo dimostrare di tenere nella massima considerazione il tema del rispetto dello Stato di diritto, ricorda come sia in corso l'applicazione del «nuovo quadro» nei confronti della Polonia<sup>84</sup>. La Commissione appare, dunque, cieca di fronte al problema: proprio l'esperienza della Polonia ha dimostrato come il «nuovo quadro» non sia uno strumento adeguato per affrontare il problema del rispetto dei valori dell'Unione e che un nuovo strumento sia più che mai necessario.

## 7. Osservazioni conclusive

Se il mancato rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE da parte degli Stati membri potrebbe compromettere la vita della stessa Unione, il man-

<sup>80</sup> Art. 10.2 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>81</sup> Artt. 10.2.1 e 10.3 del progetto di accordo interistituzionale.

<sup>82</sup> *Follow up to the European Parliament resolution on with recommendations to the Commission on the establishment of an EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, reperibile sul sito internet <http://www.europarl.europa.eu/oeil-mobile/spdoc.do?i=27630&j=0&l=en>.

<sup>83</sup> *Ivi*, p. 2.

<sup>84</sup> *Ivi*, p. 3.

cato intervento per impedire le violazioni mina certamente la credibilità dell'Unione. Le principali istituzioni europee hanno dimostrato, adottando gli atti esaminati in questo lavoro, di averlo capito. Prendendo a prestito la terminologia di altro campo scientifico si potrebbe dire che la diagnosi è stata fatta ma non si ricorre alle cure previste (art. 7 TUE) perché, da un lato, si temono i possibili effetti collaterali e, dall'altro lato, se ne mette in dubbio la reale efficacia. Per questi motivi sono state tentate cure alternative che, però, hanno dimostrato di non funzionare. A questo punto la strada più sensata sarebbe quella di tornare alle cure previste, cercando però di porre in essere strumenti per evitare o, perlomeno, per attenuare i possibili effetti collaterali. Ecco, la proposta del Parlamento europeo ha proprio questo significato, unitamente al tentativo di porre in essere un'attività di prevenzione.

L'art. 7 è stato definito dall'allora presidente della Commissione Barroso come un'arma nucleare e, come tale, se ne dovrebbe scongiurare l'impiego. Si tratta di una metafora alquanto infelice<sup>85</sup>, seppure rivolta a uno strumento dai molteplici limiti. Il ricorso all'art. 7 – sia nel momento in cui si richiama lo Stato affinché non violi i valori, sia quando si constata l'avvenuta violazione e, eventualmente, si stabilisce una sanzione – mostrerebbe a quegli Stati che si stanno allontanando dai valori dell'Unione, e anche a quelli che stanno progettando di farlo, che ciò non è tollerato. Il non ricorso a questa norma mostra invece, a quegli stessi Stati, che lo possono fare impunemente. Per quanto concerne i temuti effetti collaterali del ricorso alle procedure di cui all'art. 7 TUE, potrebbero essere scongiurati predisponendo un meccanismo quanto più possibile inclusivo di vari attori, istituzionali e non, e quanto più possibile oggettivo, come proposto dal Parlamento europeo. E a riguardo delle difficoltà connesse al raggiungimento, in seno alle varie istituzioni, delle maggioranze richieste per l'applicazione delle procedure ex art. 7 TUE, si ritiene di poter affermare che il meccanismo proposto dal Parlamento europeo renderebbe più difficile votare contro, nel momento in cui lo stesso meccanismo avesse evidenziato l'esistenza, o la minaccia, di una violazione.

A chi scrive pare che la proposta del Parlamento europeo abbia vari aspetti positivi che meriterebbero di essere discussi tra le istituzioni. Il rifiuto da parte della Commissione di dialogare con il Parlamento sulla pre-

<sup>85</sup> Cfr., fra gli altri, L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, cit. *supra*, nota 15, p. 17; C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto dell'Unione*, cit. *supra*, nota 28, p. 25; D. KOCHENOV - L. PECH, *Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation*, cit. *supra*, nota 23, p. 1065.

disposizione di un accordo interistituzionale è avvenuta pochi mesi prima che le procedure del «nuovo quadro» nei confronti della Polonia si concludessero in un nulla di fatto, anche se le avvisaglie del probabile fallimento erano già piuttosto evidenti. Sarebbe dunque più che auspicabile che la Commissione tornasse sui suoi passi e avviasse un dialogo con le altre istituzioni al fine di verificare la possibile implementazione della proposta del Parlamento europeo.

**Monica Spatti\***

#### SINTESI

Nel corso degli ultimi anni in alcuni Stati membri dell'Unione europea si sono prodotti dei mutamenti legislativi contrastanti con i principi dello Stato di diritto. Si tratta di palesi violazioni dell'obbligo di rispettare i valori, enunciati nell'art. 2 TUE, sui quali l'Unione europea si fonda e che costituiscono delle esigenze minime al di sotto delle quali non solo l'Unione, ma gli stessi Stati membri non possono andare, pena la compromissione della reciproca fiducia che è requisito essenziale per il funzionamento dell'organizzazione. Gli strumenti, di cui all'art. 7 TUE, a disposizione per far fronte a situazioni di questo tipo non sono stati applicati, preferendo il ricorso a mezzi alternativi che, però, non hanno portato all'esito sperato. Il presente contributo indaga le ragioni dell'insuccesso dei meccanismi attivati e la capacità della recente proposta del Parlamento europeo, volta a istituire un ulteriore meccanismo di controllo del rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE, di colmarne le lacune.

#### ABSTRACT

*During the last years some Member States of the European Union have introduced legislative changes that conflict with the principle of rule of law. These are clear violations of the obligation to respect the values, established in Art. 2 TEU, on which the European Union is founded. These values represent minimum requirements that Member States can not disregard, unless compromising the mutual trust, that is a fundamental element for the operation of the Union. The instruments, provided in Art. 7 TEU, to deal with these type of violations were not applied, preferring to apply alternative means that, however, did not work. This work aims to investigate, on one hand, the reasons of the failure of the activated mechanisms and, on the other hand, the capacity of the recent proposal of the European Parliament, to set up a new monitoring mechanism, to fill the gaps.*

\* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea / Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano



# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA CONFERMA IL DIVIETO DI USARE NELLA COMMERCIALIZZAZIONE E NELLA PUBBLICITÀ DI PRODOTTI VEGETALI LA DENOMINAZIONE «LATTE» E LE DENOMINAZIONI RISERVATE AI PRODOTTI LATTIERO-CASEARI**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 14 giugno 2017 in causa n. C-422/16\***

Verband Sozialer Wettbewerb Ev c. TofuTown.com GmbH

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ue) n. 1308/2013 - Art. 78 e all. VII, parte III - Decisione n. 2010/791/Ue - Definizioni, designazioni e denominazioni di vendita - «Latte» e «prodotti lattiero-caseari» - Prodotti derivati unicamente dal latte - Eccezioni - Espressioni utilizzate per la promozione e la commercializzazione di alimenti puramente vegetali - Principio di parità di trattamento e principio di proporzionalità - Contrasto con il diritto dell'Unione.**

*L'art. 78, par. 2, e l'allegato VII, parte III, del Regolamento n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013,*

\* In *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2017, ECLI:EU:C:2017:458. In argomento v. *infra*, p. 341 ss., il commento di DANIELE PISANELLO.

*recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, devono essere interpretati nel senso che ostano a che la denominazione «latte» e le denominazioni che tale Regolamento riserva unicamente ai prodotti lattiero-caseari siano utilizzate per designare, all'atto della commercializzazione o nella pubblicità, un prodotto puramente vegetale, e ciò anche nel caso in cui tali denominazioni siano completate da indicazioni esplicative o descrittive che indicano l'origine vegetale del prodotto in questione, salvo il caso in cui tale prodotto sia menzionato all'allegato I della decisione n. 2010/791/UE della Commissione, del 20 dicembre 2010, che fissa l'elenco dei prodotti di cui all'allegato XII, punto III.1, secondo comma, del Regolamento n. 1234/2007 del Consiglio.*

## **DIVIETO DI UTILIZZO DI DENOMINAZIONI LATTIERO-CASEARIE PER DESIGNARE PRODOTTI ESCLUSIVAMENTE VEGETALI: TRA REGOLAZIONE DEI MERCATI AGRICOLI E PROTEZIONE DEL CONSUMATORE "SUO MALGRADO"**

**Sommario:** **I.** *Fatti della causa principale e questioni pregiudiziali sollevate* - **II.** *La decisione della Corte* - **III.** *Una protezione del consumatore "suo malgrado"?* - **IV.** *Comunicazione del cibo vegano: un problema regolatorio?*

Con la sentenza del 14 giugno 2017 in causa C-422/16, *Verband Sozialer Wettbewerb eV* contro *TofuTown.com GmbH* (in appresso, per brevità, *TofuTown*), la Corte di giustizia ha posto la parola fine alla *querelle* sulla controversa legittimità di espressioni del tipo «latte di soia», «burro di tofu», «formaggio vegetale», «formaggio Veggio» *et cetera* apposte sulle etichette di prodotti evidentemente non ottenuti da né contenenti ingredienti di origine animale. La disciplina in tema di organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli (Regolamento (Ue) n. 1308/13<sup>1</sup>) – afferma, infatti, la Corte – osta «a che la denominazione «latte» e le denominazioni che tale regolamento riserva unicamente ai prodotti lattiero-caseari siano utilizzate per designare, all’atto della commercializzazione o nella pubblicità, un prodotto puramente vegetale, e ciò anche nel caso in cui tali denominazioni siano completate da indicazioni esplicative o descrittive che indicano l’origine vegetale del prodotto in questione», salve le ipotesi espressamente autorizzate dalla Commissione<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Regolamento n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L del 347 del 20 dicembre 2013, p. 67 ss.

<sup>2</sup> Fin dal 1988, con la decisione n. 88/566/Cee, la Commissione ha fissato le denominazioni del latte e dei prodotti lattiero-caseari da intendersi riservate esclusivamente ai prodotti

Il divieto di impiego di denominazioni riservate su prodotti diversi da quelli contemplati, anche in presenza di diciture esplicative circa la «reale natura»<sup>3</sup> del bene, come si vedrà, è interamente ricostruito dalla Corte nell'ambito delle norme di commercializzazione dei prodotti lattiero-caseari, senza alcun richiamo di coordinamento chiaro alla disciplina di settore in tema di informazione del consumatore<sup>4</sup>. Un riferimento a quest'ultima, se non dirimente ai fini della decisione, sarebbe stato opportuno nella misura in cui la sentenza, nel riconoscere la legittimità del divieto di utilizzo di talune diciture anche in ipotesi di etichetta (o comunque comunicazione del prodotto) tale da non creare rischio di inganno, finisce per tratteggiare una sorta di protezione del consumatore *suo malgrado*.

espressamente individuati. Ciò nondimeno, in via derogatoria, tale principio non si applica alle denominazioni di prodotti di cui sia nota la natura esatta per l'uso tradizionale delle stesse, e/o qualora le denominazioni siano chiaramente utilizzate per descrivere qualità caratteristiche dei prodotti stessi. Le eccezioni sono frutto di un procedimento in base al quale la Commissione recepisce gli elenchi di prodotti che, a giudizio degli Stati membri, rispondono nel territorio nazionale ai criteri stabiliti per la succitata deroga. Le denominazioni dei prodotti così individuate possono essere usate nelle varie lingue dell'Unione, in modo da renderle utilizzabili in tutti gli Stati membri, sempreché siano conformi alla disciplina europea in tema di fornitura di informazioni sui prodotti alimentari. Il vigente elenco è contenuto, appunto nell'allegato I della decisione n. 2010/791/UE della Commissione, del 20 dicembre 2010, che fissa l'elenco dei prodotti di cui all'allegato XII, punto III.1, secondo comma, del Regolamento (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio [notificata con il numero C(2010) 8434], in *Gu-UE* n. L 336 del 21 dicembre 2010. All'allegato I di tale decisione sono indicati i prodotti che nel territorio dell'Unione corrispondono a quelli indicati alla disposizione citata. I prodotti «italiani» che beneficiano di questa deroga sono: latte di mandorla, burro di cacao, latte di cocco e fagiolini al burro. I riferimenti al Regolamento (Ce) n. 1234/2007 si intendono operati al Regolamento (Ue) n. 1308/2013, in forza dell'art. 230, par. 1, primo comma, e par. 2, del Regolamento (Ue) n. 1308/2013.

<sup>3</sup> Di «reale natura» parla la versione italiana dell'art. 17.2 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 in tema di fornitura di informazioni al consumatore sui prodotti alimentari: in questa disposizione si individua il limite alla ammissibilità nello Stato membro di commercializzazione della denominazione dell'alimento sotto la quale il prodotto è legalmente fabbricato e commercializzato nello Stato di produzione (principio del mutuo riconoscimento) esattamente nella sussistenza di situazioni nelle quali, nelle circostanze di fatto, l'etichetta «non consentirebbe ai consumatori dello Stato membro di commercializzazione di conoscere la natura reale dell'alimento e di distinguerlo dai prodotti con i quali potrebbero confonderlo».

<sup>4</sup> Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i Regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva n. 87/250/Cee della Commissione, la direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione, la direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive n. 2002/67/Ce e n. 2008/5/Ce della Commissione e il Regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione. Sul Regolamento (Ue) n. 1169/2011, prima introduzione in S. MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso «personalista» del consumatore (Osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura di alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 576 ss.; L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento (UE) n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 658 ss.; P. BORGHI, *Diritto d'informazione nel recente regolamento sull'etichettatura*, in C. RICCI (a cura di), *La tutela multi-livello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 271-290.

## I. Fatti della causa principale e questioni pregiudiziali sollevate

I fatti della causa principale sono presto descritti: un'associazione tedesca, impegnata per statuto a contrastare la concorrenza sleale, agiva giuridicamente (e in via cautelare)<sup>5</sup> contro la TofuTown, società operante nel settore della fabbricazione e della distribuzione di alimenti vegetariani/vegani. Ad avviso dell'Associazione la promozione da parte della TofuTown di tali prodotti puramente vegetali e, in particolare, l'impiego di denominazioni quali «Soyatoo burro di tofu», «formaggio vegetale», «Veggie-Cheese», «Cream», e di altre denominazioni simili, in quanto difforme da quanto previsto dalla disciplina europea (sostanzialmente l'art. 78 del Regolamento (Ue) n. 1308/2013), costituiva atto contrario alle regole di concorrenza sleale vigenti nell'ordinamento della Germania<sup>6</sup>.

Nonostante una precedente statuizione della Corte europea che, in una questione alquanto simile, aveva ribadito il principio per il quale la denominazione «formaggio» non potesse impiegarsi per prodotti lattiero-caseari nei quali la materia grassa del latte fosse stata sostituita da grasso di origine vegetale, anche laddove la denominazione fosse completata da indicazioni descrittive<sup>7</sup>, il giudice remittente ha ritenuto necessario un chiarimento interpretativo sull'art. 78 del Regolamento (Ue) n. 1308/2013, in combinato disposto con l'allegato VII, parte III, punti 1 e 2 dello stesso, all'uopo sollevando le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 78, paragrafo 2, del regolamento [n. 1308/2013] possa essere interpretato nel senso che le definizioni, designazioni e denominazioni di vendita figuranti nell'allegato VII non debbano essere conformi ai corrispondenti requisiti stabiliti nel medesimo allegato, qualora le corrispondenti definizioni, designazioni o denominazioni di vendita siano inte-

<sup>5</sup> L'azione inibitoria veniva radicata dinanzi al Landgericht Trier (Tribunale regionale di Treviri, Germania), adducendo una violazione dell'art. 3 *bis* della legge contro la concorrenza sleale, in combinato disposto con l'allegato VII, parte III, punti 1 e 2, e con l'art. 78 del Regolamento (Ue) n. 1308/2013. Il *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (legge contro la concorrenza sleale), nella versione applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale, dispone all'art. 3 *bis*: «[c]hiunque violi una disposizione di legge destinata, segnatamente, a regolamentare, nell'interesse degli operatori del mercato, il comportamento sul mercato, commette un atto di concorrenza sleale, quando la violazione sia di natura tale da ledere in modo sensibile gli interessi dei consumatori, di altri operatori del mercato o dei concorrenti».

<sup>6</sup> L'asserita violazione dell'art. 3 *bis* della legge contro la concorrenza sleale è stata costruita dalla ricorrente partendo dal mancato rispetto dell'art. 78 e dell'allegato VII, parte III, punti 1 e 2, del Regolamento (Ue) n. 1308/2013.

<sup>7</sup> Sentenza del 16 dicembre 1999 in causa n. C-101/98, *UDL*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8841, EU:C:1999:615, in questa *Rivista*, 2000, p. 539, con commento di F. CAPELLI, *Un prodotto senza grassi naturali di derivazione lattiero-casearia non può essere chiamato formaggio*, *ivi*, p. 547 ss.

grate da indicazioni chiarificatrici o descrittive (come ad esempio "burro di tofu" per un prodotto puramente vegetale).

2) Se l'allegato VII, parte III, punto 1, del regolamento (...) n. 1308/2013 debba essere inteso nel senso che il "latte" è esclusivamente il prodotto della secrezione mammaria normale, ottenuto mediante una o più mungiture, senza alcuna aggiunta o sottrazione oppure – eventualmente con l'aggiunta di diciture esplicative quali "latte di soia" – che esso possa essere utilizzato anche per prodotti vegetali (vegani) all'atto della loro commercializzazione.

3) Se l'allegato VII, parte III, punto 2, relativo all'articolo 78 del regolamento (...) n. 1308/2013 debba essere interpretato nel senso che le denominazioni ivi specificamente indicate al punto 2, lettera a), come "siero di latte", "crema di latte o panna" ["Rahm", in lingua tedesca], "burro", "latticello", "formaggio", "iogurt" o la dicitura "panna" ["Sahne", in lingua tedesca] ecc. sono riservate unicamente ai prodotti lattiero-caseari o se anche prodotti puramente vegetali/vegani, ottenuti senza latte (animale), ricadano nell'ambito di applicazione dell'allegato VII, parte III, punto 2, del regolamento (...) n. 1308/2013».

Le tre questioni, al di là di sottili distinzioni, si riducono a far accertare se sia consentito o meno, dal diritto europeo vigente, impiegare denominazioni lattiero-casearie (quali latte, burro, panna etc.) per prodotti di origine esclusivamente vegetale ove esse siano integrate da indicazioni chiarificatrici o sufficientemente descrittive (come ad esempio "burro di tofu" per un prodotto puramente vegetale). Sullo sfondo, la legittimità o meno dell'aggancio che l'imperante comunicazione dei prodotti vegani tenta di compiere a denominazioni di prodotti di origine animale ben conosciute dal consumatore e agli occhi del quale il nuovo prodotto "no animal" è destinato a porsi come alternativa di consumo.

## II. La decisione della Corte

Il ragionamento della Corte viene elaborato con grande aderenza al dato testuale, peraltro, chiaro e univocamente diretto nel senso che la denominazione «latte»<sup>8</sup> e le altre denominazioni riservate<sup>9</sup> ai prodotti lattiero-

<sup>8</sup> L'art. 78, par. 2 del Regolamento (Ue) n. n. 1308/2013 infatti recita: «[I]e definizioni, le designazioni o le denominazioni di vendita figuranti nell'allegato VII possono essere utilizzate nell'Unione solo per la commercializzazione di un prodotto conforme ai corrispondenti requisiti stabiliti nel medesimo allegato». Ai sensi dell'allegato VII, parte III, punto 1, il "latte" è esclusivamente il prodotto della secrezione mammaria normale, ottenuto mediante una o

caseari non possono essere legittimamente impiegate per designare un prodotto puramente vegetale, a meno che tale prodotto non figuri nell'elenco fissato all'allegato I della decisione n. 2010/791/Ue (citata in nota 2). A giudizio della Corte il divieto permane anche quando la denominazione riservata sia impiegata con altre indicazioni descrittive o esplicative circa l'origine vegetale del prodotto in questione<sup>10</sup>.

In tal modo la Corte riafferma il principio già professato diciotto anni addietro nel caso *UDL*<sup>11</sup>, dal quale è attinta buona parte della motivazione, eccezion fatta per alcuni *obiter dicta* che la Corte introduce per superare le eccezioni, sollevate dalla *TofuTown*, sulla compatibilità del divieto così perimetrato con il principio di proporzionalità e il principio di parità di trattamento (quest'ultimo, diversamente dal primo, non contemplato nel precedente caso *UDL*).

Relativamente alla paventata violazione del principio di proporzionalità la Corte ha buon agio a ribadire quanto sancito con la sentenza *UDL*: godendo il legislatore in materia di politica agricola comune di un ampio potere discrezionale corrispondente alle responsabilità politiche che gli articoli da 40 TFUE a 43 TFUE gli attribuiscono, la legittimità di un provvedimento può essere inficiata solo in presenza di manifesta inidoneità in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire.

A tal proposito la Corte osserva che gli obiettivi perseguiti dalle disposizioni regolamentari in tema di organizzazione comune dei mercati in ambito PAC, «consistono, in particolare, nel migliorare le condizioni economiche della produzione e della commercializzazione, nonché la qualità dei prodotti stessi nell'interesse di produttori, commercianti e consumatori, nel proteggere i consumatori e nel preservare le condizioni di concorrenza»<sup>12</sup>, il che giustifica il divieto anche in presenza di una etichetta o, più in generale, di una comunicazione di prodotto trasparente e cioè corredata

più mungiture, senza alcuna aggiunta o sottrazione. La legge europea riconosce l'impiego del termine anche ove il latte abbia subito trattamenti tali da standardizzare la materia grassa o che siano tali da non modificare la sua composizione. La predetta disposizione acconsente anche all'integrazione della denominazione con uno o più termini per designare il tipo, la classe qualitativa, l'origine e/o l'utilizzazione prevista del latte o per descrivere il trattamento fisico al quale è stato sottoposto o le modifiche che ha subito nella sua composizione, purché tali modifiche si limitino all'aggiunta e/o alla sottrazione dei suoi componenti naturali.

<sup>9</sup> Tali sono quelle contemplate al punto 2 del già citato Allegato VII, parte III ove si stabilisce che «sono riservate unicamente ai prodotti lattiero-caseari: i) siero di latte; ii) crema di latte o panna; iii) burro; iv) latticello; (...) viii) formaggio; ix) iogurt; (...)».

<sup>10</sup> Cfr. sentenza *TofuTown*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, giugno 2017, ECLI:EU:C:2017:458, par. 40.

<sup>11</sup> Cfr. sentenza del 16 dicembre 1999 in causa n. C-101/98, *UDL*, *cit. supra*, nota 7, punti da 25 a 28.

<sup>12</sup> Cfr. sentenza *TofuTown*, *loc. cit.*, par. 43.

da diciture integrative e sufficienti. La Corte riconosce chiaramente che le norme così interpretate sono funzionali a ciò che il legislatore intende perseguire che sarebbe, da un lato, la «*protezione dei produttori* (di prodotti lattiero-caseari, *NdA*) *da condizioni di concorrenza non falsate*» e, dall'altro, di offrire ai consumatori una protezione «*da qualsiasi confusione quanto alla composizione dei prodotti che intendono acquistare*»<sup>13</sup>.

Posta in tal modo, la questione non può che essere risolta nel senso che le disposizioni contestate sono idonee a realizzare gli obbiettivi del Regolamento e senza eccedere il limite del necessario in quanto «l'aggiunta a dette denominazioni di indicazioni descrittive o esplicative, per designare prodotti che non soddisfano tali requisiti, non può, come già statuito dalla Corte, escludere con certezza qualsiasi rischio di confusione nella mente del consumatore»<sup>14</sup>. Con ciò l'eccezione in punto di proporzionalità si dà per superato.

Quanto alla eguaglianza di trattamento tra i produttori di alimenti vegetariani o vegani, comunque sostitutivi dei prodotti lattieri caseari, e i loro colleghi produttori di sostituti della carne o del pesce, la Corte considera che il principio della parità di trattamento esige che situazioni comparabili non siano trattate in modo differente e che situazioni differenti non siano trattate in modo identico, a meno che un tale trattamento non sia oggettivamente giustificato<sup>15</sup>. Posto ciò, essa richiama la consolidata giurisprudenza con la quale «[o]gni settore dell'organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli istituito da detto regolamento presenta, infatti, peculiarità ad esso proprie» desumendosene che «il confronto tra gli strumenti tecnici usati per disciplinare i vari settori di mercato non può costituire una base valida per dimostrare la fondatezza della censura di discriminazione fra prodotti dissimili, sottoposti a norme diverse»<sup>16</sup>.

### III. Una protezione del consumatore "suo malgrado"?

Come si è riportato, la decisione della Corte si basa su una interpretazione letterale delle disposizioni in tema di organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli<sup>17</sup>, corroborata da esigenze di protezione di una

<sup>13</sup> Cfr. sentenza *TofuTown*, *cit. supra*, nota 10, par. 48.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cfr. sentenza *TofuTown*, *loc. cit.*, par. 49, e la giurisprudenza *ivi* indicata.

<sup>16</sup> Sentenza *TofuTown*, *loc. ult. cit.*, par. 51, con sentenze *ivi* citate.

<sup>17</sup> La necessità di «proteggere la composizione naturale del latte e dei prodotti lattiero-caseari nell'interesse dei produttori e dei consumatori della Comunità» come misura per con-

categoria produttiva (filiera lattiero-casearia) e dall'obiettivo di protezione del consumatore.

In ragione della discrezionalità politica del legislatore, afferma la Corte, è legittimo che il divieto di sfruttamento di denominazioni consolidate valga solo per i prodotti della filiera del latte e dei suoi derivati, lasciando gli altri comparti agricoli esposti al gioco della concorrenza. Il richiamo della tutela del consumatore, invece, è impiegato come base argomentativa per giustificare il divieto anche in presenza di pratiche nelle quali, mediante l'uso di diciture esplicative, il rischio confusorio deve essere escluso.

Mentre l'argomento sulla discrezionalità legislativa può risultare inoppugnabile alla luce della consolidata giurisprudenza, meno persuasiva appare l'argomentazione della Corte al riguardo della tutela del consumatore. Nella sentenza *TofuTown*, la protezione del consumatore (di prodotti lattiero-caseari) è infatti riferita «a qualsiasi rischio di confusione nella mente del consumatore» anche laddove la presenza di diciture esplicative vale a rendere chiaramente edotto il consumatore della natura del bene, senza tema di fraintendimenti, fosse solo che questi deve essere disposto a pagare un prezzo sensibilmente maggiore ...

Ciò posto, partendo dal presupposto che la Corte non possa essere incappata in una contraddizione così palese («un "rischio di confusione" senza confusione»), si può argomentare che, nel caso di specie, la Corte abbia forse voluto riferirsi a una nozione più ampia e profonda di «rischio di confusione»; si può cioè ragionare sul rilievo per il quale l'espressione «rischio di confusione» attiene a un fenomeno di «alterazione della percezione», la quale solitamente si verifica nel (o comunque viene intesa come riferita al) momento dell'acquisto del prodotto. L'alterazione della percezione del consumatore, tuttavia, si può manifestare anche su un piano diverso attinente la «struttura profonda della comunicazione di massa»<sup>18</sup>. A questa seconda declinazione sembrerebbe far implicito riferimento la Corte, posto che, nelle circostanze della causa principale era assolutamente pacifico che, nel momento di acquisto, il rischio di confusione per il consumatore non si può seriamente individuare, attese le diciture descrittive

trobilanciare la sovrapproduzione di latte negli anni Ottanta era palesemente posta alla base del Regolamento (Cee) n. 1898/87 del Consiglio del 2 luglio 1987 *relativo alla protezione della denominazione del latte e dei prodotti lattiero-caseari all'atto della loro commercializzazione* che, per l'appunto, aveva posto la regola per la quale le denominazioni lattiero-casearie non fossero utilizzabili per prodotti diversi da quelli espressamente consentiti. Sul punto F. CAPELLI, *La qualità del latte e dei prodotti lattiero-caseari con riferimento alla normativa comunitaria*, in G. PIVA - G. EMME (a cura), *La certificazione dei prodotti alimentari: il caso del latte*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 445 ss.

<sup>18</sup> Cfr. U. VOLLI, *Semiotica della pubblicità*, Bari, Laterza, 2005, pp. 4-6.

pacificamente idonee a rendere edotto l'acquirente della natura del bene. Non sembra così peregrino ipotizzare che il rischio di confusione dal quale il consumatore andrebbe (paternamente) schermato sarebbe quello della modifica silenziosa del significato delle parole e dei concetti. D'altronde, in un altro precedente, la Corte aveva già manifestato i sintomi di una sensibilità a questa capacità, per così dire, mitopoietica dell'offerta commerciale: «[t]ra gli elementi da prendere in considerazione per valutare il carattere potenzialmente ingannevole dell'*etichetta di cui trattasi nella causa principale, la durata dell'uso di una denominazione costituisce un elemento oggettivo che potrebbe modificare le aspettative del consumatore ragionevole*»<sup>19</sup>.

Se questo è uno dei portati logici della sentenza, e se il divieto di sfruttamento di denominazioni vale solo in una data filiera, resta la sensazione che il consumatore si trovi con una tutela suo malgrado (anche quando non corre il rischio di essere raggirato) oppure «a geometria variabile» (più tutelato quando si rivolge ai prodotti lattiero-caseari, di meno quando desidera consumare prodotti carnei o della pesca).

Diversamente da altri casi, in cui la tutela del consumatore ha spinto la Corte a preferire interpretazioni teleologiche scavalcando il dato testuale<sup>20</sup>, questa volta la Corte sembra non aver voluto cogliere l'occasione di una decisione di più ampio respiro o che, per lo meno, contribuisse a chiarire gli aspetti della comunicazione dei prodotti vegani nel quadro della disciplina della fornitura di informazioni sui prodotti alimentari.

Tema destinato a perpetuarsi, stante anche la posizione della Commissione che, unica titolare del potere di iniziativa legislativa, ha chiarito che non intende introdurre nel settore delle carni disposizioni analoghe a quelle previste per le denominazioni lattiero-casearie<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. sentenza del 10 settembre 2009 in causa n. C-446/07, *Severi*, par. 62, in *Raccolta*, 2009, I, p. 8041, EU:C:2009:530, corsivo aggiunto. In tal senso D. PISANELLO, *Il consumer batte la legge: la Corte di giustizia sulla disputa salame Felino*, in *ItaliaOggi*, 12 settembre 2009. Sul caso *Felino*, si veda anche M. GRAGNANI e N. COPPOLA, *La sentenza della Corte di giustizia sul Salame Felino risolve il caso di specie ma non l'equivoco sulla funzione svolta dalle indicazioni geografiche*, in questa *Rivista*, 2014, p. 373 ss.

<sup>20</sup> È noto che in altri casi la Corte non si astiene da interpretazioni che superano il dato letterale: è questo il caso, ad esempio, della sentenza del 5 marzo 2015 nelle cause riunite n. C-503/13 e n. C-504/13, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse*, commentata criticamente da L. BERGKAMP, *Is there a defect in the European Court's defect test? Musing about acceptable risk*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2/2015, p. 309.

<sup>21</sup> Cfr. la risposta di Vytenis Andriukaitis a nome della Commissione all'interrogazione scritta E-003771/2016: «La Commissione non prevede attualmente di introdurre denominazioni tutelate per i prodotti a base di carne nel contesto generale del regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli».

#### IV. Comunicazione del cibo vegano: un problema regolatorio?

La sentenza è chiara nel senso che è vietato l'utilizzo su prodotti esclusivamente vegetali di denominazioni riservate per legge ai lattiero-caseari sulla base della disciplina in tema di norme di commercializzazione dei prodotti agricoli. La Corte non approfondisce le relazioni tra il caso di specie e la disciplina generale dell'informazione del consumatore di alimenti, di cui al citato Regolamento (Ue) n. 1169/2011, il che, se coerente con l'economia decisoria, lascia aperte alcune questioni legate al consumo di alimenti vegani. In tal modo, però, restano inesplorati i profili relativi all'utilizzo di denominazioni consuetudinarie altre rispetto a quelle lattiero-casearie: «hamburger di soia», «bresaola vegana», «mortadella vegana», «prosciutto vegetariano», con un fiorire di varianti linguistiche nazionali<sup>22</sup>.

Trattasi di questioni rispetto alle quali un intervento è richiesto sin dal 2011 atteso che l'art. 36.3, lett. *b.*, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 prevede che la Commissione dovrebbe (o, a seconda dei punti di vista, avrebbe dovuto) adottare atti di esecuzione disciplinanti le informazioni relative all'idoneità di un alimento per vegetariani o vegani. Si comprende che, stante l'inazione di cui l'attuazione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 è ostaggio, la Corte avrebbe potuto offrire spunti di lettura della legislazione utili per inquadrare con maggiore precisione i termini della comunicazione di prodotti alimentari vegani.

Il tema ha una sua carica suggestiva in quanto vengono in considerazione modalità di comunicazione di alimenti innovativi con le quali, al fine di creare un rapporto di confidenza con il consumatore, si aggancia l'immagine dei primi a quella dei concorrenti prodotti, ben conosciuti dalla comunità dei potenziali acquirenti e, per lo più, in un rapporto di concorrenza più o meno evidente.

Sul piano della legislazione alimentare, l'utilizzo di diciture quali quelle nel caso *TofuTown* costituiscono in primo luogo «informazioni volontarie» (art. 36, Regolamento (Ue) n. 1169/2011, *cit.*), come tali soggette alle regole di «informazione leale» di cui all'art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011, *cit.*, imperniate, come noto, sul «divieto di induzione in errore»<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> In Polonia ad esempio si ricorre, in una sorta di ortopedia linguistica, a modifiche del tipo «Salani» per «Salami», «Nortadella» in luogo di «Mortadella», «Damburger» al posto di «Hamburger». Sul punto I. SIRAKOVA, 21st EFLA Congress, *EU-Food Law after REFIT: Better Regulations or more of the same*, in *EFFL*, 6/2016, p. 533.

<sup>23</sup> Il divieto generale di induzione in errore del consumatore alimentare, fissata dal par. 1

Non è poi escluso che, in alcune ipotesi, l'operatore del settore alimentare responsabile delle informazioni (OSARI)<sup>24</sup> decida di utilizzare nell'etichetta di un prodotto interamente vegetale (vegano) le denominazioni consuete di altri prodotti, in particolare prodotti di origine animale (ad esempio, *hamburger*, bresaola, uova o salame<sup>25</sup>) nell'ambito di una vera e propria denominazione di vendita, ricorrendo quindi alla «denominazione descrittiva»<sup>26</sup>.

Vale osservare che la facoltà dell'operatore del settore alimentare di determinare in (parziale) autonomia la denominazione di vendita, sia pur fuori dai casi di denominazione legale, è acquisizione relativamente recente garantita nei termini che oggi conosciamo dalla prima direttiva di armonizzazione in tema di etichettatura dei prodotti alimentari (direttiva n.

dell'art. 7, viene specificato in quattro fattispecie che non dovrebbero costituire un numero chiuso. Ai sensi della disposizione in parola, le informazioni, sia quelle obbligatorie sia quelle volontarie, non inducono in errore circa: *a.* le caratteristiche dell'alimento e, in particolare, la natura, l'identità, le proprietà, la composizione, la quantità, la durata di conservazione, il Paese d'origine o il luogo di provenienza, il metodo di fabbricazione o di produzione; *b.* attribuzione al prodotto alimentare di «effetti o proprietà che non possiede»; *c.* affermazioni anche suggestive «che l'alimento possiede caratteristiche particolari, quando in realtà tutti gli alimenti analoghi possiedono le stesse caratteristiche, in particolare evidenziando in modo esplicito la presenza o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive»; *d.* affermando anche mediante suggestioni «tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente».

<sup>24</sup> Per questa nozione e per i profili di responsabilità sia consentito anche rinviare a D. PISANELLO, *Le responsabilità per la conformità della fornitura di informazioni sugli alimenti: ovvero ancora à la recherche de l'anneau*, in questa *Rivista*, 2015, p. 203.

<sup>25</sup> Si ritiene che la denominazione «salame» sia un esempio di denominazione legale nazionale, riservata ai prodotti definiti dal decreto del Ministero delle attività produttive del 21 settembre 2005, *Disciplina della produzione e della vendita di taluni prodotti di salumeria*, in *Guri* n. 231 del 4 ottobre 2005. Altri esempi di denominazioni legali fissate da disposizioni nazionali sono rintracciabili con riferimento alla passata di pomodoro (decreto del Ministero delle attività produttive del 23 settembre 2005, in *Guri* n. 232 del 5 ottobre 2005, *Definizione di passata di pomodoro*) e ai prodotti da forno (decreto del Ministero delle attività produttive del 22 luglio 2005, in *Guri* n. 177 del 1° agosto 2005, *Disciplina della produzione e della vendita di taluni prodotti dolciari da forno*).

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 2.2, lett. *p.*, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 per «denominazione descrittiva» si intende «una denominazione che descrive l'alimento e, se necessario, il suo uso e che è sufficientemente chiara affinché i consumatori determinino la sua reale natura e lo distinguano da altri prodotti con i quali potrebbe essere confuso». Salvo che la denominazione di vendita sia imposta da una disposizione di legge europea o, in subordine, nazionale (ove applicabile), spetta all'operatore determinare la denominazione di vendita, eventualmente ricorrendo anche alla denominazione usuale cioè quella «accettata quale nome dell'alimento dai consumatori dello Stato membro nel quale tale alimento è venduto, senza che siano necessarie ulteriori spiegazioni». Per una lettura della sentenza in commento nella prospettiva della normativa in tema di fornitura di informazioni sui prodotti alimentari, si veda V. PULLINI, *Informazioni ai consumatori: il punto di vista della Corte di Giustizia Ue*, in *Pratica Agroalimentare*, 2/2017, p. 27 ss.

79/112/Cee)<sup>27</sup>; prima di questo atto, l'ordinamento italiano prescriveva, invece, che le sostanze alimentari poste in commercio in confezioni dovessero riportare, *inter alia*, la «denominazione legale, ove prevista, o merceologica, che caratterizza il prodotto»<sup>28</sup>. In altri termini l'alternativa era secca: denominazioni legali o denominazioni oggettivate dalla prassi.

È con la direttiva n. 79/112/Cee che, per così dire, si riconosce un ruolo creativo in capo all'operatore economico sia pur subordinato alla assenza di denominazioni legali: da allora sul mercato europeo la denominazione di vendita di un prodotto alimentare è *in primis* la denominazione legale<sup>29</sup> e, se assente, «denominazione usuale»<sup>30</sup> oppure «descrittiva»; nel linguaggio originale dell'art. 5 della direttiva n. 79/112, *cit.* «la denominazione prevista dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ad esso applicabili o, in mancanza di essa, il nome consacrato dall'uso nello Stato membro nel quale il prodotto alimentare è venduto al consumatore finale, o una descrizione di esso e, se necessario, della sua utilizzazione, sufficientemente precisa per consentire all'acquirente di conoscerne la natura effettiva e di distinguerlo dai prodotti con i quali potrebbe essere confuso». La medesima articolazione, come noto, si trova trasfusa all'art. 17 e allegato VI del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

Vale la pena annotare che la legittimità dell'utilizzo di una denominazione descrittiva non è, a stretto rigore, la potenzialità ingannatoria, che eventualmente rileverà sul piano più generale della lealtà informativa (art. 7) bensì, da un lato, la sua attitudine a rendere edotto l'acquirente della «reale natura» (o «natura effettiva») e, dall'altro, la distinguibilità dai prodotti con i quali potrebbe essere confuso. Sotto questo secondo profilo, in condizioni di esposizione promiscue, senza una netta distinzione tra pro-

<sup>27</sup> Direttiva n. 79/112/Cee del Consiglio, del 18 dicembre 1978, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 33 dell'8 febbraio 1979, p. 1 ss.

<sup>28</sup> Cfr. art. 64 del dpr n. 327 del 26 marzo 1980, Regolamento di esecuzione delle norme contenute nella L. 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni, concernente la disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande, in *Guri* n. 193 del 16 luglio 1980.

<sup>29</sup> L'art. 2.2, lett. *n.* del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 fornisce la seguente definizione di «denominazione legale»: «la denominazione di un alimento prescritta dalle disposizioni dell'Unione a esso applicabili o, in mancanza di tali disposizioni, la denominazione prevista dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative applicabili nello Stato membro nel quale l'alimento è venduto al consumatore finale o alle collettività».

<sup>30</sup> L'art. 2.2, lett. *o.*, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 definisce la «denominazione usuale» come «una denominazione che è accettata quale nome dell'alimento dai consumatori dello Stato membro nel quale tale alimento è venduto, senza che siano necessarie ulteriori spiegazioni».

dotti succedanei, di origine animale o vegetale, sembra più che opportuno condurre la valutazione predetta con riferimento ad «un consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto circa l'origine, la provenienza e la qualità del prodotto alimentare, essendo essenziale che il consumatore non sia indotto in errore e portato a considerare, erroneamente, che il prodotto abbia un'origine, una provenienza o una qualità diverse da quelle che ha realmente»<sup>31</sup>.

La definizione legale di «prodotto vegano», richiesta da più parti<sup>32</sup>, tuttavia non sembra essere la chiave di volta, per lo meno non la sola prospettabile: il quadro normativo europeo in materia alimentare (Regolamento (Ce) n. 178/2002, art. 16, e Regolamento (Ue) n. 1169/2011, art. 7) unitamente alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, fornisce gli strumenti per il vaglio ponderato degli interessi in gioco in cui l'interesse del consumatore ad una informazione chiara, comprensibile e non mendace è ampiamente previsto e salvo, ovviamente, l'*enforcement* a livello nazionale.

A ben riflettere, il legislatore del 2011, innovando rispetto al passato, sembra essere stato avvertito della rilevanza della formulazione alimentare, cioè della progettazione di alimenti con caratteristiche nutrizionali, fisico-chimiche o organolettiche prestabilite, fenomeno al quale i «prodotti vegani» appartengono. A tale settore della moderna tecnologia alimentare si rivolgono dunque le disposizioni specifiche sulla denominazione dell'alimento e sulle indicazioni che la accompagnano (art. 17.5 e allegato VI, parte A, punto 4<sup>33</sup>, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011). Più in generale sul piano della *informazione leale* (art. 7, Regolamento (Ue) n. 1169/2011), il Regolamento vieta di suggerire «tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente» (art. 7.1, lett. d., Regolamento (Ue) n. 1169/2011).

<sup>31</sup> In tal senso, sentenze della Corte di giustizia 6 luglio 1995 in causa n. C-470/93, *Mars*, punto 24, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1923, EU:C:1995:224; 16 luglio 1998 in causa n. C-210/96, *Gut Springenheide e Tusky*, punto 31, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4657, EU:C:1998:369 annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 640; 13 gennaio 2000 in causa n. C-220/98, *Estée Lauder*, punto 30, in *Raccolta*, 2000, I, p. 117, EU:C:2000:8.

<sup>32</sup> In tal senso sembra porsi T. STRECKER, *What is Vegetarian?*, in *Effl*, 1/2016, p. 21.

<sup>33</sup> Il citato allegato VI, parte A, punto 4, contempla espressamente il caso di «alimenti in cui un componente o un ingrediente che i consumatori presumono sia normalmente utilizzato o naturalmente presente è stato sostituito con un diverso componente o ingrediente», prevedendo in tal caso che l'etichettatura rechi – oltre all'elenco degli ingredienti – una chiara indicazione del componente o dell'ingrediente utilizzato per la sostituzione parziale o completa in prossimità della denominazione del prodotto e con caratteri di dimensioni prestabilite.

Alla luce di quanto sopra, la decisione nel caso *TofuTown*, sulla quale si veda da ultimo il commento di *Barbara Bolton*<sup>34</sup>, pur approntando una soluzione tecnicamente ineccepibile, ad una analisi più meditata sembra svelare la latente contraddizione di un sistema legislativo, quale quello oggetto di giudizio, nel quale, da lato, si consente all'operatore del settore alimentare di compiere scelte autonome di *marketing*, inclusa l'eventuale manipolazione di denominazioni di vendita consuete sul mercato alimentare, purché nei limiti del canone della non ingannevolezza e nel rispetto dei requisiti di legge (*compliance*), e, dall'altro, si inibisce questa facoltà in determinati settori merceologici, giustificando quest'ultima situazione sulla base di una rinforzata protezione del consumatore dei relativi prodotti a prescindere da qualsivoglia rischio di confondibilità o di inganno.

**Daniele Pisanello\***

#### SINTESI

In questo commento l'A. analizza il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia nella sua sentenza riconoscendo che, sotto il profilo strettamente giuridico, le conclusioni alle quali la sentenza perviene non potevano essere diverse, tenuto conto delle disposizioni europee applicabili in materia. L'Autore manifesta però alcune perplessità sull'impatto esercitato da tale normativa sotto il profilo socio-economico. In effetti, secondo la normativa europea, i prodotti lattiero-caseari, per quanto riguarda le designazioni e le denominazioni ad essi riferite, godono di una protezione che non viene accordata ad alcun altro prodotto alimentare. Probabilmente la sentenza della Corte di giustizia avrebbe dovuto mettere in evidenza anche le ragioni di carattere politico sulle quali le predette disposizioni europee si fondano.

#### ABSTRACT

*In this commentary, the Author analyzes the reasoning followed by the Court of Justice in its judgment, recognizing that, from a strictly legal point of view, the conclusions reached by the judgment could not be different, taking into account the relevant European provisions. However, the Author expresses some perplexity about the impact exerted by this legislation from the socio-economic*

<sup>34</sup> Cfr. B. BOLTON, *Dairy's Monopoly on Words: the Historical Context and Implications of the TofuTown Decision*, in *European Food and Feed Law*, 2017, n. 5, p. 422 ss.

\* Avvocato / Foro di Pisa

---

*point of view. In fact, according to European legislation, dairy products, with regard to their designations and denominations, enjoy a peculiar protection which is not granted to any other foodstuff. Probably the judgment of the Court of Justice should have also highlighted the political reasons on which the aforementioned European provisions are based.*

## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **NELL'AMBITO DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE LA CORTE DI GIUSTIZIA HA PRECISATO LE CONDIZIONI PER LA CONCESSIONE DI UNA BORSA DI STUDIO PER IL FIGLIO DI UN LAVORATORE FRONTALIERO**

#### I

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 14 dicembre 2016 in causa n. C-238/15**

Maria do Céu Bragança Linares Verruga e altri c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle persone - Parità di trattamento - Vantaggi sociali - Art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 - Sussidio economico per studi superiori - Studenti non residenti nel territorio dello Stato membro interessato - Figli di lavoratori che siano stati occupati o abbiano esercitato la loro attività lavorativa in tale Stato membro - Periodo ininterrotto di almeno cinque anni - Discriminazione indiretta - Giustificazione - Obiettivo dell'aumento della percentuale di persone residenti titolari di un diploma di istruzione superiore - Congruità - Proporzionalità - Sussistenza del contrasto.**

*L'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro, come quella controversa nel procedimento principale, la quale subordina la concessione di un sussidio*

\* A cura di ENRICA ADOBATI

*economico per studi superiori per gli studenti non residenti al requisito che, alla data della domanda di sussidio economico, almeno uno dei loro genitori abbia lavorato in tale Stato membro per un periodo minimo e ininterrotto di cinque anni, ma non prevede un siffatto requisito per gli studenti residenti nel territorio di detto Stato membro, al fine di promuovere l'incremento della percentuale di residenti titolari di un diploma di istruzione superiore<sup>1</sup>.*

## II

### **Corte di giustizia**

#### **Sentenza del 15 dicembre 2016 in cause riunite da n. C-401/15 a n. C-403/15**

Noémie Depesme e a. c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Libera circolazione delle persone - Diritti dei lavoratori - Parità di trattamento - Vantaggi sociali - Sussidio economico per il compimento di studi superiori - Figlio naturale - Figlio del coniuge o del partner registrato - Contributo al mantenimento - Quantificazione dell'entità del mantenimento.**

*L'art. 45 TFUE e l'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, vanno interpretati nel senso che deve intendersi per figlio di un lavoratore frontaliere che può beneficiare indirettamente dei vantaggi sociali di cui a quest'ultima disposizione, quali il finanziamento degli studi concesso da uno Stato membro ai figli dei lavoratori che esercitano o hanno esercitato la propria attività in tale Stato, non solo il figlio che ha un legame di filiazione con il lavoratore in parola, ma altresì il figlio del coniuge o del partner registrato del lavoratore suddetto, laddove quest'ultimo provveda al mantenimento di tale figlio. Quest'ultimo requisito risulta da una situazione di fatto che spetta all'amministrazione e, se del caso, ai giudici nazionali, verificare senza che gli stessi siano tenuti a stabilire le ragioni di detto sostegno né a quantificarne l'entità in modo preciso<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> La normativa nazionale lussemburghese subordina la concessione di un sussidio economico per il compimento di studi superiori agli studenti non residenti nel territorio dello Stato membro interessato alla condizione che essi siano figli di lavoratori che siano stati occupati o abbiano esercitato la loro attività lavorativa in tale Stato membro per un periodo

ininterrotto di almeno cinque anni al momento della domanda di sussidio economico (la legge del 22 giugno 2000, come modificata dalla legge del 19 luglio 2013, è stata abrogata dalla legge del 24 luglio 2014 concernente il sussidio economico dello Stato per studi superiori). La questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Ue) n. 492/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione (in *Gu-Ue* n. L 141 del 2011, p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, uno studente, André Angelo Linares Verruga con i genitori, i signori Maria do Céu Bragança Linares Verruga, Jacinto Manuel Sousa Verruga e, dall'altro lato, il Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche (Ministro dell'istruzione superiore e della ricerca) del Lussemburgo, per il rifiuto, da parte di quest'ultimo, di concedere il sussidio economico statale per gli studi superiori.

Il Tribunal Administratif, investito della controversia, si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se il periodo ininterrotto di cinque anni richiesto per usufruire del sussidio statale sia conforme al diritto dell'UE. Orbene, la Corte di giustizia ha statuito che il requisito richiesto costituisce una discriminazione ingiustificata (sentenze del 27 novembre 1997 in causa n. C-57/96, *Meints*, EU:C:1997:564, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 197, e del 20 giugno 2013 in causa n. C-20/12, *Giersch e a.*, EU:C:2013:411, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 448) in quanto tale discriminazione, a parere della Corte, attua una distinzione in base alla residenza ed è idonea ad operare maggiormente a sfavore dei cittadini di altri Stati membri in quanto i non residenti sono più frequentemente cittadini non nazionali (cfr. sentenze del 14 giugno 2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, EU:C:2012:346 nonché del 20 giugno 2013, *Giersch e a.*, *cit.*). Nella pronuncia *Giersch* la Corte ha precisato che la normativa lussemburghese che subordina la concessione di un aiuto economico per gli studi superiori al requisito di residenza dello studente ed opera una differenza di trattamento tra i residenti e i non residenti di tale Stato membro, figli di lavoratori frontalieri che svolgono un'attività nello stesso Stato membro, va al di là di quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo volto ad incrementare il numero di titolari di diplomi di insegnamento superiore nell'ambito della popolazione residente, al fine di promuovere lo sviluppo dell'economia nazionale.

Sulla giustificazione di tale discriminazione, la Corte di giustizia, richiamando le proprie argomentazioni fatte nella sentenza *Giersch*, ha osservato che l'obiettivo sociale, consistente nella promozione del proseguimento di studi superiori, garantisce un livello elevato di formazione nell'ambito della popolazione residente perseguendo, pertanto, un obiettivo legittimo, idoneo a giustificare una discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza. Sull'adeguatezza del requisito del periodo di lavoro minimo e ininterrotto, la Corte di giustizia ha legittimato il comportamento dello Stato lussemburghese di appurare che il lavoratore transfrontaliero presenti effettivamente un legame di integrazione con tale Stato. Per contro, sulla necessità di tale requisito la Corte di giustizia ha chiarito che ciò comporterebbe una restrizione che eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo legittimo di vedere aumentati i titolari di diplomi di istruzione superiore nella popolazione residente.

Anche la sentenza pronunciata nelle cause riunite da n. C-401/15 a n. C-403/15 si colloca nel contesto delle modifiche apportate alla normativa lussemburghese in seguito alla sentenza *Giersch e a.*, sopra citata. Le questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 45 TFUE e dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 sono state presentate nell'ambito di tre controversie di cui sono state parti, da un lato, rispettivamente, i signori Noémie Depesme, Saïd Kerrou, Adrien Kauffmann e Maxime Lefort e, dall'altro, il Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche (Ministro dell'Istruzione superiore e della Ricerca) concernenti il diniego di concedere, per l'anno accademico 2013/2014, sussidi finanziari statali per gli studi superiori.

Con la questione sollevata, la Corte è stata chiamata, in particolare, ad accertare se la nozione di «figlio» di un lavoratore migrante contenuta nel nuovo art. 2 *bis* della legge lussemburghese del 22 giugno 2000 relativa al sussidio economico dello Stato per studi superiori, includa anche i figli acquisiti del lavoratore in questione. Per rapporto con il figlio acquisito, si intende quello relativo ai rapporti tra un figlio e la persona con la quale il padre o la madre dello stesso è unita in matrimonio o ha contratto un'unione registrata equiparata al matrimonio (sull'equiparazione dei lavoratori migranti e dei lavoratori transfrontalieri, cfr. sentenze del 18 luglio 2007 in causa n. C-213/05, *Geven*, EU:C:2007:438; del 14 giugno

2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, EU:C:2012:346; del 20 giugno 2013, *Giersch e a., cit.*, e del 14 dicembre 2016, *Bragança Linares Verruga e a., cit.*.

Innanzitutto, la Corte di giustizia, investita della questione dalla Cour administrative (Corte amministrativa, Lussemburgo), ha precisato che la direttiva n. 2004/38/Ce relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (in *Gu-Ue* n. L 229 del 2004, p. 35) definisce i figli come i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o del *partner*. Ne consegue che i familiari che possono godere della parità di trattamento sono quelli definiti dalla direttiva stessa.

La Corte ha perciò statuito che i figli del coniuge o del *partner* riconosciuto di un lavoratore transfrontaliero possono essere considerati come figli dello stesso al fine di poter beneficiare di un vantaggio sociale come una borsa di studio. A conferma di tale conclusione, ai sensi della direttiva dell'Unione n. 2014/54/Ue relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori (in *Gu-Ue* n. L 128 del 2014, p. 8), entrata in vigore successivamente all'insorgere della questione, l'espressione «familiari» si applica, altresì, ai familiari di lavoratori transfrontalieri. Infine, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire l'entità del contributo necessario al mantenimento dello studente nei confronti del quale il lavoratore transfrontaliero non ha legami giuridici. Sul punto, la Corte ha dichiarato che la qualità di un familiare a carico deve evincersi da situazioni oggettive, quali per esempio, un'unione di fatto registrata, la medesima residenza, etc. senza che sia necessario spiegarne le ragioni, oppure precisare l'ammontare del contributo (cfr. sentenza del 18 giugno 1987 in causa n. 316/85, *Lebon*, EU:C:1987:302).

## **RETI E SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA: IL CONSENSO PRESTATO DAGLI ABBONATI PER L'INSERIMENTO IN UN ELENCO NAZIONALE VALE PER L'INSERIMENTO IN ELENCHI IN TUTTA L'UNIONE EUROPEA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 15 marzo 2017 in causa n. C-536/15**

Tele2 (Netherlands) BV, Ziggo BV, Vodafone Libertel BV c. Autoriteit Consument en Markt (ACM) con l'intervento di: European Directory Assistance NV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Reti e servizi di comunicazione elettronica - Art. 25, par. 2, della direttiva n. 2002/22/Ce - Elenchi abbonati e servizi di consultazione - Art. 12 della direttiva n. 2002/58/Ce - Vita privata e comunicazioni elettroniche - Messa a disposizione dei dati personali degli abbonati da inserire in elenchi abbonati accessibili al pubblico - Consenso dell'abbonato - Distinzione a seconda dello Stato membro nel quale vengono forniti gli elenchi ab-**

## **bonati accessibili al pubblico e i servizi di consultazione - Principio di non discriminazione.**

*L'art. 25, par. 2, della direttiva n. 2002/22/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva «servizio universale»), come modificata dalla direttiva n. 2009/136/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «richiesta», di cui a tale articolo, include altresì la richiesta da parte di un'impresa, con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno sede le imprese che attribuiscono numeri di telefono agli abbonati, volta a ottenere le relative informazioni di cui tali imprese dispongono, al fine di fornire elenchi abbonati e servizi di consultazione accessibili al pubblico in tale Stato membro e/o in altri Stati membri<sup>1</sup>.*

*L'art. 25, par. 2, della direttiva n. 2002/22/Ce, come modificata dalla direttiva n. 2009/136, deve essere interpretato nel senso che osta a che un'impresa, che attribuisce numeri di telefono agli abbonati e che ha l'obbligo, in forza della normativa nazionale, di ottenere il consenso di tali abbonati all'utilizzo dei dati che li riguardano al fine di fornire elenchi abbonati e servizi di consultazione, formuli tale richiesta in maniera tale che detti abbonati esprimano il proprio consenso riguardo a tale utilizzo in modo distinto a seconda dello Stato membro in cui le imprese che possono richiedere le informazioni previste da tale disposizione forniscono tali servizi<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> Con la sentenza, sopra massimata, la Corte è stata chiamata a precisare le condizioni in base alle quali le imprese che attribuiscono i numeri di telefono agli abbonati devono mettere a disposizione dei fornitori di elenchi abbonati e/o di servizi di consultazione i dati personali dei loro abbonati.

L'art. 25, della direttiva n. 2002/22/Ce sul servizio universale (in *Guce* n. L 108 del 2002, p. 51) sui servizi di consultazione degli elenchi telefonici, oggetto di interpretazione, statuisce, al par. 1, che gli Stati membri provvedano affinché gli abbonati ai servizi telefonici accessibili al pubblico abbiano diritto ad essere inseriti negli elenchi accessibili al pubblico e le informazioni che li riguardano siano messe a disposizione dei fornitori di elenchi e/o di servizi di consultazione. All'art. 25, par. 2, della direttiva è previsto che gli Stati membri provvedano affinché tutte le imprese che assegnano numeri agli abbonati soddisfino qualsiasi richiesta ragionevole per rendere disponibili tutte le informazioni necessarie, ai fini della fornitura di elenchi e di servizi di consultazione accessibili al pubblico, in una forma concordata e a condizioni eque, oggettive, proporzionate ai costi e non discriminatorie.

Il rinvio pregiudiziale è scaturito dalla richiesta di messa a disposizione formulata dall'impresa belga European Directory Assistance (EDA), società che fornisce elenchi abbonati e servizi di consultazione accessibili dal territorio belga, nei confronti della Tele2 (Netherlands) BV, della Ziggo BV e della Vodafone Libertel BV, tre imprese che attribuiscono numeri di telefono nei Paesi Bassi. Ritenendo queste ultime di non dover adempiere alle richieste dell'EDA, mettendo a disposizione i dati relativi ai loro abbonati, hanno

proposto un ricorso avverso le decisioni dell'ACM, l'Autorità garante dei consumatori e dei mercati dinanzi al College van Beroep voor het bedrijfsleven, in qualità di Corte d'appello del contenzioso amministrativo in materia economica.

Il Giudice del rinvio ha sottoposto, dunque, alla Corte due questioni pregiudiziali per chiarire, *in primis*, se un'impresa sia tenuta a mettere a disposizione di un'altra impresa, con sede in un altro Stato membro, i dati relativi ai propri abbonati e, in secondo luogo, qualora tale obbligo sussista, se gli abbonati possano negare il proprio consenso a tale trasferimento dati, nel rispetto del principio di non discriminazione e della tutela della *privacy*.

La Corte di giustizia ha sottolineato come dal tenore letterale della direttiva – in particolare dall'art. 25 – non emerga alcuna distinzione a seconda che la richiesta provenga da una società con sede nello stesso Stato membro o in uno Stato diverso da quello in cui ha sede l'impresa destinataria della richiesta (cfr. sentenza del 5 maggio 2011 in causa n. C-543/09, *Deutsche Telekom*, EU:C:2011:279).

Per risolvere la seconda questione pregiudiziale la Corte di giustizia ha considerato l'art. 12 della direttiva n. 2002/58/Ce relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche (in *Gu-Ue* n. L 201 del 2002, p. 37) statuendo che quando l'abbonato ha dato il proprio consenso alla trasmissione dei propri dati personali ad una impresa, affinché siano inseriti nell'elenco pubblico di tale impresa, la trasmissione degli stessi dati ad un'altra impresa per un'ulteriore pubblicazione, senza che l'abbonato abbia prestato un nuovo consenso, non può danneggiare il diritto alla tutela dei dati personali, previsto dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in *Gu-Ue* n. C del 7 giugno 2016, p. 389 ss., versione consolidata).

Ne consegue che non occorre operare alcuna differenza di trattamento a seconda che l'impresa che richiede la trasmissione dei dati personali relativi agli abbonati abbia sede nel territorio dello Stato membro di questi ultimi o in un altro Stato membro, in quanto la raccolta dei dati è per fini identici sia nella prima sia nella seconda ipotesi.

## PIRATERIA INTERNET E DIRITTI DI AUTORE

### Corte di giustizia

#### Sentenza del 14 giugno 2017 in causa n. C-610/15

Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale e industriale - Direttiva n. 2001/29/Ce - Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi - Nozione di «comunicazione al pubblico» - Piattaforma di condivisione *online* - Condivisione di *file* protetti, senza l'autorizzazione del titolare - Responsabilità dell'amministratore della piattaforma - Introiti pubblicitari.**

*La nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere*

*interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, la messa a disposizione e la gestione, su internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer)*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Nella presente causa la Corte di giustizia è stata adita dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi per definire i fondamenti giuridici e la portata di un'eventuale responsabilità, da parte di alcuni siti internet, per aver commesso violazioni in materia di diritti d'autore. The Pirate Bay è, infatti, uno dei siti di condivisione di documenti contenente il maggior numero di brani musicali e film noti. Tale condivisione viene eseguita gratuitamente e, per la maggior parte di tali opere, avviene in violazione dei diritti d'autore.

La questione pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la Stichting Brein, una fondazione dei Paesi Bassi che protegge gli interessi dei titolari del diritto d'autore, e, dall'altro lato, la Ziggo BV, nonché la XS4ALL Internet BV, fornitrici di accesso a internet, relativamente ad alcune domande presentate dalla Stichting Brein, dirette a far bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP della piattaforma di condivisione *online* denominata «The Pirate Bay».

Gli abbonati dei fornitori di accesso ad internet utilizzano, infatti, la piattaforma di condivisione Pirata Bay, ossia un protocollo con il quale gli utenti possono condividere i *file*. Per la condivisione dei *file* gli utenti devono scaricare un programma denominato «Client BtTorrent» che non viene fornito dalla piattaforma The Pirata Bay. Tale programma consente agli utenti di creare un *file torrent* necessario per mettere i *file* a disposizione di altri utenti sulla piattaforma. I *file torrent* che vengono proposti sulla piattaforma di condivisione *online* rinviano spesso ad opere protette dal diritto d'autore senza che i titolari del diritto abbiano autorizzato la condivisione, sia agli amministratori, sia agli utenti della stessa piattaforma.

La Corte di giustizia, investita della questione, ha dovuto *in primis* chiarire che nella nozione di comunicazione al pubblico di cui all'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce è ricompresa la messa a disposizione e la gestione, su internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di tutte le informazioni relative ad opere protette unitamente alla fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti della piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito della rete. Si tratta di decine di milioni di utenti sulla piattaforma.

A parere della Corte, il fatto di mettere a disposizione su un sito internet collegamenti cliccabili verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso su un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere (cfr. sentenza del 13 febbraio 2014 in causa n. C-466/12, *Svensson e a.*, EU:C:2014:76; cfr. anche ordinanza del 21 ottobre 2014 in causa n. C-348/13, *BestWater International*, EU:C:2014:2315 e sentenza dell'8 settembre 2016 in causa n. C-160/15, *GS Media*, EU:C:2016:644, annotata in questa *Rivista*, 2016, p. 513). In tale contesto, un ruolo fondamentale è svolto dagli amministratori della piattaforma, responsabili di mettere a disposizione le opere. La piattaforma «The Pirata Bay» prevede, altresì, che gli amministratori, oltre a proporre un motore di ricerca, organizzino un indice di classificazione delle opere per categorie, a seconda della natura delle stesse, del loro genere o della loro popolarità provvedendo ad eliminare i *file torrent* datati o errati. Gli amministratori, peraltro, sono perfettamente a conoscenza del fatto che le opere sono messe a disposizione senza l'autorizzazione del titolare e traggono anche un profitto dalla gestione della piattaforma grazie alla pubblicità che viene generata.

## LIMITAZIONI IMPOSTE DALLA NORMATIVA EUROPEA ALL'UTILIZZO DEI NOMI: LATTE, CREMA DI LATTE E PANNA

Corte di giustizia

Sentenza del 14 giugno 2017 in causa n. C-422/16

Verband Sozialer Wettbewerb eV c. TofuTown.com GmbH

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ue) n. 1308/2013 - Art. 78 e all. VII, parte III - Decisione n. 2010/791/Ue - Definizioni, designazioni e denominazioni di vendita - «Latte» e «prodotti lattiero-caseari» - Prodotti derivati unicamente dal latte - Eccezioni - Espressioni utilizzate per la promozione e la commercializzazione di alimenti puramente vegetali - Principio di parità di trattamento e principio di proporzionalità - Contrasto con il diritto dell'Unione.**

*L'art. 78, par. 2, e l'allegato VII, parte III, del Regolamento n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, devono essere interpretati nel senso che ostano a che la denominazione «latte» e le denominazioni che tale regolamento riserva unicamente ai prodotti lattiero-caseari siano utilizzate per designare, all'atto della commercializzazione o nella pubblicità, un prodotto puramente vegetale, e ciò anche nel caso in cui tali denominazioni siano completate da indicazioni esplicative o descrittive che indicano l'origine vegetale del prodotto in questione, salvo il caso in cui tale prodotto sia menzionato all'allegato I della decisione n. 2010/791/Ue della Commissione, del 20 dicembre 2010, che fissa l'elenco dei prodotti di cui all'allegato XII, punto III.1, secondo comma, del Regolamento n. 1234/2007 del Consiglio<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 78, par. 2, e dell'all. VII, parte III, p. 1 e 2, del Regolamento (Ue) n. 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli (in *Guce* n. L 347 del 2013, p. 671) è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il Verband Sozialer Wettbewerb eV (di seguito denominato: VSW), un'associazione tedesca sulla tutela della concorrenza e, dall'altro lato, la società TofuTown.com GmbH del settore della fabbricazione e della distribuzione di alimenti vegetariani e vegani, relativamente ad un'azione inibitoria introdotta dal VSW. Ai sensi dell'art. 78, par. 2, del predetto Regolamento, le definizioni, le designazioni o le denominazioni di vendita figuranti nell'allegato VII del Regolamento medesimo pos-

sono essere utilizzate nell'Unione solo per la commercializzazione di un prodotto conforme ai corrispondenti requisiti stabiliti nell'allegato stesso. La parte III di tale allegato riguarda il latte e i prodotti lattiero-caseari: il «latte» è «esclusivamente il prodotto della secrezione mammaria normale, ottenuto mediante una o più mungiture, senza alcuna aggiunta o sottrazione».

La denominazione «latte» può essere utilizzata «per il latte che ha subito un trattamento che non comporta alcuna modifica nella sua composizione o per il latte di cui la materia grassa è stata standardizzata» e tale denominazione può essere utilizzata «congiuntamente ad uno o più termini per designare il tipo, la classe qualitativa, l'origine e/o l'utilizzazione prevista del latte o per descrivere il trattamento fisico al quale è stato sottoposto o le modifiche che ha subito nella sua composizione, purché tali modifiche si limitino all'aggiunta e/o alla sottrazione dei suoi componenti naturali».

La società TofuTown è produttrice e distributrice di alimenti vegetariani e vegani che commercializza sotto i seguenti nomi: «Soyatoo burro di tofu», «formaggio vegetale», «Veggie-Cheese», «Cream» ecc. La VSW, ritenendo che tali prodotti violassero la normativa comunitaria sulle denominazioni per il latte e i prodotti lattiero caseari contenuta nel Regolamento (Ue) n. 1308/2013, ha promosso un'azione inibitoria contro la TofuTown per concorrenza sleale dinanzi al Tribunale regionale di Treviri. Per contro, la TofuTown ha sostenuto di non commettere nessuna violazione in quanto le espressioni burro o latte venivano sempre associate a termini che rimandavano all'origine vegetale dei prodotti. Il giudice del rinvio ha, così, sospeso il giudizio e chiesto alla Corte di pronunciarsi.

La Corte di giustizia ha precisato che le denominazioni elencate nell'allegato del Regolamento, quali «siero di latte», «crema di latte o panna», «burro», «latticello», «formaggio» e «iogurt», non possono essere legittimamente impiegate per designare un prodotto puramente vegetale. E il divieto sussiste anche se fosse chiara l'origine vegetale del prodotto con l'aggiunta di altri termini esplicativi.

Infine, a parere della Corte di giustizia, l'interpretazione fornita nella sentenza è conforme al principio di proporzionalità (cfr. sentenza del 16 dicembre 1999 in causa n. C-101/98, *UDL*, EU:C:1999:615, punti da 32 a 34, in questa *Rivista*, 2000, p. 539, con commento di F. CAPELLI, *Un prodotto senza grassi naturali di derivazione lattiero-casearia non può essere chiamato formaggio*, *ivi*, p. 547 ss.) e al principio della parità di trattamento (cfr. sentenze del 6 dicembre 2005, *ABNA e a.*, in cause n. C-453/03, n. C-11/04, n. C-12/04 e n. C-194/04, EU:C:2005:741 e sentenza del 30 giugno 2016 in causa n. C-134/15, *Lidl*, EU:C:2016:498). Su questa sentenza v. il commento di D. PISANELLO, in questa *Rivista*, *supra*, p. 341 ss.

## ESENZIONI FISCALI A FAVORE DELLA CHIESA CATTOLICA

### Corte di giustizia

#### Sentenza del 27 giugno 2017 in causa n. C-74/16

Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Aiuti di Stato - Art. 107, par. 1, TFUE - Aiuto di Stato - Impresa e attività economica - Presupposti di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE - Art. 108, par. 1 e 3, TFUE - Nozioni di «aiuti esistenti» e di «aiuti nuovi» - Accordo sulle**

## **questioni economiche concluso tra il Regno di Spagna e la Santa Sede nel 1979 - Imposta sulle costruzioni, sugli impianti e sui lavori - Esenzione a beneficio degli immobili della Chiesa cattolica.**

*Un'esenzione fiscale, come quella in discussione nel procedimento principale, di cui beneficia una congregazione appartenente alla Chiesa cattolica per opere realizzate in un immobile destinato all'esercizio di attività prive di finalità strettamente religiosa, può ricadere sotto il divieto enunciato dall'art. 107, par. 1, TFUE se, e nella misura in cui, tali attività siano economiche, circostanza questa la cui verifica incombe al giudice del rinvio<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale amministrativo n. 4 di Madrid, sull'interpretazione dell'art. 107, par. 1, TFUE è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, una Congregazione della Chiesa Cattolica spagnola, di seguito denominata «Congregazione» al Comune spagnolo di Getafe per avere questi rigettato la domanda della Congregazione volta ad ottenere il rimborso di una somma pagata a titolo di imposta sulle costruzioni, sugli impianti e sulle opere.

L'Accordo sulle questioni economiche concluso tra lo Stato spagnolo e la Santa Sede nel 1979 prevede diverse esenzioni a favore della Chiesa Cattolica. In seguito ad alcuni lavori di ampliamento dell'edificio scolastico per la creazione di una sala conferenze, la Congregazione chiedeva il rimborso dell'imposta pagata. La domanda veniva respinta dall'Ufficio tributi del Comune, in quanto l'esenzione veniva richiesta per un'attività della Chiesa cattolica priva di finalità religiosa. Il giudice del rinvio, investito della questione si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se l'esenzione fiscale di cui gode la congregazione della Chiesa cattolica per le opere suddette, possa essere considerato un aiuto di Stato previsto all'art. 107, par. 1, TFUE.

A parere della Corte, nel caso di specie, occorre verificare i seguenti punti: *a.* se la Congregazione possa essere qualificata come «impresa», ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE; *b.* se l'esenzione fiscale porti un vantaggio economico alla Congregazione; *c.* se tale misura costituisca un intervento dello Stato spagnolo e, infine, *d.* se l'esenzione sia idonea a incidere sugli scambi tra gli Stati membri e a falsare o a minacciare di falsare la concorrenza nell'ambito del mercato interno. Secondo la Corte, hanno carattere economico solo le attività di insegnamento non sovvenzionate dallo Stato spagnolo in quanto finanziate da contributi privati.

L'esenzione in oggetto ha come effetto di attenuare gli oneri che gravano sul bilancio della Congregazione. Di conseguenza, risulta che una siffatta esenzione fiscale conferirebbe un vantaggio economico alla stessa Congregazione. Inoltre, l'esenzione comporterebbe una diminuzione delle entrate del Comune spagnolo.

Con riferimento agli altri due requisiti, sopra esposti, a parere della Corte, il giudice nazionale dovrà verificare il superamento della soglia prevista (gli aiuti non eccedenti un tetto massimo di duecentomila euro sull'arco di tre anni non incidono sugli scambi tra gli Stati membri e non falsano o minacciano di falsare la concorrenza) e, qualora dovesse ravvisare la presenza di un aiuto di Stato, sarà tenuto a seguire la procedura prevista dal Trattato per tale materia.

La Corte di giustizia, da ultimo, ha considerato che la Spagna è entrata a far parte dell'UE nel 1986, mentre l'accordo concluso tra la Spagna e la Santa Sede risale all'anno 1979. Ne consegue, a parere della Corte, che si tratterà di un «aiuto nuovo» ai sensi dell'art. 108, par. 3, TFUE, in quanto l'imposta sulle costruzioni, sugli impianti e sulle opere è stata introdotta nell'ordinamento giuridico spagnolo solamente dopo l'adesione della Spagna.

**LE SPESE DI ANNULLAMENTO VIAGGIO RICHIESTE DALLE  
COMPAGNIE AEREE POSSONO ESSERE ABUSIVE -  
CANCELLAZIONE DEL VOLO E RISARCIMENTO PER I  
PASSEGGERI**

I

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 6 luglio 2017 in causa n. C-290/16**

Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Norme comuni per la prestazione di servizi aerei nell'Unione - Regolamento (Ce) n. 1008/2008 - Tariffe dei biglietti aerei applicabili - Indicazione dei prezzi sul sito internet del vettore - Art. 22, par. 1, e art. 23, par. 1, del Regolamento - Informazioni richieste nella presentazione delle tariffe offerte al pubblico - Spese amministrative forfettarie a carico dei clienti che non si presentano ad un volo in classe economiche o annullano la prenotazione - Obbligo di indicare l'importo reale di tasse, diritti o supplementi - Libertà in materia di tariffe - Massima trasparenza a tutela dei passeggeri.**

*L'art. 23, par. 1, terzo periodo, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità va interpretato nel senso che, nel pubblicare le loro tariffe passeggeri, i vettori aerei devono precisare separatamente gli importi dovuti dai clienti per le tasse, i diritti aeroportuali nonché gli altri diritti, tasse e supplementi di cui all'art. 23, par. 1, terzo periodo, lettere da b. a d., di detto Regolamento, e non possono, pertanto, includere, nemmeno parzialmente, tali elementi nella tariffa passeggeri, di cui all'art. 23, par. 1, terzo periodo, lett. a., del Regolamento stesso<sup>1</sup>.*

*L'art. 22, par. 1, del Regolamento n. 1008/2008 va interpretato nel senso che non osta a che l'applicazione di una normativa nazionale che traspone la direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, possa risolversi nella dichiarazione di nullità di una clausola contenuta, nelle condizioni generali di contratto, che consente di fatturare spese ammini-*

*strative forfettarie separate a clienti che non si siano presentati a un volo o abbiano annullato la loro prenotazione*<sup>2</sup>.

## II

### Corte di giustizia

#### Sentenza del 7 settembre 2017 in causa n. C-559/16

Birgit Bossen e a. c. Brussels Airlines SA/NV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto aereo - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Art. 7, par. 1 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Volo diretto e volo con coincidenza - Collegamenti aerei con una o più coincidenze - Nozione di «distanza» da considerare ai fini della compensazione - Metodo della rotta ortodromica.**

*L'art. 7, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «distanza» include, in caso di collegamenti aerei con una o più coincidenze, solamente la distanza tra il luogo del primo decollo e la destinazione finale, da stabilire secondo il metodo della rotta ortodromica, e ciò a prescindere dalla distanza di volo effettivamente percorsa*<sup>3</sup>.

<sup>1-3</sup> Con la sentenza in causa n. C-290/16 la Corte di giustizia, interpretando il Regolamento (Ce) n. 1008/2008 sulle norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (in *Gu-Ue* n. L 293 del 2008, p. 3). è intervenuta sul tema delle clausole contrattuali inserite nei contratti di viaggio dalle compagnie aeree concernenti le spese di annullamento di una prenotazione.

L'art. 22, par. 1, del Regolamento prevede che i vettori aerei comunitari possano fissare liberamente le tariffe aeree per i servizi aerei intracomunitari. All'art. 23 di tale Regolamento viene precisato che: «Le tariffe aeree passeggeri e merci disponibili al pubblico comprendono le condizioni ad esse applicabili in qualsiasi forma offerte o pubblicate, anche su internet, per i servizi aerei da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del trattato. Il prezzo finale da pagare è sempre indicato e include tutte le tariffe aeree passeggeri o merci applicabili, nonché tutte le tasse, i diritti ed i supplementi inevitabili e prevedibili al momento della pubblicazione. Oltre all'indicazione del prezzo finale, sono specificati almeno i seguenti elementi: a) tariffa aerea passeggeri o merci; b) tasse; c) diritti aeroportuali; e d) altri diritti, tasse o supplementi connessi ad esempio alla sicurezza o ai carburanti, dove le voci di cui [all'articolo 23, paragrafo 1, terzo periodo,

lettere b), c) e d)] sono state addizionate alle tariffe aeree passeggeri e merci. I supplementi di prezzo opzionali sono comunicati in modo chiaro, trasparente e non ambiguo all'inizio di qualsiasi processo di prenotazione e la loro accettazione da parte del passeggero deve avvenire sulla base dell'esplicito consenso dell'interessato ("opt-in")».

Nelle condizioni generali di contratto della Air Berlin, consultabili sul relativo sito internet, è previsto che la Air Berlin detragga, a titolo di spese di *dossier*, un importo di EUR 25 per prenotazione e per passeggero, dalla somma che deve essere rimborsata a quest'ultimo qualora lo stesso non si sia presentato all'imbarco o abbia annullato la prenotazione. Inoltre, gli importi di tasse e diritti indicati sul sito internet della Air Berlin erano notevolmente inferiori rispetto a quelli effettivamente dovuti dalla compagnia aerea, in base ai tariffari dei diritti aeroportuali e inducevano in errore il consumatore. Per tali prassi, la Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV, l'Unione federale delle centrali e associazioni di consumatori ha proposto un'azione inibitoria nei confronti della Air Berlin dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land Berlino, Germania). Esauriti i gradi di giudizio, la compagnia aerea ha proposto l'impuazione in *Revision* dinanzi al Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia) che ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia. Con la prima questione pregiudiziale è stato chiesto alla Corte di chiarire se i vettori aerei siano tenuti a precisare l'importo effettivo delle tasse, dei diritti aeroportuali nonché degli altri diritti, tasse e supplementi di cui all'art. 23 del Regolamento n. 1008/2008. Tale disposizione intende garantire l'informazione e la trasparenza dei prezzi dei servizi aerei e contiene, dunque, obblighi di informazione e di trasparenza sulle condizioni applicabili alle tariffe dei passeggeri, il prezzo finale da pagare, le tariffe aeree passeggeri, nonché ogni supplemento opzionale di prezzo relativo a servizi che completano il servizio aereo (cfr. sentenza del 18 settembre 2014 in causa n. C-487/12, *Vueling Airlines*, EU:C:2014:2232, annotata in questa *Rivista*, 2014, p. 424). La Corte, sul punto, ha ritenuto che il Regolamento n. 1008/2008 prevede chiaramente che le voci del prezzo finale da pagare da parte del cliente siano, oltre alle tariffe aeree passeggeri o merci, tutte le tasse, gli oneri, i diritti ed i supplementi applicabili «prevedibili al momento della pubblicazione».

Sulla seconda questione pregiudiziale, relativa alla libertà in materia di tariffe riconosciuta ai vettori aerei dal Regolamento n. 1008/2008, la Corte ha precisato che la normativa comunitaria non impedisce alle disposizioni nazionali tedesche che recepiscono la direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) di annullare una clausola sfavorevole per il consumatore contenuta nelle condizioni generali di contratto che consente di fatturare spese amministrative forfetarie separate a clienti che non si siano presentati a un volo o abbiano annullato la loro prenotazione.

Nella sentenza in causa n. C-559/16, la questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 261/2004 sulla compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato (in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004, p. 1), è scaturita nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, le signore Birgit Bossen, Anja Bossen e Gudula Gräßmann e, dall'altro lato, la Brussels Airlines SA/NV, sull'importo della compensazione pecuniaria dovuta a causa del ritardo prolungato verificatosi sul loro volo. Le signore, infatti, avevano acquistato un volo da Roma ad Amburgo, via Brussels ed erano atterrate ad Amburgo con un ritardo di tre ore e cinquanta minuti rispetto a quello previsto. Per tale motivo, le ricorrenti adivano l'Amtsgericht Hamburg, il Tribunale circoscrizionale di Amburgo, che decideva di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte per chiarire come debba essere calcolata la distanza totale del volo nel caso in cui vi sia uno scalo intermedio tra l'aeroporto di partenza e quello di arrivo. Sul punto, l'art. 7 del Regolamento prevede che i passeggeri ricevano una compensazione pecuniaria variabile da duecentocinquanta a seicento euro a seconda del chilometraggio della tratta percorsa dal passeggero. Ai sensi del Regolamento, nel determinare la distanza, si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo.

A parere della Corte di giustizia, il Regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che i passeggeri di voli che subiscono ritardi di tre o più ore devono beneficiare della

stessa compensazione pecuniaria prevista per i passeggeri di voli cancellati, imbarcati su un volo alternativo (cfr. sentenza del 23 ottobre 2012 in causa n. C-581/10 e n. C-629/10, *Nelson e a.*, EU:C:2012:657, annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 711). Infatti, il disagio subito dai passeggeri a seconda del tipo di volo (diretto o con coincidenza) è il medesimo e, pertanto, nel determinare l'importo del risarcimento dovuto in caso di volo con coincidenza deve considerarsi solo la distanza tra l'aeroporto di partenza e quello di arrivo.

## **TUTELA DEI CONSUMATORI E OBBLIGHI DI INFORMAZIONE NELL'AMBITO DEI MUTUI ESPRESSI IN VALUTA ESTERA**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 20 settembre 2017 in causa n. C-186/16**

Ruxandra Paula Andriciuc e altri c. Banca Românească SA

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Art. 3, par. 1, e art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Formulazione della clausola per valutare il carattere abusivo - Contratto di credito concluso in una valuta estera - Rischio di cambio interamente a carico del consumatore - Notevole squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto - Momento della valutazione della sussistenza di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto - Portata e livello di informazione che la banca deve fornire.**

*L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «oggetto principale del contratto», ai sensi di tale disposizione, comprende una clausola contrattuale, come quella oggetto del procedimento principale, inserita in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, che non è stata oggetto di un negoziato individuale e in forza della quale il prestito deve essere restituito nella stessa valuta estera nella quale è stato contratto, poiché tale clausola fissa una prestazione essenziale che caratterizza tale contratto. Di conseguenza, tale clausola non può essere ritenuta abusiva, a condizione che sia stata formulata in modo chiaro e comprensibile<sup>1</sup>.*

*L'art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/Cee deve essere interpretato nel senso che il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve esse-*

*re formulata in modo chiaro e comprensibile presuppone che, nel caso dei contratti di credito, gli istituti finanziari debbano fornire ai mutuatari informazioni sufficienti a consentire a questi ultimi di assumere le proprie decisioni con prudenza e in piena cognizione di causa. A tal proposito, tale requisito implica che una clausola, in base alla quale il prestito deve essere rimborsato nella medesima valuta estera nella quale è stato contratto, sia compresa dal consumatore non solo sul piano formale e grammaticale, ma altresì in relazione alla sua portata concreta, nel senso che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, possa non solo essere a conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il prestito è stato contratto, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari. Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche necessarie al riguardo<sup>2</sup>.*

*L'art. 3, par. 1, della direttiva n. 93/13/Cee deve essere interpretato nel senso che la valutazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale deve essere effettuata con riferimento al momento della conclusione del contratto in questione, tenendo conto dell'insieme delle circostanze di cui il professionista poteva essere a conoscenza in tale momento e che erano idonee a incidere sull'ulteriore esecuzione di detto contratto. Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tutte le circostanze della controversia oggetto del procedimento principale e tenendo conto in particolare delle competenze e delle conoscenze del professionista, nel caso di specie la banca, riguardo alle possibili variazioni dei tassi di cambio e ai rischi inerenti alla sottoscrizione di un mutuo in valuta estera, la sussistenza di un eventuale squilibrio ai sensi di tale disposizione<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> La Corte d'appello di Oradea, in Romania, si è rivolta alla Corte di giustizia nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, un istituto di credito, la Banca Românească SA e, dall'altro lato, alcuni mutuatari, sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29) per alcune clausole in odore di abusività inserite in contratti di credito al consumo espressi in valute estere, in particolare quelle relative al «rischio di cambio» e quelle relative all'obbligo di rimborsare il credito nella valuta estera in cui quest'ultimo era stato contratto.

La Corte di giustizia si è soffermata, *in primis*, ad individuare l'espressione «significativo squilibrio» a danno del consumatore, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva e, in secondo luogo, a valutare la portata dell'art. 4, par. 2, della stessa direttiva, che esclude le clausole che definiscono «l'oggetto principale» di un contratto dalla valutazione del carattere abusivo.

I ricorrenti del procedimento principale, i cui redditi, in quel periodo, erano in lei rumeni (RON), stipulavano con l'istituto di credito contratti di mutuo espressi in franchi svizzeri (CHF) per le varie esigenze personali (acquisti immobili, ecc.) e si obbligavano a rimborsare le rate mensili dei crediti in franchi svizzeri, con a proprio carico il rischio di cambio: aumento delle rate mensili in caso di calo del tasso di cambio del *leu* rumeno rispetto al

franco svizzero.

Dopo la concessione dei prestiti oggetto del procedimento principale, il corso del franco svizzero è aumentato in modo considerevole e i ricorrenti nel procedimento principale hanno subito inevitabilmente le conseguenze di tale aumento.

La Corte di giustizia in sentenza ha precisato che con un contratto di mutuo, il creditore si impegna, principalmente, a mettere a disposizione del mutuatario una determinata somma di denaro, mentre quest'ultimo si impegna, a rimborsare, con gli interessi, tale somma secondo le scadenze previste nel contratto. Le prestazioni essenziali di tale contratto si riferiscono, dunque, ad una somma di denaro che deve essere definita in relazione alla moneta di pagamento e di rimborso pattuita. A parere della Corte, un elemento essenziale del contratto di mutuo è il rimborso del credito in una certa valuta estera (in questo senso, cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl presentate in data 27 aprile 2017). Ne consegue che la clausola contrattuale, come quella oggetto del procedimento principale, inserita in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, che non è stata oggetto di un negoziato individuale costituisce l'oggetto principale del contratto (cfr. sentenze del 30 aprile 2014 in causa n. C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282).

La Corte ha poi chiarito come la formulazione chiara e comprensibile di una clausola contrattuale richieda che il contratto esponga in maniera trasparente (v., in tal senso, sentenze del 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, *cit.* e del 9 luglio 2015 in causa n. C-348/14, *Bucura*, EU:C:2015:447), il funzionamento concreto al quale la clausola stessa si riferisce. In sostanza, il consumatore, trovandosi, come è noto, in una situazione di inferiorità rispetto all'istituto di credito, deve essere messo in condizione di valutare le conseguenze economiche derivanti dalla conclusione del contratto di mutuo, ivi compreso il rischio di cambio qualora il contratto sia concluso in valuta estera (soprattutto se il mutuatario non percepisce i redditi in valuta estera). Il consumatore, pertanto, dovrà ricevere tutte le informazioni relative all'impatto sui rimborsi delle variazioni del tasso di cambio e gli aumenti del tasso di interesse della valuta del mutuo (sulle informazioni da fornire al consumatore, cfr. sentenze del 21 marzo 2013 in causa n. C-92/11, *RWE Vertrieb*, EU:C:2013:180, nonché del 21 dicembre 2016 in cause riunite n. C-154/15, n. C-307/15 e n. C-308/15, *Gutiérrez Naranjo e a.*, EU:C:2016:980).

La Corte ha, infine, precisato che è compito del giudice nazionale, nel valutare le circostanze ricorrenti al momento della conclusione del contratto, verificare che sia stato comunicato al consumatore il complesso degli elementi idonei ad incidere sulla portata del suo impegno e che gli consentano di valutare, specialmente, il costo totale del suo mutuo, soprattutto, se si tratta di mutui in valuta estera (si precisa che altre cause, attualmente pendenti davanti alla Corte di giustizia riguardano la prassi dei mutui in valuta estera, cfr. causa n. C-627/15, *Gavrilescu*; causa n. C-483/16, *Sziber*; causa n. C-38/17, *GT*; causa n. C-51/17, *Ilyés e Kiss*; causa n. C-118/17, *Dunai*; causa n. C-119/17, *Lupean e Lupean* nonché causa n. C-126/17, *Czakó*).

# GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

---

## LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SI PRONUNCIA SUI LIMITI ALL'APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera  
Sentenza del 15 novembre 2016 - ricorsi n. 24130/11 e n. 29758/11\*

A e B c. Norvegia

**Art. 4 Protocollo n. 7 addizionale alla CEDU - Diritto di non essere giudicato o punito due volte per il medesimo reato - Evasione fiscale - Sanzioni penali e amministrative irrogate per il medesimo illecito in procedimenti distinti - Non violazione.**

*Non è possibile dedurre dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU un diritto per gli Stati membri di irrogare per il medesimo illecito di evasione fiscale sanzioni amministrative e penali in distinti procedimenti che perseguono scopi tra loro complementari quando fra gli stessi sussiste una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta.*

\* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <https://hudoc.echr.coe.int/>. In argomento, v. *infra*, p. 373 ss., il commento di *PAOLA DE FRANCESCHI*.



## **IL NE BIS IN IDEM NEI REATI TRIBUTARI. PROCEDURE PARALLELE: UNA COESISTENZA DIFFICILE MA POSSIBILE**

**Sommario:** **I.** *L'affermazione del principio* - **II.** *La sentenza Grande Stevens e altri c. Italia: un caso del tutto particolare* - **1.** *Le sanzioni di Consob ed il procedimento penale* - **2.** *La violazione del ne bis in idem* - **3.** *Un ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea* - **III.** *La sentenza A. e B. c. Norvegia, ultimo approdo della giurisprudenza di Strasburgo* - **1.** *Le sanzioni amministrative e quelle penali* - **2.** *Il diritto e la pratica interni norvegesi* - **3.** *Le precedenti sentenze della Corte di Strasburgo* - **4.** *I requisiti della connessione sostanziale e temporale sufficiente* - **5.** *Una nuova pronuncia in tema di connessione* - **IV.** *La difficile coesistenza, nell'ordinamento italiano, di procedure miste e/o parallele nel settore delle violazioni tributarie* - **1.** *Il quadro normativo* - **2.** *Un "doppio binario" diversificato e complementare* - **3.** *Il principio di specialità e il divieto di cumulo delle sanzioni* - **4.** *La possibile violazione del ne bis in idem processuale* - **5.** *L'orientamento della Cassazione* - **6.** *La portata innovativa della riforma tributaria* - **V.** *Alcuni ostacoli all'applicazione del principio di specialità: progressione criminosa, responsabilità solidale, autonomia dei procedimenti* - **VI.** *La possibile convergenza delle procedure "miste" o "parallele"* - **1.** *Una migliore convergenza dopo la riforma tributaria* - **2.** *Come realizzare la connessione sostanziale e temporale in concreto* - **3.** *I rimedi per i casi nei quali difetta la connessione sostanziale e temporale.*

### **I. L'affermazione del principio**

Consacrato dall'art. 4 Protocollo n. 7 alla Convenzione EDU<sup>1</sup> e dall'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>2</sup> (oltre che

<sup>1</sup> «Diritto di non essere giudicato o punito due volte. 1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

<sup>2</sup> «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985<sup>3</sup> in relazione alle sentenze emesse da più Stati aderenti), il principio del «*ne bis in idem*» ha formato oggetto negli ultimi anni di numerose pronunce da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo che si sono inevitabilmente riflesse sugli ordinamenti nazionali dando vita a vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Esso implica il diritto per ogni individuo a non essere processato e/o condannato più di una volta dalle autorità dello Stato di cui è cittadino, ha residenza, dimora o domicilio o dello Stato che comunque è competente ad occuparsi della condotta penalmente rilevante posta in essere.

È sancito all'art. 649 c.p.p.<sup>4</sup>, nella sua versione aggiornata dopo l'intervento della Corte costituzionale che, con sentenza n. 200 del 2016<sup>5</sup>, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile.

Punto fermo da cui prendere le mosse per verificare la violazione o meno del *ne bis in idem* nel caso concreto è l'*idem factum*, considerato nei suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo

<sup>3</sup> «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

<sup>4</sup> «Divieto di un secondo giudizio. 1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345. 2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

<sup>5</sup> Preso atto che «l'identità del fatto» sussiste (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005 n. 34655) quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (sent. n. 129 del 2008); riconosciuta la possibilità che un'unica azione od omissione infranga diverse disposizioni penali alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene; richiamata la sentenza della Grande Camera 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*, la Corte riconosce il contrasto denunciato tra art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU che vieta di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo.

alle circostanze di tempo, di luogo e di persona, come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza appena citata<sup>6</sup>.

Sarà quindi necessario accertare se si è in presenza di un'*accusa in materia penale*, posto che l'art. 4 Protocollo n. 7 sancisce il divieto di essere perseguito o punito *penalmente* due volte dalle giurisdizioni di un medesimo Stato.

Come è noto, sia la Corte di giustizia europea che la Corte dei diritti dell'uomo accolgono da tempo un criterio sostanziale per individuare la materia penale, ricorrendo all'applicazione dei c.d. «criteri Engel» – elaborati per definire l'*«accusation en matière pénale»* in relazione all'art. 6 Convenzione EDU<sup>7</sup> nella sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976<sup>8</sup> (in materia di applicazione di

<sup>6</sup> Corte cost. sentenza n. 200/2016: «... allo stato, la giurisprudenza europea, che "resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata" (sent. n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sent. 49 del 2015) alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo). In particolare, non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4 Protocollo n. 7, sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale».

<sup>7</sup> «Diritto a un equo processo. 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente (...). 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. (...).

<sup>8</sup> Ricorsi n. 5100/71; n. 5101/71; n. 5102/71; n. 5354/72; n. 5370/72: «Dès lors, la Cour doit préciser, en se limitant au domaine du service militaire, comment elle vérifiera si une "accusation" donnée, à laquelle l'État en cause attribue - comme en l'espèce - un caractère disciplinaire, relève néanmoins de la "matière pénale" telle que l'entend l'article 6. A ce sujet, il importe d'abord de savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique juridique de l'État défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois. Il s'agit cependant là d'un simple point de départ. L'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative; il faut l'examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers États contractants.

La nature même de l'infraction représente un élément d'appréciation d'un plus grand poids. Si un militaire se voit reprocher une action ou omission qui aurait transgressé une norme juridique régissant le fonctionnement des forces armées, l'État peut en principe utiliser contre lui le droit disciplinaire plutôt que le droit pénal. A cet égard, la Cour marque son accord avec le Gouvernement.

Là ne s'arrête pourtant pas le contrôle de la Cour. Il se révélerait en général illusoire s'il ne prenait pas également en considération le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la "matière pénale" les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veut la gravité de l'enjeu, les traditions de États contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne (...).

C'est en se fondant sur ces critères que la Cour recherchera si les requérants, ou certains d'entre eux, ont fait l'objet d'une "accusation en matière pénale" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)».

sanzioni disciplinari militari) – e mutuandoli ai fini dell’art. 4 del Protocollo n. 7.

Orbene, le sentenze pronunciate dalla Corte europea di Strasburgo, chiamata a valutare il possibile contrasto con il principio del *ne bis in idem* di normative nazionali che prevedono il c.d. «doppio binario» (cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per fatti identici o simili), hanno posto analogo dilemma nei settori delle violazioni alla normativa ambientale, delle violazioni alla normativa tributaria, della disciplina in materia di abusi sui mercati finanziari, delle violazioni al codice della strada.

In Italia, un vivace dibattito è oggi incentrato sui profili della normativa tributaria potenzialmente contrastanti con il principio del *ne bis in idem*.

La questione è stata di recente affrontata in una Relazione di orientamento dell’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione<sup>9</sup> che illustra le principali tappe dell’evoluzione giurisprudenziale europea e nazionale nel settore dei reati tributari, richiamando le sentenze delle Corti sovranazionali, le pronunce della Corte costituzionale, i ricorsi pregiudiziali alla Corte di giustizia dell’Unione europea dei giudici di primo grado, i casi di disapplicazione delle norme interne da parte di taluno di essi, le sentenze della Corte di cassazione.

Senza voler in questa sede ripercorrere l’intero cammino della giurisprudenza europea, si esamineranno due pronunce per così dire "estreme": l’una (*Grande Stevens*) che, per quanto riferibile al settore degli abusi del mercato finanziario, sembrava spalancare le porte dell’ordinamento nazionale al principio del *ne bis in idem* sostanziale; l’altra (*A. e B. c. Norvegia*) in materia di violazioni fiscali, più cauta e conservatrice, che introduce vecchi e nuovi parametri per legittimare l’esistenza del ‘doppio binario’ attraverso un’interpretazione convenzionalmente orientata.

Si ripercorrerà quindi la normativa italiana in materia di violazioni finanziarie, al fine di verificare se il dualismo delle sanzioni penali ed amministrative sia ancora possibile o se sia viceversa auspicabile un’evoluzione legislativa comportante la netta distinzione tra fattispecie perseguibili penalmente e violazioni amministrative.

<sup>9</sup> Ufficio del Massimario Penale, Relazione di orientamento «Ne bis in idem - Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea», Roma, 21 marzo 2017 (Rel. 26/17).

## II. La sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*: un caso del tutto particolare

La sentenza della II Sezione della Corte europea di Strasburgo nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia* (pronunciata in data 4 marzo 2014 e divenuta definitiva in data 7 luglio 2014) ha segnato un fondamentale punto d'approdo nell'affermazione del principio del *ne bis in idem* anche per le infrazioni qualificate dal diritto interno nazionale come non penali.

Vale la pena di prendere in esame le particolarità della vicenda sottoposta all'attenzione della Corte attraverso una serie di ricorsi diretti contro la Repubblica italiana e portanti sulle pretese violazioni dell'art. 6, par. 1 (diritto ad un processo equo entro un tempo ragionevole), dell'art. 6, par. 3, lett. *a.* (diritto ad essere informato nel più breve termine della natura e dei motivi dell'accusa) e lett. *c.* (diritto all'assistenza di un avvocato), dell'art. 1 Protocollo n. 1 (protezione della proprietà) e infine dell'art. 4 Protocollo n. 7 (diritto a non essere perseguito o punito due volte).

### 1. *Le sanzioni di Consob ed il procedimento penale*

Alla base dei differenti ricorsi vi era, da un lato, la condanna emessa da Consob per la violazione dell'art. 187 *ter*, par. 1, del dlgs n. 58 del 24 febbraio 1998 per «manipolazione del mercato»<sup>10</sup> con irrogazione di pesanti sanzioni pecuniarie; dall'altro, l'avvio del procedimento penale da parte della Procura di Torino per il reato di cui all'art. 185, par.1, dello stesso decreto<sup>11</sup>, procedimento ancora pendente al momento della decisione della Corte.

Quanto alla condanna al pagamento delle cospicue ammende irrogate da Consob (decisione del 9 febbraio 2007, definitiva il 23 giugno 2009), la Corte di Strasburgo, chiamata a valutare se vi era stata violazione dell'art. 6 della Convenzione, ha richiamato la propria costante giurisprudenza in ordine all'individuazione dell'«*accusa in materia penale*» attraverso l'applicazione dei criteri *Engel* (qualificazione giuridica dell'infrazione nel diritto interno, natura dell'infrazione, natura e grado di severità della sanzio-

<sup>10</sup> «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso INTERNET o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari».

<sup>11</sup> «Chiunque diffonde false notizie o procede ad operazioni simulate o impiega altri artifici oggettivamente suscettibili di provocare una modificazione sensibile del valore di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da 1 a 6 anni e con la multa da 20.000 a 5.000.000 di euro».

ne). Nella fattispecie, la Corte ha constatato che: *a.* le manipolazioni del mercato contestate ai ricorrenti sono punite, nel diritto italiano, con una sanzione qualificata come amministrativa dall'art. 187 *ter*, par. 1., dlgs n. 58/98; *b.* le disposizioni violate mirano a garantire l'integrità dei mercati finanziari ed a conservare la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni; il loro scopo, oltre che riparatorio, è anche preventivo e repressivo; *c.* le sanzioni irrogabili sono l'ammenda fino a 5.000.000 euro (passibile di essere triplicata o portata fino a dieci volte il prodotto o profitto ottenuto); la perdita dell'onorabilità per i rappresentanti delle società implicate e, se queste sono quotate in borsa, l'incapacità, per i loro rappresentanti, di amministrare, dirigere o controllare le società stesse per un periodo da due mesi a tre anni; l'interdizione alle società quotate, a quelle di gestione e alle società di revisione di avvalersi della collaborazione dell'autore dell'infrazione per la durata massima di tre anni, nonché la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio dell'attività professionale; la confisca del prodotto o profitto della condotta criminosa e dei beni per mezzo dei quali essa fu realizzata.

## 2. *La violazione del ne bis in idem*

Riconosciuto il carattere penale delle sanzioni irrogate da Consob, la Corte afferma che vi è stata violazione dell'art. 6, sia sotto il profilo della non uguaglianza delle armi tra accusa e difesa e della mancanza di un'udienza pubblica, sia sotto il profilo della mancanza di imparzialità negli organi che irrogarono le sanzioni; riconosce invece che i ricorrenti ebbero la possibilità di accedere ad un tribunale dotato di pienezza di giurisdizione (Corte d'appello di Torino e Cassazione).

Dopo aver analizzato ulteriori motivi di ricorso (immutazione dell'accusa all'insaputa dell'indagato, ingerenza e violazione del diritto al rispetto dei propri beni personali), la Corte perviene ad esaminare l'ultimo motivo di ricorso, vale a dire la violazione del principio del *ne bis in idem*.

Rigettata l'eccezione del Governo in ordine alla riserva formulata dallo Stato all'atto della ratifica del Protocollo n. 7 secondo la quale gli articoli da 2 a 4 si applicherebbero soltanto alle infrazioni, alle procedure ed alle decisioni qualificate come «penali» dalla legge italiana, ritenendola riserva di carattere generale non conforme alle esigenze di cui all'art. 57, par. 2, della Convenzione<sup>12</sup>, la Corte passa in rassegna gli argomenti delle parti.

<sup>12</sup> Per essere valida, osserva la Corte, la riserva deve essere formulata nel momento in cui la Convenzione o il Protocollo vengono sottoscritti o ratificati, deve riguardare leggi determinate in vigore all'epoca della ratifica, non deve rivestire carattere generale, deve comportare

Quelli del Governo sono i seguenti: il diritto dell'Unione autorizza il ricorso ad una doppia sanzione nel quadro della lotta alle condotte abusive sui mercati finanziari<sup>13</sup>; il «doppio binario» costituisce una tradizione costituzionale comune a molti Stati membri nei settori della tassazione, delle politiche ambientali e della sicurezza pubblica; la procedura penale pendente nei confronti dei ricorrenti non concerne la medesima infrazione sanzionata da Consob ma ne diverge in quanto richiede il dolo e l'idoneità delle informazioni false o ingannevoli a produrre un'alterazione significativa dei mercati finanziari; solo la procedura penale può condurre a pene privative della libertà; per assicurare la proporzionalità della pena rispetto ai fatti ascritti, il giudice penale può tenere conto del fatto che sia stata inflitta la sanzione amministrativa e ridurre la sanzione penale<sup>14</sup>. In sostanza, il governo interpreta come un concorso formale di infrazioni la duplicità delle fattispecie di cui agli artt. 185 e 187-ter dlgo n. 58/98.

La Corte prende quindi le mosse dalla sentenza della Grande Camera nel caso *Zolotoukhine c. Russia*<sup>15</sup> in cui fu precisato che l'art. 4 del Protocollo n. 7 va interpretato come implicante il divieto di perseguire o di giudicare una persona per una seconda «infrazione» che abbia ad origine fatti che sono sostanzialmente gli stessi e richiamata la costante giurisprudenza della stessa Corte in ordine all'individuazione dell'«accusa in materia penale» in base ai criteri *Engel*<sup>16</sup>.

Avendo riconosciuto, sotto l'angolo di applicazione dell'art. 6 CEDU, che la procedura Consob portava su un'accusa in materia penale e che le condanne inflitte da Consob erano divenute definitive, la Corte riconosce che a partire da tale momento (23 giugno 2009) i ricorrenti dovevano esse-

una breve esposizione della legge per cui si fa riserva.

<sup>13</sup> Richiama la direttiva n. 2003/6/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (art. 14).

<sup>14</sup> In realtà la norma di cui all'art. 187-terdecies del dlgo n. 58/1998 stabilisce l'obbligo di detrarre dalla sanzione penale quella amministrativa già irrogata: «Esecuzione delle pene pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie nel processo penale. 1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi (dell'articolo 187-septies), la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa».

<sup>15</sup> Sentenza della Corte EDU del 10 febbraio 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russia*, ricorso n. 14939/03.

<sup>16</sup> 1. la qualificazione giuridica dell'infrazione nel diritto interno; 2. la natura stessa dell'infrazione; 3. il grado di severità della sanzione che rischia di subire l'interessato. Il secondo ed il terzo criterio sono alternativi e non cumulativi ma ciò non impedisce l'adozione di un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non permette di giungere ad una conclusione chiara quanto all'esistenza di un'accusa in materia penale (da ultimo *Jussila c. Finlandia*).

re considerati come «già condannati in ragione di una infrazione da un giudizio definitivo».

Quanto alla questione se il nuovo procedimento penale avesse ad oggetto gli stessi fatti già giudicati da Consob, ancora richiamando il caso *Zolotoukhine*, la Corte precisa che la questione da risolvere non è quella di sapere se gli elementi costitutivi delle infrazioni previste agli artt. 185 e 187 *ter* del dlgo n. 58/98 siano oppure no identici, bensì quella di determinare se i fatti rimproverati ai ricorrenti davanti alla Consob e alla giurisdizione penale si riferiscano alla stessa condotta.

In conclusione, la Corte statuiva all'unanimità l'obbligo per lo Stato di vegliare affinché le nuove procedure penali avviate nei confronti dei ricorrenti in violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 e ancora pendenti, venissero chiuse nel più breve tempo possibile.

Dalla lettura della sentenza *Grande Stevens* sembra comprendersi che le due procedure si erano svolte su piani distinti e paralleli, sfociando nelle rispettive risposte sanzionatorie, aventi entrambe notevole forza dissuasiva e repressiva, tanto da determinare un pregiudizio sproporzionato per i soggetti indagati.

Tuttavia, non pare essersi tenuto conto delle norme del dlgo n. 58/1998 che, ispirate alla finalità di far convergere le due procedure, disciplinano i «*Rapporti tra procedimenti*» (da art. 187-*decies* a art. 187-*quattordices*), prevedendo il reciproco scambio di informazioni e collaborazione tra Consob e ufficio di Procura, la facoltà di Consob di costituirsi parte civile nel procedimento penale, l'esazione della sanzione pecuniaria penale solo per la parte eccedente la sanzione amministrativa irrogata, la non sospensibilità del procedimento amministrativo di accertamento e del procedimento di opposizione per la pendenza del procedimento penale.

### 3. *Un ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*

La questione non è ancora chiusa ed ha anzi dato vita ad una serie di ricorsi in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia di Lussemburgo; da ultimo, il ricorso promosso dalla Corte di cassazione con ordinanza del 13 ottobre 2016 n. 20675<sup>17</sup>.

Il caso (imputato *Ricucci Stefano*), inverso rispetto al caso *Grande*

<sup>17</sup> F. VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato. Prime osservazioni su Cass., sez. trib. civ., ord. 20 settembre 2016 (dep. 13 ottobre 2016), n. 20675/16, 17 ottobre 2016, www.penalecontemporaneo.it; la causa è la n. C-537/16.*

*Stevens*, riguardava l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (di oltre dieci milioni di euro, ridotta a cinque milioni in appello) per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato (art. 187-ter TUF). Avverso la sentenza della Corte d'appello era stato proposto ricorso in Cassazione. Nelle more l'imputato, sottoposto a procedimento penale per il delitto di manipolazione del mercato (art. 185 TUF) in relazione alle medesime condotte, definiva la propria posizione con sentenza di patteggiamento divenuta poi definitiva.

La Corte di Lussemburgo dovrà stabilire se l'art. 50 della Carta europea osti alla disciplina sugli abusi di mercato che prevede un parallelo sistema di sanzioni penali e amministrative per le stesse condotte; e, in caso affermativo, se l'art. 50 sia suscettibile di diretta applicazione da parte del giudice nazionale, con conseguente obbligo di sospendere il secondo procedimento (penale o civile che sia) che risulti ancora pendente una volta divenuto definitivo il provvedimento che abbia inflitto la prima sanzione all'autore del fatto<sup>18</sup>.

### **III. La sentenza *A. e B. c. Norvegia*, ultimo approdo della giurisprudenza di Strasburgo**

La sentenza pronunciata dalla Grande Camera<sup>19</sup> della Corte di Strasburgo il 15 novembre 2016, a seguito dei ricorsi presentati contro il Regno di Norvegia da due cittadini norvegesi che lamentavano di essere stati perseguiti e puniti due volte per la stessa violazione fiscale, fa il punto sull'evoluzione della giurisprudenza della stessa Corte in materia di *ne bis in idem* e perviene a cristallizzare precisi canoni interpretativi dell'art. 4 Protocollo n. 7.

I due ricorrenti, oggetto nel 2005 di un controllo fiscale e di denuncia da parte del fisco norvegese per omessa dichiarazione di redditi derivanti dalla vendita di azioni societarie, si dolevano del fatto di essere stati destinatari sia di sanzioni penali per frode aggravata, sia di sanzioni amministrative.

<sup>18</sup> Analoghe questioni pregiudiziali sono state sottoposte all'esame della Corte di giustizia dell'Unione europea dai giudici di merito: sono attese le decisioni sulle cause n. C-596/16, *Di Puma*, e n. C-597/16, *Consob*.

<sup>19</sup> La Camera della prima sezione della Corte, inizialmente investita dei due ricorsi, dopo averli riuniti, decise – con provvedimento del 7 luglio 2015 – di rimettere il caso alla *Grande Chambre* (ai sensi degli artt. 30 della Convenzione e 72 del Regolamento).

### 1. *Le sanzioni amministrative e quelle penali*

Il primo ricorrente fu formalmente incolpato, il 14 ottobre 2008, di infrazioni alla legge fiscale; il 24 novembre 2008 l'ufficio delle imposte gli notificò (per le annualità dal 2002 al 2007) un avviso di accertamento che faceva rinvio al controllo fiscale, all'indagine penale, alle dichiarazioni da lui rese nell'ambito dell'indagine penale ed ai documenti acquisiti nel corso della stessa. L'ufficio delle imposte, accertata l'omessa dichiarazione per l'annualità 2002, gli applicò una maggiorazione di imposta del 30% calcolata sulla base delle imposte dovute; egli fece acquiescenza e non contestò la decisione.

In data 2 marzo 2009 fu condannato dal Tribunale di Follo per frode fiscale aggravata (relativa all'omessa dichiarazione dei redditi percepiti all'estero nell'annualità 2002) ad un anno di reclusione, pena stabilita tenendo conto della sanzione pecuniaria già inflittagli; condanna confermata dalla Corte di appello e dalla Corte suprema. Quest'ultima in particolare, richiama la giurisprudenza CEDU in tema di *ne bis in idem*, riconosce la validità dei criteri *Engel* per determinare la «materia penale» ai sensi dell'art. 6 della Convenzione e per le finalità dell'art. 4 del Protocollo n. 7, riconosce il carattere sostanzialmente penale della maggiorazione di imposta del 30%, ritiene sussistente nella fattispecie l'esistenza di una *connessione sostanziale e temporale sufficiente* tra procedura amministrativa e procedimento penale che furono condotti in parallelo (fino a che una decisione da parte del fisco del 24 novembre 2008 ed una sentenza del 2 marzo 2009 vi avevano posto termine). Per la Corte suprema norvegese le due procedure erano pertanto in larga misura strettamente connesse («*imbriquées*»), mentre la finalità dell'art. 4, di offrire una protezione contro il fardello di un nuovo processo, non rilevava in quanto il ricorrente non aveva alcuna speranza di essere oggetto di una sola procedura.

Pressoché analoga la vicenda relativa al secondo ricorrente, denunciato dal fisco norvegese all'autorità giudiziaria penale nell'autunno 2007 per la falsa dichiarazione fiscale relativa all'anno 2002; attinto il 16 ottobre 2008 da un avviso di accertamento per i redditi non dichiarati, condannato a pagare oltre al debito tributario una sanzione pari al 30% con decisione divenuta definitiva il 26 dicembre 2008; incolpato, in data 11 novembre 2008, di violazione delle legge fiscale (stessa annualità e stessi importi di cui alla maggiorazione d'imposta); formalmente indagato il 29 maggio 2009 e condannato in data 30 settembre 2009 dal Tribunale di Oslo per frode fiscale aggravata alla pena di un anno di reclusione, pena che teneva

in debito conto la maggiorazione d'imposta applicata in via amministrativa. Il secondo ricorrente fece ricorso alla Corte di appello che, richiamati i motivi della decisione della Corte suprema sul ricorso del primo ricorrente, con sentenza dell'8 luglio 2009 rigettò l'appello, statuendo che l'art. 4 del Protocollo n. 7 permetteva in una certa misura lo svolgimento di procedure parallele, amministrativa e penale, purché la seconda abbia inizio prima che la prima procedura sia conclusa con una decisione definitiva.

## 2. *Il diritto e la pratica interni norvegesi*

Preliminarmente, la Corte di Strasburgo prende in esame il diritto e la pratica interni norvegesi.

Riporta la legge fiscale norvegese che prevede: la «maggiorazione d'imposta» per il contribuente che comunica al fisco informazioni inesatte o incomplete idonee a determinare un errore nell'applicazione delle imposte; la «frode fiscale» per il contribuente che intenzionalmente o con negligenza grave comunica al fisco informazioni inesatte o incomplete ben sapendo o dovendo sapere che in tal modo potrà trarre vantaggi fiscali; la «frode fiscale aggravata» qualora il comportamento fraudolento sia idoneo a determinare la sottrazione di importi cospicui di imposta, o sia realizzata in maniera da rendere particolarmente difficile la sua scoperta, o sia frutto di abuso di autorità o di complicità nell'esercizio di attività professionali.

Riporta inoltre la giurisprudenza della Suprema Corte norvegese affermatasi a seguito delle istruzioni emanate (in data 3 aprile 2009) dal Procuratore generale sulla scia della sentenza *Zolotoukhine c. Russia*, riguardo alla nozione di «medesima infrazione» (qualora le due procedure abbiano ad origine «dei fatti identici o dei fatti che sono in sostanza gli stessi») e alle «nuove procedure» (è necessario applicare un sistema ad unico livello anche per le maggiorazioni d'imposta ordinarie al 30%: se il fisco decide di investire la polizia ritenendo la sussistenza del reato, nessuna maggiorazione d'imposta potrà essere applicata; se la Procura ritiene che non debba essere avviato il procedimento penale, rinvierà gli atti all'autorità fiscale).

La Corte richiama quindi la sentenza della Corte di Lussemburgo nel caso *Åkerberg Fransson*<sup>20</sup> in base alla quale l'art. 50 della Carta non si oppone a che uno Stato membro imponga, per violazioni di obbligazioni dichiarative nel campo dell'Iva, una combinazione di sanzioni fiscali e pena-

<sup>20</sup> Sentenza della Corte, Grande Sezione, del 26 febbraio 2013 nel caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

li (e ciò a garanzia della percezione da parte dell'Erario, della totalità delle entrate Iva, anche a tutela degli interessi finanziari dell'Unione). Gli Stati membri hanno dunque libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. È soltanto quando la sanzione fiscale riveste carattere penale ed è divenuta definitiva, che l'art. 50 della Carta si oppone a che dei procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati contro la stessa persona.

### 3. *Le precedenti pronunce della Corte di Strasburgo*

La Corte passa quindi in rassegna la propria giurisprudenza in tema di criteri pertinenti per determinare se la prima procedura intrapresa è «penale» (i criteri *Engel* introdotti da *Zolotoukhine* per l'art. 6, ma applicabili ai fini dell'art. 4 Protocollo n. 7) e in materia di procedure miste, ricordando come sia consentita, in una certa misura, l'imposizione da parte di autorità differenti di sanzioni differenti per lo stesso comportamento nonostante l'esistenza di una decisione definitiva.

Tale questione si è posta, osserva la Corte, in quattro tipi di situazioni.

Nel caso *R.T. c. Svizzera*<sup>21</sup> la Corte esclude la violazione del *ne bis in idem* osservando che le sanzioni del ritiro della patente e di pena detentiva condizionalmente sospesa erano state irrogate parallelamente da due autorità differenti; nel caso *Nilsson*<sup>22</sup>, ritenne che tra le sanzioni del ritiro della patente (sostanzialmente «penale») e del lavoro di pubblica utilità, benché comminate da autorità differenti, esisteva una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»; nel caso *Boman*<sup>23</sup> riconobbe sussistente la connessione tra procedimento penale conclusosi con condanna a un certo numero di giorni-ammenda oltre al divieto di guida, e la procedura amministrativa che prolungava il periodo del divieto di guida.

In un secondo tipo di casi, la Corte pur ammettendo procedure parallele che combinano procedura amministrativa comportante la maggiorazione d'imposta e procedura penale con conseguenti sanzioni per frode fiscale, non ritenne sussistente la «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»: si tratta dei casi riguardanti la Finlandia *Glantz*<sup>24</sup>, *Nyka-*

<sup>21</sup> Seconda sezione, decisione di irricevibilità dd. 30 maggio 2000.

<sup>22</sup> Seconda sezione, decisione di irricevibilità dd. 13 dicembre 2005.

<sup>23</sup> Quarta sezione, sentenza dd. 17 febbraio 2015, definitiva il 17 maggio 2015.

<sup>24</sup> Quarta sezione, sentenza dd. 20 maggio 2014, definitiva il 20 agosto 2014.

nen<sup>25</sup> e Rinas<sup>26</sup>, e la Svezia *Lucky Dev*<sup>27</sup> e *Österlund*<sup>28</sup>; o comunque ritenne la sola connessione temporale (simultaneità o quasi delle due procedure) insufficiente.

In un terzo tipo di casi in cui le procedure erano state condotte parallelamente almeno per un certo periodo, la Corte ravvisò la violazione ma senza fare alcun riferimento al criterio della «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»: sono i casi *Tomasović*<sup>29</sup> e *Grande Stevens*<sup>30</sup>.

In un quarto tipo di casi nemmeno fece riferimento al criterio della connessione sostanziale e temporale: si tratta dei casi *Kapetanios e altri c. Grecia*<sup>31</sup>, e *Sismanidis e Sitaridis c. Grecia*<sup>32</sup> in cui i ricorrenti, prosciolti dalle infrazioni doganali all'esito della procedura penale, furono successivamente condannati dalle giurisdizioni amministrative che inflissero loro pesanti ammende per gli stessi comportamenti: in questi casi la Corte ritenne che vi fu violazione dell'art. 4.

All'esito di tale disamina, la Corte riconosce che gli Stati devono poter legittimamente adottare risposte sanzionatorie complementari per contrastare comportamenti antisociali (quali la violazione del codice della strada, il mancato pagamento delle imposte o l'evasione fiscale) per mezzo di procedure distinte formanti un insieme coerente, purché tali risposte non rappresentino un peso eccessivo per la persona coinvolta.

Nei casi in cui l'art. 4 del Protocollo n. 7 entra in gioco, la Corte è chiamata a stabilire se la misura nazionale oggetto del ricorso costituisce una doppia incriminazione che porta pregiudizio all'individuo, o se, al contrario, essa è frutto di un sistema integrato che consente di reprimere

<sup>25</sup> Quarta sezione, sentenza dd. 20 maggio 2014, definitiva il 20 agosto 2014: la Corte concluse che nel sistema finlandese le sanzioni penali ed amministrative erano state inflitte da autorità differenti senza alcun legame tra le procedure; ognuna aveva seguito il suo percorso e si era chiusa indipendentemente dall'altra; ciascuna autorità aveva determinato la pena senza tenere conto della sanzione applicata dall'altra; non vi era stato alcuno scambio tra le diverse autorità; l'art. 4 era stato violato essendo stato il ricorrente condannato due volte per gli stessi fatti.

<sup>26</sup> Quarta sezione, sentenza dd. 27 gennaio 2015, definitiva il 27 aprile 2015.

<sup>27</sup> Quinta sezione, sentenza dd. 27 novembre 2014, definitiva il 27 febbraio 2015.

<sup>28</sup> Quarta sezione, sentenza dd. 10 febbraio 2015, definitiva il 10 maggio 2015.

<sup>29</sup> Prima sezione, sentenza dd. 10 novembre 2005, definitiva il 10 febbraio 2006.

<sup>30</sup> Nel richiamo a Grande Stevens contenuto nella sentenza *A. e B. c. Norvegia* si legge che «la constatazione [da parte della Corte] che la nuova istanza concerneva una seconda "infrazione" nata da fatti identici a quelli che avevano dato luogo alla prima condanna, divenuta definitiva, fu sufficiente a far concludere per la violazione dell'art. 4 Protocollo 7» (traduzione dell'Autrice).

<sup>31</sup> Prima sezione, sentenza dd. 30 aprile 2015, definitiva il 14 settembre 2015.

<sup>32</sup> Prima sezione, sentenza dd. 9 giugno 2016, definitiva il 09 settembre 2016.

una condotta antisociale sotto differenti aspetti in maniera prevedibile e proporzionata.

#### 4. *I requisiti della connessione sostanziale e temporale sufficiente*

Ecco dunque le condizioni alle quali delle procedure "miste" possono essere considerate unite da una «connessione sostanziale sufficiente» in modo da combinarsi e formare un insieme coerente ed essere perciò compatibili con l'art. 4:

- esse devono perseguire scopi complementari e riguardare, in astratto e in concreto, aspetti differenti del comportamento sanzionato;

- il loro dualismo deve essere conseguenza prevedibile del comportamento sanzionato;

- esse devono essere condotte in modo da evitare il più possibile ogni ripetizione nella raccolta ed analisi degli elementi probatori, grazie ad un'adeguata interazione tra le diverse autorità competenti, in modo che la ricostruzione dei fatti effettuata in una delle due procedure venga ripresa nell'altra;

- la sanzione irrogata al termine della procedura conclusa per prima, deve essere tenuta in debito conto nella seconda procedura attraverso un meccanismo compensatorio.

Occorrerà inoltre che vi sia «connessione temporale», non essendo necessario che le due procedure siano condotte simultaneamente dall'inizio alla fine, bensì sufficiente che l'interessato non rimanga in preda all'incertezza ed alla lentezza della/e procedura/e; più la connessione temporale apparirà tenue, più lo Stato dovrà giustificare le lentezze di cui potrà essere ritenuto responsabile (art. 6).

Sulla base dei citati criteri e avendo riconosciuto che la maggiorazione d'imposta applicata dall'autorità fiscale norvegese ha natura penale e che comunque va rispettata la scelta delle autorità nazionali di dare due risposte – l'una amministrativa con finalità di dissuasione e compensatoria, l'altra repressiva – la Corte riconosce nel caso di specie sussistente la connessione sostanziale e temporale.

Ed invero, attraverso le due procedure il legislatore ha voluto perseguire il mancato pagamento delle imposte trattando separatamente, nel procedimento penale, l'elemento più grave della frode; lo svolgimento di entrambe con possibilità di applicazione di doppie sanzioni era conseguenza prevedibile del proprio comportamento per l'interessato; le due procedure erano state condotte in parallelo, tanto che i fatti accertati nel

corso dell'una furono ripresi nell'altra e le sanzioni penali applicate tenendo conto della maggiorazione d'imposta.

Di conseguenza, la Corte ritiene che non vi fu per gli interessati un pregiudizio sproporzionato o un'ingiustizia, né tantomeno violazione del *ne bis in idem*.

##### 5. *Una nuova pronuncia in tema di connessione*

Ad opposte conclusioni è pervenuta più di recente la Corte europea di Strasburgo, sempre in tema di «doppio binario» sanzionatorio in materia di violazioni tributarie, nel caso *Johannesson e altri c. Islanda*<sup>33</sup> dove ha escluso la sussistenza dell'ormai consolidato criterio della «connessione sostanziale e temporale sufficiente».

Anche in questo caso i ricorrenti, ritenuti responsabili per aver omesso di denunciare significative voci di reddito in alcuni anni d'imposta, si erano visti applicare dapprima sanzioni amministrative pari a sovrattasse del 25% rispetto alle imposte dovute e successivamente sanzioni penali detentive (condizionalmente sospese) e pecuniarie (da notare che la condanna penale era intervenuta dopo che la Corte Suprema aveva annullato la decisione del giudice di *prime cure* che aveva ravvisato il *ne bis in idem* applicando la giurisprudenza EDU).

La Corte di Strasburgo ha ritenuto la natura sostanzialmente penale della sovrattassa applicata dall'amministrazione finanziaria, l'*idem factum* in ordine ai comportamenti sanzionati in via amministrativa e penale; ma ha escluso la sussistenza della «connessione sostanziale e temporale» per essersi i due procedimenti dispiegati lungo un arco temporale di oltre nove anni (i ricorrenti erano stati interrogati per la prima volta dalla polizia nel 2006; nel 2007 il procedimento amministrativo nei loro confronti fu chiuso e le sanzioni amministrative divennero definitive all'inizio del 2008; solo a dicembre 2008 essi furono rinviati a giudizio per essere finalmente condannati in via definitiva cinque anni più tardi, durante i quali le attività svolte in parallelo furono estremamente ridotte. A causa della limitata sovrapposizione temporale tra i due procedimenti e della circostanza che la raccolta e valutazione delle prove nei due procedimenti era stata largamente indipendente, la Corte ha ritenuto che i ricorrenti avevano subito un pregiudizio sproporzionato per essere stati processati e puniti per la mede-

<sup>33</sup> Sentenza della Corte EDU, prima sezione, del 18 maggio 2017, ricorso n. 22007/11.

sima condotta da autorità diverse, in due procedimenti diversi che difettavano della necessaria connessione<sup>34</sup>.

#### **IV. La difficile coesistenza, nell'ordinamento italiano, di procedure miste e/o parallele nel settore delle violazioni tributarie**

Nel settore delle violazioni tributarie, procedura amministrativa e procedimento penale da sempre coesistono<sup>35</sup>, la prima essendo deputata a perseguire uno scopo recuperatorio dell'imposta evasa maggiorata di interessi e sanzioni, il secondo consacrato ad uno scopo repressivo e dissuasivo in relazione alle condotte maggiormente lesive degli interessi finanziari della collettività.

##### *1. Il quadro normativo*

Le sanzioni amministrative in materia fiscale sono regolate dal dlgvo n. 472 del 18 dicembre 1997, contenente le norme concernenti la tipologia delle sanzioni, i soggetti responsabili, il concorso di persone, la responsabilità, l'imputabilità e la colpevolezza, il ravvedimento operoso, il procedimento di irrogazione, la tutela giurisdizionale, le sanzioni accessorie, i provvedimenti cautelari, la decadenza e la prescrizione, la riscossione; e dal dlgvo n. 471 del 18 dicembre 1997 contenente le norme sanzionatorie in materia di imposte sui redditi, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi (ivi compresi i tributi locali e le imposte indirette)<sup>36</sup>.

Le sanzioni di natura penale previste per le violazioni fiscali sono contenute nel dlgvo n. 74 del 10 marzo 2000, concernente i reati in materia di

<sup>34</sup> F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, reperibile sul sito internet in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 maggio 2017.

<sup>35</sup> La l. n. 4/1929, che introdusse le fattispecie penali in materia fiscale, risolse il rapporto tra le due procedure attraverso la c.d. «pregiudiziale tributaria» (art. 21, comma 3) che subordinava l'esercizio dell'azione penale alla conclusione del procedimento amministrativo di accertamento ed anche all'eventuale giudicato formatosi nel processo tributario. Essa comportava l'obbligo per l'autorità giudiziaria di sospendere l'azione penale fintanto che dagli uffici finanziari non fosse giunta comunicazione che l'avviso di accertamento non poteva essere più impugnato a causa dell'inutile decorso del tempo per proporre ricorso ovvero a seguito di una decisione definitiva della Commissione tributaria. La «pregiudiziale» fu abolita con la riforma rappresentata dal d.l. n. 429/1982 convertito in l. 516/1982 che introdusse il principio del «doppio binario» implicante l'indipendenza tra giudizio penale e tributario (da «*Rapporti tra processo penale e processo tributario*» - Relazione al seminario di aggiornamento organizzato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria - Matera 13 maggio 2016).

<sup>36</sup> R. FANELLI, *Sanzioni fiscali, previdenziali e societarie*, Vicenza, Wolters Kluwer, XIII ed., 2016.

imposte sui redditi ed Iva; quanto agli altri tributi, diretti, indiretti e locali, non sono previste, salvo specifiche eccezioni (ad esempio in materia di «accise»), sanzioni di natura penale.

La disciplina penalistica è ispirata dalla volontà, espressa nell'art. 9, comma II, lett. *a.*, della legge delega n. 205 del 25 giugno 1999, di prevedere «un ristretto numero di fattispecie (...) caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell'erario»; tanto che le lett. *b.* e *c.* della stessa norma, hanno stabilito che, salvo per alcune ipotesi, siano previste nelle singole fattispecie delle «soglie di punibilità idonee a limitare l'intervento penale ai soli illeciti economicamente significativi (...)» in modo tale da escludere l'intervento penale al di sotto di una determinata entità di evasione<sup>37</sup>.

Con dlgs n. 158 del 24 settembre 2015 il legislatore, ispirato dalla finalità di meglio correlare le sanzioni all'effettiva gravità dei comportamenti, con possibilità di ridurle per le fattispecie meno gravi o di applicare sanzioni amministrative anziché penali, ha rivisitato il sistema penale tributario (mediante modifiche del dlgs n. 74 del 2000) e modificato l'impianto sanzionatorio amministrativo.

## 2. Un «doppio binario» diversificato e complementare

Nel complesso, il sistema sanzionatorio si presenta diversificato e complementare.

In primo luogo, per quanto attiene alla *responsabilità*: mentre per le violazioni penali vige il criterio della responsabilità personale, ovviamente estesa al legale rappresentante dell'impresa collettiva dotata o meno di personalità giuridica, le sanzioni amministrative fiscali (sanzione pecuniaria e sanzioni accessorie: art. 2 dlgs n. 472/1997) relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica (art. 7 d.l. n. 269 del 30 settembre 2003 «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e la correzione dei conti pubblici», conv. in l. n. 326 del 24 novembre 2003)<sup>38</sup>.

In tali casi pertanto la responsabilità sul versante delle violazioni amministrative non è più «personale», ma viene attribuita in modo esclusivo al-

<sup>37</sup> G. L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, Giuffrè, III ed., 2013.

<sup>38</sup> Prima della modifica introdotta con d.l. n. 269/2003, entrambe le sanzioni, pecuniaria e accessorie, dovevano essere applicate alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione, salva la responsabilità solidale, per la sanzione pecuniaria, del soggetto eventualmente rappresentato dall'autore della violazione (ad esempio la società di cui il trasgressore sia rappresentante legale).

l'ente persona giuridica; mentre continuerà ad applicarsi il criterio delle responsabilità personale per chi ha operato per conto di società di persone<sup>39</sup>.

Da ciò deriva che nel caso di violazioni scaturenti da rapporto fiscale tra soggetto dotato di personalità giuridica e fisco, l'ente risponderà in via esclusiva sul fronte amministrativo, il suo legale rappresentante sul piano penale.

In tali casi deve escludersi qualsiasi violazione al principio del *ne bis in idem*, come recentemente statuito dalla Corte di giustizia europea (quarta sezione) con sentenza del 5 aprile 2017 a seguito di due domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale di Santa Maria Capua a Vetere<sup>40</sup>.

La Corte di Lussemburgo accertava innanzitutto che sanzioni tributarie e procedimenti penali aventi ad oggetto reati in materia di Iva e volti ad assicurare l'esatta riscossione di tale imposta e ad evitare le evasioni, costituiscono un'attuazione degli artt. 2 e 273 della direttiva n. 2006/112 nonché dell'art. 325 TFUE e sono quindi diritto dell'Unione.

Quindi ribadiva (richiamando la propria sentenza del 26 febbraio 2013 in causa n. C-617/10, *Åkerberg Fransson*) che l'applicazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione presuppone che sia la stessa persona ad essere oggetto delle sanzioni o dei procedimenti penali di cui trattasi.

Rilevato che nella fattispecie le sanzioni amministrative erano state irrogate a due società dotate di personalità giuridica, mentre i procedimenti penali riguardavano i rispettivi rappresentanti legali, richiamata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (nel c.d. «dialogo tra Corti»)<sup>41</sup>, la Cor-

<sup>39</sup> La norma dell'art. 7 del d.l. n. 269/2003 ha creato «una netta distinzione tra le sanzioni applicabili a violazioni commesse nell'ambito di società ed enti con personalità giuridica, per le quali il principio di personalità è stato abbandonato, e quelle applicabili per violazioni commesse da soggetti diversi (persone fisiche, società ed enti senza personalità giuridica), per le quali tale principio resta intatto, unitamente alla responsabilità solidale del soggetto passivo d'imposta». In pratica, la disposizione di cui all'art. 11, comma 1, del dlgo n. 472/1997 che prevede la responsabilità di natura solidale tra rappresentante (persona fisica che ha commesso la violazione) e rappresentato (soggetto passivo d'imposta), deve intendersi abrogata con riguardo alle violazioni commesse nell'ambito di persone giuridiche (così R. FANELLI, *Sanzioni fiscali*, cit. supra, nota 36).

<sup>40</sup> Cause riunite n. C-217/15 e n. C-350/15: i procedimenti riguardavano il delitto di cui all'art.10 ter del dlgo n. 74/2000 (omesso versamento entro i termini previsti dalla legge dell'Iva dovuta in base alla dichiarazione annuale) ascritto ai legali rappresentanti di due società, S.A. COM Servizi Ambiente e Commercio Srl ed Evoluzione Maglia Srl. Prima dell'instaurazione dei procedimenti penali, gli importi dell'Iva erano stati oggetto di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria, che aveva liquidato il debito tributario ed irrogato sanzioni tributarie alle due società, nella misura del 30% dell'importo dovuto a titolo di Iva; in seguito a transazione, gli accertamenti erano divenuti definitivi.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte EDU del 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*, secondo cui il

te di giustizia europea conclude affermando che l'art. 50 della Carta non osta ad una normativa nazionale che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'Iva dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre i procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di persona fisica.

Quanto al profilo della *consapevolezza e volontarietà*, nel campo delle violazioni tributarie punite con sanzioni amministrative «ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa» (art. 5, comma 1, dlgs n. 472/1997). La norma impone al giudice tributario di «valutare la sussistenza nel caso concreto quanto meno della colpa a carico del soggetto interessato, e che lo stesso non sia punibile qualora abbia agito in buona fede, o abbia errato per l'incertezza obiettiva dell'ordinamento» (Cass., sezione tributaria, n. 20631 del 25 settembre 2009)<sup>42</sup>.

L'elemento soggettivo che caratterizza le violazioni penali è invece sempre il dolo, in forma di dolo specifico (al fine di evadere o far evadere a terzi le imposte) o generico, a seconda delle fattispecie.

Le *soglie dell'imposta evasa* determinano il confine del penalmente rilevante. Quanto all'imposta evasa, intendendosi per essa «la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione» (art. 1, lett. f., dlgs n. 74/2000), incombe esclusivamente al giudice penale il compito di calcolarla, al fine di verificare l'avvenuto superamento o meno della soglia di punibilità «(...) attraverso una verifica che può venirsi a sovrapporre ed anche entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dinanzi al giudice tributario non essendo configurabile alcuna pregiudiziale tributaria» (Cass., Sez. III, 26 febbraio/28 maggio 2008 n. 21213 ed altre successive conformi).

Con la riforma attuata con dlgs n. 158/2015 le soglie di punibilità già previste per una serie di reati (artt. 3, 4, 5, 10-bis, 10-ter, 10-quater) sono state innalzate, così da divaricare ancor di più i settori penali ed amministrativo.

fatto di infliggere sia sanzioni tributarie sia sanzioni penali non costituisce violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 qualora le sanzioni di cui trattasi riguardino persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte.

<sup>42</sup> Quanto alle diverse nozioni di colpa, colpa grave e dolo, esse sono precisate nella circolare del Ministero delle finanze n. 180/E del 10 luglio 1998.

### 3. *Il principio di specialità e il divieto di cumulo delle sanzioni*

A distanziare ancor di più i sistemi sanzionatori amministrativo e penale, rendendoli complementari, interviene il *principio di specialità*. L'art. 19 del dlgvo n. 74/2000 dispone che, quando uno stesso fatto è punito sia a titolo di reato tributario sia da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale, vale a dire quella che contiene tutti gli elementi dell'altra più uno o diversi elementi specializzanti. Permane in ogni caso la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'art. 11, comma 1, dlgvo n. 472/1997 che non siano persone fisiche concorrenti nel reato<sup>43</sup>.

Il più delle volte, disposizione speciale risulterà la norma penale in considerazione degli elementi specifici da essa richiesti, quali il dolo, il superamento di una certa soglia di punibilità o le particolari modalità commissive. Così, per esempio «se un contribuente, pur essendovi obbligato, non presenta la dichiarazione dei redditi ed evade la relativa imposta per un ammontare superiore a €.77.468,53 euro<sup>44</sup>, si dovrebbero astrattamente applicare due disposizioni: quella prevista dall'art. 1 D.Lgs. 471/1997 e quella di cui all'art. 5 D.Lgs. 74/2000. In applicazione del principio di specialità opererà, in concreto, la sola norma penale, considerato che nella stessa si rinvengono elementi caratterizzanti (dolo specifico, superamento delle soglie di punibilità, ecc. ...) non richiesti dalla norma che prevede la sanzione amministrativa»<sup>45</sup>.

L'esclusione della sanzione amministrativa, in caso di identità del fatto, vale soltanto per la persona fisica a cui viene attribuito il reato e non si estende anche ai soggetti indicati all'art. 11 del dlgvo n. 472/1997 che non siano persone fisiche concorrenti nel reato (art. 19, comma 2, dlgvo n. 74/2000). «Con tale previsione si è voluto evitare che il medesimo fatto venga punito due volte in capo allo stesso soggetto e, nel contempo, man-

<sup>43</sup> Art. 11, comma 1, dlgvo n. 472/1997 stabilisce che «nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica nell'adempimento del suo ufficio o del suo mandato ovvero dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazione od ente, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso secondo le disposizioni vigenti». Come già riferito, tale disposizione non è più operante per le violazioni commesse nell'ambito di società o enti con personalità giuridica, i quali hanno esclusiva responsabilità (art. 7 del d.l. n. 269/2003).

<sup>44</sup> Attualmente la soglia è di €. 50.000,00.

<sup>45</sup> Ministero delle finanze, circolare ministeriale n. 154/2000.

tenere la possibilità di una punizione divaricata rispetto a soggetti diversi, quali, ad esempio, amministratore da un lato e società amministrata dall'altro»<sup>46</sup>.

Visto quanto stabilito dall'art. 7 del d.l. n. 269/2003<sup>47</sup>, deve ritenersi che il principio di specialità operi solo in caso di violazione fiscale commessa da soggetti passivi privi di personalità giuridica<sup>48</sup>.

Accanto al principio di specialità, milita il *divieto di sospensione dei procedimenti* penale e tributario che sono autonomi l'uno dall'altro (principio del c.d. «doppio binario»). Ai sensi dell'art. 20 del dlgo n. 74/2000, il procedimento amministrativo di accertamento e il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipenda la relativa definizione. Perciò, l'attività di verifica e di accertamento degli Uffici e i procedimenti dinanzi alle Commissioni tributarie proseguiranno, anche quando sia in corso un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti.

Una certa convergenza tra processo penale e processo tributario è assicurata dalla c.d. «*circolazione della prova*», che implica l'utilizzo reciproco da parte dell'una e dell'altra istanza giurisdizionale degli elementi probatori comunque raccolti<sup>49</sup>; con il limite dell'inutilizzabilità nel processo penale delle presunzioni tributarie, aventi mero valore indiziario<sup>50</sup>. Nel processo tributario, benché dal combinato disposto degli artt. 654 c.p.p. e 20 del dlgo n. 74/2000 discenda l'assenza di efficacia vincolante del giudicato penale<sup>51</sup> (considerati i limiti di prova vigenti nel processo tributario in cui non è ammessa la prova per testimoni), sono invece ammessi ed acquisibili gli atti e i documenti formati nel procedimento e nel processo penale e la stessa sentenza penale<sup>52</sup>.

Dai principi appena esposti consegue la regola della *non cumulabilità*

<sup>46</sup> Ministero delle finanze, circolare ministeriale n. 154/2000.

<sup>47</sup> «Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica».

<sup>48</sup> R. FANELLI, *Sanzioni fiscali*, cit. supra, nota 36.

<sup>49</sup> «Rapporti tra processo penale e processo tributario», relazione al seminario di aggiornamento organizzato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria - Matera 13 maggio 2016.

<sup>50</sup> In tal senso la giurisprudenza è costante: vedasi ad esempio Cass., III sez. pen., n. 6823 del 17 febbraio 2015.

<sup>51</sup> Cass., sez. tributaria, sentenza n. 9109 del 2002.

<sup>52</sup> Ai sensi degli artt. 24, 32 e 58 dlgo n. 546/1992, Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 L. 30 dicembre 1991, n. 413.

delle sanzioni<sup>53</sup>. Nell'ipotesi di violazione penale che costituisca anche illecito fiscale amministrativo, laddove la prima sia ritenuta speciale rispetto al secondo, l'art. 21 del dlgo n. 74/2000 prevede che l'Ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato.

Tali sanzioni tuttavia sono eseguibili nei confronti dei soggetti solidalmente obbligati di cui all'art. 11, comma 1, del dlgo n. 472/1997, mentre nei confronti dei soggetti diversi, per i quali entra in funzione il principio di specialità, esse non sono eseguibili, salvo che il procedimento penale sia definito con decreto di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto.

In tali casi, i termini per la riscossione decorrono dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'Ufficio competente; alla comunicazione provvede la cancelleria del giudice che li ha emessi.

#### 4. *La possibile violazione del ne bis in idem processuale*

A ben vedere, la coesistenza di procedimento penale e procedura fiscale amministrativa, per la stessa violazione, potrebbe in astratto infrangere il divieto del *ne bis in idem* soltanto sul piano processuale, nel senso che il singolo, persona fisica o amministratore di società o ente privi di personalità giuridica, può essere coinvolto in entrambi i procedimenti.

Viceversa, violazione del principio non dovrebbe verificarsi sul piano sostanziale, in quanto la sanzione amministrativa avrà carattere sussidiario e, qualora irrogata, potrà essere eseguita soltanto al venire meno della possibilità di applicare la sanzione penale.

Sotto questo profilo è stata di recente rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale (...)»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Il divieto del cumulo delle sanzioni è stato introdotto con dlgo n. 74/2000; il cumulo era invece previsto dall'art. 10 d.l. n. 429/1982, convertito in l. n. 516/1982 (legge denominata «Manette agli evasori»).

<sup>54</sup> Tribunale di Monza in composizione monocratica «Ordinanza di rimessione di questione di legittimità alla Corte Costituzionale», udienza del 30 giugno 2016.

Il procedimento penale riguardava il delitto di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 del dlgo n. 74/2000 ascrivito al titolare di ditta individuale dopo che gli erano state inflitte in via definitiva, per la stessa annualità e le medesime imposte, sanzioni amministrative per gli illeciti di cui agli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, del del dlgo n. 471/1997, pari al 120% delle imposte evase (Irpef e Iva).

Il giudice di Monza, richiamata la giurisprudenza delle Corti sovranazionali in materia di violazione del *ne bis in idem* (Corte EDU: *Nykanen c. Finlandia*, *Luky Dev c. Svezia*, *Grande Stevens c. Italia*, *Zolotoukhin c. Russia*; Corte di giustizia: *Åkerberg Fransson c. Svezia*), rileva che le sanzioni amministrative irrogate nella fattispecie hanno natura sostanzialmente penale, che vi è identità del fatto storico a base dei due procedimenti, che i rimedi offerti dall'ordinamento italiano (artt. 19 e 21 del dlgo n. 74/2000) se consentono di evitare il cumulo delle sanzioni non presidiano del tutto il principio del *ne bis in idem* nell'ottica della giurisprudenza sovranazionale<sup>55</sup>.

Pur consapevole del recente indirizzo della Cassazione che esclude la deducibilità del *ne bis in idem* in conseguenza alla irrogazione, per un fatto identico a quello oggetto di sanzione penale, di una sanzione formalmente amministrativa ma «sostanzialmente» penale quando manchi la prova della definitività dell'irrogazione della sanzione amministrativa (vale a dire il pagamento della sanzione)<sup>56</sup>, il giudice remittente chiede alla Consulta un intervento additivo sul disposto dell'art. 649 c.p.p.

## 5. L'orientamento della Cassazione

Merita un cenno la sentenza sopra richiamata n. 19334/2015 (imputato *Andreatta*) in cui la Suprema Corte, investita di ricorso per violazione del *ne bis in idem* in relazione a condanna per omesso versamento di ritenute certificate (art. 10 *bis* del dlgo n. 74/2000) già oggetto di sanzione amministrativa (art. 13 del dlgo n. 471/1997), non solo aderisce all'orientamento

<sup>55</sup> «se (...) la duplicazione delle sanzioni è (...) scongiurata dall'operatività del principio di specialità, nulla vieta che dopo l'esaurimento di un procedimento amministrativo, si proceda penalmente nei confronti dello stesso soggetto in relazione ai medesimi fatti: risolvendosi anzi detta eventualità (...) in una fisiologica declinazione del principio del "doppio binario" di cui all'art. 20 D.Lgs. 74/2000, cui il successivo art. 21 comma II si incarica di porre rimedio soltanto nel segmento finale di effettiva esecuzione delle sanzioni, onde evitarne il cumulo. (...) rimedio (...) che (...) non esclude affatto che – anteriormente o contemporaneamente al procedimento penale – una sanzione lato sensu penale sia formalmente irrogata ed acquisti il carattere della definitività».

<sup>56</sup> Cass. pen., III sez., n. 19334/2015.

mento per cui tale violazione implicando un accertamento del fatto non è deducibile in sede di legittimità<sup>57 58</sup>, ma, richiamate le proprie Sezioni Unite<sup>59</sup>, ribadisce che quel reato non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'illecito amministrativo di omesso versamento delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili.

Con la conseguenza che al trasgressore vanno applicate entrambe le sanzioni.

Ritiene infine che la mancanza di prova della definitività dell'irrogazione della sanzione amministrativa preclude la possibilità di valutare la pretesa violazione del *ne bis in idem* "convenzionale", pur riconoscendo che sussistono «non irrilevanti dubbi di compatibilità con la normativa Eurounitaria (...)» in ordine alla coesistenza di illecito amministrativo e penale.

Malgrado tali dubbi, la Suprema Corte conclude affermando che non può percorrersi né la via del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>60</sup>, né la via della questione di costituzionalità.

Non la prima, in quanto non si verterebbe in materia di diritto dell'Unione: ai sensi dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, le disposizioni della Carta stessa (e quindi l'art. 50) si applicano agli Stati membri esclusivamente quando questi «agiscono nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione»<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Poiché l'art. 649 c.p.p. impedisce la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto già oggetto di una decisione irrevocabile ed impone al giudice di pronunciare in ogni stato e grado del processo sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere ex art. 129 c.p.p., «è evidente che al fine di poter dichiarare come esistente un divieto di secondo giudizio è necessario il soddisfacimento di ambedue i requisiti sopra descritti. Ed è altrettanto evidente che, soprattutto al fine di accertare la esistenza del primo di essi (ossia che si tratti del "medesimo fatto"), è necessario lo svolgimento di apprezzamenti fattuali che esulano dalle possibilità di accertamento "fattuale" consentite alla Suprema Corte di Cassazione nei casi indicati dall'art. 606 c.p.p., lett. c)».

<sup>58</sup> Nello stesso senso Corte cass., sentenza n. 20887, sezione III, del 15 aprile 2015 (depositata il 20 maggio 2015): «Non è deducibile per la prima volta davanti alla Corte di cassazione la violazione del divieto del "ne bis in idem" sostanziale, in quanto l'accertamento relativo alla identità del fatto oggetto dei due diversi procedimenti, intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta, implica un apprezzamento di merito, né è consentito alle parti produrre in sede di legittimità documenti concernenti elementi fattuali. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la rilevabilità dell'eventuale violazione del divieto di "ne bis in idem" in relazione ad un procedimento penale per il reato di omesso versamento dell'IVA nonostante l'avvenuto accordo per il pagamento rateizzato dell'imposta evasa».

<sup>59</sup> Sentenza n. 37425, sezioni unite, del 28 marzo 2013, imputato Favellato.

<sup>60</sup> «(...) ostando all'applicabilità dell'art. 649 c.p.p., oltre che la non deducibilità davanti a questa Corte del *ne bis in idem* per le ragioni anzidette, anche la prova, nel caso in esame, della definitività dell'irrogazione della sanzione amministrativa (...)».

<sup>61</sup> La sentenza richiama la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 febbraio 2013 in causa n. C-399/11, *Melloni*.

Quanto alla seconda via (questione di legittimità per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU)<sup>62</sup>, è da escludersi la possibilità di sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità, attese l'impossibilità di valutare in sede di legittimità il *ne bis in idem* e la mancanza di prova della definitività dell'irrogazione della sanzione amministrativa, che rendono priva di rilevanza la questione nel giudizio.

Né, infine, appare praticabile un'interpretazione conforme al diritto sovranazionale dell'art. 649 c.p.p., in modo da estenderne la portata al di là del suo tenore letterale anche all'ipotesi in cui il fatto sia già stato giudicato in via definitiva nell'ambito di un procedimento formalmente qualificato come amministrativo, ma di natura sostanzialmente "punitiva" secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

#### 6. *La portata innovativa della riforma tributaria*

Quanto all'importanza delle modifiche apportate con dlgs n. 158 del 24 settembre 2015<sup>63</sup>, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 10 *ter* del n. 74/2000, con ordinanza 20 maggio 2016 n. 112 ha ordinato la restituzione degli atti al Tribunale ordinario di Bologna perché rivaluti la rilevanza della questione alla luce del *novum* legislativo.

La Consulta evidenzia come le Sezioni Unite penali della Cassazione (sentenza 28 marzo 2013 n. 37424) hanno già avuto modo di affermare che l'illecito amministrativo di cui all'art. 13, comma 1, del dlgs n. 471/1997 e il reato di cui all'art. 10 *ter* del dlgs n. 74/2000 si pongono in rapporto di progressione illecita, con conseguente doppio binario sanzionatorio e possibile cumulo delle sanzioni, regolato da un meccanismo di sospensione della riscossione della sanzione amministrativa sino alla definizione del giudizio penale (art. 21 del dlgs n. 74/2000); che vi è autonomia tra procedimento penale e procedimento amministrativo (artt. 20, 21 e 22); che è prevista l'estinzione del reato mediante pagamento (prima della dichiarazione di apertura del dibattimento) di imposta, interessi e sanzioni stabilite per l'illecito amministrativo.

<sup>62</sup> Questione analoga a quella sollevata dalla Cassazione sia in sede penale che in sede civile per censurare il doppio binario punitivo in materia di abusi di mercato (ordinanza 10 novembre 2014, sezione V penale, depositata il 15 gennaio 2015, n. 1782, *Chiaron*; ordinanza 6 novembre 2014, sezione V civile, depositata il 21 gennaio 2015, n. 950, *Garlsson Real Estate SA in liquidazione, S. Ricucci, Magiste International SA c. Consob*).

<sup>63</sup> Recante «Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1, l. 11 marzo 2014 n. 23».

A fronte della questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. per omessa previsione del divieto di un secondo giudizio anche per fatti costituenti illecito amministrativo, il giudice costituzionale ha ritenuto che, avendo il dlgvo n. 158/2015 innovato il rapporto tra illeciti penali e amministrativi, modificando anche le disposizioni di cui agli artt. 10 *ter* e 13 del dlgvo n. 74/2000 ed introducendo una causa di non punibilità nel caso di pagamento di imposta e sanzioni, spettava al giudice rimettente valutarne le complesse ricadute nel giudizio *a quo*, specie in termini di rilevanza della questione.

Nello stesso senso conclude, restituendo gli atti al Tribunale di Treviso per la rivalutazione della fattispecie alla luce dello *jus novum*, la Corte costituzionale con ordinanza 8 settembre 2016 n. 209, anche in quel caso investita da questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 10 *ter* del dlgvo n. 74/2000.

## **V. Alcuni ostacoli all'applicazione del principio di specialità: progressione criminosa, responsabilità solidale, autonomia dei procedimenti**

Se l'applicazione del principio di specialità potrebbe scongiurare, almeno in astratto, la possibilità del cumulo delle sanzioni penali ed amministrative per un identico fatto, nella realtà concreta delle commissioni tributarie e del processo penale essa pone non pochi problemi, derivanti in particolare dall'autonomia tra i due procedimenti.

Un primo, invalicabile problema si verifica allorché la giurisprudenza, facendo uso di criteri particolarmente rigorosi nell'interpretazione dell'art. 19, esclude la sussistenza del rapporto di specialità tra fattispecie penale e violazione amministrativa e riconosce invece una *progressione criminosa*, con conseguente applicabilità di entrambe le sanzioni.

La progressione criminosa è stata così riconosciuta nel rapporto tra il reato di indebita compensazione di cui all'art. 10 *quater* del dlgvo n. 74/2000 e la violazione amministrativa di cui all'art. 27, comma 18, del d.l. n. 185/2008 (conv. in l. n. 2/2009)<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> Sentenza n. 30267, sez. 3, dell'8 maggio 2014: «In materia di reati tributari, non è applicabile il principio di specialità di cui all'art. 19 D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74, tra il delitto di indebita compensazione, previsto dall'art. 10-*quater* del decreto medesimo e l'illecito amministrativo introdotto dall'art. 27 comma 18 D.L. 29 novembre 2008 n. 185 (conv. con modif. in l. 28 gennaio 2009 n. 2), che punisce l'utilizzo in compensazione di crediti inesistenti per il

Anche in tema di omesso versamento dell'Iva la giurisprudenza di legittimità ha sancito l'applicabilità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in considerazione della *progressione criminosa* tra i fatti puniti dalle une e dalle altre<sup>65</sup>.

Alla stessa conclusione è giunta la Suprema Corte in tema di omesso versamento di ritenute certificate entro la scadenza del termine finale per la dichiarazione annuale e di omesso versamento periodico delle stesse<sup>66</sup>. Tale conclusione, ha precisato la Cassazione, non si pone in contrasto né con l'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU, né con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «(...) Anzitutto (...) non si può parlare di identità del fatto; in ogni caso poi il principio suddetto si riferisce solo ai procedimenti penali e non può, quindi, riguardare l'ipotesi dell'applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa tributaria (in tal senso, espressamente, la CGUE 26/02/20013 *Aklagaren c.Hans Hakerberg Fransson*)».

Una timida apertura sulla possibilità che si verifichi contrasto al *ne bis in idem* si legge nella sentenza sopra richiamata n. 19334/2015 (imputato *Andreatta*).

Un ulteriore limite all'applicazione del principio di specialità discende dalla previsione della responsabilità solidale del contribuente, cioè del soggetto, persona fisica, società od ente (non persona giuridica) nel cui in-

pagamento delle somme dovute, in quanto la fattispecie penale ha riguardo alla condotta, diversa ed ulteriore, consistente nell'omesso versamento dell'imposta dovuta».

<sup>65</sup> Sentenza n. 37424, sezioni unite, del 28 marzo 2013: «Il reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000), che si consuma con il mancato pagamento dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore ad euro cinquantamila, entro la scadenza del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art. 13 comma primo D.Lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico dell'imposta entro il mese successivo a quello di maturazione del debito mensile IVA, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni».

<sup>66</sup> Sentenza n. 37425, sezioni unite, del 28 marzo 2013, FAVELLATO. «Il reato di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-bis D.Lgs. n. 74 del 2000), che si consuma con il mancato versamento per un ammontare superiore ad euro cinquantamila delle ritenute complessivamente risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti entro la scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art. 13, comma primo, D.Lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico delle ritenute alla data delle singole scadenze mensili, con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni». «(...) La circostanza che in tal modo un fatto integrante uno o più illeciti minori (omissione di uno o più versamenti di ritenute nel termine mensile per un ammontare complessivamente superiore a euro cinquantamila) assurga, in punto di fatto, a presupposto dell'illecito maggiore, richiedente a sua volta ulteriori requisiti e caratterizzato da un diverso tempo di realizzazione, non appare motivo sufficiente per escludere la concorrente applicazione di entrambi gli illeciti».

teresse il soggetto responsabile della violazione ha agito. L'art.19, comma 1, del dlgs n. 74/2000 prevede infatti che «Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'art. 11 comma 1 del decreto legislativo 18 dicembre 1997 n. 472 che non siano persone fisiche concorrenti nel reato».

Responsabilità solidale in base alla quale l'ente pagherà e potrà poi agire in via di regresso nei confronti dell'autore della violazione (salvo che si tratti di sanzione amministrativa irrogata nel rapporto fiscale relativo a persone giuridiche nel qual caso risponderà solo l'ente).

Altro problema appare intimamente connesso all'autonomia dei due procedimenti e potrebbe verificarsi allorché giudice tributario e giudice penale adottino soluzioni diametralmente opposte nell'inquadrare giuridicamente un medesimo comportamento. Potrà accadere infatti che, vista l'autonomia del giudice penale nell'accertamento dell'imposta evasa, questi pervenga a considerare reato il fatto sottoposto al suo esame, e l'amministrazione finanziaria prima ed il giudice tributario poi pervengano a ritenere il fatto mera violazione amministrativa. In tal caso, si potrebbe pervenire all'irrogazione di entrambe le sanzioni.

A proposito dell'autonomia tra procedimento penale e procedimento amministrativo (art. 20 dlgs n. 74/2000), il giudice della legittimità, in tema di dichiarazione infedele (art. 4), ha precisato che il giudice penale non è vincolato, nella determinazione dell'imposta evasa, all'imposta risultante a seguito dell'accertamento con adesione o del concordato fiscale tra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente<sup>67</sup>.

Un'altra difficoltà di applicazione del divieto di cumulo delle sanzioni deriva dalla non facile conciliazione tra le formule assolutorie previste all'art. 530 c.p.p. e la norma dell'art. 21, comma 2, che subordina l'eseguibilità delle sanzioni amministrative, relative a violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, alla conclusione del procedimento penale con provvedimento di archiviazione, sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto.

*Quid iuris* se il processo penale si conclude con una formula assolutoria diversa, ad esempio «perché l'imputato non lo ha commesso» o «perché il fatto non sussiste» o con sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione?

<sup>67</sup> Corte cass., sentenza n. 5640, sezione III, del 2 dicembre 2011: in motivazione la Corte ha, però, precisato che, per potersi discostare dal dato quantitativo convenzionalmente accertato e tener invece conto dell'iniziale pretesa tributaria dell'erario al fine della verifica del superamento o meno della soglia di punibilità, occorre che risultino concreti elementi di fatto che rendano maggiormente attendibile l'iniziale quantificazione dell'imposta dovuta.

Alcuni autori sostengono che il proscioglimento o l'assoluzione perché il fatto non sussiste o per non aver commesso il fatto, escludendo la materialità della condotta contestata o la riferibilità ad un determinato soggetto, impediscono anche di configurare un illecito amministrativo a carico dell'imputato o indagato prosciolto. Ma tale conclusione sembrerebbe contrastare con la regola dell'autonomia dei due procedimenti.

In realtà sembra doversi ritenere che la sanzione amministrativa, irrogata ed in stato di sospensione, possa essere eseguita a prescindere dalla formula assolutoria utilizzata dal giudice penale, rilevando semplicemente il fatto che la vicenda penale si sia conclusa senza l'irrogazione della relativa sanzione.

## VI. La possibile convergenza delle procedure "miste" o "parallele"

Malgrado le difficoltà di ravvisare l'*idem factum* in fattispecie su cui convergono procedura penale ed amministrativa, e nonostante le resistenze giurisprudenziali ad applicare il principio di specialità, vi sono alcuni aspetti della normativa penale che possono favorire in concreto l'instaurarsi di quella «connessione sostanziale e temporale sufficiente» idonea a far ritenere le duplici risposte sanzionatorie come un insieme coerente.

### 1. Una migliore convergenza dopo la riforma tributaria

In particolare, gli *aspetti recuperatori e risarcitori* a beneficio del fisco influenzano positivamente l'evoluzione del procedimento penale; in particolare a seguito della riforma di cui al dlgs n. 185/2015.

Così, l'integrale estinzione del debito fiscale (art. 13 dlgs n. 74/2000), comprensivo di interessi e sanzioni amministrative, costituisce speciale esimente: per alcuni reati (artt. 10 *bis*, 10 *ter* e 10 *quater*) qualora avvenga prima della dichiarazione di apertura del dibattimento; per altri (artt. 4 e 5) qualora il pagamento avvenga a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa purché prima che l'autore abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualsiasi attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.

Ciò consente di tener conto di quanto accade nel parallelo procedimento amministrativo e di dare ingresso, nel procedimento penale, all'integrale definizione delle posizioni debitorie verso l'erario, con conseguen-

te archiviazione o proscioglimento dall'accusa.

Ancora, l'introduzione della speciale circostanza attenuante (art. 13 *bis*: diminuzione fino alla metà della pena e non applicazione delle pene accessorie di cui all'art. 12) – per tutte le altre fattispecie delittuose – dell'integrale pagamento del debito tributario, consente non solo di definire il procedimento mediante «patteggiamento» (art. 13 *bis*, comma 2), ma altresì di temperare la sanzione da comminare, tenendo conto dell'avvenuto recupero delle imposte evase (oltre a sanzioni e interessi) da parte dell'Agenzia delle entrate.

Quanto alla confisca del profitto del reato, tale sanzione accessoria prevista dall'art. 12 *bis* sarà commisurata al *quantum* effettivo del risparmio di imposta, dedotto l'importo versato all'ente accertatore nel corso o all'esito della procedura amministrativa.

Allo stesso modo, in sede di sequestro preventivo (anche per equivalente), si dovrà tener conto dell'eventuale intervenuto accordo per il pagamento rateale del debito e di quante rate siano state pagate.

## 2. *Come realizzare la connessione sostanziale e temporale in concreto.*

Se già esiste compenetrazione tra i due sistemi sanzionatori, alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, appare necessario un ulteriore sforzo per attuare una maggiore convergenza tra le due procedure.

E la sentenza nel caso *A. e B. c. Norvegia*, confermata dalla pronuncia nel caso *Johannesson c. Islanda*, impone alcuni ineludibili parametri perché sia realizzata quella connessione sostanziale e temporale che, sola, può legittimare il "doppio binario" sanzionatorio.

Così, per aversi connessione sostanziale:

*a.* le due procedure devono perseguire scopi complementari: ed effettivamente nel vigente sistema solo le condotte maggiormente dannose per il fisco e connotate da dolo assurgono a reato e le sanzioni corrispondenti, detentive (oltre alle sanzioni accessorie previste dall'art. 12), hanno effetto repressivo e dissuasivo per il reo e per la collettività;

*b.* il dualismo dei procedimenti e delle sanzioni comminabili deve essere conseguenza prevedibile del comportamento antisociale: a parte il fatto che l'ignoranza della legge non esclude la responsabilità (art. 5 c.p.), nel sistema attuale l'ampia divulgazione delle norme di legge (anche attraverso il *web*) pone il contribuente in condizione di conoscere anticipatamente la doppia risposta punitiva nel caso decida di evadere il fisco;

*c.* le due procedure devono essere condotte in modo da evitare la ripe-

tizione nella acquisizione ed analisi degli elementi probatori. È quanto di regola accade fin dall'avvio del procedimento penale: esso si apre con una notizia di reato proveniente (spesso) dall'Agenzia delle entrate territorialmente competente che, nell'ambito di una procedura amministrativa di verifica in materia di pagamento delle imposte dirette o dell'Iva, constata la violazione del precetto penale. L'avvio della procedura amministrativa potrebbe derivare dagli esiti di accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza che, qualora emergano estremi di reato, lo comunica all'organo inquirente, ma sarà necessario attendere da parte dell'Agenzia delle entrate la ricostruzione dell'imposta evasa per stabilire se vi è stato superamento delle soglie. Qualora il procedimento penale sia avviato per primo su *input* della Guardia di Finanza, quest'ultima dietro nulla osta della Procura comunica i dati e le informazioni acquisiti all'ente accertatore. Va de sé, che il materiale documentale acquisito dall'autorità amministrativa (ivi compresi rilievi, osservazioni, ricorsi, sentenze delle commissioni tributarie) verrà analizzato anche in sede penale;

d. la sanzione irrogata al termine della procedura conclusasi per prima, sarà tenuta in conto nella seconda procedura: ed è quanto accade nel nostro sistema per cui le sanzioni amministrative nemmeno si applicano fino a quando l'indagato non sarà prosciolto dal penale. Già si è detto che del pagamento anche rateale del debito tributario si terrà conto in sede di condanna, riducendo l'importo confiscabile degli importi già pagati.

Quanto alla connessione temporale: se non è richiesto che le due procedure marcino di pari passo, tuttavia un loro sviluppo in tempi non dilatati non può non discendere dai rigidi termini di prescrizione imposti sul fronte penale.

### 3. *I rimedi per i casi nei quali difetta la connessione sostanziale e temporale*

Resta da vedere come deve comportarsi il giudice dinnanzi al quale sia stata sollevata eccezione di *ne bis in idem* qualora non ritenga che, attraverso un'esegesi convenzionalmente orientata della norma interna, sia possibile escludere la violazione del principio suindicato (quando non ricorrano i canoni sopra individuati per aversi connessione materiale e temporale).

Tre soluzioni appaiono in astratto praticabili: la prima è quella di disapplicare la norma penale interna e prosciogliere l'imputato; la seconda è quella di presentare un ricorso pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo affinché questa accerti se la norma di diritto interno contrasta o meno con

l'art. 50 della Carta; la terza è sollevare una questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale.

La prima soluzione non appare praticabile come statuito dalla Cassazione con sentenza n. 25815 del 21 aprile 2016 (imputato *Scagnetti*) che ha annullato con rinvio la sentenza del Tribunale di Asti del 10 aprile 2015<sup>68</sup>. Il giudice di merito, chiamato a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 10 *ter* del dlgs n. 74/2000 ed accertata la precedente irrogazione della sanzione amministrativa per lo stesso fatto, ritenuto che tale sanzione avesse natura sostanzialmente penale, aveva dichiarato non doversi procedere ai sensi degli artt. 529 e 649 c.p.p.

Nell'accogliere il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte di appello di Torino, la Corte richiama quanto statuito dalla Corte costituzionale nelle c.d. «sentenze gemelle» (nn. 348 e 349 del 2007) in ordine al rapporto tra legge nazionale, Costituzione e Convenzione EDU. Poiché le norme della Convenzione costituiscono «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» imposti dall'art. 117 Cost., innanzi ad un contrasto tra norma interna e norma della Convenzione, il giudice nazionale deve in prima battuta tentare di interpretare la prima in senso conforme alla seconda; ove ciò non sia possibile, egli non potrà disapplicare la norma interna, bensì sollevare questione di legittimità costituzionale per sospetta violazione dell'art. 117.

Nel caso di specie la Cassazione ha ritenuto che non vi siano interpretazioni convenzionalmente orientate dell'art. 649 c.p.p., sia perché nell'ordinamento nazionale il principio di *ne bis in idem* trova vigore solo in materia penale (norme sui conflitti positivi di competenza artt. 28 ss. c.p.p.; sul divieto di un secondo giudizio art. 649 c.p.p.; sulle ipotesi di pluralità di sentenze per il medesimo fatto art. 669 c.p.p.); sia per il dato letterale della norma che garantisce il diritto solo per «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale».

Attraverso un'interpretazione convenzionalmente conforme della norma nazionale, il Tribunale di Asti ha forzato il dato letterale della stessa e la portata sistematica del principio, incorrendo in una violazione di legge.

<sup>68</sup> «Non si applica il principio del "ne bis in idem", previsto dall'art. 649 c.p.p. nel caso di procedimento penale avente ad oggetto il medesimo fatto per il quale sia stata già irrogata una sanzione amministrativa di natura "sostanzialmente penale" secondo l'interpretazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU adottata dalla Corte EDU (...). (Fattispecie in tema di reato ex art. 10 *ter* D.Lgs. n. 74/2000, in cui la S.C., pur ravvisando il difetto di prova della definitività della sanzione amministrativa tributaria, ha chiarito che il giudice di merito avrebbe eventualmente dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU piuttosto che dichiarare il non doversi procedere)».

In seconda battuta, la Corte non ha inteso procedere a sollevare la questione d'ufficio, per la ragione che agli atti del processo non vi sarebbe prova della irrevocabilità dell'accertamento tributario, mancando in tal modo una condizione necessaria per l'applicazione della norma in parola, *id est* la irrevocabilità del primo giudizio. Un'eventuale questione di legittimità costituzionale sarebbe pertanto stata dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza.

A tal proposito la Cassazione ricorda la sentenza della Corte costituzionale n. 102/2016 che, in tema di doppio binario sanzionatorio per un fatto di abuso di mercato, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per difetto di rilevanza, chiarendo che spetta al legislatore risolvere il conflitto tra norma interna e norma convenzionale, procedendo, ove necessario, ad interventi additivi o modificativi, che costruiscano una disciplina organica e coerente.

Sembra dunque doversi concludere che né il Giudice di merito, né quello di legittimità, né il Giudice delle leggi potrebbero escludere l'inflizione della doppia sanzione, più volte censurata dalla Corte di Strasburgo. Nessuno di essi, in breve, potrebbe garantire al cittadino il diritto garantito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

La seconda soluzione, ovvero il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte europea di Lussemburgo con richiesta di verificare se la norma nazionale (l'art. 649 c.p.p.) sia compatibile con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, appare esperibile a condizione che la materia che ne forma oggetto rientri nell'ambito del diritto dell'Unione (come in tema di frodi od omesse dichiarazioni Iva). Simile ricorso è stato attivato con le cause riunite n. C-217/15 e n. C-350/15<sup>69</sup> in cui la Corte adita non ha ravvisato la violazione dell'art. 50 avendo ritenuto che le sanzioni amministrative erano state irrogate a due persone giuridiche, quelle penali avevano colpito persone fisiche.

La terza soluzione con ricorso alla Corte costituzionale per la questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p. probabilmente si concluderebbe sulle orme della sentenza n. 102/2016 già citata.

In conclusione, se la via tracciata dalla Corte EDU con la sentenza *A. e B. c. Norvegia* appare idonea a consentire, almeno per il momento, una saggia combinazione del principio del *ne bis in idem* con la potestà dello Stato di scegliere come meglio colpire le condotte criminose, è logico ipotizzare che la coesistenza del doppio binario nel settore tributario (ma anche in altri settori) continuerà a stimolare ricorsi alle Corti sovranazionali

<sup>69</sup> *Cit. supra*, nota 40.

ed alla nostra Cassazione, perché si tratterà di valutare caso per caso la sussistenza di quella *connessione sostanziale e temporale sufficiente*.

Auspicabile appare dunque una soluzione legislativa, idonea a tracciare in maniera chirurgica la linea di demarcazione del penale dall'amministrativo<sup>70</sup>.

Un esempio potrebbe venire dalla legislazione austriaca, con cui si è scelto di riservare la sanzione penale ai comportamenti che abbiano determinato un'evasione d'imposta superiore a €.100.000,00 (così calcolata sulla base dell'intero periodo monitorato e non per annualità d'imposta) e a quelli connotati da frode o commessi da un'associazione criminosa, lasciando tutto il resto appannaggio della disciplina sanzionatoria amministrativa<sup>71</sup>.

**Paola De Franceschi\***

#### *SINTESI*

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *Grande Stevens c. Italia*, era stata accolta come una fondamentale affermazione del principio del *ne bis in idem* nel settore delle sanzioni sostanzialmente penali secondo i c.d. "criteri Engel"; e tale interpretazione del principio sancito dall'art. 4 Protocollo n. 7 stava per avere un impatto dirompente nel settore dei reati tributari regolati, in Italia, dal dlgs n. 74/2000 (come modificato dal dlgs n. 158/2015).

<sup>70</sup> Nella parte conclusiva dell'articolo «*Alcune considerazioni sul contrasto tra CEDU e disciplina italiana dei rapporti tra procedure sanzionatorie amministrative e penali*» di R. SCHIAVOLIN, in *Riv. dir. trib.*, n. 3, 2017, l'Autore, richiamando P. RUSSO, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem*, afferma che «(...) sarebbe preferibile introdurre una diversa disciplina dei rapporti tra i processi e seguire un criterio di rigida alternatività dei due tipi di sanzioni, prevedendo come reato soltanto i comportamenti di maggiore gravità; d'altro canto, per il legislatore non è facile realizzare questo obiettivo, come dimostra la scelta compiuta con il d.lgs.158/2015, quando ormai il problema della compatibilità con l'art.4 del prot.n.7 era già sorto, di conservare tra i delitti la dichiarazione infedele, limitandosi a ridurne la sfera di applicazione. D'altronde, anche se si fosse scelto di circoscrivere la repressione penale ai comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa, nei singoli casi concreti si sarebbero dovuti attendere gli esiti del processo penale per sapere se le accuse fossero fondate, o la condotta fosse suscettibile solo nella fattispecie di una violazione amministrativa: dunque, non si potrebbe trascurare una disciplina dei rapporti tra procedimenti».

<sup>71</sup> La legislazione austriaca nel settore dei reati tributari è stata illustrata nell'ambito del Progetto "Bilateral Exchange" tra la Procura della Repubblica di Udine e la Procura di Klagenfurt, promosso dalla Scuola Superiore della Magistratura e finanziato dall'European Judicial Training Network (21-25 novembre 2016, Klagenfurt e Graz), del quale l'Autrice è stata responsabile e redattrice di *report* conclusivo.

\* Pubblico Ministero - Sostituto Procuratore / Procura della Repubblica presso il Tribunale di Udine

Ma un nuovo corso è stato annunciato con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, in cui la Corte di Strasburgo ha rispolverato il criterio della "*connessione sostanziale e temporale sufficiente*", idoneo ad assicurare la coesistenza, quantomeno nel settore tributario, delle procedure penali ed amministrative e delle conseguenti sanzioni, purché queste ultime appaiano come parti di un complesso sanzionatorio unitario e coerente.

Il nuovo corso della giurisprudenza europea può così illuminare l'interpretazione "convenzionalmente orientata" delle norme nazionali in tema di violazioni tributarie, almeno sino a quando il Legislatore italiano non disciplinerà tale materia in modo da evitare il sovrapporsi dei reati tributari alle contravvenzioni amministrative.

#### ABSTRACT

*The decision of the European Court of Human Rights in case Grande Stevens v. Italy, was deemed as a fundamental achievement of the principle of "ne bis in idem" in the field of sanctions which have to be considered criminal according to the "Engel criteria".*

*Such statement of the principle set out in art. 4 Prot. n° 7, was about to have a disruptive impact for tax crimes, regulated, in Italy, by Legislative Decree n° 74/2000 (as modified by Legislative Decree n° 158/2015).*

*But a new deal has been announced with the decision of the European Court of Strasbourg in case A. e B. v. Norway, where the Court has brushed up the criteria of "sufficiently close connection in substance and in time". This criterion allows the coexistence of both criminal and administrative proceedings, provided that the combination of sanctions issuing from the two procedures may be considered as a whole.*

*The new trend of the European case law shall enlighten the interpretation "conventionally oriented" of national rules, in order to keep the duplicity of sanctions, at least until the Italian legislator will definitively discipline the subject, avoiding the overlapping of criminal and administrative offences.*



# ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

---

## I REGOLAMENTI EUROPEI CONTENENTI LE DEFINIZIONI DI NANOMATERIALI CON RIFERIMENTO A SPECIFICI SETTORI\*

Tabella riepilogativa

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <b>I. Additivi alimentari</b> | <b>Regolamento (Ce) n. 1333/2008</b> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli additivi alimentari, in <i>Gu-Ue</i> n. L 354 del 31 dicembre 2008, p. 16 ss. (v. <i>successive modifiche</i> )  |
| <b>II. Biocidi</b>            | <b>Regolamento (Ue) n. 528/2012</b> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, in <i>Gu-Ue</i> n. L 167 del 27 giugno 2012, p. 1 ss. (v. <i>successive modifiche</i> )   |
| <b>III. Cosmetici</b>         | <b>Regolamento (Ce) n. 1223/2009</b> del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009, sui prodotti cosmetici, in <i>Gu-Ue</i> n. L 342 del 22 dicembre 2009, p. 59 ss. (v. <i>successive modifiche</i> )  |
| <b>IV. Dispositivi medici</b> | <b>Regolamento (UE) 2017/745</b> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/Ce, il regolamento (Ce) n. 178/2002 e il regolamento (Ce) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/Cee e 93/42/Cee del Consiglio, in <i>Gu-Ue</i> n. L 117 del 5 maggio 2017, p. 1 ss. |

\* In argomento v. *infra*, p. 411 ss., il contributo di *FEDERICO FORNI*.

|  |   |
|--|---|
| <p><b>V. Materiali a contatto con gli alimenti</b></p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Regolamento (Ue) n. 10/2011</b> della Commissione, del 14 gennaio 2011, riguardante i materiali e gli oggetti di materia plastica destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari, in <i>Gu-Ue</i> n. L 12 del 15 gennaio 2011, p. 1 ss. (<i>v. successive modifiche</i>)</li> <li>• <b>Regolamento (Ce) n. 450/2009</b> della Commissione, del 29 maggio 2009, concernente i materiali attivi e intelligenti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari, in <i>Gu-Ue</i> n. L 135 del 30 maggio 2009, p. 3 ss. (<i>v. successive modifiche</i>)</li> </ul>  |
| <p><b>VI. Prodotti alimentari</b></p>                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Regolamento (Ue) n. 1169/2011</b> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori (...), in <i>Gu-Ue</i> n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss., <i>modificato</i>, tra l'altro, <b><i>dal Regolamento (Ue) 2015/2283</i></b> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativo ai nuovi alimenti e che modifica il regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il regolamento (Ce) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Ce) n. 1852/2001 della Commissione, in <i>Gu-Ue</i> n. L 327 dell'11 dicembre 2015, p. 1 ss.</li> <li>• <b>Regolamento (Ue) n. 609/2013</b> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo agli alimenti destinati ai lattanti e ai bambini nella prima infanzia, agli alimenti a fini medici speciali e ai sostituti dell'intera razione alimentare giornaliera per il controllo del peso (...), in <i>Gu-Ue</i> n. L 181 del 29 giugno 2013, p. 35 ss. (<i>v. successive modifiche</i>)</li> </ul> |

## LA LEGGE DELL'INFINITAMENTE PICCOLO: UNIONE EUROPEA E NANOMATERIALI\*

**Sommario:** *Introduzione - 1. La definizione multi-settoriale di «nanomateriale» - 1.a. Le dimensioni - 1.b. Distribuzione dimensionale numerica - 1.c. Clausola di flessibilità - 1.d. Area superficiale - 2. Definizioni in disposizioni specifiche - 2.a. Cosmetici - 2.b. Additivi alimentari - 2.c. Materiali a contatto con gli alimenti - 2.d. Biocidi - 3. Aggiornamento e revisione della definizione - 4. La notifica dei nanomateriali - 5. L'indicazione «nano» in etichettatura - 6. Conclusioni.*

### Introduzione

«Light (...) is affected by [the matter], being reflected, deflected, transmitted, refracted, adsorbed (...) by particles very minute in their dimensions»<sup>1</sup>. Sebbene questa frase, antica più di 150 anni, costituisca la prima testimonianza di un'osservazione scientifica sulle proprietà delle sostanze ridotte in uno stato infinitamente piccolo, la nascita delle nanotecnologie è fissata un secolo più tardi quando Feynman<sup>2</sup> nel famoso discorso «*There's plenty of space at the bottom*»<sup>3</sup> pose la retorica domanda «[w]hy cannot we write the entire 24 volumes of the Encyclopaedia Britannica on the head of a pin?» offrendo un premio di \$ 1.000 alla prima persona in grado di ridurre a 1/25.000 le dimensioni della pagina di un libro consen-

\* Le opinioni espresse in questo commento sono da attribuire esclusivamente all'Autore e non impegnano in alcun modo la responsabilità della Commissione europea.

<sup>1</sup> M. FARADAY, *Experimental Relations of Gold (and Other Metals) to Light*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, vol. 147, 1857, p. 145 ss.

<sup>2</sup> Richard P. Feynman fu insignito nel 1965, con Sin-Itiro Tomonaga e Julian Schwinger, del Premio Nobel per la fisica «for [the ...] fundamental work in quantum electrodynamics, with deep-ploughing consequences for the physics of elementary particles» ([http://www.nobel-prize.org/nobel\\_prizes/physics/laureates/1965/](http://www.nobel-prize.org/nobel_prizes/physics/laureates/1965/)).

<sup>3</sup> R. FEYNMAN, *There's plenty of space at the bottom. An invitation to enter a new field of physics*, in *Caltech Engineering and Science*, vol. 23, 1960, p. 22 ss. (<http://calteches.library.caltech.edu/47/2/1960Bottom.pdf>).

tendone la lettura al microscopio elettronico<sup>4</sup>. La conferenza spalancò la strada all'ingresso nella vita quotidiana della dimensione «nano» (dal greco *νάνος*; simbolo «n»), ossia della miliardesima parte ( $10^{-9}$ ) dell'unità di misura<sup>5</sup>. Tuttavia, il sogno di una nanoscienza si concretizzò solo negli anni Ottanta quando fu dimostrata la possibilità di concepire molecole pro-teiche in grado di costituire dispositivi dotati di caratteristiche atomiche complesse<sup>6</sup>. Nello stesso periodo, l'invenzione del microscopio ad effetto tunnel (*Scanning Tunneling Microscope*)<sup>7</sup> e del microscopio a forza atomica (*Atomic Force Microscope*)<sup>8</sup> consentì l'osservazione degli oggetti in scala nanometrica (nanomateriali) superando i limiti del microscopio ottico che permette di visualizzare solo campioni di dimensioni superiori alla lunghezza d'onda della luce visibile (tra 400 e 700 nm).

Il notevole contributo offerto dai nanomateriali al progresso e all'innovazione non poteva restare confinato al ristretto ambito della comunità scientifica. L'impiego di materiali in dimensioni nanometriche (nanofor-me) si è quindi esteso a molti settori trovando svariate applicazioni in beni di largo consumo<sup>9</sup>. L'immissione in commercio di un numero sempre maggiore di prodotti contenenti la nuova tipologia di materiali ha imposto

<sup>4</sup> Il microscopio elettronico fu inventato negli anni Trenta da Ernst Ruska, vincitore del Premio Nobel per la fisica nel 1986 «for his fundamental work in electron optics, and for the design of the first electron microscope» ([http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/physics/laureates/1986/](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/physics/laureates/1986/)).

<sup>5</sup> INTERNATIONAL UNION OF PURE AND APPLIED CHEMISTRY (IUPAC), *Compendium of Chemical Terminology - Gold Book*, Oxford, Blackwell Scientific Publications, 2<sup>nd</sup> ed., 1997, p. 74. Per avere un'idea della grandezza nanometrica si pensi che il diametro di un capello può variare tra 50.000 e 100.000 nm (S. SETA - H. SATO e B. MIYAKE, *Forensic hair investigation*, in A. MAEHLY e R. L. WILLIAMS (eds.), *Forensic Science Progress*, vol. 2, Berlino, Springer, 2012, p. 66 ss.) e che «a sheet of paper is about 100,000 nm thick» (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *Nanosafety at the OECD: The First Five Years 2006-2010*, January 2011, p. 3).

<sup>6</sup> K. E. DREXLER, *Molecular engineering: An approach to the development of general capabilities for molecular manipulation*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 78, 1981, p. 5275 ss. Nel 2016 il Premio Nobel per la chimica è stato assegnato a Jean-Pierre Sauvage, Sir J. Fraser Stoddart e Bernard L. Feringa «for the design and synthesis of molecular machines» ([https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/chemistry/laureates/2016/](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/2016/)).

<sup>7</sup> G. BINNIG e H. ROHRER, *Scanning Tunneling Microscopy*, in *Surface Sciences*, vol. 126, 1983, p. 236 ss. Gerd Binnig e Heinrich Rohrer ottennero il premio Nobel per la fisica nel 1986 «for their design of the scanning tunneling microscope» ([https://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/physics/laureates/1986/](https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/physics/laureates/1986/)).

<sup>8</sup> G. K. BINNIG - C. F. QUATE e C. GERBER, *Atomic Force Microscope*, in *Physical Review Letters*, vol. 56, 1986, p. 930 ss.

<sup>9</sup> Un'analisi sulla diffusione mondiale dei prodotti contenenti nanomateriali è stata effettuata dal «Woodrow Wilson International Center for Scholars» e pubblicata da M. E. VANCE - T. KUIKEN - E. P. VEJERANO - S. P. MCGINNIS - M. F. HOCELLA JR. - D. REJESKI e M. S. HULL, *Nanotechnology in the real world: Redeveloping the nanomaterial consumer products inventory*, in *Beilstein Journal of Nanotechnology*, vol. 6, 2015, p. 1769 ss.

la formulazione di un quadro normativo chiaro, congruente con la legislazione esistente e in grado di rispondere alle esigenze dell'industria e del consumatore. Negli anni 2000, le istituzioni europee, intravedendo la difficoltà di appoggiarsi alle norme al tempo in vigore, dichiaravano che la peculiarità della materia richiedeva «un riesame ed un'eventuale revisione delle disposizioni vigenti»<sup>10</sup> in quanto la «applicazione quasi illimitata delle nanotecnologie a settori tanto diversificati come l'elettronica, i prodotti tessili, la biomedicina, i prodotti per l'igiene personale, i prodotti per la pulizia domestica, i prodotti alimentari o l'energia, rende[va] impossibile la definizione di un quadro regolamentare unico a livello comunitario»<sup>11</sup>.

L'esigenza di regolamentazione scaturiva soprattutto dal timore dei possibili effetti avversi che i nuovi prodotti avrebbero potuto arrecare all'ecosistema e alla salute. Il principale motivo di rischio è connesso all'aumento della superficie derivante dalla riduzione delle dimensioni<sup>12</sup> dal momento che la velocità con cui un corpo solido interagisce con un reagente è direttamente proporzionale all'area di contatto. L'elevato rapporto area/peso, la notevole reattività superficiale e le grandi differenze tra le proprietà di un nanomateriale e le caratteristiche della corrispondente sostanza nella granulometria convenzionale<sup>13</sup> sono alla base delle preoccupazioni sui potenziali effetti negativi per la salute e sui possibili danni ambientali sollevate da esponenti della società civile, da società scientifiche e

<sup>10</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione. Verso una strategia europea a favore delle nanotecnologie*, Com(2004)338 def., Bruxelles, 12 maggio 2004, p. 20, punto 3.4.4. Il Parlamento europeo non ha condiviso questa impostazione, ma ha «dissent[ito]», prima di una valutazione appropriata dell'attuale legislazione comunitaria e in assenza di disposizioni specifiche al riguardo, dalle conclusioni della Commissione secondo cui a) la legislazione attuale copre, in linea di massima, i principali rischi connessi ai nanomateriali e b) la protezione della salute, della sicurezza e dell'ambiente necessita principalmente di essere accresciuta migliorando l'attuazione dell'attuale legislazione, quando, a causa della mancanza di dati e metodi adeguati per valutare i rischi connessi ai nanomateriali, essa non è in realtà in grado di affrontarne i rischi» (risoluzione del Parlamento europeo del 24 aprile 2009 sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali (2008/2208(INI)), Strasburgo, 24 aprile 2009, punto 3 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0328+0+DOC+XML+V0//IT>).

<sup>11</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 24 aprile 2009 sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali (2008/2208(INI)), *loc. cit.*, *considerando* R.

<sup>12</sup> Si consideri che un cubo di 2 cm di lato (volume 8 cm<sup>3</sup>) ha 24 cm<sup>2</sup> di area superficiale. Dividendo ogni lato a metà, si ottengono 8 cubi di 1 cm di lato e con una superficie totale di 48 cm<sup>2</sup>. L'ulteriore divisione a metà di ogni lato di questi cubi consente di ottenere 64 cubi di 0,5 cm di lato ed una superficie totale di 96 cm<sup>2</sup>.

<sup>13</sup> Un esempio del cambiamento delle proprietà è costituito dalle particelle d'oro le quali appaiono rosse alle dimensioni di 10 nm (E. RODUNER, *Size matters: why nanomaterials are different*, in *Chemical Society Reviews*, vol. 35, 2006, p. 587) o dal titanio biossido e dallo zinco ossido i quali, opachi nelle dimensioni convenzionali, diventano trasparenti nel momento in cui sono ridotti in nanoforme (A. D. MAYNARD, *Nanotechnologies: Overview and Issues*, in P. P. SIMEONOVA - N. OPOPOL e M. I. LUESTER (eds.), *Nanotechnology: Toxicological Issues and Environmental Safety*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 4).

di riassicurazione<sup>14</sup> e da agenzie nazionali sull'ambiente e sul controllo del rischio<sup>15</sup>. Le piccolissime dimensioni conferiscono inoltre alle nanoparticelle un'elevata mobilità che consente loro di introdursi in «all areas of the body, even the brain and all areas of the cell, including even the nucleus»<sup>16</sup>. La capacità di attraversare le barriere fisiologiche permette ai nanomateriali di trasformarsi in un «cavallo di Troia» in grado di legare sostanze anche tossiche e di trasportarle in distretti del corpo umano che queste ultime non potrebbero raggiungere da sole<sup>17</sup>.

Questi presupposti non consentono di presumere che le nanoparticelle possano essere liberate nell'ambiente o utilizzate nella cosmesi e nell'alimentazione umana e animale senza nessuna forma di controllo<sup>18</sup>.

La valutazione dei rischi connessi all'impiego dei nanomateriali ha impegnato fin dal 2004<sup>19</sup> il Comitato scientifico dei rischi sanitari emergenti e recentemente identificati (CSRSEI), il Comitato scientifico della sicurezza dei consumatori (CSSC)<sup>20</sup>, l'Autorità europea per la sicurezza degli alimenti (EFSA)<sup>21</sup> e l'Agenzia europea per i medicinali (EMA)<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> A. D. MAYNARD - D. B. WARHEIT e M. A. PHILBERT, *The new toxicology of sophisticated materials: nanotoxicology and beyond*, in *Toxicological Science*, vol. 120, Suppl. 1, 2011, p. S111.

<sup>15</sup> H. BECKER - F. HERZBERG - A. SCHULTE e M. KOLOSSA-GEHRING, *The carcinogenic potential of nanomaterials, their release from products and options for regulating them*, in *International Journal of Hygiene and Environmental Health*, vol. 214, 2011, p. 231 ss.

<sup>16</sup> House of Lords, Science and Technology Committee, 1st Report of Session 2009-10, *Nanotechnologies and Food*, Volume I: Report, London, The Stationery Office, 2010, p. 26, punto 4.5.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 27, punto 4.9.

<sup>18</sup> EUROPEAN FOOD SAFETY AUTHORITY (EFSA), *The potential risks arising from nanoscience and nanotechnologies on food and feed safety - Scientific opinion of the scientific committee*, in *The EFSA Journal*, vol. 7(3), 2009, p. 1 ss., DOI: 10.2903/j.efsa.2009.958.

<sup>19</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Secondo esame regolamentare relativo ai nanomateriali*, Com(2012)572 def., Bruxelles, 3 ottobre 2012, p. 4, punto 4.2.

<sup>20</sup> Il Comitato scientifico dei rischi sanitari emergenti e recentemente identificati (CSRSEI) [in inglese *Scientific committee on emerging and newly identified health risks* (SCENIHR)] e il Comitato scientifico della sicurezza dei consumatori (CSSC) [in inglese *Scientific Committee on Consumer Safety* (SCCS)] sono due dei tre comitati deputati a formulare «pareri scientifici solidi e tempestivi [che] sono il presupposto fondamentale per le proposte, le decisioni e la politica della Commissione in tema di sicurezza dei consumatori, di sanità pubblica e di ambiente» (*considerando* n. 6) in base alla decisione n. 2008/721/Ce della Commissione del 5 agosto 2008 che istituisce una struttura consultiva di comitati scientifici ed esperti nel settore della sicurezza dei consumatori, della sanità pubblica e dell'ambiente e che abroga la decisione n. 2004/210/Ce, in *Gu-Ue* n. L 241 del 10 settembre 2008, p. 21 ss.

<sup>21</sup> L'Autorità europea per la sicurezza degli alimenti (EFSA) è stata istituita con l'art. 22 del Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 dell'1 febbraio 2002, p. 1 ss. La funzione e i compiti dell'EFSA sono indicati rispettivamente negli artt. 22 e 23 di questo Regolamento.

Qualche anno più tardi (2010), la Commissione conferì ai tre enti europei di standardizzazione (CEN, CENELEC e ETSI)<sup>23</sup> il mandato di sviluppare *standard* di misura e metodi di caratterizzazione e di valutazione dell'esposizione con particolare attenzione non solo al rispetto dell'ambiente e alla salute dei consumatori, ma anche al benessere dei lavoratori coinvolti nelle attività produttive<sup>24</sup>.

L'approfondimento era inevitabile in quanto i dati della letteratura scientifica non consentivano di accogliere o di respingere *a priori* l'ipotesi che la maggiore reattività dell'infinitamente piccolo producesse necessariamente l'insorgenza di effetti tossici<sup>25</sup> sebbene l'osservazione empirica avesse evidenziato che alcune sostanze di indiscussa innocuità possedevano una notevole tossicità una volta ridotte in nanoforma<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> L'art. 1 del Regolamento (Cee) n. 2309/93 del Consiglio del 22 luglio 1993 che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, in *Guce* n. L 214 del 24 agosto 1993, p. 1 ss., ha stabilito l'originaria denominazione di Agenzia europea per la valutazione dei prodotti medicinali che l'art. 1 del Regolamento (Ce) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, in *Guce* n. L 136 del 30 aprile 2004, p. 1 ss., ha modificato in Agenzia europea per i medicinali. Questa «agenzia fornisce agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie pareri scientifici del più alto livello su ogni questione inerente alla valutazione della qualità, della sicurezza e dell'efficacia dei medicinali per uso umano o veterinario che le venga sottoposta in forza della normativa comunitaria relativa ai medicinali» [Regolamento (Ce) n. 726/2004, art. 57, par. 1].

<sup>23</sup> Regolamento (Ue) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea, che modifica le direttive n. 89/686/Cee e n. 93/15/Cee del Consiglio nonché le direttive n. 94/9/Ce, n. 94/25/Ce, n. 95/16/Ce, n. 97/23/Ce, n. 98/34/Ce, n. 2004/22/Ce, n. 2007/23/Ce, n. 2009/23/Ce e n. 2009/105/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione n. 87/95/Cee del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 316 del 14 novembre 2012, p. 12 ss., *considerando* n. 4: «Le norme europee sono adottate dalle organizzazioni di normazione europee, ossia il CEN [Comitato europeo di normazione], il Cenelec [Comitato europeo di normazione elettrotecnica] e l'ETSI [Istituto europeo per le norme di telecomunicazione]».

<sup>24</sup> EUROPEAN COMMISSION, Enterprise and Industry Directorate-General, Consumer goods, *Mandate addressed to CEN, CENELAC and ETSI for standardization activities regarding nanotechnologies and nanomaterials*, M/461 EN, Brussels, 2 February 2010.

<sup>25</sup> SCIENTIFIC COMMITTEE ON EMERGING AND NEWLY IDENTIFIED HEALTH RISKS (SCENIHR), *Risk assessment of products of nanotechnologies*, European Commission - Directorate-General for Health and Consumers, 2009, p. 56.

<sup>26</sup> M. R. GWINN e B. SOKULL-KLÜTTEN, *Regulation and Legislation*, in B. FADEEL - A. PIETROUSTI e A. A. SHVEDOVA (eds.), *Adverse effects of engineered nanomaterials: exposure, toxicology, and impact on human health*, London, Academic press, 2012, p. 99. Alcuni studi sembrano mettere in discussione la diversa tossicità dei nanomateriali rispetto alle forme micrometriche. Si veda, ad esempio, M. MORENO-HORN e T. GEBEL, *Granular biodurable nanomaterials: No convincing evidence for systemic toxicity*, in *Critical Reviews in Toxicology*, vol. 44, 2014, p. 849 ss. Gli Autori di quest'ultimo contributo concludono che «[t]here was no evidence that GPB [granular biodurable] nanomaterials possess toxicological properties other than their micromaterial counterparts».

In questa situazione di incertezza<sup>27</sup>, l'assenza di regolamentazione avrebbe potuto esporre la popolazione a potenziali rischi, mentre la decisione di introdurre una moratoria alla ricerca<sup>28</sup> o di vietare ogni prodotto di derivazione nanotecnologica si sarebbe ripercossa in modo negativo sulla competitività dell'industria dei Paesi membri ed avrebbe ostacolato lo sviluppo di terapie innovative o di fonti energetiche alternative<sup>29</sup>. Di conseguenza, la regolamentazione era l'unica opzione percorribile in quanto non avrebbe retto ad un giudizio di precauzione e di proporzionalità<sup>30</sup> la deci-

<sup>27</sup> Il tema dell'incertezza riguardante la tossicità dei nanomateriali traspare in molti documenti. Tra i molti esempi si veda l'affermazione secondo cui «[s]i riscontra un'incertezza scientifica riguardo alla sicurezza dei nanomateriali per la salute umana, la salute animale e l'ambiente» [Regolamento (Ue) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, in *Gu-Ue* n. L 167 del 27 giugno 2012, p. 1 ss., *considerando* n. 66]. «Tuttavia permane una certa incertezza sugli impatti complessivi sulla salute umana e sull'ambiente derivanti dagli effetti combinati di (...) nanomateriali» (decisione n. 1386/2013/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», in *Gu-Ue* n. L 354 del 28 dicembre 2013, Allegato, punto 50, p. 187). Tale concetto è ripetuto praticamente con le stesse parole nell'Allegato, punto 71, n. 3, p. 192, della stessa decisione.

<sup>28</sup> La Commissione non ha dimenticato la ricerca di campo nanotecnologico per la quale ha suggerito un codice di condotta allo scopo di costituire lo «strumento per incoraggiare il dialogo a tutti i livelli di governance tra i responsabili politici, i ricercatori, le imprese, i comitati di etica, le organizzazioni della società civile e la società nel suo complesso». Si veda COMMISSIONE DELL'UNIONE EUROPEA, *Raccomandazione n. 2008/345/Ce del 7 febbraio 2008 sul codice di condotta per una ricerca responsabile nel settore delle nanoscienze e delle nanotecnologie*, in *Gu-Ue* n. L 116 del 30 aprile 2008, p. 46 ss. Alcuni anni più tardi, la Commissione si è impegnata a «sostenere la ricerca [medica] in settori quali (...) le applicazioni delle nanotecnologie e dei nanomateriali» [raccomandazione del Consiglio del 9 giugno 2009 sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all'assistenza sanitaria, in *Gu-Ue* n. C 151 del 3 luglio 2009, p. 1 ss., cap. II - Raccomandazioni supplementari attinenti alla prevenzione e al controllo delle infezioni associate all'assistenza sanitaria, par. 8, lett. f)].

<sup>29</sup> T. ENHERT, *The legitimacy of new risk governance*, in *European Law Journal*, vol. 21, 2015, p. 45.

<sup>30</sup> Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, *cit. supra*, nota 21, art. 7, par. 1 e 2. La Corte di giustizia pronunciandosi su questo articolo nella sentenza del 28 gennaio 2010 in causa n. C-333/08, *Commissione europea c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 757, EU:C:2010:44, punto 89, ha stabilito che «[l]a decisione di vietare la commercializzazione, la quale costituisce, del resto, l'ostacolo più restrittivo agli scambi aventi ad oggetto prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri, può essere adottata soltanto qualora l'asserito rischio reale per la sanità pubblica risulti sufficientemente dimostrato in base ai dati scientifici più recenti disponibili al momento dell'adozione di siffatta decisione». Si vedano inoltre le conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 21 luglio 2016 in causa n. C-282/15, *Queisser Pharma GmbH & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, *Raccolta elettronica*, *Raccolta generale*, gennaio 2017, EU:C:2016:589, punto 49 («L'articolo 7 del regolamento n. 178/2002, intitolato "Principio di precauzione", dispone che, qualora, a seguito di una valutazione del rischio, permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, potranno essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio, "in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio". Tutte le misure di tal sorta devono essere proporzionate»). Per approfondimenti su tale Regolamento si veda F. CAPELLI - B. KLAUS e V. SILANO, *Nuova di-*

sione di bandire, in mancanza di prove esaurienti sulla tossicità, materiali ampiamente diffusi sul mercato come era evidente dai dati sulla produzione mondiale annua (circa 11 milioni di tonnellate) e dal loro valore economico (20 miliardi di euro)<sup>31</sup>.

## 1. La definizione multi-settoriale di «nanomateriale»

La complessità e il continuo evolversi delle nanoscienze avevano indotto un commentatore ad affermare che «one of the problems facing nanotechnology is the confusion about its definition»<sup>32</sup>. In effetti, la definizione scientifica di nanomateriale e il suo utilizzo in termini regolatori è stato un tema di intensa attività scientifica e di vivace dibattito politico<sup>33</sup>. Le difficoltà di raggiungere un enunciato condiviso dipendevano dal fatto che ognuna delle parti interessate valutava la problematica sotto un diverso punto di vista. La ricerca di base era interessata a comprendere le proprietà dei nanomateriali, la tossicologia era impegnata ad implementare appropriate procedure di valutazione del nano-rischio e le scienze giuridiche aspiravano ad elaborare una definizione semplice e di facile applicazione.

I primi accenni sulla necessità di un approccio integrato sono stati espressi dal Consiglio sulla competitività<sup>34</sup> alle cui sollecitazioni la Commissione rispose con una comunicazione che riconobbe il bisogno di migliorare le conoscenze scientifiche sulla caratterizzazione dei nanomateria-

*sciplina del settore alimentare e autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006. Per gli orientamenti sull'utilizzo del principio di precauzione si veda COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione*, Com(2000)1 def., 2 febbraio 2000.

<sup>31</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Secondo esame regolamentare relativo ai nanomateriali*, cit. supra, nota 19, p. 3, punto 3.

<sup>32</sup> D. M. BOWMAN - J. D'SILVA e G. VAN CALSTER, *Defining nanomaterials for the purpose of regulation within the European Union*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 1, 2010, p. 115 ss.

<sup>33</sup> D. R. BOVERHOF - C. M. BRAMANTE - J. H. BUTALA - S. F. CLANCY - M. LAFRANCONI - J. WEST e S. C. GORDON, *Comparative assessment of nanomaterial definitions and safety evaluation considerations*, in *Regulatory toxicology and pharmacology*, vol. 73, 2015, p. 137.

<sup>34</sup> CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Nanoscienze e nanotecnologie - Conclusioni del Consiglio*, in *Competitività (mercato interno, industria e ricerca)*, Comunicato stampa, 14865/07 (Presse 259), Bruxelles, 22 e 23 novembre 2007, p. 53, in cui si indicava che «[I]e relazioni [sul monitoraggio delle nanotecnologie] si baseranno sui contributi degli Stati membri e sul riesame dello sviluppo del settore a livello mondiale. (...) Potrebbero riguardare, tra l'altro, gli sviluppi tecnologici, la capacità di ricerca, le risorse umane e la formazione avanzata, i risultati scientifici, le attività di R&S prenormative, l'impatto socioeconomico, le misure di regolamentazione, le questioni riguardanti la gestione dei rischi, le azioni di sensibilizzazione e scientifico-culturali sulle nanoscienze e le nanotecnologie e altri opportuni aspetti».

li, sulla valutazione e sulla gestione del rischio al fine di «elaborare, modificare e soprattutto applicare in maniera efficace la legislazione»<sup>35</sup>. Detta comunicazione pose inoltre l'accento sul fatto che «il regolamento REACH<sup>36</sup> non contiene disposizioni che si riferiscono esplicitamente ai nanomateriali [... anche se essi] rientrano (...) nella definizione di "sostanza" data dal regolamento»<sup>37</sup>.

Il dibattito sugli eventuali rischi per la salute e l'ambiente indusse il Parlamento europeo ad approvare nell'aprile 2009 una risoluzione in cui si auspicò «l'introduzione nella legislazione comunitaria di una definizione scientifica esaustiva di nanomateriale, nell'ambito delle modifiche della pertinente legislazione orizzontale e settoriale per tener conto delle speci-

<sup>35</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Aspetti normativi in tema di nanomateriali*, Com(2008)366 def., Bruxelles, 17 giugno 2008, p. 4, punto 2.

<sup>36</sup> Regolamento (Ce) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'agenzia europea per le sostanze chimiche, che modifica la direttiva n. 1999/45/Ce e che abroga il Regolamento (Cee) n. 793/93 del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 1488/94 della Commissione, nonché la direttiva n. 76/769/Cee del Consiglio e le direttive della Commissione n. 91/155/Cee, n. 93/67/Cee, n. 93/105/Ce e n. 2000/21/Ce, in *Gu-Ue* n. L 396 del 30 dicembre 2006, p. 1 ss.

<sup>37</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Aspetti normativi in tema di nanomateriali*, Com(2008)366 def., *loc. cit.*, p. 4, punto 2.1. Secondo l'art. 1, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1907/2006 «si intende per sostanza: un elemento chimico e i suoi composti, allo stato naturale od ottenuti per mezzo di un procedimento di fabbricazione, compresi gli additivi necessari a mantenerne la stabilità e le impurità derivanti dal procedimento utilizzato, ma esclusi i solventi che possono essere separati senza compromettere la stabilità della sostanza o modificarne la composizione». Durante la discussione in Parlamento europeo sul Regolamento REACH furono presentati alcuni emendamenti riguardanti i nanomateriali che non furono inseriti nel testo finale [raccomandazione per la seconda lettura del 13 ottobre 2006 relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'agenzia europea per le sostanze chimiche, che modifica la direttiva n. 1999/45/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il Regolamento (Cee) n. 793/93 del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 1488/94 della Commissione, nonché la direttiva n. 76/769/Cee del Consiglio e le direttive della Commissione n. 91/155/Cee, n. 93/67/Cee, n. 93/105/Ce e n. 2000/21/Ce ([http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0352+0+DOC+XML+V0//IT\(7524/8/2006-C6-0267/2006-2003/0256\(COD\)\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0352+0+DOC+XML+V0//IT(7524/8/2006-C6-0267/2006-2003/0256(COD))))]. Inoltre, nel testo definitivo del Regolamento (Ce) n. 1907/2006, la registrazione del materiale è necessaria solo a partire da 1 tonnellata/anno [art. 6, par. 3, lett. b.], «è effettuata una valutazione della sicurezza chimica ed è compilata una relazione sulla sicurezza chimica per tutte le sostanze soggette a registrazione in forza del presente capo in quantitativi pari o superiori a 10 tonnellate all'anno per dichiarante» (art. 14, par. 1). I nanomateriali non sono generalmente soggetti a tali disposizioni in quanto prodotti di norma in quantità inferiori a tali limiti (E. VERGES, *Régime juridique d'identification et de suivi des nanoparticules et des nanomatériaux: enjeux et obstacles liés à la maîtrise sociale de l'infiniment petit*, in S. LACOUR (ed.), *La régulation des nanotechnologies, clair-obscur normatif*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 180).

ficità dei nanomateriali»<sup>38</sup>. La posizione del Parlamento era coerente con l'impegno assunto dall'Unione di vigilare affinché i prodotti commercializzati nel mercato unico osservassero le disposizioni poste a garanzia di «un elevato livello di protezione della salute pubblica, della sicurezza dei consumatori, dei lavoratori e dell'ambiente»<sup>39</sup>. In risposta alla sollecitazione, la Commissione comunicò nel luglio dello stesso anno al Parlamento di condividere la necessità di sviluppare una definizione di nanomateriale<sup>40</sup>.

Lo svolgimento degli avvenimenti e la successiva adozione di un atto non vincolante hanno spinto una parte della dottrina ad osservare che la decisione di attribuire valore giuridico ad un concetto scientifico è stata adottata in base ad una scelta politica realizzata per rispondere alle istanze del Parlamento europeo<sup>41</sup>. Infatti, sebbene il concetto che l'«[u]se of known ingredients in nanosizes (...) in cosmetic products has to be authorised by the European Commission» fosse già presente nelle fasi iniziali dei lavori che portarono all'adozione del Regolamento (Ce) n. 1223/2009<sup>42</sup>, gli emendamenti che portarono all'introduzione dei nanomateriali nel testo definitivo furono presentati solo nel corso del dibattito parlamentare sulla proposta di Regolamento<sup>43</sup>. Di conseguenza, il nuovo Regolamento (Ce) n. 1223/2009 sui cosmetici, nell'auspicare un'intesa in ambito internazionale sulla defi-

<sup>38</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 24 aprile 2009 sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali (2008/2208(INI)), *cit. supra*, nota 10, punto 7.

<sup>39</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Nanoscienze e nanotecnologie: un piano d'azione per l'Europa 2005-2009*, Com(2005)243 def., Bruxelles, 7 giugno 2005, p. 10, punto 6. Tale proposito è coerente con gli artt. 168, par. 1, 169, par. 1, 153, par. 1, lett. a, e 198, par. 2, TFUE i quali stabiliscono rispettivamente che «[n]ella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione [...] sia] garantito un livello elevato di protezione della salute umana», che «[n]ella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione [...] siano] prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori», che «l'Unione sostiene[ga] e complet[i] l'azione degli Stati membri ne[...] miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori» e che «[l]a politica dell'Unione in materia ambientale mir[i] a un elevato livello di tutela».

<sup>40</sup> Follow-up to the European Parliament resolution on regulatory aspects of nanomaterials, adopted by the Commission on 14 July 2009.

<sup>41</sup> L. SALVI, *La regolazione soft delle nanotecnologie nel settore alimentare. Nuove forme (e incertezze) della disciplina europea*, in *Rivista di diritto alimentare*, vol. 9, 2015, p. 28. Secondo un'altra fonte dottrinale, invece, «[t]he discussion on a definition of "nanomaterials" provides a good example of the sense of urgency existing among the European institutions» (E. BROSSET, *The Law of the European Union on Nanotechnologies: Comments on a Paradox*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 22, 2013, p. 157).

<sup>42</sup> Commission of the European Communities, Commission staff working paper, *Impact assessment report on simplification of the «Cosmetics Directive» - Directive 76/768/EEC* (Com(2008)49 final), Sec(2008) 117, Brussels, 5 February 2008, p. 15.

<sup>43</sup> Parlamento europeo, Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare, *Relazione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici (rifusione)*, A6-0484/2008, Relatrice: Dagmar Roth-Behrendt, 8 dicembre 2008.

nizione di nanomateriale al fine di assicurare «un livello elevato di protezione dei consumatori, la libera circolazione delle merci e la certezza giuridica per i produttori»<sup>44</sup>, mise in risalto l'attenzione dell'Unione sui rischi potenziali associati alla specificità delle dimensioni nanometriche.

Coerentemente con questi presupposti, la Commissione acquisì il parere dello *European Commission Joint Research Centre (JRC)*<sup>45</sup> il quale suggerì di formulare una definizione incentrata sui materiali particolari applicabile alla normativa dell'Unione e rispettosa delle risultanze internazionali in materia<sup>46</sup>. L'ultima indicazione è funzionale ad assicurare la scientificità della futura nozione e, di conseguenza, ad evitare l'introduzione di definizioni divergenti rispetto agli enunciati di altri enti o organizzazioni internazionali<sup>47</sup> le quali avrebbero potuto costituire un possibile ostacolo agli scambi commerciali con i Paesi terzi.

Successivamente, la Commissione incaricò il CSRSERI di stilare un documento che prendesse in considerazione gli elementi peculiari dei nanomateriali da tradurre a livello normativo<sup>48</sup>.

Il progetto di stilare una definizione giuridica suscitò alcune critiche da una parte del mondo accademico la quale obiettò che l'adozione di nozioni rigorose per materiali nocivi aveva già in passato causato problemi<sup>49</sup> ricordando a titolo esemplificativo il caso della vermiculite di Libby<sup>50</sup> la quale, pur contenendo fibre asbestiformi mortali, sfuggì per molti anni alla

<sup>44</sup> Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 sui prodotti cosmetici, in *Gu-Ue* n. L 342 del 22 dicembre 2009, p. 64, *considerando* n. 29 il quale costituiva il *considerando* n. 25 bis della proposta di Regolamento sopra citata.

<sup>45</sup> JOINT RESEARCH CENTRE OF THE EUROPEAN COMMISSION, *Considerations on a Definition of Nanomaterial for Regulatory Purposes*, Ipsra, 2010.

<sup>46</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione 2011/696/Ue del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, in *Gu-Ue* n. L 275 del 20 ottobre 2011, p. 38, *considerando* n. 7.

<sup>47</sup> Ad esempio l'International Organization for Standardization (ISO) ha costituito il Comitato Tecnico (TC) 229 sulle Nanotecnologie al cui interno operano quattro Working Groups ([http://www.iso.org/iso/iso\\_technical\\_committee?commid=381983](http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983)).

<sup>48</sup> SCIENTIFIC COMMITTEE ON EMERGING AND NEWLY IDENTIFIED HEALTH RISKS (SCENIHR) OF THE EUROPEAN COMMISSION, *Opinion on the scientific basis for the definition of the term «nanomaterial»*, Bruxelles, 2010.

<sup>49</sup> A. D. MAYNARD, *Don't define nanomaterials*, in *Nature*, vol. 475, 2011, p. 31.

<sup>50</sup> La vermiculite è un fillosilicato di magnesio, ferro e alluminio usato nell'edilizia come isolante termico e acustico, materiale assorbente e ignifugo, riempitivo industriale, materiale di imballaggio e per la riconversione nel suolo. Circa l'80% della produzione mondiale di vermiculite proveniva, fino alla chiusura avvenuta nel 1990, dalla miniera di Libby in Montana (USA) sebbene il minerale estratto fosse contaminato da amianto. Per approfondimenti sull'argomento, si rimanda a B. L. BANDLY e M. E. GUNTER, *A review of scientific literature examining the mining history, geology, mineralogy, and amphibole asbestos health effects of the Rainy Creek igneous complex, Libby, Montana, USA*, in *Inhalation Toxicology*, vol. 18, 2006, p. 949 ss.

regolamentazione perché non rientrava nella definizione ufficiale di amianto.

Il rilievo non appare condivisibile in quanto trascura il fatto che le definizioni non sono per loro natura immutabili, ma si evolvono continuamente dal momento che esse sono collegate al cambiamento dei costumi e ai progressi delle conoscenze scientifiche. Inoltre, l'esperienza insegna che nessuna nozione, per quanto scientificamente valida, è in grado di abbracciare tutte le possibili sfaccettature di una categoria di beni, ma presenta inevitabilmente zone d'ombra in cui si nascondono i c.d. «prodotti di frontiera». Un caso esemplificativo è rappresentato dalla nozione di medicinale la quale, nonostante le modifiche apportate nel tempo all'impianto normativo originario, non ha ancora consentito di superare la «difficoltà di stabilire una linea di demarcazione precisa tra i medicinali e, ad esempio, i prodotti alimentari e i cosmetici»<sup>51</sup>. Tuttavia, malgrado questi limiti, il riconoscimento di valenza giuridica ad una definizione si imponeva per la necessità di identificare con ragionevole precisione l'oggetto delle norme e di garantire la trasparenza dell'informazione. In altre parole, la presenza in commercio di sostanze di uso comune in dimensioni nanometriche richiedeva di fissare i limiti del termine «nano» al fine di consentire al produttore di ottemperare le disposizioni in materia, alle competenti autorità di condurre specifici controlli e al consumatore finale di essere edotto della loro presenza. Inoltre, l'introduzione di una definizione normativa avrebbe reso più «uniforme l'interpretazione e l'applicazione della norma sul territorio europeo (...) evitando, al contempo, controversie dovute all'ambiguità o alla vaghezza del termine»<sup>52</sup>.

Nel novembre 2010, «la Commissione rileva[va] che non si [... era] ancora pervenuti a una definizione comune di nanomateriali e dichiara[va] che, a breve, intende[va] adottare una raccomandazione della Commissione relativa a una definizione comune per tutti gli ambiti legislativi»<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaurò presentate il 16 gennaio 1991 in causa n. C-369/88, Procedimento penale a carico di *Jean-Marie Delattre*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 1487, EU:C:1991:17, punto 7. Per l'analisi delle problematiche giuridiche relative a tale definizione, si rinvia a F. FORNI, *La nozione normativa e giurisprudenziale di medicamento in ambito comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, p. 503 ss.

<sup>52</sup> M. A. BIASOTTI - G. STRAMBI, *Incertezza e ambiguità della terminologia nel diritto agroalimentare: il ruolo delle strategie semantic based*, in F. CHESSA - C. DE GIOVANNI e M. T. ZANOLA (eds.), *La terminologia dell'agroalimentare*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 69.

<sup>53</sup> Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 24 novembre 2010 in vista dell'adozione della direttiva n. 2011/.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla restrizione dell'uso di determinate sostanze pericolose nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche, Allegato, Dichiarazione della Commissione relativa ai nanomateriali (considerando 16 e articolo 6), in *Gu-UE* n. C 99 E del 3 aprile 2012, p. 209.

In effetti, la Commissione aveva già redatto nell'ottobre dello stesso anno una bozza di raccomandazione<sup>54</sup> il cui art. 2 stabiliva che «1. [n]ano-material means a material that meets at least one of the following criteria: consists of particles, with one or more external dimensions in the size range 1 nm-100 nm for more than 1% of their number size distribution; has internal or surface structures in one or more dimensions in the size range 1 nm-100 nm; has a specific surface area by volume greater than 60 m<sup>2</sup>/cm<sup>3</sup>, excluding materials consisting of particles with a size lower than 1 nm. 2. Particle: means a minute piece of matter with defined physical boundaries (ISO146446:2007)<sup>55</sup>».

Il 20 ottobre 2010 la bozza fu sottoposta ad una consultazione pubblica aperta a tutti i cittadini e a tutte le organizzazioni e particolarmente a «market participants, consumer and non-governmental organisations, academia, national governments and national competent authorities»<sup>56</sup>. Dopo aver ricevuto quasi duecento suggerimenti entro la data stabilita del 19 novembre 2010<sup>57</sup>, la Commissione modificò l'enunciato della bozza ed emanò la raccomandazione n. 2011/696/UE destinata «[a]gli Stati membri, [al]le agenzie dell'Unione e [a] tutti gli operatori economici»<sup>58</sup>. Sebbene questo atto di *soft law* «does not contain any direct obligations for Member States and economic operators, its implementation will happen through various pieces of specific legislation»<sup>59</sup>.

Il punto 2 della raccomandazione n. 2011/696/UE specifica che «[c]on "nanomateriale" s'intende un materiale naturale, derivato o fabbricato contenente particelle allo stato libero, aggregato o agglomerato, e in cui, per

<sup>54</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Draft Commission Recommendation of [...] on the definition of the term «nanomaterial»* ([http://ec.europa.eu/environment/consultations/pdf/recommendation\\_nano.pdf](http://ec.europa.eu/environment/consultations/pdf/recommendation_nano.pdf)).

<sup>55</sup> La norma ISO (*International Organization for Standardization*) 14644-6:2007, *Clean-rooms and associated controlled environments. Vocabulary*, stabilisce i termini e le definizioni da utilizzare nelle camere bianche (senza particelle) e per i controlli ambientali. Il riferimento a questa norma ISO è stato oggetto di critiche in quanto «the definition for clean rooms is not appropriate for nanomaterials on an industrial scale» (*Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses*, 7 December 2011, p. 44) ([http://ec.europa.eu/environment/consultations/pdf/Nano\\_Consultation%20comments.pdf](http://ec.europa.eu/environment/consultations/pdf/Nano_Consultation%20comments.pdf)).

<sup>56</sup> <http://ec.europa.eu/environment/consultations/nanomaterials.htm>.

<sup>57</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses*, loc. cit.

<sup>58</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, cit. supra, nota 46, punto 7.

<sup>59</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Questions and answers on the Commission recommendation on the definition of nanomaterial*, Memo/11/704, Brussels, 18 October 2011, (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/704&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

almeno il 50% delle particelle nella distribuzione dimensionale numerica<sup>60</sup>, una o più dimensioni esterne siano comprese fra 1 nm e 100 nm.

In casi specifici, e laddove le preoccupazioni per l'ambiente, la salute, la sicurezza e la competitività lo giustifichino, la soglia del 50% della distribuzione dimensionale numerica può essere sostituita da una soglia compresa fra l'1% e il 50%».

L'allora Commissario europeo per l'ambiente Janez Potočnik si dichiarò «dieto di annunciare che l'UE [...] aveva] proposto per prima una definizione univoca dei nanomateriali, da impiegarsi a fini normativi (...) basata su contributi scientifici e un'ampia consultazione. L'industria ha bisogno di un quadro normativo chiaro e coerente per quest'importante settore dell'economia, mentre i consumatori meritano informazioni accurate su queste sostanze. Si tratta di un passo importante per affrontare gli eventuali rischi per l'ambiente e la salute umana, garantendo nel contempo che questa tecnologia possa esprimere tutte le sue potenzialità»<sup>61</sup>. L'entusiasmo iniziale si è in parte affievolito con il trascorrere del tempo a causa delle difficoltà derivanti dall'applicazione pratica tanto da indurre l'*European Chemicals Agency* (ECHA) a riconoscere che «the EU Recommendation for a Definition of Nanomaterials (...) is still lacking guidance for industry to promote a consistent determination if a certain material falls within or outside its scope»<sup>62</sup>.

La raccomandazione n. 2011/696/Ue racchiude una definizione settoriale, «explicitly limited to particulate materials»<sup>63</sup>, «indipendentemente dalla pericolosità o dal rischio» (*considerando* n. 4), dall'origine, dalla solubilità – o insolubilità – in acqua e nei fluidi biologici e dallo stato di particella singola, di agglomerato o di aggregato, termini i cui significati sono esplicitati al punto 4 di tale atto di *soft law*<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Per distribuzione dimensionale numerica si intende «il numero degli oggetti entro un dato intervallo dimensionale diviso per il numero totale degli oggetti» (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione 2011/696/Ue del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, cit. supra, nota 46, *considerando* n. 8).

<sup>61</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Cos'è un «nanomateriale»? La Commissione europea apre una nuova strada con una definizione comune*, Comunicato stampa n. IP/11/1202 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1202\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1202_it.htm)).

<sup>62</sup> EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA), *Update of the Workplan on Nanomaterials*, MB/41/2015, Luxembourg, 25 September 2015, p. 1.

<sup>63</sup> EUROPEAN COMMISSION, *JCR Science and policy reports, Towards a review of the EC Recommendation for a definition of the term «nanomaterial». Part 2: Assessment of collected information, concerning the experience with the definition*, Luxembourg, Publications Office, 2014, p. 10, punto 2.1.4.

<sup>64</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione 2011/696/Ue del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, loc. cit., punto 4: «a) con il termine "particella" s'intende una parte minuscola di materia con limiti fisici definiti; b) con il termine "agglomerato" s'intende un insieme di particelle o aggregati con legami deboli in cui la superficie

La definizione mette sullo stesso piano le particelle immesse nell'ambiente da fonti naturali (polveri sollevate dal vento o immesse in atmosfera da eruzioni vulcaniche, dal fumo di incendi, ecc.), antropogeniche (emissioni dei motori a scoppio, del riscaldamento domestico, degli impianti industriali, del fumo di tabacco, ecc.) e artificiali (sostanze ridotte o realizzate dall'uomo in dimensioni nanometriche). L'inclusione di tutte le tipologie di nanoparticelle, che formalizza il contenuto del *considerando* n. 11 della bozza di raccomandazione secondo cui la nozione di nanomateriale «should cover all nanomaterials whether they are of natural, incidental or manufactured origin», è stata criticata da coloro che ritenevano ragionevole che una definizione giuridica dovesse includere solo le particelle prodotte intenzionalmente e non quelle derivanti da fatti accidentali<sup>65</sup>. Questa scelta omnicomprensiva è da un lato funzionale alla portata multi-settoriale della definizione e, sotto un punto di vista tecnico, prende atto della difficoltà di distinguere le nanoparticelle in funzione della loro provenienza e dell'ancor maggior complessità di determinarne l'origine in matrici complesse come i cosmetici, gli alimenti, i rifiuti, il suolo, l'acqua o i fanghi. Tale impostazione è inoltre coerente con una valutazione incentrata sulla tutela della salute e dell'ambiente in quanto non esiste un ragionamento logico che possa collegare l'eventuale tossicità alla produzione umana ed escludere le nanoforme di origine naturale e accidentale.

Nella definizione della raccomandazione è scomparso ogni accenno alle dimensioni delle «internal or surface structures» presente nella bozza. Questa modifica esclude tutti gli oggetti in qualsiasi modo rivestiti o fabbricati con particelle di circa 100 nm pur conservando nel campo di applicazione della raccomandazione, ad esempio, i filtri solari o i dentifrici contenenti al loro interno particelle di tale granulometria.

In ogni caso, l'ampia definizione «non pregiudica né rispecchia il campo di applicazione di alcun atto legislativo dell'Unione o di alcuna disposizione che potenzialmente stabilisca requisiti aggiuntivi per tali mate-

esterna risultante è simile alla somma delle superfici dei singoli componenti; c) con il termine "aggregato" s'intende una particella composta da particelle fuse o fortemente legate fra loro». Le definizioni sono praticamente identiche a quelle dell'*International Organization for Standardization*. La norma ISO/TS 80004-2:2015(en) definisce «agglomerate [definition 3.4] collection of weakly or medium strongly bound particles where the resulting external surface area is similar to the sum of the surface areas of the individual components» e «aggregate [definition 3.5] article comprising strongly bonded or fused particles where the resulting external surface area is significantly smaller than the sum of surface areas of the individual components» (ISO/TS 80004-2:2015(en), *Nanotechnologies - Vocabulary - Part 2: Nano-objects*).

<sup>65</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses, cit. supra*, nota 55.

riali, ivi inclusi quelli relativi alla gestione del rischio»<sup>66</sup>, restando incentrata su due elementi principali: la dimensione delle particelle, a cui si consiglia di applicare una deviazione *standard* dello 0,15%<sup>67</sup>, e la percentuale numerica della frazione compresa fra 1 nm e 100 nm.

### 1.a. Le dimensioni

In considerazione dell'insufficiente livello di conoscenze sulla nanotossicologia, un autore svedese ha apprezzato la scelta di assumere una definizione basata principalmente sulla granulometria delle particelle<sup>68</sup>. D'altra parte, non poteva essere diversamente dal momento che «[s]ize is the universal element that is included in all proposed definitions thus far»<sup>69</sup>. Infatti, la conoscenza delle dimensioni è un'esigenza indispensabile in quanto è ovvia la necessità di essere al corrente della grandezza per stabilire la scala metrica a cui un oggetto è riconducibile. Tuttavia, la valutazione in termini di nanoscala non è né semplice né immediata per la difficoltà di reperire *standard* nanometrici affidabili e per la mancanza di una tecnica ideale presentando ogni attuale metodica vantaggi, limiti ed un certo grado di incertezza<sup>70</sup>. La complessità della problematica è stata avvertita dalla Commissione la quale ha anche messo in evidenza che «il ricorso a metodi di misurazione differenti può non fornire risultati comparabili»<sup>71</sup>. Le divergenze di valutazione, oltre a dipendere dal fatto che le varie strumentazioni non operano secondo lo stesso principio fisico, sono anche attribuibili a fattori insiti nella preparazione del campione<sup>72</sup>, come la diversa

<sup>66</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nano materiale*, cit. supra, nota 46, considerando n 5.

<sup>67</sup> Ivi, *considerando* n. 11. In pratica, l'intervallo dimensionale può dirsi compreso tra 0,9985 e 100,15 nm.

<sup>68</sup> G. LIDÉN, *The European Commission Tries to Define Nanomaterials*, in *Annals of Occupational Hygiene*, vol. 55, 2011, p. 3.

<sup>69</sup> SCIENTIFIC COMMITTEE ON EMERGING AND NEWLY IDENTIFIED HEALTH RISKS (SCENIHR), *Opinion on the Scientific Basis for the Definition of the Term «nanomaterial»*, cit. supra, nota 48, p. 14, punto 3.3.1.

<sup>70</sup> A. DUDKIEWICZ - A. B. A. BOXALL - Q. CHAUDHRY - K. MØLHAVE - K. TIEDE - P. HOFMANN e T. P. J. LINSINGER, *Uncertainties of size measurements in electron microscopy characterization of nanomaterials in foods*, in *Food Chemistry*, vol. 176, 2015, p. 472 ss.; R. F. DOMINGOS - M. A. BAALOUSA - Y. JU-NAM - M. M. REID - N. TUFENKJI - J. R. LEAD - G. G. LEPPARD e K. J. WILKINSON, *Characterizing manufactured nanoparticles in the environment: multimethod determination of particle sizes*, in *Environmental Science & Technology*, vol. 43, 2009, p. 7277.

<sup>71</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nano materiale*, loc. cit., considerando n. 6.

<sup>72</sup> «Sample preparation is widely recognised as one of the most critical steps towards successful characterisation and subsequent (eco)toxicological testing of nanomaterials» [EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA), *Guidance on information requirements and chem-*

diluizione necessaria<sup>73</sup>, e nella differente tendenza delle nanoparticelle ad aggregarsi o ad agglomerarsi<sup>74</sup>. Problemi applicativi generali rendono inoltre difficoltosa la valutazione delle dimensioni delle particelle che costituiscono gli aggregati e la determinazione della granulometria in prossimità del limite inferiore della definizione, ossia per particelle più piccole di 10 nm<sup>75</sup>. A causa di questi inconvenienti, la maggior parte dei metodi attuali può essere utilizzata per stabilire esclusivamente l'inclusione di un campione tra i nanomateriali, ma non può sostenere la tesi opposta di una sua esclusione<sup>76</sup>. Le limitazioni tecniche e le incertezze nella misurazione sono accentuate nei c.d. «*borderline cases*» in cui la classificazione non dipende solo dal metodo di determinazione, ma anche dal parametro di misura scelto<sup>77</sup>.

L'analisi di un passo di uno studio relativo alla legislazione sui rifiuti

*ical safety assessment, Appendix R7-1 Recommendations for nanomaterials applicable to Chapter R7a Endpoint specific guidance*, 2012, p. 4].

<sup>73</sup> ECHA (EUROPEAN CHEMICALS AGENCY), *Guidance on information requirements and chemical safety assessment, Appendix R7-1 Recommendations for nanomaterials applicable to Chapter R7a Endpoint specific guidance*, Draft (Public) Version 2.0, Helsinki, May 2016, p. 7. ([https://echa.europa.eu/documents/10162/23047722/draft\\_appendix\\_r7b\\_v2\\_peg\\_en.pdf/5d6ae8c9-af58-4504-a6d7-477a338cbf65](https://echa.europa.eu/documents/10162/23047722/draft_appendix_r7b_v2_peg_en.pdf/5d6ae8c9-af58-4504-a6d7-477a338cbf65)).

<sup>74</sup> EFSA SCIENTIFIC COMMITTEE, *Scientific opinion, Guidance on the risk assessment of the application of nanoscience and nanotechnologies in the food and feed chain*, in *The EFSA Journal*, vol. 9(5), 2011, p. 27, DOI: 10.2903/j.efsa.2011.2149; «it is necessary to be aware that aggregates and agglomerates of nanomaterials can form in solution» [EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA), *Guidance on information requirements and chemical safety assessment, Appendix R7-1 Recommendations for nanomaterials applicable to Chapter R7a Endpoint specific guidance*, 2012, p. 4].

<sup>75</sup> R. PETERS - P. BRANDHOFF - S. WEIGEL - H. MARVIN - H. BOUWMEESTER - K. ASCHBERGER - H. RAUSCHER - V. AMENTA - M. ARENA - F. BOTELHO MONIZ - S. GOTTARDO e A. MECH, *Inventory of Nanotechnology applications in the agricultural, feed and food sector*, CFT/EFSA/FEED/2012/01, EXTERNAL SCIENTIFIC REPORT, EFSA supporting publication 2014:EN-621, p. 10.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> «An example is the material "Red iron oxide" (...) which is a specific commercial product used for a wide variety of application in building materials, paint and plastics. It has an average hydrodynamic diameter (measured by DLS [Dynamic Light Scattering, in italiano diffusione dinamica della luce]) of 222 nm, a volume specific surface area (VSSA) of 51 m<sup>2</sup>/cm<sup>3</sup> (equivalent to monodisperse spheres with an average diameter of approximately 117 nm), an average minimum Feret diameter [diameter between parallel tangents (EUROPEAN CHEMICAL AGENCY (ECHA), *Guidance on information requirements and chemical safety assessment, Appendix R7-1 Recommendations for nanomaterials applicable to Chapter R7a Endpoint specific guidance*, 2012, p. 35)] (by SEM [Scanning Electron Microscope, in italiano microscopio elettronico a scansione]) of 107 nm, an average equivalent circle diameter [il diametro di una sfera avente la stessa area della particella in esame] (by SEM) of 124 nm, an average minimum Feret diameter (by TEM [Transmission Electron Microscope, in italiano microscopio elettronico a trasmissione]) of 94 nm, and an average equivalent circle diameter (by TEM) of 110 nm» (EUROPEAN COMMISSION, *JCR Science and policy reports, Towards a review of the EC Recommendation for a definition of the term "nanomaterial". Part 2: Assessment of collected information, concerning the experience with the definition*, Luxembourg, Publications Office, 2014, p. 16, punto 3.2.1).

preparato per la DG Ambiente della Commissione europea<sup>78</sup>, e precedente di alcuni mesi l'emanazione della definizione, consente di esemplificare l'importanza di fissare esattamente il parametro ed il metodo di determinazione usato per stabilire le dimensioni. Il documento suggeriva di utilizzare il diametro equivalente in aria<sup>79</sup> (diametro aerodinamico) al fine di concludere che le particelle fossero comprese nell'intervallo tra 1 e 100 nm<sup>80</sup>. La precisazione del fluido disperdente (aria) è indispensabile in quanto il diametro equivalente può essere misurato anche in acqua (diametro idrodinamico). Tuttavia, il valore determinato in fase liquida è maggiore del diametro aerodinamico in quanto comprensivo dello strato esterno di ioni o molecole del mezzo assorbito sulla superficie delle particelle<sup>81</sup> oltre ad essere stimabile solo dopo un opportuno artificio nel caso di sostanze solubili. Inoltre, entrambi i diametri (aerodinamico o idrodinamico) stabiliscono il diametro di una sfera avente lo stesso volume della particella in esame. Questa approssimazione non consente di valutare se la particella possiede solo una dimensione nell'intervallo della definizione settoriale (1-100 nm) comunemente accettato da enti regolatori nazionali ed internazionali<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> BIO INTELLIGENCE SERVICE, *Study on coherence of waste legislation, Final report prepared for the European Commission (DG ENV)*, 11 August 2011.

<sup>79</sup> Il diametro equivalente in aria è il diametro di una sfera di densità unitaria (1 g/cm<sup>3</sup>) avente la stessa velocità terminale di sedimentazione dopo dispersione in aria della particella di qualsiasi forma e densità in esame (R. G. CONFER e T. R. CONFER, *Occupational health and safety: terms, definitions and abbreviations*, Lewis Publishers, Boca Raton, 2<sup>nd</sup> ed., 1999, p. 8).

<sup>80</sup> BIO INTELLIGENCE SERVICE, *Study on coherence of waste legislation, Final report prepared for the European Commission (DG ENV)*, 11 August 2011, p. 101, punto 4.4.1.

<sup>81</sup> H. G. MERKUS, *Particle Size Measurements: Fundamentals, Practice, Quality*, Berlino, Springer, 2009, p. 154.

<sup>82</sup> La norma ISO/TS 80004-1:2015(en) definisce «nanoscale [definition 2.1] length range approximately from 1 nm to 100 nm) e «nanomaterial [definition 2.4] material with any external dimension in the nanoscale or having internal structure or surface structure in the nanoscale» (ISO/TS 80004-1:2015(en), *Nanotechnologies - Vocabulary - Part 1: Core terms*). L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) definisce «[m]anufactured nanomaterials (...) chemicals at the nanoscale (1-100 nm in at least one dimension), that can be: materials with new properties developed from old materials (e.g. carbon black); new materials (e.g. fullerenes); existing materials (e.g. TiO<sub>2</sub>)». (<http://www.oecd.org/env/ehs/nanosafety/45910212.pdf>). Definizioni simili si trovano nei documenti di seguito riportati: AUSTRALIAN GOVERNMENT, DEPARTMENT OF HEALTH, *National Industrial Chemicals Notification and Assessment Scheme*, in *Chemical Gazette*, 5 October 2010 (<http://www.nicnas.gov.au/communications/publications/chemical-gazette/chemical-gazette-archive>); U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, *Nanotechnology White Paper*, EPA 100/B-07/001, 2007 (<http://www.epa.gov/osa/pdfs/nanotech/epa-nanotechnology-whitepaper-0207.pdf>); *Proposed significant new use rules on certain chemical substances*, 28 December 2011, in *Federal Register* 76 (249), 81441e81447 e *Chemical substances when manufactured or processed as nanoscale materials; TSCA reporting and recordkeeping requirements*, 2014, in *Federal Register* 80 (65), 18330e18342.

Allo scopo di minimizzare le problematiche di natura tecnica, il Comitato scientifico dell'EFSA ha suggerito di definire le dimensioni «by at least two independent methods (one being electron microscopy)»<sup>83</sup>. Una procedura microscopica ha il pregio di consentire la visualizzazione diretta delle particelle e quindi di determinarne la forma e di misurare ogni singola dimensione. Tuttavia, tali tecniche presentano uno svantaggio in termini statistici potendo essere applicate solo su una percentuale minima di particelle rispetto al loro numero nel materiale in esame.

L'impossibilità di ottenere misure univoche potrebbe essere il motivo per cui l'*École nationale supérieure des mines de Paris (MINES Paris-Tech)* ha suggerito, durante la consultazione pubblica, di aggiungere alla definizione che «a material is a nanomaterial when its size becomes small enough that its properties become different from those of the bulk material»<sup>84</sup>. Tale frase, ineccepibile dal punto di vista scientifico, è al momento di difficile applicazione ai fini normativi in quanto nessuna sostanza potrebbe essere considerata nanomateriale prima di aver determinato le dimensioni al di sotto delle quali si modificano le sue proprietà. Questo risultato può essere raggiunto solo dopo aver stabilito le caratteristiche collegate con la tossicità o con il danno ambientale ed aver fissato l'entità significativa di tali cambiamenti essendo plausibile che le variazioni siano graduali e non repentine.

<sup>83</sup> EFSA SCIENTIFIC COMMITTEE, *Scientific opinion, Guidance on the risk assessment of the application of nanoscience and nanotechnologies in the food and feed chain*, in *The EFSA Journal*, vol. 9(5), 2011, p. 12, DOI: 10.2903/j.efsa.2011.2149. Della stessa opinione è anche il *Group Assessing Already Registered Nanomaterials (GAARN)* dell'*European Chemicals Agency (ECHA)* secondo il quale «ECHA and the MSCAs [Member States competent authorities] stressed that the use of several analytical techniques for characterizing nanoforms (multi-method approach) was favoured. With current knowledge and the limitations of current analytical techniques, there is no single method that can provide sufficient information on all the physicochemical parameters necessary to characterise nanoforms. Furthermore, bias from one technique could be minimised by the use of multiple techniques, providing new and more detailed information. At the very least, it would be expected that the method employed to measure a specific parameter should be identified and reported in the registration dossier» (EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA), *Best practices on physicochemical and substance identity information for nanomaterials*, 1<sup>st</sup> GAARN meeting, Helsinki, 29 May 2012, p. 6).

<sup>84</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses*, cit. *supra*, nota 55, p. 5, punto 1. La proposta di identificare il nanomateriale attraverso il cambiamento delle proprietà era già presente in una precedente opinione dello Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR) secondo la quale nanomateriale è un «material with one or more external dimensions, or an internal structure, which could exhibit novel characteristics compared to the same material without nanoscale features» (EUROPEAN COMMISSION, Health & Consumer Protection Directorate-General, SCENIHR, *The appropriateness of existing methodologies to assess the potential risks associated with engineered and adventitious products of nanotechnologies*, Adopted by the SCENIHR during the 10th plenary meeting of 10 March 2006 after public consultation, par. 3.2, p. 9, [http://ec.europa.eu/health/ph\\_risk/committees/04\\_scenihr/docs/scenihr\\_o\\_003b.pdf](http://ec.europa.eu/health/ph_risk/committees/04_scenihr/docs/scenihr_o_003b.pdf)).

In accordo con la definizione, solo una delle tre dimensioni deve cadere all'interno dell'intervallo affinché il materiale rientri nel campo di applicazione della raccomandazione n. 2011/696/Ue. L'*Organoclay Panel* dell'associazione *CEFIC (European Chemical Industry Council)* suggerì di modificare questo punto in quanto riteneva più opportuno includere solo le particelle che possedessero almeno due dimensioni nell'intervallo<sup>85</sup>. L'accoglimento di tale proposta avrebbe avuto la conseguenza di escludere dalla definizione le particelle aciculari<sup>86</sup> e quelle, come le argille, aventi la forma di lamina sottile.

Il limite di 1 nm consente di eliminare le molecole e gli atomi che sono i normali costituenti di ogni materiale e di ogni essere vivente (vegetale o animale). Tuttavia, non si deve dimenticare che alcune molecole di origine biologica possiedono una dimensione superiore a tale estremo inferiore<sup>87</sup>.

Sotto il limite si collocano i derivati del carbonio (fullereni, grafeni e nanotubi a parete singola)<sup>88</sup> i quali, tuttavia, devono essere considerati nanomateriali anche quando una o più delle loro dimensioni è inferiore a 1 nm<sup>89</sup>, probabilmente in base alle informazioni disponibili sui loro potenziali effetti tossici<sup>90</sup>. La specificazione sembra accogliere l'osservazione

<sup>85</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses, cit. supra*, nota 55, p. 8. L'esclusione delle particelle aventi una sola dimensione nell'intervallo è stata suggerita anche da R. Klingeler, professore di fisica sperimentale al *Kirchhoff-Institut für Physik* dell'Università di Heidelberg (*ivi*, p. 16).

<sup>86</sup> I cristalli aciculari sono «individui cristallini prevalentemente sviluppati in una direzione così da assumere forma di aghi» (vocabolario Treccani - *on line*, <http://www.treccani.it/vocabolario/aciculare/>).

<sup>87</sup> D. R. BOVERHOF - C. M. BRAMANTE - J. H. BUTALA - S. F. CLANCY - M. LAFRANCONI - J. WEST e S. C. GORDON, *Comparative assessment of nanomaterial definitions and safety evaluation considerations*, in *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, vol. 73, 2015, p. 138. Ad esempio, la molecola della ferritina, la proteina che costituisce la riserva di ferro dell'organismo, è una sfera cava con un diametro esterno di 12 nm e un diametro interno di 8 nm in cui sono racchiusi 4.500 atomi di ferro (N. D. CHASTEEN e P. M. HARRISON, *Mineralization in ferritin: an efficient means of iron storage*, in *Journal of Structural Biology*, vol. 126, 1999, p. 182 ss.).

<sup>88</sup> Il grafene è uno strato monoatomico di atomi di carbonio ordinati in celle esagonali. I nanotubi a singola parete sono cilindri di grafene del diametro variabile da circa 1 nm a 30 nm e della lunghezza da 1 µm fino a 30 µm (1 µm è pari a 1.000 nm). I fullereni sono gabbie cave formate da 12 celle esagonali di carbonio del diametro di circa 0,7 nm che devono il nome alla loro somiglianza con le cupole geodetiche dell'architetto Richard Buckminster Fuller.

<sup>89</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/Ue del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nano materiale, cit. supra*, nota 46, punto n. 3.

<sup>90</sup> L. C. THOMPSON - R. N. URANKAR - N. A. HOLLAND - A. K. VIDANAPATHIRANA - J. E. PITZER - L. HAN - S. J. SUMNER - A. H. LEWIN - T. R. FENNELL - R. M. LUST - J. M. BROWN e C. J. WINGARD, *Fullerene C<sub>60</sub> exposure augments cardiac ischemia/reperfusion injury and coronary artery contraction in Sprague Dawley rats*, in *Toxicological Sciences*, vol. 138, 2014, p. 365 ss.; C. A. POLAND - R. DUFFIN - I. KINLOCH - A. MAYNARD - W. A. H.

del *National Research Centre for the Working Environment* danese il quale aveva messo in evidenza che «specific nanoparticles (e.g, C60 fullenes, nanoclusters, small dendrimers) as well as some nanoplates (e.g., some organoclays, nanoclays) and fiber-like materials (e.g, single-walled carbon nanotubes, fine nanofibers) could fall out of the definition» a causa delle loro dimensioni inferiori a 1 nm<sup>91</sup>.

Anche il limite superiore di 100 nm è arbitrario non essendo finora stata dimostrata l'esistenza di un limite dimensionale unico collegato al cambiamento delle proprietà chimico-fisiche di un materiale o all'aumento del livello di rischio per la salute dell'uomo e per l'ecosistema<sup>92</sup>. Altre definizioni, infatti, estendono la forchetta oltre i 100 nm<sup>93</sup> raggiungendo addirittura i 10 µm (10.000 nm) nel caso di particelle respirabili aventi ramificazioni nanoscopiche<sup>94</sup>.

È necessario, tuttavia, sottolineare anche l'esistenza di studi i quali indicano che il limite di 100 nm potrebbe essere eccessivo per particolari tipologie di sostanze. Alcuni Autori hanno infatti rilevato che particelle inorganiche di dimensioni maggiori a 30 nm «do not in general show properties that would require regulatory scrutiny beyond that required for their bulk counterparts»<sup>95</sup>.

In ultimo, si può osservare come la scelta dell'intervallo dimensionale 1-100 nm sia stata criticata durante la consultazione pubblica. Un'organizzazione ambientalista australiana aveva infatti avanzato perplessità sull'utilizzo di tali limiti, argomentando che sarebbe stato più opportuno con-

WALLACE - A. SEATON - V. STONE - S. BROWN - W. MACNEE e K. DONALDSON, *Carbon nanotubes introduced into the abdominal cavity of mice show asbestos-like pathogenicity in a pilot study*, in *Nature Nanotechnology*, vol. 3, 2008, p. 423 ss.

<sup>91</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses, cit. supra*, nota 55, p. 8.

<sup>92</sup> R. J. B. PETERS - H. BOUWMEESTER - S. GOTTARDO - V. AMENTA - M. ARENA - P. BRANDHOFF - H. J. P. MARVIN - A. MECH - F. BOTELHO MONIZ - L. QUIROS PESUDO - H. RAUSCHER - R. SCHOONJANS - A. K. UNDA - M. V. VETTORI - S. WEIGEL e K. ASCHBERGER, *Nanomaterials for products and application in agriculture, feed and food*, in *Trends in Food Science & Technology*, vol. 54, 2016, p. 156.

<sup>93</sup> U.S. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION, *Considering whether an FDA-regulated product involves the application of nanotechnology: guidance for industry: draft guidance* (<http://www.fda.gov/RegulatoryInformation/Guidances/ucm257698.htm>); HEALTH CANADA, *Policy statement on Health Canada's working definition for nanomaterials*, 2011 (<http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/pubs/nano/pol-eng.php>).

<sup>94</sup> CONFEDERAZIONE ELVETICA, UFFICIO FEDERALE DELLA SANITÀ PUBBLICA e UFFICIO FEDERALE DELL'AMBIENTE, *Guida alla griglia di precauzione dei nanomateriali di sintesi*, 2013, p. 9 (<http://www.bag.admin.ch/nanotechnologie/12171/12174/index.html?lang=it>).

<sup>95</sup> M. AUFFAN - J. ROSE - J.-Y. BOTTERO - G. V. LOWRY - J. P. JOLIVET e M. R. WIESNER, *Towards a definition of inorganic nanoparticles from an environmental, health and safety perspective*, in *Nature Nanotechnology*, vol. 4, 2009, p. 634.

siderare un campo più ampio (0,3 nm - 300 nm)<sup>96</sup>. L'ONG sottolineava che particelle di 200 nm sono già dotate di proprietà ottiche tali da consentire ai produttori di filtri solari di introdurle nei loro prodotti in sostituzione della frazione di 100 nm al fine di eludere gli obblighi di notifica e di etichettatura introdotti dal Regolamento (Ce) n. 1223/2009<sup>97</sup>.

### **1.b. Distribuzione dimensionale numerica**

La definizione della raccomandazione stabilisce che un nanomateriale deve possedere «almeno il 50% delle particelle nella distribuzione dimensionale numerica» nell'intervallo compreso tra 1 e 100 nm. Di conseguenza l'altra metà delle particelle che compongono il nanomateriale può avere dimensioni superiori o inferiori a tali limiti. Il valore percentuale non è giustificato da motivazioni scientificamente oggettive per cui la Commissione si propone di concentrarsi «particolarmente sull'innalzamento o sull'abbassamento della soglia del 50% relativa alla distribuzione dimensionale numerica» durante la revisione della raccomandazione n. 2011/696/UE<sup>98</sup> per la cui realizzazione si prenderà in considerazione l'esperienza applicativa e l'auspicabile miglioramento delle conoscenze. Tuttavia, la scelta di una soglia inferiore al 50% sarebbe discutibile nel caso non fosse giustificata da rischi per l'ambiente e i consumatori in quanto avrebbe come conseguenza la classificazione di un prodotto in base ad un componente minoritario tra tutti gli ingredienti aumentando in modo ingiustificato il numero dei nanoprodotto. Questa situazione potrebbe condurre l'opinione pubblica a considerare «normali» tutti i nanomateriali distogliendo l'attenzione dagli eventuali inconvenienti collegati a talune nanoforme<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses, cit. supra*, nota 55, p. 115.

<sup>97</sup> Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 sui prodotti cosmetici, *cit. supra*, nota 44. La funzione di un filtro UV è quella di disperdere le radiazioni UV impedendo l'arrivo in dosi elevate alla cute. La dispersione (*scattering*) è in funzione delle dimensioni in quanto minori sono le dimensioni del filtro più lungo è il cammino ottico della luce. Di conseguenza, al diminuire delle dimensioni delle particelle aumenta il cammino ottico della radiazione facilitandone la cattura (G. BAKI e K. S. ALEXANDER, *Introduction to Cosmetic Formulation and Technology*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2015, p. 292).

<sup>98</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale, cit. supra*, nota 46, punto 6.

<sup>99</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Joint Research Centre, Institute for Health and Consumer Protection, Towards a review of the EC Recommendation for a definition of the term «nanomaterial», Part 3: Scientific-technical evaluation of options to clarify the definition and to facilitate its implementation*, Luxembourg, Publications Office, 2015, pp. 10-11.

La distribuzione dimensionale è stata introdotta per meglio definire le dimensioni delle particelle in quanto tutti i costituenti di una polvere non possiedono la stessa identica grandezza, ma sono un insieme caratterizzato da singole entità di diversa misura. Di conseguenza, solo la media e la deviazione *standard* delle varie granulometrie potrebbe essere utilizzata per definire il campione. Tuttavia, un valore medio non può essere rivelatore della quantità di particelle con dimensioni comprese in un intervallo pre-stabilito.

Per superare il problema la Commissione, conscia della difficoltà di stabilire se un materiale formato da particelle di varia grandezza rientrasse nella nanoscala, ha quindi introdotto il parametro della distribuzione percentuale<sup>100</sup>. Questa soluzione è rispettosa della definizione la quale implicitamente identifica tre classi: una inferiore a 1 nm; una seconda compresa tra 1 nm e 100 nm ed infine una terza di dimensioni superiori a 100 nm. Le particelle appartenenti a ciascuna classe possono essere contate (distribuzione dimensionale numerica) oppure pesate (distribuzione dimensionale ponderale).

La scelta di privilegiare la distribuzione numerica rispetto a quella ponderale è la conseguenza del fatto che poche particelle grandi, e quindi pesanti, possono bilanciare un numero elevato di particelle molto piccole, e quindi leggere, presenti nel materiale<sup>101</sup>. La preferenza è altresì giustificata dalla considerazione che le particelle interagiscono con i substrati biologici attraverso le molecole esposte sulla loro superficie. Di conseguenza, il numero dei bersagli biologici suscettibili di essere eventualmente danneggiati dipende dal numero delle nanoparticelle e non dal loro peso. Infatti, le molecole interne, pur costituendo la parte preponderante della massa, non sono in grado di entrare in diretto contatto con le strutture cellulari.

L'utilizzo della distribuzione numerica non può essere criticato dal punto di vista concettuale sebbene siano state avanzate riserve sulla disponibilità di strumentazioni routinarie che ne permettano la precisa determinazione<sup>102</sup>, soprattutto quando le nanoparticelle sono contenute all'interno

<sup>100</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Draft Commission Recommendation of [...] on the definition of the term «nanomaterial»*, cit. *supra*, nota 54, considerando n. 8.

<sup>101</sup> E. A. J. BLEEKER - W. H. DE JONG - R. E. GEERTSMA - M. GROENEWOLD - E. H. W. HEUGENS - M. KOERS-JACQUEMIJNS - D. VAN DE MEENT - J. R. POPMA - A. G. RIETVELD - S. W. P. WIJNHOFEN - F. R. CASSEE e A. G. OOMEN, *Considerations on the EU definition of a nanomaterial: Science to support policy making*, in *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, vol. 65, 2013, p. 119 ss.

<sup>102</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses*, cit. *supra*, nota 55, p. 45.

di prodotti convenzionali<sup>103</sup>, e sulla precisione della trasformazione degli «experimentally measured signals into accurate number-based size distributions»<sup>104</sup>.

### 1.c. Clausola di flessibilità

Il *considerando* n. 16 della raccomandazione n. 2011/696/UE sottolinea l'opportunità di escludere o di includere alcuni materiali nel campo di applicazione delle disposizioni anche se le loro dimensioni rientrano, o non rientrano, nell'intervallo stabilito<sup>105</sup>. Ovviamente, la decisione non può essere arbitraria, ma deve essere dettata dai risultati di prove scientifiche sull'innocuità o sulla tossicità delle nanoforme di specifici materiali.

Il principio espresso nel *considerando* n. 16 è ripreso anche nella seconda frase della definizione la quale consente «in casi specifici» di sostituire la soglia del 50% della distribuzione dimensionale numerica con un limite compreso tra il 50% e l'1% in applicazione del *considerando* n. 11 secondo il quale «le preoccupazioni per l'ambiente, la salute, la sicurezza o la competitività giustificano l'applicazione di una soglia al di sotto del 50%». La riduzione del limite comporta la diminuzione della percentuale numerica necessaria per classificare una sostanza come nanomateriale. Di conseguenza, la nozione consente di considerare nanomateriali sostanze contenenti piccole quantità di nanoforma qualora la valutazione del rischio indichi che detta riduzione è necessaria in considerazione della dose tossica e/o del tempo d'esposizione presumibile in base all'utilizzo previsto<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> M. G. WACKER - A. PROKOVA e G. MENDES LIMA SANTOS, *Dealing with nanosafety around the globe - Regulation vs. innovation*, in *International Journal of Pharmaceutics*, vol. 509, 2016, p. 97.

<sup>104</sup> R. PETERS - P. BRANDHOFF - S. WEIGEL - H. MARVIN - H. BOUWMEESTER - K. ASCHBERGER - H. RAUSCHER - V. AMENTA - M. ARENA - F. BOTELHO MONIZ - S. GOTTARDO e A. MECH, *Inventory of Nanotechnology applications in the agricultural, feed and food sector*, cit. *supra*, nota 75, p. 10.

<sup>105</sup> «In alcuni casi può essere necessario escludere determinati materiali dal campo di applicazione di norme e disposizioni legislative specifiche, anche qualora essi rientrino nella definizione. Analogamente, può essere necessario includere materiali aggiuntivi, quali alcuni materiali di dimensioni inferiori a 1 nm o superiori a 100 nm, nel campo di applicazione di norme e disposizioni legislative specifiche atte ad applicarsi a un nanomateriale» (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, cit. *supra*, nota 46, *considerando* n. 16).

<sup>106</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Joint Research Centre, Institute for Health and Consumer Protection, Towards a review of the EC Recommendation for a definition of the term «nanomaterial». Part 2: Assessment of collected information, concerning the experience with the definition*, cit. *supra*, nota 99, p. 19, punto 3.3.1.

I chiarimenti introdotti nella definizione per illustrare l'inserimento della clausola di flessibilità consentono tale interpretazione in quanto sono principalmente collegati alla tutela dell'ecosistema e del benessere del consumatore («preoccupazioni per l'ambiente, la salute, la sicurezza»). Le stesse motivazioni traspaiono dall'accento alla competitività il quale potrebbe sottintendere che la riduzione del limite potrebbe essere introdotta nel momento in cui nuove tecniche produttive assicurino di ottenere materiali alternativi di dimensioni convenzionali o consentano la preparazione di una sostanza con una minor percentuale di nanoforme. Tale scelta è coerente con l'esigenza di una normativa in grado di garantire un elevato livello di salute, di sicurezza e di protezione dell'ambiente consentendo altresì di promuovere l'innovazione e la competitività<sup>107</sup>.

La clausola di flessibilità permette di superare l'osservazione di uno studio legale belga il quale aveva sottolineato come la soglia presente nella bozza di raccomandazione (1%)<sup>108</sup> fosse distante dal limite del 10% proposto dall'*International Council of Chemical Association (ICCA)* lamentando la mancanza di «consensus and technical basis for what the threshold number should be»<sup>109</sup>. L'introduzione di un limite variabile in funzione della valutazione del rischio e della tecnologia produttiva attenua le divergenze su questo specifico punto in quanto la sua applicazione si basa sui principi di precauzione e di proporzionalità oltre che sulla fattibilità tecnica.

Tuttavia, la clausola potrebbe nascondere anche un aspetto negativo. Il JRC ha messo in evidenza che l'approccio flessibile potrebbe avere un impatto negativo in quanto un materiale potrebbe essere classificato come convenzionale o come «nano» in funzione della destinazione nonostante la definizione multi-settoriale abbia lo scopo di assicurare che «a material which would be regarded as nanomaterial in one sector will be given the same classification if used in another one»<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Secondo esame regolamentare relativo ai nanomateriali*, cit. supra, nota 19, p. 4, punto 3.

<sup>108</sup> Si ricordi che l'art. 2, secondo trattino, della bozza di raccomandazione prevedeva che un nanomateriale «consists of particles, with one or more external dimensions in the size range 1 nm - 100 nm for more than 1% of their number size distribution».

<sup>109</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses*, cit. supra, nota 55, p. 343.

<sup>110</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Joint Research Centre, Institute for Health and Consumer Protection, Towards a review of the EC Recommendation for a definition of the term «nanomaterial», Part 2: Assessment of collected information concerning the experience with the definition*, cit. supra, nota 99, p. 21.

### 1.d. Area superficiale

La raccomandazione n. 2011/696/UE non si limita a introdurre la clausola di flessibilità, ma estende anche la nozione di nanomateriale alle sostanze aventi un'area superficiale specifica in volume<sup>111</sup> superiore a  $60 \text{ m}^2/\text{cm}^3$  nei casi in cui sia «tecnicamente possibile e richiesto da disposizioni legislative specifiche»<sup>112</sup>.

La funzione accessoria dell'area superficiale è confermata dalla precisazione che tutti i materiali caratterizzati da dimensioni comprese tra 1 e 100 nm sono da considerarsi inclusi nella definizione anche qualora essi non possiedano una superficie specifica superiore a  $60 \text{ m}^2/\text{cm}^3$ <sup>113</sup>. Tale indicazione è la codificazione dell'ultima frase del *considerando* n. 13 della raccomandazione n. 2011/696/UE la quale specifica «che i risultati della distribuzione dimensionale numerica devono prevalere e che non è possibile utilizzare la superficie specifica per dimostrare che un materiale non è un nanomateriale». La puntualizzazione non è banale dal momento che tale valore di area superficiale si ricava da un campione costituito esclusivamente da particelle sferiche e non porose di 100 nm di diametro<sup>114</sup>. Di conseguenza, materiali costituiti ad esempio dall'80% di nanoparticelle di 100 nm e dal 20% di particelle di dimensioni maggiori possiedono valori di area superficiale inferiori a  $60 \text{ m}^2/\text{cm}^3$  pur ricadendo nella definizione di nanomateriale.

Il fatto che l'area superficiale sia in subordine rispetto alle dimensioni evita inoltre l'applicazione della nozione di nanomateriale a particelle porose come le zeoliti le quali, pur avendo valori di area superficiale anche superiori a  $60 \text{ m}^2/\text{cm}^3$ , hanno dimensioni esterne dell'ordine di 1-3 mm<sup>115</sup> oppure di qualsiasi materiale caratterizzato da dimensioni inferiori a 1 nm<sup>116</sup>.

<sup>111</sup> L'area superficiale specifica è l'area totale delle particelle contenute nell'unità di massa o di volume. Il dato viene generalmente espresso in  $\text{m}^2/\text{g}$  (massa) o in  $\text{m}^2/\text{cm}^3$  ( $\text{m}^2/\text{ml}$ ; volume).

<sup>112</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, cit. supra, nota 46, punto 5.

<sup>113</sup> La misura di tale parametro è piuttosto semplice nel caso «di materiali solidi secchi o delle polveri mediante il metodo di adsorbimento di azoto ("metodo BET")» (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Raccomandazione n. 2011/696/UE del 18 ottobre 2011 sulla definizione di nanomateriale*, loc. cit., considerando n. 13). Il metodo «BET» prende il nome dalle iniziali dei cognomi dei tre scienziati che lo hanno proposto (Brunauer, Emmett e Teller). Si veda S. BRUNAUER - P. H. EMMETT e E. TELLER, *Adsorption of Gases in Multimolecular Layers*, in *Journal of American Chemical Society*, vol. 60, 1938, p. 309 ss.

<sup>114</sup> *Public consultation on the definition of nanomaterials. Compilation of responses*, cit. supra, nota 55, p. 6.

<sup>115</sup> Ivi, p. 49.

<sup>116</sup> Ivi, p. 72.

## 2. Definizioni in disposizioni specifiche

La definizione della raccomandazione n. 2011/696/Ue diventa giuridicamente vincolante solo nel momento in cui viene incardinata in una specifica normativa allo scopo di stabilire i requisiti atti a regolamentare una tipologia di beni<sup>117</sup>. L'ordinamento europeo contiene all'interno di determinati atti di diritto derivato definizioni di nanomateriale generalmente meno ampie degli enunciati di quella multi-settoriale in quanto ponderate sulle caratteristiche peculiari della categoria disciplinata<sup>118</sup> le quali sono generalmente in relazione con il tempo di esposizione e con le modalità di utilizzo.

Disposizioni specifiche sui nanomateriali sono state al momento emanate per i prodotti cosmetici, per i biocidi, per gli additivi alimentari e per i materiali di imballaggio a contatto con il cibo. Le peculiarità della filiera alimentare potrebbero indurre a regolamentare prossimamente anche altri prodotti solo in apparenza estranei come i fertilizzanti e i prodotti fitosanitari<sup>119</sup>. Appare evidente che il numero di beni normati rispetto alle classi merceologiche in cui sono utilizzate le nanoforme è limitato. Si può dunque condividere la previsione che disposizioni in materia saranno estese in

<sup>117</sup> La Commissione di ricorso dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA) ha recentemente annullato per violazione del principio di certezza giuridica la decisione dell'ECHA di chiedere ai registranti dati addizionali sui nanomateriali in base alla raccomandazione n. 2011/696/Ue in assenza di un esplicito riferimento nei requisiti in materia di informazione del Regolamento REACH, *cit. supra*, nota 36 (Decisions of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency, 12 October 2016, cases A-008-2015, A-009-2015, A-010-2015, A-011-2015). Tale approccio è stato recentemente confermato in un'altra decisione con cui la Commissione di ricorso ha ribadito che, in assenza di riferimenti nel Regolamento REACH, spetta al legislatore europeo, e non all'Agenzia, introdurre requisiti di informazione addizionali (Decision of the Board of Appeal of the European Chemicals Agency, 2 March 2017, punti 68 e 78). Le decisioni del Board of Appeal sono disponibili su <https://echa.europa.eu/it/about-us/who-we-are/board-of-appeal/decisions>. Si noti infine che l'ECHA ha di recente pubblicato e aggiornato alcuni documenti guida al fine di agevolare i dichiaranti nella preparazione del fascicolo di registrazione che include nanoforme (<https://echa.europa.eu/reach-guidance-for-nanomaterials-published>).

<sup>118</sup> «Since the definition is broad in its coverage, further sector specific qualifiers may be needed in order to identify more precisely those materials that should potentially be subject to specific legislative requirements or policy attention» (Commission Staff Working Paper, Types and uses of nanomaterials, including safety aspects accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Second Regulatory Review on Nanomaterials, SWD(2012) 288 final, Brussels, 3 October 2012, p. 5, punto 2.1).

<sup>119</sup> «EFSA also plans to develop Environmental Risk Assessment Guidance, covering the environmental fate and impact of nanomaterials in agri/food/feed products, particularly nanopesticides and nanoformulations» (R. SCHOONJANS, *Nanomaterials in agri/food/feed: update from the European Food Safety Authority*, in F. CUBADDA - F. AURELI - A. RAGGI - M. C. BAREA TOSCAN e A. MANTOVANI (eds.), *Second National Conference «Nanotechnologies and nanomaterials in the food sector and their safety assessment»*, Istituto Superiore di Sanità, Roma, 29 aprile 2016, Abstract Book, p. 15).

un prossimo futuro anche ad altre tipologie di prodotti<sup>120</sup> come dimostra ad esempio il recente Regolamento (Ue) n. 2017/745 sui dispositivi medici<sup>121</sup> nel cui art. 2, par. 18, è inserita la definizione di nanomateriale.

Tale ipotesi appare maggiormente fondata per i rifiuti tra i quali si rinviene una sempre maggiore quantità di nanomateriali<sup>122</sup>. La Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare del Parlamento europeo ha da tempo auspicato di «inser[ire] una voce specifica per i nanomateriali nell'elenco dei rifiuti stabilito dalla decisione 2000/532/Ce»<sup>123</sup>, di modificare «i criteri di ammissibilità dei rifiuti nelle discariche di cui alla decisione 2003/33/Ce»<sup>124</sup> e di integrare «le misurazioni [delle emissioni derivanti dall'incenerimento dei rifiuti ...] con rilevamenti basati sul numero di particelle e/o sulla superficie»<sup>125</sup>. Tale proposta si è in parte concretizzata nell'art. 8, par. 4, della direttiva n. 2011/65/Ue<sup>126</sup> il quale invita la Commissione a valutare la necessità di un trattamento specifico per i nanomateriali contenuti nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche (AEE) in quanto «l'esposizione ai nanomateriali (...) stabilmente integrati

<sup>120</sup> L. ALMEIDA, *Environmental and safety issues regarding functional finishes*, in R. PAUL (ed.), *Functional Finishes for Textiles: Improving Comfort, Performance and Protection*, Amsterdam, Elsevier, 2014, p. 617.

<sup>121</sup> Regolamento (Ue) n. 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva n. 2001/83/Ce, il Regolamento (Ce) n. 178/2002 e il Regolamento (Ce) n. 1223/2009 e che abroga le direttive n. 90/385/Cee e n. 93/42/Cee del Consiglio. Lo stesso Regolamento (Ue) n. 2017/745 stabilisce, «ai fini della definizione di nanomateriale», il significato dei termini particella, agglomerato e aggregato ai par. 19, 20 e 21 dell'art. 2. In precedenza la Commissione aveva già espresso l'opinione che «[p]er quanto riguarda i dispositivi medici, i servizi della Commissione valuteranno la possibilità di sottoporre a un intervento preventivo sistematico la commercializzazione dei dispositivi che presentano rischi associati ai nanomateriali» (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali*, cit supra, nota 35, p. 7, punto 2.3).

<sup>122</sup> BIO INTELLIGENCE SERVICE, *Study on coherence of waste legislation, Final report prepared for the European Commission (DG ENV)*, 11 August 2011, p. 103, punto 4.4.3.

<sup>123</sup> Decisione della Commissione n. 2000/532/Ce, del 3 maggio 2000, che sostituisce la decisione n. 94/3/Ce che istituisce un elenco di rifiuti conformemente all'art. 1, lett. a., della direttiva n. 75/442/Cee del Consiglio relativa ai rifiuti e la decisione n. 94/904/Ce del Consiglio che istituisce un elenco di rifiuti pericolosi ai sensi dell'art. 1, par. 4, della direttiva n. 91/689/Cee del Consiglio relativa ai rifiuti pericolosi, in *Guce* n. L 226 del 6 settembre 2000, p. 3 ss.

<sup>124</sup> Decisione del Consiglio n. 2003/33/Ce, del 19 dicembre 2002, che stabilisce criteri e procedure per l'ammissione dei rifiuti nelle discariche ai sensi dell'art. 16 e dell'allegato II della direttiva n. 1999/31/Ce, in *Guce* n. L 11 del 16 gennaio 2003, p. 27 ss.

<sup>125</sup> PARLAMENTO EUROPEO - COMMISSIONE PER L'AMBIENTE, LA SANITÀ PUBBLICA E LA SICUREZZA ALIMENTARE, *Relazione sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali* (2008/2208(INI)), 7 aprile 2009, p. 12, punto 16 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2009-0255+0+DOC+PDF+V0//IT>).

<sup>126</sup> Direttiva n. 2012/19/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), in *Gu-Ue* n. L 197 del 24 luglio 2012, p. 38 ss.

(...) nei circuiti elettronici può avvenire durante le fasi di smaltimento e di riciclaggio dei rifiuti» (*considerando* n. 18). I problemi connessi alla presenza nei rifiuti di nanoparticelle provenienti da AEE potrebbero essere in futuro superati anche grazie all'impegno, «[n]on appena saranno disponibili prove scientifiche e tenendo conto del principio di precauzione, [... di] esaminare la restrizione di (...) sostanze di piccolissime dimensioni o con una struttura interna o di superficie molto ridotta (nanomateriali) potenzialmente pericolose in ragione delle caratteristiche relative alle loro dimensioni o struttura (...). A tal fine, il riesame e la modifica dell'elenco delle sostanze con restrizioni d'uso (...) dovrebbero essere coerenti (...) con le attività svolte ai sensi di altre normative dell'Unione, in particolare del regolamento (Ce) n. 1907/2006 [regolamento REACH], garantendo nel contempo il funzionamento reciprocamente autonomo della presente direttiva e del citato regolamento»<sup>127</sup>.

La posizione prudente che si intravede nella direttiva sui rifiuti originati da AEE (un articolo contenente un «invito» e due *considerando*) potrebbe essere il risultato di un compromesso tra un'opinione emersa nel Parlamento europeo che considerava «premature inserire in una normativa la valutazione dei nanomateriali»<sup>128</sup> e la proposta di inserimento della definizione nell'art. 3, lett. *p. ter* (emendamento n. 37), dell'obbligo di una loro notifica nell'art. 5 *bis* (emendamento n. 55) e del nanoargento e dei nanotubi di carbonio nell'elenco delle sostanze vietate dell'allegato IV (emendamento n. 88)<sup>129</sup>.

L'attenzione rivolta alla problematica dei nanomateriali è evidente anche nella decisione n. 2014/312/UE<sup>130</sup> che stabilisce i criteri per l'attribuzione alle vernici di un marchio comunitario di qualità ecologica. Tale de-

<sup>127</sup> Direttiva n. 2011/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, sulla restrizione dell'uso di determinate sostanze pericolose nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche, in *Gu-Ue* n. L 174 del 1° luglio 2011, p. 88 ss., *considerando* n. 16.

<sup>128</sup> Dichiarazione di voto di E. Pallone sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla restrizione dell'uso di determinate sostanze pericolose nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche, Strasburgo, 24 novembre 2010 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20101124&secondRef=ITEM-009&language=IT&ring=A7-2010-0196#3-145>).

<sup>129</sup> PARLAMENTO EUROPEO - COMMISSIONE PER L'AMBIENTE, LA SANITÀ PUBBLICA E LA SICUREZZA ALIMENTARE, *Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla restrizione dell'uso di determinate sostanze pericolose nelle apparecchiature elettriche ed elettroniche*, Documento di seduta, 10 giugno 2010 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2010-0196+0+DOC+PDF+V0/IT>).

<sup>130</sup> Decisione n. 2014/312/UE della Commissione, del 28 maggio 2014, che stabilisce i criteri ecologici per l'assegnazione di un marchio comunitario di qualità ecologica ai prodotti vernicianti per esterni e per interni, in *Gu-Ue* n. L 164 del 3 giugno 2014, p. 45 ss.

cisione impegna il produttore a dichiarare gli ingredienti formati da particelle con almeno una dimensione compresa fra 1 nm e 100 nm qualora il loro numero sia superiore al 50% del totale<sup>131</sup>.

## 2.a. Cosmetici

Nell'Unione europea i cosmetici sono normati dal Regolamento (Ce) n. 1223/2009<sup>132</sup> il quale ha sostituito la direttiva n. 76/768/Cee<sup>133</sup> allo scopo di assicurare una maggior protezione del consumatore mediante la valutazione del rischio e di fornire informazioni affidabili e comprensibili al cittadino medio grazie ad un'appropriata etichettatura. Il Regolamento è stato definito «significativo» in quanto rappresentava il primo esempio di una disposizione in cui sono state incluse regole specifiche per disciplinare l'uso dei nanomateriali<sup>134</sup>.

L'impiego dei nanomateriali nei cosmetici era evidentemente già diffuso nel 2009 se era stata considerata ineludibile la loro regolamentazione con due anni di anticipo rispetto alla definizione multi-settoriale. L'approvazione del provvedimento era stata accolta da un parlamentare europeo con l'appassionata affermazione con la quale si intendeva evidenziare che «[c]on questo voto entriamo nella storia. È la prima volta che viene stilato un regolamento specifico per l'uso di nanomateriali nei prodotti cosmetici: stiamo aprendo una nuova strada»<sup>135</sup>.

L'art. 2, par. 1, lett. k., del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 stabilisce che un nanomateriale all'interno di un prodotto cosmetico è rappresentato da «ogni materiale insolubile o biopersistente e fabbricato intenzionalmente avente una o più dimensioni esterne, o una struttura interna, di misura da 1 a 100 nm»<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Decisione n. 2014/312/Ue della Commissione, del 28 maggio 2014, che stabilisce i criteri ecologici per l'assegnazione di un marchio comunitario di qualità ecologica ai prodotti vernicianti per esterni e per interni, *cit. supra*, nota 130, p. 63.

<sup>132</sup> Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 sui prodotti cosmetici, *cit. supra*, nota 44.

<sup>133</sup> Direttiva n. 76/768/Ce del Consiglio del 27 luglio 1976 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici, in *Guce* n. L 262 del 27 settembre 1976, p. 169 ss.

<sup>134</sup> D. M. BOWMAN - G. VAN CALSTER e S. FRIEDRICH, *Nanomaterials and regulation of cosmetics*, in *Nature nanotechnology*, vol. 5, 2010, p. 92.

<sup>135</sup> Parlamento europeo, discussione n. 15, Prodotti cosmetici (rifusione), intervento di H. Breyer (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20090323+ITEM-015+DOC+XML+V0//IT>).

<sup>136</sup> Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 sui prodotti cosmetici, *loc. cit.*, art. 2, par. 1, lett. k.

La formulazione presenta alcune differenze rispetto alla definizione multi-settoriale che sarà adottata due anni più tardi con la raccomandazione n. 2011/696/Ue. Nella normativa dei cosmetici, la nozione è limitata ai materiali insolubili o biopersistenti appositamente fabbricati. In base alla definizione sono quindi esclusi i nanomateriali di origine naturale che non hanno subito trasformazioni intenzionali e le particelle che si possono eventualmente formare durante i processi produttivi o che possono accidentalmente contaminare i preparati. D'altra parte, tali particelle non dovrebbero essere presenti in elevate quantità nel prodotto finale dal momento che l'applicazione obbligatoria delle «Buone Pratiche di Fabbricazione»<sup>137</sup> «esplicitamente trattat[e] dalla norma EN ISO 22716:200<sup>138</sup>»<sup>139</sup> ne dovrebbe escludere la presenza.

L'accento ai «materiali insolubili» non specifica i solventi in cui il materiale deve essere insolubile né la concentrazione al di sotto della quale una sostanza può essere definita insolubile. In mancanza di queste informazioni, è ragionevole ispirarsi ad altra normativa Ue la quale definisce scarsamente solubili in acqua le sostanze con una solubilità inferiore a 1 mg/l<sup>140</sup>. Potrebbe essere quindi ragionevole considerare insolubile una sostanza la cui concentrazione di saturazione<sup>141</sup> è minore ad una parte in peso di soluto per un milione di parti in volume di solvente.

Per valutare l'insolubilità o la solubilità, potrebbero essere anche prese in considerazione le fasi liquide del cosmetico in quanto l'eventuale utiliz-

<sup>137</sup> L'art. 8, del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 stabilisce al par. 1 che «[n]ella fabbricazione di prodotti cosmetici s[ia]no rispettate le buone pratiche di fabbricazione al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 1» [cioè «garantire (...) un livello elevato di tutela della salute umana»] e al par. 2 che «[q]ualora la fabbricazione avvenga conformemente alle pertinenti norme armonizzate, i cui riferimenti sono stati pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, si presume il rispetto delle buone pratiche di fabbricazione».

<sup>138</sup> ISO (International Organization for Standardization) 22716:2007(en), Cosmetics - Good Manufacturing Practices (GMP) - Guidelines on Good Manufacturing Practices. La versione in francese è reperibile nel sito [http://biotec.ac-dijon.fr/IMG/pdf/Bonnes\\_pratiques\\_de\\_fabrication\\_des\\_produits\\_esth.pdf](http://biotec.ac-dijon.fr/IMG/pdf/Bonnes_pratiques_de_fabrication_des_produits_esth.pdf).

<sup>139</sup> Decisione di esecuzione n. 2013/674/Ue della Commissione, del 25 novembre 2013, relativa alle linee guida sull'allegato I del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici, Allegato, Linee guida sull'allegato I del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 concernente la relazione sulla sicurezza dei prodotti cosmetici, in *Gu-Ue* n. L 315 del 26 novembre 2013, p. 82 ss., nota n. 6.

<sup>140</sup> Direttiva n. 2001/59/Ce della Commissione, del 6 agosto 2001, recante ventottesimo adeguamento al progresso tecnico della direttiva n. 67/548/Cee del Consiglio concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura delle sostanze pericolose, in *Guce* n. L 225 del 21 agosto 2001, p. 1 ss.

<sup>141</sup> Per concentrazione di saturazione si intende la concentrazione di una sostanza in un solvente oltre la quale non è più possibile sciogliere, a quella temperatura, ulteriori quantità della sostanza.

zazione di un nanomateriale solubile nella formulazione non può produrre effetti avversi riconducibili alle dimensioni del particolato essendo presenti in una soluzione, per definizione, esclusivamente ioni o molecole. Di conseguenza, una sostanza in soluzione possiede la stessa tossicità indipendentemente dal fatto che essa sia stata solubilizzata in forma convenzionale o in nanoforma.

L'uso di nanomateriali per preparare una soluzione non eliminerebbe le problematiche legate all'esposizione degli addetti. Tuttavia, tale eventualità può essere ragionevolmente esclusa dal momento che le particelle di grandezza convenzionale hanno un costo che le rende economicamente più vantaggiose.

L'enfasi attribuita dalla definizione all'insolubilità e alla biopersistenza è la logica conseguenza dello scopo della normativa rivolto alla salvaguardia della salute del consumatore. Infatti, le particelle insolubili possono persistere per lungo tempo all'interno del corpo umano interagendo con le strutture biologiche e aumentando le probabilità di insorgenza di fenomeni tossici tranne nel caso in cui processi degradativi (biodegradazione)<sup>142</sup> riducano il materiale in molecole solubili in grado di essere escrete come tali o dopo metabolizzazione. Nel caso di materiali biodegradabili, la tossicità delle forme convenzionali potrebbe essere addirittura maggiore di quella delle nanoforme in quanto la velocità di biodegradazione aumenta con l'incremento dell'area superficiale la quale, come già discusso, è maggiore a parità di massa nelle nanoparticelle. Di conseguenza, minori sono le dimensioni delle particelle, minore dovrebbe essere il tempo della loro biopersistenza nell'organismo. Tuttavia, in considerazione del fatto che la tossicità di una sostanza biodegradabile è correlabile a quella dei suoi prodotti di degradazione, un'elevata velocità di degradazione potrebbe produrre concentrazioni tossiche. A sostegno di quest'ultima deduzione, si può ricordare, ad esempio, che la perdita di ioni da nanoparticelle di argento, pur essendo minima, è pur sempre abbastanza rilevante da spiegare la loro potenziale tossicità<sup>143</sup>. Di conseguenza, tali considerazioni teoriche

<sup>142</sup> La biodegradazione è «[t]he biologically mediated degradation or transformation of chemicals» [EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA), *Guidance on information requirements and chemical safety assessment, Chapter R7b: Endpoint specific guidance*, 2016, p. 183]. «Pre-requisite for biodegradation is that the test material is based on organic carbon chemistry» [EUROPEAN CHEMICALS AGENCY (ECHA), *Guidance on information requirements and chemical safety assessment, Appendix R7-1 Recommendations for nanomaterials applicable to Chapter R7b Endpoint specific guidance*, 2012, p. 5].

<sup>143</sup> K. ASCHBERGER - C. MICHELETTI - B. SOKULL-KLÜTTGEN e F. M. CHRISTENSEN, *Analysis of currently available data for characterising the risk of engineered nanomaterials to the environment and human health - Lessons learned from four case studies*, in *Environment International*, vol. 37, 2011, p. 1146.

necessitano di un'approfondita valutazione prima di essere traslate ad un caso specifico a causa della difficoltà di prevedere *a priori* il comportamento dei nanomateriali.

Nella definizione, il riferimento alla struttura interna include nel campo di applicazione gli aggregati, gli agglomerati e ogni sorta di complessi che siano in grado di rilasciare particelle di grandezza nano.

La nozione mantiene i limiti dimensionali di 1 nm e di 100 nm indicati nella raccomandazione n. 2011/696/UE senza introdurre nessun accenno alla distribuzione dimensionale numerica, alla clausola di flessibilità e all'area superficiale. Dal momento che la raccomandazione non costituisce un atto giuridicamente vincolante e che il Regolamento (CE) n. 1223/2009 rappresenta una sorta di *lex specialis*, si potrebbe dedurre che questi componenti della definizione multi-settoriale non sono applicabili ai cosmetici.

## **2.b. Additivi alimentari**

Il Regolamento (CE) n. 1333/2008<sup>144</sup> può essere considerato uno dei primi atti con cui l'Unione ha palesato il proprio interesse nei confronti del settore dei nanomateriali. L'art. 12, infatti, sancisce che un additivo che ha subito «un cambiamento significativo per quanto riguarda (...) la dimensione delle particelle (...)» va considerato un additivo diverso ed è necessaria una nuova inclusione negli elenchi comunitari o la modifica delle specifiche prima che esso possa essere immesso sul mercato».

Tale articolo può essere considerato come un tentativo di intervento per differenziare dal punto di vista normativo le forme convenzionali dalle nanoforme (nanomateriali) sebbene tali termini non siano esplicitamente introdotti nel testo.

L'enunciato è tuttavia vago in quanto l'espressione «cambiamento significativo» non stabilisce l'entità della riduzione dimensionale a partire dalla quale si impone una nuova valutazione del rischio. L'indeterminatezza è mantenuta nel *considerando* n. 12 il quale suggerisce che «"[m]etodi significativamente diversi" potrebbero implicare (...) una modifica della dimensione delle particelle». La risoluzione dell'interrogativo non sembra giungere da altri atti dell'Unione. Ad esempio, il *considerando* n. 13 del

<sup>144</sup> Regolamento (CE) n. 1333/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 relativo agli additivi alimentari, in *Gu-Ue* n. L 354 del 31 dicembre 2008, p. 16 ss. Per un commento a tale Regolamento si rinvia a W. DEBEUCKELAERE - R. PEREZ BERBEJAL e M.-A. GRANERO ROSELL, *Food Additives, Enzymes, and Flavourings Legislation in the European Union*, in V. KOMOLPRASERT e P. TUROWSKI (eds.), *Food Additives and Packaging*, Washington, Oxford University Press, 2014, p. 41 ss.

Regolamento (Ce) n. 1332/2008<sup>145</sup> sugli enzimi alimentari, pur introducendo accanto ai metodi di produzione anche le «materie prime "significativamente divers[e]"», lascia ancora imprecisata l'importanza del cambiamento dimensionale. L'incertezza applicativa dipendeva probabilmente dalla mancanza di una convergenza sul significato del termine «nano». Solo dopo l'approvazione della definizione multi-settoriale, è possibile stabilire che le particelle di granulometria inferiore a 100 nm hanno subito un cambiamento dimensionale significativo rispetto alla forma convenzionale.

Più tardi, il Regolamento (Ue) n. 1169/2011<sup>146</sup> introdusse nel diritto europeo la definizione di nanomateriale ingegnerizzato (NMI) allo scopo di «informare i consumatori circa la [loro] presenza (...) negli alimenti» (*considerando* n. 25). L'art. 2, par. 2, lett. *t.* del Regolamento definisce un NMI «il materiale prodotto intenzionalmente e caratterizzato da una o più dimensioni dell'ordine di 100 nm o inferiori, o che è composto di parti funzionali distinte, interne o in superficie, molte delle quali presentano una o più dimensioni dell'ordine di 100 nm o inferiori, compresi strutture, aggregati o aggregati che possono avere dimensioni superiori all'ordine di 100 nm, ma che presentano proprietà caratteristiche della scala nanometrica».

L'art. 2, par. 2, lett. *t.*, esplicita anche il significato di «proprietà caratteristiche della scala nanometrica» le quali sono: «i) le proprietà connesse all'elevata superficie specifica dei materiali considerati; e/o ii) le proprietà fisico-chimiche che differiscono da quelle dello stesso materiale privo di caratteristiche nanometriche».

Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 rimanda le indicazioni sul quadro giuridico della definizione alla «revisione del Regolamento (Ce) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari»<sup>147</sup> (*considerando* n. 25) dal mo-

<sup>145</sup> Regolamento (Ce) n. 1332/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 relativo agli enzimi alimentari e che modifica la direttiva n. 83/417/Cee del Consiglio, il Regolamento (Ce) n. 1493/1999 del Consiglio, la direttiva n. 2000/13/Ce, la direttiva n. 2001/112/Ce del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 258/97, in *Gu-Ue* n. L 354 del 31 dicembre 2008, p. 7 ss.

<sup>146</sup> Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i Regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva n. 87/250/Cee della Commissione, la direttiva 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione, la direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive n. 2002/67/Ce e n. 2008/5/Ce della Commissione e il Regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione, in *Gu-Ue* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss. Per approfondire le novità apportate da tale Regolamento si veda F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 225 ss. Con riferimento ai nanomateriali cfr. D. MARRANI, *Nanofoods e novel foods nella legislazione alimentare dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2012, p. 557 ss.

<sup>147</sup> Regolamento (Ce) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997

mento che i NMI possono essere anche dei nuovi alimenti. Il Regolamento (Ue) n. 2015/2283 «costituisce [...] tale] quadro legislativo»<sup>148</sup>. Quindi, l'art. 3 del Regolamento (Ue) n. 2015/2283 ha sostituito l'art. 2 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011. Di conseguenza, la definizione di NMI è attualmente contenuta nell'identica formulazione riportata all'art. 3, par. 3, lett. f., la quale ha inoltre costituito una parte integrante del Regolamento (Ue) n. 609/2013<sup>149</sup> sugli alimenti speciali il cui art. 2, par. 2, lett. b., stabilisce che la definizione di «"nanomateriale ingegnerizzato" di cui all'articolo 2, paragrafo 2, letter[a] t), del regolamento (Ue) n. 1169/2011» sia utilizzata anche per detti nutrimenti.

La nozione è incentrata sui NMI che sono deliberatamente introdotti durante i processi produttivi. In pratica, la definizione non discrimina fra le diverse tipologie (naturale, derivato o fabbricato), ma apporta una distinzione basata sulla volontarietà della loro introduzione. In questo modo, i materiali rientrano nella definizione di NMI se essi, come nel caso delle micelle<sup>150</sup>, sono utilizzati per racchiudere deliberatamente delle sostanze, mentre le nanoemulsioni naturali (maionese, latte omogeneizzato, ecc.) non possono essere considerate NMI.

Tale discriminazione appare coerente con l'affermazione secondo la quale non sarebbe stato logico allargare la nozione di nanomateriale in campo alimentare alle sostanze naturali dal momento che «[t]he presence of nanomaterials in food is not new. Some traditional food manufacturing processes result in the creation of nano-sized particles - for example, production of ricotta cheese involves allowing whey proteins to aggregate into

sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari, in *Guce* n. L 43 del 14 febbraio 1997, p. 1 ss.

<sup>148</sup> Regolamento (Ue) n. 2015/2283 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativo ai nuovi alimenti e che modifica il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga il Regolamento (Ce) n. 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 1852/2001 della Commissione, in *Gu-Ue* n. L 327 dell'11 dicembre 2015, p. 1 ss., *considerando* n. 10.

<sup>149</sup> Regolamento (Ue) n. 609/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo agli alimenti destinati ai lattanti e ai bambini nella prima infanzia, agli alimenti a fini medici speciali e ai sostituti dell'intera razione alimentare giornaliera per il controllo del peso e che abroga la direttiva n. 92/52/Cee del Consiglio, le direttive n. 96/8/Ce, n. 1999/21/Ce, n. 2006/125/Ce e n. 2006/141/Ce della Commissione, la direttiva n. 2009/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e i Regolamenti (Ce) n. 41/2009 e (Ce) n. 953/2009 della Commissione, in *Gu-Ue* n. L 181 del 29 giugno 2013, p. 35 ss.

<sup>150</sup> «Le micelle sono aggregati formati dalle molecole di tensioattivi. Assumono conformazioni generalmente di tipo sferico, ma anche laminari nel caso di concentrazioni più elevate. (...) Le micelle possono ospitare al loro interno molecole (...) idrofobiche; questa possibilità può essere sfruttata per incorporare stabilmente molecole (...) in un mezzo in cui sarebbero difficilmente disperdibili» (P. FRACASSI e M. S. MAROTTOLI, *Dizionario di dermocosmesi*, Milano, Tecniche Nuove, 2006, p. 127).

protein nanoparticles and production of chocolate and ice cream using natural ingredients involves changes to food structures at the nanoscale»<sup>151</sup>.

La nozione amplia il suo campo di applicazione anche ad insiemi di particelle (strutture, agglomerati o aggregati) di dimensioni superiori a 100 nm in possesso di «proprietà caratteristiche della scala nanometrica». Tale precisazione ha il pregio di garantire la rapida estensione della normativa sui nanomateriali a qualsiasi sostanza per la quale si possa presumere, a causa delle dimensioni, un rischio per la salute. Tuttavia, l'applicazione pratica resterà vaga ed indeterminata fino al momento in cui non saranno scientificamente accertate le «proprietà caratteristiche della scala nanometrica» che possano accreditare una ragionevole ipotesi di rischio per la salute.

In prospettiva, appare anche fonte di perplessità la corrispondenza percentuale (o numerica) da attribuire ai vocaboli «molte delle quali» in riferimento alle «parti funzionali distinte, interne o in superficie» contenute nella definizione del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

## 2.c. *Materiali a contatto con gli alimenti*

La normativa sui nanomateriali in campo alimentare non è esclusivamente dedicata agli additivi alimentari in quanto le norme abbracciano anche i materiali a contatto con cibi e bevande i quali sono disciplinati in generale dal Regolamento (Ce) n. 1935/2004<sup>152</sup> il cui art. 3 prescrive che tali materiali siano «prodotti conformemente alle buone pratiche di fabbricazione»<sup>153</sup> affinché, in condizioni d'impiego normali o prevedibili, essi non trasferiscano ai prodotti alimentari componenti in quantità tale da: a) costi-

<sup>151</sup> House of Lords, Science and Technology Committee, 1st Report of Session 2009-10, *Nanotechnologies and Food*, Volume I: Report, *cit. supra*, nota 16, p. 7, punto 1.4. L'opinione è condivisa da altre autorità degli Stati membri. Si veda ad esempio l'affermazione secondo la quale: «[t]his regulation is likely to remain restricted to engineered nanomaterials. Thus, nanomaterials and nano-structured materials (e.g., mayonnaise, margarine, and ice cream) can be exempted from specific provisions for nanomaterials» [National Institute for Public Health and the Environment Protection (RIVM), Ministry of Health, Welfare and Sport, *Interpretation and implications of the European Commission Recommendation on the definition of nanomaterial*, in *RIVM Letter report* 601358001/2012, Bilthoven, The Netherlands, 2012, p. 29, punto 4.5 (<http://www.rivm.nl/dsresource?objectid=rivmp:181801&type=org&disposition=inline>)].

<sup>152</sup> Regolamento (Ce) n. 1935/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 riguardante i materiali e gli oggetti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari e che abroga le direttive n. 80/590/Cee e n. 89/109/Cee, in *Gu-Ue* n. L 338 del 13 novembre 2004, p. 4 ss.

<sup>153</sup> Regolamento (Ce) n. 2023/2006 della Commissione, del 22 dicembre 2006, sulle buone pratiche di fabbricazione dei materiali e degli oggetti destinati a venire a contatto con prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 384 del 29 dicembre 2006, p. 75 ss.

tuire un pericolo per la salute umana». Tale disposizione può sottintendere l'onere di provare che la riduzione delle dimensioni di sostanze presenti nel confezionamento non favorisca la loro migrazione verso l'alimento. L'interpretazione sembra rafforzata dall'art. 11, par. 5<sup>154</sup>, del Regolamento (Ce) n. 1935/2004 il quale, introducendo l'obbligo di comunicare «ogni nuova informazione scientifica o tecnica» utile a stabilire la necessità di una nuova valutazione della sicurezza, potrebbe essere riferita anche alle nanoforme.

Tuttavia, il ricorso all'interpretazione di tali norme non risulta ormai necessario in quanto sono state emanate disposizioni specifiche in materia per gli imballaggi plastici e per i materiali attivi e intelligenti allo scopo di escludere ogni rischio associato al rilascio di sostanze estranee dal contenitore al contenuto.

In realtà, il termine nanomateriale non è stato inserito nel Regolamento (Ue) n. 10/2011 riguardante l'imballaggio con materie plastiche a diretto contatto con gli alimenti (imballaggio primario). Tuttavia, l'art. 9 specifica che «[I]e sostanze in nanoforma sono utilizzate solo se esplicitamente autorizzate e menzionate nelle specifiche di cui all'allegato I»<sup>155</sup>. Inoltre, il *considerando* n. 23 chiarisce che «le autorizzazioni fondate sulla valutazione dei rischi di una sostanza sulla base della dimensione convenzionale delle particelle non si applicano alle nanoparticelle ingegnerizzate» alle quali in ogni caso «il concetto di barriera funzionale<sup>156</sup> non deve applicarsi» (*considerando* n. 27).

Attualmente l'inclusione nell'imballaggio primario di nanomateriali è ristretto a poche sostanze<sup>157</sup> tra le quali si può citare il nitrito di titanio usato nei contenitori di materiale plastico al fine di prevenire la perdita di ani-

<sup>154</sup> Art. 11, par. 5, del Regolamento (Ce) n. 1935/2004: «Il richiedente o l'operatore economico che impiega la sostanza autorizzata o i materiali o gli oggetti che la contengono comunica immediatamente alla Commissione ogni nuova informazione scientifica o tecnica che possa influire sulla valutazione della sicurezza della sostanza autorizzata per quanto riguarda la salute umana. Se necessario, l'Autorità [europea per la sicurezza alimentare] riesamina allora la valutazione».

<sup>155</sup> Regolamento (Ue) n. 10/2011 della Commissione del 14 gennaio 2011 riguardante i materiali e gli oggetti di materia plastica destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 12 del 15 gennaio 2011, p. 11 ss.

<sup>156</sup> «Si tratta di barriera costituita da uno strato all'interno dei materiali o degli oggetti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari che impedisce la migrazione di sostanze attraverso la barriera nei prodotti alimentari» (*ivi, considerando* n. 27).

<sup>157</sup> «Examples include plastic polymers with nanoclay as gas barrier, nano-silver and nano-zinc oxide for antimicrobial action, nano-titanium dioxide for UV protection, nano-titanium nitride for mechanical strength and as processing aid, nano-silica for surface coating, etc.» [Q. CHAUDHRY e K. GROVES, *Nanotechnology application for food ingredients, additives and supplements*, in Q. CHAUDHRY - L. CASTLE e R. WATKINS (eds.), *Nanotechnologies in Food*, Cambridge, Royal Society of Chemistry, 2010, p. 73].

dride carbonica dalle bibite gassate. Poiché non è stata provata la cessione alla bevanda di detto sale, tale nanomateriale è considerato innocuo<sup>158</sup>. Di conseguenza, l'imballaggio plastico che lo contiene è utilizzabile in quanto conforme al *considerando* n. 3 del Regolamento (Ce) n. 1935/2004 il quale suggerisce che «i materiali (...) destinati a venire a contatto (...) con i prodotti alimentari devono essere sufficientemente inerti da escludere il trasferimento di sostanze ai prodotti alimentari in quantità tali da mettere in pericolo la salute umana».

Il Regolamento (Ce) n. 450/2009<sup>159</sup> «concernente i materiali attivi e intelligenti<sup>160</sup> destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari» sebbene non menzioni direttamente i nanomateriali introduce all'art. 5, punto 2, lett. c., le «ii) sostanze prodotte deliberatamente in forme di dimensioni particellari che presentano proprietà fisiche e chimiche funzionali significativamente diverse da quelle delle forme di maggiori dimensioni».

Questa frase, in pratica, fornisce una definizione che si avvicina alle nozioni fissate dai Regolamenti (Ce) n. 1333/2008 sugli additivi alimentari e (Ue) n. 1169/2011 sugli alimenti nelle quali il riferimento dimensionale si affievolisce a favore di non meglio precisate variazioni significative delle proprietà chimiche e fisiche.

## 2.d. Biocidi

La bozza della proposta di Regolamento sui biocidi non contemplava nessuna specifica disposizione sui nanomateriali<sup>161</sup>. La tematica dei nanobiocidi e la definizione di nanomateriale furono introdotti durante la prima lettura al Parlamento europeo in considerazione del fatto che «[d]al punto

<sup>158</sup> EFSA, *Scientific Opinion on the safety evaluation of the substance, titanium nitride, nanoparticles, for use in food contact materials*, in *The EFSA Journal* vol. 10, 2012, p. 2641, DOI: 10.2903/j.efsa.2012.2641.

<sup>159</sup> Regolamento (Ce) n. 450/2009 della Commissione del 29 maggio 2009 concernente i materiali attivi e intelligenti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari, in *Gu-Ue* n. L 135 del 30 maggio 2009, p. 3 ss.

<sup>160</sup> Regolamento (Ce) n. 450/2009 della Commissione del 29 maggio 2009 concernente i materiali attivi e intelligenti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari, *loc. cit.*, art. 3, lett. a., «per "materiali e oggetti attivi" si intendono materiali e oggetti destinati a prolungare la conservabilità o mantenere o migliorare le condizioni dei prodotti alimentari imballati. Essi sono concepiti in modo da incorporare deliberatamente componenti che rilasciano sostanze nel prodotto alimentare imballato o nel suo ambiente, o le assorbono dagli stessi»; lett. b. «per "materiali e oggetti intelligenti" si intendono materiali e oggetti che controllano le condizioni del prodotto alimentare imballato o del suo ambiente».

<sup>161</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council concerning the placing on the market and use of biocidal products*, Com(2009)267 final, Brussels, 12 June 2009 ([http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2009\)0267\\_/com\\_com\(2009\)0267\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2009)0267_/com_com(2009)0267_en.pdf)).

di vista scientifico sussiste incertezza in merito alla sicurezza dei nanomateriali per la salute umana e l'ambiente e il Comitato scientifico dei rischi sanitari emergenti e recentemente identificati (CSRSEI) ha riscontrato alcuni rischi specifici per la salute, come pure effetti tossici su organismi ambientali, di taluni nanomateriali»<sup>162</sup>. Questa osservazione ha probabilmente spinto una parlamentare europea ad esprimersi favorevolmente al fatto che il «testo compi[sse] dei passi avanti, specie su due aspetti fondamentali: la necessità dell'etichettatura in presenza di nanoparticelle in un prodotto e soprattutto la valutazione distinta cui ciascuna nanosostanza sarà sottoposta»<sup>163</sup>.

In un primo momento il Consiglio, nell'accettare di regolamentare in modo specifico i nanomateriali, propose di inserire un richiamo alla definizione multi-settoriale in via di approvazione<sup>164</sup>. In seguito, la collaborazione tra Consiglio e Parlamento portò al testo definitivo, inserito all'art. 3, punto 1, lett. z., nel Regolamento (Ue) n. 528/2012<sup>165</sup> sui biocidi. Tale disposizione è stata la prima norma ad adottare la definizione multi-settoriale al cui interno sono stati inclusi i nanoderivati del carbonio e le nozioni di agglomerato ed aggregato, ma è stata eliminata la clausola di salvaguardia che consente di modificare la soglia numerica del 50%.

Il Regolamento definisce nanomateriale «un principio attivo o una sostanza non attiva, naturale o fabbricato, contenente particelle allo stato libero, aggregato o agglomerato, e in cui, per almeno il 50 % delle particelle nella distribuzione dimensionale numerica, una o più dimensioni esterne siano comprese fra 1 nm e 100 nm».

Il Regolamento (Ue) n. 528/2012 è stato anche il primo atto Ue a stabilire chiaramente che «[l']approvazione di un principio attivo non comprende i nanomateriali, salvo dove esplicitamente indicato» (art. 4, par. 4).

<sup>162</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 22 settembre 2010 sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'immissione sul mercato e all'uso dei biocidi (Com(2009)0267-C7-0036/2009- 2009/0076(COD)) - prima lettura (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P7-TA-2010-0333%200%20DOC%20XML%20V0/it>).

<sup>163</sup> Intervento di M. Rivasi al Parlamento europeo durante la discussione su «Immissione sul mercato e uso dei biocidi», - Strasburgo, 21 settembre 2010 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20100921&secondRef=ITEM-010&language=IT&ring=A7-2010-0239>).

<sup>164</sup> Posizione (Ue) n. 11/2011 del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, adottata dal Consiglio il 21 giugno 2011, in *Gu-Ue* n. C 320 E dell'1 novembre 2011, p. 1 ss. L'art. 3, par. 1, lett. aa., di detta posizione recita: «"nanomateriali", i nanomateriali quali definiti nella raccomandazione 20.../.../ CE della Commissione, del ..., riguardante la definizione dei nanomateriali».

<sup>165</sup> Regolamento (Ue) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, *cit. supra*, nota 27.

Tale concetto è ribadito dall'art. 19, par. 1, lett. *f.*, il quale specifica che, nel caso siano presenti nanomateriali in un prodotto, «il rischio per la salute umana, la salute animale e l'ambiente è stato valutato in modo distinto». Questa frase esplicita che l'autorizzazione all'uso di un biocida che contenga nanoparticelle è subordinata ad un'ulteriore valutazione del rischio di cui deve essere provata la significatività dei risultati<sup>166</sup>. Inoltre, in base all'art. 25, lett. *c.*, del Regolamento, i biocidi che contengono nanomateriali non possono beneficiare della procedura di autorizzazione semplificata.

In mancanza della possibilità di modificare il valore percentuale della distribuzione numerica e in assenza di riferimenti alle variazioni delle proprietà chimiche e fisiche, l'art. 3, par. 3, specifica che, in caso di ambiguità, uno Stato membro può richiedere alla Commissione «di decidere, mediante atti di esecuzione, se una sostanza sia un nanomateriale, con particolare riguardo alla raccomandazione n. 2011/696/Ue della Commissione, del 18 ottobre 2011, sulla definizione di nanomateriale».

### 3. Aggiornamento e revisione della definizione

Tutti gli atti sopra illustrati hanno in comune l'impegno di rivedere la nozione di nanomateriale per adeguarla ai progressi tecnico-scientifici e alle definizioni concordate a livello internazionale mediante atti non legislativi che garantiscono la tempestività dell'intervento. Tale previsione è inserita nell'art. 4, par. 4, del Regolamento (Ue) n. 528/2012, nell'art. 18, par. 5, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 sugli alimenti e nell'art. 2, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 sui cosmetici. Queste disposizioni riconoscono che la nozione non è punto di arrivo definitivo, ma costituisce una base dinamica di aggiornamento in funzione dei progressi delle nanotecnologie e degli accordi internazionali in materia.

Nel caso dei prodotti alimentari, l'art. 18, par. 5, del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 conferisce un valore più stringente al proposito di rivedere «regolarmente le disposizioni sui nanomateriali alla luce dei progressi scientifici» (*considerando* n. 32) inserendo nell'articolato quanto auspicato nel *considerando* n. 29 sulla necessità di adeguare la nozione di nanomate-

<sup>166</sup> Infatti «[a]llorché i metodi di prova sono applicati ai nanomateriali, va illustrata l'idoneità scientifica per i nanomateriali e, se del caso, gli adattamenti/adequamenti tecnici che sono stati apportati per tener conto delle caratteristiche specifiche dei materiali in questione» (Regolamento (Ue) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi, *cit. supra*, nota 27, Allegato II - Prescrizioni in materia di informazione per i principi attivi, punto 5).

riale alle definizioni di altri enti o organismi sovranazionali e agli sviluppi tecnico-scientifici.

Finora, la Commissione ha usufruito della delega di modificare la definizione solo con l'art. 1 del Regolamento delegato (Ue) n. 1363/2013<sup>167</sup> il quale sostituisce «[l]’articolo 2, paragrafo 2, lettera t), del regolamento (Ue) n. 1169/2011». La nuova definizione stabiliva che si doveva intendere per NMI «il materiale prodotto intenzionalmente contenente particelle allo stato libero, aggregato o agglomerato e in cui, per almeno il 50 % delle particelle nella distribuzione dimensionale numerica, una o più dimensioni esterne siano comprese nella classe di grandezza tra 1 nm e 100 nm» inserendo inoltre «[a] titolo di deroga (che): gli additivi alimentari che rientrano nella definizione di cui al primo paragrafo non sono considerati nanomateriali ingegnerizzati se sono stati inclusi negli elenchi dell’Unione di cui all’articolo 4 del regolamento (Ce) n. 1333/2008<sup>168</sup> dai regolamenti della Commissione (Ue) n. 1129/2011<sup>169</sup> e (Ue) n. 1130/2011<sup>170</sup>», oltre a stabilire che i fullereni, i fiocchi di grafene e i nanotubi di carbonio sono sempre da considerare nanomateriali e ad aggiungere, ai fini di definizione, quella di materiale «iv) "prodotto intenzionalmente": il materiale prodotto per svolgere una specifica funzione o conseguire una particolare finalità» e le nozioni di particella, aggregato ed agglomerato già inserite nella raccomandazione n. 2011/696/Ue.

Questa definizione del Regolamento (Ue) n. 1363/2013<sup>171</sup>, più articolata di quella presente nel Regolamento (Ue) n. 1169/2011, ha avuto una vita effimera. Pochi giorni dopo l’emanazione del Regolamento delegato (Ue) n. 1363/2013, la *Gu-Ue* riportava che «la pubblicazione del regolamento

<sup>167</sup> Regolamento delegato (Ue) n. 1363/2013 della Commissione, del 12 dicembre 2013, che modifica il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, per quanto riguarda la definizione di «nanomateriali ingegnerizzati», in *Gu-Ue* n. L 343 del 19 dicembre 2013, p. 26 ss.

<sup>168</sup> Regolamento (Ce) n. 1333/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli additivi alimentari, *cit. supra*, nota 144.

<sup>169</sup> Regolamento (Ue) n. 1129/2011 della Commissione, dell’11 novembre 2011, che modifica l’allegato II del Regolamento (Ce) n. 1333/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio istituendo un elenco dell’Unione di additivi alimentari, in *Gu-Ue* n. L 295 del 12 novembre 2011, p. 1 ss.

<sup>170</sup> Regolamento (Ue) n. 1130/2011 della Commissione, dell’11 novembre 2011, che modifica l’allegato III del Regolamento (Ce) n. 1333/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli additivi alimentari istituendo un elenco dell’Unione degli additivi alimentari autorizzati negli additivi alimentari, negli enzimi alimentari, negli aromi alimentari e nei nutrienti, in *Gu-Ue* n. L 295 del 12 novembre 2011, p. 178 ss.

<sup>171</sup> Regolamento delegato (Ue) n. 1363/2013 della Commissione, del 12 dicembre 2013, che modifica il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, per quanto riguarda la definizione di «nanomateriali ingegnerizzati», *loc. cit.*

delegato della Commissione (Ue) n. 1363/2013 va considerata nulla e non avvenuta»<sup>172</sup>. Tale rettifica dipendeva dalle obiezioni sollevate sull'atto delegato dal Parlamento europeo sulla base dell'art. 290, par. 2, TFUE.

Il Parlamento contestava *inter alia* l'esclusione dall'obbligo di inserire il termine «nano» in etichetta per gli additivi già in uso dal momento che «sono proprio gli additivi alimentari che possono essere presenti negli alimenti sotto forma di nanomateriali»<sup>173</sup>. La divergenza era il risultato del confronto tra due diversi punti di vista. La Commissione riteneva che la dicitura «nano» fosse in grado di inculcare nel consumatore il pregiudizio che l'additivo costituisse una nuova sostanza e non un prodotto di uso ormai consolidato (*considerando* H), mentre il Parlamento si opponeva alla distinzione tra nuovo e vecchio facendo leva sul fatto che il Regolamento prescriveva l'etichettatura di tutti i nano-ingredienti ingegnerizzati (*considerando* I). La differente opinione sulla necessità di informare il consumatore della presenza di nanomateriali già da tempo utilizzati in dimensioni convenzionali potrebbe invitare ad una riflessione anche sull'eventuale opportunità di sottoporre a nuova valutazione una nanoforma il cui uso consolidato potrebbe consentire di escluderne la tossicità.

La risposta a questa perplessità potrebbe discendere dal già citato art. 12 del Regolamento (Ce) n. 1333/2008<sup>174</sup> il quale considera una sostanza diversa l'additivo che ha subito un «cambiamento significativo per quanto riguarda (...) la dimensione delle particelle, ad esempio per mezzo delle nanotecnologie» e dal *considerando* n. 12 del Regolamento (Ce) n. 1332/2008<sup>175</sup> secondo il quale «[u]n enzima alimentare già incluso nel-

<sup>172</sup> Rettifica del Regolamento delegato della Commissione (Ue) n. 1363/2013 del 12 dicembre 2013 che modifica il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori per quanto concerne la definizione di «nanomateriali ingegnerizzati», in *Gu-Ue* n. L 346 del 20 dicembre 2013, p. 89.

<sup>173</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sul Regolamento delegato della Commissione del 12 dicembre 2013, che modifica il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, per quanto concerne la definizione di «nanomateriali ingegnerizzati», *considerando* F (C(2013)08887 – 2013/2997(DEA)), P7\_TA(2014)0218 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2014-0218+0+DOC+PDF+V0//IT>).

<sup>174</sup> Regolamento (Ce) n. 1333/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli additivi alimentari, *cit. supra*, nota 144. Il *considerando* n. 25 stabilisce che «[u]n additivo alimentare già autorizzato in applicazione del presente regolamento e ottenuto con metodi di produzione (...) diversi da quelli oggetto della valutazione dei rischi effettuata dall'Autorità [europea per la sicurezza degli alimenti] (...) dovrebbe essere sottoposto ad una valutazione dell'Autorità. "Metodi significativamente diversi" potrebbero implicare (...) una modifica della dimensione delle particelle, anche mediante l'uso delle nanotecnologie».

<sup>175</sup> Regolamento (Ce) n. 1332/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo agli enzimi alimentari e che modifica la direttiva n. 83/417/Cee del Consi-

l'elenco comunitario di cui al presente regolamento, ottenuto con metodi di produzione (...) "significativamente diversi" [come ...] un cambiamento della dimensione delle particelle» dovrebbe essere sottoposto a una nuova valutazione. Da queste formulazioni si deduce che nel caso in cui sia intervenuto un cambiamento delle dimensioni della sostanza convenzionale sono necessari nuovi studi di tossicità. Tuttavia, le ulteriori indagini devono interessare anche le nanoforme approvate prima della presa d'atto delle problematiche legate ai nanomateriali in quanto le precedenti valutazioni non erano focalizzate sui nano-rischi la cui esistenza poteva essere sconosciuta al tempo dell'approvazione.

La letteratura scientifica, ad esempio, non è ancora in grado di stabilire se gli effetti tossici osservati dopo la somministrazione orale di silicio (E551) siano prodotti dalle molecole in soluzione o dalle nanoparticelle allo stato solido<sup>176</sup>. Se la tossicità epatica fosse causata dalle molecole di silicio in soluzione, si potrebbe escludere l'esistenza di conseguenze causate dall'esposizione al silicio o alla sua nanoforma. Al contrario, se il nanosilicio raggiungesse il fegato allo stato solido, si dovrebbe presumere la presenza di una tossicità legata alla nanoforma. Tali dubbi sono risolvibili solo attraverso la conoscenza della modalità di assorbimento delle nanoparticelle di silicio attraverso il tratto gastrointestinale<sup>177</sup>.

Questo ragionamento costituisce la base scientifica del Regolamento (Ue) n. 257/2010<sup>178</sup> il quale prescrive una rivalutazione di ogni additivo alimentare approvato, cioè «autorizzato precedentemente al 20 gennaio

glio, il Regolamento (Ce) n. 1493/1999 del Consiglio, la direttiva n. 2000/13/Ce, la direttiva n. 2001/112/Ce del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 258/97, *cit. supra*, nota 145.

<sup>176</sup> S. DEKKERS - P. KRYSSTEK - R. J. B. PETERS - D. P. K. LANKVELD - B. G. H. BOKKERS - P. H. VAN HOEVEN-ARENTZEN - H. BOUWMEESTER e A. G. OOMEN, *Presence and risks of nanosilica in food products*, in *Nanotoxicology*, vol. 5, 2011, p. 402; S. DEKKERS - H. BOUWMEESTER - P. M. J. BOS - R. J. B. PETERS - A. G. RIETVELD e A. G. OOMEN, *Knowledge gaps in risk assessment of nanosilica in food: evaluation of the dissolution and toxicity of different forms of silica*, in *Nanotoxicology*, vol. 7, 2013, p. 367.

<sup>177</sup> Il Regolamento di esecuzione (Ue) n. 408/2014 della Commissione, del 23 aprile 2014, che approva il diossido di silicio amorfo sintetico come principio attivo esistente destinato a essere utilizzato nei biocidi del tipo di prodotto 18 [il Regolamento (Ue) n. 528/2012 classifica i biocidi in 22 tipi; il tipo 18 sono i prodotti usati per il controllo degli artropodi (insetti, aracnidi e crostacei)], in *Gu-Ue* n. L 121 del 24 aprile 2014, p. 17 ss., recita al *considerando* n. 5: «[p]oiché dalla valutazione è risultato che il diossido di silicio amorfo sintetico è un nanomateriale, l'approvazione dovrebbe coprire tali nanomateriali, a norma dell'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento (Ue) n. 528/2012, [secondo cui «[l]'approvazione di un principio attivo non comprende i nanomateriali, salvo dove esplicitamente indicato»] purché siano rispettate determinate specifiche e condizioni d'uso».

<sup>178</sup> Regolamento (Ue) n. 257/2010 della Commissione del 25 marzo 2010 che istituisce un programma relativo a una nuova valutazione degli additivi alimentari autorizzati conformemente al Regolamento (Ce) n. 1333/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli additivi alimentari, in *Gu-Ue* n. L 80 del 26 marzo 2010, p. 19 ss.

2009» [art. 2, lett. a.] e «di un additivo alimentare o di un gruppo di additivi alimentari, qualora emergano nuovi dati scientifici che: a) indichino un possibile rischio per la salute umana, o b) siano passibili di influenzare in qualunque modo la valutazione sulla sicurezza di tale additivo alimentare o gruppo di additivi alimentari» (art. 3, par. 3). Ovviamente, le nanoforme, pur non nominate, sono incluse tra le sostanze per le quali sono emersi nuovi dati scientifici.

Nel *considerando* T della proposta di risoluzione sui NMI<sup>179</sup>, la Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare del Parlamento europeo aveva eccepito anche sulla soglia del 50% in quanto «in contrasto (...) con l'obiettivo fondamentale (...) di perseguire un elevato livello di protezione della salute e degli interessi dei consumatori [esprimendo il parere] che la soglia del 10% raccomandata dall'EFSA sarebbe più adeguata». Tuttavia, il Parlamento non aveva ritenuto opportuno inserire tale richiesta.

#### 4. La notifica dei nanomateriali

L'inadeguatezza informativa sugli eventuali rischi connessi all'uso delle nanoforme nei cosmetici lamentata dal *considerando* n. 30 del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 è stata superata mediante l'inserimento nello stesso Regolamento dell'art. 16 dedicato ai nanomateriali. Secondo tale norma, oltre alla notifica del cosmetico stabilita dall'art. 13 per tutti componenti della formulazione, i prodotti che contengono una sostanza in nanodimensioni devono essere ulteriormente notificati (nano-notifica) attraverso il *Cosmestic Products Notification Portal* (CPNP) almeno 6 mesi prima della loro immissione in commercio (art. 16, par. 3). Tale disposizione assicura alla Commissione la possibilità di richiedere l'intervento preventivo del SCCS in caso di perplessità sull'innocuità dei nanoingredienti (art. 16, par. 4) pur mantenendo inalterata la facoltà di intraprendere valutazioni successive qualora nuove circostanze o informazioni consiglino ulteriori approfondimenti sulla nanoforma (art. 16, par. 5).

<sup>179</sup> Proposta di risoluzione del 18 dicembre 2014 presentata a norma dell'art. 87 bis, par. 3, del Regolamento, sul Regolamento delegato della Commissione del 12 dicembre 2013, che modifica il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, per quanto concerne la definizione di «nanomateriali ingegnerizzati» (C(2013)8887 – 2013/2997(DEA)), Matthias Groote a nome della Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2014-0185&language=IT>).

Il *CPNP Manual referring to Article 16*<sup>180</sup> illustra le procedure e le modalità di compilazione della nano-notifica la quale deve per prima cosa contenere tutti i dati per l'identificazione «compresa la denominazione chimica (IUPAC)<sup>181</sup> e altri descrittori come specificato al punto 2 del preambolo agli allegati da II a VI del (...) regolamento» (Ce) n. 1223/2009<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> Cosmetic Products Notification Portal (CPNP), User Manual for the Notification of Cosmetic Products Containing Nanomaterials ([https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/cpnp/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/cpnp/index_en.htm)).

<sup>181</sup> «Questo campo copre la denominazione chimica e quella IUPAC (International Union of Pure and Applied Chemistry - Unione internazionale di chimica pura e applicata). Esso copre le denominazioni EINECS, che impiegano la nomenclatura IUPAC, e quelle CAS, che offrono chiaramente un'adeguata identificazione dell'ingrediente in questione. Le due voci sono state abbinare per evitare doppioni» (decisione della Commissione del 9 febbraio 2006 che modifica la decisione n. 96/335/Ce che istituisce l'inventario e la nomenclatura comune degli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici, in *Gu-UE* n. L 97 del 5 aprile 2006, p. 1, Allegato, Sezione I, Ingredienti cosmetici diversi dai profumi e dalle materie prime aromatiche, n. 6).

<sup>182</sup> Il punto 2 del preambolo agli allegati da II a VI del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 recita: «Per agevolare l'identificazione delle sostanze vengono impiegati i seguenti descrittori: - gli "international non-proprietary names" (INN) per i prodotti farmaceutici, OMS, Ginevra, agosto 1975 ["Questa abbreviazione fa riferimento alla denominazione internazionale non tutelata raccomandata dall'Organizzazione mondiale della sanità", decisione della Commissione del 9 febbraio 2006 che modifica la decisione n. 96/335/Ce che istituisce l'inventario e la nomenclatura comune degli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici, *loc. cit.*, Allegato, Sezione I, Ingredienti cosmetici diversi dai profumi e dalle materie prime aromatiche, n. 2)]; - i numeri CAS (*Chemical Abstract Service numbers*) [CAS: "is a numeric identifier that can contain up to 10 digits, divided by hyphens into three parts" (<https://www.cas.org/content/chemical-substances/faqs>). "Questa abbreviazione fa riferimento al numero di codice stabilito del Chemical Abstracts Service. Il numero CAS costituisce un rinvio ad un codice mondiale che consente d'identificare le sostanze chimiche" (decisione della Commissione del 9 febbraio 2006 che modifica la decisione n. 96/335/Ce che istituisce l'inventario e la nomenclatura comune degli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici, *loc. ult. cit.*, Allegato, Sezione I, Ingredienti cosmetici diversi dai profumi e dalle materie prime aromatiche, n. 4)]; - il numero CE, che corrisponde ai numeri dell'inventario europeo delle sostanze chimiche esistenti a carattere commerciale (*European Inventory of Existing Commercial chemical Substances* - EINECS), o della lista europea delle sostanze chimiche notificate (*European List of Notified Chemical Substances* - ELINCS) ["Si tratta di un riferimento al codice numerico stabilito dall'inventario europeo delle sostanze chimiche esistenti in commercio (*European inventory of existing commercial chemical substances* - EINECS) per le sostanze chimiche già note, ovvero dalla lista europea delle sostanze chimiche notificate (*European List of Notified Chemical Substances* - ELINCS) per le sostanze chimiche nuove" (decisione della Commissione del 9 febbraio 2006 che modifica la decisione n. 96/335/Ce che istituisce l'inventario e la nomenclatura comune degli ingredienti utilizzati nei prodotti cosmetici, *loc. cit.*, Allegato, Sezione I, Ingredienti cosmetici diversi dai profumi e dalle materie prime aromatiche, n. 5)], oppure al numero di registrazione assegnato conformemente al Regolamento (Ce) n. 1907/2006; - lo XAN, che indica il nome approvato da un Paese specifico (X), ad esempio USAN [*United States Adopted Name*] che corrisponde al nome approvato dagli Stati Uniti [tra le altre nomenclature nazionali si può ricordare BAN (*British Approved Name*) e JAN (*Japanese Accepted Name*)]; il nome contenuto nel glossario delle denominazioni comuni degli ingredienti di cui all'articolo 33 del (...) regolamento» (Ce) n. 1223/2009. Un'ulteriore indicazione è rappresentata dall'INCI che «sta per International nomenclature cosmetic ingredient (ingrediente cosmetico secondo la nomenclatura internazionale). Essa fa riferimento a una nuova terminologia sviluppata dalla COLIPA [The European Cosmetics Association, dal 2012 "Cosmetics Europe"] per tener conto della necessità di un'impostazione veramente internazionale» (decisione della Commissione del 9 febbraio 2006 che modifica la decisione n. 96/335/Ce che istituisce l'inventario e la nomenclatura comune degli ingredienti utilizzati nei

Ovviamente, i dati richiesti sono quelli peculiari della nanoforma i quali non possono essere sostituiti da valori estrapolati dalle particelle convenzionali, come chiaramente indicato dal par. 3 del preambolo agli annessi da II a VI del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 secondo il quale «[l]e sostanze elencate negli allegati da III a VI non comprendono i nanomateriali, salvo dove espressamente indicato».

Il modulo di nano-notifica richiede informazioni quale la classe di appartenenza del nanomateriale (ad esempio silicati, fullereni, ecc.) e «le proprietà fisico-chimiche più rilevanti di ciascuna sostanza e miscela contenuta nel prodotto, per esempio: identificazione chimica, forma fisica, peso molecolare, solubilità, coefficiente di ripartizione, purezza della sostanza, altri parametri rilevanti per la caratterizzazione di sostanze e miscele specifiche e, per i polimeri, l'intervallo e il peso molecolare medio»<sup>183</sup> oltre ai descrittori di forma e di dimensione [art. 16, par. 3, lett. b.] («the lowest size cut-off value, the volume weighted median, and the number weighted median»<sup>184</sup>).

Queste ultime richieste sono funzionali ad un'efficace caratterizzazione dimensionale, ma non sostituiscono in termini pratici le maggiori informazioni ricavabili dalla distribuzione dimensionale numerica la quale «se del caso (...) dev'essere inclusa nelle caratteristiche fisico-chimiche, soprattutto per quanto riguarda i nanomateriali»<sup>185</sup> sebbene essa non sia inserita nella definizione all'art. 2, par. 1, lett. k., del Regolamento (Ce) n. 1223/2009.

In accordo con le specifiche line guida SCCS<sup>186</sup>, le misure devono essere ottenute con più di un metodo e la notifica deve riportare i risultati ricavati con la strumentazione che ha fornito le dimensioni minori allegando i valori ottenuti con tutte le altre tecniche.

prodotti cosmetici, *loc. cit.*, Allegato, Sezione I, Ingredienti cosmetici diversi dai profumi e dalle materie prime aromatiche, n. 1, capoverso n. 2).

<sup>183</sup> Decisione di esecuzione della Commissione n. 2013/674/Ue, del 25 novembre 2013, relativa alle linee guida sull'allegato I del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici, in *Gu-Ue* n. L 315 del 26 novembre 2013, p. 82 ss., punto 3.2.1. Caratteristiche fisiche/chimiche delle sostanze o delle miscele, prima frase.

<sup>184</sup> Cosmetic Products Notification Portal (CPNP), User Manual for the Notification of Cosmetic Products Containing Nanomaterials, p. 11 ([https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/cpnp/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/growth/sectors/cosmetics/cpnp/index_en.htm)).

<sup>185</sup> Decisione di esecuzione della Commissione n. 2013/674/Ue, del 25 novembre 2013, relativa alle linee guida sull'allegato I del Regolamento (Ce) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici, *loc. cit.*, punto 3.2.1. Caratteristiche fisiche/chimiche delle sostanze o delle miscele, prima frase.

<sup>186</sup> SCIENTIFIC COMMITTEE ON CONSUMER SAFETY (SCCS), *Guidance on the Safety Assessment of Nanomaterials in Cosmetics*, SCCS/1484/12, opinion adopted at 15<sup>th</sup> plenary meeting, 26- 27 June 2012.

Le informazioni chimico-fisiche includono anche il valore del potenziale zeta<sup>187</sup>, le eventuali modificazioni superficiali teoricamente in grado di stravolgere la reattività superficiale e la solubilità sia in acqua sia in ottanolo. Quest'ultima fornisce un'indicazione di massima sulla solubilità del materiale nelle componenti grasse del corpo umano dove potrebbe accumularsi.

Inoltre, la nano-notifica richiede al produttore di effettuare «una stima della quantità di nanomateriale contenuto nei prodotti cosmetici che si prevede di immettere sul mercato per anno» [art. 16, par. 3, lett. c.] probabilmente per avere indicazioni sul prevedibile impatto su uomini e ambiente.

La particolare attenzione rivolta alla salvaguardia della salute del consumatore è evidenziata dalla richiesta di riportare il profilo tossicologico del nanomateriale (non della sostanza nelle sue abituali dimensioni) [art. 16, par. 3, lett. d.], «i dati sulla sicurezza del nanomateriale relativi alla categoria del prodotto cosmetico in cui detto nanomateriale è usato» [art. 16, par. 3, punto 4, lett. e.] e le condizioni di esposizione previste [art. 16, par. 3, punto 4, lett. f.].

Tutti gli elementi della notifica possono essere modificati dalla Commissione (art. 16, par. 7) «secondo la procedura di regolamentazione con controllo di cui all'articolo 32, paragrafo 3» (art. 16, par. 8) nel caso nuove conoscenze scientifiche ne indicassero la necessità.

Le disposizioni dell'art. 16 non si applicano ai nanomateriali disciplinati all'art. 14 «a meno che non sia espressamente specificato» (art. 16, par. 2). Tali sostanze, utilizzate come coloranti, filtri UV o conservanti possono essere introdotte nei prodotti cosmetici solo se inserite nelle liste degli allegati IV, V e VI.

## 5. L'indicazione «nano» in etichettatura

Al fine di consentire al consumatore una scelta consapevole del cosmetico, il Regolamento (Ce) n. 1223/2009 prescrive che l'etichetta indichi chiaramente la presenza di nanomateriali facendo seguire al nome del nano-componente nella lista degli ingredienti il suffisso «nano» tra parentesi<sup>188</sup> [art. 19, par. 1, lett. g., capoverso 5]. La nano-etichettatura è pre-

<sup>187</sup> INTERNATIONAL UNION OF PURE AND APPLIED CHEMISTRY (IUPAC), *Compendium of Chemical Terminology - Gold Book*, Oxford, Blackwell Scientific Publications, 2nd ed., 1997, p. 60: «Potential drop across the mobile part of the double layer, that is responsible for electrokinetic phenomena». Il potenziale zeta ( $\zeta$ ) è responsabile della stabilità delle particelle colloidali in sospensione. Un elevato valore di  $\zeta$  (espresso in mV) conferisce stabilità in quanto si originano repulsioni elettrostatiche che impediscono l'aggregazione delle particelle disperse.

<sup>188</sup> Possono essere impiegati tutti i tipi di parentesi ( ) [ ] { } < > non essendo specificata

scritta anche per altre categorie merceologiche come gli alimenti [art. 18, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 1169/2011] e i biocidi [art. 58, par. 3, lett. d., del Regolamento (Ue) n. 528/2012].

Nei tre atti la regolamentazione della nano-etichettatura ha subito lo stesso percorso<sup>189</sup>, come è ricordato da un intervento al Parlamento europeo in cui si affermava che i contenuti del Regolamento sui nuovi alimenti «ci ricordano l'iter della direttiva sui prodotti cosmetici[...] (...) [S]i parla infatti sempre di etichettatura di nanomateriali e della necessità di segnalare con chiarezza la composizione di un determinato prodotto al consumatore, in modo tale da consentire a chiunque lo desideri di evitare i prodotti alimentari contenenti nanoparticelle o nanomateriali»<sup>190</sup>.

La bozza del Regolamento sui biocidi non conteneva nessuna indicazione sulle modalità di informazione della presenza di nanosostanze. La disposizione è stata inclusa dopo la prima lettura in Parlamento<sup>191</sup>.

L'utilità della nano-etichettatura ha costituito un argomento controverso come evidenziato in una nota del Consiglio secondo cui «[t]he only remaining element for an agreement with Parliament on nanomaterials consists of the labelling thereof in the list of ingredients. A number of delegations hold that this is not useful. A majority of delegations however have indicated a margin of flexibility in the framework for an overall compromise. Parliament attaches a particular importance to this amendment. The Presidency therefore asks for a margin of flexibility with regard to this element»<sup>192</sup>.

la loro tipologia nel Regolamento (Ce) n. 1223/2009.

<sup>189</sup> F. CAPELLI, *Evoluzione del ruolo dell'etichettatura degli alimenti: dalle proprietà nutritive agli effetti sulla salute, alla luce della proposta di nuovo regolamento sull'informazione al consumatore di prodotti alimentari*, in questa Rivista, 2009, p. 829 ss.

<sup>190</sup> Intervento di Å. Westlund al Parlamento europeo durante la discussione sui nuovi prodotti alimentari, Strasburgo, 24 marzo 2010 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20090324+ITEM-016+DOC+XML+V0//IT>).

<sup>191</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 22 settembre 2010 sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'immissione sul mercato e all'uso dei biocidi (Com(2009)0267 - C7-0036/2009 - 2009/0076(COD)) P7\_TC1-COD(2009)0076 Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 22 settembre 2010 in vista dell'adozione del Regolamento (Ue) n. .../2010 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'immissione sul mercato e all'uso dei biocidi e che abroga la direttiva n. 98/8/Ce, in *Gu-Ue* n. C 50 E del 21 febbraio 2012, p. 73 ss.

<sup>192</sup> Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on cosmetic products (recast), - Preparation of an informal triologue, 3 March 2009, 7014/09 LIMITE, p. 3, punto 2. L'importanza della nano-etichettatura trapela anche dall'intervento di Eva-Britt Svensson al Parlamento europeo: «il mio gruppo ed io plaudiamo al compromesso che Consiglio e Parlamento sono riusciti a raggiungere in questa rifuisione della direttiva sui cosmetici. L'ostacolo maggiore nei negoziati con il Consiglio sono stati proprio i nanomateriali» (Parlamento europeo, 15. Prodotti cosmetici (rifusione) (discussione), Lunedì 23 marzo 2009 - Strasburgo, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20090323+ITEM-015+DOC+XML+V0//IT>).

Tuttavia, possiamo chiederci se il termine «nano» costituisca un concetto chiaro per il consumatore o se piuttosto non si debbano condividere le parole della relatrice del Regolamento sui nuovi prodotti alimentari la quale, parlando delle nanotecnologie, ammetteva di non aver «idea di cosa si tratt[asse] e, a [... suo] avviso, molti consumatori si trova[va]no nella [... sua] medesima situazione»<sup>193</sup>. I dubbi della relatrice sulla non-conoscenza della problematica sono stati confermati da una ricerca della Commissione condotta nello stesso periodo secondo la quale «evidence from surveys shows that only a small share of the EU population is aware of nanotechnology»<sup>194</sup>.

In considerazione della mancanza di conoscenza da parte del consumatore e del fatto che l'indicazione ha esclusivamente un valore informativo e non costituisce un indicatore di tossicità o un segnale di attenzione o di allarme, possiamo interrogarci circa la reale utilità dell'indicazione «nano». La Repubblica federale tedesca aveva avanzato riserve su tale norma obiettando che il consumatore avrebbe confuso l'avviso con una segnalazione di allarme esprimendo il parere che «le informazioni sui nanomateriali sono importanti per i consumatori se le dimensioni delle particelle ne modificano le proprietà»<sup>195</sup>.

## 6. Conclusioni

Il quadro giuridico dell'Unione sui nanomateriali riflette la preoccupazione della Commissione di salvaguardare il consumatore e l'ambiente dai

<sup>193</sup> Intervento di K. T. Liotard (relatrice) al Parlamento europeo durante la discussione sui nuovi prodotti alimentari, Strasburgo, 29 marzo 2009.

<sup>194</sup> EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Research, *Communicating nanotechnology - Why, to whom, saying what and how? - An action-packed roadmap towards a brand new dialogue*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010, p. 22.

<sup>195</sup> Consiglio dell'Unione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici (rifusione) [prima lettura] - Adozione dell'atto legislativo (AL + D), *Addendum* alla nota punto «I/A», Bruxelles, 13 novembre 2009, p. 1, Dichiarazione a verbale della Repubblica federale di Germania sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti cosmetici ([http://www.parlamento.it/web/docuorc-2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/bed7501c45a9970cc125740f004051ab/\\$FILE/12682-AD01-09\\_IT.PDF](http://www.parlamento.it/web/docuorc-2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/bed7501c45a9970cc125740f004051ab/$FILE/12682-AD01-09_IT.PDF)). Dello stesso parere anche il Regno Unito. Su questo argomento si vedano: House of Lord, Science and Technology Committee, 1st Report of Session 2009-10, *Nanotechnologies and Food, Volume I: Report, HL Paper 22-I*, London, The Stationery Office, 2010, pp. 71-72, punti 7.20-7.24 (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldscitech/22/22i.pdf>) e Government Response to the Lord's Science & Technology Select Committee Report into Nanotechnologies and Food Presented to Parliament by the Secretary of State for Health by Command of Her Majesty, March 2010, Cm 7857, p. 17, Recommendation n. 30 (<https://www.parliament.uk/documents/documents/upload/govresponsonandf.pdf>).

potenziali rischi insiti in questa tipologia di prodotti. Tale obiettivo è stato perseguito distaccandosi da una visione esclusivamente interna e politica per privilegiare l'acquisizione di una base scientifica disposta al confronto internazionale allo scopo di raggiungere una valutazione il più possibile oggettiva del rischio. L'agenda europea ha quindi predisposto strumenti di *soft law* cui ha affiancato specifiche normative *hard*<sup>196</sup>. L'impostazione assunta da tale quadro giuridico ha evitato di applicare ai nanomateriali la normativa REACH la quale avrebbe avuto la conseguenza di porre in capo all'industria «l'onere probatorio relativo al grado di sicurezza di una sostanza»<sup>197</sup>.

Tuttavia, la scarsa conoscenza della problematica da parte del cittadino dovrebbe consigliare anche un maggior impegno divulgativo. Le difficoltà di condurre tale azione in modo oggettivo sono evidenti. È infatti necessario evitare che il nanomateriale sia percepito o come una fonte di pericolo per la salute e per l'ambiente o, al contrario, siano esaltate in termini troppo entusiastici le sue capacità di risolvere ogni tipo di problemi.

Quest'ultima possibilità potrebbe affermarsi qualora l'informazione fosse lasciata esclusivamente all'industria. Il Parlamento europeo ha da tempo focalizzato questo aspetto reclamando «la piena applicazione della direttiva n. 2006/114/Ce<sup>198</sup> al fine di evitare che i nanomateriali siano oggetto di pubblicità ingannevole»<sup>199</sup> in considerazione del fatto che «le imprese ricorrono volentieri a indicazioni recanti il suffisso "nano", dal momento che sembra avere un effetto positivo in termini di marketing»<sup>200</sup>.

**Federico Forni\***

<sup>196</sup> L. LEONE, *Nanotecnologie e alimenti tra etica e diritto: prospettive della regolazione nell'Unione europea*, in *Glocalism: Journal of culture, politics and innovation*, 2014, DOI: 10.12893/gjcpi.2014.1-2.11, p. 23 (<http://www.glocalismjournal.net/Issues/FEEDING-THE-PLANET-ENERGY-FOR-LIFE/Articles/Nanotecnologie-E-Alimenti-Tra-Etica-E-Diritto-Prospettive-Della-Regolazione-NellUnione-Europea.kl>).

<sup>197</sup> G. GUERRA, *La responsabilità in nanomedicina*, in A. BELVEDERE e S. RIONDATO (eds.), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, p. 649. L'Autrice cita, in nota 57, D. BOWMAN e M. VAN CALSTER, *Reflecting on REACH: Global implication of the European Union's chemicals regulation*, in *Nanotechnology Law & Business*, vol. 4, 2007, p. 375 ss.

<sup>198</sup> Direttiva n. 2006/114/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss.

<sup>199</sup> Parlamento europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 24 aprile 2009 sugli aspetti normativi in tema di nanomateriali (2008/2208(INI)), *cit. supra*, nota 10, p. 9, punto 18.

<sup>200</sup> *Ivi*, p. 4, *considerando* H, seconda lineetta.

\* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles

## SINTESI

I nanomateriali fanno ormai parte della nostra vita quotidiana sebbene il consumatore medio non ne percepisca la presenza e soprattutto non conosca le problematiche riguardanti i loro eventuali effetti su salute e ambiente. L'incertezza sull'innocuità della nanoforme ha indotto l'adozione a livello europeo di uno specifico quadro normativo basato in un primo momento su una raccomandazione contenente una definizione multi settoriale. Tale atto di *soft law* è stato affiancato da specifiche disposizioni vincolanti relative ad alcuni beni di consumo come cosmetici, biocidi e alimenti (in particolare additivi alimentari e materiali di confezionamento a diretto contatto con il cibo). Il quadro normativo è infine completato da accenni ai nanomateriali in normative relative ad altre categorie di prodotti.

## ABSTRACT

*Nanomaterials are currently part of our daily life although the average consumer is not aware of their presence and especially does not know the problems regarding their possible effects on health and environment. The uncertainties on the safety of nanoforms led to the adoption at European level of a specific regulatory framework, consisting at first in a recommendation containing a multi-sectoral definition. This soft law act was afterwards followed by specific binding provisions regarding certain consumer goods such as cosmetics, biocides and food (in particular, food additives and food contact packaging materials). The regulatory framework was finally completed by references to nanomaterials in regulations related to other categories of products.*

## CONSIGLIO EUROPEO

### Conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017\*

Oggi il Consiglio europeo si è concentrato sul rafforzamento dell'Europa e la protezione dei suoi cittadini mediante misure efficaci volte a combattere il terrorismo e sviluppare la sicurezza e la difesa comuni, garantire lo sviluppo economico dell'Unione in un mondo globalizzato, fare fronte alla migrazione e proteggere le frontiere esterne. Un'Unione forte e determinata è il mezzo migliore per promuovere i nostri valori e interessi, sostenere un sistema multilaterale disciplinato da regole e mobilitare i *partner* a favore di una politica positiva in materia di clima. Contribuirà inoltre a indirizzare la globalizzazione per cogliere i benefici dell'apertura dei mercati, garantendo nel contempo protezione da pratiche sleali e promuovendo norme sociali e ambientali, nonché in materia di sanità e tutela dei consumatori, che sono centrali per lo stile di vita europeo. Il Consiglio europeo ha reso omaggio a Helmut Kohl, cittadino onorario d'Europa, deceduto il 16 giugno 2017.

#### I. Sicurezza e difesa

##### *Sicurezza interna e lotta contro il terrorismo*

1. Il Consiglio europeo condanna fermamente i recenti attacchi terroristici ed è unito e risoluto nella lotta contro il terrorismo, l'odio e l'estremismo violento. Tali atti hanno rafforzato la nostra determinazione a cooperare a livello dell'UE al fine di potenziare la sicurezza interna: combatteremo la diffusione della radicalizzazione *online*, coordineremo il nostro lavoro per prevenire e combattere l'estremismo violento e contrastarne l'ideologia, ostacoleremo il finanziamento del terrorismo, faciliteremo scambi di informazioni rapidi e mirati tra le autorità di contrasto, anche con *partner* fidati, e miglioreremo l'interoperabilità fra le banche dati.

2. Anche il settore privato deve fare la sua parte per contribuire a combattere

\* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

il terrorismo e la criminalità *online*. Prendendo le mosse dai lavori del *forum* dell'UE su internet, il Consiglio europeo si attende che le imprese del settore istituiscano un *forum* settoriale e sviluppino nuove tecnologie e nuovi strumenti al fine di migliorare la rilevazione automatica e la rimozione dei contenuti che incitano a compiere atti terroristici. Se necessario si dovrebbero completare tali iniziative con le pertinenti misure legislative a livello dell'UE. Invita ad affrontare le sfide poste dai sistemi che consentono ai terroristi di comunicare mediante canali a cui le autorità competenti non hanno accesso, inclusa la cifratura da punto a punto, salvaguardando nel contempo i vantaggi di questi sistemi per la tutela della vita privata, nonché per la protezione dei dati e delle comunicazioni. Il Consiglio europeo ritiene che l'effettivo accesso alle prove elettroniche sia essenziale per combattere le gravi forme di criminalità e il terrorismo e che, fatte salve le garanzie adeguate, occorra assicurare la disponibilità dei dati.

**3.** L'accordo sul sistema di ingressi/uscite, atteso a breve, e la messa a punto entro la fine dell'anno di un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) prepareranno il terreno per la loro rapida attuazione, potenziando così il controllo delle frontiere esterne e la sicurezza interna e tenendo conto al contempo delle situazioni specifiche degli Stati membri che non applicano ancora appieno l'*acquis* di Schengen. In tale contesto, il Consiglio europeo invita la Commissione a elaborare quanto prima un progetto di normativa che traduca le proposte formulate dal gruppo di esperti ad alto livello sull'interoperabilità.

**4.** Dobbiamo accelerare gli sforzi collettivi finalizzati a condividere le conoscenze sui combattenti terroristi stranieri nonché sui soggetti endogeni radicalizzati e portare avanti misure politiche e giuridiche per gestire la minaccia.

**5.** Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di fornire sostegno alle vittime di atti terroristici.

### *Sicurezza esterna e difesa*

**6.** Il Consiglio europeo ribadisce il proprio impegno a rafforzare la cooperazione dell'UE in materia di sicurezza esterna e difesa al fine di tutelare l'Unione e i suoi cittadini e contribuire alla pace e alla stabilità nei paesi vicini e oltre. Insieme a tutte le sue capacità diplomatiche e civili, l'UE offre una combinazione unica di possibilità per la realizzazione di questo obiettivo. Come indicato nelle conclusioni del Consiglio del 18 maggio e 19 giugno 2017, notevoli progressi sono stati compiuti nell'attuazione della strategia globale dell'UE nel settore della sicurezza e della difesa e della dichiarazione congiunta firmata a Varsavia dai leader dell'UE e della NATO. Le relazioni transatlantiche e la cooperazione UE-NATO restano elementi essenziali per la nostra sicurezza generale, che ci consentono di rispondere all'evoluzione delle minacce per la sicurezza, comprese le minacce ibride e informatiche e il terrorismo. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'istituzione, a Helsinki, di un Centro europeo di eccellenza per il contrasto delle minacce ibride. La conferenza ad alto livello sulla sicurezza e la difesa

tenutasi a Praga il 9 giugno 2017 ha messo in rilievo sia la complementarità tra l'UE e la NATO sia la necessità di intensificare gli sforzi dell'Europa per potenziare la ricerca, le capacità e le operazioni nel campo della difesa. (*Omissis*)

**8.** Nell'ottica di rafforzare la sicurezza e la difesa dell'Europa nel difficile contesto geopolitico attuale e contribuire a conseguire il livello di ambizione espresso nella strategia globale dell'UE, il Consiglio europeo concorda sulla necessità di avviare una cooperazione strutturata permanente (PESCO) inclusiva e ambiziosa. Entro tre mesi gli Stati membri redigeranno un elenco comune di criteri e impegni vincolanti, in piena conformità dell'art. 42, par. 6, e dell'art. 46 del TUE, nonché del protocollo 10 del trattato - anche in considerazione delle missioni più impegnative - con un calendario preciso e specifici meccanismi di valutazione, al fine di consentire a quegli Stati membri che sono in condizione di farlo di notificare senza indugio l'intenzione di partecipare. Tale attività deve essere coerente con la pianificazione della difesa nazionale degli Stati membri e i relativi impegni concordati nell'ambito della NATO e dell'ONU dagli Stati membri interessati. Si dovrebbero inoltre individuare iniziative e progetti collaborativi concreti a sostegno degli obiettivi, degli impegni e dei criteri comuni della PESCO.

**9.** Nell'ottica di rafforzare gli strumenti di reazione rapida dell'UE, il Consiglio europeo conviene che lo schieramento dei gruppi tattici debba essere sostenuto in via permanente dal meccanismo Athena gestito dall'UE come costo comune. Invita inoltre il Consiglio ad accelerare i lavori in merito a una maggiore reattività nella gestione civile delle crisi.

**10.** Il Consiglio europeo tornerà su questi temi in occasione di una delle sue prossime riunioni.

## **II. Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici** (*Omissis*)

## **III. Occupazione, crescita e competitività**

**12.** L'Europa ha bisogno di lavoro, crescita e competitività. La ripresa della crescita economica in tutti i 28 Stati membri costituisce uno sviluppo positivo da consolidare. Il Consiglio europeo ha valutato le modalità per sfruttare al meglio il potenziale del mercato unico e del commercio e dell'industria per raggiungere tale obiettivo, garantendo al contempo che tutti i settori della società traggano vantaggio da tali evoluzioni.

*Mercato unico* (*Omissis*)

*Commercio* (*Omissis*)

## **IV. Migrazione**

**20.** Il Consiglio europeo mantiene il suo impegno a favore dell'approccio globale dell'UE alla migrazione, del controllo efficace delle frontiere esterne al

---

fine di contenere e prevenire i flussi illegali e della riforma del sistema europeo comune di asilo, nonché di un'attuazione piena e non discriminatoria della dichiarazione UE-Turchia in tutti i suoi aspetti e nei confronti di tutti gli Stati membri. Sarà portata avanti la vigilanza su tutte le rotte migratorie, tra cui quella dei Balcani occidentali. Continueremo a rafforzare e a sfruttare appieno le capacità operative della guardia di frontiera e costiera europea e delle altre agenzie. Un controllo efficace delle frontiere esterne dovrebbe consentire di eliminare i controlli temporanei alle frontiere interne. (*Omissis*)

**V. Europa digitale** (*Omissis*)

# DOCUMENTAZIONE

---

## **GLI AIR BAG TAKATA: IL PIÙ GRANDE SCANDALO NELLA STORIA DEL SETTORE AUTOMOBILISTICO\***

*Il difettoso funzionamento degli air bag ha causato il ritiro dal mercato di oltre trecento milioni di veicoli*

Takata è uno dei maggiori costruttori del mondo di *air bag*, dispositivi di sicurezza passiva presenti dagli anni Novanta su tutte le vetture. Sono attualmente milioni le vetture che utilizzano gli *air bag* prodotti da questo costruttore giapponese, realizzati con tecnologia basate sul nitrato di ammonio come propellente per il gonfiaggio, sostanza risultata instabile nel tempo se sottoposta a continue variazioni di temperatura. Dal 2013 l'agenzia americana per la sicurezza delle vetture NHTSA ha iniziato indagini sulla pericolosità dei prodotti Takata, raggiungendo accordi con quest'ultima e con i costruttori di vetture che li utilizzano, per operare il richiamo dei veicoli coinvolti e sostituire i componenti difettosi. Sembra che l'errato funzionamento di questi *airbag* (il difetto si manifesta con la frantumazione della scatola metallica che contiene la miscela esplosiva con dispersione di frammenti metallici contundenti) abbia causato dodici morti nel mondo.

Le dimensioni delle campagne di richiamo di questi prodotti sono enormi e superano i trecento milioni di vetture. Evento mai verificatosi prima d'ora, tanto che è stato definito il più grande richiamo di un prodotto pericoloso della storia.

\* Nota redazionale. In argomento v. *infra*, p. 467 ss., il contributo di GIAN FRANCO SIMONINI.

La NHTSA ha addirittura dedicato una pagina nel suo sito internet alle campagne di richiamo degli *air bag* Takata.

Dalle indagini della NHTSA sembra che i dirigenti di Takata abbiano nascosto i rischi di determinati loro prodotti, rendendo comprensibile la particolare severità nelle misure adottate. È per tale motivo e per le dimensioni della vicenda che si parla di "scandalo", paragonandolo al "*dieselgate*".

In alcuni Stati i consumatori hanno promosso *class action* contro i costruttori di vetture che utilizzano gli *air bag* incriminati rendendo ancor più drammatiche le conseguenze di questo caso.

Dalla stampa dell'ultima decade del mese di giugno 2017 si apprende che il costruttore in Giappone ed in altri Stati ha chiesto di essere sottoposto a procedura fallimentare al fine di preservare l'occupazione e cedere gli *asset* ad imprese concorrenti.

In tale contesto si sviluppa l'approfondimento che segue nel quale l'A. si chiede se sia stato giustificato il provvedimento della NHTSA di "imporre" una campagna di richiamo anche per determinati *air bag* (lato passeggero) Takata, sulla base di una «*opinion*» scientifica che può lasciare alquanto perplessi per la metodologia usata.

## IL CURIOSO CASO DEGLI AIR BAG TAKATA

**Sommario:** 1. Premesse - 2. Una società produttrice di rischi - 3. Il rischio e il danno - 4. I prodotti sicuri - 5. Il principio di precauzione: l'incertezza della scienza - 6. L'analisi del rischio - 7. Il caso Takata (air bag frontali del passeggero) - 8. Lo studio della NHTSA - 9. Conclusioni.

### 1. Premesse

Il settore automobilistico ha visto recenti scandali di dimensione mondiale che hanno fatto comprendere al consumatore che l'innovazione tecnologica non sempre è stata finalizzata dai fabbricanti alla realizzazione di un prodotto all'avanguardia e che l'etica è stata piegata al profitto. Il pensiero va al caso noto come *dieselgate*, cioè alla frode legata all'alterazione dei dati sulle emissioni delle vetture. Un altro scandalo di dimensioni anche maggiori<sup>1</sup> ha visto protagonista un costruttore giapponese di *air bag*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Parla «del più gigantesco caso di accertata difettosità nella componentistica per autoveicoli» S. CARRER, *Takata, rischio crack dopo il caso di air bag*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 giugno 2017; sull'argomento M. SABELLA, *Lo scandalo degli air bag, Takata crolla in corsa*, in *Corriere della Sera*, 22 giugno 2017; *Takata in caduta libera: si gonfia il leader degli air bag*, in *La Repubblica*, 20 gennaio 2017; *Takata ammette la frode*, in *La Stampa*, 28 febbraio 2017.

<sup>2</sup> Com'è noto, il sistema di sicurezza passiva denominato *air bag*, reso obbligatorio nei primi anni Novanta dalle regole di omologazione di USA, si attiva a determinate condizioni di urto della vettura, provocando il repentino rigonfiamento di sacche che si interpongono tra il passeggero o conducente e la struttura del veicolo. È ormai indubbia l'efficacia di questo sistema di protezione, seppur sono frequenti i casi di lesione provocati dal medesimo, cfr. A. D'ELIA, *Evaluation of vehicle side air bag in Australia*, 2013, reperibile sul sito internet: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23499979>; M. BUSKO, *Air bag deployment can cause hidden cardiac injuries*, 2014, reperibile sul sito internet <http://www.medscape.com/viewarticle/819375>.

L'agenzia americana NHTSA (deputata al controllo sulla sicurezza dei mezzi di trasporto stradali) ha "imposto" (ottenendo formalmente il loro consenso) ai costruttori di vetture che utilizzavano determinati *air bag* prodotti da Takata di richiamare dal mercato americano un numero elevatissimo di vetture e di sostituire progressivamente tutti i componenti difettosi. In forza poi delle concorrenti normative sulla sicurezza (dei prodotti) degli altri Paesi, i costruttori di vetture, che – a questo punto – non potevano dirsi ignari del difetto, sono stati costretti ad iniziare campagne di richiamo in tutto il mondo sulle loro vetture che disponevano di tali componenti. Secondo calcoli approssimativi si ritiene che trecento milioni di vetture nel mondo siano interessate dall'intervento.

Questi due casi (*dieselgate* e *Takata*) danno contezza di come la moderna società possa produrre rischi di dimensioni globali dai quali il consumatore può difendersi solo facendo affidamento sulle Autorità nazionali deputate al controllo della sicurezza dei prodotti e sulle *class action*<sup>3</sup>. Le forme di risarcimento individuale, proprie della responsabilità civile, si sono dimostrate, almeno in questa fase, del tutto inadeguate a fronteggiare simili danni.

Questi due scandali hanno reso palese che i sistemi di controllo delle Autorità dei prodotti, ed in specie delle vetture, sono inadeguati; le procedure di omologazione<sup>4</sup> prevedono cicli di prova talmente uniformi da poter essere esattamente configurati prima della prova. La UE ha, conseguentemente, provveduto a migliorare le regole di omologazione delle vetture<sup>5</sup> ed a rafforzare il sistema di controllo e vigilanza<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> V., di recente, H. BOLAND, *BMW and Toyota among four carmakers to pay \$553m Takata settlement*, in *The Telegraph*, 18 maggio 2017. Il Tribunale di Venezia, con decreto 5 aprile 2017, ha autorizzato un'associazione di consumatori ad una *class action* ai sensi dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo, contro un costruttore in relazione ai dispositivi di controllo delle emissioni di alcuni modelli di vetture prodotte.

<sup>4</sup> Com'è noto le autovetture possono circolare nella Ue solo se rispondono a determinati requisiti tecnici di sicurezza verificati da Autorità nazionali di omologazione. La direttiva quadro è la direttiva n. 2007/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, in *Gu-Ue* n. L 263 del 9 ottobre 2007, p. 1 ss.

<sup>5</sup> V. Regolamento (Ue) n. 2016/427 della Commissione, del 10 marzo 2016, che modifica il Regolamento n. 692/2008 riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri, in *Gu-Ue* n. L 82 del 31 dicembre 2016 nonché Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla omologazione e vigilanza del mercato dei veicoli a motore, 27 gennaio 2016, Com(2016)31final. Il 30 settembre 2017 è entrato in vigore nella UE il nuovo ciclo di omologazione, denominato WLTP (*Worldwide harmonized Light vehicles Test Procedures*).

<sup>6</sup> Il sistema di vigilanza è disciplinato nella UE dal Regolamento (Ce) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti e che

Entrambi questi due scandali hanno alla base una frode, ma il caso *Takata* presenta alcuni aspetti molto "curiosi" che, a nostro giudizio, meritano di essere ricordati.

Non è dubbio che Takata abbia prodotto, negli anni, *air bag* difettosi e che non sia tempestivamente intervenuta per modificarli. Esistono prove di esplosioni di questi componenti eccessivamente "violente" che hanno causato la rottura delle parti metalliche che contengono gli *inflator* (parti esplodenti) che, staccandosi, hanno colpito i passeggeri/conducenti, causando anche la morte<sup>7</sup>.

È anche indubbio che il costruttore giapponese non ha reso palesi i dati tecnici di cui era in possesso, ritardando la conoscenza "esterna" del problema. Sotto questo profilo i casi in parola dimostrano che anche costruttori *leader* di mercato possono agire sul mercato con comportamenti eticamente scorretti, confidando su normative inadeguate sotto il profilo dei controlli.

Detto questo, il caso degli *air bag* prodotti da Takata si presenta peculiare perché: *a.* nonostante il rapporto tra sinistri ed il parco circolante delle vetture sia, attualmente, in percentuale, molto basso, il rischio è stato ritenuto rilevante in relazione alla probabile elevata dimensione dei guasti che si potranno manifestare in futuro; *b.* l'intento voluto perseguire dalla NHTSA è chiaramente quello di punire<sup>8</sup> i fabbricanti di prodotti pericolosi che si mostrano reticenti nella *disclosure* dei difetti dei prodotti che possono compromettere la sicurezza dei consumatori; *c.* è stato consentito ai fabbricanti di vetture di sostituire gli *air bag* montati sulle vetture negli anni passati (e probabilmente soggetti a degrado), con *air bag* nuovi, ma dotati della medesima tecnologia difettosa (ovviamente in vista di sostituirli di nuovo).

Dunque, per la prima volta, il principio di precauzione (v. lett. *a.*) è entrato nel settore *automotive*.

abroga il Regolamento (Cee) n. 339/93, in *Gu-UE* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 30 ss.

<sup>7</sup> Si ha notizia, dalla stampa, di 13 morti ed oltre 100 ferimenti di persone causati da malfunzionamenti di *air bag* Takata. Tale dato, se si utilizzasse un metodo quantitativo di valutazione del rischio, non sarebbe particolarmente significativo, considerato il numero di vetture circolanti. Si consideri ulteriormente che il dispositivo, anche nel funzionamento corretto, presenta un elevato rischio residuo, dovuto al violentissimo impatto del sacco contro il volto della persona.

<sup>8</sup> Oltre al richiamo dei prodotti la NHTSA ha comminato a Takata una sanzione economica di 10 miliardi di dollari.

## 2. Una società produttrice di rischi

Nel momento in cui la società moderna è divenuta produttrice di rischi per la collettività (tanto che è stata definita la *società del rischio*<sup>9</sup>), si è dovuta dotare di sistemi normativi che non solo disciplinano il risarcimento del danno (materiale)<sup>10</sup>, ma anche, ed ancor prima, la proteggono dal rischio generato dall'immissione in commercio di prodotti pericolosi<sup>11</sup>.

Da oltre tre decenni sono presenti, nei vari ordinamenti, normative sulla sicurezza dei prodotti che istituiscono Autorità nazionali di controllo<sup>12</sup> e

<sup>9</sup> Cfr. U. BECK, *La società del rischio*, Roma, Carrocci, 2000. Non sempre però si riescono a spiegare i rischi presenti: in alcuni settori, specie quelli tecnologicamente avanzati, è difficile rintracciare non solo le definizioni normative dei limiti di tolleranza, ma anche disporre di una condivisione delle valutazioni della scienza; V. TORRE, *Limiti tabellari e tolleranza nelle attività rischiose*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 229; D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 320.

<sup>10</sup> Il complesso sistema comunitario sulla sicurezza dei prodotti (non alimentari) è composto, a livello di normativa secondaria, dalla direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss. e dalla direttiva n. 2001/95/Ce, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002, p. 4 ss.

La prima considera il danno provocato al consumatore dal prodotto, la seconda il rischio generato dal prodotto. Dette normative sono sinergiche, in quanto considerano il prodotto dalla progettazione alla circolazione nel mercato, v. U. CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento delle direttive comunitarie*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 11; F. RUSCELLO, *La direttiva 2001/95/CE sulla sicurezza generale dei prodotti*, in *Vita not.*, 2004, p. 151.

Al punto 40 della sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2015 in cause riunite n. C-503/13 e n. C-504/13, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt-Die Gesundheitskasse* (C-503/13) e *Betriebskrankenkasse RWE* (C-504/13), in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2015, EU:C:2015:148, si afferma che: «la potenziale mancanza di sicurezza, che fa sorgere la responsabilità del produttore ai sensi della direttiva 85/374/Cee, risiede, per quanto concerne prodotti come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, nelle anomale potenzialità di danno che detti prodotti possono causare alla persona». L'Avvocato Generale Yves Bot, nelle conclusioni del 21 ottobre 2014 nella predetta causa (in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2015, EU:C:2014:2306), precisa che il difetto, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva 85/374/Cee, è «un rischio di danno che presenta un grado di gravità tale da pregiudicare la legittima aspettativa di sicurezza del pubblico». Sembra di capire che un *deficit* del prodotto oltre un livello medio di accettabilità determini un difetto anche in assenza di una difettosità concreta; in realtà però, nel caso ivi esaminato, il difetto era pacificamente ammesso dallo stesso fabbricante. Su tali temi, J. S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits de santé face au droit communautaire*, Dalloz, Parigi, 2009, p. 1038.

<sup>11</sup> Il rischio che qui consideriamo è il risultato di una valutazione predittiva effettuata dal soggetto *ex ante*: esprime, pertanto, un giudizio ipotetico che tiene conto degli indizi disseminati dal prodotto nel presente e nel passato, valutati alla luce di regole scientifiche o di congetture razionali o di semplici intuizioni. *Focus* dell'indagine è pertanto non il funzionamento del prodotto, ma come possa manifestarsi un *guasto* (*failure*) in tutte le possibili condizioni. Maggiore è la base epidemiologica disponibile, maggiore è l'approssimazione del giudizio. La valutazione del rischio avviene con particolari metodologie, in seguito esaminate.

<sup>12</sup> V. Regolamento n. 765/2008/Ce, *cit. supra*, nota 6; nonché art. 106 del Codice del Consumo.

che impongono ai costruttori di: *a.* informare debitamente il consumatore dei rischi del prodotto; *b.* effettuare il controllo costante dei loro prodotti e di intervenire sul mercato con misure preventive, ove essi presentino *rischi* non accettabili (sotto il profilo della salute del consumatore), se del caso mediante azioni di ritiro o di richiamo del prodotto<sup>13</sup>. Nell'Unione Europea la prima normativa risale al 1992 (direttiva n. 92/59/Cee relativa alla sicurezza generale dei prodotti, cui è seguita la direttiva n. 2001/95/Ce<sup>14</sup>). Negli USA la regolamentazione corrispondente è di poco precedente (nel 1970 vennero anche costituite l'Agenzia per il traffico, NHTSA, con specifica competenza sulla circolazione stradale<sup>15</sup> e l'Agenzia per il controllo dell'inquinamento, EPA).

La normativa comunitaria sui prodotti pericolosi (direttiva n. 2001/95/Ce) differisce da quella sulla responsabilità civile da prodotto (direttiva n. 85/374/Cee) perché (oltre a prescindere dal verificarsi del danno), tutela un interesse generale di natura pubblicistica ed è applicabile al (solo) rapporto tra fabbricante e Pubblica Amministrazione<sup>16</sup>. Tuttavia essa, con la responsabilità da prodotto, ha in comune la finalità di una tutela preventiva del mercato ed una definizione flessibile del difetto. La nozione di *prodotto pericoloso* e quella di *prodotto difettoso*<sup>17</sup> sono, infatti, entrambe relazio-

<sup>13</sup> Con il «richiamo» del prodotto il produttore ripara gratuitamente il medesimo e lo riconsegna al cliente.

<sup>14</sup> V. art. 5 della direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 10, ove: «i produttori devono (...) intraprendere le azioni opportune, compresi, se necessario per evitare tali rischi, il ritiro dal mercato, l'informazione appropriata ed efficace dei consumatori e il richiamo del prodotto».

Circa i prodotti alimentari v. il Regolamento (Ce) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 dell'1 gennaio 2002, p. 1 ss.

<sup>15</sup> La NHTSA usa ampiamente le nozioni di «difetto» e «non conformità agli standard tecnici» di cui all'art. 49 U.S. Code, § 30102. Utilizzando quest'ultima nozione essa rende il difetto un dato "normativo".

<sup>16</sup> Alla tutela può provvedere anche l'autorità giudiziaria in sede civile, in relazione all'art. 140 del Codice del Consumo, v. ordinanza del Tribunale di Pisa in data 17 marzo 2015, reperibile sul sito internet: <https://www.altroconsumo.it/organizzazione/media-e-press/comunicati/2015/giudice-impone-campagna-richiamo-scooter-piaggio>, sull'ordine di richiamo di un motociclo; sulla specifica questione, v. Trib. Pisa, 16 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 2094, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2012, 2, p. 148 e in *Danno e resp.*, 2012, p. 67. Sul tema, v. A. PALMIERI, *Richiamo ope judicis di veicoli potenzialmente nocivi: quando la sicurezza dei prodotti si combina con la sicurezza collettiva dei consumatori*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2899. Il commento si riferisce al caso di un difetto ad una vettura che provocava la diffusione di gas nocivi nell'abitacolo. Il Giudice ordinava alla casa costruttrice di eseguire una campagna di richiamo; tale ordine traeva spunto da quanto già avveniva negli U.S.A.

<sup>17</sup> Il *prodotto difettoso* è invece considerato dalla direttiva n. 85/374/CEE, *cit. supra*, nota 10, nella sua effettiva esplicazione dannosa. In tal caso si opera all'interno della responsabilità civile: il criterio di imputazione soggettiva (dolo o colpa) è sostituito dalla responsabilità oggettiva. Nella responsabilità oggettiva occorre descrivere con precisione il nesso causale (la teoria dei fatti naturali) che diparte dal *difetto* per arrivare al *danno*. La ricerca del difetto pre-

nate ad un medesimo requisito: le legittime e ragionevoli attese di un uomo medio<sup>18</sup>.

### 3. Il rischio ed il danno

La direttiva (orizzontale) sui prodotti pericolosi n. 2001/95/Ce (che sottende la normativa verticale o settoriale<sup>19</sup>) considera il *rischio* immesso dai prodotti nel mercato. Il rischio, ai sensi di tale normativa, è (generalmente) rappresentato (come si dirà meglio in prosieguo) dal rapporto tra la *gravità* delle conseguenze e la *probabilità* dell'evento. Ci si allontana così dal (tema del) risarcimento del *danno* del diritto classico (e della necessità della causazione di un danno), per prendere in considerazione la (sola) condizione di *rischio* espressa dal prodotto (autonomamente considerata). Già in prima approssimazione si può notare che, mentre la responsabilità civile esige, secondo la nostra giurisprudenza, la ricostruzione rigorosa del nesso causale, attraverso un elevato *standard* probatorio («più probabile che non»), la valutazione del rischio avviene con un ragionamento meramente predittivo che considera, necessariamente, il dato probabilistico<sup>20</sup>. La gravità dell'evento è una componente della misurazione del rischio: se la probabilità è scarsa e le conseguenze lievi, il rischio è basso.

Il produttore deve autonomamente procedere alla valutazione del rischio. In tale valutazione può far riferimento, nella UE, ai metodi adottati dalla Commissione europea<sup>21</sup>, utilizzando criteri integrativi, quali: *a.* le

cede quella del nesso causale, *ex multis*, Cass. 19 febbraio 2016, n. 3258, in *Guida al diritto*, 2016, p. 51. Su questi temi, v. U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 354. La nozione di difetto è costruita in relazione alla mancanza di sicurezza. Il difetto non ha, pertanto, una sua consistenza normativa, ma viene preso in considerazione soltanto nell'ottica della deficienza della sicurezza. Si attua così un'inversione logica poiché si parte dal danno per risalire al difetto, che altro non è che un complesso di qualità negative che vengono in rilievo nel momento in cui sono poste in relazione ad un evento verificatosi concretamente, v. G. PIGHI, *Sicurezza generale dei prodotti di consumo e dei prodotti farmaceutici*, in M. DONINI e D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, Padova, CEDAM, 2008.

<sup>18</sup> Come si dirà, sia nella responsabilità da *prodotto pericoloso* sia in quella da *prodotto difettoso*, il ruolo del danneggiato viene indagato solo per quanto riguarda le abitudini di un uomo di medie conoscenze mentre l'esame sulla conoscenza della migliore scienza disponibile sul mercato si incentra generalmente sul fabbricante. Ciò è giustificato: è infatti unicamente questi che determina l'insicurezza di un prodotto.

<sup>19</sup> Le direttive settoriali (verticali) si occupano di specifiche tipologie di prodotti. Cfr. direttiva n. 2006/42/Ce del 17 maggio 2006, relativa alle macchine, in *Gu-Ue* n. L 157 del 9 giugno 2006, pp. 24-26.

<sup>20</sup> Possono essere infatti conosciuti casi precedenti, ma non si conosce esattamente la dimensione futura del fenomeno.

<sup>21</sup> Cfr. Decisione della Commissione n. 2010/15/Ue, del 16 dicembre 2009, recante linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida (RAPEX) e della proce-

norme tecniche armonizzate; *b.* la scienza più accreditata; *c.* i *benchmark*; *c.* lo stato dell'arte (*best practices*); *d.* il dato statistico-esperienziale (*background knowledges*)<sup>22</sup>. Quest'ultimo, unitamente alla pregressa conoscenza dei fenomeni, appare di grande utilità per il fabbricante, il quale può (anche) utilizzare la propria capacità di correggere gli errori ed apprendere da essi migliori soluzioni. Più complessa la valutazione del rischio nella normativa degli USA, ove il fabbricante deve tenere conto anche delle ragionevoli soluzioni tecniche alternative disponibili sul mercato.

La metodologia di valutazione del rischio del prodotto pare comunque (in linea di massima) utilizzare gli stessi criteri applicati in ambito comunitario, in seguito esaminati (v. 16 C.F.R.- *Code of Federal Regulations*, § 1115.6, che richiama una matrice di valutazione del rischio fondata sulla probabilità e sulla gravità dell'evento).

Il rischio, nella sostanza, non è bandito dalla società, ma è accettato nella misura in cui è contenuto nel limite di livelli ritenuti socialmente accettabili (c.d. rischio consentito). A fronte dell'insopprimibile condizione di rischiosità di certi prodotti, sussiste, al contempo, l'utilità di accettarli quando la loro rischiosità è controllata ed arrecano indubbi benefici alla società.

La società non può che prendere atto dell'utilità di usufruire di prodotti che sono per definizione pericolosi, in tal caso il limite di autorizzazione amministrativa costituisce il limite della liceità del comportamento del fabbricante: l'ordinamento si accolla il rischio dell'evento nello stesso momento in cui autorizza un'attività rischiosa contenuta nei limiti autorizzati<sup>23</sup>. Peraltro, pretendere la realizzazione di prodotti assolutamente sicuri vorrebbe dire impedire l'uso di prodotti innovativi e consentire solo l'uso di prodotti molto costosi, riservati solo ad una classe abbiente di consumatori.

dura di notifica di cui, rispettivamente, all'articolo 12 e all'articolo 11 della direttiva 2001/95/Ce relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Gu-Ue* n. L 22 del 26 gennaio 2010, p. 1 ss.

<sup>22</sup> Il sapere scientifico ed esperienziale costituiscono un parametro di raffronto ineliminabile per l'operatore. Su questi temi, M. E. ARBOUR, *Tecnica e prodotti difettosi: intrecci e differenze*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 89.

<sup>23</sup> Sul tema, *amplius*, M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, Giappichelli, 2006.

L'area del rischio consentito non è l'area di una comune pericolosità di un bene (ad esempio un coltello), ma l'area della pericolosità di attività già definite come lecite pericolose (v. art. 2050 c.c.). Qui il rischio è prevedibile, ma non prevenibile utilizzando le dovute cautele. Il fondamento di questa opzione è quella dell'utilità sociale dell'attività. Nell'area del rischio consentito, nel caso siano previsti limiti amministrativi, sarebbe addirittura discutibile l'applicazione del principio di precauzione, v. Cass., 23 gennaio 2007, n. 1391, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2124.

#### 4. I prodotti sicuri

La nozione di «sicurezza» è relativa e dinamica. L'obbligo di garanzia di sicurezza è espresso nel diritto primario comunitario agli artt. 114 TFUE e 169 TFUE, che fanno riferimento ad un livello elevato di protezione del consumatore. È ulteriormente declinato (per i prodotti non alimentari destinati ai consumatori) dalla direttiva n. 2001/95/Ce (con base giuridica nell'art. 114 TFUE) che fa riferimento ad un livello di sicurezza ove non vi è alcun rischio oppure vi è un rischio compatibile con un elevato livello di protezione del consumatore nonché, tra gli altri, dal Regolamento (Ce) n. 765/2008 e dalla decisione n. 768/2008/Ce.

In termini generali la sicurezza appare un obiettivo da raggiungere, essendo sempre incrementabile lo stato dell'arte (vale ovviamente anche il discorso inverso: se la norma supera lo stato dell'arte, il fabbricante deve limitarsi a questo<sup>24</sup>).

I prodotti sono (presuntivamente) sicuri, in primo luogo, se conformi agli *standard* di sicurezza richiesti dalle normative comunitarie di riferimento oppure se il rischio residuo è ritenuto accettabile<sup>25</sup>. La norma tecnica potrebbe infatti fallire il suo compito perché obsoleta, non adeguata al progresso tecnologico o imprecisa (v. art. 3, punto 4, direttiva n. 2001/95/Ce).

Il legislatore comunitario consente la libera circolazione dei prodotti destinati ai consumatori nel mercato unico se osservano la normativa tecnico amministrativa di riferimento: tale aspetto riguarda principalmente il rapporto tra fabbricante e Pubblica Amministrazione<sup>26</sup>.

Il *rischio*<sup>27</sup>, come già detto, nella normativa sulla sicurezza, è una con-

<sup>24</sup> Principio espresso dalla c.d. direttiva «macchine», direttiva n. 2006/42/Ce, *cit. supra*, nota 19.

<sup>25</sup> Su questi temi G. COMANDÈ, *La responsabilità civile per danno da prodotto difettoso assunta con precauzione*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 107; C. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques, le droit et la question du risque acceptable*, Paris, PUF, 2003; W. ELLIOTT, *An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Yale Law School, New Haven, 2009 (ried.). Sono generalmente ritenute sostituibili le allocuzioni: «rischio accettabile», «rischio tollerabile», «rischio non significativo». Il livello del rischio accettabile è determinato dalla legge, dalle norme tecniche, dallo stato dell'arte nel settore e dalle prassi. La prima selezione dei rischi deve essere fatta dalla Commissione o dalle Autorità delegate.

<sup>26</sup> Ciò non esclude che un giudice ordinario possa valutare il rischio residuo del prodotto come causativo di un danno anche se il prodotto utilizza una soluzione tecnica disciplinata da una norma armonizzata; è infatti evidente che le condizioni di pericolosità vanno misurate sul prodotto finito e sul rischio residuo.

<sup>27</sup> Nella normativa domestica sulla sicurezza del lavoro (v. dlgs n. 81 del 9 aprile 2008) il «rischio» è definito come la probabilità che una sorgente di pericolo si trasformi in danno (giudizio probabilistico). La definizione trova riscontro nelle norme tecniche uniformi (UNI 11230, UNI EN ISO 12100-1). Il «pericolo» è considerato una proprietà intrinseca di un prodotto o di un fattore, non legata a fattori esterni idonei a causare un danno; il «danno», invece, un evento lesivo per beni o persone. Una definizione normativa di rischio si rintraccia all'art. 3, punto 28, della direttiva n. 2009/48/Ce sulla sicurezza dei giocattoli che definisce il «rischio» come la probabilità dell'insorgenza di un pericolo ed il «pericolo» come la fonte, an-

dizione che considera il prodotto (pericoloso) nell'ambiente, in relazione alla sua attitudine a provocare un danno; gli elementi intrinseci del prodotto (il pericolo) si sommano a quelli dell'ambiente, determinando il rischio concreto. Il rischio è, dunque, la sintesi di un giudizio probabilistico/congetturale basato sui dati disponibili, con elevato grado di approfondimento<sup>28</sup>, in uno scenario altamente caratterizzato.

In presenza di un «rischio grave» il fabbricante del prodotto assemblato o il costruttore di una parte componente devono assumere le iniziative più idonee per fronteggiarlo<sup>29</sup>. Il «rischio grave» è la soglia al di là della quale il rischio non è più consentito e si ricava da un attento processo di valutazione come indicato dall'art. 20 della decisione n. 768/2008/Ce<sup>30</sup>, secondo metodologie condivise<sup>31</sup>.

Ove il prodotto (con un «rischio grave») possa recuperare gli *standard* di sicurezza mediante riparazione o sostituzione del particolare difettoso, il costruttore deve procedere ad una «campagna di richiamo» (*recall campaign*<sup>32</sup>). In caso di sua inerzia, l'iniziativa può essere imposta dalle Auto-

che potenziale, di un danno.

Di complessa lettura la recente (e rivoluzionaria) norma ISO 31000:2009 «Risk management», ove scompare la definizione di pericolo ed il rischio è definito come «l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi». Questa definizione collega i rischi agli obiettivi che l'impresa si prefigge. Pertanto, essa può essere più facilmente applicabile quando gli obiettivi dell'organizzazione sono completamente e pienamente definiti. Il rischio diventa la possibilità che accada qualcosa che possa avere impatto sugli obiettivi: è pertanto fondamentale massimizzare le aree sulle quali si ha il controllo del risultato e minimizzare le aree sulle quali la correlazione tra causa ed effetti è incerta. Ispira questa logica P. BERNSTEIN, *Against the Gods: the remarkable story of risk*, New York, John Wiley & Sons, 1996.

Va dato conto che N. LUHMAN, *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori Bruno, 1996, propone altra differenziazione: il pericolo è la probabilità del fatto, il rischio è la probabilità del fatto come conseguenza di una decisione.

<sup>28</sup> V. Commissione europea, Comunicazione della Commissione, *La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti*, 2016, in *Gu-Ue* n. C 272 del 26 luglio 2016.

<sup>29</sup> V. art. 2, lett. d., direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 10.

<sup>30</sup> V. art. 8, punto 2, della direttiva n. 2001/95/Ce, *loc. cit.*; v. art. 20, Regolamento n. 765/2008/Ce, *cit. supra*, nota 6, il quale afferma: «Prodotti che comportano un rischio grave. 1. Gli Stati membri fanno in modo che i prodotti che comportano un rischio grave che richiede un intervento rapido, anche qualora si tratti di un rischio i cui effetti non sono immediati, siano richiamati o ritirati oppure che ne sia vietata la messa a disposizione sul loro mercato, e che la Commissione ne sia informata senza indugio, in conformità dell'articolo 22.2. Per decidere se un prodotto comporti o meno un rischio grave ci si fonda su un'adeguata valutazione del rischio che tiene conto della natura del rischio stesso e sulla probabilità che si materializzi. La possibilità di ottenere livelli di sicurezza più elevati e la disponibilità di altri prodotti che presentano un rischio minore non costituisce un motivo per considerare che un prodotto comporti un rischio grave».

<sup>31</sup> Decisione della Commissione n. 2010/15/Ue, del 16 dicembre 2009, *cit. supra*, nota 21.

<sup>32</sup> V., negli U.S.A., 16 C.F.R., § 1115.6, che recita: «Reporting of unreasonable risk of serious injury or death: Every manufacturer, distributor, and retailer of a consumer product distributed in commerce who obtains information which reasonably supports the conclusion that its product creates an unreasonable risk of serious injury or death is required to notify the Commission immediately». Nel recentissimo caso *Wilkie v. Depuy*, [2016] EWHC 3096,

rità competenti.

La direttiva n. 2001/95/Ce predica una *valutazione* concreta del rischio: esso deve almeno presentarsi come *probabile*. Il rischio puramente *possibile* (ipotetico), basato su tesi scientifiche non provate, non è preso in considerazione<sup>33</sup>.

Sono considerati dalla direttiva n. 2001/95/Ce anche i rischi *non conosciuti*, ma che è fondatamente *possibile* ipotizzare. In questi casi l'analisi del rischio non avviene su parametri certi, ma su ipotesi formulate con metodi non sempre scientifici, in assenza di dati empirici. L'incertezza del rischio può derivare dalla disponibilità di dati incompleti o contaminati da variabili causali o da causalità multifattoriali. In tali casi anche creare modelli di *probabilità* dell'evento dannoso può essere difficoltoso ed è solo possibile creare modelli di *possibilità dell'evento*, utilizzando logiche nelle quali il grado di certezza è sfumato (c.d. «*partial truth*»)<sup>34</sup>. Si opera così all'interno del principio di precauzione.

## 5. Il principio di precauzione: l'incertezza della scienza

Il principio di precauzione richiede che nel caso di immissione in commercio di prodotti, specie se nuovi, si tenga conto anche di possibili effetti nocivi seppur non ancora esattamente conosciuti («*lack of full scientific certainty*»), ma concretamente considerati dalla scienza. Il principio fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, creando una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione<sup>35</sup>. L'ap-

ALL ER (D) 121, la High Court of Justice di Londra applica criteri di *liability* tipicamente americani e, in presenza di una intrinseca pericolosità di un prodotto medicale, tiene conto del complessivo apporto benefico del medesimo, pur in una congetturabile difettosità di alcune applicazioni. Il criterio della ragionevolezza è pertanto statistico.

<sup>33</sup> Le situazioni che si devono valutare sono spesso complesse: maggiormente aumentano i *deficit* cognitivi, maggiormente ci si avvicina a situazioni di incertezza che sfociano nella mera ipotesi scientifica, v. Tribunale di primo grado dell'Unione europea dell'11 luglio 2007 in causa T-229/04, *Regno di Svezia c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2007, p. 2437 (caso noto con il nome di *paraquat*), EU:T:2007:217.

<sup>34</sup> Cfr. R. M. DARBRA - E. ELJARRAT - D. BARCELÒ, *How to measure uncertainties in environmental risk assessment*, in *Trends in analytical Chemistry*, n. 4, Barcellona, 2008.

<sup>35</sup> In questa prospettiva il principio sarebbe diretto alle Pubbliche Autorità ed avrebbe scarsi riflessi nel mondo del diritto; in realtà il richiamo al principio effettuato dalla direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 10, inserisce la logica precauzionale nella analisi del rischio; su questi temi, tra altri, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne, 2012; G. FORTI, *La chiara luce della verità e l'ignoranza del pericolo*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, Jovene, 2007; C.

plicazione del principio di precauzione comporta che ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in un'attività di prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali<sup>36</sup>.

È peraltro evidente che l'eventuale uso in modo interessato di questo principio nella responsabilità civile porterebbe a risultati penalizzanti (*chilling effects*) ed inquietanti per un'impresa<sup>37</sup>.

Il ricorso al principio si iscrive pertanto nel quadro generale dell'*analisi del rischio* (che comprende, oltre la valutazione del rischio, la gestione e la comunicazione del rischio) e, più particolarmente, nel quadro della *gestione del rischio* (o presa della decisione)<sup>38</sup>. La Commissione sottolinea che il principio di precauzione può essere invocato solo nell'ipotesi di un rischio potenziale e che esso non può, in nessun caso, giustificare una decisione arbitraria. Il ricorso al principio di precauzione è, pertanto, giustifi-

RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale, genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>36</sup> Cons. di Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495, in *Foro amm.*, 2015, p. 1415.

<sup>37</sup> È certo che la protezione della salute si pone come obiettivo primario, tuttavia la scarsa ponderazione degli interventi può prestarsi a forti penalizzazioni per l'industria. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., 3 settembre 2015, n. 581, in banca dati *Juris data*, afferma: «se è corretto svolgere tale valutazione alla stregua di parametri precauzionali anche particolarmente rigorosi (c.d. criterio del «caso peggiore»), occorre però che ciò si risolva nella formulazione di un giudizio, che abbia nondimeno un'attendibilità scientificamente significativa». Se invece si aderisce alla opzione per cui anche una voce isolata della scienza determina una condizione di rischio rilevabile (v. *supra*, nota 66), la posizione del fabbricante si aggrava notevolmente. Su questi temi, G. BRONNER - E. GEHIN, *L'inquietant principe de précaution*, Parigi, 2010; G. COMANDÈ, *La responsabilità civile per danno da prodotto difettoso, assunta con precauzione*, cit. *supra*, nota 25; F. PLANCHENSTAINER, *Arsenico e vecchi acquedotti: la responsabilità della P.A. per la fornitura di acqua potabile*, commento a TAR Lazio, 20 gennaio 2013, n. 668, in *Danno e resp.*, 2012, p. 15; R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012. Il principio trova applicazione in giurisprudenza in aree limitate di incertezza scientifica (onde elettromagnetiche, trasfusioni con sangue infetto, immissioni sonore). Numerose le pronunce, *ex multis*, Trib. Padova, 7 febbraio 2002, in *Riv. giur. amb.*, 2002, p. 981; Trib. Milano, 7 ottobre 1999, in *Ambiente*, 1999, p. 35; Trib. Roma, 5 novembre 1999, in *Foro it.*, 1999, c. 3414; Cass., 27 luglio 2000, n. 9893, in *Danno e res.*, 2001, p. 37; Trib. Bologna, 31 luglio 2006, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1249.

Cass., 23 gennaio 2007, n. 1391, cit. *supra*, nota 23, esclude la responsabilità del danneggiante qualora le immissioni si siano mantenute nei limiti fissati dalla normativa vigente, ma la giurisprudenza successiva valorizza il danno comunque verificatosi (Cass., 16 ottobre 2015, n. 20927, in banca dati *Juris Data*).

<sup>38</sup> D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, reperibile all'indirizzo internet [www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf). Il principio di precauzione è ampiamente trattato, di recente, dalla Corte di giustizia nella sentenza del 19 gennaio 2017 in causa n. C-282/15, *Queisser Pharma GmbH & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2017, ECLI: ECLI:EU:C:2017:26.

cato solo quando riunisce tre condizioni: *a.* l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi; *b.* la disponibilità di dati scientifici; *c.* l'ampiezza della incertezza scientifica.

## 6. L'analisi del rischio

A questo punto è possibile esaminare l'analisi del rischio che il costruttore deve effettuare sul prodotto. Il difetto è generalmente considerato come una condizione attuale e statica<sup>39</sup>, determinante il malfunzionamento del prodotto (guasto). Tale condizione è utilizzata nella responsabilità da prodotto come prerequisito del processo causale che diparte dal difetto per arrivare al danno<sup>40</sup>. La direttiva n. 2001/95/Ce invece prende in considerazione una condizione ipotetica: il rischio (effettivo o) potenziale esplicito dal prodotto.

La valutazione di un rischio potenziale – in quanto predittiva – presenta sempre margini di opinabilità: si tratta, infatti, di descrivere un evento (dimensione del rischio) non presente nella realtà ed i cui effetti sono solo ipotizzati in uno scenario virtuale dominato dall'incertezza cognitiva<sup>41</sup>. La base di partenza della valutazione del rischio di un prodotto è la ricostruzione teorica di effetti conosciuti o non appieno conosciuti, ma che tuttavia si possono valutare con sufficiente approssimazione, in base ai dati scientifici o esperienziali disponibili, per verificare la probabilità del verificarsi del danno. Tale giudizio appare condizionato dalla diligenza<sup>42</sup>.

La Commissione ha adottato il 16 dicembre 2009 una decisione sull'analisi dei rischi generati dai prodotti destinati ai consumatori<sup>43</sup>. L'analisi

<sup>39</sup> La giurisprudenza distingue il difetto ex art. 1490 c.c. dal difetto di cui alla direttiva n. 85/374/Cee (*cit. supra*, nota 10) in quanto il secondo deve esprimere una potenzialità dannosa che si esplica in un danno evento, v. Cass., 29 maggio 2013, n. 13458, in banca dati *Juris data*.

<sup>40</sup> Per questo aspetto il discorso sembra molto simile a quello della responsabilità da prodotto di cui alla direttiva n. 85/374/Cee (*cit. supra*, nota 10), ove il difetto è ritenuto un prerequisito della relazione causale; v. Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, in *Rass. dir. far.*, 2007, p. 1209.

<sup>41</sup> Su questi temi, v. anche F. KHAN, *Use Maximun Credible Accident scenarios for realistic and reliable risk assessment*, reperibile sul sito internet [www.cepmagazine.org](http://www.cepmagazine.org), 2001; I. HIRST - D. A. CARTER, *A worst case, metodologie for risk assessment*, in *Process Safety Progress*, vol. 19, Issue 2, 2000, pp. 78-85; K. STEELE, *The precautionary principle: a new approach to public decision-making?*, in *Law, Probability and Risk*, N.Y., Oxford Academic, 2013.

<sup>42</sup> Occorre, infatti, pur sempre, stabilire se il fabbricante è in grado di ragionevolmente accertare se il bene è pericoloso e se la misura adottata è congrua.

<sup>43</sup> Decisione della Commissione n. 2010/15/Ue, del 16 dicembre 2009, recante le linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida, *cit. supra*, nota 21. *Ivi*

appare un procedimento complesso articolato nelle fasi di valutazione, gestione e comunicazione del rischio<sup>44</sup>.

Quanto alla valutazione del rischio, le linee guida indicano una metodologia di esame che si basa su una matrice che coniuga la *probabilità* dell'evento (misurata su scala progressiva) con la *gravità* del danno (pure misurata su scala progressiva). Questo metodo appare una via mediana tra i

si rileva che il rischio può essere valutato con vari metodi (nomogramma, con matrici, ecc.); resta invece controversa la questione di come si possano quantificare i rischi. Le linee guida si propongono di definire un metodo chiaro che le Autorità competenti degli Stati membri possano utilizzare per valutare i rischi dei prodotti di consumo non alimentari.

Le linee guida precisano che per rischio s'intende generalmente la possibilità che si produca un evento che pregiudica la salute o la vita delle persone o che provoca danni materiali gravi. Le persone accettano di correre un rischio pur essendo consapevoli del danno possibile, perché il danno non sempre si produce. La determinazione del rischio avviene in varie tappe. In primo luogo si ipotizza uno scenario nel quale il prodotto intrinsecamente pericoloso produce un danno al consumatore. Si determina poi la gravità del danno subito dal consumatore secondo scale crescenti.

Per valutare il rischio si ipotizza perciò uno «scenario di incidente» che descrive passo per passo in che modo il prodotto che comporta un pericolo causa un danno per il consumatore. In sostanza, lo scenario descrive l'incidente causato dal prodotto in questione e la gravità del danno subito dal consumatore in conseguenza dell'incidente.

La «gravità del danno» è quindi un criterio che permette di quantificare il pericolo. Le Linee guida propongono quattro livelli di gravità, da un danno di norma completamente reversibile ad un danno molto grave che causa un'invalidità permanente superiore al 10 % o la morte.

Si determina la probabilità che il prodotto intrinsecamente pericoloso produca in realtà un danno per il consumatore.

Si combina il pericolo (in termini di gravità del danno) e la probabilità (espressa come frazione) per ottenere il rischio.

Se sono ipotizzabili più scenari di incidente, per ciascuno di essi occorre determinare il rischio; il rischio più elevato è considerato «il rischio» del prodotto. Il rischio più elevato è quello che di norma è determinante perché solo un intervento che tenga conto di questo è in grado di assicurare la più elevata protezione.

È importante acquisire le maggiori informazioni possibili; tra esse i dati di esperienza e di ricerca.

Se è possibile stimare il valore più probabile di ogni parametro, attenendosi a questi valori per la procedura, il livello di rischio risultante sarà quello corrispondente al rischio più probabile.

Le valutazioni del rischio devono essere attendibili e realistiche. Poiché però riposano su un certo numero di ipotesi, per uno stesso prodotto le conclusioni raggiunte possono differire secondo i dati e gli altri elementi di cui dispone chi effettua la valutazione o secondo la sua esperienza. È importante documentare la valutazione del rischio, descrivendo il prodotto e tutti i parametri utilizzati, quali i risultati di test, i tipi di consumatori considerati per i scenari di incidente e le probabilità relative ai dati e alle ipotesi.

Viene fatto l'esempio pratico del rischio di rottura della testa di un martello utilizzato per piantare chiodi. Si valutano in percentuale, nella casistica disponibile, i casi in cui una parte della testa del martello ha colpito l'operatore; i casi in cui la medesima parte ha colpito il volto dell'operatore; i casi in cui la medesima parte ha colpito un occhio dell'operatore. Si traggono poi le conclusioni su tali segmentazioni del rischio. Di notevole interesse il recente documento della Commissione europea, *EU General risk assessment methodology, Action 5 of Multi-annual action plan for surveillance of products in EU*, (Com(2013)76) dell'1 febbraio 2016.

<sup>44</sup> Fanno parte di questa fase anche le istruzioni per l'uso e le informazioni sui rischi; tali documenti devono essere considerati anche per la loro capacità di riduzione del rischio, Cass. pen., 15 maggio 2014, n. 20253, in *Cass. pen.*, 2015.

metodi che privilegiano l'analisi sul prodotto e quelli che privilegiano l'analisi sul consumatore, perché tiene conto sia della caratterizzazione<sup>45</sup> di *quel* contesto (possibile scenario del sinistro) effettivo sia di *quel* particolare tipo di consumatore che si può avvicinare al prodotto<sup>46</sup>.

La valutazione del rischio residuo è effettuata dal fabbricante, tuttavia si opera in materia di valutazione concorrente perché spetta all'Autorità competente ogni decisione sul livello di rischio accettabile<sup>47</sup>.

La fase della valutazione del rischio (*risk assessment*), come precedentemente indicato, è preliminare a quella della gestione del medesimo (*risk mangement*); esse sono rette da regole diverse. La prima si basa sulla raccolta di dati scientifici ed esperienziali per raggiungere un valore definito, paragonandolo al valore ritenuto accettabile dall'Autorità<sup>48</sup>. La seconda

<sup>45</sup> Sulla caratterizzazione del rischio, v. *amplius*, F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare ed autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>46</sup> Nel documento emesso nel febbraio del 2006 da RPA (Risk & Policy Analysts, London) per conto della Commissione europea, intitolato «*Establishing a comparative inventory of approaches and methods used by enforcement Authorities for assessment of the safety of consumer product covered by directive 2001/95/EC on General product safety and identification of best practices*», si dà conto della prevalente utilizzazione da parte della Commissione dei metodi denominati *Rapex methodology*, *Risk matrix* e *Nomograph*. Il primo appare un metodo generico, il secondo focalizza la valutazione della pericolosità sul prodotto ipotizzando lo scenario peggiore («*worst case*»); il terzo si focalizza sulle attese di sicurezza del consumatore, verificando l'efficacia delle avvertenze/informazioni.

Sul metodo di valutazione *Nomograph*, v. lo studio di ACCC, *Australian Competition Consumer Commission*, sul sito dell'ente, intitolato: «*Product Safety nomograph tool and instruction for use*», 2015. Sulle tematiche della valutazione dei rischi e sulla sorveglianza dei mercati da parte delle Autorità competenti in relazione alle qualità dei prodotti, v. Commissione europea, *Seconda edizione della Guida per l'applicazione della direttiva 2006/42/CE*, 2010 nonché Comunicazione della Commissione, *La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti*, cit. *supra*, nota 28.

<sup>47</sup> In materia alimentare la valutazione del rischio è delegata alla Autorità europea per la sicurezza alimentare, la gestione del rischio alla Commissione. Quanto ai prodotti in generale la prima valutazione del rischio è eseguita dalle Autorità nazionali, v. punto 2.3.3, decisione della Commissione n. 2010/15/UE, del 16 dicembre 2009, recante linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida (RAPEX) e della procedura di notifica di cui, rispettivamente, all'art. 12 e all'art. 11 della direttiva 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti, cit. *supra*, nota 21. La sentenza del Tribunale di primo grado dell'Unione europea dell'11 settembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305, EU:T:2002:209, precisa che nell'ambito della valutazione dei rischi spetta alle istituzioni comunitarie determinare il livello di rischio – ossia la soglia critica di probabilità di effetti nocivi per la salute umana e della gravità di tali potenziali effetti – che reputano non essere più accettabile per tale società e che, una volta superato, rende necessario, nell'interesse della tutela della salute umana, il ricorso a misure preventive malgrado l'assenza di certezza scientifica. V. anche, sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1983, in causa n. C-174/82, *Sandoz BV*, in *Raccolta*, 1983, p. 2445, EU:C:1983:213, ove si legge: «spetta alle stesse autorità nazionali valutare, tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, se l'autorizzazione debba essere concessa in conformità al diritto comunitario». Sul tema, v. F. CAPELLI - B. KLAUS - V. SILANO, *Nuova disciplina del settore alimentare ed autorità europea per la sicurezza alimentare*, cit. *supra*, nota 45, p. 111.

<sup>48</sup> Sull'utilizzo del dato scientifico in questa fase, v. il Regolamento n. 178/2002, cit. *su-*

utilizza anche criteri di opportunità politica. La comunicazione del rischio (*risk communication*) riguarda invece lo scambio informativo con le Autorità di controllo, il mondo scientifico ed i consumatori.

La valutazione del rischio<sup>49</sup> è condizionata dalla novità del prodotto<sup>50</sup>. Il giudizio sul rischio (provocato dal prodotto) è infatti un giudizio *ex ante*<sup>51</sup>, che considera ampiamente il dato esperienziale/epidemiologico.

## 7. Il caso *Takata* (*air bag* frontali del passeggero)

Va premesso che alcuni modelli di *air bag* prodotti da Takata sono stati accertati come difettosi e pertanto non vi è questione sulla loro pericolosità.

Il caso in esame è quello di un modello particolare di *air bag*<sup>52</sup> prodotto dal costruttore giapponese destinato a proteggere (solo) il passeggero della vettura (PAB: *Passenger Air Bag*), contenente sostanze esplosive soggette ad un possibile, imprevisto, progressivo processo di essiccazione. Relativamente a questo specifico modello di *air bag*, come attestato dallo stesso costruttore, non si sono verificati casi di esplosioni anomale comportanti lesioni al passeggero; pertanto, a rigore, non è possibile affermare che esso sia, attualmente, difettoso<sup>53</sup>.

*pra*, nota 8, ed, in particolare, il *considerando* n. 18, che fa riferimento agli elementi scientifici disponibili. La valutazione scientifica è delegata dall'Autorità ad esperti; in ragione della scientificità del risultato devono essere trascurate ipotesi che consistono in mere supposizioni.

<sup>49</sup> Se il processo o il prodotto sono nuovi, il giudizio prognostico deve tenere conto di come verranno usati e con quale grado di attenzione, facendo anche uso della progressiva esperienza su prodotti tipologicamente simili, per ricavarne elementi valutativi.

<sup>50</sup> Cass., 20 febbraio 2015, n. 3390, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

<sup>51</sup> È indicativo che in un'intervista rilasciata al *Corriere della Sera* del 3 novembre 2016, il responsabile della Samsung, a distanza di mesi dalla prima esplosione del prodotto Note 7, le cui vendite sono state sospese poco dopo il lancio, attribuisca alla scarsa base epidemiologica la difficoltà di accertare con assoluta certezza i problemi di insicurezza del medesimo. Sull'importanza dello strumento statistico nella ricerca del difetto, v. R. BELLIO - B. SCARPA, *Strumenti statistici per il controllo della qualità*, in *Qualità, la gestione, gli strumenti e metodi e le migliori esperienze*, cit. *supra*, nota 34.

<sup>52</sup> Nel caso *Takata* il problema di funzionamento pare causato da un progressivo e particolarmente lungo processo di deterioramento della sostanza esplosiva (nitrato di ammonio) in presenza di situazioni climatiche umide: «No one knows for certain how long it takes for the ammonium nitrate to deteriorate or whether inflators in older cars in cooler, less-humid states might explode in the future. That makes the safety of Takata inflators - which are in driver, passenger and side air bags - a potentially deadly unknown», T. KRISHER, *Air bag danger: US counts 85M unrecalled Takata inflators*, AP (settimanale *on line*) del 13 aprile 2016.

<sup>53</sup> Afferma Takata nel *report* inviato alla NHTSA il 16 maggio 2016, reperibile sul sito dell'Agenzia, che: «Takata is not aware of any test ruptures in ballistic testing or confirmed field incidents of the subject non-desiccated ammonium nitrate inflators other than those already under recall as detailed in prior defect information reports. Out of an abundance of caution, however, Takata is filing this report in cooperation with NHTSA to promote public safe-

Takata, pur confermando l'assenza di un'evidenza empirica di effetti anomali ed inattesi, ha comunque raggiunto un accordo (*Amendment Consent Order*<sup>54</sup>) il 4 maggio 2016 con l'Agenzia americana di controllo del traffico (NHTSA) che prevede una campagna di richiamo a tappe di tutti i veicoli che "montano" quel particolare *air bag*. In precedenza (il 3 novembre 2015) era stato raggiunto un accordo tra NHTSA e Takata per la sostituzione di *air bag* di altra tecnologia.

Sono seguiti successivi accordi tra la NHTSA e i costruttori di vetture che utilizzano il sistema PAB per programmare interventi di risanamento, suddividendoli per gruppi di priorità<sup>55</sup>.

Trattandosi della *recall* del costruttore di un componente di sicurezza di una vettura, per portarla a termine sono necessari, *in primis*, la collaborazione ed il coinvolgimento del costruttore della vettura.

Le circostanze: *i.* che non vi sono stati casi di eventi dannosi, *ii.* che la "popolazione" di vetture interessata è molto numerosa (svariati milioni di vetture), *iii.* che vi è un'indisponibilità immediata dei pezzi di ricambio<sup>56</sup> e *iv.* la necessità di studiare una tecnologia diversa, hanno indotto la NHTSA ad autorizzare i costruttori di vetture ad interventi differiti nel tempo sul mercato. Gli interventi riparativi si susseguiranno sino al 2019. La NHTSA, fino alla completa sostituzione degli *air bag* di vecchia tecnologia con altri di nuova tecnologia, autorizza la "riparazione" della vettura mediante utilizzo di un *air bag* dello stesso tipo (quindi di vecchia tecnologia) che poi dovrà essere risostituito (operazione definita in gergo: «*like for like*»). Si tratta di un'evidente singolarità: un componente difettoso è

ty». La stessa affermazione è presente nel *report* presentato da Takata alla NHTSA il 3 gennaio 2017, sul sito dell'Agenzia. La formula utilizzata serve evidentemente al costruttore per dimostrare che non era tenuto all'obbligo di comunicazione alla NHTSA del difetto, ma non dice molto se il medesimo ritenga che la tecnologia usata sia sicura o non.

<sup>54</sup> Il *Consent Order* viene emesso in relazione all'US Code, art. 49, § 30101 ss.

<sup>55</sup> Questi accordi sono di fondamentale importanza perché offrono al fabbricante la prova che la NHTSA ha valutato come non urgente l'intervento correttivo sul mercato.

<sup>56</sup> La penuria di pezzi di ricambio, dato il numero elevatissimo delle vetture coinvolte, comporterà per i costruttori di veicoli la scelta tra due soluzioni: *i.* attendere la realizzazione di un nuovo sistema; *ii.* sostituire momentaneamente il pezzo con un altro nuovo, ma di vecchia concezione riducendo così il rischio in quanto il fattore di pericolo è dato anche dalla vetustà delle sostante utilizzate nel sistema.

La normativa americana consente interventi *ad interim*, in assenza di disponibilità immediata di pezzi di ricambio o della soluzione ottimale, v. art. 49 CFR (*Code Federal Regulation*), § 577.7. Tale strada è quella scelta dai maggiori costruttori automobilistici in relazione agli *air bag* Takata per il passeggero. Sulle *interim communications*, v. anche, *Manufacturers' guide to recall in the UK automotive sector*, p. 20, reperibile all'indirizzo internet: <https://www.gov.uk/government/publications/manufacturers-guide-to-recalls-in-the-uk-automotive-sector>.

Quasi tutti i costruttori di veicoli comunicano in sede di vendita se il veicolo utilizza *air bag* di vecchia concezione.

sostituito con un altro difettoso in attesa della ulteriore sostituzione con un componente di nuova tecnologia. Ciò è consentito perché il degrado del sistema avviene (secondo lo studio della NHTSA) progressivamente. Tale modalità di intervento è stata definita dalla Rivista specializzata *Automotive News*<sup>57</sup> come «*a just in time recall*».

## 8. Lo studio della NHTSA

Nel caso che si esamina si afferma che il prodotto presenta un difetto, allo stato latente, che si potrà manifestare in futuro (in uno scenario di «*worst case*»)<sup>58</sup>. La problematica è nuova nel settore *automotive*<sup>59</sup>. Allo stato, il prodotto è considerato una sorta di portatore sano del difetto<sup>60</sup>. I dati cognitivi delle cause del fenomeno (eccessiva forza dell'esplosione) sono alquanto scarsi e non consentono una sua riproduzione in laboratorio.

La misura precauzionale richiesta dalla NHTSA a Takata a proposito degli *air bag* si basa sullo studio di un esperto indipendente, di comprovata competenza in materia<sup>61</sup>.

Lo studio rimane un giudizio "sospeso", incerto nel futuro verificarsi di tutte le condizioni possibili rilevanti<sup>62</sup>. Prospetta un rischio di elevata

<sup>57</sup> Articolo apparso su detta Rivista in data 9 maggio 2016.

<sup>58</sup> Toyota nel comunicato, apparso sul proprio sito internet, *The reasons for this voluntary recall*, ha affermato: «We have been conducting various investigations on Takata-produced airbag inflators. Among the parts collected from the Japanese market, certain types of airbag inflators were found to have a potential for moisture intrusion over time». Non sono indicate le probabilità dello scoppio anomalo. Il costruttore General Motors precisa nel proprio sito internet che «as of May 2016, GM has had zero reports of inflators rupturing in these vehicles since the start of production. This covers an estimated 44,000 deployments». Il medesimo costruttore ha ottenuto un differimento dei termini per iniziare una campagna di richiamo su determinati modelli di vetture; è però onerata, essa stessa, di provare la non difettosità degli *air bag*. Va al proposito considerato che al punto n. 30 del *Consent Order* del novembre 2015 la NHTSA onera Takata della ricerca delle «root causes», riservandosi altri provvedimenti. La stessa regola è utilizzata per il differimento dei termini accordati a General Motors. In tal modo si sposta sul fabbricante l'onere di provare che il suo prodotto non è pericoloso. Sulla singolare posizione, assunta dalla NHTSA verso General Motors, v. K. LANG, *NHTSA allows GM to delay recall to prove air bag safety*, in *Detroit News*, 22 novembre 2016.

<sup>59</sup> «This may be the first time in history where multiple automakers are selling brand new cars with a known, and potentially deadly, defect», rileva D. SHEPARDSON, *Some new cars still include defective Takata airbags*, in *Automotive News*, 1 giugno 2016.

<sup>60</sup> V., D. SHEPARDSON, *Toyota tells U.S. dealers to disclose future Toyota recalls*, in *Automotive News*, 10 giugno 2016.

<sup>61</sup> Cfr. *Expert report of H. R. Blomquist*, sul sito [https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/documents/expert\\_report-hrblomquist.pdf](https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/documents/expert_report-hrblomquist.pdf).

<sup>62</sup> NHTSA: *New test data on particular subset of Takata air bag inflators shows substantially higher risk*, comunicato del 30 giugno 2016, reperibile sul sito della Agenzia, ove si precisa: «a combination of time, environmental moisture and fluctuating high temperatures contributes to the degradation of the ammonium nitrate propellant in the inflators. Such deg-

*gravità* (gli effetti del malfunzionamento sono ipotizzati in una esplosione con eccessiva dissipazione di energia che potrebbe causare lesioni letali, v. punti n. 6 e n. 12), ma di imponderata *probabilità* dell'evento. Non sono, infatti, ancora del tutto chiare le variabili che possono intervenire in relazione al clima (% umidità)<sup>63</sup> ed al grado di utilizzo del mezzo. Lo studio<sup>64</sup> ipotizza la probabile «*root cause*» in una serie di condizioni: si è dunque in presenza di una causalità multifattoriale. Tuttavia non offre chiare indicazioni sulle variabili presenti nello scenario ed ipotizza (alla nota 9) possibili diversi risultati a diverse condizioni. Ne esce un'ipotesi di alto coefficiente probabilistico<sup>65</sup>, protesa a descrivere gli effetti nocivi del componente ad una notevole distanza di tempo (otto anni)<sup>66</sup>.

## 9. Conclusioni

L'accordo di Takata con la NHTSA è, almeno apparentemente, fondato sul principio di precauzione, in relazione al *possibile* fenomeno di alterazione nel tempo delle sostanze esplosive contenute nell'*air bag* per aggrissione dell'umidità. Vi è incertezza scientifica sull'evento, ma questo è valutato come possibile, con elevato grado di attendibilità scientifica.

Conseguentemente, il principio sembra essere legittimamente utilizzato dalla NHTSA (pur in presenza di dati non univoci<sup>67</sup>).

radation can cause the propellant to burn too quickly, rupturing the inflator module and sending shrapnel through the air bag and into the vehicle occupants».

<sup>63</sup> Nella relazione dell'esperto nominato dalla NHTSA, si individuano tre condizioni che determinano gli effetti anomali: *i.* il tempo; *ii.* l'umidità; *iii.* la temperatura. Non è però chiaro se queste condizioni sono tutte necessarie, v. *Expert Report of H. Blomquist, cit. supra*, nota 61.

Molti dubbi sono sorti sulla validità dello studio, v. M. WAYLAND, *GM seeks to delay Takata air bag recall of 1M trucks*, Detroit News, 16 settembre 2016, perchè nelle analisi del rischio di alcuni costruttori tali condizioni non sono state verificate, per cui non si può dire che vi sia una unanimità scientifica sul punto.

<sup>64</sup> *Expert Report of H. Blomquist, cit. supra*, nota 61.

<sup>65</sup> Nel proprio comunicato dell'11 maggio 2016 la NHTSA afferma che: «(i) The Takata inflators do not pose an unreasonable risk to safety when they are installed in a new vehicle or for several years afterward; (ii) Over time, the combined effect of moisture and heat cause the inflators to degrade, at varying rates in different conditions, to a point where they are no longer safe and should be replaced; (iii) Not every Takata air bag is at risk of failure today; (iv) NHTSA's actions are designed to make sure that air bag inflators are recalled and replaced before they ever become a risk to vehicle occupants».

Diverso il discorso degli *air bag* prodotti da Takata di vecchia tecnologia a protezione del conducente: tali sistemi sono stati giudicati pericolosi e devono essere sostituiti senza ritardo.

<sup>66</sup> Si consideri peraltro che la probabilità dell'evento deve calcolarsi sul numero dei veicoli, per cui essa è molto differente per un piccolo costruttore rispetto ad un grande costruttore.

<sup>67</sup> V. *supra*, nota 58, a proposito della posizione di General Motors.

Si pongono tuttavia, a nostro giudizio, due problemi di non facile soluzione.

Il primo: se fosse sempre rilevante una difettosità futura del prodotto innescabile a determinate situazioni, questa condizione di rischio obbligherebbe i costruttori di vetture e di componenti a preventivamente considerare tutti i rischi di degrado dei componenti, ponendo scadenze assolute di «validità» del prodotto.

Il secondo: ove vi fossero elementi per stabilire che la condizione futura di rischio grave di qualsiasi prodotto fosse concretizzabile anche anzitempo, i costruttori dovrebbero immediatamente porre in essere azioni preventive in caso di probabilità dell'evento<sup>68</sup>, senza attendere, per la sostituzione, la scadenza attesa. Si aprirebbe così la strada ad una valutazione del rischio di tipo qualitativo e non quantitativo (fondato sulla percentuale di difettosità che causa eventi gravi): il dato rilevante diverrebbe unicamente la possibile gravità dell'evento (morte) coniugata con un dato altamente probabilistico rivolto al futuro che renderebbe inutilizzabili i correnti metodi di valutazione del rischio.

**Gian Franco Simonini\***

## SINTESI

Sono diventati noti, per ragioni diverse, due casi ("*diesengate*" e *Takata*) nei quali due importanti operatori del settore automobilistico sono stati protagonisti di frodi commerciali di grandissime dimensioni. L'Agenzia americana deputata al controllo delle vetture (NHTSA) e la Commissione europea sono corse ai ripari, rafforzando gli Organi di controllo dei prodotti sul mercato e modificando le procedure di prova di omologazione della vettura. Le nuove procedure entreranno in vigore nel settembre 2017.

Il caso degli *air bag* difettosi prodotti da Takata, oltre che per il numero di vetture interessato (oltre trecento milioni nel mondo) presenta alcune singolarità

<sup>68</sup> Si consideri che la probabilità dell'accadimento appare scarsa. Infatti, se si usassero le metodologie della Commissione in precedenza indicate, si dovrebbero via via considerare le probabilità dello scoppio, le probabilità dello scoppio dannoso, le probabilità che venga colpito il passeggero da un frammento della scatola dell'*air bag*, le probabilità che venga colpita una parte vitale del passeggero, ecc. Il calcolo porterebbe ad un valore probabilistico esiguo, ampiamente superato dalla probabilità di effetti nefasti di altri sistemi. L'approccio seguito dalla NHTSA è pertanto condizionato dalla gravità dell'evento (effetti letali) più che dal dato probabilistico, risultante dalla valutazione del rischio.

\* Avvocato / Foro di Modena

che lo rendono unico nella storia dei richiami dei prodotti difettosi. La severità della NHTSA sembra porsi come avvertimento ai fabbricanti ad essere maggiormente trasparenti, ma apre, al contempo, ad inusuali valutazioni sul rischio di tipo qualitativo del prodotto.

#### ABSTRACT

*There have been two cases ("Dieselgate" and Takata) in which two important players in the automotive sector have been involved in a huge commercial fraud.*

*The European Commission intervened immediately, by strengthening the Authorities in charge of the control of products on the market, and modifying vehicle type-approval tests. The new rules are effective starting from September 2017.*

*The case of the defective airbags manufactured by Takata, also considering the number of cars involved (over three hundred million in the world), presents some singularities that make it unique in the history of defective product recalls. The severity of NHTSA seems to be a warning to manufacturers to be more transparent, but at the same time opens up an unusual quality risk assessment for safety products.*

# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## DALLA «PIETRA DEL VITUPERIO» AL «BAIL-IN»\*

1. Nella storia di una cittadina siciliana (*Bucolo*, 1953), nella parte dedicata alle *Tradizioni civili* (151, § 1) sotto il lemma «Pietra del vituperio», è riportata la seguente testimonianza: «I debitori che non potevano o non volevano pagare, venivano sottoposti alla vergognosa azione di calarsi in pubblico le braghe e battere con le natiche tre volte sopra una balata o pietra del vituperio, collocata nell'aula della Curia Capitaneale, o in una pubblica piazza, alla presenza dei creditori e dei molti curiosi, accompagnando l'atto indecoroso colle rituali parole: *chi ha da avere, venga a pagarsi*. I vecchi ci hanno tramandato questa usanza..., ed anche la persona che *batté il sedere* sulla balata posta nella piazza della matrice».

La notizia – sul piano storico – è abbastanza sorprendente, dato che si accenna al permanere dell'usanza, in detta cittadina, ancora negli anni '20 del secolo scorso, mentre, a quanto mi consta, quella pratica, che sembra trovare riscontro, per imitazione, anche in Francia, non riuscì a superare, in altri posti, il secolo XVIII. Penso alla «Preda Ringadora», detta anche «*lapidem arengheriae*» di Modena, o alla «pietra del vituperio» di Aramengo, luogo di pena specializzato in «debitori insolventi» (da dove l'espressione: «*va' ad Aramengo*», ossia «*ti auguro il fallimento*», molto più pudica di quella sicula «*ristari ccu culu 'n terra*»: *Sapienza*, 314-315; per altre

\* *Lectio brevis*, tenuta da Giuseppe B. Portale all'Accademia dei Lincei (15 aprile 2015) e destinata agli *Scritti in onore di Antonio Gambaro*. Il testo è pubblicato in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obbligazioni*, fasc. n. 1, 2017, p. 21. Per gentile concessione della predetta Rivista e dell'Autore lo stesso testo appare anche in questo numero della nostra *Rivista*.

notizie e riferimenti, *Portale* [1], 389 ss.; *Rivolta* [1], 22). E mi piace ricordare una pagina autobiografica di Aldo Palazzeschi (e riprodotta da *Rivolta* [2], 264 ss.), il quale racconta «come un giorno [suo] padre, attraversando la Loggia del Porcellino – siamo, quindi, a Firenze – non appena giunti al centro vi si fermò di scatto per indicar[gli] un piccolo tondo di marmo infisso nel pavimento e sopra il quale, prese a dir[gli] che, in un tempo certamente lontanissimo, si dava giusto castigo e pubblico scorno al mercante fallito, tirandogli giù i calzoni e a posteriore scoperto sbattendolo e risbattendolo per un'infinità di volte su quel marmo. Il derelitto, divenuto fra quelle braccia uno straccio, avrebbe preferito d'essere morto vedendosi circondato dalla più viva e morbosa curiosità del prossimo accorso in folla per godersi lo spettacolo e manifestare al tempo stesso il proprio biasimo. Mio padre – aggiunge Palazzeschi – doveva nutrire tale orrore del fallimento..., che faceva di tutto per infonderne altrettanto nell'animo del figlio al fine di preservarlo da tanto obbrobrio...».

La descritta pratica, probabilmente, è da considerare il perpetuarsi di quella visione afflittiva del fallimento (non distinto dalla bancarotta), residuo della sua originaria natura di procedura penale, alla quale erano correlate sanzioni che potevano essere anche cruento. Sul piano letterario, lo ricorda il dialogo di Shylock con Antonio nel *Mercante di Venezia* (scena III, 145) di Shakespeare, dove si parla, per la mancata restituzione di una somma data a prestito, di una possibile penale «indicata in una libbra della vostra carne chiara, da tagliare e prendere in quella parte del vostro corpo che piacerà a me» (un riferimento al dialogo in *Ascarelli*, 10). Mentre, sul piano del diritto, possono essere rammentati, da un lato, la bolla del Papa Pio V del 3 novembre 1570, la quale stabiliva che i bancarottieri fossero perseguiti come ladri e pronunciava contro di essi la pena capitale; dall'altro, in Francia, un editto di Enrico IV del 1609, in base al quale i medesimi dovevano essere «exemplairement punis de mort comme voleurs et affronteurs publics» (*Guillon*, 29). Il disvalore del fallimento era destinato a protrarsi per secoli (fra altri, *Rivolta* [1], 22 ss.), se è vero che – dopo l'entrata in vigore, nel 1882, del secondo codice di commercio italiano –, Gustavo Bonelli, il nostro maggiore studioso della materia (nel cui pensiero si rifletteva la cultura liberale del tempo), poteva scrivere che l'insolvenza è prodotta dal discredito, il quale, a propria volta, travolge l'immagine intera della persona: «il commerciante oberato che si toglie la vita – diceva l'illustre giurista – esprime nel modo più solenne la più completa sfiducia nelle proprie risorse e nel proprio credito. Come potrebbe conciliarsi questa sfiducia di sé stesso colla fiducia dei creditori?» (*Bonelli*, 95). E, d'altro canto, non è un caso che, ad esempio, nella letteratura francese, gli facesse eco

il grande e bizzarro romanziere Honoré de Balzac – che ben si intendeva di fallimenti, per averne subito la vergogna, a causa delle sue tante e rovinose attività extraletterarie (*Pierrot*, 144 ss.) – nel suo Eugénie Grandet: precisamente, nella lettera che il nipote Carlo consegnava allo zio Félix Grandet, da parte del suo sfortunato padre, per annunciare al fratello il proprio suicidio, perché non aveva voluto sopravvivere all'onta di un fallimento da imputare alla bancarotta del suo agente di cambio (*Balzac*, 52 s.).

2. Venendo a tempi a noi più vicini e – data la sede della *Lectio* – semplificando al massimo, al nostro codice di commercio del 1882 è subentrata la c.d. legge fallimentare del 1942 (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), la quale – a parte i ritocchi imposti dalla Corte costituzionale – è rimasta sostanzialmente immutata fino alla legge 14 maggio 2005, n. 80, cui avrebbero fatto seguito ulteriori interventi legislativi. Il testo del 1942 – oltre a conservare una visione afflittiva e sanzionatoria del fallimento: è sufficiente, al proposito, richiamare le norme che imponevano l'obbligo di residenza al fallito (art. 49) e la sua iscrizione nel «pubblico registro dei falliti» (art. 50) –, non teneva conto dei profondi mutamenti della realtà socio-economica del paese, con la conseguenza di restare ancorato ad una concezione soggettiva, tesa ad espellere dal mercato l'imprenditore insolvente (*a prescindere dalle cause della crisi*) ed incapace, quindi, di fronteggiare – palesando, così, la sua inefficienza –, quelle che sono, per contro, le vere esigenze di un mercato moderno.

Solo nell'ultimo decennio – avendo presenti le spinte provenienti dal sistema inglese e, soprattutto, da quello statunitense (in particolare dal noto *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, che avrebbe influenzato il diritto di altri paesi europei: come Austria, Francia, Germania) – si è pervenuti ad una configurazione oggettiva dell'insolvenza: incentrata sull'attività d'impresa e diretta a realizzare un migliore temperamento delle istanze di tutela dei creditori dell'imprenditore in dissesto, *da un canto*, e di salvaguardia dell'organismo produttivo e di valorizzazione delle attività e della pluralità di interessi che esso coinvolge, *dall'altro*.

Senonché, mentre per raggiungere questo nuovo obiettivo i legislatori di paesi a noi vicini hanno optato per una riforma organica (si pensi, ad esempio, alla *Insolvenzordnung* tedesca del 1994, alla *Ley concursal* spagnola del 2003 e alla *loi* n. 2005-845 francese *sur la sauvegarde d'entreprise*), il nostro ha preferito la tecnica delle novelle, con una serie di interventi specifici, che talvolta si sono succeduti in maniera caotica, interessando sovente disposizioni della legge fallimentare modificate poco tempo

prima e producendo, di conseguenza, anche difficoltà applicative. Accade così che il nostro sistema attuale, da un lato, continua ad attribuire un ruolo centrale al fallimento, con la finalità precipua di soddisfare la massa dei creditori attraverso la liquidazione dell'impresa insolvente; mentre poi, dall'altro, con uno specifico testo normativo (dlgvo n. 270/1999, che ha riformato radicalmente la precedente l. n. 95/1979: c.d. legge Prodi), al quale se ne è affiancato un secondo (d. l. n. 347/2003, convertito nella l. n. 39/2004, più volte modificata) ha introdotto due nuove procedure concorsuali – l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e l'amministrazione straordinaria speciale riservata alle imprese di maggiori dimensioni –, dirette a conciliare il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente con il salvataggio del complesso produttivo in crisi e la conservazione dei posti di lavoro. Con questo, tuttavia, non si può ritenere – soprattutto dopo i più recenti interventi legislativi – che la conservazione dei complessi produttivi sia rimasta estranea alla legge fallimentare: questo può avvenire sia quando il piano di liquidazione preveda la cessione unitaria dell'azienda o di rami di azienda (art. 104-ter, comma 2°, lett. d., l. fall.), purché la vendita sia capace di consentire una maggiore soddisfazione dei creditori, sia, ed in misura ancora maggiore, con gli interventi di riforma del concordato preventivo, nonché con l'introduzione degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati di risoluzione, che – valorizzando tecniche di composizione privatistica della crisi (non a caso si parla di «"privatizzazione" delle procedure concorsuali»: ad esempio, *Sciuto*, 162) – sono protesi a perseguire l'obiettivo di salvaguardia dell'impresa e/o dei complessi produttivi (artt. 67, comma 3°, lett. d., 160-186-bis). L'argomento va chiuso ricordando l'esistenza di un disegno di legge delega (che secondo notizie di stampa dovrebbe essere approvato entro l'anno: *Il Sole 24-Ore* del 7 aprile 2016, 50), destinato a risistemare tutta la materia e dove, peraltro, non appare più il termine «fallimento» (art. 2, comma 1, lett. a., d.d.l. delega), per il dichiarato assunto che «un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica del ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare», (*Relazione* al d.d.l.; sul termine «fallimento» e sulla proposta di abolizione del medesimo, *Nuzzo*, dove anche colti riferimenti circa la storia dell'istituto).

**3.1.** A differenza di quanto accadeva in molti paesi europei, dove la crisi dell'impresa bancaria era assoggettata al diritto comune dell'insol-

venza, il legislatore italiano aveva dedicato alle crisi delle c.d. aziende di credito (questa era, infatti, la denominazione delle banche, malgrado la sua erroneità, perché frutto della confusione tra impresa ed azienda, come qualche anno dopo avrebbe chiarito il codice civile del 1942: artt. 2082 e 2555 c.c.) un'apposita disciplina racchiusa nella c.d. legge bancaria del 1936-1938, la quale – oltre a contenere una norma che consentiva, con l'autorizzazione della Banca d'Italia, la «sostituzione di una azienda di credito ad un'altra per l'esercizio di una sede o di una filiale» – introduceva due procedure adatte, appunto, a governare i dissesti: rispettivamente, l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa. Entrambe venivano disposte con decreto del Ministro del Tesoro (= attuale MEF) su proposta della Banca d'Italia. Esse avevano come presupposti: la presenza di «gravi irregolarità nell'amministrazione delle aziende di credito» o di «gravi perdite del patrimonio», la prima (art. 57); la ricorrenza di irregolarità nella gestione o di violazioni delle norme legali o statutarie o di perdite del patrimonio, tutte qualificate dalla «eccezionale gravità», la seconda (art. 67), la quale comportava anche la revoca – con il medesimo decreto del Ministro del Tesoro – dell'autorizzazione all'esercizio del credito, ma utilmente consentiva la possibile cessione «delle attività o delle passività di una azienda di credito» (art. 54, comma 7), permettendo in questo modo il salvataggio dell'attività bancaria, senza la dispersione dell'avviamento dell'impresa insolvente. Ma è da precisare che: *a.* non necessariamente entrambe le procedure dovevano essere impiegate (e questo anche se il ricorso all'amministrazione straordinaria era talvolta utilizzato dalla Banca d'Italia per avere il tempo adeguato ai fini del reperimento di altra azienda di credito disponibile all'acquisto delle attività e delle passività); *b.* l'adozione delle due procedure – lo si è visto – *non necessitava sempre* di «gravi» o di «eccezionali» *perdite*, bastando allo scopo pure delle «gravi» o delle «eccezionali» *irregolarità*.

La specialità della disciplina rispetto a quella dell'insolvenza di un'impresa di altra natura è legata alle caratteristiche che connotano l'impresa bancaria e agli interessi pubblici che con essa s'intrecciano, essendo ben comprensibile – come l'esperienza insegna – che il dissesto o la crisi di una banca «significativa» (per usare il linguaggio attuale del diritto europeo) possa provocare una crisi sistemica. Comportante – come ora si legge nella definizione dell'art. 2 della (*Bank Recovery and Resolution Directive*) c.d. BRRD (e cioè della Direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento) – «una perturbazione del sistema finanziario che può avere gravi conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale». Tutto questo in quanto fra le princi-

pali criticità delle imprese in discorso sono da indicare l'alto rischio di liquidità (*Cesarini*, 125 ss.), dovuto ad un *leverage* con elevate percentuali di debiti a breve, e l'alto rischio di "contagio" legato ai rapporti interbancari, nazionali e internazionali, come pure, ancora, la limitata attenzione alla gestione del rischio (*risk management*: *Mülbert* [1], 3 ss.; *Frigeni*, nn. 4-6).

**3.2.** I risultati conseguiti con l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa disciplinati con la vecchia legge bancaria del 1936-1938 – valutati positivamente (*Capolino*, n. 1) – hanno condotto alla loro conservazione nel testo unico bancario (T.u.b.: dlgo n. 385/1993) e, successivamente, in sede di attuazione della c.d. BRRD (specificatamente: dlgo n. 181/2015): in entrambe le volte, con gli opportuni adattamenti. Sia sotto la legge bancaria del 1936-1938 che sotto il T.u.b., prima dell'ultima riforma, le procedure di gestione delle crisi si sono concluse, in genere, attraverso ricapitalizzazioni o cessioni di attività e/o passività, con un ristoro, da parte di Banca d'Italia, delle banche che partecipavano al "salvataggio" attraverso l'attribuzione di sportelli bancari di nuova apertura: prassi, questa, considerata (da *Minervini*, 181, ma *contra Patroni Griffi*, 148, richiamando l'art. 23, comma 3, l. banc.) assolutamente illegittima per abuso di potere. Non bisogna nemmeno dimenticare il ruolo importante avuto anche dagli interventi svolti dai fondi di garanzia dei depositanti, da ultimo considerati aiuti di Stato e, pertanto, vietati in mancanza del rispetto della loro rigorosa disciplina (Decisione della Commissione, 23 dicembre 2015-C (2015) 9526 *final*: sul caso di Banca Tercas; punto di riferimento per gli aiuti di Stato – oltre le norme degli artt. 107-109 TFUE – è la «Comunicazione sul settore bancario» della Commissione europea (2013/c 216/01: sulla quale v. *Inzitari*, [1])<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> I punti dal 40 al 46 (condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati) sono stati oggetto di domanda di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di giustizia europea (causa n. C-526/14, *Kotnik e a.*), presentata dalla Corte costituzionale della Slovenia, tesa a conoscere se i provvedimenti adottati nei confronti degli azionisti e dei creditori delle banche da ricapitalizzare fossero lesivi della tutela dell'affidamento, come pure del diritto di proprietà degli investitori e dei creditori, in presenza, da un lato, dell'autorizzazione della Commissione di concedere aiuti di Stato alle cinque banche in questione, dall'altro, dell'art. 17, comma 1, parte seconda, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE («Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo di una giusta indennità per la perdita della stessa...») e dell'art. 1 Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU (comma 1: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»). Di segno negativo sono state le *Conclusioni* dell'Avvocato generale N. Wahl (presentate il 18 febbraio 2016). In esse si legge, infatti, che «l'art. 17 della Carta stabilisce che il diritto di proprietà non si configura come prerogativa assoluta, ma

Il problema legato ad ogni crisi è sempre stato (v., in un'ottica comparatistica, *De Stasio*), e lo è tuttora, quello del salvataggio dei creditori della banca: in particolare, dei depositanti, ma secondo alcuni pure dei piccoli azionisti (*Patroni Griffi*, 150; *contra*: *Minervini*, 184). Ricordo, al proposito, il dibattito degli anni immediatamente successivi ai due grossi dissesti delle banche di Michele Sindona (specificatamente, della Banca Privata Italiana: 1974) e di Roberto Calvi (Banco Ambrosiano: 1982): entrambi, peraltro, intrisi di risvolti drammatici, maturati nella palude degli intrecci tra mafia, massoneria e politica (*Magnani*; *Patroni Griffi*, 136 ss.; *Bellavite Pellegrini*, 25-66; *Id.* [2]). Per rendere il discorso più lineare, va detto che – in occasione della crisi della Banca Privata Italiana, il cui attivo e passivo fu acquistato da un consorzio costituito dalle tre Banche di interesse nazionale (allora di proprietà dell'IRI): Banca Commerciale Italiana, Banco di Roma e Credito Italiano –, l'indennizzo delle stesse, che avevano coperto tutto il passivo, con il conseguente rimborso al 100% dei depositi, è stato realizzato con un decreto (il c.d. decreto Sindona) del Ministro del Tesoro del tempo (24 settembre 1974), rimasto, poi, in vigore fino ai primi anni dello scorso decennio e applicato, successivamente, alla Banca Fabbrocini, al Banco Ambrosiano e al Banco di Napoli (*Magnani*, 78 s.; la sua applicabilità è cessata in base all'interpretazione data dalla BCE all'art. 123 TFUE, il quale vieta la concessione al settore pubblico di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia da parte della stessa BCE e delle «banche centrali nazionali»: *Brescia Morra*, 270). Tale decreto autorizzava l'Istituto di emissione a concedere alle tre Banche citate un

deve essere preso in considerazione in relazione alla sua funzione nella società. Conseguentemente possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento *sproporzionato e inaccettabile*, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti» (punto 87): «e, allo stesso tempo, di evitare un'eccessiva spesa pubblica e di minimizzare la distorsione della concorrenza costituisce un obiettivo di interesse pubblico, che può giustificare *talune limitazioni* al diritto di proprietà» (punto 88: corsivo aggiunto). In data successiva, dette *Conclusioni* sono state (sostanzialmente) confermate dalla sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 19 luglio 2016, la quale conclude che, ai due specifici quesiti che alla stessa erano stati sottoposti in via pregiudiziale, «si deve rispondere ... che il principio di tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà devono essere interpretati nel senso che non ostano i punti da 40 a 46 della Comunicazione sul settore bancario in quanto detti punti prevedono una condizione di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati ai fini dell'autorizzazione di un aiuto di Stato» (punto 80; per dei primi commenti alla sentenza, cfr. ONADO, 1 e 20, e ROMANO, 3; DE LUCA, 1 e 3). Sul problema della tutela costituzionale del diritto di proprietà in rapporto alla nuova procedura di risoluzione si leggano le meditate pagine di GARDELLA (605 ss., dove si parla anche del «principio di proporzionalità e di giusto equilibrio»: 610) e di GUIZZI (1490 ss.), in entrambi cenni alle questioni di tutela giurisdizionale contro le decisioni a carattere espropriativo delle autorità di risoluzione (in merito, anche, GARGANTINI): giudice amministrativo o giudice ordinario?

finanziamento straordinario biennale ad un tasso di interesse dell'1%, di ben 13 punti percentuali inferiore a quello allora vigente sul mercato: con l'esito che le Banche «salvatrici», investendo i fondi, costati l'1%, a un saggio del 14% coprono le perdite (e, secondo alcuni quotidiani del tempo, riuscirono anche a lucrare).

Le reazioni a questo tipo di salvataggio sono state di segno opposto. *Da un lato*, Guido Carli, ex governatore della Banca d'Italia, sosteneva con decisione – tenendo anche presente le gravi ripercussioni che, in quel periodo, aveva avuto negli Stati Uniti il dissesto della *Continental Illinois National Bank*, banca di grandi dimensioni – la difesa dei depositi (*compresi i grandi depositi e quelli interbancari*, per la loro maggiore mobilità, contrariamente a quanto si reputa), escludendo solo quelli dei depositanti in mala fede (3 ss.). *Dall'altro*, Gustavo Minervini (senatore, allora, del «Gruppo della sinistra indipendente» ed al tempo stesso autorevole Maestro del diritto commerciale), dopo avere messo in risalto che il c.d. decreto Sindona finiva con lo scaricare i salvataggi a costo della collettività, dato che gli utili della Banca d'Italia – dedotti gli accantonamenti – erano (e sono tuttora: art. 40 Statuto) destinati al Ministero del Tesoro (oggi, MEF), scriveva: «vengono rimborsati per intero tutti i creditori, grandi e piccoli, comprese le (altre) banche. A parte che questo è l'unico modello di salvataggio del nostro paese che lasci i creditori totalmente immuni dalle conseguenze del dissesto; [...] la deresponsabilizzazione conseguente alla scomparsa del rischio elimina ogni tensione selettiva, da parte di chi potrebbe o dovrebbe (prime fra questi le banche), con gli ovvi frutti perversi in termini di efficienza del sistema bancario. Infine, che il povero cafone del Sud, che non investe una lira in banca, debba contribuire, in quanto cittadino, al *ristoro*, a me pare (ma forse non sono imparziale) una iniquità che grida vendetta» (182).

4. La posizione da ultimo riferita consente di introdurre (ancora una volta, semplificando al massimo) l'argomento del c.d. *bail-in* (fra molti, v. *Stanghellini* [1], 315 ss., con un pregevole affresco della gestione delle crisi bancarie; *Id.* [2], 154 ss.; *Gardella*, 587 ss.; *Presti*, 339 ss.; *Vattermoli*, 515 ss.; *Inzitari* [2], 629 ss.; *De Stasio*) non senza fastidio per il provincialismo del legislatore italiano – che a differenza di quello degli altri più importanti paesi continentali dell'Unione (*Donati*, nota 20) – ha adoperato, in un testo normativo, l'espressione inglese al posto di quella che, secondo l'Accademia della Crusca (*Il Sole 24 Ore*, 21 gennaio 2016, 35), sarebbe più corretta e precisa nella nostra lingua: e cioè, «salvataggio interno» (con

i mezzi degli azionisti e dei creditori), in contrapposizione al «salvataggio esterno» (ossia, con l'intervento pubblico: il c.d. *bail-out*, in lingua inglese). L'istituto va inquadrato nell'importante ed ampia riforma conseguente, da un lato, all'attuazione nel nostro sistema (con i due decreti legislativi nn. 180 e 181 del 16 novembre 2015) della già citata Direttiva 2014/59/UE (la c.d. BRRD) sul risanamento e le risoluzioni degli enti creditizi; dall'altro, al Regolamento del Parlamento Europeo n. 806/2014 del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniforme per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento. Fonti normative (risulta, in verità, una duplicazione delle fonti europee, che non manca di sollevare interrogativi sulla loro interazione: *Gardella*, 603; de *Aldisio*, 148 e 153) che tengono conto della scala gigantesca che hanno raggiunto, con gli eventi degli anni 2007-2009, i salvataggi di grosse istituzioni finanziarie. I salvataggi da parte degli Stati («salvataggi esterni») hanno, infatti, comportato impegni pubblici: in Europa, sino a quasi il 40% del PIL nel 2009; negli USA per più del 40% nel 2008; nel Regno Unito per oltre il 70% nel 2009 (*Armour*, 454, ripreso da *De Stasio*, nota 17).

Il c.d. salvataggio interno è uno degli strumenti con i quali può trovare impiego la nuova procedura di risoluzione delle banche (bene illustrata dalla de *Aldisio*, 137 ss., e da *Stanghellini* [1], 326 ss.), considerata residuale rispetto a quelle (c.d. ordinarie) già esistenti nel nostro diritto (amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa) ed introdotta, appunto, con la predetta riforma. I presupposti per l'utilizzo della procedura sono due: *i.* l'assenza di concrete soluzioni attraverso l'intervento di soggetti privati o delle autorità di vigilanza; *ii.* la risoluzione deve risultare necessaria nell'interesse pubblico, nel senso che si deve preliminarmente valutare se la procedura in questione si dimostri, appunto, necessaria per perseguire uno dei seguenti obiettivi (art. 31 Direttiva): *a.* garantire la continuità delle funzioni essenziali dell'impresa bancaria; *b.* evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, in particolare attraverso la prevenzione del contagio; *c.* *salvaguardare i fondi pubblici, riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario* (il che significa: *limitare il ricorso a finanziamenti pubblici*); *d.* tutelare i depositanti, i fondi e le attività dei clienti. Per l'attivazione della procedura di risoluzione è necessario che essa sia proporzionata rispetto agli obiettivi elencati e che le procedure ordinarie di insolvenza, come anticipato, non siano in grado di realizzare i medesimi obiettivi nella stessa misura (*Brescia Morra*, 269 s.).

Accennato che nella risoluzione gli strumenti che possono essere utilizzati, anche in modo combinato, sono: *i.* la vendita dell'attività d'impre-

sa; *ii.* la creazione di un ente ponte cui trasferire per una certa durata le attività e passività; *iii.* la c.d. separazione delle attività; *iv.* ed il salvataggio interno, bisogna dire che, di quest'ultimo strumento, la stampa – esaltata forse dall'espressione inglese *bail-in* – si è molto e malamente occupata fino a creare confusione e disinformazione (*Presti*, 339): tanto da fare (quasi) apparire che i creditori – specificatamente due categorie di questi: i titolari di obbligazioni subordinate e i depositanti –, nelle crisi bancarie, a momenti, vengano a trovarsi in ruoli invertiti rispetto a quanto accadeva al povero debitore fallito assoggettato «alla tradizione civile» del rito della «pietra del vituperio». Tutto questo perché la disciplina del «salvataggio interno» prevede la riduzione o la conversione in capitale dei diritti degli azionisti e dei creditori (sulle passività escluse dall'applicazione del *bail-in* – oltre i depositi entro i 100.000 € –, cfr. *Inzitari* [2], 625 ss.; *Presti*, 352 ss.). Più precisamente, i creditori delle banche possono subire una riduzione del valore nominale del credito oppure la conversione forzata in azioni: secondo un preciso ordine di priorità, sulla base di una decisione discrezionale delle autorità di risoluzione (la Banca d'Italia, per le c.d. banche «non significative»; il Comitato di risoluzione, per quelle «significative»: di fronte all'immenso potere di cui dispongono, in generale, le autorità di risoluzione si è parlato, icasticamente, di un potere *near-dictatorial*: *Presti*, 348)<sup>2</sup>. L'atteggiamento ricordato trascura, in realtà, che il nuovo sistema per la gestione delle crisi bancarie si preoccupa anche di assicurare che nessuno – tra gli azionisti e i creditori della banca – possa essere penalizzato rispetto al trattamento che avrebbe ricevuto nel caso in cui la banca fosse stata sottoposta a liquidazione mediante una procedura ordinaria («considerando» 73 e art. 34.1, lett. g., BRRD; v. art. 22, comma 1, lett. c., dlgs n. 180/2015; Conclusioni Avv. Wahl, punto 90; in dottrina bene, fra altri, *Stanghellini* [1], 328; *Gardella*, 610; *Guizzi*, 1493). Da

<sup>2</sup> E si veda, ora (quando lo scritto era da tempo chiuso: lo stesso vale per l'ordinanza citata a nota 3, in fine), l'ordinanza (la quale rimarca pure l'eccessiva ampiezza dei poteri discrezionali delle autorità di vigilanza) del Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4712 (Pres. Barra Caracciolo, Est. Volpe), che ha rimesso alla Corte di Giustizia una questione interpretativa relativa alla compatibilità con il principio di trasparenza, sancito dall'art. 15 del Trattato UE, dei limiti al diritto all'accesso agli atti posti dalla normativa nazionale (*ed europea*) in materia di vigilanza bancaria in attuazione della disciplina del *bail-in*. Specificamente, il Consiglio di Stato dubita che la previsione limitante il diritto di accesso ai soli casi di pendenza di procedimenti civili e commerciali – con esclusione, dunque, delle ipotesi in cui l'istanza sia preventiva, sebbene finalizzata a verificare i presupposti per la proposizione di una azione (di responsabilità) civile – possa ritenersi compatibile con il principio generale di trasparenza sancito dall'art. 15 del Trattato UE, ma anche con i principi sanciti dagli artt. 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, oltre che dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (per una sintesi del provvedimento v. *Sito Istituzionale della Giustizia amministrativa*: 4 dicembre 2016).

condividere è, pertanto, la conclusione di quanti hanno scritto che il quadro normativo derivante dalla BRRD si propone di realizzare gli obiettivi propri della procedura concorsuale, offrendo agli investitori una soddisfazione complessivamente migliore (e, su base individuale, almeno pari) rispetto a quanto sarebbe loro spettato qualora la banca fosse stata liquidata – come detto – con procedura ordinaria. E questo senza che vi sia un sussidio pubblico finalizzato alla soluzione della crisi. A tali considerazioni vorrei solo aggiungere due puntualizzazioni: *a.* prescindendo da comportamenti opachi o, addirittura ingannevoli, i c.d. *bonds* subordinati – come ho scritto oltre trent’anni fa (*Portale* [2], 5 ss.), nel presentare per la prima volta questo strumento finanziario, e poi ho più volte ripetuto (da ultimo: *Portale* [3], 424 s.) –, non sono titoli di raccolta, ma di rischio (così anche *Porzio*, 52); *b.* i depositi bancari solo descrittivamente possono essere qualificati contratti di affidamento (*Tremonti*, 145), per la semplice ragione che – trattandosi di un deposito irregolare (oltre che non «fiduciario») – la banca diventa proprietaria delle somme (art. 1834 c.c., ma, in una diversa prospettiva, cfr. *De Stasio*, n. 6).

5. Infine, se mi è consentito trarre qualche conclusione. *La prima* è quella di esprimere preoccupazione di fronte alle sempre più frequenti erosioni di alcune libertà costituzionali (ad esempio, l’imporre, nel *bail-in*, come stabilisce l’art. 4.3.2, lett. c., BRRD, la conversione forzata dei crediti in partecipazioni sociali sembra difficilmente conciliabile con l’art. 41, comma 1, della nostra Costituzione: e v. bene § 225a *InsO*, che – per prevenire un giudizio negativo della Corte costituzionale tedesca – ha condizionato la conversione al consenso dei creditori: *Spliedt*, § 225a, *Rdn.* 6 ss., 1778 ss.; nella letteratura tedesca recente, v., sulle tutele costituzionali della libertà di iniziativa economica e della partecipazione sociale, *Gundel*, 324 ss; *Mülbert* [2], 1040 ss.; *Jarass*, art. 14, *Rdn.* 69, 432 s.). *La seconda* è quella che non si può tacere che le nuove normative (così come accade con la riforma che impone la trasformazione delle banche popolari in s.p.a. sul punto del recesso, o con i provvedimenti, di fatto espropriativi, concernenti l’Ilva, come pure con la disciplina del concordato concorrente: art. 163-bis, comma 5, l. fall., sul quale cfr. *D’Attore*, 1163 ss.; si vedano anche rispettivamente – con riguardo alla risoluzione in generale e specificamente al *bail-in* –, la cautela di *Stanghellini* [1] e le perplessità di *Lener*, 292 ss., e *De Stasio*, n. 5)<sup>3</sup> tendono sempre più ad incidere pesantemente

<sup>3</sup> Il 7 giugno 2016 sono state depositate tre sentenze (non entusiasmanti dal punto di vista del diritto materiale: ad esempio, si riconduce ancora la partecipazione sociale alla categoria

sulla sfera costituzionale del diritto di proprietà. *La terza conclusione* è quella che non serve né al diritto, né ai suoi operatori lo «tsunami» di fonti (talvolta anche sordinate e contraddittorie: v., ad esempio, *Brescia Morra*, 282, e de *Aldisio*, 148 e 153, sulla valutazione del «dissesto») e spesso lacunose, che finiscono con il creare estrema incertezza in un mercato che, come quello finanziario, si deve, per contro, nutrire di certezze (per ricordare un solo problema che già si è posto: è da chiedersi se anche in sede di liquidazione fallimentare valga per i depositi del curatore il solo limite di esenzione di € 100.000,00).

### Nota bibliografica

J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, in N. MOLONEY - E. FERRAN - J. PAYNE (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, 2015; T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, (riprodotto), in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959; H. de BALZAC, *Eugenia Grandet*, (trad. it.), Milano, 1915; C. BELLAVITE

del diritto di credito) del Tar Lazio, sez. III, che si occupano – decidendo positivamente – di vari profili di legittimità costituzionale della nuova disciplina della trasformazione in s.p.a. delle banche popolari (v., in particolare, artt. 28, comma 2-ter, e art. 29, commi 2-bis e 2-ter, T.u.b.), compreso quello della conformità all'art. 42 Cost. del citato art. 28, comma 2-ter, T.u.b. («il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso ... è limitato, secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca»: enfasi aggiunta). La terza (n. 06548/2016 Reg. Prov. Coll.) e (più sinteticamente) la seconda (06544/2016 Reg. Prov. Coll.) sentenza affermano (in motivazione, rispettivamente, n. 4.2.4. e n. 4.2.7.) che la limitazione contenuta nella trascritta disposizione «rappresenta un requisito prudenziale per fronteggiare eventuali perdite dell'azienda di credito, e risponde al principio secondo il quale la stabilità di una banca, in caso di crisi, va preservata innanzitutto attraverso un salvataggio interno, ossia mediante le risorse patrimoniali della banca medesima; e dunque, indirettamente, mediante l'apporto del patrimonio dei soci (c.d. *principio del bail-in*)». Il passo (i corsivi sono aggiunti) è, evidentemente, frutto della scarsa conoscenza sia dell'istituto del recesso, sia del *bail-in*. Mi limito, pertanto, a rimarcare, da un lato, che il recesso (a differenza del *bail-in*) non presuppone alcuna crisi della banca popolare che si trasforma in s.p.a.; dall'altro, che la limitazione del diritto di recesso (al quale consegue non un rimborso, ma una liquidazione) non implica, propriamente, un apporto da parte del socio che dichiara di recedere. Ma, per una critica puntuale, con la consueta lucidità, v. MAUGERI, nn. 6 e 8.

Nell'ambito del giudizio instaurato con alcuni ricorsi riuniti contro le richiamate sentenze del Tar Lazio, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), con ordinanza (n. 05277/2016 Reg. Prov. Coll.) del 15 dicembre 2016, ha dichiarato «rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33 – ovvero direttamente di tale ultima legge ...», fra l'altro, per il profilo del: «b) ... contrasto con gli articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni [*rectius*: alla liquidazione della quota] al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di interesse corrispettivo».

PELLEGRINI [1], *Una storia italiana. Dal Banco Ambrosiano a Intesa Sanpaolo*, Bologna, 2013; ID. [2], *Storia del Banco Ambrosiano. Fondazione, ascesa e dissesto, 1896-1982*, Roma-Bari, 2001; G. BONELLI, *Del fallimento*, seconda ediz., I, Milano, 1923; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, seconda ediz., Bologna, 2016; P. BUCOLO, *Storia di Biancavilla*, (Arti Grafiche), Biancavilla, 1953; O. CAPOLINO, *Banking, Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Rapporto presentato al Convegno *Regole e mercato*, tenuto a Siena (7-9 aprile 2016); G. CARLI, *Tipicità dei dissesti bancari*, in *Banche in crisi: 1960-1985*, a cura di F. Belli - G. Miner vini - A. Patroni Griffi - M. Porzio, Roma-Bari, 1987; F. CESARINI, *Osservazioni in merito allo svolgimento delle crisi bancarie in Italia*, ivi; G. D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fallimento*, 2015; A. de ALDISIO, *Il Meccanismo di Risoluzione Unico*, Intervento tenuto al Convegno *Il Meccanismo di Risoluzione Unico*, svoltosi presso la Banca d'Italia (2 ottobre 2015), in corso di stampa nei *Quaderni di Ricerca Giuridica* (n. 81) della Banca d'Italia; P. DE LUCA, *Confermata la via della trattativa sull'eccezionalità*, in *Il Sole-24 Ore* del 19 luglio 2016; V. DE STASIO, *Gestione di portafogli e bail-in*, ancora dattiloscritto (letto per la cortesia dell'A.); I. DONATI, *Il bail-in bancario: spunti per il nuovo diritto societario della crisi*, presentato come paper al Convegno *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore*, organizzato dall'«Associazione Orizzonti del diritto commerciale» (Roma, 26-27 febbraio 2016); CL. FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta al Convegno *Regole e mercato*, cit.; A. GARDELLA, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del Meccanismo di Risoluzione Unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I; M. GARGANTINI, *Procedure di risoluzioni bancarie: tutela della proprietà e dell'equo processo*, Relazione tenuta al Convegno *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre (22 aprile 2016), letta per la cortesia dell'A.; A. GUILLON, *Essai historique sur la Legislation Française des faillites et banqueroutes avant 1673*. Thèse pour le doctorat, Paris, 1903; G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. Giur.*, 2015; J. GUNDEL, *Der Schutz der unternehmerischen Freiheit durch die EU-Grundrechtencharta*, in *ZHR*, 2016; B. INZITARI [1], *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella Comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione europea*, destinato a *Banca, borsa, tit. cred.*, I; ID. [2], *BRRD, Bail-in, Risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Dir. fall.*, 2016, I; H. D. JARASS, *Art. 14*, in H. A. JARASS - B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 14. Aufl., München, 2015; R. LENER, *Il bail-in bancario fra procedure concorsuali e regole di condotta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I; M. MAGNANI, *Sindona. Biografia anni Settanta*, Torino, 2016; M. MAUGERI, *Banche popolari, diritto di*

*recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in corso di pubblicazione in *Riv. soc.*, 2016; G. MINERVINI, *Note sull'assicurazione dei depositi bancari*, in *Banche in crisi: 1960-1985, cit.*; P. O. MÜLBERT [1], *Corporate Governance von Banken* (Editorial), in *ZHR*, 2009; ID. [2], *Grundsatz- und Praxisprobleme der Einwirkungen des Art. 14 GG auf das Aktienrecht*, in *Festschrift für Kl.J. Hopt zum 70. Geburtstag*, I, Berlin, 2010; G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologica insolvenza*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. comm.*, I; M. ONADO, *La soluzione da trovare dentro le regole*, in *Il Sole-24 Ore* del 19 luglio 2016; A. PALAZZESCHI, *Ieri oggi ... e domani*, Firenze, 1967, 11 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le crisi bancarie: il caso Ambrosiano*, in *Banche in crisi: 1960-1985, cit.*; R. PIERROT, *Honoré de Balzac*, Edit. Fayard, senza città, 1999; G. B. PORTALE [1], *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I; ID. [2], *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, in *La ricapitalizzazione delle banche e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, a cura del medesimo, Milano, 1983; ID. [3], *Finanziamento dell'impresa bancaria e raccolta del risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I; M. PORZIO, *La raccolta del risparmio: la disciplina dell'emissione di obbligazioni e di titoli di deposito delle banche*, in *Studi sulla nuova legge bancaria*, a cura di V. Mezzacapo, Roma, 1994; G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impresa e società*, 2015; G. C. RIVOLTA [1], *Fallimento ed esercizio del commercio*, in *Riv. dott. comm.*, 1975; ID. [2], *Mercanti d'altri tempi*, estratto da *Nuova Antologia* (n. 2262), Firenze, 2012; BR. ROMANO, «Bail-in legittimo, ma anche le deroghe», in *Il Sole-24 Ore* del 20 luglio 2016; C. SAPIENZA, *Torna parrinu e ciuscia...!!!* (Editoriale Agorà), Catania, 2014; M. SCIUTO, in M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016; J. D. SPLIEDT, §225a, in K. SCHMIDT, *Insolvenzordnung*, 19. Aufl., München, 2016; L. STANGHELLINI [1], *La gestione delle crisi bancarie. La tradizione italiana e le nuove regole europee*, in *Ricerche giuridiche*, 2015; ID. [2], *The Implementation of the BRRD in Italy and its First Test: Policy Implications*, in *Journ. of Financial Regulation*, 2016; G. TREMONTI, *Bugie e verità*, Milano, 2014; D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M. P. Chiti e V. Santoro, Pisa (in corso di stampa).

**Giuseppe B. Portale\*\***

#### SINTESI

Le problematiche connesse, da un lato, all'insolvenza dei debitori e al fallimento delle aziende nonché, dall'altro lato, alle azioni riconosciute ai creditori

\*\* Prof. em. ord. di Diritto Commerciale / Università Cattolica di Milano

per far valere i loro diritti, consentono all'Autore di effettuare, all'inizio del suo articolo, rievocazioni storiche molto interessanti e, per certi versi, sorprendenti, relativamente alle pratiche punitive in uso nel passato, nei confronti dei debitori insolventi.

Partendo da queste rievocazioni, l'Autore passa successivamente in rassegna le discipline normative applicate negli ordinamenti giuridici di numerosi Paesi per risolvere le medesime problematiche, mettendo in evidenza gli obiettivi perseguiti dalle normative nazionali di alcuni di essi. Da ultimo, l'Autore dedica alcune interessanti considerazioni alla disciplina c.d. del "bail in" che sta suscitando accesi dibattiti.

#### ABSTRACT

*The problems associated, on one hand, with the insolvency of debtors and with the bankruptcy of companies as well, on the other hand, with the actions attributed to creditors to enforce their rights, allow the Author to make at the beginning of his article, very interesting and, in some respects, surprising historical reminders about punitive practices applied in the past against insolvent debtors.*

*Starting from these reminders, the Author then goes on to review the disciplines applied in the legal systems of many countries to solve the same issues, highlighting the objectives pursued by the national laws of some of them. Lastly, the Author devotes some interesting considerations to the discipline of the "bail in" that is still arousing fierce debates.*



## RECENSIONI

---

**Mario Savino** (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 350, € 20,00

L'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione ha avuto il merito di promuovere un'indagine multidisciplinare sulla crisi migratoria in atto che, osserva M. Savino nell'introduzione e nella prefazione, ha il suo epicentro in Italia e pone sfide essenziali per il futuro dell'Europa.

Il volume che si recensisce affronta la questione in dieci densi capitoli nei quali diversi Autori forniscono la diagnosi e tracciano ponderate prospettive dell'evoluzione delle varie fasi in cui si articola il fenomeno migratorio, evidenziandole con grafici e tabelle.

Obiettivo dell'analisi non è soltanto quello di chiarire il quadro normativo rilevante, ma anche quello di verificare l'impatto effettivo della disciplina internazionale, europea e nazionale al fine di superare una logica spesso contraddistinta da misure emergenziali.

Particolarmente significativo è l'esame dell'attività di governo dei flussi migratori ad opera delle diverse articolazioni della pubblica amministrazione con la conseguente specifica attenzione ai temi della effettività e legittimità del trattamento dei migranti.

La ricerca, inizialmente concentrata sul piano nazionale fino al d.l. 17 febbraio 2017 n. 13 (c.d. «Minniti-Orlando»), si estende successivamente a valutare la gestione delle correnti migratorie dirette verso l'Europa, ed in particolare verso l'Italia, ed a considerare gli effetti del loro arrivo nei rapporti tra Stati membri.

Nella Parte I dell'opera si analizzano sei temi che riguardano le vicende dei migranti in Italia: dalla prima e seconda accoglienza, con particolare riferimento al ruolo degli enti locali; alla loro classificazione e, qualora irregolari, rimpatrio, ovvero se aventi titolo a soggiornare alla loro integrazione.

La Parte II contiene approfondimenti dell'approccio europeo al fenomeno migratorio e si compone di quattro capitoli concernenti il controllo delle frontiere marittime da parte dell'Italia, la rinascita delle frontiere interne e il declino (reversibile?) di Schengen, le prospettive poste dalla crisi del sistema di Dublino e la dimensione esterna della politica europea.

Gli argomenti indicati rappresentano cornici al cui interno si collocano ampie problematiche, talora in parte comuni, la cui complessità è esaminata anche alla luce delle sentenze della Corte di Lussemburgo elaborate nel costante dialogo con gli organi giudiziari degli Stati membri e con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le analisi del versante interno si collocano nella prospettiva, fondamentale anche se ritenuta inadeguata, della distinzione tra migrazione «economica» soggetta a regime ordinario ed «umanitaria» regolata da una disciplina speciale di derivazione europea. Pur riscontrando progressivi miglioramenti, l'attenzione degli Autori è focalizzata sui persistenti inciampi al cammino dei migranti in Italia.

Dall'articolata ed attenta ricerca è possibile enucleare alcune fondamentali dinamiche negative della gestione migratoria.

I centri di primissima accoglienza o *hotspot*, pur svolgendo funzioni di primario rilievo, sono stati istituiti senza un chiaro intervento del legislatore nazionale ed in assenza di atti vincolanti dell'Unione europea.

La "seconda" accoglienza per i richiedenti asilo è "capovolta" in quanto, attesa la scarsa attrazione degli enti locali – che avrebbero dovuto implementarlo – per il sistema di accoglienza ordinario, si fonda sostanzialmente su Centri, individuati dai Prefetti, che erano stati concepiti come temporanei e straordinari.

Non è migliore la situazione che si verifica allorché al migrante viene negata od accordata la protezione internazionale a conclusione di una complessa procedura comprendente, se del caso, un "pluralismo rimediale" al giudice amministrativo od ordinario.

Infatti nel primo caso è difficile «portare concretamente ad esecuzione provvedimenti particolari come quelli di rimpatrio», mentre nel secondo, come accade anche per altre categorie di migranti, «il percorso di integrazione continua ad essere seriamente limitato».

Sul versante europeo si registra l'orientamento volto a rafforzare l'interazione tra il controllo delle frontiere marittime e la dimensione esterna della politica dell'Unione, entrambe definite «schizofreniche».

Da un lato si accolgono centinaia di migliaia di migranti potenziando le attività di ricerca e soccorso in mare e dall'altro si tenta di impedire il loro arrivo in Europa anche con strumenti che, specie con riguardo al divieto di *refoulement*, parrebbero di dubbia legittimità. Sono infatti concluse intese di

varia natura giuridica il cui scopo è quello di spostare in Stati terzi i controlli dei flussi migratori con l'intento di bloccarli in Paesi nei quali la tutela degli stranieri è assai rarefatta.

Convitato di pietra può considerarsi il principio di solidarietà tra Stati membri che, come dimostrano i contributi sia con riferimento al regolamento Dublino III, sia con riferimento al regolamento recante il Codice frontiere Schengen, non si traduce in meccanismi accettabili specie per gli Stati membri soggetti per la loro posizione geografica a forti pressioni migratorie.

Gli autori nelle conclusioni poste a chiusura di ciascun capitolo propongono alcune risposte alle sfide poste dal difficilissimo scenario tracciato.

Al riguardo occorre constatare che il TFUE assegna specificamente al Consiglio europeo un ruolo strategico in materia di immigrazione conseguentemente oscurando la funzione della Commissione e del Parlamento europeo.

Anche le attese nell'opera equilibratrice e trainante della Corte di giustizia, alimentate dalle conclusioni degli Avvocati generali, sono andate deluse a seguito della pubblicazione delle sentenze sui visti umanitari del 7 marzo 2017 e sulla nozione di attraversamento illegale delle frontiere nel caso di afflussi di massa del 26 luglio 2017.

Gli Stati membri conservano quindi ampia libertà di regolamentare i fenomeni migratori se pur all'interno di una cornice comune che parrebbe progressivamente assottigliarsi.

In conclusione non può che condividersi l'auspicio del Curatore dell'opera che i Governi degli Stati membri, e quello italiano in particolare, sappiano «accettare la prospettiva di una immigrazione sostenibile, orientata all'accoglienza di chi fugge da conflitti e di nuova forza lavoro» a beneficio dei migranti e delle comunità che li accolgono.

**Renzo Rossolini\***

**Massimo Panebianco**, *Codici Diplomatici Internazionali e Diritto europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, Collana *Ius Gentium*, Storia e Documenti, 2017, pp. 185, €. 20,00

Nel Diritto amministrativo di origine europea è comparsa una nuova generazione di Codici, alla cui formazione ed esecuzione partecipa una pluralità di soggetti interni ed esterni all'ordinamento giuridico italiano. Invero, per una dottrina come quella europea, abituata alla nozione dei Codici napoleo-

\* Associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Parma

nici autoritari e unilaterali, la rinascita della tradizione dei Codici diplomatici, condivisi e consensuali, appare come un evento totalmente nuovo degli ultimi decenni. La necessità di tali Codici è emersa anche per gli operatori giuridici italiani come attualissima nei settori di punta come l'immigrazione (c.d. «Codice Minniti») e l'anti-corruzione nei mercati pubblici (c.d. «Codice Cantone»). Al riguardo si attendeva un'opera capace di collegare la tradizione dei Codici napoleonici con quella dei Codici attuali.

La monografia qui recensita si occupa di una derivazione degli attuali Codici di Diritto amministrativo europeo, fin dalle loro origini, indicata sotto la voce «Codici diplomatici internazionali». Pertanto, i due iniziali capitoli sono dedicati al Diritto internazionale codificato oggi vigente e alle coeve polemiche circa l'idoneità di tale Diritto ad essere oggetto di una vera e propria codificazione, coesistente con principi e parti di Diritto internazionale non scritto e non codificato. Viceversa, gli ultimi due capitoli sono maggiormente vicini agli interessi dei lettori di questa *Rivista*, in quanto si occupano dei vari Codici di Diritto amministrativo europeo, in fase di progressiva espansione nei settori più disparati (ambiente, comunicazioni, appalti pubblici, stranieri e migrazioni, ecc.). Questa *Rivista* si è già occupata del c.d. Codice degli appalti pubblici e delle pubbliche concessioni (dlgvo n. 50 del 18 aprile 2016 - cfr. MASSIMO PANEBIANCO, *Le disposizioni internazionalistiche nel nuovo Codice degli appalti pubblici*, 2016, p. 211 ss.), oggetto del terzo capitolo della monografia, con particolare riferimento alle disposizioni internazionalistiche del suddetto Codice e, in modo specifico, all'art. 49 concernente i rapporti riguardanti i c.d. appalti internazionali nell'ampia area europea ed extra-europea.

Occorre subito segnalare all'attenzione del lettore come il predetto Codice sia per sua natura definibile come europeo o di origine europea, operante un'armonizzazione o una vera e propria unificazione tra direttive comunitarie del settore e legislazione amministrativa italiana di recepimento o di attuazione, sia nazionale sia regionale-locale. In particolare, il predetto Codice da un lato recepisce direttive comunitarie varie dell'anno 2014 (nn. 23, 24, 25), dall'altro sostituisce precedenti Codici italiani che avevano già recepito le altre direttive comunitarie oggi abrogate o modificate. È da segnalare come la disciplina europea si sia ampiamente dilatata ed estesa dall'originario nucleo relativo alla sola aggiudicazione degli appalti pubblici ad altri settori procedurali di programmazione-progettazione nonché di esecuzione lavori e riduzione delle relative controversie (c.d. *dispute settlement*), mediante conciliazioni, mediazioni e interventi di Autorità amministrative nazionali (come l'ANAC, Autorità Nazionale Anti-Corruzione). La vera e propria rivoluzione manifestatasi nel settore ha suscitato non poche resistenze sia teoriche che pratiche, tanto che il legislatore italiano ha sentito il bisogno di emanare un nuovo decreto correttivo e integrativo del precedente (il recentissimo dlgvo n.

56 del 19 aprile 2017, in *Guri* n. 103 del 5 maggio 2017, *suppl. ord.*).

A parte il carattere estremamente dinamico della disciplina, bisogna segnalare come l'Autore della monografia renda conto in modo sistematico dei mutamenti prodottisi, rendendo un vero servizio agli operatori e agli studiosi del settore. Basti per tutti segnalare il cambio repentino e istantaneo compiuto dal legislatore italiano nel 2017 (Codice dei Contratti Pubblici), rispetto alla denominazione più confusa e, in un certo senso, complicata adottata dal legislatore italiano nel 2016, come riflesso di differenze di nomenclature e denominazioni esistenti in altri Paesi europei e più o meno armonizzate dal legislatore comunitario. Essendo la materia in oggetto ricompresa nella competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni italiane (art. 117 Cost.) sono da immaginare futuri interventi dei legislatori regionali ai fini del più compiuto adeguamento alle situazioni locali e ai relativi connessi problemi di convivenza con la predetta legislazione euro-nazionale. La monografia in oggetto si conclude con un quarto capitolo dedicato alla storia delle legislazioni regionali italiane (c.d. Codici diplomatici regionali) di antica e talora antichissima origine idonei a fornire una legittimazione ai legislatori attuali dei tre livelli ordinamentali sopra indicati.

**Miriam Immediato\*\***

\*\* Dottore di ricerca; Formatore teorico e mediatore; Avvocato / Foro di Salerno



**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

PAOLA DE FRANCESCHI, *Pubblico Ministero - Sostituto Procuratore / Procura della Repubblica presso il Tribunale di Udine*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea - Bruxelles*

MIRIAM IMMEDIATO, *Dottore di ricerca; Formatore teorico e mediatore; Avvocato / Foro di Salerno*

DANIELE PISANELLO, *Avvocato / Foro di Pisa*

GIUSEPPE B. PORTALE, *Prof. em. ord. di Diritto Commerciale / Università Cattolica di Milano*

RENZO ROSSOLINI, *Associato di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Parma*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato / Foro di Modena*

MONICA SPATTI, *Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea / Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano*





