

**LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CE
FRA «PRECAUZIONE» E «PROPORZIONALITÀ»:
NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA F.LLI BELLIO**

Sommario: *Premessa - 1. La vicenda - 2. Il principio di precauzione nella legislazione agroalimentare e nella giurisprudenza comunitaria - 3. Il rapporto fra precauzione e proporzionalità nell'SPS Agreement - 4. Sicurezza alimentare e proporzionalità nell'ordinamento della Comunità europea - 5. Conclusioni.*

Premessa

Con la sentenza 1° aprile 2004 *F.lli Bellio* nella causa n. C-286/02¹ la Corte di giustizia Ce torna a pronunciarsi sul rapporto fra il principio di precauzione e la proporzionalità nella legislazione agroalimentare comunitaria, confermando una impostazione rigorosa che più di una perplessità già in precedenza ha destato nella dottrina scientifica e giuridica specialistica.

L'affermazione della ammissibilità nel diritto comunitario di una soglia di tolleranza «zero» per i rischi derivanti dalla alimentazione non comprovati da qualche evidenza scientifica seria sembra infatti confermare lo spostamento della giurisprudenza della Corte in favore di una applicazione rigida del principio di precauzione e sottrarre in alcuni casi la materia della tutela della salute umana nei confronti dei "rischi emergenti" ad un approfondito controllo di proporzionalità.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2004 in causa n. C-286/02, *F.lli Bellio srl c. Prefettura di Treviso*, non ancora pubblicata, disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

Scopo del presente lavoro è analizzare, alla luce della sentenza che qui si commenta, il rapporto fra questi due principi nella legislazione in materia di sicurezza alimentare nel quadro comunitario e del commercio internazionale, per evidenziare i possibili profili di contrasto interni ed esterni della scelta applicativa della Corte CE.

1. La vicenda

I fatti che hanno determinato la controversia da cui è scaturita la richiesta di pronuncia della Corte ai sensi dell'art. 234 CE risalgono al 2000, allorché a seguito di una ispezione del servizio di vigilanza igienico-sanitaria presso il mangimificio S.A.P.A.S. srl di S. Miniato (PI) venivano rilevate tracce di frammenti ossei di mammiferi in una partita di farina di pesce importata dalla società F.lli Bellio srl dalla Norvegia.

Espletata la revisione d'analisi di rito e verificato che la percentuale delle tracce rilevate al microscopio non era superiore allo 0,1 % veniva disposta dal Prefetto la distruzione della partita di farina già sequestrata ed irrogata ai sensi dell'art. 17, lett. a., e 22 della legge n. 281 del 15 febbraio 1963 una sanzione amministrativa pari a euro 18.597,27, sul presupposto del divieto totale nella legislazione comunitaria e nazionale della presenza di simili contaminanti nei mangimi animali, previsto dalle decisioni n. 2000/766 Ce² e n. 2001/9 Ce³.

Nell'ambito del giudizio di opposizione il Tribunale di Treviso riteneva necessario sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di giustizia CE alcune questioni inerenti la corretta interpretazione della c.d. «tolleranza zero» nei confronti dei residui di ossa di mammiferi nelle farine di pesce imposta dalle due decisioni.

In particolare il Tribunale di Treviso chiedeva alla Corte di chiarire:

1. se l'art. 2, primo trattino, della decisione n. 2000/766 e l'art. 1, n. 1, della decisione n. 2001/9 in collegamento con le norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, debbano essere interpretati in modo da far ritenere che nella farina di pesce impiegata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi da ruminanti possa essere considerata sia giuridicamente, sia sostanzialmente ammissibile la presenza accidentale di sostanze

² Decisione del Consiglio n. 2000/766 Ce del 4 dicembre 2000 relativa a talune misure di protezione nei confronti delle encefalopatie spongiformi trasmissibili e la somministrazione di proteine animali nell'alimentazione degli animali, in *Guce* n. L 306 del 7 dicembre 2000, p. 32.

³ Decisione della Commissione n. 2001/9 Ce del 29 dicembre 2000 in merito a misure di controllo necessarie per l'attuazione della decisione n. 2000/766/Ce del Consiglio concernente certe misure di protezione relative alle encefalopatie spongiformi trasmissibili e alla somministrazione di proteine animali, in *Guce* n. L 2 del 5 gennaio 2001, p. 32.

non previste o non consentite, con il conseguente riconoscimento del diritto dell'operatore al rispetto di un limite di tolleranza ragionevole;

2. In caso di risposta affermativa al primo quesito, se alla luce del principio di proporzionalità e del principio di precauzione, ed in considerazione delle disposizioni comunitarie applicabili nei settori nei quali si fa riferimento alle contaminazioni accidentali dei prodotti agroalimentari con indicazione dei relativi limiti di tolleranza, debba ritenersi che una contaminazione accidentale pari allo 0,1% e comunque non superiore allo 0,5% consistente in frammenti ossei di mammiferi riscontrati in un quantitativo di farina di pesce destinata alla produzione di mangimi per animali diversi dai ruminanti sia tale da legittimare l'adozione di una drastica sanzione come quella della distruzione integrale della predetta farina di pesce⁴.

La Corte all'udienza del 1° aprile 2004, dopo aver valutato le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed⁵, così statuiva: 1. l'art. 2, n. 2, primo trattino, della decisione del Consiglio 4 dicembre 2000, n. 2000/766/Ce, (...) e l'art. 1 n. 1 della decisione della Commissione 29 dicembre 2000, n. 2001/9/Ce, (...) in collegamento con le altre norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, devono essere interpretati nel senso che non ammettono la presenza benché accidentale di altre sostanze non autorizzate nella farina di pesce utilizzata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi dai ruminanti, e che non accordano agli operatori economici alcun limite di tolleranza. La distruzione delle partite di farina contaminate è una misura preventiva prevista dall'art. 3, n. 1, della decisione n. 2000/766. 2. L'art. 13 dell'accordo See, del 2 maggio 1992, deve essere interpretato nel senso che non osta alle decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9.

2. Il principio di precauzione nella legislazione agroalimentare e nella giurisprudenza comunitaria

Come è noto «quando la legislazione alimentare è intesa a ridurre, eliminare o evitare un rischio per la salute, le tre componenti interconnesse dell'analisi del rischio, vale a dire la valutazione, gestione e comunicazione del

⁴ Il Tribunale di Treviso ha altresì richiesto alla Corte di chiarire se l'imposizione di una «tolleranza zero» ad opera di una norma interna debba essere considerata una «regola tecnica» da sottoporre al preventivo vaglio della Commissione europea ai sensi della direttiva n. 98/34 Ce, nonché se la disciplina comunitaria in materia di farine di pesce debba essere considerata applicabile anche nell'ambito del SEE. La Corte ha tuttavia risposto sommariamente a tali domande dichiarando pacificamente applicabile la disciplina *de qua* allo Spazio economico europeo sulla base dell'art. 6 dell'accordo SEE, e non applicabile la direttiva n. 98/34 Ce in quanto la norma di diritto interno sarebbe la mera trasposizione delle decisioni comunitarie citate.

⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, presentate il 29 gennaio 2004, pubblicate su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

rischio, forniscono una metodologia sistematica per definire provvedimenti, o altri interventi a tutela della salute, efficaci, proporzionati e mirati»⁶.

Le decisioni n. 2000/766 e n. 2001/9 Ce rappresentano la "scansione tipica" delle prime due fasi attraverso le quali, ai sensi del regolamento n. 178/2002 Ce⁷, è possibile affrontare e gestire correttamente un rischio alimentare.

Con la prima il Consiglio ha infatti identificato, sulla base dei dati scientifici disponibili, un rischio di propagazione della BSE attraverso la contaminazione di mangimi con proteine animali e conseguentemente ha vietato la somministrazione di farine animali per l'alimentazione dei ruminanti.

Con la seconda la Commissione, nella fase della "gestione" delle misure provvisoriamente adottate dal Consiglio, ha stabilito le regole di prevenzione e controllo nella manipolazione, trasporto e somministrazione delle farine di pesce, ritenute ammissibili per l'alimentazione dei non ruminanti.

Entrambe le decisioni sono state adottate sulla base di un quadro di incertezza scientifica, atteso che, come affermato dal Comitato scientifico nel parere del 27-28 novembre 2000 «non è possibile escludere una contaminazione incrociata di mangimi per il bestiame con mangimi destinati ad altri animali e contenenti proteine animali forse contaminate dall'agente ESB», né «identificare la dose minima del materiale infetto atto a provocare la malattia nell'essere umano»⁸.

Il *modus operandi* delle istituzioni comunitarie, specialmente per quanto riguarda le determinazioni di "gestione" del rischio, è stato quindi conformato all'approccio precauzionale, secondo il quale «qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio»⁹.

La definizione dell'approccio precauzionale ai rischi alimentari è contenuta nell'art. 7 del regolamento n. 178/2002 Ce che, nei suoi elementi fondamentali, non differisce nettamente da quanto stabilito a livello internazionale, ove il principio è nato e si è sviluppato¹⁰, fondandosi sugli elementi della

⁶ Cfr. 17° *considerando* introduttivo del regolamento n. 178/2002 Ce.

⁷ Regolamento 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 del 1° febbraio 2002, p. 1.

⁸ Cfr. punto 43 della decisione.

⁹ Cfr. art. 7, comma I, regolamento n. 178/2002 Ce.

¹⁰ Come è noto il principio di precauzione è nato nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente, quale criterio per evitare l'inazione degli Stati di fronte ad un rischio potenziale non ancora dimostrato, ed ha trovato poi accoglimento nell'art. 174 CE fra i principi che presiedono all'attua-

incertezza scientifica a fronte di un rischio potenziale grave (art. 7, comma 1 regolamento n. 178/2002 Ce), sulla adozione di misure cautelari connotate dai caratteri della provvisorietà e proporzionalità (art. 7, comma 1-2) e destinate a periodica e ravvicinata revisione in funzione delle nuove acquisizioni scientifiche (art. 7, comma 2).

L'importanza dei parametri così delineati si riscontra anche nella Comunicazione sul principio di precauzione¹¹ della Commissione europea, ove si afferma che «l'attuazione di una strategia di precauzione dovrebbe iniziare con una valutazione scientifica quanto più completa possibile, identificando in ciascuna fase il grado di incertezza scientifica. (...) Il principio di precauzione non può in nessun caso legittimare l'adozione di decisioni arbitrarie. Una valutazione di dati scientifici relativi ai rischi è un elemento necessario per ricorrere al principio di precauzione. La decisione di effettuare tale valutazione senza aspettare nuove informazioni è collegata ad una percezione meno teorica e più concreta del rischio».

Tuttavia la impostazione comunitaria si discosta dagli *standard* applicativi internazionali del menzionato principio quanto al fondamento della discrezionalità attribuito alle istituzioni comunitarie nella decisione delle misure da adottare.

Ed infatti nella Comunità europea questa comporta una valutazione molto ampia e «comprende considerazioni non economiche, quali l'efficacia delle possibili azioni e la loro accettabilità da parte del pubblico»¹² anche in considerazione del fatto che «i responsabili, posti di fronte ad un rischio inaccettabile, all'incertezza scientifica e alle preoccupazioni della popolazione, hanno il dovere di trovare risposte»¹³, di modo che «è legittimo prendere in conside-

zione della politica ambientale comunitaria, ove lo stesso è menzionato ma non definito. In dottrina si è discusso molto se il principio di precauzione potesse ascriversi ai principi di diritto internazionale consuetudinario o fosse piuttosto una evoluzione positivizzata del più noto principio di prevenzione. Non essendo questa la sede opportuna per approfondire questi aspetti basti ricordare che di esso si trova traccia espressa a partire dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo (principio n. 15), nonché – fra le altre – nella Convenzione quadro della Nazioni Unite sui cambiamenti climatici conclusa a New York il 9 maggio 1992 (art. 3, comma 3), e nella Convenzione di Helsinki del 7 maggio 1992 sulla protezione e l'utilizzo dei Corsi d'acqua transfrontalieri (art. 10, n. 6).

Il principio di precauzione trova accoglimento anche nell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie allegato al Trattato di Marrakesh che ha istituito l'OMC, ove è previsto, senza citarlo espressamente, dall'art. 5.7. Per un approfondito commento in dottrina si rinvia a G. COSCIA, *Il principio di precauzione: diritto internazionale e comunitario a confronto*, in *Alimenta*, n. 9/2003 p. 175 ss.; P. BORGHI, *Il principio di Precauzione fra diritto comunitario e Accordo SPS*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria e dell'Ambiente*, n. 10/2003, p. 535 ss.; P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale: un'analisi del suo ruolo e del suo contenuto nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 15.

¹¹ COM (2000) 1 def., del 2 febbraio 2002, disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>.

¹² Cfr. Comunicazione della Commissione, *loc. cit.*, p. 4.

¹³ Cfr. Comunicazione della Commissione, *loc. ult. cit.*, p. 3. Il Consiglio europeo di Nizza nel dicembre del 2000 ha adottato una risoluzione in cui specifica i limiti applicativi del principio di precauzione (Allegato III alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Nizza del 7-9

razione altri fattori pertinenti, tra i quali aspetti di natura societale, economica, tradizionale, etica e ambientale»¹⁴.

L'orientamento è in gran parte condiviso dalla giurisprudenza della Corte che, nel valutare le scelte delle istituzioni comunitarie di gestione dei rischi alimentari emergenti, fa costante riferimento al parametro della gravità più che alla probabilità dell'evento, così tralasciando – come detto – un elemento essenziale della costruzione di una corretta valutazione dei possibili effetti nocivi per la salute.

Nella sentenza 5 maggio 1998, *Regno Unito c. Commissione*¹⁵, la Corte ha stabilito che «si deve ammettere che quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi».

La Corte fa cioè osservare che il legislatore è legittimato ad intervenire precauzionalmente con misure limitative delle libertà economiche fondamentali anche solo per effetto della incertezza sulla esistenza di un rischio rilevante¹⁶, senza attribuire alcuna considerazione alla "consistenza" dell'ipotesi, così fondandosi su di una valutazione del rischio quantomeno incompleta.

Similmente nel caso *Alpharma*¹⁷ il Tribunale di primo grado, riconoscendo la necessità di ricondurre ad equilibrio i contrapposti interessi della tutela della salute dei consumatori e della libera circolazione delle merci, conclude comunque che «la sola esistenza di un rischio identificato è sufficiente perché possa essere tenuto conto, nel bilanciamento degli interessi, della protezione della salute umana», di tal che «alle esigenze di protezione della salute umana deve essere ricondotta una importanza preponderante in rapporto alle condizioni economiche»¹⁸.

dicembre 2000 «Risoluzione del Consiglio sul ricorso al principio di precauzione», disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>). I contenuti non si discostano nella sostanza da quanto in precedenza affermato dalla Commissione, ed anzi, in merito alla valutazione dell'opinione pubblica nei casi di incertezza scientifica specifica che «une attention particulière doit être accordée à la consultation de toutes les parties intéressées à un stade aussi précoce que possible».

¹⁴ Cfr. 19° *considerando* introduttivo del regolamento n. 178/2002 Ce.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1998 in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione CE*, in *Raccolta*, 1998, I, punto 99.

¹⁶ Ovverosia «allorquando la malattia è suscettibile di costituire un rischio grave o i rischi individuati presentano un grado di gravità sufficiente per la sanità pubblica per affermare che la Commissione non ha manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale» (punto 40 della decisione). Sul principio di precauzione come «eccezione» alla applicazione del diritto comune della CE si veda P. ICARD, *Le principe de précaution: exception à l'application du droit communautaire?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 471 ss.

¹⁷ Sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 settembre 2002 in causa n. T-70/99, *Alpharma c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3495 ss.

¹⁸ Nella giurisprudenza più recente è possibile rintracciare la medesima posizione in molte altre pronunce del Tribunale e della Corte, in cui, fra l'altro, la Corte ha ammesso in alcuni casi la legittimità di azioni precauzionali anche oltre i limiti posti dal dato scientifico stesso. Si veda sul punto a titolo esemplificativo la sentenza del Tribunale di primo grado del 26 novembre 2002 in cause

Nella vicenda che qui si commenta la Corte, ai punti 48-51, respinge le obiezioni più rilevanti (esistenza nella normativa vigente di disposizioni precauzionali sufficienti ad evitare il rischio di contaminazioni incrociate, ed impossibilità di determinare con certezza la natura dei frammenti ossei rinvenuti, che potevano appartenere a balene o topi), e riferendosi costantemente alla gravità del rischio BSE per l'uomo (punti 52-54), si limita ad osservare che «l'ipotesi che i frammenti ossei possano provenire non da ruminanti ma da mammiferi diversi quali balene o topi, non è sufficiente a dimostrare che la misura comunitaria sia inappropriata o sproporzionata, *in considerazione dei rischi in cui si incorre* [corsivo aggiunto] e delle possibilità di analisi dei prodotti».

L'erronea valutazione del rischio, fondata su di una discrezionalità politica "sganciata" da parametri assoggettati al controllo giurisdizionale, determina nella sostanza la creazione di un ambito del diritto comunitario che non risponde più o risponde poco ai criteri generali posti dal Trattato o acquisiti come patrimonio giuridico della CE, con particolare riferimento ai principi di legalità ed equità.

Il che fra l'altro, oltre a non rispettare l'inquadramento posto dal regolamento n. 178/2002 Ce, è altresì in contrasto con quanto affermato nell'ambito dell'OMC in materia di controllo di proporzionalità sull'applicazione del principio di precauzione.

3. Il rapporto fra precauzione e proporzionalità nell'SPS Agreement

È stato giustamente osservato che il testo dell'SPS Agreement è «volutamente ambiguo, perché rispecchia la diafrasi fra chi, come gli U.S.A., vuole limitare il più possibile le misure fitosanitarie poste a protezione della salute e chi, come la Comunità europea, rivendica il proprio diritto a stabilire nell'incertezza scientifica la propria soglia di tutela»¹⁹.

riunite n. T-74/00, n. T-76/00, n. T-83/00, n. T-132/00, n. T-137/00 e n. T-141/00, *Artegoda GmbH e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 4945 ss. e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 551, ove, dopo aver ribadito che «la scelta di ricorrere o di non ricorrere al principio di precauzione dipende generalmente dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale», il Tribunale si richiama alla pronuncia della Corte del 24 novembre 1993 in causa n. C-405/92, *Etablissement Armand Mondiet SA c. Armement Islais SARL*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6133 ove al punto 31 si legge: «le misure di conservazione delle risorse della pesca non devono essere pienamente conformi ai pareri scientifici e la mancanza, o la natura non probante di detto parere non deve impedire al Consiglio di adottare le misure da esso ritenute indispensabili».

¹⁹ Cfr. S. P. QUINTILLAN, *Free Trade, Public Health Protection and Consumer Information in the European and WTO Context*, in *Journal of World Trade*, vol. 33, n. 4, August 1999, p. 147 ss.

La giurisprudenza sviluppatasi nell'ambito dell'OMC negli ultimi anni sull'applicazione da parte degli Stati membri della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 5.7 dell'SPS Agreement sembrerebbe tuttavia introdurre un punto di equilibrio maggiormente rispettoso dei contrapposti interessi rispetto a quello sino ad oggi individuato dalla Corte di giustizia CE, e che non pare fuori luogo auspicare venga recepito dal diritto comunitario con una futura evoluzione giurisprudenziale.

Nel noto caso della «carne agli ormoni» il Panel WTO²⁰ ha chiarito che, pur riconoscendo l'SPS Agreement il diritto di ciascun Membro di scegliere il proprio livello di tutela della salute anche in deroga agli *standard* internazionali, nell'attuazione di tale diritto gli Stati sono tenuti al rispetto di tutti gli altri parametri di garanzia posti dall'Accordo in materia di misure sanitarie e fitosanitarie.

Fra questi è stata riconosciuta massima importanza all'obbligo ex art. 5 di basare le proprie scelte su di una adeguata valutazione del rischio e, ex art. 2.2, su di una «sufficient scientific evidence»²¹.

L'*Appellate Body* nel giudizio di secondo grado del caso "ormoni" ha stabilito che entrambi questi aspetti «are essential for the maintenance of the delicate and carefully negotiated balance in the SPS Agreement between the shared, but sometimes competing interests of promoting international trade and protecting the life and health of human beings»²².

Il concetto di valutazione del rischio è definito dallo stesso par. 4 dell'allegato "A" dell'SPS Agreement, come la «valutazione del grado di probabilità del contatto, dell'insediamento o della diffusione di un parassita o di una malattia nell'ambito territoriale di un membro importatore secondo le misure fitosanitarie che si potrebbero applicare, nonché delle potenziali conseguenze sul piano economico, o valutazione della possibilità di effetti negativi sulla salute dell'uomo (...) derivanti dalla presenza di additivi, contaminanti, tossine o agenti patogeni negli alimenti o nelle bevande».

Come notato dall'*Appellate Body*, nonostante la certezza assoluta non sia scientificamente raggiungibile, «the Panel has used the term "scientifically identified risk" to indicate implicitly that a certain magnitude or threshold level of risk should be demonstrated in a risk assessment if an SPS measure

²⁰ Report del Panel «*EC measures concerning meat and meat products (hormones)*», WT/DS26/R/USA del 18 agosto 1997 disponibile su internet all'indirizzo <http://www.wto.org>.

²¹ La disamina dovrebbe spingersi nell'analisi dettagliata dei requisiti imposti dagli artt. 2, 5 e 6 dell'*SPS Agreement*, per i quali a ragione della mancanza di spazio, non può che rinviarsi ad altra sede. Per maggiori approfondimenti sui parametri di legittimità dell'applicazione del principio di precauzione elaborati dalla giurisprudenza dell'OMC mi consento comunque rinviare alle citazioni bibliografiche già inserite nel *Commento alla sentenza Hahn: limiti alla fissazione di una tolleranza zero nei prodotti alimentari con riferimento al diritto comunitario e alla luce degli Accordi OMC*, in questa *Rivista*, 2003, p. 309 ss.

²² *Appellate Report in EC measures concerning meat and meat products (hormones)*, del 16 gennaio 1998, WT/DS26/AB/R disponibile su internet all'indirizzo <http://www.wto.org>

based on it is to be regarded as consistent with Article 5.1»²³.

Nel caso *Japan – agricultural Products II*²⁴ l'*Appellate Body* ha stabilito in particolare che l'art. 5.7 definisce quattro requisiti che devono essere soddisfatti per adottare e mantenere una misura SPS temporanea di tipo precauzionale:

- l'incertezza scientifica nell'ambito concreto cui ci si riferisce;
- l'adozione della misura sulla base delle pertinenti informazioni disponibili al momento dell'adozione;
- l'attività di continuo aggiornamento e monitoraggio delle informazioni durante tutto il periodo di mantenimento della misura SPS, al fine di aggiornare continuamente la valutazione del rischio;
- la revisione periodica delle misure entro un lasso di tempo ragionevole²⁵.

Gli elementi indicati devono essere tutti presenti nello stesso momento²⁶: la mancanza anche di uno solo di essi infatti renderebbe illegittimo il ricorso al principio di precauzione per inidoneità della valutazione del rischio sottostante²⁷.

In altre parole l'Organo di appello del WTO ha rigettato l'impostazione dei Membri che, come la Comunità europea, tendono ad invertire l'onere della prova e costringere chi voglia commercializzare un prodotto alla *probatio diabolica* della inoffensività dello stesso, resa pressoché impossibile dalla esistenza di margini di incertezza scientifica più o meno ampi in ogni caso concreto²⁸, riconoscendo al contrario che è compito del Membro che intenda adottare misure precauzionali dimostrare la loro "ragionevolezza" mediante il riferimento a valutazioni scientifiche non meramente ipotetiche o assolutamente incerte.

Solo così le misure adottate potranno dirsi "proporzionate all'obiettivo", e dunque legittime anche sul piano del commercio internazionale.

Quanto poi al significato del termine «relevant scientific evidence» esso è stato ancorato alla *oggettività ed alla concretezza minima dei dati disponibili* per adottare decisioni in molte pronunce, fra cui i noti casi delle misure restrittive all'importazione di salmoni in Australia²⁹, delle misure in materia di

²³ Sul punto si veda S. P. QUINTILLAN, *Free Trade*, cit. supra, nota 19, p. 163.

²⁴ Cfr. *Appellate Body Report, Japan, measures affecting agricultural products*, WT/DS76/AB/R del 19 marzo 1999, par. 89, disponibile sul sito del WTO, <http://www.wto.org>

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Cfr. nota precedente, par. 176-177-178.

²⁷ *Appellate Body Report*, WT/DS245/AB/R del 26 novembre 2003, par. 176-177-178, disponibile sul sito del WTO, <http://www.wto.org>

²⁸ P. BORGHI nel suo scritto *Il principio di precauzione*, cit. supra, nota 10, fa riferimento a p. 541 alla trasformazione del «normale limite della conoscenza scientifica in una *presunzione iuris et de iure* dell'esistenza di un rischio».

²⁹ *Appellate Body Report, Australia – measures affecting importation of salmon*, WT/DS18/AB/R del 6 novembre 1998, DSR 1998, VIII, p. 3327 ss.

amianto nella Comunità europea³⁰, delle restrizioni in materia di importazione di prodotti agricoli³¹ e di mele in Giappone³², nonché nella più recente giurisprudenza in materia³³, sempre riferita agli ostacoli nella importazione di prodotti ortofrutticoli.

L'*Appellate Body* nel caso delle "mele" in Giappone ha affermato che «relevant scientific evidence will be insufficient within the meaning of article 5.7 if the body of available scientific evidence does not allow, in quantitative or qualitative terms, the performance of an adequate assessment of risks as required under article 5.1 and as defined in annex A to the SPS Agreement. Thus, the question is not whether there is sufficient evidence of a general nature or whether there is sufficient evidence related to a specific aspect of a phytosanitary problem, or a specific risk. The question is whether the relevant evidence, be it general or specific, in the Panel parlance, is sufficient to permit the evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of, in this case, fire blight in Japan»³⁴.

Si tratta a tutta evidenza di una soluzione che, pur lasciando un certo margine di operatività alla discrezionalità istituzionale in frangenti connotati da una notevole incertezza, consente quantomeno di "procedimentalizzare" le decisioni, e, assoggettandole al rispetto di alcuni parametri ben delineati, di valutarne con maggiore precisione la legittimità in sede di contenzioso.

Il che pare, allo stato, l'unica soluzione di compromesso accettabile fra le contrapposte esigenze di tutela della salute e libertà economica.

4. Sicurezza alimentare e proporzionalità nell'ordinamento della Comunità europea

I quesiti rivolti dal Tribunale di Treviso in ordine alla possibile sussistenza di un «margine di apprezzamento» del giudice sull'applicazione del «parametro 0» portato dalle misure di gestione del rischio (decisione n. 2001/9 Ce *in primis*) hanno investito anche l'aspetto della proporzionalità delle norme, ribadito come obbligatorio anche in caso di applicazione del principio di precauzione dall'art. 7 del regolamento n. 178/2002 Ce.

³⁰ *Appellate Body Report, European Communities – measures affecting asbestos and asbestos containing products*, WT/DS135/AB/R, del 5 aprile 2001, disponibile sul sito del WTO, <http://www.wto.org>.

³¹ *Appellate Body Report, Japan, measures affecting agricultural products*, *cit. supra*, nota 24.

³² *Panel Report, Japan, measures affecting importation of apples*, WS/DS245R del 15 luglio 2003.

³³ *Appellate Body Report, WT/DS245/AB/R* del 26 novembre 2003, *cit. supra*, nota 27.

³⁴ *A.B. Report*, punto 179.

Sebbene il Tribunale del rinvio non abbia espressamente richiesto alla Corte di pronunciarsi sulla validità delle misure di gestione del rischio adottate da Consiglio e Commissione, limitandosi a chiederne una interpretazione autentica, il Giudice comunitario ha ritenuto di dover affrontare più in generale la questione della proporzionalità della misura zero per decidere se vi fosse margine di flessibilità nella sua applicazione. Così facendo la Corte ha esteso indirettamente il suo sindacato anche al profilo della legittimità delle decisioni del Consiglio e della Commissione³⁵.

Disciplinando il rapporto fra libera circolazione delle merci e tutela della genuinità/salubrità dei cibi la Comunità ha sempre fatto ricorso al principio di proporzionalità quale criterio di bilanciamento delle contrapposte esigenze economiche e di tutela dei consumatori.

Il principio di proporzionalità, sancito dall'art. 5 CE³⁶, rappresenta infatti un mezzo per misurare l'intensità del potere esercitato dall'autorità nel perseguimento dell'interesse generale³⁷, e, come più volte ha sottolineato la Corte di giustizia, esso «anche se si riconosce la necessità di tutelare la salute come preoccupazione principale (...) deve essere rispettato»³⁸.

Nel definire la proporzionalità come «ragionevolezza» dell'utilizzo dei poteri conferiti all'Alta Autorità dal Trattato Ceca la Corte ha affermato che «in applicazione di una norma giuridica (...) la reazione dell'Alta Autorità ad

³⁵ Ai sensi dell'art. 234, comma 2, CE la Corte è competente a pronunciarsi «sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità (...)» ma deve esservi espressa richiesta dell'organo giudicante che ha disposto il rinvio. Nondimeno è prassi giurisprudenziale nota che la Corte, ove lo ritenga necessario ai fini del giudizio, possa estendere le proprie valutazioni anche a questioni correlate ma non direttamente contenute nel quesito del rinvio. Sul punto si vedano fra le altre le sentenze della Corte 4 dicembre 1980 in causa n. 54/80, *Proc. della Repubblica c. Wilner*, e 29 novembre 1978 in causa n. 83/78, *Pigs Marketing Board*, in *Raccolta*, 1978, p. 2347, punto 25. In dottrina F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 367; U. DRAETTA, *Elementi di Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 270.

³⁶ L'art. 5 CE così recita: «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato».

³⁷ Sul punto M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, *passim*. Il criterio della proporzionalità nell'esercizio delle prerogative delle istituzioni comunitarie è stato inizialmente riconosciuto nell'ordinamento comunitario per via giurisprudenziale, avendolo la Corte di giustizia mutuato come principio generale di diritto comunitario non scritto di derivazione nazionale (ordinamenti degli Stati membri, con particolare riferimento all'ordinamento tedesco), ed internazionale. Nell'ambito nazionale la proporzionalità opera principalmente come espressione del principio di legalità, presente in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati democratici, mentre nel quadro del diritto internazionale opera *in primis* come divieto di abuso di un diritto esistente, ovvero sia come «espressione concreta di quel principio di equità che informa ormai tutti i settori della vita di relazioni internazionali».

³⁸ Cfr. il punto 60 della sentenza che qui si commenta. Si veda anche il punto 27 della sentenza della Corte AELS del 5 aprile 2001 nella causa n. E-3/00 *EFTA Surveillance Authority c. Norway*, in *EFTA Court Report 2000-2001*, p. 73 ss.

un atto illecito delle imprese deve essere commisurata all'atto stesso»³⁹, nel senso che «il pregiudizio arrecato agli interessi dei privati deve essere ragionevole, cioè a dire costituire il giusto compromesso nella valutazione dei diversi interessi in gioco»⁴⁰.

Conseguentemente l'istituzione comunitaria secondo la Corte è chiamata ad «agire con la moderazione e la ponderazione necessaria a valutare gli interessi contrapposti in modo da evitare di adottare misure che producono danni ingiustificati»⁴¹.

Benché l'art. 5 CE come formulato dal TUE paia accreditare una visione della proporzionalità in termini di sola "necessità", la giurisprudenza più recente ha comunque per lo più continuato a fare riferimento ai tre parametri tradizionali del principio elaborati nell'ordinamento tedesco (congruità/idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto), affermando che «in forza del principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di una attività economica è subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate si deve ricorrere alla meno restrittiva, e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti»⁴².

In ordine al primo parametro (congruità/idoneità) la Corte ha più volte ribadito che «il legislatore comunitario dispone in materia di politica agricola comune di un potere discrezionale corrispondente alle responsabilità politiche che gli artt. 39-40 del Trattato gli attribuiscono. Di conseguenza solo la manifesta inidoneità di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento».

Nel caso che qui si commenta la Corte ha concentrato le sue considerazioni su questo aspetto, concludendo che, in assenza di una simile manifestazione di inconferenza non è possibile censurare la meritevolezza delle norme adottate dal Consiglio e dalla Commissione.

³⁹ Cfr. sentenza della Corte del 29 novembre 1956 in causa n. 8/55, in *Raccolta*, 1955-1956, p. 298.

⁴⁰ Cfr. sentenza della Corte del 12 giugno 1958 in causa n. 15/57, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1957-1958, p. 157 ss. Si veda anche la sentenza 13 luglio 1962 in causa 19/61, *S.A. Mamesmann c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1962, p. 655, pubblicata anche in AA. VV. (a cura di P. MENGOZZI), *Casi e Materiali di Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 1998, p. 613.

⁴¹ Cfr. sentenza della Corte del 5 maggio 1998 in causa n. C-157/96, *The Queen e a. c. National Farmer's Union*, in *Raccolta*, 1998, punto 60.

⁴² Cfr. sentenza della Corte del 13 novembre 1990 in causa n. 331/88, *Fedesa e a.*, in *Raccolta*, 1990, p. 4023 ss.

Tuttavia, poiché, come detto, la materia investe anche e principalmente la tutela della salute dei consumatori, il Giudice comunitario avrebbe comunque potuto approfondire il suo giudizio anche agli altri parametri di valutazione della proporzionalità dell'operato delle istituzioni comunitarie, esaminando le motivazioni essenziali in base alle quali è stata imposta la «tolleranza zero» nel caso di specie, per determinare se tale imposizione fosse legittima e se in conseguenza dovesse ritenersi accettabile l'azzeramento del potere del giudice di merito di apprezzare liberamente la pericolosità dei contaminanti riscontrati in concreto.

Le motivazioni della sentenza paiono sul punto piuttosto lacunose, limitandosi la Corte a respingere il parallelo fra la disciplina di specie e la normativa sulle tolleranze negli OGM in quanto disposizioni afferenti a situazioni profondamente diverse⁴³.

Occorre dunque in questa sede approfondire l'analisi tralasciata o solo abbozzata dalla Corte e domandarsi se la c.d. «tolleranza zero» fosse realmente necessaria o non fosse possibile perseguire l'obiettivo della sicurezza della catena alimentare ammettendo comunque un margine di apprezzamento del giudice nel caso concreto⁴⁴.

La Corte al punto 42 delle motivazioni giustifica la necessità di una simile rigidità applicativa rammentando che, anche a parere del Comitato scientifico, il rischio di «*cross contamination*» sussiste in tutte le fasi di produzione-elaborazione-somministrazione di farine animali e non è eliminabile in radice.

Di conseguenza secondo la Corte «il fatto che la farina di pesce fosse stata destinata ai suini non giustifica una diversa interpretazione delle decisioni 2000/766 e 2001/9 CE, (poiché) la contaminazione incrociata (...) può verificarsi in ciascuna fase di manipolazione del prodotto, anche se la farina è effettivamente utilizzata per l'alimentazione di animali diversi dai ruminanti».

⁴³ La Corte affronta il problema nel punto 53, ove si limita ad osservare: «(...) l'argomento relativo alla normativa sugli OGM non è pertinente né conferente. Infatti, il contesto degli OGM è diverso da quello delle EST, malattie che hanno causato il decesso di numerose persone e a causa delle quali è stato necessario abbattere migliaia di animali. Peraltro, il fatto che la normativa in materia di OGM preveda esplicitamente una soglia *de minimis* dell'1% per la presenza accidentale di OGM non conferma la tesi della Bellio Fratelli, secondo cui ogni normativa comunitaria accetterebbe implicitamente una tolleranza di contaminazione accidentale fintanto che essa non superi l'1%. Infatti, l'indicazione esplicita, in una normativa comunitaria, di una soglia tollerata di contaminazione accidentale può essere interpretata nel senso che la mancata fissazione di tale soglia implica che non è tollerata alcuna contaminazione accidentale».

⁴⁴ L'analisi che qui si compirà sarà condotta con riferimento all'unico punto su cui si sono concentrate tanto le osservazioni dell'Avvocato Generale nelle sue conclusioni quanto quelle della Corte nello sviluppo del suo ragionamento: il pericolo di contaminazioni incrociate fra mangimi destinati ad animali diversi. Infatti, nonostante i quesiti rivolti dal Tribunale di Treviso facessero espresso riferimento al fatto che i mangimi oggetto della controversia erano destinati a non ruminanti e la difesa della Bellio abbia molto insistito sul punto sostenendo l'assoluta assenza di casi di BSE in maiali e polli, nonché l'assenza di studi scientifici in materia, la Corte ha chiuso la questione, concentrando tutte le sue valutazioni sul pericolo delle c.d. «contaminazioni incrociate», e così almeno indirettamente ha confermato di condividere la tesi della innocuità del prodotto per animali non ruminanti.

Il ragionamento della Corte sembra in primo luogo viziato da un errore logico, che, se applicato in linea generale, porterebbe alla eliminazione dell'intero comparto produttivo delle farine di pesce nella Comunità europea.

Ed infatti al di là della presenza di frammenti ossei nelle farine di pesce che, per effetto della c.d. "contaminazione incrociata", potrebbero entrare nella catena alimentare dei bovini, la Corte non ha considerato che la decisione n. 2000/766 Ce vieta in linea generale l'impiego di tali farine – anche non contaminate – per l'alimentazione dei ruminanti.

Essendo – come afferma la Corte – sempre astrattamente ipotizzabile una contaminazione incrociata fra mangimi diversi, la conclusione ovvia di tale impostazione dovrebbe essere il divieto generale di produzione di farine di pesce, perché in nessun caso risulterebbe ammissibile la presenza accidentale di queste nell'alimentazione dei ruminanti, né potrebbe essere astrattamente eliminato il rischio di contaminazione fra i diversi mangimi. Il che porterebbe alla creazione – tutta pretoria e non giustificata né dal dato normativo né dal contesto di fatto – di una limitazione alla libertà d'impresa che pare oggettivamente stridente con i principi generali che governano il Trattato CE.

Anche volendo comunque limitare l'analisi alle considerazioni della Corte (pericolo «*cross contamination*» in relazione alla sola presenza accidentale di frammenti ossei) l'assunto della sentenza *Bellio* determina comunque l'inutilità assoluta delle rigide prescrizioni poste dalla Commissione europea con la decisione n. 2001/9 Ce e ritenute da questa sufficienti ad evitare proprio le contaminazioni incrociate, esponendo i produttori di farina di pesce al rischio di poter essere sanzionati pur nel più ossequioso rispetto delle prescrizioni dettate dal legislatore europeo.

Nel 4° *considerando* introduttivo della decisione infatti si fa chiaro riferimento alla necessità di «fissare condizioni per assicurare che tali proteine non possano essere usate per fini non autorizzati», il che viene prevenuto mediante l'art. 1 («Gli Stati membri autorizzano la somministrazione di farina di pesce agli animali diversi dai ruminanti soltanto in conformità alle condizioni stabilite dall'allegato I»), l'art. 3 («le proteine animali trasformate devono essere trasportate in contenitori o veicoli coperti, sigillati, in modo da precludere qualsiasi perdita e recapitate direttamente all'impianto che produce i mangimi per gli animali») e l'allegato I che contempla una serie di severissime regole procedurali per la gestione e manipolazione delle farine di pesce volte ad evitare il rischio di contaminazioni incrociate⁴⁵, come la Corte stessa ha

⁴⁵ L'allegato fra l'altro prevede che:

1. la farina di pesce sia prodotta in stabilimenti che non trasformano altre sostanze;
2. sia comunque sempre sottoposta ad analisi prima della sua immissione sul mercato;
3. sia trasportata nelle varie fasi della trasformazione da veicoli che non trasportino altre sostanze ad uso alimentare animale o umano, i quali dovranno comunque essere al termine del trasporto sempre lavati ed ispezionati accuratamente;
4. il trasporto e lo stoccaggio delle farine di pesce deve avvenire comunque in luoghi separati

riconosciuto⁴⁶. Tali prescrizioni, se abbinate ad un sistema di controlli ufficiali efficiente e scrupoloso, dovrebbero garantire sufficientemente la tutela della salute del consumatore e la libertà economica delle imprese che producono farine di pesce.

L'interpretazione della Corte al contrario, basandosi sulla mera ipotesi che in ogni caso tale contaminazione possa verificarsi e rendendo inutili le prescrizioni della decisione della Commissione, costringe di fatto il produttore a scegliere se abbandonare totalmente la produzione, o farsi carico del rischio di una sanzione che, pur nella più corretta e rigida applicazione delle disposizioni di legge, non sarebbe evitabile, anche in considerazione del fatto che, come detto, fra i frammenti ritenuti "proibiti" potrebbero rientrare quelli di animali che nulla hanno a che vedere con il rischio BSE.

In una simile prospettiva c'è quindi da chiedersi se la preoccupazione della Corte per le c.d. «contaminazioni incrociate» possa, alla luce di quanto detto, corrispondere ad un criterio di ragionevolezza e necessità, e se in conseguenza la «tolleranza zero» sia, almeno sotto questo punto di vista, giustificata.

Che d'altra parte il "parametro zero" possa essere considerato eccessivo e scientificamente inverosimile è considerazione condivisa dal Tribunale di primo grado CE in altra occasione⁴⁷, ove espressamente ha commentato: «subordinare il mantenimento dell'autorizzazione di una sostanza alla prova dell'assenza di qualsiasi rischio, anche puramente ipotetico sarebbe contemporaneamente irrealistico – in quanto siffatta prova è di regola impossibile da fornire dal punto di vista scientifico, giacché un livello di "rischio zero" in pratica non esiste – e contrario al principio di proporzionalità».

Quanto alla valutazione comparativa della «proporzionalità in senso stretto» pare poi necessario verificare la coerenza del comportamento del legislatore comunitario in casi simili.

La normativa comunitaria in materia di "sicurezza alimentare" conosce molte eccezioni al principio della tolleranza zero, tanto nei confronti di sostanze certamente tossiche nell'alimentazione umana, quanto nei confronti di contaminanti pericolosi nella alimentazione animale.

rispetto a quelli deputati alla alimentazione dei ruminanti;

5. i mangimi contenenti farine di pesce devono comunque essere etichettati con l'indicazione «contiene farina di pesce – da non somministrare ai ruminanti»;

6. è comunque vietato l'uso o lo stoccaggio di mangimi animali contenenti farine di pesce nelle aziende che tengono, ingrassano o allevano ruminanti per la produzione di alimenti.

⁴⁶ Cfr. punto 48 della decisione.

⁴⁷ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 21 ottobre 2003 in causa n. T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 130, disponibile su internet all'indirizzo <http://www.europa.eu.int>. Si vedano anche le sentenze del Tribunale di primo grado 11 settembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305 ss., punto 145, e *Alpharm c. Consiglio*, *cit. supra*, nota 17, punto 158.

Basti ricordare il regolamento n. 257/2002 Ce⁴⁸ che fissa il limite massimo per le aflatossine nei prodotti alimentari destinati al consumo umano, o il regolamento n. 2375/2001 Ce⁴⁹, relativo ai limiti di tolleranza riferiti alle diossine nei prodotti alimentari.

E soprattutto occorre qui richiamare la decisione del Consiglio 19 luglio 1999 n. 1999/534 Ce⁵⁰ ove l'art. 2 par. 1 consente addirittura di utilizzare grassi animali nei mangimi per ruminanti con la presenza di impurità (fra le quali anche i frammenti ossei) pari allo 0,15 % per evidenziare che il parametro "tolleranza zero" non è stato applicato in normative simili e non può quindi essere giustificato sotto il profilo della eguaglianza e quindi della proporzionalità⁵¹ nel caso di specie.

Sulla valutazione della Corte nel caso di specie pare quindi aver eccessivamente pesato l'incertezza espressa dal Comitato scientifico nel parere del novembre 2000 in relazione alla gravità del rischio.

La Corte ha infatti ritenuto di dover ammettere, in una situazione di incertezza scientifica come quella descritta, il ricorso in sede di «gestione del rischio» al principio di precauzione, scoprendo uno degli elementi più controversi nella sua impostazione giurisprudenziale degli ultimi anni: la ritenuta cedevolezza della proporzionalità nell'ambito della applicazione del principio di precauzione, dedotta sulla base della gravità del rischio incombente.

Il principio di precauzione infatti se applicato solo in relazione a questo parametro e non anche alla sua *probabilità* come prescrive lo stesso regolamento n. 178/2002 CE⁵² è capace di incidere sulla valutazione della proporzione fra fini e mezzi spostando il giudizio di legittimità delle misure comunitarie sempre più verso il riconoscimento di una amplissima discrezionalità delle istituzioni comunitarie, e privandolo quindi di quella sua funzione di "garante" del principio di legalità e certezza del diritto nell'ordinamento comunitario.

⁴⁸ Regolamento n. 257/2002 della Commissione, del 12 febbraio 2002, che modifica il regolamento n. 194/97 che stabilisce tenori massimi ammissibili per taluni contaminanti nei prodotti alimentari e il regolamento n. 466/2001 che stabilisce tenori massimi ammissibili per taluni contaminanti nei prodotti alimentari, in *Guce* n. L 41 del 13 febbraio 2002, p. 12.

⁴⁹ Regolamento n. 2375/2001 del Consiglio, del 29 novembre 2001, recante modifica del regolamento n. 466/2001 della Commissione che definisce i tenori massimi di taluni contaminanti presenti nelle derrate alimentari, in *Guce* n. L 321 del 6 dicembre 2001, p. 1.

⁵⁰ Decisione del Consiglio, del 19 luglio 1999, relativa alle misure applicabili al trattamento di taluni rifiuti di origine animale per la protezione dalle encefalopatie spongiformi trasmissibili, e che modifica la decisione 97/735/Ce della Commissione, in *Guce* n. L 204 del 4 agosto 1999, p. 37.

⁵¹ Il principio di eguaglianza quale vincolo insuperabile nell'agire comunitario è utilizzato dalla Corte come parametro di valutazione della legittimità degli atti comunitari. «Proprio al fine di assicurare una giusta tutela dei diritti e delle libertà individuali la Corte stabilisce uno stretto collegamento fra il principio di proporzionalità e quello di eguaglianza, di cui il divieto di discriminazione costituisce una applicazione sia invocando congiuntamente i due principi, sia risolvendo i problemi posti dall'applicazione del principio di eguaglianza alla luce del principio di proporzionalità» (cfr. CICHIELLO, *Il principio di proporzionalità*, cit. supra, nota 37, p. 65).

⁵² Il precetto è insito nel concetto stesso di "rischio", definito dall'art. 3 del regolamento n. 178/2002 Ce come «funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute».

Ciò pare peraltro confermato anche dalla giurisprudenza più recente, che ha costantemente ammesso la legittimità degli interventi a tutela della salute fondati, come si diceva, su di un quadro scientifico incerto e su di una incompleta valutazione del rischio, in nome del principio di preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente sulle considerazioni economiche⁵³.

5. Conclusioni

Le considerazioni svolte tanto sotto il profilo meramente comunitario, quanto nel quadro della disciplina del commercio internazionale ci consentono di trarre alcune conclusioni sulla vicenda che qui interessa.

L'affermazione della legittimità della c.d. «tolleranza zero» nei confronti della possibile contaminazione incrociata fra mangimi destinati all'alimentazione di animali diversi pare oggettivamente sproporzionata all'obiettivo perseguito: essa infatti si basa su di una valutazione del rischio incompleta, non tiene conto delle cautele già imposte dalla stessa decisione che autorizza il commercio delle farine di pesce ed ignora l'esistenza di altre norme che prevedono soglie di tolleranza persino nei mangimi per ruminanti.

La sentenza della Corte che ne ha ribadito la legittimità anche nel caso di specie pare quindi consacrare quell'orientamento giurisprudenziale rinunciatorio nei confronti del possibile controllo di proporzionalità sull'applicazione del principio di precauzione, con la necessaria forte contrazione dei presidi posti dal Trattato CE a difesa delle libertà economiche fondamentali.

Le conseguenze non sono da sottovalutare.

Sul piano "esterno", come detto, l'orientamento normativo e giurisprudenziale descritto rischia di accendere nuovi contrasti nell'ambito dell'OMC che, a meno di un, improbabile, mutamento di giurisprudenza dell'Organo di risoluzione delle controversie, vedrebbe soccombente l'Europa.

Il che si tradurrebbe in un ulteriore svantaggio per le imprese europee: come infatti affermato definitivamente dalla Corte di giustizia CE nella recente sentenza *Biret*⁵⁴ non soltanto è da escludersi l'invocabilità diretta degli

⁵³ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado *Solvay*, cit. supra, nota 47, punto 125 ove si legge: «per quanto riguarda la portata del potere discrezionale dell'istituzione competente si deve notare che, nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la scelta di ricorrere o non ricorrere al principio di precauzione dipende dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale, tenuto conto delle priorità da essa definite in relazione agli obiettivi perseguiti in conformità delle norme pertinenti del Trattato e del diritto derivato. Tale scelta deve tuttavia essere conforme al principio della preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente (...)». Si veda anche la sentenza *Artegoda GmbH e a. c. Commissione*, cit. supra, nota 18, punto 186.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003 in causa n. C-93/02, *Biret International SA c. Consiglio dell'Unione europea*, disponibile su internet sul sito www.europa.eu.int.

Accordi OMC da parte dei singoli nell'ordinamento comunitario⁵⁵, ma gli effetti penalizzanti che dovessero derivare dalla contrapposizione dei due diversi sistemi giuridici non sono risarcibili e ricadono quindi interamente sulle imprese coinvolte.

Quanto al piano strettamente interno l'accentuarsi della impostazione rigida della Corte in materia di sicurezza alimentare pare poter profilare un nuovo punto di attrito con l'ordinamento italiano.

Come è noto infatti la materia alimentare incide in via principale sul diritto penale, essendo la violazione di molte norme tecniche sulla produzione degli alimenti il "presupposto" per l'integrazione delle fattispecie di reato a presidio dell'incolumità fisica dei consumatori o della lealtà commerciale.

Il riflesso della disciplina comunitaria è dunque strettamente collegato alla possibile limitazione della libertà personale, vuoi per effetto di una condanna a pena detentiva, vuoi per la stessa condanna a pena pecuniaria, suscettibile di conversione in pena detentiva se il condannato non provvede al pagamento della sanzione.

⁵⁵ La pronuncia della Corte mette fine ad una questione molto dibattuta che aveva trovato "nuova linfa" in alcune timide aperture della giurisprudenza comunitaria più recente. Senza voler ripercorrere in questa sede la vastissima problematica dei rapporti fra l'ordinamento comunitario e gli accordi internazionali sottoscritti in forma mista dalla Comunità, basti ricordare che con gli orientamenti espressi dalla Corte nei casi *Racke* (sentenza del 30 giugno 1998 in causa n. C-162/96 in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 630), *Hermes* (sentenza del 16 giugno 1998 in causa n. C-53/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3603 ss.) e *Christian Dior* (sentenza del 14 dicembre 2000 in causa n. C-300/98, in *Raccolta*, I, 2000, p. 11307 ss.) la Corte da un lato ha ammesso che gli accordi internazionali sottoscritti entrano pienamente a far parte dell'ordinamento comunitario ex art. 300, comma 7 CE, dall'altro ha sostenuto che lo stesso giudice nazionale deve orientare la propria attività interpretativa delle norme nazionali alla luce degli accordi internazionali di cui anche la Comunità è parte là onde evitare l'insorgere di una comune responsabilità per inadempimento degli stessi. Così facendo la Corte sembrava voler introdurre un primo elemento di apertura ad una efficacia anche in sede contenziosa degli accordi in questione nell'ordinamento comunitario. La sentenza *Biret* ha però segnato un nuovo punto di arresto giurisprudenziale, ribadendo la non immediata efficacia di tali accordi: «Se è vero che gli accordi conclusi tra la Comunità e gli Stati terzi sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri, e che, come la Corte ha in particolare statuito nelle sue sentenze *Haegerman* e *Demirel*, le disposizioni di accordi di tale natura formano, dal momento dell'entrata in vigore di questi ultimi parte integrante dell'ordinamento comunitario, la Corte ha costantemente evidenziato che gli effetti dei suddetti accordi nell'ordinamento giuridico comunitario debbono essere accertati tenendo conto del carattere e degli obiettivi dell'accordo di cui trattasi. E per tali motivi che la Corte nella sentenza 26 ottobre 1982 *Kupferberg* ha rilevato che gli effetti nella Comunità delle disposizioni di un accordo internazionale non possono essere determinati prescindendo dall'origine internazionale delle disposizioni di cui trattasi e che, in conformità ai principi del diritto internazionale, le parti contraenti sono libere di convenire quali effetti le disposizioni dell'accordo devono produrre nel loro ordinamento interno. Orbene, da una giurisprudenza comunitaria ormai fortemente consolidata emerge che, tenuto conto della loro natura e della loro economia, né l'accordo OMC né i suoi allegati (...) sono tali da conferire ai singoli diritti di cui questi ultimi potrebbero avvalersi in giudizio, e che la loro eventuale violazione non può quindi far sorgere responsabilità extracontrattuale della Comunità». Sul punto si veda anche la sentenza del Tribunale di primo grado del 20 marzo 2001 in causa n. T-30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 943 e in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 209, ed *ivi* nota di G. PERONI, *La reciproca convenienza come limite al riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme OMC all'interno dell'ordinamento comunitario*, p. 223.

Una definizione di parametri tecnici "ragionevoli" diventa quindi indispensabile alla funzione stessa della norma penale come "orientamento" del comportamento dei consociati, che trova il suo corrispondente nell'ambito della determinazione della pena nel dettato costituzionale della proporzionalità della stessa ex art. 27, comma 3, della Costituzione italiana.

Non si potrebbe infatti perseguire alcuna funzione di orientamento o rieducativa se la reazione dell'ordinamento giuridico fosse assolutamente sproporzionata al fatto in concreto verificatosi.

Il rilievo opera tanto che si voglia costruire la fattispecie nell' – improbabile – spazio del c.d. «reato impossibile», quanto nell'ipotesi in cui la si voglia inquadrare nel «reato di pericolo presunto».

Nel primo caso infatti il principio della necessaria offensività, oltre che trovare riscontro nell'art. 49, comma 2, c.p., è stato più volte oggetto di pronunce della Corte costituzionale, che ne ha sempre ribadito, sia pure con sfumature e motivazioni diverse, la centralità nel nostro ordinamento costituzionale e penale.

In particolare con la sentenza 26 marzo 1986 n. 62 la Corte ha stabilito che «può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accertato.

Spetta al Giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare in concreto ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante»⁵⁶.

⁵⁶ L'ipotesi pare comunque collocarsi ai limiti estremi dell'applicazione del «principio di precauzione», posto che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «ai fini della configurabilità del reato impossibile, ai sensi dell'art. 49, comma secondo, c.p., la inidoneità dell'azione va valutata in rapporto alla condotta originaria dell'agente, la quale per inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato ed indipendentemente da cause estranee o estrinseche, deve essere priva in modo assoluto di determinazione causale nella produzione dell'evento. L'accertamento del requisito (...) deve avere riguardo all'inizio dell'azione, la cui inidoneità deve essere assoluta, nel senso che rispetto ad essa il verificarsi dell'evento si profili come impossibile e non soltanto come improbabile». (Cfr. sent. Cass. SS. UU. del 4 luglio 1983 n. 6218). Nel caso profilato una simile certezza pare riconducibile solo a quelle ipotesi in cui anche nel diritto comunitario la «tolleranza zero» sarebbe viziata da errore manifesto, e quindi comunque sproporzionata. In materia di applicabilità dell'art. 49, comma 2, c.p. ai casi *de quo* si porrebbe anche il problema della valutazione della sussistenza del nesso causale, posto che, come detto, mancando la legge scientifica di copertura, il giudice sarebbe chiamato a decidere sulla base di mere ipotesi.

Sul punto si vedano anche le sentenze della Corte cost. 18-25 luglio 1989 n. 437 e 24 luglio 1995 n. 360, ove in particolare si afferma che «la mancata previsione in astratto di una soglia di punibilità, non comportando la necessaria ed automatica incriminazione di fattispecie *oculi inoffensive*, non appare per sé irragionevole e ciò in conformità di quanto già affermato da questa Corte nella sentenza n. 62/1986, non essendo il legislatore obbligato a prevedere in ogni norma la soglia del penalmente rilevante, e potendo invece tale limite essere individuato in via interpretativa dal giudice di merito in base al principio di offensività, che costituisce ormai un canone unanimemente accettato (...)».

In dottrina si rinvia per approfondimenti a M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 19 ss.; G. AZZALI, *Scritti di teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 64 ss.

Nel secondo caso (reati di pericolo presunto) rileva comunque l'esigenza del rispetto della "proporzionalità" nella anticipazione della tutela del bene-salute⁵⁷, anche in considerazione del fatto che mancherebbe nel caso concreto una legge scientifica di copertura che assicuri in modo certo la sussistenza del nesso causale e conseguentemente la «congruenza razionale fra mezzi e scopi».

Nell'un caso e nell'altro l'ordinamento italiano sembrerebbe legittimare comunque quell'attività interpretativa del Giudice ispirata al *favor rei* che la Corte di giustizia CE, nella pronuncia che qui si commenta, esclude, affermando che la norma comunitaria non prevede alcun margine di apprezzamento circa i risultati analitici e la pericolosità delle sostanze bandite dalle decisioni del Consiglio e della Commissione.

Il contrasto è evidente e non pare irragionevole supporre che potrebbe dare origine in futuro a nuove pronunce nell'ambito nazionale e comunitario.

Vito Rubino*

⁵⁷ Sul punto si rinvia a T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 127, ove le condizioni di legittimità del c.d. «reato di pericolo presunto» sono così descritte: 1. obbligo di riferire la tutela anticipata a beni giuridici di particolare rilievo rispettando così il principio di proporzione; 2. obbligo di verificare che la tutela nella forma del pericolo concreto risulti insufficiente per la difficoltà di precisare i termini di probabilità della lesione, rispettando così il principio di sussidiarietà; 3. obbligo di identificare le condotte presuntivamente pericolose attraverso regole scientifiche riconosciute o massime di esperienza, rispettando così il principio di congruenza razionale tra mezzi e scopi.

* Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università del Piemonte Orientale, sede di Alessandria.