

#### Sara Pugliese

è ricercatore confermato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

È stata componente di gruppi di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2006 "Oltre Montego Bay: nuove tendenze verso il controllo degli spazi marini adiacenti"; Progetto "Air in comune" 2011-2012, in partenariato tra Dipartimento delle politiche europee, DAGL, SSPAL, Università di Napoli "Parthenope" e LUISS "Guido Carli" di Roma) e del progetto "Tracciabilità del Patrimonio Culturale della Campania: valorizzazione, comunicazione, sistemi e prodotti", finanziato nell'ambito del PO FESR Campania 2007-2013.

Ha vinto borse di studio per attività di ricerca all'estero (*Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg; Accademia di diritto internazionale, L'Aja; Commissione europea, Bruxelles) e per attività didattica all'estero nell'ambito dell'*Erasmus Teaching Programme*.

Ha tenuto relazioni nell'ambito di convegni di rilievo internazionale (XVI Convegno Internazionale Interdisciplinare IPSAPA "Il mosaico paesistico-culturale in transizione: dinamiche, disincanti, dissolvenze", Udine, 2011; XVII Convegno Internazionale IPSAPA "Utopie e Distopie del Mosaico Paesistico-Culturale: Visioni, Valori, Vulnerabilità", Udine, 2013; Second "All Art and Cultural Heritage Law Conference", Art-Law Centre e UNESCO Chair, Ginevra, 2016; International Conference "UNESCO World Heritage between Education and Economy. A Legal Analysis" Ravenna, 2016).

Nel 2017 è stata *Invited Researcher* presso l'Universidad de Jaén, Spagna.

Ha tenuto insegnamenti di Diritto dell'Unione europea e Diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza (ora Dipartimento di Giurisprudenza) dell'Università di Napoli "Parthenope". Attualmente è affidataria del corso di "Diritto dell'Unione europea" nell'ambito del corso di laurea in Scienze dell'Amministrazione e dell'Organizzazione, Università di Napoli "Parthenope".

Ha svolto attività didattica nell'ambito di corsi *post lauream* (Dottorato in *Diritto internazionale e comunitario dello sviluppo socioeconomico*; Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali; Master in "Tutela, euro-progettazione e management del patrimonio culturale", Università di Napoli "Parthenope").

ISBN 978-88-6611-620-2



9 788866 116202

€ 25,00



CACUCCI EDITORE  
BARI

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

15

SARA PUGLIESE

## Il rischio nel diritto dell'Unione europea

tra principi di precauzione,  
proporzionalità e  
standardizzazione



Il rischio nel diritto dell'Unione europea

SARA PUGLIESE



In copertina: Hans Holbein il Giovane, *Gli ambasciatori*, 1533, National Gallery of London.

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

15

SARA PUGLIESE

**IL RISCHIO NEL DIRITTO  
DELL'UNIONE EUROPEA  
TRA PRINCIPI DI PRECAUZIONE,  
PROPORZIONALITÀ E STANDARDIZZAZIONE**



CACUCCI  
EDITORE  
2017

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2017 Cacucci Editore - Bari  
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220  
<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

# INDICE

Introduzione	VII
--------------	-----

## CAPITOLO I

### LA REGOLAZIONE DEL RISCHIO NELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI: DAL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE ALLA *RISK REGULATION*

1. Introduzione	1
2. La regolazione del rischio nell'UE: la graduale affermazione del principio di precauzione	2
2.1 <i>Segue</i> : i modelli regolativi di <i>risk regulation</i> nell'UE	10
3. Il contributo dell'UE all'affermarsi di un approccio di <i>risk management</i> in ambito OMC: GATT, TBT e SPS	19
3.1 <i>Segue</i> : <i>Le non-product related Processes &amp; Production-method Measures</i> come strumenti di gestione del rischio	23
4. Gli accordi bilaterali come primo passo verso la soluzione del <i>trade-off</i> tra regolazione del rischio e rimozione degli ostacoli agli scambi: la standardizzazione procedurale attraverso i <i>Mutual Recognition Agreements</i> (MRAs)	29
4.1 <i>Segue</i> : l'esportazione degli standard di contrasto al rischio attraverso gli accordi con i partner emergenti	32
4.2 <i>Segue</i> : la ricerca di un equilibrio tra metodi divergenti di <i>risk regulation</i> attraverso gli accordi con i partner transatlantici	35
5. Conclusioni	42

## CAPITOLO II

### IL RISCHIO NELLA REGOLAZIONE EUROPEA DEI SERVIZI FINANZIARI: DAL RISCHIO DI CREDITO AL RISCHIO SISTEMICO

1. Introduzione	45
2. Dall'iniziale indifferenza della normativa europea alla progressiva focalizzazione sul rischio di credito	46
3. La diversificazione delle tipologie di rischio e dei metodi di valutazione e gestione	53

4. Verso un approccio sistemico al rischio	56
5. La regolazione del rischio: le norme di prevenzione e gestione	62
5.1 <i>Segue</i> : il controllo sistemico tramite l'unione bancaria	65
6. Il contributo dell'UE ai processi di standardizzazione da parte degli organismi pubblici internazionali e da parte degli operatori privati	71
7. La standardizzazione del settore finanziario negli accordi bilaterali	79
8. Conclusioni	89

### CAPITOLO III

#### LA REGOLAZIONE DEL RISCHIO NEL DIRITTO EUROPEO DEGLI INVESTIMENTI TRA STANDARDIZZAZIONE E SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

1. Introduzione	91
2. Il rischio nella disciplina degli investimenti: dalla gestione alla standardizzazione “dal basso”	92
3. Il contrasto al rischio nella politica europea degli investimenti: cenni introduttivi	103
3.1 Prevenzione, gestione e correzione del rischio in materia di investimenti negli accordi bilaterali dell'UE: standard di trattamento, clausole ISDS e corti permanenti	108
4. L'emergere del rischio “sistemico” e il contributo dell'UE alla standardizzazione “dall'alto”: svalutazione monetaria, default, fondi sovrani, corruzione	119
5. Conclusioni	132

### CAPITOLO IV

#### LA REGOLAZIONE DEL RISCHIO COME STRUMENTO DI *BETTER REGULATION*

1. Introduzione	135
2. La <i>risk analysis</i> nei modelli regolativi: dallo <i>Scientific Rationality Approach</i> al <i>Social Rationality Approach</i>	136
3. Regolazione europea del rischio e <i>better regulation</i> : il processo di <i>decision making</i> interno	141
3.1 <i>Segue</i> : la cooperazione regolamentare negli accordi bilaterali	145
4. La “Nudge Theory”: un nuovo input per la regolazione del rischio?	151
5. Conclusioni	153
Conclusioni	155
Bibliografia	163

## INTRODUZIONE

L'attuale scenario socioeconomico è caratterizzato da una serie di fattori legati alle modalità e alle caratteristiche della produzione, alle dinamiche finanziarie, all'ammontare degli investimenti, ma anche ad una serie di eventi di carattere non strettamente economico, quali le calamità naturali, le crisi militari improvvise, gli attacchi terroristici, gli incidenti sul lavoro o nel settore dei trasporti. Le variabili in parola, determinando una marcata imprevedibilità degli eventi futuri e incrementando la percezione di incertezza, incidono fortemente sulle scelte degli attori e sulle loro relazioni con gli altri soggetti.

In campo economico si tende a differenziare l' "incertezza", che riguarda le situazioni di assoluta imprevedibilità degli eventi futuri, dal "rischio", che riguarda le situazioni in cui è possibile calcolare la probabilità del verificarsi di scenari dannosi<sup>1</sup>.

La distinzione in parola, utile agli operatori economici per la pianificazione strategica delle operazioni future, è stata a lungo pressoché ignorata dal punto di vista giuridico. Infatti, le situazioni caratterizzate da totale imprevedibilità e le situazioni

---

<sup>1</sup> F.H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, 1921; D. ELLSBERG, *Risk, Ambiguity and the Savage Axioms*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1961, p. 643 ss.; J.E. BANISTER, P. BAWCUTT, *Practical Risk Management (Monument)*, Livingston, 1981; M. POWER, *Organized Uncertainty: Designing a World of Risk Management*, Oxford, 2007. Oltre che in campo economico, il tema del rischio è stato oggetto anche di studi di carattere medico, ingegneristico e tecnologico. Cfr. T. AVEN, *Foundations of Risk Analysis. Acknowledge and Decision – Oriented Perspective*, Chichester, 2003; B. ALE, *Risk: an Introduction. The Concepts of Risks Danger and Changes*, Abingdon, 2010; T. AVEN, O. RENN, *Risk Management and Governance Concepts, Guidelines and Applications*, Berlin, 2010. Il tema è stato oggetto di larga attenzione anche negli studi di carattere sociologico. Cfr. U. BECK, *Risk Society. Towards a New Modernity*, Munich, 1992; M. HUBER, *Fundamental Ignorance in the Regulation of Reactor Safety and Flooding: Risks of Knowledge Management in the Risk Society*, in N. STEHR, B. WEILER (eds.), *Who Owns Knowledge? Knowledge and the Law*, New Brunswick, London, 2008, p. 107 ss. In campo geografico, sono molto noti gli studi del King's Centre of Risk Management fondato presso il King's College di Londra nel 2002. Cfr. in particolare R.E. LÖFSTEDT, *Risk Management in Post Trust Societies*, London, 2005; R. LÖFSTEDT, F. BOUDER, D. SLAVIN, *Tolerability of Risk*, London, 2007. Recentemente il tema del rischio si è affermato anche negli studi relativi agli aspetti organizzativi e alla gestione delle risorse umane nell'UE. Cfr. X. TRACOL, *Legal Risk Management in EU Organization*, in *European Public Law*, 2014, p. 711 ss.

in cui è possibile effettuare un calcolo delle probabilità sono state assorbite in maniera indistinta nel dibattito sul principio di precauzione. Come è noto, in base a tale principio, in situazioni in cui non è possibile escludere inconfutabilmente attraverso dati di natura tecnico-scientifica il verificarsi di un danno, è necessario rinunciare ad un'azione.

L'effetto frenante che l'applicazione di tale principio può sortire sullo sviluppo economico ha suscitato un ampio dibattito sull'opportunità, sulle condizioni e sui limiti della sua applicazione dapprima nell'ambito degli studi di diritto interno - soprattutto relativamente al diritto civile e commerciale<sup>2</sup>, al diritto ambientale<sup>3</sup>, al diritto amministrativo<sup>4</sup> - e in quelli di diritto comparato<sup>5</sup>.

Successivamente il tema ha attratto l'attenzione della dottrina internazionalistica, che se ne è occupata, oltre che in materia di ambiente<sup>6</sup>, anche nell'am-

---

<sup>2</sup> In questo ambito il tema si pone soprattutto, in riferimento ai contratti, in termini di "libertà di assunzione dei rischi". Per una ricostruzione della dottrina sul tema, H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, Aix-en-Provence, 2011; IDEM, *The Freedom of Risk-Taking in European Legal Culture*, in G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (a cura di), *Towards a European Legal Culture*, Baden-Baden, 2014, p. 209 ss. Cfr. anche M.A. FRISON-ROCHE, *L'idée de gouvernance appliquée aux risques*, in *Droit et patrimoine*, 2004, p. 85 ss.

<sup>3</sup> J. MOFFET, *Legislative Options for Implementing the Precautionary Principle*, in *Journal of Environmental Law and Practice*, 1998, p. 157 ss.; P. L. STEIN, *Are Decision-makers too Cautious to the Precautionary Principle?*, in *Environmental and Planning Law Journal*, 2000, p. 3 ss.; C. DE ROANY, *Des principes de precaution. Analyse de critères commun et interpretation différenciée*, in *Revue Juridique de l'environnement*, 2004; M. FIENSTUCK, *Precautionary Maybe, but What's the Principle? The Precautionary Principle, the Regulation of Risk and the Public Domain*, in *Journal of Law and Society*, 2005, p. 371 ss.; G. WOODMAN, D. KLIPPEL (eds.), *Risk and the Law*, London, 2009.

<sup>4</sup> Nel 2003 la *Revue européenne de droit public* ha dedicato al tema del rischio un numero monografico, in cui sono raccolti numerosi contributi che analizzano il tema dal punto di vista del diritto interno, oltre ad alcuni aspetti settoriali. Un'analisi trasversale ai settori di diritto ambientale, diritto amministrativo e diritto dell'Unione europea è identificabile nell'opera collettanea E. FISHER, *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Cheltenham, 2005. Lo studio più noto del tema del rischio dal punto di vista del diritto amministrativo e del diritto amministrativo globale resta, in ogni caso, E. FISHER, *Risk Regulation and administrative constitutionalism*, Oxford, 2007. Si considerino anche E. NAIM-GESBERT, *Droit, expertise et société du risque*, in *Revue de droit public et de la Science Politique*, 2007, p. 33 ss. Il tema del rischio è molto studiato anche nel diritto amministrativo italiano. Cfr., tra gli altri, M.L. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 51 ss.; M. D'ARIENZO, *Previsione e gestione del rischio nelle zone ad alta pericolosità idraulica*, in *Nuove Autonomie*, 2011, p. 345 ss.

<sup>5</sup> C. JOERGES, K.-H. LADEUR, E. VOS (eds.), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision Making, National Tradition and European Innovation*, Baden-Baden, 1997; G. R. WOODMAN, D. KIPPEL, *Risk and the Law*, London, 2009.

<sup>6</sup> La letteratura in materia di principio di precauzione nel diritto internazionale è molto ampia. Senza pretese di esaustività, si citano J. M. VAN DYKE, *The Evolution and International Acceptance of the Precautionary Principle*, in *The International Conference on International Law in the New Millennium: Problems and Challenges*, Ahead, 4 to 7 October 2001; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle*, in *The American Journal of International Law*, 2002, p. 1016 ss.; R. COONEY, *The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Natural Resources*, Cambridge, 2004; A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; J. ELLIS, *Overexploitation of a Valuable Resource? New Literature on the*

bito del diritto del mare<sup>7</sup> nonché del commercio internazionale<sup>8</sup>. Sotto l'influsso di tali studi, la problematica è stata affrontata anche con riferimento al diritto dell'UE, campo nel quale, oltre ai numerosi contributi relativi al principio di precauzione<sup>9</sup>, sono presenti studi che inquadrano il tema del rischio nella prospettiva più ampia del rapporto tra scienza, *expertise* e diritto<sup>10</sup>.

*Precautionary Principle*, in *The European Journal of International Law*, 2006, p. 445 ss.; A. TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, Boston, 2006; N. SCHRIJVEN, *The status of the precautionary principle in international law and its application and interpretation in international litigation*, in AA. VV., *Liber amicorum Jean-Pierre Cot: Le procès international*, Bruxelles: Bruylant, 2009; P. HARREMOËS, D. GEE, *The Precautionary Principle in 20<sup>th</sup> Century. Late Lessons from Early Warnings*, 2009; C.E. FOSTER, *Science and Precautionary Principle in International Law*, Cambridge, 2011.

<sup>7</sup> G. ANDREONE, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale del mare*, in A. BIANCHI, M. GESTRI, (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit., p. 289 ss.; R. J. WILDER, *Law of the Sea Convention as Stimulus of Robust Environmental Policy: The Case of Precautionary Action*, in *Ocean Yearbook*, 1996, p. 206 ss.; A. FABRA, *The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1999, p. 15 ss.; S. MAAR, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea. Modern Decision Making in International Law*, The Hague, London, NY, 2003; R. G. HILDRETH, M. CASEY JARMAN, *Roles for a Precautionary Approach in Marine Resources Management*, in *Ocean Yearbook*, 2005, p. 33 ss.; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Precaution in International Law: Reflection on Its Composite Nature*, in T.M. NDIAYE, R. WOLFRUM, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, 2007, p. 21 ss.

<sup>8</sup> 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 *Diritto del commercio internazionale*, 2002, p. 15 ss.; S. SHAW, R. SCHWARTZ, *Trade and Environment in the WTO*, in *JWT*, 2002, p. 129 ss.; E. N. CHAOIMH, *Trading in Precaution. A Comparative Study of the Precautionary Jurisprudence of the European Court and the WTO's Adjudicating Body*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, p. 139 ss.; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, p. 321 ss.; M. WAGNER, *Taking Interdependence Seriously: The Need For A Reassessment of the Precautionary Principle In International Trade Law*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 713 ss.; E. VECCHIONE, *Is It Possible to Provide Evidence of Insufficient Evidence? The Precautionary Principle at the WTO*, in *Chicago Journal of International Law*, 2012, p. 153 ss.

<sup>9</sup> Senza pretesa di esaustività, si citano A. ALEMANNO, *Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 917 ss.; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2004, p. 7 ss., e 2/2004, p. 281 ss. P. ICARD, *Le principe de précaution façonné par le juge communautaire*, in *Revue de Droit de l'Unione Européenne*, 2005, p. 90 ss.; D. CASALINI, *Il sindacato di proporzionalità sulle deroghe nazionali alla libera circolazione delle merci disposte per ragioni di tutela ambientale*, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 25 ss.; E.D. COSIMO, *Il principio di precauzione fra Stati membri e Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1121 ss.; M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in A. BIANCHI, M. GESTRI, (a cura di), *Il principio precauzionale*, cit., p. 459 ss.; V. HEYVAERT, *Facing the consequences of the precautionary principle in European Community Law*, in *EL Rev.*, 2006, p. 185 ss.; I. CHEYNE, *Taming the Precautionary Principle in EC Law: Lessons from Waste and GMO Regulation*, in *JEEPL*, 2007, p. 468 ss.; A. ALEMANNO, *Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires*, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1527 ss.

<sup>10</sup> C. JOERGES, K.-H. LADEUR, E. VOS (eds.), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision Making, National Tradition and European Innovation*, Baden-Baden, 1997;

Le ricerche in parola, partendo da una ben precisa ed esclusiva accezione di rischio, inteso come probabilità del verificarsi di un evento dannoso in assenza di prove scientifiche che lo escludano, tendono ad assumere come casi studio esclusivamente i settori in cui il rischio si presenta sotto questa forma (OGM, cibo, clima, conservazione delle risorse esauribili, trasporti, condizioni di lavoro) e si limitano per lo più all'analisi delle norme a tutela della salute e dell'ambiente.

La crisi finanziaria del 2008 ha imposto la necessità di modificare l'approccio relativo alla regolazione in situazioni di incertezza e di rischio. A differenza delle crisi precedenti, infatti, la crisi del 2008 ha avuto origine non da una serie di eventi inattesi e imprevisi (calamità naturali, guerre, attacchi terroristici), ma da una serie di fattori (speculazione immobiliare, eccessiva esposizione degli istituti finanziari, eccessiva dipendenza delle imprese di produzione e di servizi dall'indebitamento nei confronti degli istituti di credito, atteggiamento aggressivo degli investitori nell'accesso a nuovi mercati e conseguente reazione di chiusura nei loro confronti da parte degli Stati, *surplus* di merci) generati da specifiche scelte effettuate nel tempo dagli operatori economici, il cui concatenarsi ha determinato un imprevisto *shock*. Ciò, se, da un lato, ha fatto venire in rilievo che l'incertezza costituisce un elemento strutturale dell'attuale contesto economico, dall'altro lato, ha reso ineludibile la necessità di tener conto anche sul piano giuridico della distinzione tra incertezza e rischio.

Tuttavia, a differenza che in campo economico, in cui tale distinzione è fondata sul calcolo delle probabilità, da un punto di vista regolativo la distinzione è basata sull'origine dell'incertezza, cioè la sua natura "esogena", derivante da eventi incontrollati e incontrollabili, o "endogena", determinata dalle scelte degli operatori.

Ciò è evidente nella demarcazione che si è andata profilando sia nella prassi sia in dottrina tra la c.d. "disaster law"<sup>11</sup> e la c.d. "risk regulation", categorie che, pur conservando alcuni tratti metodologici comuni, come, ad esempio, il ricorso all'elaborazione di scenari e la ponderazione in funzione del loro grado di probabilità nonché lo stretto legame tra regolazione ed *expertise*, si sono progressivamente differenziate nell'oggetto e nei fini.

Sotto il profilo dell'oggetto, la c.d. "disaster law" si focalizza su eventi improvvisi di natura esogena rispetto sia ai decisori sia ai destinatari delle norme, per cui

---

E. VOS (ed.), *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*, Mannheim, 2008; J. CORKIN, *Science, Legitimacy and the Law: Regulating Risk Regulation Judiciously in the European Community*, in *EL Rev.*, 2008, p. 359 ss.; A. ALEMANNI, *The Shaping of European Risk Regulation by Community Courts*, *Jean Monnet Working Paper* 18/08; E. VOS, M. EVERSON, *Uncertain Risks Regulated*, London, 2009; J. PEEL, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge, 2013; H.-W. MICKLITZ, T. TRIDIMAS (edit.), *Risk and EU Law*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA, 2015. L'approccio in parola orienta prevalentemente anche gli studi pubblicati nella rivista *European Journal of Risk Regulation*, fondata nel 2010 da Alberto Alemanno.

<sup>11</sup> Cfr. UN International Law Commission, *Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters*, A/CN.4/L.831, 15 May 2014 (first reading). In dottrina, INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES, *Law and legal issues in international disaster response: a desk study*, Geneva, 2007; A. GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI, *International Disaster Response Law*, The Hague, 2012; D. D. CARON, *The international law of disaster relief*, New York, 2014; R. LISTER, *Climate Justice and Disaster Law*, Cambridge, 2015; K. C. LAUTA, *Disaster Law*, New York, 2015; J. PEEL, D. FISHER, *The role of international environmental law in disaster risk reduction*, Leiden, Boston, 2016.

il regolatore non può disciplinare il verificarsi dell'evento ma solo la reazione ad esso. Sotto il profilo della finalità, la c.d. "disaster law" delinea scenari non con lo scopo di prevedere e prevenire l'ipotesi del verificarsi di eventi dannosi, quanto per effettuare simulazioni che consentano di predisporre strumenti operativi di reazione immediata. Sotto questi profili, la regolazione in parola ha molto in comune con il diritto umanitario, con cui condivide non solo il carattere marcatamente "operativo", ma anche la finalità "protettiva" più che "preventiva". Assimilabile alla *disaster law* è anche la regolazione dei settori in cui il "se" e il "quando" del verificarsi di un evento, di natura esogena, sono incerti, ma non gli effetti negativi che l'evento produrrà. Ci si riferisce alla disciplina di prevenzione degli infortuni sul lavoro, degli incidenti industriali, degli incidenti nel settore dei trasporti, del rischio idrogeologico o sismico, in cui il regolatore non può che limitarsi a prescrivere, a monte, misure di sicurezza e procedure di controllo per evitare che si generino danni e, a valle, misure per ridurre e correggere i danni verificatisi, nonché per sanzionare i responsabili.

La *risk regulation*, invece, riguarda problematiche in cui il rischio non è determinato da variabili esogene ma sorge ed è alimentato dalle decisioni assunte dagli operatori, che effettuano scelte condizionate, da un lato, dalla loro maggiore o minore propensione a porre in essere azioni dagli esiti incerti, dall'altro, dalla maggiore o minore "accettabilità" sociale o politica del rischio, cioè dal fatto che i loro interlocutori (consumatori, Governi, amministrazioni nazionali, istituzioni europee) siano disposti ad accollarsi gli effetti incerti che una determinata operazione può generare. In questa prospettiva, focalizzandosi sulle "scelte razionali" degli attori, la *risk regulation* affonda le proprie radici metodologiche nel diritto dell'economia e soprattutto nella c.d. *law&economics* (o analisi economica del diritto)<sup>12</sup>, con cui condivide l'approccio "strumentale" al diritto, considerato un mezzo per il raggiungimento di determinati obiettivi e pertanto sottoposto ad una valutazione di efficacia e ad un costante adattamento in vista del miglior perseguimento degli stessi<sup>13</sup>. In questa prospettiva, come la *law&economics*, la *risk regulation* si focalizza in particolare sul *decision making*, cioè sul processo attraverso il quale sono elaborate le misure regolative.

L'altra importante distinzione tra *disaster law* e *risk regulation* consiste nel fatto che, mentre nel caso degli eventi inattesi gli effetti del loro verificarsi non possono essere che negativi, nelle situazioni in cui gli attori possono incidere sul rischio essi possono anche cercare di indirizzarle verso esiti positivi<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> J. COLEMAN, O. LANGE (eds.), *Law and Economics*, New York, 2 Volumes, 1992; A. OGUS, *What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics*, in *Chicago Kent Law Journal*, 2004, p. 383 ss.; J. BACKHAUS, *The Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham, 2005; L. KORNAHAUSER, *Analyse Economique du Droit, Le Fondements juridique de l'Analyse Economique du Droit*, Paris, 2010; R. LANNEAU, *Analyse juridique et analyse économique du droit: queleques clarifications*, in *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2009, p. 557 ss.; IDEM, *Les Fondements Epistémologiques du Mouvement Law & Economics*, Paris, 2010.

<sup>13</sup> Sull'approccio strumentale al diritto, R. LANNEAU, *Dogmatics in Comparison to US-American Law and Economics – Dogmatism as a Cultural Element of Law in Europe?*, in G. HELLERINGER, K. PURNHAGEN (a cura di), *Towards a European Legal Culture*, Baden-Baden, 2014, p. 25 ss., 29 s.

<sup>14</sup> La differenza tra le due situazioni si riscontra anche nella distinzione linguistica tra il termine "rischio" e il termine "pericolo", che in francese corrispondono a "risque" e "péril" e in inglese a "risk" e "hazard". Mentre le parole "pericolo", "péril" e "hazard" sono marcatamente

Di conseguenza, nelle situazioni di rischio il regolatore non può limitarsi a rilevare la possibilità del verificarsi di eventi dannosi e ad imporre divieti relativi a determinate operazioni, secondo il principio di precauzione. Il regolatore è chiamato, infatti, ad elaborare regole in grado di stimolare negli operatori una “cultura” di *decision making* fondato sulla valutazione *ex ante* del rischio, in base alla quale, prevedendo i possibili scenari, essi possano prestabilire misure di prevenzione, gestione e mitigazione, ponendosi in un’ottica non meramente reattiva, bensì in un’ottica proattiva, che favorisca esiti positivi.

Nel diritto dell’UE, regole intese a creare una cultura di *risk assessment & management* sono essenzialmente riscontrabili in tre ambiti:

- produzione e commercializzazione di prodotti rischiosi per la salute dei consumatori e per l’ambiente;
- mercato finanziario, reso particolarmente rischioso sia per i risparmiatori sia per gli istituti finanziari dalla volatilità generata dai processi di internazionalizzazione e diversificazione;
- operazioni di investimento, esposte alle condizioni politico-socioeconomiche specifiche del contesto di destinazione e, pertanto, particolarmente rischiose sia per gli investitori sia per gli Stati di destinazione.

Nel contempo, il tema della valutazione e gestione del rischio ha acquisito un peso sempre più significativo nel metodo regolativo che la Commissione sta applicando nell’elaborazione delle proposte per assicurare che esse siano strettamente funzionali al raggiungimento degli obiettivi delle *policies*, tenendo nel contempo conto delle esigenze e degli interessi di coloro che ne subiranno le conseguenze. La metodologia in parola, c.d. “better regulation”, ha, come la *risk regulation*, la propria matrice nell’analisi economica del diritto. Anzi, può dirsi che la *risk regulation* è stata progressivamente assorbita dalla *better regulation*, divenendone un aspetto<sup>15</sup>.

Ponendosi in questa prospettiva, il presente lavoro intende verificare se, attraverso la rilevazione dei tratti comuni dei metodi applicati in ambiti settoriali e specifici, possa delinearsi un modello europeo di regolazione del rischio e quanto esso sia efficace nel contribuire al raggiungimento degli obiettivi che le istituzioni perseguono.

A tal scopo, in primo luogo, il lavoro analizza la disciplina settoriale dei tre ambiti suindicati per verificare la sua efficacia nell’elaborazione di metodi di valutazione e gestione del rischio.

In secondo luogo, il lavoro analizza il peso che la valutazione e gestione del rischio acquisisce nell’ambito delle tecniche (come l’AIR – analisi di impatto della regolazione) cui la Commissione ricorre per assicurare la rispondenza delle norme agli obiettivi dell’UE.

---

negative, riferendosi ad un danno quasi certo, la parola “rischio” (“risque” o “risk”) allude all’incertezza circa la possibilità del verificarsi di un danno e non esclude la possibilità che lo scenario che si profilerà nel concreto possa comportare risvolti positivi (tra le definizioni che più marcatamente evidenziano, in ciascuna lingua, la differenza di significato tra i due termini, cfr. *Dizionario della Lingua Italiana Gabrielli, Dictionnaire de la langue française Larousse, Cambridge English Dictionaries Online*).

<sup>15</sup> Cfr. S. WETHERILL, *Better Regulation*, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

Per ogni ambito, al fine di effettuare un'analisi del sistema regolativo nella sua interezza, accanto agli atti di natura vincolante, il lavoro tiene in considerazione anche gli atti di *soft law* e le forme di auto-regolazione, che, pur non avendo carattere vincolante, contribuiscono a generare la cultura di valutazione e gestione del rischio<sup>16</sup>. Allo stesso scopo, oltre ai modelli di *risk regulation* applicati all'interno dell'UE, il lavoro analizza anche i modelli di *risk regulation* che l'UE propone ai propri partner nell'ambito delle organizzazioni e degli organismi internazionali nonché attraverso gli accordi bilaterali.

Il presente lavoro non sarebbe stato realizzato senza il sostegno e i consigli di molti, in particolare della Prof. Maria Luisa Tufano, che mi ha supportato e incoraggiato durante tutto il percorso, di mio marito Stefano e della mia famiglia. A loro il volume è dedicato.

---

<sup>16</sup> Sul peso della *soft law* nella regolazione dell'incertezza, cfr. K. W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, p. 421 ss., 441 ss.

## COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

---

diretta da  
Ennio Triggiani Ugo Villani  
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*<sup>A</sup>, 2016.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.

