

LAURA TAFARO

## DIRITTO E CULTURA: ALLA RICERCA DI UN LEGAME PERDUTO. IL RUOLO DEL GIURISTA

*1. Diritto e Cultura.* Vorrei proporre qualche riflessione o, forse, suscitare qualche interrogativo sui rapporti – nell’epoca della *glocalizzazione*<sup>1</sup> anche giuridica – tra *Diritto e Cultura*<sup>2</sup> e tra *Esperienza giuridica e Territorio* nel quale essa nasce e si radica.

A conferma delle considerazioni che andrò sviluppando, nella seconda parte di questa relazione prenderò in esame un caso paradigmatico ed emblematico di cosa accade quando il *Diritto* rompe il suo legame con la *Cultura* e, in tal modo, cessa di essere espressione della civiltà di un popolo e del suo territorio: la disciplina del c.d. *cibo di Frankenstein*<sup>3</sup>.

Occorre anzitutto una (scontata ma) doverosa premessa: il *Diritto* non si identifica con la *Legge*. Troppo spesso si è equiparato e si continua a

<sup>1</sup> Il neologismo *Glocalisation*, com’è noto, coniato negli anni Ottanta in Giappone è stato, per così dire, importato negli anni Novanta in Europa dal sociologo inglese Roland Robertson e successivamente utilizzato dal sociologo polacco Zygmunt Bauman per esprimere in maniera efficace ed immediata la necessità di adeguare la globalizzazione alle realtà locali e considerare il *globale* ed il *locale* quali due lati della stessa medaglia: S. Bauman, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Armando Editore, Roma 2005. L’idea a base della filosofia della *glocalizzazione* (o *glocalismo*) è che il fondamento della società sia sempre stato e continui ad essere la comunità locale stanziata su un territorio. Difatti, a differenza della globalizzazione, la glocalizzazione inizia la propria analisi dai sistemi semplici per arrivare sino ai più complessi, senza mai perdere di vista il micro nella sua relazione con il macro. Al centro della glocalizzazione, dunque, vi è la persona umana, il patrimonio locale del singolo e del gruppo di appartenenza.

<sup>2</sup> Mi piace e trovo significativo che Bauman nel suo ultimo lavoro (S. Bauman, *L’Etica in un mondo di consumatori*, Laterza, Roma-Bari 2010) ricordi l’origine etimologica del termine *Cultura* e richiami l’appartenenza alla medesima famiglia semantica dei concetti di *coltivazione*, *agricoltura*, *allevamento*: «tutti collegati all’idea di migliorare, prevenire difetti, arrestare il deterioramento»; insomma, riflette Bauman, essere umani « non è un dato di fatto, un dono di Dio o della natura, ma [...] compito esplicitamente umano» (S. Bauman, *L’Etica in un mondo di consumatori*, cit., pp. 162 e sgg.).

<sup>3</sup> Lo slogan *Frankenfood*, adoperato per indicare il cibo transgenico, è indubbiamente efficace, ma filologicamente scorretto: Frankenstein era il medico, non il mostro del celeberrimo romanzo *Frankenstein* di Mary Shelley.

considerare coincidenti il *Diritto* non con l'intero *Jus*, comprensivo di ogni singola manifestazione della giuridicità<sup>4</sup>, bensì solamente con una di esse: la *Legge* dello Stato. Il che oscura la consapevolezza che il *Diritto* è più antico e più vasto della sua peculiare espressione storica rappresentata dalle leggi dello Stato, dal diritto prodotto dagli Stati-Nazione. In questi ultimi – con una inversione di rotta rispetto al passato, nel quale i rapporti erano retti da un diritto universale – la potestà legislativa rappresenta una delle più importanti manifestazioni della sovranità statale e, pertanto, il diritto statale assume una posizione di monopolio: per tale via si sancisce il passaggio dal particolarismo giuridico al monismo della legge e il diritto finisce con l'avere innaturali *confini*<sup>5</sup>: quelli geografici dei territori degli Stati<sup>6</sup>.

Ne consegue, da un lato, il peculiare assetto gerarchico delle fonti del diritto, giunto pressoché inalterato sino ai nostri giorni, ma ora in profonda e radicale crisi<sup>7</sup>, nel quale la consuetudine<sup>8</sup> è relegata all'ultimo po-

<sup>4</sup> Il punto era chiaro nel diritto romano nel quale vi era la distinzione tra il diritto proclamato dal popolo in assemblea, *lex*, e quello prodotto dal comportamento dei *patres familias*, lo *ius* costituito dai *mores maiorum*, ossia fra il diritto legislativo e il diritto consuetudinario. A partire dal IV-V secolo comparve la bipartizione *leges-iura*, attraverso la quale si distinse il diritto di produzione politica da quello elaborato attraverso l'*interpretatio* espressa dai *responsa prudentium* e dallo *ius honorarium*. Sul punto cfr., da ultimo, A. Schiavone, "Ius". *L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino 2005.

<sup>5</sup> Sui rapporti tra la legge dello Stato e il territorio di quest'ultimo e sulla necessità, imposta dall'economia planetaria, di oltrepassare i confini del diritto statale cfr., in particolare, i saggi di Natalino Irti, ora raccolti in N. Irti, *Norma e luogo. Problemi di geodiritto*, Laterza, Roma-Bari 2002.

<sup>6</sup> Sul diritto attuale *s-confinato*, si veda: M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 24 e sgg.; Ead., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000; Ead., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna 2002. Esso è *s-confinato* sia perché insegue gli scambi, ossia è delocalizzato, *sconfina*, «va oltre i limiti fissati [...] travalica i tradizionali confini statali», sia perché è *senza confini*, in quanto «non riducibile alla territorialità e ai confini [...] esorbitante, enorme, senza limiti o misure».

<sup>7</sup> Sul punto cfr., in particolare, le riflessioni di F. Modugno e A. Ruggeri, tenute al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre, il 27 e 28 novembre 2008: *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, entrambe in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) e in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it). Vedi altresì, *ex multis*, F. Modugno e D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in «Diritto e società», 1989, pp. 411 e sgg.; A. Ruggeri, *L'antica (ma tuttora consolidata e diffusa) idea di "sistema" delle fonti e le prospettive di una sua ridefinizione*, in «Diritto e società», 2003, pp. 317 e sgg.; Id., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali* e Id., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto comunitario* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in «Foro Italiano», 2007, V, c. 33 e sgg.; Id., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); Id., «Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto» in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, pp.1687 e sgg.; Id., «Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto» in *Valori e principi del regime repubblicano. Legalità e garanzie*, Laterza Roma-Bari, 2006, III, pp. 91 e sgg.; G. Silvestri, «La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche» in «Politica del diritto», 1987, pp. 149 e sgg.

<sup>8</sup> Per una prima impostazione del problema in questi termini vedi N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova 1942, pp. 6 e sgg.; Id., *Teoria dell'ordinamento giuridico*,

sto, mentre nessun rilievo è attribuito alla dottrina ed alla giurisprudenza e, dall'altro, l'instaurarsi di un legame inscindibile tra il diritto ed il potere politico.

Questa *legolatria* impedisce una visione dell'esperienza giuridica in grado di coglierne la molteplicità e la complessità; in tal modo il diritto è, per così dire, sradicato dalla ricchezza del sociale e diviene espressione di una sola cultura<sup>9</sup>, con il rischio – denunciato – della separazione fra «dimensione giuridica e civiltà retrostante [...] e cultura circolante»<sup>10</sup>.

Viene così a determinarsi uno scollamento, una tensione dicotomica tra il diritto ufficiale e le esigenze, gli interessi, i bisogni, i valori presenti ed espressi dalla società.

Per recuperare l'originaria ricchezza e la complessità della dimensione giuridica occorre anzitutto abbandonare questa riduttiva visione, per così dire, monista e considerare la pluralità dei fatti normativi; esclusivamente in tal modo il Diritto può aspirare a divenire realmente *esperienza*<sup>11</sup>, *storia vivente*<sup>12</sup>, dimensione della vita, specchio ed espressione della società, del coacervo complesso dei valori e degli interessi in essa presenti, della sua cultura. Esso, lungi dall'essere *sulle nuvole*, è scritto «sulla pelle degli uomini»<sup>13</sup>, in quanto è «radicatissimo nella società, [...] specifica la globalità del sociale, l'incandescenza del fatto sociale»<sup>14</sup>.

Occorre pertanto raccogliere l'autorevole monito a recuperare la dimensione storica del diritto, la sua *carzialità*<sup>15</sup>: «valori, fatti, interessi devono emergere alla dimensione giuridica e segnalarla nei loro aspetti positivi e negativi»<sup>16</sup>.

G. Giappichelli Editore, Torino 1960, pp. 14 e sgg. Nel senso che l'idoneità di un fatto o di un atto a produrre norme sia immanente all'atto normogeno, «unica ed identica essendo la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa» (C. Esposito, «La consuetudine costituzionale», in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1961, con integrazioni, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Giuffrè, Milano 1962, ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Giuffrè, Milano 1992, p. 318). Sul punto, cfr. R. Sacco, *Fonti non scritte del diritto italiano*, in «Digesto discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento», Torino, 2000, pp. 402 e sgg. Avverte che il principio di effettività «non comporta la necessaria legittimazione di ogni accadimento» che esso deve essere inteso quale «punto d'arrivo di una evoluzione condivisa» (N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, p. 13).

<sup>9</sup> Così P. Grossi, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 46.

<sup>10</sup> P. Grossi, *op. cit.*, p. 15.

<sup>11</sup> Indimenticabile l'insegnamento della dottrina capograssiana dell'esperienza giuridica per la quale vedi, in particolare, G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma 1937 e Id., *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma 1932, ora, rispettivamente, in Id., *Opere*, Milano 1959, vol. II, pp. 418 e sgg.; pp. 214 e sgg.

<sup>12</sup> Così P. Grossi, *op. cit.*, p. 17. L'autore evidenzia che civiltà significa *storia*, «contesto storico in tutta la ricchezza delle sue espressioni»; per l'autore è il proprio legame con la civiltà a consentire al diritto il recupero di tutta la sua complessità» (P. Grossi *op. cit.*, p. 16).

<sup>13</sup> P. Grossi, *op. cit.*, p. 7.

<sup>14</sup> P. Grossi, *op. cit.*, p. 36.

<sup>15</sup> In tal senso: P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, il Mulino, Bologna 2008, p. 24.

<sup>16</sup> P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 118. L'autore sostiene che, per il diritto, si tratta di un recupero essenziale: il recupero di umanità. Insomma, nessuna *purezza*

L'indifferibile recupero della dimensione storica del diritto conduce ad un necessario mutamento di metodo negli studi giuridici<sup>17</sup> e all'adozione di una metodologia storica e relativa<sup>18</sup>, in antitesi al metodo concettuale e dogmatico<sup>19</sup> della precedente epoca della storia giuridica, caratterizzata dall'elaborazione di grandi categorie giuridiche dogmatiche ed astratte<sup>20</sup>; ciò al fine di partire «dalle esigenze pratiche e reali di vita [...], dal tipo e stile di vita dei consociati, e definitivamente liberarsi dall'idea di poter adattare, o ancora peggio asservire, i problemi ai metodi, la pratica alla teoria, la vita ai concetti»<sup>21</sup>.

## 2. Pluralismo normativo e ruolo del giurista.

Il mutamento di metodo prospettato porta ad un cambiamento epocale e consente, per così dire, di sciogliere «i fiori di ghiaccio che nascono così rigogliosi nelle teste dei sapienti del diritto»<sup>22</sup>.

Esso ha già indotto una parte avvertita della dottrina a prendere definitivamente le distanze dalle grandi costruzioni dogmatiche ritenute eterne,

del diritto: il diritto è per definizione una realtà *impura*, in quanto «carnale, [...] dimensione della storia umana [...] complessa perché complesso è il corpo vivente della società alla quale il diritto incessantemente si riferisce [...] si intride di valori e anche di passioni e di interessi [...] attinge nel profondo, in una realtà sottostante [...] da cui trae vitalità e legittimazione» (P. Grossi., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 115-16).

<sup>17</sup> Da ultimo, rileva che il senso stesso della parola *metodo* sia divenuto «sempre più problematico, in quanto sembra ricondurre alla incauta pretesa che il *metodo* renda corretto e scientifico, razionale e logico l'oggetto della nostra indagine», mentre «nella crisi profonda che ha coinvolto la pretesa di purezza della scienza non è pensabile che esista una modalità neutrale, per sempre valida, di studiare un oggetto, insensibile ai suoi mutamenti e magari immodificabile, qualunque sia il soggetto che la adopera» (A. Catania, *Metamorfosi del diritto, Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 24).

<sup>18</sup> Tra gli autori, i quali, seppure con sfumature diverse, hanno affermato da tempo la relatività storica del diritto, vanno citati S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in «Rivista italiana scienze giuridiche», 1950, pp. 77 e sgg.; A. Calasso, *Storicità del diritto*, Giuffrè, Milano 1966; P. Grossi, «Pagina introduttiva» ai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano 1972, I, p. 3; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna 1987, pp. 297 e sgg.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, specialmente p. 77, pp. 119 e sgg., pp. 129 e sgg.; Id., «Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia», in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1989, pp. 75 e sgg.

<sup>19</sup> Sul punto vedi in particolare gli autori citati alla nota precedente, in particolare, L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1984, pp. 321 e sgg.; Id., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in «Jus», 1976, pp. 3 e sgg., e specialmente p. 40; Id., «Dogmatica giuridica», in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, vol. XII, Roma 1989, pp. 1 e sgg.

<sup>20</sup> Qui rinvio alla polemica nei confronti dei concetti giuridici, risalente agli anni Trenta e Quaranta, per la quale v. i contributi di G. Calogero, W. Cesarini Sforza, A. C. Jemolo, S. Pugliatti, ora raccolti in AA.VV., *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Giuffrè, Milano 2004.

<sup>21</sup> V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 19 e sgg. Sul punto cfr. P. Perlingieri, «Autonomia privata e diritti di credito», in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003, p. 15.

<sup>22</sup> L'espressione – di Musil – è citata, nella prefazione, da S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna 1971, p. 5.

immutabili, universali ed astoriche<sup>23</sup> ed a evitare il concettualismo quale *abito mentale*<sup>24</sup>.

La tendenza a cogliere «gli aspetti comuni degli istituti e ad elaborare ogni affinità o analogia, che possa giustificare la fondazione di una categoria»<sup>25</sup> è frutto di una troppo forte influenza della dottrina tedesca la quale, peraltro, si è spesso tradotta in dogmatismo, ossia nella costruzione di concetti astratti e generali quali il soggetto giuridico, il negozio giuridico; nella realtà, invero, «non conosciamo il soggetto giuridico, conosciamo la persona fisica, [...] la società per azioni»<sup>26</sup>.

Il ruolo del giurista è ben altro<sup>27</sup>; egli non può limitarsi all'individuazione di categorie giuridiche (ordinanti la realtà) generali e astratte e di concetti<sup>28</sup>, come tuttavia è apparso ogniqualevolta sono state elaborate teorie cc.dd. pure<sup>29</sup>. Nell'attuale momento storico, segnato dalla crisi dello statual-legalismo (del c.d. assolutismo giuridico<sup>30</sup>) e del conseguente modello di diritto, ossia di un certo modo di concepire il diritto e la scienza giuri-

<sup>23</sup> In questo senso vedi, autorevolmente, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., in particolare, p. 77, pp. 119 e sgg., pp. 129 e sgg.; Id., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, cit., pp. 75 e sgg. L'autore, opportunamente, avverte che occorre evitare «l'eccesso delle astrazioni e delle generalizzazioni [...] diffidare della categoria e verificare il processo di generalizzazione dal quale trae origine, con un esame [...] di tutte le possibili ipotesi giuridicamente rilevanti nel rispetto della loro pur minima peculiarità [...] In tal modo la categoria giuridica, lungi dal considerarsi una realtà immobile e rigida, valida *sub specie aeternitatis*, assume valore storico-relativo come strumento di conoscenza e, al contempo, risultato del precedente conoscere».

<sup>24</sup> P. Perlingieri, *op. cit.* Ciò con un processo di razionalizzazione «decontestualizzato e prescindente, atemporale ed astorico, astratto e universale» (V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile*, cit., p. 19).

<sup>25</sup> P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 91. L'autore segnala, di conseguenza, l'esigenza di allontanarsi esclusivamente da una vecchia dogmatica, ma non dai concetti, i quali vanno rielaborati «alla luce di una realtà che è cambiata, e con la massima attenzione verso una concezione del caso concreto, della casistica, della giurisprudenza della prassi» (P. Perlingieri, «Metodo giuridico e scuole forensi», in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 510).

<sup>26</sup> P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 91.

<sup>27</sup> Tale ruolo non può esaurirsi «nella ricerca del concetto unitario, nell'esaltazione della regola e nel correlativo disprezzo per le eccezioni» (P. Perlingieri, *op. cit.*, pp. 118 e sgg.)

<sup>28</sup> In questo senso si veda P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica*, in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 22; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 118 e sgg., secondo il quale la funzione del giurista è molto più complessa e la sua valutazione «coinvolge un insieme di aspetti, da quello ideologico, politico, a quello sociale, etico, religioso» (P. Perlingieri, *op. cit.*, p. 163).

<sup>29</sup> Non è chi non veda che ogni teoria pura è *scarnificata*, in quanto «affondante nella astrattezza delle norme e non già sulla carnalità dei fatti economici sociali culturali» (P. Grossi, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 114).

<sup>30</sup> Così P. Grossi, *op. cit.*, pp. 43 e sgg.

dica<sup>31</sup>, il giurista è chiamato a rivestire un ruolo diverso, entusiasmante, fertile anche se difficile<sup>32</sup>.

Solamente la sapiente opera del giurista potrà consentire al Diritto, per lungo tempo «sacrificato all'ombra pesante del potere politico»<sup>33</sup>, di riappropriarsi della propria inabdicabile socialità, in un complesso e delicato momento storico nel quale, da un lato, lo Stato si rivela incapace di ordinare la realtà con i propri strumenti legislativi – le sue leggi, come qualcuno provocatoriamente ha affermato, sono simili al *ruggito del topo*<sup>34</sup> – dall'altro si moltiplicano i centri di produzione del diritto e delle norme<sup>35</sup>.

Davanti all'erosione del sistema tradizionale delle fonti – secondo alcuni simile ormai a un *castello di sabbia*<sup>36</sup> – per effetto dello spostamento della produzione normativa in atto «dagli antichi centri di una legislazione unificata [...] verso nuove periferie»<sup>37</sup>, costituisce un imperativo non eludibile per il giurista assolvere il proprio compito rimboccandosi le maniche «con coraggio e vigilanza»<sup>38</sup>.

Egli è chiamato ad essere non un esegeta che si limita ad una mera attività logico-ermeneutica, bensì colui che sa, capisce, conosce il diritto; possiede un sapere tecnico – quello giuridico – che gli consente «la messa a fuoco della dimensione giuridica entro la grande realtà socio-economica»<sup>39</sup> e, di conseguenza, gli impone una presenza attiva ed incisiva nella società<sup>40</sup>. Il suo mestiere non consiste, invero, nel risolvere *puzzle* mettendo in-

<sup>31</sup> Sul punto cfr., in particolare, la premessa di P. Rossi ai saggi raccolti in AA.VV., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, il Mulino, Bologna 2009.

<sup>32</sup> P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in «Foro italiano», 2002, V, pp. 161 e 164. L'autore considera tale momento storico fertile e difficile per il giurista, fertile «perché il suo ormai è un ruolo attivo e propulsivo», difficile «per le gravi responsabilità che gravano sulle sue spalle, ma anche per quell'esteso quoziente di incertezza che involve la sua azione conoscitiva-applicativa».

<sup>33</sup> P. Grossi, *Società diritto Stato, Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. X.

<sup>34</sup> F. Galgano, «La globalizzazione delle fonti del diritto: le leggi nazionali; il contratto; il ruolo delle Corti», in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12720.pdf>; Id., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in «Contratto e impresa», 2000, p. 198; Id., «Lex mercatoria», in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento V*, Milano, 2001, p. 725; Id., «Lex mercatoria». *Storia del diritto commerciale*, il Mulino, Bologna 2006, p. 200.

<sup>35</sup> Si veda in particolare, S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. un giurista e il suo tempo*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 18.; P. Grossi, «Pagina introduttiva» a *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 1 e sgg.; Id., «Modernità e ordine giuridico», in *Quaderni fiorentini*, cit., pp. 13 e sgg.

<sup>36</sup> Così P. Grossi, *Società diritto Stato, Un recupero per il diritto*, cit., pp. X e s. Sul punto cfr. il manifesto *Ritorno al diritto* e, in particolare, U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in «Politica del diritto», 2006, pp. 361 e sgg.; G. Berti, «Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto», in G. Gitti (a cura di) *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna 2006, pp. 32 e sgg.

<sup>37</sup> N. Lipari, *La formazione negoziale del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1987, I, p. 307.

<sup>38</sup> P. Grossi, *op. cit.*

<sup>39</sup> P. Grossi, *Società diritto Stato, Un recupero per il diritto*, cit., p. 6.

<sup>40</sup> Così S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., p. 96. Sul punto, cfr. N. Lipari, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, II, pp. 479 e sgg.

sieme frammenti sparsi di materiale normativo fino a creare un sistema compiuto ed organico<sup>41</sup>: la crisi delle fonti «disseppellisce dai sepolcri [...] proprio i giuristi [...] come personaggi – non importa se teorici o pratici – chiamati a ordinare con le loro categorie e con le loro invenzioni tecniche le richieste di un mondo economico ormai avvezzo a spazi virtuali, che si infischia degli Stati, delle loro sovranità, delle loro frontiere limitate, delle loro leggi viziate da intollerabili particolarismi territoriali e anche dalla sostanziale incapacità a seguire un mutamento vorticoso»<sup>42</sup>.

Al giurista spetta un compito rinnovato, di fronte alle sfide poste dall'attuale crisi del sistema delle fonti del diritto, non più rappresentabile attraverso la metafora della piramide<sup>43</sup>, ma per il quale non si rinvergono altri simboli o immagini idonee a rappresentarlo con altrettanta efficacia; inadeguata si rivela la raffigurazione della rete<sup>44</sup>, da più parti proposta<sup>45</sup>, e quella del diritto-ape, in contrapposizione al diritto ragno<sup>46</sup>: anche se quest'ultima più di tutte rende l'idea dell'attuale formazione del diritto, il quale si nutre di *fiori* diversi in maniera casuale, caotica, disordinata. Nasce da ciò la necessità, in un momento in cui la dimensione economica sta prendendo il sopravvento su quella politica, che sia il diritto a governare l'economia e non il contrario.

<sup>41</sup> Così, autorevolmente: W. Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario*, Cedam, Padova 1989.

<sup>42</sup> P. Grossi, *Società diritto Stato, Un recupero per il diritto*, cit., p. 53. L'autore opportunamente, avverte che la nuova figura dovrà essere: «Non un giurista trasformato (e snaturato) in un politico, bensì un giurista che sfrutta appieno tutte le potenzialità di quell'arma [...] che è l'interpretazione [...] insostituibile mediatore fra la immobilità del testo e la mobilità della società».

<sup>43</sup> La metafora della piramide, assunta a simbolo del diritto da Kelsen e da generazioni di positivisti era adatta a rappresentare la struttura formale e normativistica dell'ordinamento come costruzione, per così dire, a gradini; essa è in crisi nell'era della globalizzazione e della rivoluzione informatica, sul punto si veda *ex multis*, U. Pagallo, "Introduzione" a *Prolegomeni d'informatica giuridica*, Cedam, Padova 2003, p. 25.

<sup>44</sup> Sul profilo *insidioso* della rete, cfr. S. Cassese, "La rete come figura organizzativa della collaborazione", in Id., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 21. Per l'avvicinarsi dell'immagine della rete a quella della piramide v., *ex multis*, M. Losano, "Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali", in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2005, pp. 403 e sgg. Segnala il passaggio dal *diritto della rete alla rete del diritto*: P. Heritier, *La rete del diritto*, Giappichelli Editore, Torino 2001, p. 8 e p.159.

<sup>45</sup> Sul punto cfr. E. Ancona, *Figure dell'ordinamento. Dalla piramide alla rete, e oltre...* in [www.ircocervo.it](http://www.ircocervo.it).

<sup>46</sup> Così M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., pp. 169 e sgg., la quale riprende l'idea di M. Fumaroli, *Le api e i ragni. La disputa degli antichi e dei moderni*, Adelphi, Milano 2005, secondo la quale la cultura è un'ape che si nutre prendendo il polline da fiori diversi e afferma che anche il diritto odierno «smette di essere un ragno che tesse da solo la propria trama [...] assomiglia piuttosto a un'ape instancabile, sempre in movimento, che cerca di nutrirsi proprio di elementi diversi e che vive di contatti numerosi e variabili anche con altri mondi».

La produzione spontanea del diritto, principale riflesso giuridico della globalizzazione dei mercati<sup>47</sup>, esige la mediazione culturale dei giuristi<sup>48</sup>. Essa è imposta dalle caratteristiche del diritto attuale: si pensi al crescente uso delle tecniche del c.d. *shopping del diritto*<sup>49</sup> e del *forum shopping*<sup>50</sup>; alla circolazione planetaria degli *usages commerciales* (*trade usages*); alla giustizia c.d. Alternativa, nella quale le *ratio decidendi* dei lodi arbitrali, progressivamente ma inesorabilmente, acquistano forza giuridica e valore di precedente; ai contratti atipici creati non dai legislatori nazionali, bensì dagli uffici legali delle grandi multinazionali.

Tale mediazione è necessaria in una fase storica in cui il diritto invero «nasce, si sviluppa e consolida dal basso, ossia a contatto con una spontanea composizione degli interessi e dei valori»<sup>51</sup> e le sue fonti, pur non rivestite di validità formale, sono munite di effettività; in un periodo in cui, come si sostiene autorevolmente, la società globale sembra ormai avere un

<sup>47</sup> Sul nodo si veda in particolare, N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in «Rivista di diritto civile», 2002, pp. 625 e sgg.; Id., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., pp. 9 e sgg., pp. 74 e sgg.; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 3 e sgg.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2002, specialmente pp. 20 e sgg. Per la globalizzazione dal punto di vista economico v., da ultimo, le riflessioni del premio Nobel per l'Economia nel 2001, J. E. Stiglitz, *La globalizzazione che funziona*, Einaudi, Torino 2007, specialmente pp. 23 e sgg. Per le considerazioni sociologiche cfr., per tutti, Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 67 e sgg.

<sup>48</sup> Così, in chiusura del lavoro che ha introdotto in Italia il dibattito sulla nuova *lex mercatoria*: F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., p. 242.

<sup>49</sup> Sullo *shopping* del diritto si veda in particolare, F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2006, pp. 313 e sgg., secondo il quale, a tacer del fatto che l'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali consente alle parti contraenti di optare per un diritto terzo rispetto alla loro nazionalità, salva solo l'applicazione delle norme imperative del diritto nazionale applicabile al contratto secondo le norme di conflitto, vi è anche lo *shopping*, per così dire, endoeuropeo del diritto civile: i cittadini europei possono liberamente scegliere il diritto nazionale europeo dal quale far regolamentare i loro rapporti, senza nemmeno il limite delle norme nazionali imperative; la stessa giurisprudenza comunitaria ormai legittima il fenomeno della competizione fra i modelli legislativi. Per la giurisprudenza interna vedi Cassazione, Sezioni Unite, 5 novembre 2009, n. 21191; Tribunale di Catania, 6 febbraio 2009; Tribunale di Rovereto, 15 marzo 2007; Tribunale di Bergamo, 19 aprile 2006; Tribunale di Padova sezione Este, 10 gennaio 2006; Tribunale di Padova sezione Este, 11 gennaio 2005; Tribunale di Roma, 28 aprile 2004, tutte consultabili in [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>50</sup> Sul *forum shopping* quale attività dell'avvocato tendente alla ricerca della giurisdizione più favorevole agli interessi del proprio cliente e sulla sua prevenzione mediante l'unificazione del diritto sostanziale cfr., per la letteratura straniera, G. Brown, *The Ideologies of Forum Shopping – Why Doesn't a Conservative Court Protect Defendants*, in «North Carolina Law Review», 1933, p. 654; F. K. Juenger, *Forum Shopping*, in «Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und internationales privatrecht», 1982, p. 708; M. C. Martinez, *Fundamentos y limites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale» 1998, p. 521; K. J. Norwood, *Shopping for a Venue: The Need for More Limits of Choice*, in «University of Miami Law Review», 1996, p. 268. Nel senso che le convenzioni internazionali di diritto contrattuale uniforme non riescano a prevenire il *forum shopping*, ma possono tutt'al più ridurre la possibilità di farvi ricorso (F. Ferrari, *Forum shopping e diritto contrattuale uniforme*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, pp. 575 e sgg.

<sup>51</sup> U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, cit., p. 364.

proprio diritto, la rinnovata e moderna *lex mercatoria*<sup>52</sup>, in quanto da tempo (in particolare attraverso le clausole standard, le condizioni generali e i contratti-tipo) nel commercio internazionale si è giunti ad una disciplina – minuziosa ed in gran parte internazionalmente uniforme – dei rapporti d'affari. Essa ormai costituisce un sistema normativo sovranazionale a sé stante, grazie al quale gli operatori economici riescono a regolamentare i propri rapporti d'affari, prescindendo dai rispettivi diritti nazionali<sup>53</sup>. Ciò è testimoniato anche dall'emersione di figure nuove quali la *gross disparity* e l'*hardship* e dal diffondersi di un rinnovato concetto di ordine pubblico, comprendente non solamente la sicurezza fisica dei cittadini, bensì anche il complesso dei beni e degli interessi da realizzare in un dato ordinamento, l'insieme dei principi fondamentali in quanto *fondamenti* della società civile (principi generali del diritto).

A ben vedere, a parte il rilievo che, per questo diritto transnazionale di formazione spontanea, sarebbe più corretto parlare di *ius mercatorum* piuttosto che di *lex mercatoria*, solamente i giuristi potranno scongiurare il paventato rischio che in esso, poiché si tratta per lo più di «canoni dettati dalle imprese di maggior peso sul mercato, cui gli operatori di minor rilievo spesso soggiacciono in condizione di disparità contrattuale»<sup>54</sup>, possa ritornarsi «alla brutta graduatoria della forza»<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Sulla produzione spontanea del diritto – soprattutto per il diritto commerciale internazionale – si veda in particolare, F. Galgano, “Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”, in *Contratto e impresa*, 2000, pp. 189 e sgg.; Id., “Lex mercatoria”, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 721 e sgg.; Id., “Il riflesso giuridico della globalizzazione”, in *Vita notarile*, 2002, pp. 51 e sgg.; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005, specialmente pp. 93 e sgg.; Id., “Lex mercatoria e globalizzazione”, in *Vita notarile*, 2005, pp. 1253 e sgg.; Id., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, cit.; N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in «Rivista di diritto civile», 2002, I, pp. 625 e sgg.; Id., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, pp. 697 e sgg.; N. Lipari, *La formazione negoziale del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1987, I, pp. 307 e sgg.; Id., U. Draetta, *La cosiddetta lex mercatoria*, in «Foro padano», 1987, II, pp. 53 e sgg.; M. J. Bonell, *Lex mercatoria*, in «Digesto discipline privatistiche, Sezione commerciale», IX, Torino, 1993, pp. 11 e sgg.; Id., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in «Diritto del commercio internazionale», 1992, pp. 315 e sgg.; F. Marrella, *Lex mercatoria e principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in «Contratto e impresa/Europa», 2000, pp. 29 e sgg.; Id., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. Galgano, Padova 2003; G. Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in «Rivista di diritto privato», 2003, pp. 461 e sgg.; M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Bari-Roma 2006, pp. 76 e sgg.; L. Pannarale, *Il diritto che guarda. Rischi della decisione giuridica*, Franco Angeli, Milano 2008, pp. 53 e sgg.; F. Sbordone, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008, specialmente pp. 62 e sgg.

<sup>53</sup> Così M. J. Bonell, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in «Diritto del commercio internazionale», 1992, pp. 329 e sgg. *Contra*, nel senso che il fenomeno della globalizzazione non si accompagna affatto ad una riduzione del fenomeno statale: S. Cassese, “Lo spazio giuridico globale”, in Id., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 5.

<sup>54</sup> N. Lipari, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in «Rivista di diritto civile», 2007, I, p. 732.

<sup>55</sup> N. Lipari, *La formazione negoziale del diritto*, cit., p. 309.

Solamente i giuristi possono evitare che la formazione di tale diritto resti affidata ai pratici, «senza il supporto della intelaiatura teorico-sistematica che è specifico compito della dottrina fornire agli operatori del diritto»<sup>56</sup>.

Invero il mercato, nel regolamentare propri bisogni, mostra sensibilità per i temi etici che riguardano l'ambiente e i popoli, al punto da sembrare non solo che la c.d. *lex mercatoria* abbia limiti endogeni, ma anche che si stia configurando una *business ethic* della *business community*. Ciò stupisce piacevolmente, ma non è sufficiente: si rivela indispensabile l'opera del giurista contemporaneo, teorico e pratico, chiamato a farsi carico non solamente dei timori relativi ai pericoli che tale diritto presenta per la stabilità, la sicurezza e la certezza dei traffici giuridici<sup>57</sup>, ma soprattutto della preoccupazione di garantire il rispetto non della legge, bensì del diritto, ossia «dell'ordinamento unitariamente inteso, nella molteplicità delle fonti che lo conformano»<sup>58</sup>, muovendosi «nel *mare magnum* delle fonti per individuare la soluzione più ragionevole, adeguata e congrua rispetto alla singola fattispecie concreta»<sup>59</sup>.

### 3. *Cibo transgenico e principio di precauzione.*

È in questa prospettiva che va condotto l'esame della disciplina delle applicazioni biotecnologiche nel settore agricolo, nella quale può scorgersi un caso emblematico di quel che accade quando si rompono gli inscindibili nessi del diritto con la cultura e con la civiltà di un popolo<sup>60</sup>. Essa mostra anzitutto l'inadeguatezza (alla comprensione del reale) di alcune categorie giuridiche consegnateci dalla tradizione e pone la necessità e l'urgenza, per il giurista, di rivedere il proprio armamentario concettuale.

La *questione* degli *ogm* – ormai diventata un tema classico di una disciplina nuova, quella del c.d. diritto alimentare – è di recente esplosa in Italia per un duplice ordine di fattori: da un lato, l'annuncio dell'imminente approvazione di un codice agricolo nazionale contenente la regolamentazione delle coltivazioni transgeniche e, di conseguenza, della coesistenza tra le coltivazioni (tradizionale, biologica e transgenica), dall'altro, un'im-

<sup>56</sup> U. Draetta, *La cosiddetta lex mercatoria*, in «Foro padano», 1987, II, pp. 54 e sgg.

<sup>57</sup> In questo senso, cfr. A. Giardina, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 1992, p. 464. Tuttavia, a ben vedere, la certezza del diritto non è garantita da un giudice «bocca della legge», bensì dal suo essere *voce* della collettività che esprime la sua interpretazione, trasformando l'astratto enunciato in modello concreto, così N. Lipari, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., p. 480.

<sup>58</sup> P. Perlingieri, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in «Rivista di diritto civile», 2010, pp. 175 e sgg.

<sup>59</sup> P. Perlingieri, *op.cit.*, p. 177.

<sup>60</sup> Sui valori, nell'ordinamento italo-comunitario, con riferimento alle biotecnologie cfr., in particolare, P. D'Addino Serravalle, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003; AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Atti del Seminario tenutosi a Parma il 19 marzo 2004, Torino 2005; AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Jovene, Parma 2008.

portante sentenza del Consiglio di Stato<sup>61</sup>, con la quale si scrive una pagina significativa nella storia dell'impiego degli *ogm* in agricoltura, poiché essa assegna un breve termine entro il quale dovrà essere autorizzata o meno nel nostro Paese la coltivazione del *mais Mon 810*, già bandito in Austria, Ungheria, Lussemburgo e Grecia e, da ultimo, dopo che per anni lo hanno coltivato, anche dalla Francia e dalla Germania, mediante l'esercizio della c.d. clausola di salvaguardia, prevista dalla Dir. 2001/18/CE.

La questione non è astratta o lontana dalle nostre tavole, si pensi, solo per fare un esempio, al fatto che gran parte dei mangimi usati negli allevamenti di animali, anche di marchi *doc* – quali prosciutto di Parma, Parmigiano Reggiano, Grana padano – è geneticamente modificato.

Va precisato che, nel settore agroalimentare, da sempre si adoperano biotecnologie (tradizionali), si pensi agli enzimi per far cagliare il formaggio, ai lieviti, ai microrganismi applicati nel campo enologico e conserviero; tuttavia è negli ultimi anni che le biotecnologie cc.dd. avanzate consentono di produrre alimenti con uno o più ingredienti geneticamente modificati oppure ottenuti attraverso l'utilizzazione di modificazioni genetiche, ossia alimenti la cui creazione non è possibile in alcun modo in natura con le normali tecniche di incrocio tra varietà o mediante l'uso di enzimi o modifiche della sequenza genetica del seme.

Com'è noto, cinque sono le principali produzioni coinvolte, ossia la soia, il mais, il cotone, il tabacco e la colza. Tre invece sono le generazioni di *ogm*: la prima riguarda gli *ogm* resistenti agli insetti<sup>62</sup> e/o a erbicidi e pesticidi<sup>63</sup>, i quali sono gli unici già autorizzati alla coltivazione ed alla immisione in commercio in Unione Europea mediante una procedura comunitaria (per la soia, la colza e il tabacco resistenti agli erbicidi e unicamente il mais resistente anche agli insetticidi); per essi la preoccupazione principale riguarda la possibilità che il gene della resistenza agli antibiotici si trasmetta all'uomo attraverso la catena alimentare per l'inevitabile interscambio a livello di microrganismi che si verifica quando, dopo il ciclo produttivo, le piante vengono lasciate sul terreno. La seconda riguarda alcuni *ogm* ampiamente sperimentati ma non ancora immessi in commercio, quali i semi cd

<sup>61</sup> Consiglio Stato sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 183, alla quale ha fatto seguito il decreto interministeriale 19 marzo 2010.

<sup>62</sup> *Ogm* resistenti ad insetti quali la piralide ed altri parassiti e, più in generale, agli stress biotici quali funghi, virus e batteri. Nell'organismo è inserito il gene batterico che stimola la sintesi di una proteina tossica e letale per insetti. Contrariamente a quanto comunemente si crede, la questione non riguarda soltanto taluni *ogm* dei Paesi in via di Sviluppo (quali la manioca ed il riso africano), bensì anche alcune coltivazioni italiane, come il pomodoro S. Marzano e il riso Carnaroli, di recente colpiti, rispettivamente, da un virus e da un fungo.

<sup>63</sup> *Ogm* resistenti ad erbicidi e pesticidi e, in generale, a stress abiotici, quali i diserbanti e le condizioni climatiche avverse, come il freddo o la siccità. In tali organismi è inserito un gene batterico che distrugge o rende inoffensive le molecole del prodotto chimico, come le note piante *Roundup Ready* prodotte dalla Monsanto, all'origine della causa intentata dalla multinazionale Monsanto ad un agricoltore canadese, decisa dalla Corte Suprema del Canada nel 2004 e riguardante piante di colza geneticamente modificate per le quali non erano stati pagati i diritti di proprietà intellettuale.

*terminator*; in essi è introdotto il gene della sterilità, in modo da impedire la risemina di una parte del raccolto. La terza, infine, riguarda gli ogm ai quali sono apporati miglioramenti nutrizionali, destinati a rivoluzionare il nostro modo di vivere e nutrirci: alimenti arricchiti di vitamine o sali minerali<sup>64</sup> o contenenti vaccini; quest'ultima generazione comprende anche gli ogm per i quali sono modificate le caratteristiche estrinseche quali la forma o il colore o, ad es., la capacità di resistere a lungo sugli scaffali dei supermercati per la disattivazione del gene che produce l'enzima responsabile del deterioramento.

Per le applicazioni biotecnologiche nel settore agricolo il quadro normativo italo-comunitario è complesso ed articolato; l'intera disciplina si basa sul principio secondo il quale occorre tutelare la salute umana anche qualora vi sia incertezza scientifica sulle conseguenze (potenzialmente nocive) delle applicazioni biotecnologiche o, meglio, anche ogniqualvolta le conoscenze scientifiche non provano ma nemmeno escludono la pericolosità per la salute di un'attività la quale presenti indubbi vantaggi, ma i cui eventuali danni non sarebbe possibile eliminare mediante interventi successivi: trova qui applicazione il principio di precauzione<sup>65</sup>. Esso, da tempo positivizzato in materia ambientale<sup>66</sup>, ispira la normativa in tema di organismi genetica-

<sup>64</sup> Il caso emblematico è rappresentato dal *golden rice*, una varietà di riso arricchito di beta carotene, il quale potrebbe risolvere il problema della cecità infantile nei Paesi del c.d. terzo mondo, se non fosse che non solo ne occorre una quantità enorme, si stima non meno di 5-6 kg. al giorno, ma esso si rivela efficace solamente in presenza di diete ricche di proteine, grassi e, soprattutto, zinco.

<sup>65</sup> Sul principio di precauzione cfr., *ex multis*, D. Di Benedetto, *Bioteologie, principio di precauzione e responsabilità civile*, in «Rassegna di diritto civile», 2007, pp. 591 e sgg.; C. M. Donà Dalle Rose, «Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione», in *Lezioni di diritto privato europeo*, (a cura di) G. Alpa e G. Capilli, Cedam, Padova, 2007, pp. 217 e sgg.; F. D. Busnelli, *Il problema della clonazione riproduttiva*, in «Rivista di diritto civile», 2000, I, pp. 175 e sgg.; A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in «Rivista di diritto civile», 2003, II, pp. 9 e sgg.; P. A. Leme Machado, *Il principio di precauzione e la valutazione dei rischi*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2007, pp. 881 e sgg.; L. Butti, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della corte costituzionale*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2006, pp. 809 e sgg.; E. D. Cosimo, *Il principio di precauzione fra stati membri e Unione europea*, in «Diritto pubblico comparato europeo», 2006, pp. 1121 e sgg.; E. Sessa, *Profili evolutivi del principio di precauzione alla luce della prassi giudiziaria della corte di giustizia delle comunità europee*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2005, pp. 635 e sgg.; M. Antonucci, *Il principio comunitario di precauzione e la tutela della salute*, in «Rassegna giuridica della Sanità», 2003, pp. 396 e sgg.; C. M. Nanna, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003; L. Pannarale, *Scienza e diritto – Riflessioni sul principio di precauzione*, in «Sociologia del diritto», 2003, pp. 21 e sgg.; F. Acerboni, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in «Il diritto della Regione», 2000, pp. 245 e sgg.

<sup>66</sup> L'art. 174 del Trattato di Lisbona così stabilisce: «La politica della Comunità riguardante l'ambiente prevede un livello di protezione elevato [...] Essa si basa su principi di precauzione e di azioni preventive». Il principio di precauzione è comparso per la prima volta in un testo normativo nella Convenzione di Rio de Janeiro sulla biodiversità. Al punto 15 della Dichiarazione di Rio, difatti, si afferma che «Misure di precauzione per proteggere l'ambiente devono essere ampiamente applicate dagli Stati in base alla loro capacità. In caso di minaccia di danni gravi ed

mente modificati<sup>67</sup> e consente non tanto di reagire ad un possibile rischio, quanto, per così dire, di “giocare” in anticipo per impedire il sorgere di una situazione potenzialmente dannosa<sup>68</sup>.

Questa logica segna un fondamentale passaggio da una tutela successiva e dalle tradizionali tecniche riparatorie e risarcitorie ad una tutela preventiva, cautelativa, precauzionale ed è espressione di una tendenza più generale ogniquale siano in gioco interessi quali l'ambiente, la vita e la salute umana.

Il principio è destinato ad operare nei casi in cui i riscontri scientifici siano carenti o insufficienti, ossia quando vi sia una situazione di incertezza scientifica, andando oltre il principio di prevenzione<sup>69</sup>, il quale prevede

irreversibili, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rimandare l'adozione di misure convenienti miranti a prevenire la degradazione dell'ambiente».

<sup>67</sup> Sul principio di precauzione in tema di *ogm*, con la Comunicazione del 2 febbraio 2000, la Commissione europea aveva stabilito le condizioni di operatività e la portata del principio, affermando che il principio in parola si applica quando la valutazione scientifica ha evidenziato la mancanza o l'insufficienza di dati disponibili e vi sono sufficienti ragioni per ritenere che dal fenomeno valutato possano derivare effetti potenzialmente dannosi per la salute umana, animale, vegetale o per l'ambiente. Il campo di applicazione del principio di precauzione, in tal modo, è molto ampio: esso opera in tutte circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive, incerte e vi siano ragionevoli motivi di temere che sussistano rischi per l'ambiente e la salute, incompatibili con il livello di protezione prescelto dalla Comunità. Il Reg. 178/2002 ha stabilito che, qualora l'analisi dei rischi individui la possibilità di effetti dannosi, ma permanga la situazione di incertezza scientifica, possono essere adottate misure provvisorie per la gestione del rischio, in modo da garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche in grado di assicurare una valutazione più esauriente.

<sup>68</sup> Sul punto cfr., in particolare, L. Marini, *Ogm, precauzione e coesistenza: verso un approccio (bio)politicamente corretto?*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2007, pp. 1 e sgg.; Id., *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in «Diritto dell'Unione europea», 2004, pp. 7 e sgg. e 281 e sgg.; Id., *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova 2004; F. Cappelli, *Presenza accidentale di Ogm negli alimenti e obblighi di etichettatura anche alla luce del principio di precauzione*, in «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 2003, pp. 361 e sgg.; M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili critico-ricostruttivi*, Giuffrè, Milano 2006; L. Costato, *La corte di giustizia, il ravvicinamento delle legislazioni e il principio di precauzione nel diritto alimentare*, in «Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente», 2005, pp. 649 e sgg.; A. Barone, *Organismi geneticamente modificati (Ogm) e precauzione: il «rischio» alimentare tra diritto comunitario e diritto interno*, in «Foro italiano», 2004, IV, c. 248 e sgg.; F. Cocozza, *L'ingegneria genetica nella catena alimentare e il «principio di precauzione»*, in «Quaderni costituzionali», 2001, pp. 313 e sgg.; F. Giampietro, *Rischio ambientale e principio di precauzione nella direttiva sugli Ogm*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2001, pp. 951 e sgg.; F. Bruno, *Principio di precauzione e organismi geneticamente modificati*, in «Rivista di diritto agrario», 2000, II, pp. 223 e sgg.; I. Canfora, *La procedura per l'immissione in commercio di Ogm e il principio di precauzione*, in «Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente», 2001, pp. 374 e sgg.; R. Pavoni, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 2000, pp. 725 e sgg.

<sup>69</sup> Sul principio di prevenzione cfr., in particolare, A. Ferri, *Prospettive civilistiche e danno ambientale. Prevenzione e riparazione del c.d. codice dell'ambiente*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2007, pp. 390 e sgg.; A. Postiglione, *Prevenzione e riparazione del danno ambientale: problemi applicativi* in «Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente», 2007, pp. 10 e sgg.; E. Orlando, *Prospettive e problematiche nella trasposizione della direttiva 2004/35/Ce sulla prevenzione e riparazione del danno all'ambiente*, in «Rivista giuridica dell'ambiente»,

invece l'impiego di ogni mezzo scientifico e giuridico per la rimozione di un rischio scientificamente accertato e dimostrabile.

Il principio di precauzione, come si è efficacemente affermato, «ridisegna il rapporto fra diritto e scienza, introducendo il dubbio alla stregua di una variante, fonte di una nuova responsabilità nascente dalla consapevole potenzialità di un danno derivante dall'aver esposto persone o cose ad un rischio ignoto»<sup>70</sup>. Esso è all'origine della logica di *segregazione* che negli anni Novanta – caratterizzati dallo scetticismo dell'opinione pubblica nei confronti dei prodotti biotecnologici<sup>71</sup> – ha ispirato la normativa e la prassi comunitarie: si riteneva che, mediante la segregazione di ciascuno stadio della filiera di produzione – coltivazione, lavorazione, trasporto e distribuzione – fosse possibile evitare ogni contaminazione, anche accidentale.

Alla logica della segregazione era ispirato, ad esempio, il progetto di legge presentato in Austria superiore per istituire una regione *ogm free*, ossia nel cui territorio fosse vietato l'utilizzo di *ogm* sia in agricoltura (per proteggere i sistemi di produzione agricola tradizionale), sia per la riproduzione e l'emissione di animali transgenici. Del progetto, respinto dalla

2007, pp. 679 e sgg.; AA.VV., *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e ripartizione del danno ambientale*, a cura di B. Pozzo, Giuffrè, Milano 2005; E. Lanzi, *D.leg. 59/2005: recepita integralmente la direttiva 96/61/Ce sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento*, in «Rivista Ambiente e Lavoro», 2005, pp. 30 e sgg.; A. Ferreri, *La direttiva n. 2004/35/Ce sulla prevenzione e riparazione del danno ambientale*, in «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 2005, pp. 337 e sgg.; P. Giampietro, *Prevenzione e riparazione del danno ambientale: la nuova direttiva n. 2004/35/Ce*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2004, pp. 905 e sgg.; M.A. Mazzola, *Tutela preventiva da attività rischiose (immissioni elettromagnetiche da elettrodotti tra principio di precauzione e tutela della salute, parametri normativi e giurisprudenziali, nesso di causalità certo o probabile)*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2004, pp. 1090 e sgg.; G. Camarda, *L'evoluzione della normativa internazionale comunitaria e nazionale vigente in materia di sicurezza della navigazione e prevenzione dell'inquinamento marino*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 2001, pp. 699 e sgg.; D. Di Benedetto, *Biotecnologie, principio di precauzione e responsabilità civile*, in «Rassegna di diritto civile», 2007, pp. 591 e sgg.

<sup>70</sup> C. M. Donà Dalle Rose, *Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione*, cit., p. 226.

<sup>71</sup> Lo scetticismo era dovuto sia al verificarsi di episodi che, pur non avendo molto a che fare con le modificazioni genetiche, avevano ingenerato paure ancestrali (si pensi ai noti casi della mucca pazza, della carne agli ormoni, del pollo diossina), sia a ricerche scientifiche mai definitivamente smentite – come quella condotta sulla farfalla monarca da un'equipe di entologi della *Cornell University*, secondo la quale le larve delle farfalle nutrite con foglie cosparses di polline del mais geneticamente modificato presentano una mortalità maggiore rispetto a quelle delle farfalle nutrite con polline di mais convenzionale, sia ad alcuni inquietanti episodi mai chiariti, come quello del c.d. *Affaire-Pusztai*: nel 1998, il prof. Pusztai del *Rowett Institute* di Aberdeen, fu licenziato dopo aver dichiarato alla stampa di aver sperimentato in laboratorio che alimenti a base di patate *ogm* rallentano la crescita e danneggiano il sistema immunitario delle cavie. La *BBC* diffonde la notizia che il *Rowett Institute*, prima di licenziare il prof. Pusztai, aveva ricevuto una cospicua somma di denaro dalla più importante multinazionale *biotech*, la Monsanto. *The Guardian* rivela che la *Royal Society* britannica, schieratasi contro il prof. Pusztai, aveva istituito al suo interno una *confution unit*, per confutare sistematicamente tutti i lavori di ricerca che, evidenziando i rischi sanitari ed ambientali dovuti alla diffusione degli *ogm*, avrebbero potuto indurre a dubitare della sicurezza degli *ogm*.

competente Commissione europea<sup>72</sup> in base al rilievo della mancanza di prove scientifiche nuove e successive all'autorizzazione comunitaria, in grado di consentire la deroga alla disciplina comune come richiesto dell'art. 95 TCE, si è occupata la Corte di Giustizia<sup>73</sup> la quale, confermando quanto già detto dal Tribunale di primo grado, ha affermato la non sussistenza dei presupposti per la disciplina nazionale derogatoria, in quanto non vi è alcuna prova scientifica che l'Austria superiore ospiti ecosistemi particolari o eccezionali tali da richiedere una valutazione dei rischi diversa da quella già effettuata per tutte le altre regioni dell'Unione.

Anche in Italia una serie di provvedimenti legislativi regionali<sup>74</sup> e talune misure o restrittive per il commercio o coercitive, per lo più volte alla distruzione di coltivazioni *ogm*, appaiono ispirate a tale logica.

A parte la duplice considerazione che, da un lato, la logica della segregazione, per funzionare, dovrebbe operare su larga scala e non comprendere, ad esempio, per gli animali, i vaccini o i mangimi *ogm* e, dall'altro, che la contaminazione appare sempre più inevitabile<sup>75</sup>, ad essa si è sostituito il cd *principio di coesistenza* tra le coltivazioni<sup>76</sup>.

4. *Coesistenza tra coltivazioni, diritto e società*. Tale principio fa ingresso nell'ordinamento comunitario in una Raccomandazione<sup>77</sup>, ossia in un atto normativo a carattere non vincolante. Essa detta gli orientamenti per attuare strategie nazionali e migliori pratiche al fine di garantire la coesistenza tra le coltivazioni (transgeniche, convenzionali e biologiche); inoltre opportunamente precisa, dopo aver affermato enfaticamente che nell'Unio-

<sup>72</sup> Decisione della Commissione n. 2003/653/CE.

<sup>73</sup> Corte giustizia CE sez. III, 13 settembre 2007, n. 439. Sulla decisione cfr. M. Poto, *La corte di giustizia conferma la pronuncia del tribunale in materia di colture transgeniche*, in «Giurisprudenza Italiana», 2008, pp. 484 e sgg.; E. Stefanini, *Regioni Ogm-free: ma è davvero possibile? Prime note sulla coesistenza tra colture transgeniche tradizionali e biologiche*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2006, pp. 496 e sgg.

<sup>74</sup> Nello specifico, tra le leggi regionali che stabilivano divieti, vi era una legge della Regione Puglia, ora abrogata: l. Regione Puglia 4/12/2003, n. 26. Prima dell'abrogazione, su di essa era già stata chiamata ad esprimersi la Corte Costituzionale, la quale non aveva preso posizione e si era limitata a rilevare che la legge impugnata aveva riguardo al profilo della coltivazione, ossia della emissione deliberata nell'ambiente, diverso da quello dell'immissione in commercio delle norme interposte richiamate: Corte costituzionale, 12 aprile 2005, n. 150.

<sup>75</sup> Emblematico della inevitabilità della contaminazione è il caso del mais criollo di uno Stato messicano (Oaxaca) che aveva dichiarato la moratoria agli *ogm*: esso è inspiegabilmente risultato contaminato dal mais *Roundup ready* prodotto dalla Monsanto. Del pari inspiegabile, per alcune materie prime destinate all'alimentazione umana, la contaminazione derivante da una varietà di grano – con proprietà antiparassitarie conseguenti alla modificazione genetica di una proteina – destinato all'alimentazione animale, che ha indotto una nota azienda a ritirare dal commercio i propri prodotti destinati all'alimentazione umana. Di recente, in India, è stata bloccata la coltivazione di melanzane geneticamente modificate, per il fatto che è stata rinvenuta la presenza accidentale di un gene nell'argilla del suolo.

<sup>76</sup> Sul punto, cfr. gli atti del convegno "Agricoltura transgenica, convenzionale e biologica: verso una coesistenza possibile?", raccolti in AA.VV., *Agricoltura transgenica, convenzionale e biologica: verso una coesistenza possibile?*, a cura di L. Marini e A. Bompiani, Milano 2007.

<sup>77</sup> Raccomandazione della Commissione n. 556 del 23 luglio 2003.

ne Europea non deve essere esclusa alcuna forma di agricoltura, che l'ambito preso in considerazione dalla raccomandazione riguarda esclusivamente gli aspetti economici della coesistenza, ossia il potenziale pregiudizio economico derivante dalla commistione tra le colture (transgeniche e non transgeniche) e le misure da adottare per evitarla, mentre i diversi aspetti ambientali e sanitari sono invece affrontati dalla direttiva 2001/18/CE.

Pur trattandosi di una Raccomandazione, in Italia è stato emanato un provvedimento normativo attuativo di essa<sup>78</sup>. All'art. 3 si specifica che, al precipuo fine di prevenire il potenziale pregiudizio economico e l'impatto della commistione tra colture, devono essere emanate – con decreto ministeriale da adottare d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni<sup>79</sup> – norme quadro per la coesistenza e le Regioni devono, con proprio provvedimento, adottare piani regionali di coesistenza contenenti le regole tecniche per la sua realizzazione (art. 4); fino all'adozione di detti piani non sono consentite le colture transgeniche (art. 8).

Successivamente, la Corte Costituzionale<sup>80</sup> ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 3, 4, 8 del provvedimento normativo in questione, osservando, da un lato, che il decreto ministeriale (previsto all'art. 3) non ha natura regolamentare, ma è un atto statale di indefinibile natura giuridica, dall'altro, che i piani regionali di coesistenza hanno chiara natura amministrativa in quanto sono destinati a contenere le regole tecniche per l'applicazione della coesistenza tra le colture nei rispettivi territori e, pertanto, qualora fossero adottati, sarebbero posti in violazione della compe-

<sup>78</sup> Decreto legge novembre 2004 n. 279 convertito, con modificazioni, in legge 28 gennaio 2005, n. 5, contenente disposizioni per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura (transgenica, convenzionale e biologica). Nel provvedimento legislativo si sancisce che tutte le colture devono poter essere praticate senza che l'esercizio di una di esse comprometta o arrechi pregiudizio alle altre; anzi, la coesistenza deve essere realizzata in modo da tutelare le peculiarità e le specificità produttive di ciascuna coltura e da evitare ogni forma di commistione. Sul d.l. n. 279 del 2004 cfr. P. Milazzo, *Alcune questioni di interesse costituzionale in materia di organismi geneticamente modificati in agricoltura (a proposito del sulla coesistenza fra le forme di agricoltura)*, in «Diritto pubblico», 2005, pp. 225 e sgg.

<sup>79</sup> Decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali, da adottare d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni. Si osserva che la Conferenza Stato-Regioni prevista per il 28 gennaio 2010 non si è tenuta per la protesta dell'assessore all'agricoltura dell'Emilia Romagna; tuttavia va segnalata una singolare coincidenza: nello stesso giorno la multinazionale Monsanto è stata costretta a pubblicare, sulla rivista *New Scientist*, un dossier riservato di un ricercatore francese, secondo il quale gli animali nutriti con tre varietà di mais geneticamente modificato avevano riportato danni gravi al fegato ed ai reni in appena tre mesi.

<sup>80</sup> Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116. Su tale pronuncia cfr.: A. Germanò, *Sulla coesistenza tra coltivazioni transgeniche e coltivazioni convenzionali: profili giuridici*, in «Rivista di diritto agrario», 2005, I, pp. 371 e sgg.; P. Altilli, *La coesistenza tra colture transgeniche e colture convenzionali nella sentenza della corte costituzionale n. 116 del 17 marzo 2006*, in «Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente», 2007, pp. 96 e sgg.; E. Stefanini, *Principio di coesistenza e regioni Ogm-free: fine della moratoria sulle coltivazioni transgeniche in Italia*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2006, pp. 2582 e sgg.; M. Poto, *La corte costituzionale riconosce alle regioni la competenza a disciplinare le colture transgeniche: quando i piccoli passi possono considerarsi grandi salti*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2006, pp. 1646 e sgg.

tenza legislativa esclusiva delle Regioni in materia di Agricoltura (art. 117, comma 4, Cost.).

La raccomandazione, invero, è successiva alla più importante fonte di disciplina degli *ogm*<sup>81</sup>: una direttiva che ha disciplinato in maniera organica l'emissione deliberata nell'ambiente e l'immissione in commercio di prodotti costituiti da *ogm*, contenenti *ogm* o ottenuti a partire da *ogm* e, più in generale, ogni fase dell'impiego di *ogm* in agricoltura. Ad essa ha fatto seguito una decisione della Commissione<sup>82</sup> con la quale sono stati maggiormente articolati i criteri ai quali attenersi per la valutazione del rischio ambientale.

Tra gli aspetti di disciplina più salienti introdotti dalla direttiva comunitaria va ricordata la cd. clausola di salvaguardia, prevista all'art. 23, esperibile da uno Stato per vietare o limitare temporaneamente la vendita o l'utilizzo di singoli e specifici *ogm* qualora vi siano validi motivi per ritenere, in base a prove scientifiche successive all'autorizzazione, che il prodotto sia pericoloso per la salute e l'ambiente.

Due successivi regolamenti comunitari<sup>83</sup> hanno introdotto la disciplina, rispettivamente, delle procedure comunitarie per l'autorizzazione (all'emissione deliberata nell'ambiente ed alla immissione in commercio) e la successiva sorveglianza degli *ogm*, con l'obiettivo dichiarato di voler realizzare un elevato livello di tutela ambientale, della salute umana e animale e degli interessi dei consumatori, senza però ostacolare il funzionamento del mercato, e della tracciabilità ed etichettatura dei prodotti *ogm* o ottenuti a partire da *ogm*. Per l'etichettatura, la disciplina dettata è posta a garanzia del diritto del consumatore ad essere informato sugli eventuali rischi e sul metodo di produzione degli *ogm*: l'etichetta non deve trarre in inganno e deve indicare chiaramente la natura, l'identità, la qualità, la composizione, il metodo di produzione, le caratteristiche o le proprietà alimentari quali la composizione, i valori nutritivi e la destinazione d'uso del prodotto. Ciò significa che nell'etichetta o nell'esposizione del prodotto deve esservi la dicitura: "questo prodotto contiene *ogm*" oppure "questo prodotto contiene x, geneticamente modificato". Sono previste soglie minime di *ogm* che consentono di derogare all'obbligo di etichettatura<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Si tratta della dir. 2001/18/CE, recepita in Italia con D.Lgs. 8 luglio 2003, quest'ultimo contiene, in particolare, un'analitica regolamentazione delle procedure di autorizzazione, controllo e vigilanza.

<sup>82</sup> Decisione della Commissione n. 623 del 24 luglio 2002, recante note orientative ad integrazione dell'allegato II della direttiva 2001/18/CE.

<sup>83</sup> Reg. 1829/2003 e Reg. 1830/2003. Agli Stati membri è specificamente attribuita la possibilità di adottare tutte le misure opportune per evitare la presenza involontaria di *ogm* in altri prodotti dall'art. 26 bis Reg. 1829/2003.

<sup>84</sup> Tali soglie minime si identificano nella percentuale non superiore allo 0,9% degli ingredienti considerati singolarmente, purché la presenza di *ogm* sia accidentale e tecnicamente inevitabile e nella percentuale dello 0,5% per gli *ogm* non ancora autorizzati immessi nel mercato europeo. Il Reg. 834/2007 ha poi esteso ai prodotti biologici la soglia di tolleranza dello 0,9%. In precedenza, il Reg. 1139/98 imponeva l'etichetta supplementare per i prodotti non equivalenti *contenenti* soia

Ad altro Regolamento comunitario<sup>85</sup> si deve l'istituzione dell'AESA, organo *super partes*, con elevate competenze scientifiche (consulenze, pareri, poteri di sorveglianza e controllo); ad essa compete l'individuazione, la valutazione e la comunicazione dei rischi alimentari, sul presupposto che il rischio zero non esista, nonché della tracciabilità degli *ogm*<sup>86</sup>.

Si noti che, in precedenza, un regolamento comunitario<sup>87</sup> disciplinava l'immissione nel mercato di prodotti e ingredienti alimentari cc.dd. nuovi (*novel food*), ossia non ancora utilizzati in maniera significativa per il consumo umano. Esso stabiliva l'esenzione dall'obbligo di etichettatura per i prodotti e gli ingredienti alimentari finali ottenuti a partire da *ogm*, i quali cioè o non contengono più *ogm* per i processi di trasformazione subiti (è quanto accade, ad esempio, per gli oli altamente raffinati, per le farine) o, pur contenenti *ogm*, non sono nuovi per le caratteristiche o le proprietà alimentari (quali la composizione, il profilo nutrizionale e la destinazione d'uso). Sul presupposto che gli alimenti cc.dd. *nuovi* fossero da considerare sostanzialmente equivalenti ai prodotti convenzionali, per la loro immissione in commercio era prevista una procedura semplificata, ossia una mera notifica alla Commissione dell'avvenuta immissione in commercio, subordinata alla duplice condizione che i prodotti e gli ingredienti rispondessero al cd. principio di sostanziale equivalenza e che gli eventuali residui di proteine transgeniche non determinassero rischi per salute.

Su tale procedura semplificata si è pronunciata la Corte di Giustizia<sup>88</sup>, in un noto contenzioso instaurato tra la multinazionale Monsanto e lo Stato italiano. Difatti, con proprio decreto, l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri aveva vietato la commercializzazione e l'utilizzazione nel territorio nazionale di prodotti alimentari derivati da varietà di mais immesse su mercato in base alla procedura semplificata, mentre la Monsanto, come era prevedibile, aveva chiesto l'annullamento del decreto, già ritenuto legittimo

o mais geneticamente modificati, mentre, più di recente, il Reg. 49/2000 disciplina le contaminazioni accidentali per i prodotti *derivati da* soia e mais transgenici o che, comunque, contengono *ogm* in misura inferiore all'1%, a condizione che il produttore sia in grado di provare di aver adottato tutte le misure opportune per evitare gli *ogm* come materia prima, mentre il Reg. 50/2000 ha posto l'obbligo di etichettatura per i prodotti o gli ingredienti alimentari contenenti additivi o aromi geneticamente modificati o derivati da organismi geneticamente modificati.

<sup>85</sup> Reg. 178/2002.

<sup>86</sup> Per garantire la sicurezza alimentare si deve poter ricostruire il percorso dell'alimento o del mangime in tutte le sue fasi (produzione, lavorazione, trasformazione, distribuzione, importazione). Mediante la tracciabilità, gli operatori devono poter individuare la provenienza degli alimenti e dei mangimi e indicare a quali aziende, a loro volta, li hanno forniti. Il Reg. 65/2004 ha successivamente previsto un sistema di determinazione ed assegnazione di identificatori unici per ciascun *ogm*.

<sup>87</sup> Regolamento 27/01/1997, n. 258.

<sup>88</sup> Corte di Giustizia CE, 09 settembre 2003, n. 236 per la quale cfr., in particolare, L. Marini, *La «sostanziale equivalenza» dei prodotti alimentari geneticamente modificati alla luce della sentenza Monsanto e degli sviluppi della normativa comunitaria*, in «Diritto del commercio internazionale», 2003, pp. 854 e sgg.; A. Barone, *Organismi geneticamente modificati (Ogm) e precauzione: il «rischio» alimentare tra diritto comunitario e diritto interno*, in «Foro italiano», 2004, IV, c. 248 e sgg.

e giustificato dal Tar Lazio<sup>89</sup>. La questione verteva, nello specifico, su se si potessero o meno considerare sostanzialmente equivalenti ai prodotti convenzionali i prodotti e gli ingredienti alimentari ottenuti a partire da *ogm* ma non contenenti essi stessi *ogm* e, di conseguenza, se fosse possibile immetterli in commercio per effetto di una mera notifica alla Commissione<sup>90</sup>.

La Corte di Giustizia, dopo aver precisato che le misure adottate dagli Stati in virtù della clausola di salvaguardia<sup>91</sup> e del principio di precauzione non devono essere motivate da ragioni generiche e da supposizioni non verificate, in quanto gli Stati devono compiere una valutazione il più possibile completa dei rischi specifici per la salute umana che il prodotto presenta, per evitare che tali misure si traducano in restrizioni agli scambi o in inaccettabili barriere commerciali, si esprime nel senso di ritenere ingiustificato il doppio binario allora previsto per le procedure di immissione in commercio (per prodotti o ingredienti che costituiscono il risultato di modificazioni genetiche oppure non contengono più dna modificato e sono da considerare sostanzialmente equivalenti agli alimenti tradizionali).

Il principio di precauzione è invocato anche per valutare le misure nazionali restrittive della immissione in commercio o dell'utilizzo. Tale principio invero è contestato negli USA dove si teme che, attraverso esso, si giunga alla creazione di un *diritto della paura*<sup>92</sup> e la scelta della tracciabilità del percorso degli ingredienti alimentari lungo l'intera catena di produzione è considerata espressione di eccessiva prudenza, quasi di sospetto, nei confronti dell'ingegneria genetica, oltre che essere difficile da attuare per i prodotti che non contengono più tracce di *ogm* nel dna, come le farine ottenute dal grano geneticamente modificato<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> T.a.r. Lazio, sez. I, 29 novembre 2004, n. 14477 in «Giurisprudenza Italiana», 2005, pp. 1311 e sgg., con nota di M. Poto, *Il mais transgenico davanti al Tar del Lazio: storia di una pericolosità ancora tutta da dimostrare*.

<sup>90</sup> Mentre per la Monsanto l'equivalenza sostanziale non richiedeva l'identità specifica e la presenza di proteine transgeniche nel prodotto derivato non sarebbe stata d'ostacolo all'equivalenza sostanziale, la Corte sviluppava un ragionamento diverso, affermando che, così come la valutazione dell'equivalenza sostanziale non comporta *ex se* la valutazione dell'innocuità del prodotto, occorrendo verificare gli eventuali rischi che il nuovo prodotto alimentare presenta per quanto riguarda, in particolare, la sua composizione e le sue proprietà specifiche, del pari l'assenza dell'equivalenza sostanziale non implica necessariamente che l'alimento sia pericoloso, ma semplicemente che deve essere sottoposto alla valutazione dei rischi che potrebbe cagionare.

<sup>91</sup> Anche il Reg. 258/97 prevedeva la possibilità di esperire la clausola di salvaguardia qualora, sulla base di nuove informazioni o di una nuova valutazione di informazioni già esistenti, lo Stato membro abbia fondate ragioni di ritenere che l'utilizzo del *novel food* autorizzato presenta rischi per l'ambiente e la salute; in tal caso lo Stato può temporaneamente limitare o sospendere la commercializzazione nel proprio territorio, a condizione di informare tempestivamente la Commissione e gli Stati membri circa i motivi di tale decisione. La clausola è stata utilizzata da Francia, Germania, Austria, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi per introdurre, nei rispettivi provvedimenti nazionali, obblighi supplementari di etichetta.

<sup>92</sup> R. Sunstein, *Il diritto della paura*, il Mulino, Bologna 2010.

<sup>93</sup> Sulla diversità di disciplina in tema di *ogm* in Europa e in USA e, più in generale, sulle diversità di approccio alla questione *ogm*, cfr., *ex multis*, M. P. Belloni, *Nel limbo degli Ogm: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un accordo tra Stati Uniti e Unione europea – è questione di etichetta, ma anche di etica*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comu-

Invero in Usa, inizialmente, i prodotti *ogm* sono stati accettati senza preoccupazione e regolamentati mediante l'applicazione della preesistente disciplina della sicurezza alimentare, sul presupposto implicito che i prodotti *ogm* non differiscono dai prodotti tradizionali qualora siano ad essi sostanzialmente equivalenti<sup>94</sup>. L'attenzione è dunque incentrata sul prodotto finito, non sull'esame dell'intero processo di produzione e la manipolazione genetica è considerata un semplice perfezionamento delle precedenti tecniche di ibridazione. La tutela dai rischi per la salute umana è affidata ad una mera comunicazione che ne attesti l'assenza, dimostri che l'alimento è sicuro come il corrispettivo tradizionale e informi sul metodo di modificazione genetica utilizzato. Negli ultimi tempi tuttavia, anche per effetto di alcuni incidenti alimentari e di consumatori più consapevoli attenti a *come* i prodotti sono ottenuti e immessi sul mercato, è in corso un dibattito sul metodo di accertamento della sicurezza e sull'etichettatura; ben 15 *States* chiedono maggior rigore, anche in tema di etichettatura.

Per gli *ogm* invero sembra esservi una frattura tra la disciplina per essi prevista e la molteplicità delle istanze presenti nella società. In questo come in altri casi è compito del giurista fare, per così dire, da ponte tra diritto e società, recuperare il «naturale aggancio fra società e diritto, fra cultura e diritto»<sup>95</sup>, sentendo di essere erede di quel *personaggio fecondo* che, dall'antica Roma ad oggi, «si è fatto lettore di esigenze oggettive, ha avvertito il compito di ordinarle all'insegna di una sentita etica della responsabilità e le ha tradotte in principi e regole di convivenza»<sup>96</sup>.

nitario», 2006, pp. 129 e sgg.; Id., «Frankenstein food»? *Un'analisi critica delle contraddizioni e dei limiti della normativa internazionale e statunitense relativa agli organismi geneticamente modificati*, in «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 2002, pp. 221 e sgg.; E. Sisrsi, *Il problema della coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche negli Usa: il caso alfalfa (Nota a State Jurisdictions [Usa], California, 13 febbraio 2007)*, in «Rivista di diritto agrario», 2008, II, pp. 86 e sgg.; M. Valletta, *La disciplina delle biotecnologie agroalimentari. Il modello europeo nel contesto globale*, Giuffrè, Milano 2005; F. Dal Pozzo, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano 2005.

<sup>94</sup> Il concetto di sostanziale equivalenza è stato enunciato sin dal 1991 in USA e successivamente rielaborato nel 1996 da FAO e OMS, per indicare che le caratteristiche analizzate per un singolo *ogm* o per uno specifico alimento da esso derivato sono equivalenti alle caratteristiche dell'organismo di paragone.

<sup>95</sup> P. Grossi, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 52.

<sup>96</sup> P. Grossi, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 195 e sgg. I giuristi, altrimenti, da «padroni di un sapere tecnico prezioso e indispensabile», divengono *mercanti*, sfruttano il loro sapere mettendolo a disposizione di potentati economici, in tal modo trasformandosi «da padroni di un sapere a servi di un potere».