

ESPERIMENTI DI DIDATTICA DEL CORSO DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO

Elena Falletti, Benedetta Piola Caselli, Valentina Vaselli

Dedicato alla memoria del Professor Aurelio Donato Candian

Indice generale

- Spunti e riflessioni a margine di un corso universitario di diritto privato comparato, *di Elena Falletti* 2
- Il diritto multilingue nell'Unione Europea: principali aspetti e criticità interpretative in sede giudiziale, *di Valentina Vaselli* 17
- Il diritto africano fra tradizione ed evoluzione, *di Benedetta Piola Caselli* 20
- ELABORATI DEGLI STUDENTI 32
- Essere Donna in Nigeria 32
- Elaborato in tema di contratto di spedizione 40
- Elaborato in tema di affidamento del minore 45
- Elaborato in tema di Lebenspartnerschaft 51
- Elaborato in tema di utilizzo di medicinali dopanti 55
- Elaborato in tema di mutamento del nome del minore 58
- Elaborato in tema di sospensione della somministrazione di trattamenti vitali 60
- Elaborato in tema di protezione dei dati personali 64
- Elaborato in tema di maternità surrogata 66
- Elaborato in tema di contratto di lavoro a chiamata 71
- Elaborato in tema di inquinamento ambientale 73
- Elaborato in tema di malattia professionale 76

Spunti e riflessioni a margine di un corso universitario di diritto privato comparato, di *Elena Falletti*^{*}

1. Introduzione. Che cosa è la comparazione giuridica e a cosa serve.

Un corso di diritto comparato, sia esso pubblico o privato, deve essere un corso di diritto diverso dagli altri. Esso ha la pretesa di illustrare agli studenti una materia, in questo caso il diritto privato comparato, sotto una luce critica, invitandoli ad andare oltre le apparenze e a verificare cosa significa l'adozione di una norma giuridica in un certo contesto storico, economico e sociale. Il corso dovrebbe aiutare lo studente a comprendere che il diritto non è unitario e che soluzioni rifiutate nell'ordinamento nazionale sono invece legittimamente previste da certi ordinamenti stranieri e condivise da quei consociati.

La comparazione giuridica, come è noto, consiste in una operazione di confronto, nella misura delle differenze tra sistemi giuridici su un istituto o su un complesso di istituti che di questi sistemi fanno parte¹. Tuttavia non è possibile comparare globalmente un certo sistema con altri, si tratterebbe di un'attività illusoria², mentre è possibile compararne alcuni aspetti. A questo fine di specifica verifica empirica si è affiancato allo studio tradizionale l'analisi di sentenze di giudici di ordinamenti stranieri reperite attraverso il web dalle banche dati liberamente disponibili online. Gli studenti interessati hanno preso parte ad un seminario realizzato attraverso Internet utilizzando il socialnetwork Live messo a disposizione dall'Università dove, come in uno spazio virtuale, hanno potuto scegliere una sentenza ed interloquire sul contenuto della medesima.

Questa pubblicazione è organizzata come segue: dopo una sommaria presentazione degli strumenti metodologici della comparazione, si riportano i contenuti delle lezioni multidisciplinari e i contributi degli studenti che hanno accettato di pubblicare il loro elaborato.

Le seguenti pagine di questo scritto non sono esaustive di tutto il corso di diritto privato comparato 2009/2010, il cui oggetto monografico riguardava lo studio del contratto³ negli ordinamenti di common law, inglese e statunitense, e di civil law, con riferimento agli ordinamenti francese e tedesco. Queste pagine, piuttosto, intendono aiutare gli studenti ad approcciare i concetti generali della comparazione giuridica.

2. Il ruolo della comparazione nella formazione dei giuristi

Nelle lezioni introduttive di diritto privato comparato si illustra il concetto di Western Legal Tradition, ovvero di Tradizione Giuridica Occidentale che caratterizza profondamente le nostre mentalità e civiltà basandosi su principi giuridici comuni come la rule of law, la separazione dei poteri nell'organizzazione dello Stato e dei rapporti tra lo Stato e i cittadini. Su questa base si distinguono il sistema inglese della common law⁴ da quelli continentali di civil law di matrice romanistica a loro volta suddivise nelle principali tradizioni francese e tedesca⁵. La Western Legal Tradition è stata elaborata a seguito di secoli di differenziazioni che

sono avvenute per mezzo di conquiste e guerre, ma anche con alleanze matrimoniali e rivoluzioni religiose⁶. Tale tradizione si è diffusa per il mondo attraverso le esperienze coloniali con l'imposizione dei valori e delle soluzioni occidentali o per conquista armata ovvero per prestigio sollecitando l'adozione di tali modelli attraverso il fenomeno dell'imitazione.

In merito a questo fenomeno imitativo, l'ordinamento italiano ha storicamente privilegiato alcune soluzioni rispetto ad altre in relazione alla predominante influenza culturale subita. Si pensi per esempio alla forte influenza del codice francese. Essa provocò la trasposizione del principio del *neminem ledere* con l'implementazione diretta della regola del Code Napoléon prima nei codici degli Stati preunitari rinati dopo il Congresso di Vienna del 1815, poi nel codice unitario del 1865 e successivamente ancora nel vigente codice del 1942. Invece, a partire dalla fine del XIX Sec., la Pandettistica tedesca divenne il modello culturale dominante grazie al prestigio acquisito con la promulgazione del BGB (*Bürgerliche Gesetzbuch*) nel 1900. Una intera generazione di giuristi italiani, poi promotori delle riforme del codice civile e di procedura civile degli Anni Trenta e Quaranta come Chiovenda, Fadda, Betti, Ferri, presero quali riferimenti i contenuti più innovativi della dottrina tedesca, quali ad esempio la teoria del negozio giuridico per quanto riguarda il diritto delle obbligazioni ovvero i principi di concentrazione oralità e immediatezza per quanto concerne il processo civile.

Lo studio degli istituti nei diversi ordinamenti si deve obbligatoriamente confrontare con il problema della traduzione linguistica dei concetti giuridici, questione di primaria importanza nell'organizzazione delle istituzioni comunitarie, e che conosce grande rilievo anche nelle contrattazioni internazionali.

Sempre con l'apporto della comparazione giuridica lo studente si trova a confrontarsi con sistemi che nulla hanno a che fare con la realtà occidentale, che sono sopravvissuti alla colonizzazione come i diritti tradizionali dei Paesi Africani dove il giurista occidentale si trova di fronte ad un ribaltamento di mentalità culturale prima che giuridico. Tali circostanze creano un fenomeno di pluralismo giuridico, meglio di pluralismi giuridici, interessanti da analizzare. A questo proposito la comparazione "insegna a capire il diritto degli altri paesi"⁷ affinché lo studente, una volta formato giurista, sia in grado di comprendere ed operare con una certa sicurezza nei confronti delle altrui regole.

3. Il metodo comparatistico: crittotipi, formanti e regole operazionali.

Il pensiero maggiormente diffuso tra gli operatori del diritto è che l'ordinamento giuridico sia sistematico e coerente nell'organizzazione dei differenti istituti che lo compongono e armonico nella regolamentazione disposta dalle sue norme. Esso deve essere unitario: una disciplina organica e univoca garantisce la piena uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Autorevole dottrina⁸ ha insegnato che tale unitarietà costituisce un'illusione alla quale i giuristi sono così affezionati da non potervi rinunciare. Osserva la citata dottrina: "C'è una sola verità giuridica, la quale ha la sua fonte nella legge e viene fedelmente ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza (...). È evidente che la legge potrebbe subire più di una interpretazione; ma proprio questa circostanza rinforza il principio dell'unicità della regola di diritto. Se più interpretazioni sono

astrattamente possibili, si dirà che una di esse è esatta. La dottrina si imporrà come fine quello di identificarla, e di indicarla"⁹. Invece è possibile dimostrare che nell'ordinamento coesistono interpretazioni plurime delle fonti. La citata autorevole dottrina propone un esempio tratto dal codice civile vigente: "Si prenda ad esempio la coppia di norme recitate dagli articoli 832 e 534, 2° co., del codice civile italiano: a) solo il proprietario può disporre del bene che gli appartiene; b) l'erede apparente dispone efficacemente del bene ereditario"¹⁰. Si tratta di una evidente incoerenza interna dell'ordinamento giustificata dal fatto che la regola a) è la regola generale, mentre la regola b) rappresenta una deroga eccezionale. Con questa interpretazione derogatoria dottrina e giurisprudenza hanno riportato coerenza nell'ordinamento italiano. Nel diritto comparato, si può osservare che "in Belgio la deroga non figura nella legislazione, né nell'interpretazione. In Francia essa non figura nella legislazione, ma figura, indiscussa, nella interpretazione"¹¹. Utilizzando la metodologia dei formanti è possibile osservare che il diritto italiano e il diritto belga differiscono perché adottano regole operative opposte, essendo tali le soluzioni previste dai rispettivi sistemi; mentre il diritto italiano differisce dal diritto francese perché i rispettivi formanti affermano due regole diverse, nonché il diritto francese differisce dal diritto belga perché seppure la regola enunciata dal formante legislativo sia uguale è diversa l'interpretazione della medesima effettuata dal formante dottrinale.

Cosa sono quindi i formanti? Sono degli enunciati che consentono di distinguere l'interazione delle regole giuridiche con l'individuazione della regola effettivamente praticata dai vari attori che interagiscono sulla scena giuridica. Ad esempio, nella sentenza possono coesistere diversi tipi di formante: il principio giuridico (massima) che il giudice ha utilizzato per applicare al caso concreto la norma del codice, cioè il formante legislativo. L'insieme delle massime ovvero dei principi giuridici elaborati dalla giurisprudenza costituiscono il formante giurisprudenziale; mentre le elaborazioni degli studiosi che discutono, aderiscono, obiettano sulle interpretazioni giurisprudenziali o sulle soluzioni normative adottate dal legislatore compongono il formante dottrinale. Il formante dottrinale ha un ruolo importantissimo nella preparazione del futuro giurista: lo studente che frequenta le lezioni all'università e studia sui manuali assorbe il modo di affrontare le questioni giuridiche proposte dalla dottrina. La scrittura da parte della dottrina di testi, articoli, libri, note a sentenza ha una certa influenza sulla vita professionale di giudici e avvocati perché cerca di orientarne l'opinione attraverso la dotta esposizione di argomenti giuridici a favore ovvero contro una certa soluzione.

Molto spesso i formanti sono espliciti, poiché il giurista in grado di analizzare le diverse componenti dell'ordinamento si rende conto di come il formante giurisprudenziale abbia interpretato quello legislativo e così via. Però esistono delle situazioni in cui i formanti non sono esplicitati: si tratta dei crittotipi¹². La comparazione consente l'emersione dei crittotipi quando dimostra che soluzioni applicative identiche sono implicite in un sistema ed esplicite in un altro. Si tratta di regole non verbalizzate, la cui presenza è talmente ovvia da sembrare normale e scontata¹³.

4. Le tesi di Trento.

Molti si sono posti il dubbio se il diritto comparato abbia l'autonomia di una scienza all'interno delle materie giuridiche ovvero consista in un metodo per indagare le differenze tra i sistemi giuridici. Che cosa vuol dire comparare? A cosa serve? A queste domande sono state date risposte molto diverse tra loro, tuttavia riconducibili a due orientamenti principali: da un lato vi è chi sostiene che la comparazione consista nella ricerca di una conoscenza, dall'altro lato si afferma che la comparazione è utile per la ricerca di modelli migliori¹⁴. Tra le due è preferibile la tesi che si rivolge alla law in action, piuttosto che alla law in the books per verificare l'effettiva applicazione delle regole giuridiche nella realtà. La comparazione è quindi un esercizio continuo di analisi con metodo scientifico per conoscere e misurare le differenze, mentre la valutazione delle medesime è compito della scienza della politica, non più del comparatista¹⁵.

Questa prospettiva, applicata al diritto comparato, ha consentito ai giuristi comparatisti la formulazione di cinque tesi sulla comparazione giuridica, conosciute come "Tesi di Trento" poichè prendono il nome dalla città nella quale si svolse un importante convegno¹⁶.

Prima tesi: *Il compito della comparazione giuridica, senza il quale essa non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono i risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto.*

Osserva la dottrina¹⁷ che attraverso la comparazione si possono verificare le ipotesi di identificazione elaborate dal giurista territoriale all'interno del suo sistema nazionale¹⁸. Al fine di raggiungere questo scopo la comparazione, come accade per ogni disciplina, svela la sua duplice natura di scienza ed allo stesso tempo di metodo. Essa si configura come metodo poiché adotta una serie di procedure per raggiungere il dominio di una serie di dati empirici, rappresentati dagli elementi giuridici che caratterizzano un sistema giuridico; tuttavia non esiste un unico metodo per comparare. Si può verificare questo assunto all'interno dello studio dei fenomeni oggetti dell'indagine comparativa, come lo studio della circolazione dei modelli, le dissociazioni ovvero le omologazioni all'interno dei modelli medesimi. Poiché per comparare occorre accertare in concreto il verificarsi empirico di un certo fenomeno, è possibile affermare che la comparazione ha una natura opposta alla dogmatica in quanto la dogmatica si limita a effettuare ragionamenti analitici e ordinatori con uno scopo definitorio, mentre la comparazione necessita del dato empirico al fine di verificare i propri assunti¹⁹. A questo proposito, è possibile giungere alla elaborazione di una

Seconda tesi. *La comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo un criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto.*

In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche, secondo il dettato di Vico, verum ipso factum²⁰. Ulteriormente, essa si confronta in continuazione con il dato concreto, composto dai fatti e dalla analisi valutativa dei medesimi effettuata in modo approfondito, anche con

congressi e scambi culturali. Tali confronti aiutano il giurista comparatista, che ne sia consapevole, a osservare il proprio diritto nazionale al di fuori dell'ovvio. Può altresì succedere che il comparatista utilizzi inconsapevolmente elementi del proprio sistema che rimangono latenti, non formalizzati. Attraverso la comparazione è possibile far emergere tali elementi che la dottrina definisce "crittotipi"²¹. Come autorevole dottrina insegna sul punto, fino a che si studia un sistema giuridico nazionale isolandolo lo si osserverà necessariamente come se fosse ordinato e sincronico nei suoi elementi essenziali quali "la legge, la definizione dotta, la proposta saggistica, la tradizione scolare, la motivazione giudiziale, la decisione giudiziale, la decisione pratica e strettamente omogenee"²² ovvero compatibili tra loro. Su questi punti l'esclusivo studio del diritto interno non consente di evidenziare distonie nel sistema, invece con la comparazione con gli ordinamenti di aree territoriali distinte, è possibile osservare che leggi identiche nella formulazione testuale diano luogo a regole operazionali opposte. Quale esempio si può proporre l'analisi del concetto di "principio consensualistico". In questo caso il crittotipo il quale si manifesta nella forma della sineddoche poiché quando si indica una parte del dato, il consenso, si tace il resto, ovvero la necessità della causa che fonda il consenso medesimo²³.

Tale operazione di svelamento dei crittotipi, ovvero di regole inesprese presenti nell'ordinamento consente di giungere alla elaborazione della terza tesi trentina, la quale sottolinea che lo studio dell'ordinamento straniero da parte di uno studioso di formazione nazionale, in questo caso italiana, è comunque comparatistico perché pone in raffronto le categorie giuridiche straniere con quelle nazionali sottolineando identità, similitudini e differenze²⁴.

Terza tesi. *La comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree.* Per questo fine è importante abituare i giovani discenti alla verifica diretta sulla decisione giudiziale in lingua, affinché inizino a prendere confidenza con gli istituti di altri ordinamenti in modo diretto e non superficiale. Gli studenti nel seminario hanno affrontato sotto la lente comparatista temi giuridici attinenti all'attualità come l'istanza di sospensione dei trattamenti vitali, la maternità surrogata, l'affidamento del minore, il mutamento del nome del minore, l'affidamento del figlio, la Lebenspartnerschaft, la discriminazione razziale, la morte a seguito di malattia contratta sul luogo di lavoro, l'inquinamento ambientale, l'utilizzo di medicinali dopanti, il contratto di lavoro a chiamata, il contratto di spedizione.

Lo studio comparatistico riesce a porre in evidenza in che modo i diversi elementi che lo compongono, ovvero i formanti, siano essi di natura dottrinale, giurisprudenziale, legislativa si relazionano tra loro. Questa analisi consente di verificare se il dato dichiarato nella norma è coerente con gli altri, ovvero diverge, dando vita alla c.d. regola operativa, cioè al *modus operandi* concreto. A questo proposito, interviene la

Quarta tesi. *La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa ha il merito specifico di controllare la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema, dopo aver identificato e ricostruito questi stessi elementi. In specie, essa controlla se le regole operative presenti nel sistema siano compatibili con le*

proposizioni teoretiche elaborate per rendere conoscibili le regole operazionali.

Il comparatista territoriale non possiede l'esclusività della conoscenza dell'ordinamento di appartenenza, anzi secondo la quinta Tesi di Trento tale conoscenza potrebbe essere un impiccio per lo studio approfondito del suo sistema. A questo proposito, si può dire che lo studio del sistema straniero aiuta al meglio la conoscenza del proprio sistema territoriale perchè la comparazione gioca un ruolo di lente di ingrandimento nella ricerca delle regole operazionali effettivamente applicate.

Quinta tesi. *La conoscenza di un sistema giuridico non è monopolio del giurista appartenente al sistema dato; se da una parte è favorito dall'abbondanza delle informazioni, sarà però impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano pienamente coerenti con le regole operazioni del sistema considerato.*

5. La comparazione e la critica all'unitarietà degli ordinamenti giuridici.

Le Tesi di Trento appena esaminate consentono di individuare la pluralità di significanti giuridici presenti in ogni ordinamento. Correttamente occorrerebbe esprimersi utilizzando il termine plurale di "ordinamenti" rispetto a quello singolare di "ordinamento", infatti non è più sorretto dalla realtà normativa un ordinamento che sia impermeabile agli influssi dell'esterno. Ad esempio, in Europa si può parlare di diritto interno oltre che di diritto comunitario, ed entrambi hanno subito le influenze sia degli istituti che la prassi commerciale, la nuova *lex mercatoria* come è stata autorevolmente definita²⁵, ha imposto nel mondo degli affari. Si pensi soltanto all'ordinamento italiano, ad esempio, all'ampio spazio che esso sta riconoscendo alla giustizia privata delle *Alternative Dispute Resolutions*, quale strumento efficiente per risolvere in tempi brevi le controversie civili, alla recente adozione del *trust*, alla specializzazione del contratto dei consumatori rispetto alla categoria generale di contratto, alla adozione della *class action*. Oppure per quanto concerne i profili di stampo penalistico si pensi l'introduzione del processo accusatorio ovvero del patteggiamento, dello *stalking* e così via in un lungo elenco di trapianti giuridici²⁶, ovvero di un recepimento di flussi giuridici²⁷ dagli ordinamenti stranieri verso quello italiano. In questo panorama di ricezione di istituti stranieri, spesso avulsi dalla mentalità e dalla tradizione giuridica italiana, come avvenuto nei casi di implementazione del *trust* ovvero della *class action* o ancora del patteggiamento, il ruolo dei giuristi comparatisti è rilevante, perchè attraverso la loro conoscenza possono rendere un contributo concreto attraverso la spiegazione ed illustrazione dell'istituto estraneo alla tradizione giuridica domestica e agevolarne l'adattamento nell'ordinamento interno.

Come un Paese recettore può accogliere una soluzione giuridica diversa dalla propria abbandonando questa? Tradizionalmente la dottrina parla di imposizione di un modello giuridico con la forza delle armi ovvero con l'imitazione per prestigio della soluzione giuridica adottata. L'esempio di scuola che spesso viene fatto nelle aule universitarie riguarda l'imposizione del *Code Civil* francese (*Code Napoléon*) nei territori occupati da Napoleone, Imperatore dei Francesi. Si possono prendere quali esempi della prestigiosa influenza del *Code Napoleon*: quello italiano e quello tedesco. Il *Code Napoleon* venne adottato nei domini

italiani a partire dal Regno d'Italia nel 1804²⁸. Caduto Napoleone e subentrata Restaurazione in seguito al Congresso di Vienna del 1815 (con le sole eccezioni di Sicilia e Sardegna) i modelli francesi imposti in precedenza con la forza vennero recepiti nei Regni preunitari grazie al prestigio di carattere politico istituzionale. Questo prestigio proveniva dalla modernità del codice napoleonico rispetto alle regole che venivano applicate prima della dominazione francese. Tale modernità prescinde dal carattere politico che il codice avrebbe potuto portare con sé in quanto esso venne recepito in una traduzione quasi letterale tanto in stati reazionari quali il Regno delle Due Sicilie quanto in regni più liberali come il Ducato di Parma²⁹. Con l'unificazione italiana avvenuta nel 1861 il prestigio del codice francese continuò la sua influenza sia con l'estensione del codice piemontese nei territori annessi, sia con l'adozione del primo codice civile italiano nel 1865, il Codice Pisanelli, il quale ricalcava la traduzione del codice francese forte di una nuova ricezione del modello francese anche da parte della dottrina italiana.

L'esempio tedesco è significativo per il dibattito provocato dalla applicazione in alcune parti della Germania, come la Renania, del codice napoleonico. Il dibattito prese vita da un breve testo³⁰ di Anton Thibaut dove si auspicava l'adozione di un codice unitario di diritto tedesco anche per i popoli tedeschi. Invece, la Restaurazione aveva fatto rivivere la parcellizzazione normativa che rifletteva la frammentazione politica conseguente alla presenza di una pluralità di ordinamenti: da quelli statali, a quelli cittadini ovvero consuetudinari. Oltre che per la presenza di una situazione politica non omogenea, questa proposta incontrò la forte opposizione di uno dei più importanti giuristi di lingua tedesca: Carl Friedrich von Savigny, il quale prese spunto da questa vicenda per stendere il manifesto metodologico³¹ della scuola storica tedesca, dove von Savigny riconosceva la generosità e la lungimiranza della proposta di Thibaut, tuttavia evidenziava che la provenienza francese del modello non si addiceva alla tradizione del diritto tedesco di allora, legato alle sue tradizioni e ai suoi costumi così intimamente collegate al *Volkgeist*, allo spirito del popolo. Il diritto, secondo von Savigny, avrebbe una duplice vitalità: da un lato esso dovrebbe vivere nelle tradizioni del popolo, se venisse formalizzato in un codice esso morirebbe, dall'altro esso è comunque espressione della scienza *juris* dei giuristi. È importante sottolineare che il *Volkgeist* non risiederebbe nella *coutume* giuridica, ma nella tradizione culturale del popolo. A questo proposito va ricordato che due tra i più noti allievi della scuola di von Savigny, i fratelli Grimm, sono rimasti celebri più per i loro studi sulle tradizioni culturali e filologiche tedesche, tra cui le celebri raccolte di fiabe, che per il loro comunque rilevante profilo di giuristi.

In entrambi gli esempi italiano e tedesco si può notare come il prestigio del Code Napoleon abbia rivestito un ruolo giustificativo: nel primo caso per accoglierne le soluzioni e grazie allo studio della dottrina e giurisprudenza francese, la cui autorevolezza era unanimemente riconosciuta dagli studiosi italiani di diritto del XIX secolo, con la rigorosa metodologia della *École de l'Exégèse* che ha promosso il superamento delle *coutumes* dell'*Ancien Régime*. Nel secondo caso, in nome di una tradizione culturale nazionale si è rigettata la soluzione, seppur prestigiosa, di provenienza straniera per rielaborare presso le cattedre universitarie in una ottica innovativa le Pandette romanistiche. La scuola c.d. Pandettistica, dunque, è riuscita ad unificare il diritto dove il prestigio del codice napoleonico non aveva avuto successo, ovvero nelle aule universitarie

invece in quelle dei tribunali. Infatti, mentre nei tribunali si continuava ad applicare il diritto consuetudinario, i giuristi si formavano con una metodologia unitaria e un testo comune di matrice romanistica. Quando la situazione politica, con l'unificazione della Germania nel 1871, rese possibile la redazione di un codice tedesco, questo affondava le sue radici nella scuola Pandettistica.

La ragione giustificativa del prestigio ha funzionato anche per quelle esperienze di tipo coloniale, specie in Africa, dove i Paesi colonizzatori hanno prima imposto i propri modelli giuridici almeno nei rapporti tra coloni e nativi e successivamente questi sono stati mantenuti grazie alla continuazione dei rapporti tra le colonie e l'ex madrepatria³².

Altri Paesi, invece, si sono rivelati essere debitori di un modello derivante dall'esperienza colonialista, ma più di recente si stanno staccando dall'eredità colonialista, ovvero tradizionale, per adottare soluzioni giuridiche propugnate da istituzioni quali la Banca Mondiale ovvero il Fondo Monetario Internazionale che, adoperando persuasivi strumenti di *soft law*³³, orientano le riforme negli ordinamenti nazionali. La *soft law* concerne norme di natura giuridica che non vengono imposte attraverso il tradizionale e formale processo parlamentare, poichè sono prive di efficacia vincolante diretta. Esse principalmente coincidono con impegni politici presi dagli Stati nei confronti di certi enti sovranazionali al fine di adeguare le regole degli stati a uno standard internazionalmente condiviso³⁴.

Vi sono ancora altri fenomeni di recezione di modelli giuridici, questi possono essere rappresentati dalle esperienze di quegli ordinamenti che, seppure appartenenti ad una certa tradizione giuridica, convinti dal prestigio e dalla efficienza della soluzione straniera, desiderano implementarla nell'ordinamento interno, anche se questa non ha alcuna radice nell'ordinamento di destinazione. Alcuni esempi di questa sorta possono essere l'adozione del trust e della class action negli ordinamenti di civil law.

I sistemi giuridici c.d. "recettori" di modelli prestigiosi altrui sono da distinguere dalla c.d. "giurisdizioni miste". La comparazione riesce a mettere in piena evidenza la presenza di diversi livelli normativi in quei sistemi giuridici, conosciuti come "mixed jurisdiction"³⁵, dove per ragioni storiche, politiche o religiose, si è creata una stratificazione di differenti ordinamenti giuridici. Tra queste possiamo ricordare le più note, quali quelle del Sudafrica, che presenta elementi di diritto afrikaans (olandese), inglese e tradizionale; del Québec e della Louisiana, accomunate dall'essere stati federati di civil law di matrice francese in una federazione di common law; della Scozia, che presenta sia elementi di civil law sia di common law; di Israele, caratterizzato dal substrato di origine ottomana e dal sistema di common law, eredità del protettorato inglese.

La comparazione agevola la comprensione dei diritti di natura religiosa, come quello islamico³⁶, cinese, giapponese ed indiano tradizionale, distinguendone gli elementi importati dalla modernità di stampo occidentale. Questo fenomeno è però maggiormente caratteristico per i diritti d'estremo oriente.

Esistono dei modelli di comparazione che mettono in relazione un ambito del diritto con altre discipline di stampo extragiuridico. L'analisi di questo ambito pone in evidenza il ruolo degli strumenti giuridici nella diffusione di modelli giuridici. Occorre pensare ad esempio alla tv, con le serie ambientate negli USA in prestigiosi studi legali, a partire dall'antesignano di tutti i *legal drama*: Perry Mason; al cinema, alla

letteratura. Si potrebbe parlare per ciascuno di questi ambiti di specifici filoni: *law and cinema*³⁷, *law and television*³⁸, *law and literature*³⁹.

6. Chi compara? Avvocati, giudici e professori.

Il giurista può approcciare il diritto comparato in molteplici modi: ogni percorso professionale scelto, sia avvocato, giudice, notaio ovvero professore (per citare le possibili scelte tradizionali tra le professioni giuridiche) egli può ricevere spunti dal diritto comparato.

Il ruolo della dottrina nei confronti della comparazione è quello che comporta meno problemi: quale stimolo alla riflessione intellettuale, lo studioso si rivolge spesso alla comparazione per verificare la bontà della soluzione, anche innovativa, adottata nel proprio sistema territoriale. Il dottrinario è colui che più spesso applica le sovraesplicite Tesi di Trento alla propria esperienza comparatistica. Per quanto concerne il rapporto tra l'avvocatura e la comparazione, l'analisi non è altrettanto semplice. Come è noto, quella forense distingue due categorie professionali profondamente diverse tra loro, anche se vengono comunemente definite "avvocati". Vi è l'avvocato che si dedica alla carriera nelle c.d. "law firms", i grandi studi internazionali, spesso straniere, ma esistono anche esempi di grandi studi italiani che si occupano di contrattualistica transnazionale. Le *law firms* applicano una prassi internazionale, la già citata nuova *lex mercatoria*, nelle operazioni transazionali di acquisizione di rami d'azienda, di marchi, brevetti. In questo caso, gli avvocati si occupano di applicare elementi stranieri (generalmente di common law inglese o americano) al diritto del luogo in cui ci si trova. Tuttavia tali risultati della comparazione non fuoriescono dagli studi legali ovvero dagli uffici dei clienti, poichè spesso le controversie regolate da questa *lex mercatoria* vengono risolte in via privata, attraverso procedure arbitrali. Il ruolo "comparatistico" di questi giuristi è impalpabile essendo limitato ad una stretta cerchia di operatori. Vi è poi il ruolo dell'avvocato "di prossimità", ovvero la figura classica dell'avvocato di famiglia, che abitualmente esercita da solo nel proprio studio e che si occupa generalmente di un vasto settore del diritto civile, del diritto del lavoro, del diritto penale o del diritto amministrativo. In questo ultimo caso, però, la situazione si sta evolvendo perchè anche gli avvocati di prossimità stanno intraprendendo la professione in forma associativa. Questa figura di professionista è "di prossimità" perchè è a questo avvocato che si rivolge il cittadino comune quando ha bisogno di risolvere una controversia o deve agire in giudizio. La figura dell'avvocato di prossimità è essenziale per la realizzazione concreta dell'art. 24 della Costituzione in quanto espletando la pratica giudiziale nelle aule di tribunale portano a conoscenza dei giudici le istanze di tutela dei cittadini ancora prima che queste vengano regolate dalla legge.

Quanto può essere utile la conoscenza del diritto comparato nel primo ovvero nel secondo modo di esercitare la professione forense? Per quanto concerne gli avvocati che si occupano di contrattualistica internazionale il diritto privato comparato diventa essenziale per la conoscenza del contratto di common law, mentre la vita professionale dell'avvocato di prossimità può presentare diverse occasioni di incontro con

istituti sotto la lente del diritto comparato qualora il cliente presenti al suo legale istanze inerenti, ad esempio, ad istituti del diritto successorio, di diritto familiare, dell'adozione e così via.

Il diritto comparato diventa anche rilevante, nella vita forense, per quanto concerne la riforma della professione. Alcuni professionisti, ad esempio, tendono ad importare sul mercato italiano modelli forensi tipici, ad esempio del modello francese delle *boutiques du droit*. A questo proposito, va ricordata l'esperienza di alcuni avvocati i quali sono "scesi" dagli studi legali abitualmente situati in importanti palazzi, magari del centro storico cittadino, per aprire la loro vetrina sulla strada a contatto con i passanti, come una volta succedeva con le latterie o il verduriere. L'altro elemento che risalta riguarda il tentativo di abbassare i costi delle consulenze legali, le tariffe legali già al centro del non dimenticato, e neppure troppo gradito, tentativo di liberalizzazione apportato dal Pacchetto Bersani del 2006. Questi sono i sintomi più appariscenti di un disagio più profondo che colpisce la professione forense in tutto il mondo collegato alla *Western Legal Tradition*. Anche nel Regno Unito, patria del *Common Law*, di una tradizione giuridica così rigorosa che fino a pochi anni fa si manifestava con la vestizione del parrucchino in capo al giudice, esiste un profondo disagio della professione forense. Tale disagio è stato ampiamente studiato e descritto nei lavori di una commissione governativa guidata da Sir David Clementi, già Governatore della Banca d'Inghilterra ed instaurata nel 2003. Tra i problemi emersi dallo studio della Clementi Commission si evidenziavano la scarsa concorrenzialità del mercato forense, l'insoddisfazione dei clienti, tanto privati quanto imprese, per la scarsa competenza dei professionisti ed i alti costi pagati per i servizi legali. Al termine dei lavori, nel 2004, la Clementi Commission aveva predisposto una radicale riforma della professione forense sfociata nella stesura del *Legal Service Act 2007*⁴⁰ con l'intenzione di "putting consumers first", cioè "al primo posto i consumatori". Nelle sue parti più rivoluzionarie il *Legal Service Act* ridisegna la figura del legale a partire dalla "law firm". I punti focali di questa riforma sono principalmente due: da un lato la possibilità per i legali di predisporre dei "law corner" nei supermercati dove un legale-dipendente della catena di grandi magazzini offre consulenze ai clienti (da questa circostanza la riforma è stata ribattezzata "Tesco law" poichè la "Tesco" è la più grande catena di supermercati inglesi). Dall'altro lato consente alle imprese di investire i propri capitali fino ad un massimo del 25% in uno studio legale. È evidente che siffatta riforma non convince i sostenitori più tradizionalisti della indipendenza ed imparzialità del legale sia perchè questo può essere un dipendente del market che offre il law corner ai suoi clienti, sia perchè il finanziamento di un quarto del capitale di provenienza esterna può incidere in maniera significativa sulle policy dello studio. Nel nostro Paese le resistenze in difesa del baluardo dell'indipendenza e imparzialità del legale sono molto forti e ben dimostrate dal provvedimento del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Brescia che aveva censurato alcuni legali milanesi (uno di essi consigliere dell'Ordine di Milano) organizzati in negozio aperto direttamente sulla strada con tanto di insegna pubblicitaria per comportamenti non conformi alla correttezza e al decoro. La censura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati bresciano è stata portata all'attenzione dell'Autorità per la Concorrenza ed il Mercato che ha aperto un'istruttoria per valutare se la censura all'iniziativa costituisca un'intesa restrittiva della concorrenza. Sotto un profilo meramente procedimentale ci si può chiedere se quella intrapresa dai censurati sia una soluzione corretta ed efficiente, poichè parrebbe che l'impugnazione

del provvedimento di censura debba essere depositato presso altre istituzioni. Tuttavia la questione cruciale evidenziata da questi fatti riguarda la visione che le due parti in causa, avvocati da un lato, Consiglio dell'Ordine dall'altro, hanno del proprio ruolo e del modo di trovare nuovi clienti, necessità fondamentale per sopravvivere nel mestiere forense.

Per quanto concerne il giudice, questi ha il dovere di rispondere con una soluzione giuridica, che accolga o rigetti l'istanza del cittadino, non può emanare sentenze di non liquet: esse devono essere in conformità con il diritto vigente e con i principi generali dell'ordinamento giuridico. Quindi, come si pongono i giudici nazionali di fronte al diritto comparato? Autorevole dottrina ha proposto una esauriente indagine sul punto⁴¹. Nel considerare il ruolo dei giudici nazionali alle prese con il diritto straniero, ad esempio nelle controversie di diritto internazionale privato onde verificare la compatibilità o meno dell'istituto con l'ordine pubblico dell'ordinamento interno ovvero per trarre considerazioni argomentative al fine di motivare la decisione, questa indagine si articola in diversi punti:

- a) I giudici tengono una posizione ambivalente: come ad esempio negli Stati Uniti, dove vi è un forte dibattito sulle soluzioni prestate dal diritto comparato grazie alla presenza degli *amicus curiae*, ovvero di opinioni di terzi esperti presentate alla Corte, che possono propugnare la comparazione con esempi di altri ordinamenti. La voce contraria all'utilizzo di esperienze comparatistiche è quella, prestigiosa e conservatrice, del Giudice Scalia della Corte Suprema, il quale afferma che l'uso di elementi stranieri nelle decisioni dei giudici americani è "antidemocratico". Nonostante l'imprecisione di questa definizione, va considerato che neppure la nomina di Scalia alla Corte Suprema risponde a rigorosi canoni di democraticità, poichè giudice di nomina presidenziale. Tuttavia Scalia intende evidenziare l'estraneità degli elementi comparatistici dal sistema statunitense, nonostante poi questi siano presenti nelle motivazioni di importanti sentenze su materie sensibili come *Lawrence v. Texas*⁴², sulla depenalizzazione della sodomia ovvero *Stanford v. Kentucky*⁴³, sulla pena di morte inflitta ad un minorenni come punizione crudele e inumana. Scalia in questo caso, nella sua *opinion*, contrasterà gli elementi comparatistici facendo riferimento al concetto americano di "decoro".
- b) In altri ordinamenti i giudici fanno riferimento ad elementi comparatistici, ma senza ammetterlo apertamente, come nel caso italiano, dove si registra una forte influenza del formante dottrinale su quello giurisprudenziale nonostante il divieto di citare le fonti di dottrina. Come già visto, l'Italia è particolarmente recettiva ai modelli stranieri e alle fonti non italiane, come nel caso del danno biologico, nato da una corrente giurisprudenziale che ha recepito studi comparatistici. Anche in Francia i giudici fanno uso, anche se non esplicito, del diritto comparato, come nel caso *Perruche*, che promosse un ampio dibattito sulla ammissibilità, poi rigettata dal legislatore, sul danno da *wrongful life*.
- c) Vi sono poi ordinamenti dove i giudici fanno un uso aperto del diritto comparato, come l'Inghilterra che, con l'introduzione dello *Human Right Act 1998*, cita apertamente elementi di ordinamenti estranei a quello interno, come citazioni di articoli della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

umani e delle libertà fondamentali e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La Germania è un ordinamento esportatore di modelli giuridici grazie al rigore metodologico: infatti è uno dei Paesi che maggiormente investono sotto il profilo intellettuale e non solo sull'armonizzazione del diritto privato europeo; tuttavia è anche un Paese importatore di modelli giuridici, come ad esempio la Grund Gesetz del 1949 scritta dopo la *Kapitulation* del nazismo e su forte ispirazione americana). Ad utilizzare riferimenti di diritto straniero e comparato sono principalmente i giudici costituzionali del *Bundesverfassungsgericht*, mentre i giudici di merito analizzano i modelli stranieri, spesso per rifiutarli e per mettere in guardia dal pericolo dell'adozione di figure giuridiche provenienti dal common law troppo diverse dalla tradizione giuridica tedesca. Anche la Spagna offre un osservatorio interessante: essa poco alla volta si sta allontanando dal modello francese per cercare di attuare un modello proprio, che sia di riferimento per i Paesi del Sudamerica, tuttavia in questa costruzione vengono citate spesso dai giudici fonti europee come la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

- d) Ordinamenti dove è ampiamente utilizzato il diritto straniero nelle sentenze dei giudici, come succede negli ordinamenti che convivono con una giurisdizione mista, come il Canada con il Québec fortemente attaccato alla tradizione e ai precedenti francesi, o che sono essi stessi una giurisdizione mista, come il Sudafrica. In Canada, dopo l'entrata in vigore della Charter of Rights and Freedom, i giudici fanno spesso riferimento a precedenti americani. Per quanto concerne il Sudafrica, oltre agli elementi dei sistemi giuridici stratificati tipici della giurisdizione mista, i giudici fanno anche riferimento al diritto consuetudinario delle diverse tribù che compongono il Paese. Oltre a questi rilevanti elementi comparatistici, i giudici sudafricani fanno ampio riferimento al diritto straniero, anche attraverso fonti linguistiche mediate, come nel caso dell'applicazione della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, ovvero relativamente agli effetti orizzontali tipici del diritto tedesco, ricostruiti attraverso dottrina e decisioni comparatistiche espresse in lingua inglese, come è avvenuto nel caso *Minister of Home Affairs v. Fourie et Bonthuys*⁴⁴. In questo gruppo di ordinamenti rientra anche il Brasile il quale, da recettore del diritto portoghese, si sta indirizzando verso l'area di influenza statunitense: termometro di questo passaggio è proprio la giurisprudenza con le citazioni di diritto straniero.

7. Quando si utilizza il diritto comparato?.

Con l'adozione del Code Napoleon nel 1804 in Francia, i suoi interpreti, per giustificare la legittimità negavano che esso avesse qualsiasi tipo di lacuna o di difetto⁴⁵: il Code era perfetto ed i giudici, *bouches de la loi*, non dovevano fare altro che applicarne le disposizioni ai casi concreti. Purtroppo tali affermazioni erano lontane dalla realtà nonostante l'art. 4 del medesimo prevedesse⁴⁶ che *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*, infatti le lacune del Code sono molte, dovute anche alla sua epoca. Ad esempio, la teoria della formazione del contratto è "embrionale"⁴⁷, il formalismo è quasi sconosciuto e manca una parte

generale del diritto civile⁴⁸, anche se al rilevamento di questa assenza è possibile obiettare che se ne sia sentita l'esigenza di una formulazione solo dopo la pubblicazione dei risultati della scuola pandettistica e l'emanazione del BGB tedesco. Cosa può fare il giudice in caso di silenzio della legge? Ad esempio, il codice civile svizzero⁴⁹ propone una soluzione a dir poco affascinante, con il disposto dell'Art. 1 "Applicazione del diritto. 1 La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione. 2 Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. 3 Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli". Quale dottrina? Quale giurisprudenza? Il codice svizzero non lo specifica anche se è logico presumere che faccia riferimento a quella svizzera, tuttavia si può immaginare almeno per un momento che questo articolo lasci spazio al diritto comparato e, riprendendo la bella analisi già citata⁵⁰, in quali ambiti potrebbe essere possibile un richiamo al diritto comparato nella decisione del giudice.

Intanto sarebbe possibile utilizzare soluzioni provenienti dalla comparazione a) quando vi è un problema simile in molti sistemi simili ed è così possibile avere una risposta armonizzata. Quale esempio calzante si citano i contratti provenienti dalla *lex mercatoria* quali il franchising e il factoring, prima nati e formati nella prassi internazionale e poi solo successivamente oggetto di disposizioni legislative nel nostro ordinamento. La prassi internazionale è spesso strumento veicolare per contratti di questo tipo, a questo proposito autorevole dottrina (Canivet, citato da Markesinis e Fedke) ha affermato che i cittadini e i giudici di Stati che condividano culture più o meno simili e hanno un identico sviluppo economico sono sempre meno disponibili ad accettare che situazioni le quali sollevino gli stessi problemi di fatto conducano a soluzioni divergenti a causa delle differenze nelle regole giuridiche da applicare. Questa esigenza è sentita anche in *common law*, dove un noto giudice, Lord Bingham, nella decisione *Fairchild*⁵¹ afferma che "se in questo paese si dà una decisione che offende il fondamentale senso di giustizia di qualcuno e se la considerazione di fonti internazionali suggerisce che una decisione diversa e più accettabile verrebbe data nella maggior parte degli altri sistemi giuridici, a prescindere dalla loro tradizione giuridica, questo deve causare un attento ripensamento della decisione in questione".

Il diritto comparato può soccorrere il giudice anche quando, b), l'esperienza straniera, suffragata da prove empiriche, aiuta a smentire le paure e i rifiuti locali sulle conseguenze di una particolare soluzione giuridica. In questo caso occorre utilizzare il diritto di provenienza straniera nel ragionamento comparatistico in modo empirico, concreto. Esistono almeno tre casi evidenti: essi sono:

- il tema, verificatosi nell'ordinamento inglese, sulla responsabilità (tanto penale quanto civile) delle persone giuridiche pubbliche, come i servizi di assistenza sociale. Il caso concreto riguardava la contestata leggerezza dell'assistenza pubblica nelle procedure di adozione. Il Regno Unito di Gran Bretagna è stato sanzionato molte volte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per la superficialità con cui i minori venivano sottratti alle famiglie d'origine e poi dichiarati adottabili. Vi era responsabilità da parte dell'assistenza sociale nei confronti dei genitori falsamente o superficialmente accusati? Nel caso *Berkshire*⁵² il già citato Lord Bingham, nella sua opinione minoritaria,

argomentava sulla base sia dei precedenti della Corte di Strasburgo sia su precedenti relativi agli ordinamenti francese e tedesco dove la previsione della responsabilità dell'assistenza sociale in casi simili non aveva avuto gravi ripercussioni sull'amministrazione, ma ne aveva migliorato l'efficienza.

- il tema della privacy. In materia di protezione della riservatezza occorre bilanciare tra il diritto alla libertà di manifestazione di pensiero e alla libertà di stampa con il diritto alla riservatezza. In questo ambito è possibile comparare due casi analoghi di personaggi famosi risolti da due ordinamenti: il caso Mosley⁵³ nell'ordinamento inglese e il caso Hannover⁵⁴ nell'ordinamento tedesco. Quali sono state le regole operazionali applicate? Nel caso Mosley, vi era stata la pubblicazione sul sito Internet del tabloid News of the World di un video sexy di stampo sado maso girati clandestinamente che raffiguravano il presidente della Federazione Automobilistica Internazionale, personaggio di primissimo piano nel mondo delle corse automobilistiche di Formula 1, mentre era vestito da nazista ed impegnato in una orgia. La High Court aveva rigettato l'istanza di cancellazione del video, poichè la violazione della privacy era già avvenuta in modo irreparabile e la rimozione del medesimo dalla Rete non avrebbe rimediato all'offesa ricevuta, tuttavia ha condannato l'editore del tabloid a versare a titolo di risarcimento danni 60.000£, circa 72.000€ Ci si può chiedere se questa sanzione sia efficiente e sufficiente ad impedire il ripetersi di siffatti episodi, poichè il costo per il tabloid del video è stato sicuramente maggiore e maggiore è stato il ritorno economico, e mediatico, di questo scoop.
- Il secondo caso riguarda un'altra celebrità, Caroline von Hannover, principessa di Monaco, ritratta più volte in scene di vita familiare con marito e figlia minore. Le reiterate richieste di risarcimento danni per violazione della privacy sono state più volte rigettate dai giudici tedeschi poiché considerata personaggio pubblico e quindi esposta alla curiosità dei lettori, e quindi dei giornali e dei fotografi. La Corte europea dei diritti umani non è stata dello stesso avviso poiché la privacy di un personaggio, anche celebre, deve essere garantita ex art. 8 CEDU poichè le immagini riguardavano la vita familiare di una cittadina, tutelabile come quella di chiunque, quando non riveste un ruolo pubblico.
- Le domande che possono porre questi esempi riguardano se il risarcimento ha veramente soddisfatto la violazione della privacy e dall'altro se la soluzione adottata bilancia in modo efficiente privacy e libertà di stampa. La prima risposta sembrerebbe essere negativa, mentre la seconda positiva.
- il tema del consenso informato. In questo caso entrano in considerazione il bilanciamento tra la responsabilità medica e l'autonomia decisionale del paziente. Gli interessi in gioco sono anche di natura economica relativamente all'ammontare dei risarcimenti del danno quando l'operazione medica non ha successo e il diritto alla salute del paziente. Da un lato vi è la posizione inglese, molto paternalistica: il medico agisce perchè è lui che sa quale è il bene del paziente, dall'altro lato la posizione tedesca la quale applica rigorosamente il criterio del consenso informato. Dal punto di vista delle cause di responsabilità civile e dell'ammontare dei rimborsi e risarcimenti delle assicurazioni, quale è la regole più efficiente? Il paternalismo inglese subisce i limiti introdotti dallo Human Rights

Act 1998, mentre in Germania sono i giudici che valutano caso per caso le richieste e il grande numero di cause viene limitato in sede decisionale.

L'utilizzo del diritto comparato da parte dei giudici riguarda ancora due casi rilevanti: ovvero nella soluzione di c) questioni derivante da trapianti giuridici, ed allora le decisioni straniere diventano un riferimento metodologico sul funzionamento dell'istituto trapiantato. Il caso più noto è quello del trust⁵⁵, tuttavia la questione si è riproposta con l'introduzione dello stalking nell'ordinamento italiano⁵⁶. Ancora quando i giudici hanno a che fare con questioni altamente tecniche o altamente etiche e l'esempio ancora recente nella memoria di tutti concerne il testamento biologico, con la nota sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748

Il giudice trae evidenti insegnamenti dalla comparazione giuridica e probabilmente la citata sentenza 21748/2007 è l'esempio recente e più noto, ma vi sono anche esperienze in tema di danno da wrongful life⁵⁷, richieste di pubblicazioni per coppie composte da persone dello stesso sesso⁵⁸, interpretazione contrattuale⁵⁹, volontaria giurisdizione⁶⁰.

Ci si potrebbe tuttavia domandare se non esistessero degli ostacoli ovvero dei pericoli conseguenti all'utilizzo del diritto comparato da parte dei giudici nello stendere le loro motivazioni. Queste possono verificarsi sotto un profilo astratto ovvero concreto. Innanzitutto il pericolo maggiore è la superficialità e la carenza di informazioni precise su un istituto: occorre che vi sia uno studio sempre attento e critico: l'analisi di diritto comparato richiede tempo, non sempre gli operatori giuridici, soprattutto i giudici, ne hanno. Secondariamente il riferimento a certe norme straniere potrebbe avere un impatto non facile su certa opinione pubblica, come nel caso civilistico dei rapporti di convivenza, anche omosessuale ovvero le norme relative alle riforme processualistiche come l'introduzione della class action. Ulteriormente, si potrebbe presentare un problema immediato di certezza del diritto per verificare come la giurisprudenza implementa l'istituto straniero recepito attraverso un trapianto giuridico. Infine l'utilizzo della comparazione rappresenta sempre uno stimolo alla discussione e può scontrarsi con un modo di intendere una questione giuridica conservatore, legato alla tradizione interpretativa di un certo istituto.

In conclusione, ci si può chiedere se davvero la comparazione apporti un contributo costruttivo non solo alla discussione dottrinale, ma anche come strumento argomentativo nelle decisioni giudiziali, tuttavia è innegabile che il giudice, come il giurista, non può rimanere cieco o sordo di fronte ai fenomeni tanto sociali quanto giuridici, che accadono al di fuori del proprio ordinamento domestico.

Il diritto multilingue nell'Unione Europea: principali aspetti e criticità interpretative in sede giudiziale, di *Valentina Vaselli*^{*}

Il termine multilinguismo, indica la compresenza di più di una lingua. E' possibile suddividere gli studi per i quali è rilevante il multilinguismo con riferimento alla dimensione del fenomeno: vi sono ricerche incentrate sul multilinguismo individuale, ovvero sulla compresenza di più di una lingua nelle capacità psico-cognitive di una persona, ed altre focalizzate sul multilinguismo sociale, ovvero sulla compresenza di più di una lingua in un gruppo di individui sottoposti alle stesse forze determinatrici (la politica, l'economia, il diritto, la cultura, l'educazione) della società a cui appartengono⁶¹. Questa compresenza plurilingue porta inevitabilmente a situazioni di conflitto generate dal confronto di significati, termini e interpretazioni diverse: la necessità di superare tali conflitti per agevolare l'esplicarsi delle forze determinatrici della società multilingue è l'obiettivo delle ricerche e delle *policies* sul multilinguismo sociale.

Il multilinguismo sociale è una caratteristica dell'Ordinamento Comunitario funzionale alla realizzazione di tre obiettivi fondamentali per l'esistenza dell'Unione Europea: l'Uguaglianza (dei cittadini, degli stati membri); la Fedeltà (al diritto, ai principi e ai valori dell'Unione Europea); l'Efficienza (nelle amministrazioni comunitarie e nazionali, nelle libertà di circolazione dei beni, delle persone, dei capitali e dei servizi)⁶².

L'Unione Europea accoglie tra i suoi principi fondamentali quello della pari dignità delle lingue. L'applicazione di questo principio si esplica in modalità operative di comunicazione tra Istituzioni comunitarie, Stati membri e cittadini comunitari che prevedono da un lato il diritto di scelta tra una delle lingue ufficiali dell'Unione Europea da parte del cittadino o dello Stato mittente nel rivolgersi alle Istituzioni, che dovranno rispondere nella lingua scelta, e dall'altro l'obbligo delle Istituzioni di rivolgersi ad uno Stato membro o ad un cittadino nella sua lingua nazionale ufficiale⁶³. Così come il Trattato istituyente la Comunità Economica Europea⁶⁴ e il Trattato sull'Unione Europea⁶⁵ sono testi redatti in un unico esemplare, in ciascuna delle lingue ufficiali, facenti ugualmente fede, anche la legislazione comunitaria è redatta in tutte le lingue ufficiali e così pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, in modo da essere accessibile ad ogni cittadino e Stato membro⁶⁶. Ciascuna Istituzione comunitaria (Commissione, Consiglio, Europarlamento) definisce poi a sua volta il proprio regolamento operativo plurilinguistico interno. La Corte di Giustizia, nell'esercizio del suo compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato⁶⁷ e di tutte le norme che compongono oggi il corpo del diritto comunitario, riconosce le lingue nazionali degli Stati membri quali lingue processuali, garantendo al ricorrente il diritto scegliere la lingua di causa, salvo alcuni temperamenti.

Il carattere multilingue del diritto comunitario implica l'autenticità della legislazione primaria e secondaria in tutte le lingue ufficiali dell'Unione. Per garantire l'uniformità di applicazione del diritto comunitario su tutto il territorio dell'Unione è quindi necessario che il significato delle norme sia identico, a prescindere dalla versione linguistica alla quale si riferisce l'interprete del diritto che le consulta per applicarle. Tuttavia può accadere che nel processo di elaborazione linguistica di trasporto dei termini della

bozza legislativa nel testo definitivo in una delle lingue nazionali, il significato della bozza comunitaria vada parzialmente o totalmente perso o frainteso, mal corrispondendo con le tassonomie giuridiche nazionali utilizzate dal traduttore. La necessità di consultare altre versioni linguistiche può nascere nel momento in cui vi sia un dubbio interpretativo nella versione linguistica della norma a cui si riferisce il caso di specie.

La Corte di Giustizia è competente a fornire su richiesta delle Istituzioni comunitarie, degli Stati membri e dei giudici nazionali l'interpretazione del diritto comunitario, ma poiché il giudice nazionale è il primo giudice d'istanza sul territorio del sistema giudiziario dell'Unione: l'interpretazione svolta da questi è di fatto la principale causa di applicazione uniforme o non uniforme del diritto comunitario. La Corte di Giustizia non ha mai prodotto a beneficio delle Corti Nazionali un documento di linee guide ufficiale sull'interpretazione multilingue delle fonti del diritto comunitario, ma è possibile ricavare alcune linee di metodo interpretativo dall'analisi della giurisprudenza comunitaria. La giurisprudenza più risalente, quando le lingue della Comunità europea erano inferiori a nove, subordinava il confronto tra più versioni linguistiche al riscontro di un dubbio interpretativo all'interno del testo della versione inizialmente consultata⁶⁸. Tuttavia questo criterio del dubbio interpretativo si basa sulla presenza di un'antinomia o di una vaghezza letterale, dunque mal si adatta ai casi in cui il testo della norma interpretato isolatamente non desta alcuna perplessità ma in realtà contiene errori materiali⁶⁹, divergenze⁷⁰ od omissioni⁷¹ rispetto alle altre versioni. Inoltre questo approccio di interpretazione, utilizzato isolatamente, non è compatibile con il rispetto del principio di pari autenticità di tutte le versioni linguistiche quali fonti di diritto comunitario⁷². Successivamente, il crescente numero di lingue ufficiali porta la Corte di Giustizia ad escludere per ragioni di efficienza la necessità di confrontare tutte le versioni linguistiche. L'analisi del confronto dei testi delle versioni linguistiche si esaurisce nel momento stesso in cui si individua l'emergere di un possibile dubbio interpretativo perché l'interpretazione del significato della norma si cerca analizzandone lo scopo e/o il contesto legislativo⁷³, superando con l'applicazione dell'interpretazione teleologica quella comparazione letterale che caratterizzava la riconciliazione dei significati divergenti subordinati alla presenza del dubbio interpretativo.

Il metodo di interpretazione teleologica sembra dunque la via interpretativa più adatta per affrontare norme comunitarie autentiche in 23 lingue ufficiali, sia da parte della Corte di Giustizia, che possiede i servizi di traduzione ed interpretazione più competenti, che a maggior ragione per le Corti nazionali. Tuttavia l'utilizzo dell'interpretazione teleologica non deve rivelarsi un mezzo per evitare *toutcourt* la comparazione delle versioni linguistiche da parte del giudice che non abbia dimestichezza con le lingue, poiché anche nella comprensione dello scopo e del contesto della norma la consultazione delle altre versioni può essere determinante.

Ogni giudice nazionale può sottoporre alla Corte di Giustizia una questione relativa all'interpretazione di una norma di diritto comunitario qualora lo ritenga necessario ai fini della soluzione di una controversia ad esso sottoposta. Il giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è, in via di principio, tenuto a sottoporre alla Corte di Giustizia tale questione, salvo qualora esista già una giurisprudenza in materia (*acte éclairé*) (e il contesto eventualmente nuovo non sollevi alcun

dubbio reale circa la possibilità di applicare tale giurisprudenza) o qualora non vi sia alcun dubbio quanto alla corretta interpretazione della norma comunitaria (*acte clair*)⁷⁴.

L'acquisizione e la padronanza di entrambi i metodi di riconciliazione dei significati divergenti delle norme comunitarie, letterale e teleologico, è fondamentale anche nella professione forense: non solo nella mera ottica di prevedere l'eventuale esito del giudizio ma soprattutto come strumento a proprio vantaggio rispetto alla parte avversa. Infatti, l'avvocato può avere un ruolo attivo, se non determinante, nell'interpretazione in sede giudiziale del diritto comunitario: la parte che sia in grado di introdurre nella discussione della causa la giurisprudenza comunitaria rilevante in modo critico, eseguendo la comparazione tra più versioni linguistiche con approccio letterale o teleologico, impone almeno la necessità di valutare il punto di merito al giudice che non fosse di per sé incline a consultare il diritto comunitario o che non avesse sufficiente dimestichezza con le lingue straniere le cui versioni sono rilevanti per dirimere il caso di specie. Sotto il profilo dell'attività stragiudiziale, è dovere del buon professionista provvedere a verificare le norme comunitarie rilevanti per gli interessi del cliente (ad esempio nell'ambito di contratti, protezione dei consumatori, soluzioni fiscali *etc*) anche nelle altre versioni linguistiche in quanto la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiaramente indicato come non si possa fare affidamento sul testo di una sola versione linguistica nell'interpretare il diritto comunitario.

Il diritto africano fra tradizione ed evoluzione, di *Benedetta Piola Caselli*^{*}

Introduzione

Quando parliamo di diritto africano, almeno nel nostro caso, é bene premettere che:

- ci stiamo riferendo solo ed esclusivamente all’Africa sub-sahariana;
- distinguiamo fra il diritto tradizionale, o comunitario, applicato a livello di villaggio ed il diritto “formale” delle corti statali, che molto spesso rispecchia quello delle ex-madrepatrie;
- l’Africa é un continente e non un paese. Questo vuol dire che le differenze fra zone geografiche, anche interne agli Stati nazionali che ne fanno parte, sono molto accentuate: differenze culturali notevoli si possono trovare anche in tribù fra loro confinanti. Parlare di “diritto africano” é dunque una generalizzazione che serve a fare ordine in un cosmo di concetti che ci sono, per lo più, sconosciuti.
- I casi esposti vengono dalla mia esperienza in Costa d’Avorio, Nigeria, Mozambico e Togo.

La società tradizionale

Tradizionalmente la società africana è organizzata per famiglie, riunite in villaggi e tribù, che riconoscono la discendenza da un solo antenato comune. I rapporti fra tribù diverse sono spesso conflittuali, soprattutto per la lotta sulle risorse naturali. A seconda della condizione climatica e della posizione geografica, nonché di fattori culturali qui difficili da analizzare, le tribù si dedicano alla pastorizia, alla caccia, alla pesca, ad un’agricoltura di base. L’economia, ad ogni modo, é prevalentemente di sussistenza. L’accumulo di “capitale” (anche risorse naturali), da investire o da conservare per i periodi di carestia è poco considerato, forse anche perché la generosità della natura permette in ogni stagione la sopravvivenza. Questo carattere della società africana colpisce sempre l’osservatore straniero, abituato al risparmio, all’accumulazione ed all’“investimento” delle risorse e della valorizzazione del tempo.

Le tribù si possono dividere in patrilineari o matrilineari, a seconda se la discendenza appartiene alla famiglia del padre o della madre.

In quelle patrilineari appartiene al padre; ciò significa che i figli contribuiranno alla ricchezza della famiglia del padre; mentre il ruolo dei nonni materni e della loro famiglia è ridotto. Se il padre viene a mancare, un suo fratello si fa carico della vedova e dei figli.

Al contrario, nelle famiglie matriarcali la discendenza appartiene alla famiglia della madre. Il ruolo del padre è minimo (in certe tribù è quasi esclusivamente “procreativo”) ed il capo famiglia è il padre della madre o suo fratello. In queste tribù, generalmente, le donne sono socialmente più considerate, perché attraverso la loro discendenza che la famiglia d’origine acquista forza lavoro e ricchezza. Nelle famiglie patriarcali, invece, i figli vanno “perduti”, perché passano con la madre alla famiglia del marito.

La posizione della donna africana nella tradizione, pur non essendo paritaria con quella maschile, non è così gravosa come in alcuni paesi, o in alcune zone e tribù, mussulmane.

E' vero che la donna sopporta gran parte del lavoro, della cura della casa e dell'allevamento dei figli. Tuttavia, molte donne sono attive nella società ed in politica e possono ricoprire ruoli di rilievo.

Il rispetto della donna e la sua considerazione sociale dipendono in grandissima parte dal suo ruolo di madre. In Nigeria, quando una donna ha fatto nascere vivo il decimo figlio, riceve dal marito uno sgabellino intagliato con cui può assistere al consiglio degli anziani (il marito parlerà per lei).

La società africana è, d'altra parte, estremamente gerarchizzata. Ciascuno occupa un posto ben stabilito per la nascita ed il comportamento successivo. I ruoli (uomo/donna, capo/servo, anziano/giovane e così via) non sono messi in discussione e sono attentamente rispettati. I compiti relativi ai ruoli non vengono invertiti: se spetta alla donna battere l'ignam, non si vedranno uomini a farlo; se spetta al servo portare fuori la spazzatura, non saranno mai i padroni a farlo.

Alcuni ruoli sono "protetti" con dei tabù, cioè divieti puniti da sanzioni divine. Ad esempio, in certi villaggi l'uomo non può entrare nella cucina, che è riservata alla donna, a pena di grande sfortuna. Questo protegge la donna dalle intrusioni del marito su come è gestito il cibo ed il denaro per comprarlo.

Il rispetto dei ruoli è considerato fondamentale per l'armonia dei rapporti e la pace del villaggio, ed ogni sua infrazione viene punita, almeno con il rimprovero.

Con il progresso e l'inurbamento, molti comportamenti e modi di vita stanno cambiando. Nonostante ciò, nella gran parte del continente nero la dimensione di villaggio è quella prevalente.

L'appartenenza ad una tribù, ed il rispetto delle sue regole, è sentita ovunque ,anche in città , come qualcosa di fondamentale ed irrinunciabile.

La giustizia tradizionale

La giustizia tradizionale è in genere esercitata a livello di villaggio, da soggetti differenti a seconda delle tribù e dei luoghi. Generalmente la decisione è presa da un organo collegiale, formato dal capo villaggio (o da una persona da lui delegata) ed alcuni consiglieri, o dal consiglio degli anziani, cioè dall'insieme di tutti i capi famiglia.

La giustizia tradizionale presenta notevoli differenze rispetto al nostro modo di intendere il diritto e la legge: e ciò si riflette soprattutto nel modo di risolvere le controversie e nel modo di concepire la pena.

Nel nostro modo di vedere il diritto esiste "a priori" una regola che stabilisce chi ha ragione e chi ha torto, e la misura ed il modo in cui si deve sanzionare.

Nella giustizia africana, invece, il modo più comune di risolvere una disputa è la conciliazione. Ciò non significa che non esistano delle regole pre-esistenti o che non vengano applicate. Le regole esistono, sono numerose: sono però considerate per lo più come "orientative", nel senso che *propongono* , ma non *impongono* necessariamente la soluzione.

Tali regole non sono quasi mai scritte ma, come succede nelle tradizioni orali, sono spesso contenute in modi di dire, canzoni o proverbi.

La preferenza per la conciliazione si deve al desiderio di mantenere unito il villaggio, di non creare risentimenti e fazioni che possono esplodere nella vendetta o trascinarsi di generazione in generazione. Una soluzione condivisa dalle parti è considerata più utile (e perciò “migliore”) della “vittoria” della pretesa di una parte sull’altra, proprio perché non lascia spazio ad ulteriori rivendicazioni e rancori.

Essa, inoltre, rende più probabile che la sanzione sia adempiuta, permettendo così di risparmiare le energie di controllo e coercizione.

Tuttavia, la prevalenza della conciliazione sull’applicazione della regola neutra, prevedibile e certa, porta con sé delle conseguenze ormai estranee (almeno in principio) alla nostra mentalità: l’apertura alla giustizia di status.

Come si è detto la società africana è ancora molto gerarchizzata, i compiti ed i ruoli sono ben separati e la considerazione sul valore degli individui è in relazione al gradino della scala sociale su cui essi si trovano.

Non deve perciò sorprendere che in una disputa fra un ricco ed un povero, la soluzione venga trovata quasi sempre a favore del ricco, ed il povero la accetti; e così fra uomo e donna, a meno che non subentrino interessi familiari diversi e più complicati.

Spesso sono le parti lese, ma socialmente inferiori, a farsi da parte o ad accettare una composizione che non conviene loro, ma che sentono di dover accettare per “l’ordine naturale delle cose”, o per timore riverenziale, o per ottenere la benevolenza di chi sentono a sé sovraordinato.

Ad esempio, mi è capitato di assistere a casi sottoposti a un régolo mozambicano riferite a fattispecie simili, ma a cui è stata data una soluzione differente. Nel primo caso, la moglie di un ricco aveva danneggiato il banchetto delle uova di un povero facendo retromarcia (perché “non lo aveva visto”); nel secondo un uomo aveva investito un cucciolo di capra appartenente ad un suo vicino.

L’affare delle uova fu liquidato con una somma simbolica, di certo inferiore al danno, mentre nel caso del capretto il danneggiato fu risarcito del prezzo intero di una capra giovane.

Le soluzioni furono accettate da tutte le parti: il primo caso coinvolgeva due soggetti differenti per status, essendo la donna moglie di un ricco notevole della provincia, mentre il secondo riguardava parti socialmente uguali.

Anche la pena è vista in funzione dell’utilità del villaggio. In gruppi molto piccoli, che vivono per la sussistenza, la forza lavoro di ognuno è importante: per questo è necessario che le pene siano pensate in modo da non perderla.

Nel diritto tradizionale, quindi, un’idea come la prigione è assurda: si toglie una risorsa al villaggio, si mina il sostentamento della famiglia e non si è sicuri del ravvedimento del reo.

Le sanzioni africane sono altre: quelle che mirano al “recupero”, come il lavoro forzato per il villaggio o per una famiglia; quelle che “dissuadono” e scaricano la rabbia della parte lesa, come le pene corporali

(molto usate) o, nei casi di offese minori, il taglio dei capelli; quelle definitive, che servono ad evitare che il villaggio sia turbato dalla recidiva del reo: l'esilio, la riduzione in schiavitù con vendita, la morte.

Molto usate sono le pene "a favore della collettività", come il lavoro forzato. In un caso controverso di omicidio, in cui un figlio aveva ucciso il padre perché questi gli aveva fatto una serie di ingiustizie pesanti, il villaggio ha ritenuto valide le ragioni del figlio ma, per sanzionare il comportamento violento, lo ha costretto a riparare diversi tetti di capanne (il caso, ormai vecchio di dieci anni, viene da un villaggio interno in Costa d'Avorio; un caso simile è avvenuto più recentemente nel nord del Mozambico).

Proprio perché si cerca, prima di tutto, di mantenere l'armonia all'interno del villaggio, la "redenzione" del reo ha molta importanza. Se un criminale dimostra di essersi pentito ed essere pronto a condurre una vita onesta, le sanzioni saranno meno severe.

Ho potuto osservare un paio di casi significativi nella corte penale di Maputo, dove ho visto significativamente cambiare sentenze per furti minori (una borsa, un pacco d'acqua, un telefonino) a seconda che il reo piangesse calde lacrime e giurasse di avere imparato la lezione, fosse composto ma freddo (occhi bassi), guardasse il giudice negli occhi (segno di sfida).

Il valore della "redenzione", vera o falsa che sia, è tanto radicato che lo si ritrova nella vita comune, oltre che nel diritto formale: in Mozambico, ad esempio, è facile incontrare persone che, dopo aver commesso qualche infrazione in buona o cattiva fede, si scusano dicendo "foi um erro" (è stato uno sbaglio) e dopo ciò si aspettano di essere pienamente perdonate. Sono estremamente deluse quando ciò non avviene.

Un ultimo punto da osservare è che la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, nella società tradizionale, è molto sottile (in certe società è inesistente). Ad esempio, ad illeciti di diritto privato possono rispondere sanzioni penali, ed, al contrario, a condotte penali possono corrispondere sanzioni civili.

In Nigeria mi è capitato di vedere un'inadempimento contrattuale punito con delle frustate; mentre in Mozambico un omicidio sanzionato con un obbligo di fare.

Un incidente può scatenare la vendetta; un reato può essere estinto con l'obbligo di una prestazione.

Anche questo non deve sorprendere. Spesso la vita vale per il lavoro, per la ricchezza che porta alla famiglia: ricchezza che, nella società che vive appena a livello di sussistenza, vuol dire vita per altre persone.

Non a caso, uno dei modi per impedire la vendetta del gruppo familiare che ha subito una vittima, in molte tribù è possibile scambiare una persona, che diventa servo, od offrire dei bambini, che apparterranno all'altro nucleo familiare, o addirittura promettere dei nascituri (Esempi si trovano nel nord della Nigeria).

I colonizzatori di fronte al diritto tradizionale

La storia coloniale varia di paese in paese, ma certamente l'impatto con le usanze africane non deve essere stato facile per nessun europeo.

Alcune erano considerate altamente immorali, perché contrarie alla religione: la poligamia, il levirato (il diritto di matrimonio del vedovo sulla sorella più giovane della moglie defunta), alcuni tipi di uccisioni.

Alcune, prima strumentali, sono diventate inaccettabili con gli anni, come la riduzione e vendita in schiavitù (molto praticata ancora oggi di fatto, se non di diritto, ad esempio in Togo ed in Nigeria), o le vendette pubbliche in cui il reo veniva ucciso barbaramente dalla folla (ai nostri giorni si usa immobilizzare il reo con un pneumatico e cospargerlo di benzina, per arderlo vivo: mentre impazzisce di dolore la folla acclama. Questa usanza è comune a tutti i paesi che ho visitato). Buffamente si trovano commenti di coloni in rivolta contro queste usanze scritte in anni in cui le esecuzioni pubbliche erano ancora in pieno vigore in Europa.

Alla difficoltà di accettare il confronto con altre regole si aggiungeva la ragione politica che voleva, per avere uno Stato ben amministrato, che il potere giudiziario fosse centralizzato e controllabile.

Amministrare la giustizia non è solo un dovere: è anche e principalmente un potere, che i neonati Stati coloniali non volevano lasciare ai capi tradizionali.

Mentre per i coloni fu subito evidente che occorreva estendere il sistema giuridico e le leggi della madrepatria, per le dispute fra locali e locali, e quelle fra locali e coloni bisognava operare una scelta sul diritto applicabile. Quasi ovunque, per le dispute fra coloni e locali fu scelto di adottare il sistema "importato", cioè di usare le corti e le regole della Madrepatria in Europa. Questo sistema chiaramente favoriva il colono, ma la possibilità di fare altrimenti era molto lontana dalla mentalità corrente.

Per le dispute fra locali, invece, ciascuna potenza colonizzatrice adottò una propria politica: o lasciare che le dispute fossero risolte in maniera tradizionale, non considerandole risolvibili dalla giustizia europea; o tentare di imporre corti e leggi anche alle dispute degli autoctoni; o riservare delle materie "più sensibili" alla competenza delle autorità tradizionali, come il diritto di famiglia e le successioni, mentre alle corti Statali ed al diritto dei "bianchi" le dispute che riguardassero interessi diversi.

Ciò comportava la costituzione di un sistema di corti di modello europeo, la formazione di giuristi e la diffusione di codici, leggi e giurisprudenza: cosa non facile in paesi vasti, spesso ostili ed in cui la popolazione era analfabeta e non cosciente (né volenterosa di sapere) in cosa consistessero le strane regole dei colonizzatori.

Questo sforzo, comunque, fu fatto e, finché resto in piedi il sistema coloniale, funzionò abbastanza bene.

Ancora oggi le strutture utilizzate per i tribunali sono per lo più quelle costruite durante colonizzazione; ed anche la maggior parte dei codici, delle leggi e delle raccolte di giurisprudenza risalgono alla colonizzazione. Solo le Costituzioni sono recenti, perché riformate negli anni dai numerosi colpi di Stato.

Con l'indipendenza, raggiunta da tutti gli Stati fra la fine della seconda guerra mondiale ed il 1975 (anno dell'indipendenza delle ultime colonie rimaste, quelle portoghesi), i neonati paesi poterono scegliere quale sistema giuridico adottare. Alcune cambiarono, ad esempio adottando la shar'ia, ma molte altre, per convinzione, convenienza o per forza di inerzia, restarono fedeli a quello dell'ex madrepatria.

Anche rimanendo formalmente identici, però, i sistemi giuridici hanno subito diversi adattamenti dovuti al luogo ed alla mentalità. Si trova così che in alcuni sistemi di Common law si fa riferimento prima di tutto alla legge, per la difficoltà di trovare la giurisprudenza (non ci sono raccolte di precedenti, non ci sono

computer o connessioni per cercarla in rete, mentre le raccolte di leggi circolano più agevolmente); al contrario in paesi di civil law si fa gran riferimento alla giurisprudenza per capire la ragione di regole dei “bianchi”, che sembrano ancora molto criptiche.

Ad esempio, recentemente mi è capitato di negoziare con un giovane avvocato togolese il finanziamento della messa in CD-Rom della raccolta di giurisprudenza coloniale francese fra il 1920 ed il 1960. “Perché”, chiedevo io, “vi servono casi così vecchi?”; “Perché” mi ha risposto lui “molte leggi francesi sono ancora del 1920. Non le abbiamo modernizzate ed i giudici di periferia non le capiscono. Sono troppo astruse. Hanno bisogno di casi pratici per spiegarsi come applicare delle regole che gli sembrano strane”.

Ecco dunque che nel sistema di civil law per eccellenza, il precedente giocherà un ruolo di prim'ordine.

Regole scritte e tradizione dopo l'indipendenza: adattamento del diritto alla mentalità.

Se molte leggi sono rimaste invariate fino ad oggi e si rivelano perciò inadeguate perché troppo risalenti, il grande cambiamento si è avuto, invece, nella magistratura.

Con l'indipendenza i giudici europei hanno lasciato il posto a giudici locali; alcuni formati in Europa, ma in maggior parte formati nelle università in loco o non formati affatto (ed inseriti per ragioni politiche).

I nuovi magistrati si trovano di fronte a diversi problemi: un ordinamento lacunoso ed arretrato; la presenza di regole inadatte; la mancanza di regole di cui la società sente il bisogno.

Un esempio di regola arretrata è l'imputabilità penale nel codice penale mozambicano, che è stata riformata solo recentemente. Il Mozambico ha ereditato sistema, leggi e codici portoghesi; ed è soggetto ad un fenomeno interessante: siccome gli scambi con la madrepatria sono continui ed intensi, si ha una doppia circolazione giuridica. Accanto ai codici propriamente mozambicani, che sono ancora quelli dell'indipendenza, (anche se con qualche cambiamento), circolano e vengono venduti quelli portoghesi, senz'alcun dubbio ben più evoluti. I giuristi e gli studenti si formano soprattutto su questi ultimi che però... non corrispondono a quelli ufficialmente in vigore.

Il giudice si trova a dover scegliere quale regola applicare fra vecchia e nuova (sempre che ne conosca la differenza, cosa non scontata), ma quasi sempre decide sulla base del codice che ha in mano: se è quello portoghese applica la regola portoghese, se è quello mozambicano la regola mozambicana.

Questo equivoco crea parecchia confusione. Ad esempio, il codice ufficiale mozambicano stabiliva l'imputabilità penale a dieci anni, mentre quello portoghese a sedici. Prima che la regola fosse cambiata, il giudice doveva decidere quale delle due applicare: era possibile mandare in prigione un bambino di dieci anni, o di tredici, o di quindici (in mancanza di strutture differenti) insieme a degli adulti criminali? Il problema, già scottante per un sedicenne, diventava moralmente insopportabile per ragazzi ancor più giovani. Si sono avute decisioni in entrambe le direzioni, basate soprattutto sull'isolamento geografico del tribunale e sul carattere del minore.

Un esempio di regola non funzionale è la responsabilità civile. Il riferimento è sempre al Mozambico che, come noi, prevede che chi abbia commesso un danno ingiusto sia obbligato a risarcirlo.

In una situazione di forte incertezza, come quella africana, può non essere conveniente addossare ad una sola delle parti il peso di tutta la responsabilità, perché l'attenzione deve essere sviluppata in ognuna. Così, nel caso di un pullmino che, sbandando per lo scoppio di una gomma, aveva danneggiato un'autovettura che passava, è stato chiesto al conducente di ripagare solo metà del danno, come se ci fosse un concorso di colpa (francamente difficile da riconoscere). “*Ma ognuno sa*” ha argomentato il giudice, “*che le strade sono pericolose, e che questo tipo di incidenti può succedere: dunque TUTTI devono vegliare per ridurre il pericolo per sé e per gli altri*”.

Un ulteriore esempio è la regola della responsabilità personale per i debiti. La regola obbliga colui che li ha contratti a rispondere con il proprio patrimonio presente e futuro.

Le regole hanno valore se posso essere coercite: altrimenti è come se non esistessero. Questo crea un “buco” legislativo in pratica, anche se in teoria la norma esiste.

La regola dell'obbligazione personale funziona in una società dove l'accumulazione dei beni è possibile; in una situazione di estrema povertà, invece, la coercizione ne è impossibile, perché non esistono beni personali su cui rivalersi, e la prospettiva che esistano in futuro è labile. Il diritto tradizionale prevede una sorta di obbligo congiunto della famiglia a ripagare il debito, oppure il lavoro forzato (in certi la riduzione in schiavitù): chi non può rispondere con i propri beni del debito, risponde con il proprio lavoro. Il diritto formale non prevede, invece, queste possibilità o le prevede in modo assolutamente residuale (pensate ad es. all'applicazione del *datio in solutum*).

Il risultato della regola inadatta è che i prestiti sono concessi con estrema difficoltà e con delle condizioni molto svantaggiose per chi li chiede, perché il rischio del creditore è molto alto.

Ciò può nuocere sensibilmente ad una società che ha estremo bisogno di far circolare la ricchezza (e sviluppare la mentalità connessa).

Questo stato di cose non è necessariamente inevitabile: si possono pensare delle soluzioni alternative imparando la lezione del diritto tradizionale ma mitigandola. Un'idea è, ad esempio, creare un sistema di responsabilità familiare, per cui i parenti stretti sono responsabili nella contrazione dell'obbligazione ma anche nella solvibilità; o sviluppare la regola del *datio in solutum* prevedendo e quantizzando l'obbligo di fare che la parte insolvente dovrebbe adempiere.

Infine, vi sono fatti della vita quotidiana che non sono disciplinati a livello formale. E' così per molte usanze e tradizioni, come il matrimonio con lobolo, che non è ufficialmente riconosciuto; ma anche per questioni meno facili da comprendere, come quelle legate alla magia.

Il giudice ed il senso del giusto

Come reagisce un giudice in fronte ad un caso in cui la legge formale cozza con i suoi principi etici, o quando si trova di fronte ad una regola che giudica inadatta?

Sono casi molto frequenti, perché le leggi erano state scritte da europei per europei; solo in un secondo momento importate in Africa; e solo in un terzo estese a tutti gli africani.

La domanda può anche porsi in questo modo: quanto è fedele un giudice al testo della legge? (ammesso che la conosca).

Sempre con le dovute eccezioni, si può rispondere che il rispetto della regola scritta è poco. Le interpretazioni dei testi normativi sono creative, a volte l'applicazione è addirittura in contrasto con il senso della disposizione.

In qualche modo i giudici fanno “quello che gli pare”; ma questo non è sempre negativo. Spesso sono proprio i magistrati a mediare fra la regola di legge, ufficiale ma non compresa dalla popolazione, e la regola tradizionale, non ufficiale ma spesso più vicina alla gente, trovando delle soluzioni accettabili per tutti.

In una corte di Maputo, ad esempio, era arrivato un caso di eredità. Una vedova chiedeva che le fosse riconosciuta la proprietà dei beni del marito, mentre la famiglia del defunto non voleva. Secondo il codice civile, la vedova eredita i beni del marito in concorrenza con i figli, se ci sono, altrimenti eredita interamente, fatte salve le disposizioni del testatore sulla quota disponibile.

Secondo la tradizione ronga, invece, la vedova è fra il 4 ed il 14 posto nella scala successoria; il che equivale a dire che non eredita mai. Questo specialmente in assenza di figli, che la tradizione garantisce affidandone il mantenimento al gruppo familiare del defunto. Cosa succede alla vedova è, invece, tutto da vedere. Sicuramente giocano un ruolo fondamentale i rapporti familiari e la situazione economica; ma non è detto che la vedova- solo perché ex moglie- sia presa in carico dai parenti del marito.

Nel caso di specie, la pretesa della vedova sull'eredità del marito era fondata secondo la legge, ed infondata secondo la tradizione.

Il giudice decise per una via di mezzo, dando una parte dei beni alla moglie e l'altra ai fratelli del marito. Questa decisione, che a prima vista sembra svantaggiare la donna, in realtà la tutelava: infatti evitava una frattura con la famiglia del *de cuius* che sarebbe stata socialmente più pericolosa per lei che non la rinuncia ad alcuni beni.

Un secondo caso, che mi piace raccontare perché particolarmente “esotico”, è stato risolto sempre dalla stessa corte. Si tratta di un esempio in cui il giudice applica le categorie giuridiche in modo tecnicamente perfetto ma per un fatto, ai nostri occhi, immaginario.

Due famiglie avevano deciso di scambiarsi la casa, e per questo avevano preso solenne impegno, firmato un contratto e sacrificato un capretto. Una delle due, arrivato il momento del trasloco, aveva però cominciato a tergiversare. Dopo qualche mese l'altra, stanca dei ritardi, aveva “fatto una cerimonia” (una magia nera) contro la prima. Il suo capofamiglia si era trovato così, in virtù della magia, a poter camminare solamente a quattro zampe, ed aveva perso il lavoro.

La famiglia riluttante aveva infine acconsentito allo scambio, ma la magia “non era stata ritirata” e l'uomo aveva continuato camminare a carponi.

Al potere di fare la magia non corrisponde, necessariamente, il potere di toglierla.

La famiglia con l'uomo a quattro zampe agiva per il risarcimento dei danni, ed il giudice glieli concesse.

Non importa stabilire se l'uomo fingesse, o fosse completamente condizionato o se la storia della magia fosse vera o falsa; ciò che conta rilevare è che la magia viene ritenuta esistente come possibilità, e quindi trattata come qualcosa che può accadere.

La paura del soprannaturale sta pian piano scemando con il progresso ed il contatto con gli occidentali, ma resta ancora ben salda nella grande maggioranza degli africani. Ricordo, ad esempio, che per le elezioni nigeriane del 2005 quasi tutti i candidati si contendevano gli stregoni più potenti, pagandoli cifre da capogiro. Questi fatti erano pubblici, ed i salari dei maghi apparivano sui giornali come sui nostri appaiono i salari dei manager.

In molti stati gli stregoni possono andare in giudizio a testimoniare sull'esistenza o meno di fatti sovranaturali, ed in certe situazioni si riuniscono addirittura in "sindacato" (ad esempio, in Mozambico, la loro associazione, l'AMETRAMO, è spesso consultata dalle corti per i fatti di magia).

Il risarcimento dei danni accordato alla prima famiglia non fu mai contestato dalla seconda sul *an* (avevano confessato di avere fatto la magia, e quindi di aver causato un danno), ma sul *quantum* (ritenevano la quantificazione eccessiva).

Un terzo esempio riguarda il riconoscimento delle tradizioni. Ad esempio, in Mozambico il matrimonio tradizionale con lobolo non è del tutto equiparato al matrimonio civile: ciò può danneggiare la moglie ed i figli.

In un caso, sempre di Maputo, una vedova sposata "con lobolo" chiedeva il versamento della pensione del marito, morto sul lavoro, che le veniva contestato perché non registrata come sposa. Il giudice decise in suo favore: sarebbe stato giusto altrimenti?

Il rovescio della medaglia: quando la legge entra nel villaggio

Le regole, le istituzioni ed il modo di pensare "tradizionale" influenzano i tribunali dello Stato.

Avviene però anche il contrario: la legge formale, la Costituzione, le Convenzioni sui diritti umani entrano ed influenzano le decisioni dei tribunali di villaggio, quando sono conosciute.

Questo avviene per diverse ragioni: 1) le regole dei bianchi hanno, comunque, un certo prestigio, e se non sembrano assurde o inopportune possono essere accettate; 2) regole presentate come molto importanti acquistano autorità perché si suppone che siano state discusse ed accettate da persone molto sagge; 3) il giudice che conosce sia la tradizione che la legge gioca su un doppio binario e acquista reputazione nel villaggio.

La presenza delle organizzazioni internazionali e delle ONG ha ormai assunto proporzioni significative in tutti gli stati dell'Africa, ed il loro impegno nella promozione dei diritti umani e del rispetto delle leggi è innegabile. Anche se i risultati possono tardare, la mentalità a poco a poco cambia.

Ad esempio si hanno decisioni di villaggio in cui il bambino ladro viene "picchiato ma non troppo", perché contrario alle convenzioni internazionali (!), o in cui il padre appartenente a un altro villaggio (e con altre famiglie a carico) viene obbligato a mantenere i figli lasciati con la madre "perché lo dice la legge", o i

giovani innamorati difesi contro i genitori contrari alla loro unione perché “la Costituzione garantisce la libertà”.

Naturalmente le regole “formali” hanno più probabilità di essere recepite ed applicate quando non si scontrano troppo con la mentalità comune, o vengono ricondotte a delle categorie comprensibili al villaggio: ad esempio, un’attivista di una organizzazione contro la violenza sulla donna spiegava che la moglie “non va picchiata, altrimenti il marito dimostra a tutto il villaggio di non avere sufficiente autorità per farsi ubbidire altrimenti”.

Il diritto all’integrità fisica della donna è indipendente alla sua posizione di moglie ed al suo presunto dovere di obbedire; tuttavia, il modo in cui il concetto veniva spiegato faceva leva su un sentimento – l’orgoglio dell’autorità- riconosciuto ed accettato.

Anche se la spiegazione dell’attivista non era ortodossa, c’è ragione di credere che qualche botta, quella sera, sarà stata risparmiata.

L’organizzazione dell’ordinamento

Per quanto riguarda l’organizzazione dell’ordinamento, possiamo riassumere così:

1) la struttura delle corti formali, generalmente, rispecchia quella della madrepatria al momento dell’indipendenza. Generalmente si hanno corti di primo grado e di appello, sia per il civile che per il penale; talvolta una Corte Suprema. E’ possibile trovare anche delle corti specializzate, come il tribunale amministrativo e la corte dei conti.

A questo sistema si contrappongono i tribunali tradizionali, che possono essere di villaggio o di quartiere. Molte città africane, infatti, si sono espanse inglobando i villaggi vicini e trasformandoli in quartieri urbani. Questi “quartieri” hanno spesso mantenuto la loro organizzazione interna, con un capo, uno stregone, un consiglio degli anziani. In Nigeria, quando muore un reuccio si scatena la caccia all’uomo per potere sotterrare il sovrano assieme a qualcuno che gli faccia compagnia. Ho assistito a questa caccia nel quartiere/villaggio di Isolo, a Lagos. Era il 2005.

Le corti tradizionali decidono tutto oralmente, senza registrare le sentenze per mancanza di mezzi (carta, penne) e di alfabetizzazione.

Ai tribunali si affiancano molti altri organi di risoluzione delle controversie che non hanno un ruolo “ufficiale”. Associazioni, chiese, posti di polizia: ogni istituzione con un certo prestigio viene usata per sviscerare le questioni e risolvere il contrasto prima che diventi esclusivo. Se l’istituzione è collegiale è preferita.

2) Anche l’ordine delle fonti del diritto rispecchia, almeno formalmente, quello della ex-madrepatria, con la prevalenza della legge o del precedente a seconda se il sistema sia di civil o di common law. Come si è detto, però, questa prevalenza è più teorica che pratica.

Fonte prima del diritto tradizionale è, invece, la consuetudine. Anche questa, però, è applicata molto

elasticamente; ciò che conta è soprattutto risolvere la disputa senza strascichi e possibilmente con il ravvedimento del reo.

- 3) Il ruolo del giudice cambia significativamente. Per il sistema europeo, il giudice deve essere terzo alle parti per assicurare un giudizio indipendente e corretto. Deve inoltre essere un tecnico del diritto ed attenersi il più possibile al senso letterale del testo normativo.

Per la mentalità africana il giudice non è un tecnico, ma deve essere un uomo saggio (possibilmente anziano), dotato di molto buon senso. Deve essere aiutato da consiglieri perché la decisione sia riflettuta da più teste e più parti si sentano responsabilizzate nella sua attuazione. Deve inoltre conoscere le parti il più possibile per prendere una decisione “giusta”. Non può quindi essere un estraneo: rischierebbe di sottovalutare degli elementi (anche caratteriali) importanti.

- 4) Per la tradizione africana, la soluzione “giusta” non è quella presa nel rispetto assoluto di regole preesistenti ed imparziali, ma quella condivisa dalle parti. La sanzione appropriata è quella che reca un vantaggio al villaggio, sia questo inteso come cessazione del contendere (pace sociale), utilità pratica (lavoro forzato), recupero del reo (e della sua forza lavoro), o fine del pericolo (morte o allontanamento del reo).

Realtà della giustizia formale e della giustizia tradizionale oggi

Il panorama della giustizia di Stato non è, quasi da nessuna parte, confortante.

Generalmente gli africani non amano risolvere le proprie controversie di fronte a un Tribunale di Stato, verso cui sono diffidenti.

Le ragioni sono molte, alcune di ordine pratico ed altre di ordine culturale.

In primo luogo, i Tribunali si trovano nei grandi centri, e sono perciò irraggiungibili dai villaggi (un viaggio fino lì, su strade spesso di terra battuta e pochi mezzi per arrivarci, hanno un costo troppo alto in termini di tempo e di denaro).

A ciò si aggiunge che una decisione presa lontano dal villaggio –e senza la sua partecipazione- può non essere accettata e condivisa, quindi può “non contare”. Al contrario, la giustizia comunitaria è vicina, partecipativa, decisa ed applicata sotto gli occhi di tutti. Questo porta ad una responsabilizzazione di tutti sull’adempimento della sanzione, ed alla riaccettazione del reo quando questi l’abbia compiuta.

Una pena stabilita e scontata lontano, come può essere la prigione, non prova al villaggio né il ravvedimento del reo né la sua punizione.

In secondo luogo, i processi in tribunale sono lunghi, costano, e vengono decisi sulla base di regole non sempre conosciute o condivise.

Le parti quindi preferiscono una giustizia meno onerosa e più “certa”, secondo i loro parametri.

L’autorità del giudice togato, terzo alle parti e “tecnico” (almeno in teoria), non corrisponde all’aspettativa della tradizione, che vuole una decisione collegiale e la conoscenza dei fatti pregressi e del carattere delle parti.

Bisogna aggiungere, inoltre, che il risultato dei processi non è interamente prevedibile neanche da chi conosca le leggi; in parte perchè, come si è detto, l'interpretazione delle norme è molto libera; in parte perchè la corruzione dei magistrati è un fenomeno frequente.

Questi problemi sono al centro delle riforme finanziate dalle Organizzazioni Internazionali. Il centro delle riforme è, però, unicamente il rafforzamento della giustizia formale: modernizzazione delle normative, costruzione di più tribunali e prigioni, campagne di sensibilizzazione sui diritti, formazione dei magistrati al rispetto della legge.

Il ruolo del diritto tradizionale e delle sue istituzioni non è riconosciuto o, quando lo è (come in Mozambico), è comunque molto limitato.

Anche questo è legato a ragioni di ordine pratico e culturale. Sicuramente esiste una diffidenza di base verso una giustizia tanto diversa da quella praticata in Europa.

Inoltre, molte regole o sanzioni non sono moralmente accettabili al giorno d'oggi: ad esempio le pene corporali, che possono essere estremamente severe.

Le soluzioni possono inoltre essere molto distanti dai codici (ad esempio, come si è visto, l'accettazione della discriminazione per status –che elimina a priori il concetto di giustizia “uguale per tutti”- o il valore dato alla magia, considerata come un “fatto” reale). Ciò può portare ad un vero problema di applicazione delle disposizioni sui diritti umani.

Fra le ragioni pratiche, si può ricordare che l'accettazione della giustizia di villaggio rende estremamente difficile monitorare lo svolgimento dei processi e le soluzioni, e - quand'anche questo fosse possibile - sarebbe troppo costoso farlo.

Le corti tradizionali vengono viste come la rinuncia ad una giustizia unitaria, poiché le regole cambiano di villaggio in villaggio e la loro armonizzazione è considerata pressochè impossibile.

ELABORATI DEGLI STUDENTI

Essere Donna in Nigeria*

Sommario : 1. Introduzione. 2. La donna nella cultura nigeriana. 3. L'educazione femminile. 4. L'accettazione della violenza domestica. 5. Lo Human Trafficking

Introduzione:

La Nigeria è uno stato africano situato nella zona centro-occidentale del continente che negli ultimi anni è diventato il più popoloso d'Africa. È stimato, data la poca attendibilità delle registrazioni anagrafiche, che la popolazione sia pari ad un quinto di tutto il continente. La densità demografica è dovuta i numerosi fiumi che rendono le condizioni climatiche molto favorevoli, nonostante la vicinanza con l'Equatore. In Africa la divisione tra stati è meramente politico amministrativa, numerose etnie convivono insieme e spesso scontrandosi tra loro. Le più diffuse sono quelle appartenenti agli Hausa-Fulani di fede islamica e gli Yoruba, di fede cristiana al nord. Al sud del paese troviamo gli Igbo e gli Isoko anche questi di fede cristiana⁷⁵. Il tasso di alfabetizzazione è del 57%. Si tratta di un dato molto positivo per un paese emergente, dove esistono grossi divari di crescita economica e geografica.

La Nigeria divenne un protettorato britannico nel 1901 e colonia nel 1914. Dopo l'indipendenza del 1960 si alternarono delle fasi caratterizzate da numerosi contrasti etnici e religiosi, golpe militari e civili, favoriti da interessi economici, anche internazionali, dovuti alle numerose giacenze petrolifere che costituiscono la fonte primaria di ricchezza del paese. Le prime elezioni libere furono quelle del 2006 le quali vennero definite dagli osservatori internazionali il risultato di "colossali brogli"⁷⁶. Ad oggi la Nigeria è una federazione. Ogni stato elegge un proprio <<Governatore>> che nomina un Consiglio Esecutivo con poteri esercitabili nel territorio dello stato stesso e un Parlamento con assemblea unicamerale. La Nigeria, conquistata l'indipendenza dalla Gran Bretagna, preferì l'adozione di una struttura statale-amministrativa di stampo occidentale, molto vicina a quella statunitense, nonostante le spinte indipendentistiche fossero alimentate dalla forte volontà di allontanamento da quelle stesse strutture politiche in virtù della affermazione della cultura e delle tradizioni proprie. Il sistema legislativo adottato è generalmente il riflesso di quello adottato dal governo coloniale e nel caso si specie la tradizione giuridica è quella di common law inglese affiancato dall'introduzione della Shari'a negli stati del Nord. In questi stati la figura del governatore è sostituita da un Sultano o da un Principe maomettano che oltre l'applicazione della giustizia formale è anche il curatore delle anime e guida religiosa. Come da tradizione occidentale, lo stato risulta formato dai tre poteri classici dove però a capo del potere legislativo ed esecutivo troviamo lo stesso presidente. Il potere giurisdizionale è invece esercitato a livello nazionale da una Corte Suprema formata da giudici eletti dal Provisional Ruling Council e una Corte Federale d'Appello.⁷⁷ In merito alla Shari'a, dopo la sua l'attuazione

in senso formale si è assistito alla sua diretta introduzione nelle corti di prima istanza per l'applicazione della legge islamica ai musulmani. Quindi, in breve tempo, la popolazione, fino a quel momento sottoposta solo alla legge formale, si vide applicare istituti sostanziali come la <<zakat>> ovvero una tassa specifica per i musulmani, il proibizionismo nella vendita di alcoolici, il tentativo di diminuire la prostituzione e il gioco d'azzardo, la segregazione delle donne nelle scuole, nei trasporti pubblici e in tutti i luoghi dove entravano in contatto con gli uomini; e infine il tentativo di abolizione di tutto ciò che era riscontrato nella lettura del fondamentalismo islamico come <<immorale>>, riconosciuto e individuato nei prodotti della cultura moderna. La Shari'a considerata <<legge sacra>> dell'Islam, è rispettata e accettata senza riserva in quanto costituisce la rivelazione divina al Profeta Maometto. Le costituzioni liberali hanno relegato la religione e i suoi principi alla sfera privata facendo riferimento a dei concetti che sono comuni in Occidente come la garanzia di libertà di pensiero, e coscienza. La costituzione nigeriana adotta la formula <<nessuna religione è di Stato>> probabilmente per non privilegiare alcuna delle religioni delle numerose tribù. Le misure adottate, dalla scelta del 1999, sembravano regressive rispetto al progresso economico realizzato nel paese. Nonostante ciò si può affermare che in Nigeria l'adozione di una legge comune, seppur non completamente condivisibile per via del complesso "valzer delle religioni", ha avuto anche delle conseguenze rilevanti per il paese. Una di queste è stata l'adozione di una legge comune in tutti i paesi del Nord. Il federalismo ha realizzato un insieme di stati formati da tribù diverse riuscendo a unire queste diversità. La Shari'a è stata una forza che ha coeso coscienze diverse, e ha reso accettabile una struttura statale a volte non compresa da chi vive in piccole tribù e non si sente parte di una struttura organizzata più grande.⁷⁸ L'adozione della Shari'a non proviene da un'imposizione ma da una scelta manifestata fin dal livello locale. Purtroppo però la sua adozione ha aumentato il divario di riconoscimento di diritti in Africa.

La donna nella cultura nigeriana:

Le donne nel continente africano subiscono la discriminazione di genere rispetto agli uomini. Esistono stati africani dove sono state compiute scelte sostanziali e altri dove le differenze esistono solo a livello tribale. Lentamente le donne sono state in grado di guadagnare sempre più spazio nel complesso equilibrio della società africana, anche se ancora oggi non godono degli stessi diritti di fronte alla legge. Le donne non posseggono capacità giuridica al contrario degli uomini nemmeno dopo aver contratto matrimonio.⁷⁹ Le donne in Nigeria non hanno mai svolto un ruolo passivo all'interno della famiglia o della tribù, al contrario di quanto di quanto si potrebbe pensare in riferimento alla situazione africana. La <<sottomissione>> della donna nigeriana è sempre stata una condizione particolare, quasi <<anomala>>. Al contrario della donna occidentale le donne nigeriane hanno una "educazione" che le contraddistingue, chiamata "educazione di base". Ciò vuol dire che ad ogni donna viene insegnato fin da bambina una <<etichetta>> formata da regole e compiti, nei quali la donna si riconosce e che la realizza⁸⁰. Non gode degli stessi diritti degli uomini o del consorte, ma percepisce questa <<diversità>> in senso positivo. Quello che accomuna le donne di tutto il mondo è proprio l'aver vissuto e il vivere la stessa voglia di riscattarsi per ottenere uguaglianza e parità di

diritti. La nostra cultura è riuscita, ma non sempre questo si manifesta, ad ottenere delle forme di riconoscimento di pari diritti che a volte sembrano al contrario aumentare il divario uomo donna, come l'introduzione di "quote rosa". Il modo migliore per una uguaglianza diritti non si ottiene, a mio parere, attraverso l'adozione del principio di diritto della presenza delle donne. Molto meglio sarebbe che si desse la possibilità di meritarsi una certa posizione e non il conservare uno "status" predefinito assicurato a chi è donna. Alcuni passi avanti sono stati fatti da tutti i paesi definiti "evoluti" o industrializzati, molto resta ancora da fare in tutto il resto del mondo.

Nel periodo precoloniale la famiglia nigeriana aveva una struttura molto semplice, patrilineare, divisa secondo tribù con antenati comuni e gruppi religiosi. Le donne non avevano nessuna influenza o diritto all'interno della stessa tribù o nel gruppo di appartenenza, erano però sotto la tutela dei più anziani, in particolare di sesso maschile con un grado di parentela vicino a loro. Non soltanto la donna era considerata come <<proprietà>> dell'uomo ma la sua massima aspirazione e unico modo per <<riscattarsi>> da questo status era quello di contrarre matrimonio. Il matrimonio era visto come un cambio della status della donna e unico modo per autodeterminarsi sia personalmente che verso la società. Per avere e ottenere rispetto era proprio quello bisognava <<passasse>> all'interno della famiglia nel ruolo di "moglie". La donna era responsabile delle nascite e dei lavori domestici. Alla morte del marito non entravano a far parte della struttura patrilineare familiare ma venivano ereditate insieme ai beni. Solo nelle tribù degli Yoruba e Hausa erano previsti dei casi di vocazione all'eredità da parte delle donne ma incorrevano nel pericolo di vedere contestato il loro diritto da parte dei fratelli⁸¹. Dopo il matrimonio, per evitare situazioni simili, la donna veniva estromessa dalla sua famiglia d'origine in quella del marito in modo da evitare qualsiasi possibile problema legato all'eredità. Il suo compito era solo quello di portare a termine la gravidanza. La procreazione veniva vista, dal punto di vista femminile, come un vero "lavoro" che avrebbe nobilitato la famiglia specie se il nascituro fosse stato di sesso maschile. In questo caso avrebbe assicurato la continuazione del nome della famiglia e aiuto nel lavoro. Nonostante il suo compito di proseguire la linea familiare, anche in stato interessante la donna non era apprezzata. In una descrizione del periodo precoloniale la donna era vista come una "grossa zucca" piena d'acqua che si trascinava con difficoltà.⁸²

Per quanto riguarda il potere politico non si rilevava un grande coinvolgimento della donna nel prendere decisioni a livello nazionale. Le associazioni delle mogli⁸³ nei villaggi avevano un certo potere politico e sanzionatorio individuale. Il loro limitato potere però rimase sempre confinato dentro realtà locali e non varcava mai i confini della propria tribù. Religione e politica erano strettamente legate. Le figlie dei reali, le mogli facoltose e le maghe avevano un potere considerevole nella costruzione del senso comune. Le donne, anche se solo in ristretto numero a volte riuscivano a conquistare indipendenza economica e una certa dose di autonomia. La maggior parte però lavorava tanto e spesso, dopo l'inizio della tratta degli schiavi verso le Americhe, molte di loro furono costrette ad occuparsi di compiti che non gli erano propri come la coltivazione delle terre, per procurarsi il cibo; lavoro che era sempre stato svolto dagli uomini. Si viveva

pressoché di agricoltura di sussistenza che presto si trasformò in agricoltura di prodotti da esportare verso l'occidente.

Nel periodo coloniale, la Nigeria divenne dominio della Gran Bretagna, vennero somministrate delle tasse sulle produzioni (sistema questo del tutto nuovo ed estraneo alla tradizione nigeriana). La donna fu quella che soffrì maggiormente in questo nuovo regime in quanto dovette iniziare a lavorare duramente per cercare di avere il denaro. Nella tradizione le donne erano viste come “mamme “ di tutta la popolazione e dunque si facevano carico dei problemi della tribù ed erano più sensibili in merito alle tematiche legate la cibo.⁸⁴ Lo stato e le corporazioni private si interessano alle produzioni di raccolti e acquisizioni di terre. Alle donne erano spesso affidati piccoli appezzamenti di terre e che venivano venduti e ceduti anche senza il loro consenso e con la terra anche loro. Le donne si videro negato sia il diritto di voto che quello di prendere decisioni almeno per le questioni che riguardavano la loro tribù e nel giro di pochi anni videro svanire quell'affidamento che in loro si era depositato nel periodo pre-coloniale. Le donne vennero spesso usate per risolvere i conflitti etnici e religiosi. Lo status della donna divenne per gli stati del Nord una questione politica che li divideva dagli stati del Sud. La progressiva islamizzazione del Nord portò all'adozione di un codice di comportamento che vedeva l'isolamento della donna e altre pratiche legate ad una lettura distorta e fondamentalista del Corano. Nel periodo coloniale vi fu anche la scoperta del petrolio che tutt'ora risulta essere un'enorme ricchezza per la Nigeria. Nonostante la scoperta del petrolio sia stata un'opportunità grandissima il riconoscimento dei diritti alle donne non è avvenuto in modo così semplice. Dopo questa scoperta e grazie ai continui contatti con il mondo occidentale, mutò anche la condizione della donna alla quale venne permesso di frequentare la scuola e anche di trasmettere ai figli, secondo tradizione, regole di buon senso e comportamento. La donna imparò senza avere come unico fine quello di tramandare il sapere: studiare per riscattarsi e autodeterminarsi. Negli ultimi anni però le cose sono radicalmente cambiate, anche considerando il veloce diffondersi dell'adozione della Shari'a.

L'educazione femminile

L'educazione femminile venne vista sempre più come un investimento sbagliato; come un rischio che la ragazza o la bambina incorresse in una gravidanza non voluta. Specie nella tribù degli Isoko le donne furono per tradizione sottomesse agli uomini. Il loro ruolo fu quello di occuparsi delle questioni familiari, della continuazione della linea familiare e dell'intrattenimento sessuale del marito quando e se richiesto. Questa cultura è stata poi tramandata da una generazione ad un'altra. Alle bambine non venne permesso di frequentare la scuola poiché già beneficiavano dell'educazione impartita loro dal loro marito. L'educazione delle donne si limitava dunque alla cucina e alla conoscenza di tutti i suoi segreti. Il riconoscimento del diritto all'istruzione venne ridotto ad un naturale riconoscimento ed equità di sapere sia pratico che decisionale all'interno della famiglia e tra marito e moglie. Questo creò delle differenze relazionali tra il bambino che frequentava la scuola insieme alle bambine. Effettivamente sarebbe cresciuto in un ambiente diverso aperto al confronto e verso una prospettiva di considerare l'altro sesso come punto di riferimento e

collaborazione. Il cambio di percezione del valore delle figlie femmine nella comunità degli Isoko creò enormi benefici nell'educazione dei minori. L'educazione femminile è vista, oggi, come un importante investimento futuro.⁸⁵ Questa nuova consapevolezza femminile, nonché il desiderio di essere considerate allo stesso modo degli uomini, è ancora distante dall'ottenimento di una vera e propria <<emancipazione femminile>> come intesa in Occidente. Le donne hanno percezione delle loro posizioni di svantaggio rispetto a quella maschile. Negli ultimi anni si è assistito al <<tentativo di associarsi>> proprio come hanno fatto le donne europee al fine di ottenere non un riconoscimento degli stessi diritti, che sarebbe inconcepibile data la provenienza tradizionale, ma una parità di trattamento quanto più equa e rispettosa delle dignità che sono tutelate dai trattati dei diritti inviolabili e dalla Carta africana dei diritti.⁸⁶

L'accettazione della violenza domestica:

Una struttura patriarcale della famiglia e della società non sempre però crea divergenze in campo relazionale e di educazione. Purtroppo la sottomissione alla tradizione a volte risulta forzata, con l'adozione della sottomissione fisica che sfocia in violenza domestica. Gli studi in materia, inoltre, confermano che una grossa percentuale di donne nigeriane giustifica la violenza come uno delle autorità esercitabili dal marito data la sua condizione giuridica di possesso. La violenza si manifesta in svariate forme: verbale, abusi fisici, violenze, matrimoni forzati, incesti e mutilazioni genitali. Le donne vedono queste indegne manifestazioni come segni d'amore, che riconoscono e a volte incoraggiano. Molte di loro pensano che il matrimonio sia sottomissione sessuale e obbedienza. Questo autorizza il marito ad imporre un diritto sulla moglie che può essere esercitato ogniqualvolta lei non adempia un dovere. Le violenze non sempre sono del marito ma anche di tutti i parenti maschi della famiglia dove la donna viene introdotta. Per molti anni, in Nigeria, la violenza sulle donne non ha mai ricevuto grosse attenzioni né da parte del governo né da parte dell'opinione pubblica. Dopo la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza sulle donne delle Nazioni Unite (CEDAW) le ONG e non e i partners internazionali si sono fatti carico della diffusione di campagne contro la violenza sulle donne. Una donna giustifica la violenza nei casi in cui si sia rifiutata di occuparsi dei figli, abbia discusso con il marito, bruciato il cibo, o rifiutato sessualmente il marito. Lo studio⁸⁷ è stato condotto su donne diverse sia per quanto riguarda l'età, per la posizione geografica in cui vivono e per la vicinanza ad un'area urbana o rurale. Forti differenze si sono riscontrate anche per le donne che hanno dei contatti con i mass media, quindi tv o giornali o anche semplicemente la radio. Le donne che sono vicine al mondo occidentale e che hanno la possibilità di seguire tv e radio riconoscono la violenza domestica come realtà con la quale alle volte si convive.⁸⁸ Le donne che vivono in aree rurali del paese o negli stati del Nord con tradizione islamica giustificano le violenze domestiche. Sono viste come diritto del marito su di loro, in quanto sua proprietà e non immaginano una possibilità diversa o la definitiva eliminazione di questa pratica. La violenza non è associata alla sottomissione e a sentimenti negativi, di odio o sofferenza. Questa condizione riflette la tradizionale società patriarcale africana che definisce la struttura del potere in base al sesso. Nel caso in cui le donne volessero rivolgersi alle Corti questo non sarebbe possibile in quanto le controversie possono essere

risolte soltanto dopo aver contratto matrimonio e quindi dopo avere acquisito un nuovo <<status>>⁸⁹. Un possibile intervento per l'eliminazione della pratica potrebbe essere quello di creare dei programmi culturalmente accettabili in primo luogo per le donne. Bisognerebbe cercare di affermare l'autonomia della donna, possibilmente con l'aiuto delle istituzioni e dell'equiparazione della donna all'uomo in quanto individuo come sancito dalla costituzione e dalla stessa Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne⁹⁰. Le donne riconoscono i loro diritti fino al matrimonio. Ciò che, invece, bisognerebbe diffondere è la parità di diritti e di dignità, una cultura che significa indipendenza e autodeterminazione. Questi due concetti rendono liberi ma non consistono in una mancanza di rispetto nei confronti del marito. Non credo che la società occidentale possa essere molto da esempio in un paese dove esistono diverse forme di rispetto troppo lontane dalle nostre. Ma il rispetto seppur deriva dalla tradizione degli anziani, o da consuetudini radicate nel tempo non dovrebbe mai perdere di vista la dignità di nessuno.

Lo Human Trafficking

La Nigeria vede ancora oggi numerosi problemi legati soprattutto alle donne e dovuti alle differenti culture. La scelta dello stato federale non vede però al suo interno uno spirito di nazione affermato e un'identità nazionale nella quale riconoscersi. Ogni <<gruppo>> fa riferimento alla sua tribù o etnia di appartenenza. Al Nord vi sono i paesi di forte tradizione islamica dove le donne sono escluse da qualsiasi attività. Al sud invece la maggioranza dei paesi è di tradizione cristiana ma siamo ben lontani da un riconoscimento dei diritti simile o pari a quello occidentale. Alle donne vengono riconosciute alcune responsabilità come quelle domestiche, ma anche quella di supporto al marito, alla famiglia e ai figli. Nonostante la tradizione cristiana, in tutto il paese è molto diffusa la poligamia che fa scattare una competizione tra le mogli. Tale competizione si manifesta maggiormente nell'educazione dei figli e in particolare delle figlie per ottenere le attenzioni del padre e nell'insegnamento di lavori e compiti che le rendano indipendenti dal futuro marito⁹¹. La condizione della donna e le difficoltà ad essa legate ruotano attorno il concetto di educazione e disciplina. Tutto in Africa dipende dalla disciplina insegnata e ricevuta (<<educazione di base>>). È famoso un detto in Nigeria dove un uomo (o una donna) che non ha ricevuto o che non mette in pratica la disciplina che ha ricevuto è un uomo inutile.

Uno dei problemi, che interessa soprattutto le donne e i bambini, è il fenomeno dello human trafficking legato alla prostituzione. Esso è stato definito dall'Onu come qualsiasi pratica legata al reclutamento, trasporto, trasferimento, accoglienza di persone, mediante la minaccia o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra persona, a scopo di sfruttamento⁹². Lo sfruttamento comprende, sia la prostituzione che altri gli abusi sessuali, lavoro o servizi forzati, schiavitù o pratiche analoghe, asservimento o il prelievo di organi. La Nigeria fu in origine il paese di origine transito e trasporto relativo al traffico degli esseri umani; donne e

bambini purtroppo costituiscono la maggior parte dei soggetti coinvolti in questa situazione orribile. La povertà e le condizioni economiche e di vita sono, in alcune tribù, al di sotto della media dello stato. In alcune regioni e in altri stati africani si tende a considerare queste pratiche l'unica alternativa alle fonti di sostentamento tradizionali da un lato e pratica redditizia dall'altro. Le donne per ottenere il passaporto devono avere il consenso del marito che in casi come questi è molto favorevole⁹³. La Nigeria resta uno dei pochi paesi africani che ha ratificato la convenzione delle Nazioni Unite finalizzata alla prevenzione della soppressione sul traffico delle persone, in particolare di donne e bambini. Questa è stata recepita anche da una legge nazionale sotto la rubrica << Misure contro la tratta di persone >> del 2003.

Conclusioni

In mancanza di una legislazione nazionale chiara e definita la Nigeria ha firmato vari accordi bilaterali con gli stati dove le donne vengono trasferite per fini più vari⁹⁴. La Nigeria ha adottato una legge di attuazione del Protocollo di Palermo, emendata nel 2005. Questa ha istituito l'Agenzia Nazionale per la Proibizione del Traffico delle Persone e altre Materie Correlate (NAPTIP) con il compito di svolgere investigazioni e collaborare con gli organi di polizia e giudiziari per perseguire i criminali, offrire servizi di riabilitazione e consiglio alle vittime e portare avanti campagne informative. Essa svolge grande parte delle sue attività in collaborazione con organizzazioni non governative locali e partners stranieri.⁹⁵ In Italia viene garantita una tutela alle donne che denunciano i loro sfruttatori che è simile a quella garantita ai "collaboratori" di reati di stampo mafioso⁹⁶. Purtroppo questa tutela non trova riscontri nella pratica in quanto nonostante le denunce molte donne sono state rimpatriate dopo le recenti vicende che hanno investito il nostro paese in materia di clandestinità. L'accordo in generale non fa nessuna specifica sulle tratta degli essere umani o sulle condizioni, a volte disumane, subite dalle donne stesse. Questo a scapito della credibilità e dell'affidamento che si ripone nella previsione legislativa. La migrazione viene vista come un'opportunità economica, molta gente è disposta a sopportare qualsiasi tipo di abuso o sfruttamento senza preoccuparsi della tutela legale, perché ne disconosce la garanzia o perché il fine è quello di migliorare una condizione economica precaria. Tutti i paesi di destinazione, a partire dall'Italia dovrebbero fare di più per garantire diritti agli immigrati o almeno conformarsi realmente con quelli che sono gli standard internazionali. Bisognerebbe aumentare la comprensione di cosa è diritto. Quali sono quei diritti naturali che sono immanenti e che valorizzano l'essere umano in quanto tale. I passi da compiere sono ancora numerosi, dalla modifica della legislazione internazionale in materia, all'uso effettivo di strumenti giuridici nazionali al fine di perseguire gli scopi delle convenzioni sovranazionali. Tentativo dal basso potrebbe essere quello di liberare la donna dal fardello di "madre della società". Ciò vuol dire che nell'ambito familiare la donna deve affrontare enormi sacrifici denigranti della sua persona al fine del benessere della famiglia stessa. A mio parere per combattere il fenomeno dello human trafficking, in un paese dove le donne non hanno ancora percezione dei loro diritti e della loro condizione declassata e di svantaggio, un aiuto potrebbe essere quello di sensibilizzare sia loro sia gli uomini, coordinando delle azioni o condizioni che fungano da deterrente da

parte del governo e un ruolo attivo delle organizzazioni non governative, in una società civile attenta che non veda minata o messa in pericolo la sua cultura. Infatti la cultura di un popolo rappresenta la sua identità e la sua storia e nel momento in cui questa viene messa in discussione da presunzioni sterili del mondo occidentale o da convinzioni che non lasciano spazio alla multiculturalità si creano disagio e tensione sociale nonché un clima privo di collaborazione. Ogni società umana ha una diversa concezione di diritti umani. Certamente il nostro modello non può essere definito come migliore, ma, a mio parere solo, diverso. Qualsiasi tentativo di cambiare le cose deve essere innanzitutto situato all'interno del territorio nigeriano e deve essere in primo luogo un tentativo che viene dal basso, ovvero dalle donne stesse.

Recentemente una coalizione di donne ha portato davanti il Tribunale una petizione per chiedere le dimissioni del senatore Yarima. Il "caso Yarima" non è ignoto alla comunità internazionale. Il senatore sposò nel 2005 una bambina di soli 13 anni in violazione della legge nazionale, della giurisprudenza e delle convenzioni internazionali rettificata dalla Nigeria⁹⁷. Ma se da un lato si incoraggia l'idea che qualcosa stia cambiando e che le donne stiano prendendo coscienza dei loro diritti, dall'altro lato fa paura che un gruppo di parlamentari del Consiglio Supremo per la Sharia abbia ritenuto la convenzione, recepita in "legge nazionale nigeriana sui diritti dell'infanzia" come contraria alle consuetudini religiose del Nord. In un paese dove nelle zone rurali si fa fatica ad accettare un organismo come lo << stato >> che governa sovrano su un territorio, è praticamente impossibile credere che una convenzione internazionale possa venire accettata. Tutti i tentativi dovrebbero provenire dal basso e possibilmente da donne o gruppi di donne, riunite in associazioni stabili nelle quali possano riconoscersi. Pari dignità ed autodeterminazione della condizione e delle capacità femminili sono una condizione indispensabile per far emergere sia la Nigeria che il continente africano verso lo sviluppo. Una società civile che non considera e riconosce i suoi cittadini come uguali, e che basa la sua superiorità e il suo potere sulla violenza fisica e non dal riconoscimento di un potere non è una società che può auspicare un miglioramento significativo al suo interno o una condizione di pace, lontano dalle guerre per tanto tempo.

Elaborato in tema di contratto di spedizione^{*}

La sentenza esaminata è House of Lords [2002] UKHL 33, Commissioners of Customs and Excise v. Plantiflor Limited

Premessa:

Una società che commercia articoli da giardino (Plantiflor), stipula con la Royal Mail Parcelforce un contratto mediante il quale la prima assicurava di far inviare tramite la seconda di un certo numero di pacchi contenenti i propri articoli ad un prezzo prestabilito così da poter fornire ai propri clienti un servizio di consegna a domicilio, previa richiesta, delle merci acquistate. Le fatture emesse da Parcelforce vengono successivamente inviate a Plantiflor per il pagamento tramite bonifico.

Nel contratto di fornitura di beni che Plantiflor stipula con il cliente, si prevede che questo, se interessato a ricevere le merci direttamente al proprio domicilio, addebiti a Plantiflor un supplemento sulle spese nel quale è contenuto il prezzo delle spese di spedizione. Plantiflor quindi utilizzava il denaro proveniente dal cliente per pagare le fatture emesse da Parcelforce.

Il caso:

Alla Società Plantiflor viene contestato dai Commissioners of Customs and Excise di non aver caricato la VAT, Value Added Tax (ovvero l'IVA) sulle spese di trasporto, relative alla spedizione al domicilio del cliente degli articoli da loro venduti.

Infatti le fatture inoltrate ai clienti che richiedevano la spedizione degli articoli al loro domicilio prevedevano come base imponibile la somma del valore dei beni acquistati, dell'impacchettamento e dell'assicurazione per il trasporto.

Norme di riferimento:

VAT. La base imponibile:

La disciplina della Value Added Tax è stata introdotta nel Regno Unito con una legge del 1994 in attuazione di una Direttiva Comunitaria (Dir. 77/338/CE) secondo la quale la fornitura ("supply") di beni o servizi effettuata dietro corrispettivo nel territorio dello stato membro da una persona "tassabile" che agisce come tale è soggetta alla VAT (art. 2).

Per fornitura di beni si intende il trasferimento del diritto di disporre come un proprietario di beni "materiali" (art. 5) mentre la fornitura di servizi ha ad oggetto beni "immateriali" (art. 6).

La stessa direttiva considera come base imponibile tutto ciò che costituisce il corrispettivo versato o da versare al fornitore da parte dell'acquirente, del destinatario o di un terzo per tali forniture e deve inoltre includere commissioni, spese di imballaggio, trasporto e assicurazione sostenute dal fornitore.

Somme che non costituiscono la base imponibile

Le somme di denaro ricevute dal fornitore da parte dei suoi clienti a titolo di rimborso di spese pagate in nome e per conto di questi ultimi e che sono iscritti nei suoi libri in un conto in sospeso (art. 11);

Il corrispettivo di servizi concernenti la trasmissione di pacchetti postali da parte dell'Ufficio Postale e la fornitura da parte delle Poste di tutti i servizi connessi con il trasporto (art. 13).

Problemi:

La Società Plantiflor ha agito come rappresentante (agent) in nome e per conto del cliente che quindi si configura come principale del rapporto contrattuale che vincola Parcelforce oppure è la Plantiflor che si configura come principale del rapporto?

Le somme di denaro ricevute da Plantiflor per il pagamento delle spese postali sono pagate a Parcelforce in nome e per conto del cliente che quindi diventa esso stesso parte del rapporto e di conseguenza non deve essere caricata la VAT su tali spese in ottemperanza alle previsioni di legge, oppure è parte della prestazione fornita da Plantiflor e quindi soggetta anch'essa alla tassa?

Tesi della Plantiflor:

Per la Società Plantiflor la VAT sulle spese postali non è da caricare in quanto tutti i contratti da questa stipulati stabiliscono chiaramente che: riceve gli importi corrispondenti alle spese postali e agisce come agente per conto del cliente.

Nel caso in cui il cliente richieda la consegna a domicilio, gli unici oneri aggiunti dalla Società sulla fattura sono quelli relativi all'impacchettamento mentre le spese di trasporto, essendo negoziate da Plantiflor per conto e in nome dei propri clienti.

I clienti inoltre conoscono l'importo di tali spese postali in quanto esplicitato direttamente nella fattura e che corrisponde all'importo contrattato da Plantiflor con Parcelforce.

Per tali motivi sono i clienti ad essere i soggetti principali del rapporto con Parcelforce ed è come se fossero loro a pagare direttamente Parcelforce.

In conclusione le spese postali non sono soggette alla VAT in quanto:

Sono somme di denaro che vengono ricevute dalla Plantiflor come rimborso spese pagate dalla Società in nome e per conto del cliente (art. 11 Dir. 77/338/CEE) e che rimangono in conto in sospeso fino all'effettivo pagamento delle fatture emesse da Parcelforce;

A questo punto è come se il cliente intrattenesse la relazione contrattuale con Parcelforce, ma la VAT non è comunque dovuta in quanto si tratta di una di quelle forniture di servizi che l'art. 13 della direttiva sopra citata considera esenti.

**Motivazioni della House of Lords:
Perché non si tratta di rappresentanza:**

Non vi è nessun collegamento tra Parcelforce e i clienti in quanto è vero che Parcelforce conosceva il nome e l'indirizzo dei clienti di Plantiflor ma non veniva a conoscenza di queste informazioni fino a che questo non avesse acconsentito alla spedizione degli articoli acquistati, divenendo il destinatario.

In questo caso infatti non vi è una rappresentanza da parte di Plantiflor nei confronti del singolo cliente, in quanto, anche se Parcelforce viene a conoscenza di nome e indirizzo del cliente, queste indicazioni non sono sufficienti a creare un rapporto di debito o credito con una parte in quanto non è ravvisabile il consenso del cliente circa la volontà di questo ad entrare in un rapporto contrattuale con Parcelforce tramite Plantiflor.

La responsabilità in caso di inadempimento grava quindi su Plantiflor in quanto:

è questa ad essere parte del contratto con Parcelforce;

Parcelforce non viene a conoscenza della reale identità del cliente fino al momento della comunicazione da parte di Plantiflor dei nominativi dei clienti ai fini della consegna dei beni ordinati.

per questi motivi le spese postali diventerebbero parte del corrispettivo da pagare a Plantiflor in quanto si tratta di spese sostenute dalla Società per l'espletamento della fornitura di beni e servizi nei confronti del cliente andando ad aumentare il valore della prestazione offerta da Plantiflor. Di conseguenza è quest'ultima il soggetto tenuto a caricare la VAT sulle spese di spedizione riscuotendola dal proprio cliente.

Nel caso di specie, infatti, tre parti sono entrate in 2 contratti separati ma collegati tra loro:

Contratto di fornitura di beni e servizi: è il contratto stipulato tra Plantiflor e il suo cliente attraverso il quale la prima vende piante e altri generi ortofrutticoli al suo cliente. Tuttavia, se il cliente acconsente, e spedisce un supplemento di spesa, predeterminato attraverso questo stesso contratto, Plantiflor invia i propri prodotti tramite Parcelforce al domicilio del cliente. Dal contratto che Plantiflor stipula con i suoi clienti si specifica che se viene richiesta la consegna mediante vettore sarà la stessa società ad organizzare la consegna tramite Royal Mail Parcelforce per conto del cliente, dietro pagamento del supplemento di spese.

Contratto per la fornitura: è il contratto stipulato tra Plantiflor e Parcelforce mediante il quale la prima si impegna a consegnare alla seconda un certo numero di pacchi all'anno e, a seconda del numero di pacchi consegnati vi è una influenza sulle spese postali che quindi varieranno in funzione della quantità e non è correlato al singolo cliente di Plantiflor.

Con riferimento a quest'ultimo contratto emerge chiaramente che Plantiflor al momento della stipulazione non ha agito nell'interesse di un mandante (il cliente) in quanto le trattative non hanno riguardato le spese postali da far pagare ad un singolo cliente della quale è certa l'identità e che conosce al momento della conclusione del contratto con Plantiflor il reale ammontare di tali spese.

Questo perché il contratto che Plantiflor ha stipulato con Parcelforce (contratto per la fornitura) prevede l'applicazione di spese postali corrispondenti ad un tasso calcolato sulla base del numero dei pacchi che Plantiflor invia a Parcelforce.

Perciò, non essendo fisso il prezzo ed essendo l'oggetto della prestazione determinato dalle parti con riferimento ad una pluralità indeterminata di soggetti, nessun cliente di Plantiflor è entrato nel rapporto contrattuale con Parcelforce in qualità di mandante rappresentato da Plantiflor ma al contrario è Plantiflor il soggetto contrattualmente responsabile, in caso di inadempimento, per il pagamento delle spese postali.

Perché non è sufficiente che le somme di denaro siano entrate in un conto in sospeso per realizzare una rappresentanza

Se le somme relative alle spese postali fossero considerate come un rimborso da parte del cliente a Plantiflor per le spese pagate da quest'ultima in nome e per conto del primo allora si sarebbe in presenza di una operazione esente e quindi Plantiflor non sarebbe tenuta a far pagare la VAT sulle spese di spedizione.

Tuttavia non è sufficiente che Plantiflor sia vincolata dal contratto sottoscritto con il cliente a effettuare il pagamento e che le somme esborsate dai clienti siano depositate su un conto in sospeso. Infatti il pagamento deve essere effettuato in nome e per conto del cliente. Con questa affermazione deve intendersi che il pagamento agli occhi del destinatario dello stesso è come se fosse stato effettuato dal cliente al fine di estinguere una preesistente posizione debitoria che fa capo al solo cliente.

Nel caso di specie invece Plantiflor paga direttamente a proprio nome Parcelforce che, sottoponendo direttamente a Plantiflor le fatture, chiaramente riceve il pagamento direttamente da quest'ultima e non in nome e per conto di un cliente determinato. Quindi la posizione debitoria che si estingue con il pagamento fa capo solo a Plantiflor.

Conclusione:

Ogni qualvolta nella stipulazione di un contratto tra due parti determinate, anche se una di queste (rappresentante) assume di agire in nome e per conto di un altro soggetto (rappresentato)ma:

- Non è possibile identificare con precisione il soggetto che si assume essere rappresentato in maniera tale da permettere all'altra parte di conoscere la reale identità della parte con la quale ha contrattato;
- Colui che dovrebbe essere il rappresentato non conosce con esattezza determinati elementi del rapporto contrattuale stipulato dal suo ipotetico rappresentante, quali il prezzo da corrispondere all'altra parte e il vero oggetto della prestazione dedotta nel contratto;
- Colui che adempie alla prestazione riceve il corrispettivo a nome della propria controparte e non di un soggetto rappresentato;
- non è configurabile una rappresentanza tra lo stipulante e un altro soggetto in quanto gli effetti del contratto non possono prodursi in capo a quest'ultimo che è estraneo alla prestazione e di conseguenza non è neppure ammissibile che la responsabilità in caso di inadempimento della prestazione gravi su questo soggetto.

A questo punto tutti i pagamenti effettuati dalla parte contrattuale all'altro contraente intercorrono esclusivamente tra tali soggetti secondo le normali dinamiche dell'adempimento delle prestazioni

contrattuali, più precisamente sono il corrispettivo pagato da una parte contrattuale per la prestazione adempiuta dall'altra parte.

Elaborato in tema di affidamento del minore

La sentenza esaminata è la n°176/2008 emessa dal Tribunal Constitucional de España in materia di cambiamento del regime di affidamento del figlio minore dietro presentazione di “recurso de amparo” del padre.

Ricostruzione dei fatti

Il 2 luglio 2002 venne emessa la sentenza di separazione tra donna Patrizia Q.F. e l'ex marito Alex. Nella medesima si approvava anche il “Convenio Regulador” tra i coniugi, con il riconoscimento della patria podestà del figlio minore, la custodia e il regime di visite dell'altro coniuge. Il regime al quale si decise di aderire fu quello del riconoscimento della patria podestà a entrambi i coniugi, con custodia alla madre stabilendo un regime di visite per padre che gli avrebbe consentito di vedere il figlio durante il week-end alternati dalle ore 10:00 del sabato alle ore 20:00 della domenica.

Nel maggio del 2004 la signora Patrizia Q.F. presentò al “Juzgado de Primera Instancia” (Tribunale di Primo grado) una domanda dove chiedeva la modifica del regime di affidamento del minore, con la revoca della patria podestà condivisa con il padre e la sospensione e interruzione di qualsiasi tipo di comunicazione tra il padre e il figlio. La signora portò a fondamento delle sue pretese un profondo disinteresse del padre nei confronti del figlio, continui ritardi nel versamento della somma a fine del mantenimento e il fatto che da qualche mese il padre si stesse sottoponendo ad un trattamento finalizzato al cambio di sesso.

Il padre, signor Alex P.V., si oppose alle richieste avanzate dalla moglie dichiarando che le relazioni con la moglie e il figlio sarebbero proseguite normalmente fino al 2004, ovvero fino al momento di inizio del trattamento ormonale. La moglie dopo essere venuta a conoscenza dell'inizio del trattamento impedì al marito di vedere il figlio.

Il Juzgado (la corte) dispose una perizia, sia nei confronti del minore che nei confronti del padre. Nel primo caso la psicologa annotò che il figlio avrebbe preferito che il padre non si truccasse e che la nuova situazione rappresentasse un pericolo per la stabilità emotionale del minore ancora debole e influenzabile data la giovane età. Anche il padre fu secondo la specialista influenzabile emotivamente e la stessa credette che questa instabilità potesse essere trasmessa al figlio.

La stessa ritenne idoneo, dunque, suggerire un nuovo regime di visite, più restrittivo rispetto al precedente.

Il Juzgado accolse parzialmente la domanda della madre, modificando il regime di visite, e rifiutando la richiesta di revoca della patria podestà. Il padre veniva autorizzato a vedere il figlio i sabati alterni dalle 7:00 alle 20:00 in un “punto di incontro” con la presenza di entrambi i genitori e dei “profesionales” qualora opportuno. Ad ogni modo il tribunale precisò che la decisione non fosse stata presa a causa della transessualità del padre ma per perseguire un interesse che fosse quello della tutela del minore.

Il signor Alex P.V. si appellò alla Audiencia Provincial (Corte d'Appello) portando come argomentazione del suo ricorso il fatto che la causa del cambiamento repentino del regime di visite fosse invece la transessualità e che questo fosse causa della violazione dell'art 14 del trattato CEDU, in quanto discriminante di una condizione in base al sesso.

La Audiencia Provincial bocciò il ricorso d'appello invocando il principio "favor filii", riconfermando la sentenza della corte di primo grado. La motivazione a supporto della decisione fu un necessario e progressivo adattamento del figlio alla nuova situazione, non possibile con il mantenimento del vecchio regime.

Il ricorrente propose allora una "demanda de amparo" al Tribunal Constitucional. Questo tribunale accolse la domanda ritenendo che fu proprio la sua condizione da transessuale a aver portato ad una modifica restrittiva del regime di visite violando l'art 14 del trattato CEDU.

La signora Patrizia Q. F. si oppose alla "demanda de amparo" negando la discriminazione sessuale ma ammettendo che la decisione fosse stata presa con il suo consenso nell'interesse del minore. Le relazioni dei "professionales" dimostrarono che il nuovo regime era invece efficace e a beneficio del minore.

Il PM (Ministerio Fiscal) si pronunciò sulla questione ritenendo che era affettivamente riscontrabile una violazione del "principio di non discriminazione" sia da parte della corte di primo grado che di quella d'appello e che le sollecitazioni della revoca della patria potestà e del cambio del regime di visite avessero alla base comportamenti transfobici. Questi ammetteva l'esistenza di un pregiudizio dovuto alla violazione di un principio fondamentale.

In conclusione secondo il PM, il nuovo orientamento del padre non avrebbe causato mutamenti psicologici nel medesimo come dimostrava la perizia, né nel minore. Non era, altresì, riscontrabile un nesso "razionale, obiettivo e logico" tra lo stato emozionale del padre e l'incidenza sul minore in modo tale da giustificare il cambio del regime di visite infrangendo i principi di non discriminazione.

Sugerì inoltre di ristabilire il vecchio regime di visite come esercizio di diritto del padre.

Secondo il Tribunal Constitucional la restrizione del regime di visite evidenziò una limitazione dei diritti del ricorrente comparato con l'iniziale accordo di separazione (Convenio Regulador). La corte riconosce la violazione del principio di non discriminazione dell'art 14 CEDU risolvendosi nel regime restrittivo, apprezzato anche dal PM.

Il Tribunale precisò che il ricorrente rientrasse nella condizione di "transessuale" anche non avendo superato le fasi previste per il cambio di sesso. Risultava la sua sottomissione ad un trattamento ormonale dal 2004, che si truccasse e si vestisse abitualmente da donna e che avesse mutato il suo nome. Quello che non era ancora stato espresso era la sua volontà di programmare una futura operazione chirurgica, considerata come atto conclusivo di trasformazione. Nell'ordinamento spagnolo si è considerati "transessuali" anche se non si è ancora avuto il superamento di tutte le fasi ex legge 3/2007. Il ricorrente è considerato transessuale, secondo all'impostazione comune e per legge, come soggetto effettivamente appartenente all'altro sesso, femminile nel caso di specie, anche se la conformazione morfologica e cromosomica non lo dimostrino

ancora. Il tribunale sottolineò che il principio stabilito dall'art 14 conferisse un diritto soggettivo a tutti i cittadini, nell'ottenere un trattamento egualitario di fronte ai poteri pubblici. La Corte fece riferimento all'interpretazione estensiva, dell'art 14, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che aveva più volte precisato che in esso può essere ricompresa la discriminazione sessuale anche se non espressamente menzionato.

La restrizione del regime di visita è stata presa nel pieno disinteresse del piccolo. Doveva infatti tenersi presente che la comunicazione e visita del genitore, che non detiene la custodia, al figlio è, regolata dall'art 94 del Codice civile, considerato un diritto sia del genitore che del figlio. Proprio nell'interesse superiore del minore bisognava considerarsi la proporzionalità della domanda di affidamento e custodia. Quando l'esercizio di un diritto (tutela dell'affidamento della madre) influenza la relazione con il minore, questi dovrebbe cedere nei confronti di un interesse superiore. Data la effettiva esistenza di un'alterazione emotiva della personalità del minore, dovuta al non compreso orientamento sessuale del padre bisognava capire che la limitazione del regime, nel caso di specie, non avrebbe giovato al minore stesso ma avrebbe leso un diritto. (Cedu 25-03-92 caso B. vs Francia n°48)

Sentenza di I° istanza: accoglie la domanda di restrizione del regime, in quanto sostiene che sia basata sull'infermità emozionale riscontrata nella perizia, considerato che questa potrebbe trasmettersi nel minore.

Sentenza d'appello: conferma la sentenza di prima istanza, concludendo quasi nello stesso modo. L'interesse del minore è alla base del nuovo regime di visita adottato, si ratificava la sentenza appellata. Si fa riferimento alla decisione adottata, non influenzata in nessun modo dalla transessualità paterna ma da una instabilità emozionale riscontrabile da perizia.

Sentenza de Tribunal Costituzional: la restrizione del regime di visite causa una lesione del diritto fondamentale di non discriminazione e mina il rapporto padre figlio, in quanto limita la loro comunicazione. Questa infrange sia un diritto fondamentale, rintracciabile e difeso dai trattati internazionali, ma anche norme interne quali la costituzione e il código.

Elaborazione dei principi di diritto

Considerazioni del Tribunal Costituzional. Secondo la dottrina spagnola quando si impugna "en amparo" una risoluzione giudiziale confermantene un'altra, logica e cronologicamente derivante da quella, l'impugnazione si considera riferita ad entrambe. Ecco perché il Tribunal Costituzional fa riferimento alle violazioni di entrambi le corti. Secondo il Tribunal le sentenze precedenti avevano **violato** più diritti tutelati dai trattati internazionali, dalla Costituzione e dal Código civile :

Principi a tutela dei diritti del padre:

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. (CEDU).

Art 14: Divieto di discriminazione: l'articolo assicura un pieno godimento di libertà e diritti senza discriminazione in base al "sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o quelle di ogni altro genere, [...]".

- Trattato istitutivo della Comunità Europea:

art 13 c.1: articolo dispone una competenza al Consiglio Europeo che su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo può *“prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, razza origine etnica, religione, convinzioni personali, gli handicap, le età, o le tendenze sessuali”*.

- Carta dei diritti fondamentali dell'UE (carta di Nizza):

art 21 c.1: Non discriminazione: *“È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.”*

- Patto internazionale dei diritti civili e politici:

Articolo 26: Uguaglianza tra gli individui

- Principio di uguaglianza tra gli individui stabilito e rispettato dalla legge, e a tutela di qualsiasi tipo di discriminazione.

“Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizioni.”

- Constitución de España:

Art 10.1: La dignità della persona, i diritti inviolabili che gli vengono conferiti, nella libera espressione della personalità, e nel rispetto delle legge e dei diritti sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale.

Lo stato si impegna dunque a tutelare i diritti che sono espressione del libero sviluppo della personalità dell'individuo.

Principi a tutela degli interessi del minore:

Convenzione ONU sui diritti del infanzia:

art 9 c.1: È interesse dello stato assicurarsi che il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la sua volontà fatti salvi i casi in cui la separazione sia necessaria e volta a impedirne abusi, maltrattamenti e violenze.

“Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattino o trascurano il fanciullo, oppure se vivano separati e una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo.”

Art 9 c.3: Gli Stati rispettano il diritto del fanciullo che separato da uno dei genitori di intrattenere rapporti personali regolari.

“ Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all’interesse preminente del fanciullo.”

Código Civil:

Art 94: diritto di comunicazione e visita del genitore che non detiene la custodia del figlio minore. A questo diritto possono essere posti dei limiti giudiziali solo nei casi che contemplano “gravi circostanze”. Questo diritto è riconosciuto dal codice come un diritto quanto del genitore che del figlio minore in quanto rappresenta un mezzo di tutela del vincolo filiale, che permette lo sviluppo della personalità affettiva in entrambi gli individui.

Transessualità:

È considerata come una condizione riguardante una persona affetta da disturbo di identità di genere. L’identità fisica e sessuale non corrisponde alla condizione psicologica dell’identità di genere maschile o femminile. Recentemente è stato approvato un disegno di legge dal governo Zapatero che permette di cambiare genere e nome nel passaporto e negli altri documenti ufficiali, anche senza avere superato tutte le fasi di transizione tra un sesso e un altro. (Legge 13/2005).

In Italia non esiste ancora una legge che attribuisca dei diritti ai transessuali o che permetta loro un’eguaglianza formale e sostanziale di fronte alla legge fatto salvo il riferimento a “tutti i cittadini” dell’art 3 della Costituzione. Fino adesso si fa leva solo sul riconoscimento di alcuni diritti rintracciabili nel buon senso e nella buona costumi. Sono stati recentemente presentati dei disegni di legge in materia ancora al vaglio nella Camera dei Deputati.

L’affidamento minorile in **Spagna** è regolato dagli artt 175-180 del Código civil in materia di “adozione e affidamento dei minori”. La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori salvo i casi in cui l’esercizio sia reso impossibile, questa è esercitata solamente da uno di essi.

In caso di separazione questa è riconosciuta normalmente al genitore cui il minore è affidato e con il quale convive. Questo decide, da solo, su questioni ordinarie e congiuntamente all’altro coniuge, per le questioni straordinarie. La patria potestà può essere riconosciuta anche ad entrambi i genitori su proposta convenzionale, in questo caso si parla di “attribuzione congiunta” (come nel caso di specie dopo la presentazione di un Convenio Regulador).

In materia di affidamento si tendeva ad affidare i figli *ad uno solo*, generalmente alla madre, anche se la patria potestà come diritto fondamentale veniva riconosciuta ad entrambi, presupponendo che le facoltà di decidere fossero esercitate congiuntamente.

L' *affidamento condiviso* è un altro regime di affidamento cui si aderisce da qualche anno : in questo caso il minore è affidato ad entrambi; ciascun genitore provvede alterandosi alle cure, all'assistenza diretta del minore nei periodi stabiliti.

Per quanto riguarda l'affidamento in **Italia** è regolato dalla legge 4-5-1983 n°84 . Con riferimento all'art 316 c. 2 del codice civile la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori, fatti salvi i casi in cui ciascun genitore può decidere de ricorrere alle formalità del giudice [...].

Negli ultimi anni in Italia, a fronte di numerose proteste di “padri separati” che chiedevano un regime di visite meno restrittivo, si iniziò ad aderire all'istituto dell'affidamento condiviso sostituendo progressivamente le ipotesi di affido congiunto. Il primo istituto è stato recentemente introdotto con la legge 8-2-2006 n°54 che modifica art 155 del codice civile, dichiarando che il minore ha diritto al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cure, educazione e istruzione. Questo regime permette di riconoscere la potestà genitoriale ad entrambi i genitori e nel momento in cui il minore è essi affidato.

Al contrario nell'affido congiunto si prevedeva sempre una completa cooperazione tra i genitori. La permanenza del minore condivisa viene ripartita in modo equilibrato basandosi su un progetto educativo genitoriale con ripartizione dei compiti (simile al modello spagnolo di “ *convenio regulador*”).

Elaborato in tema di Lebenspartnerschaft*

La sentenza tedesca IV ZR 267/04 emanata dalla Corte Federale di Giustizia analizza il problema del mancato riconoscimento della pensione di reversibilità al superstite di una coppia costituita da persone dello stesso sesso, che avevano stipulato un'unione stabile, registrata nelle forme consentite dal diritto tedesco. Tale pensione viene negata in quanto lo Statuto della convenuta (Assicurazione) non prevede la reversibilità per conviventi registrati, e quindi al soggetto (attore) non viene applicato lo scaglione fiscale applicabile per le persone sposate, bensì quello per i single.

Circostanze di fatto:

L'attore lavorava come impiegato statale dal 1977 ed aveva stipulato una assicurazione supplementare presso la convenuta, successivamente egli aveva intrapreso una convivenza stabile registrata ai sensi di legge (Eingetragene Lebenspartnerschaft) con un altro uomo dal 2001 e, per questo motivo, pretendeva di essere trattato come un lavoratore coniugato.

Sottostando allo Statuto dell'assicurazione, vigente fino al 31/12/2001, questa ultima aveva posto all'attore, come base per l'imposta sui redditi, lo scaglione 1 applicato ai single e non lo scaglione fiscale 3 applicabile a soggetti sposati. Se la convenuta avesse applicato lo scaglione 3, invece dello scaglione 1, l'attore avrebbe avuto diritto ad una rendita pensionistica maggiore di 74,00 euro mensili.

L'assicurazione aveva inoltre comunicato all'attore che in caso di morte non avrebbe riconosciuto né a lui né al suo convivente, la suddetta pensione di reversibilità concessa ai coniugi di assicurati defunti, in quanto non previsto dallo Statuto.

L'attore lamentava l'illegittimità della posizione presa dalla compagnia in quanto l'Assicurazione avrebbe dovuto calcolare la rendita sullo scaglione fiscale più basso e avrebbe dovuto garantire alle coppie conviventi la pensione di reversibilità secondo il paragrafo 38 del VBLS.

L'attore procedeva tramite ricorso, ma il ricorso non era motivato, e non ebbe quindi alcun successo.

Motivi della decisione:

La Corte d'Appello non rileva nessuna clausola nello Statuto della Convenuta concernente la richiesta dell'attore. Secondo la Corte non è tuttavia presente alcuna lacuna nel regolamento della convenuta: l'Assicurazione non ha considerato la convivenza come se fosse "registrata", poiché la legge sulla convivenza registrata, introdotta in Germania nel 2001, era già nota al momento dell'emanazione dello Statuto. Per quanto riguarda lo scaglione fiscale si afferma che ai soggetti sposati aventi diritto, viene applicato lo scaglione 3 che viene detratto direttamente dallo stipendio; mentre a tutti gli altri aventi diritto (single e conviventi) viene applicato lo scaglione 1.

Nel paragrafo 38 del VBLS, si stabilisce che il coniuge superstite ha diritto alla pensione di reversibilità, se il matrimonio sia durato più di 12 mesi; è stato successivamente riconosciuto il diritto alla pensione anche per i conviventi registrati, ma nello Statuto della convenuta non sono desumibili tali norme.

Sono “sposate” persone di sesso diverso, che vivono insieme dopo essersi scambiati una promessa matrimoniale, mentre sono “conviventi registrati” soggetti che non possono contrarre matrimonio con soggetti dello stesso sesso.

Per quanto riguarda l'applicazione delle norme dello Statuto della convenuta, bisogna sottostare all'interpretazione di ogni singolo soggetto; secondo l'uso della lingua comune quindi, non rimane spazio per un'interpretazione più ampia dei concetti riferiti al matrimonio o ai conviventi registrati. L'attore quindi non fa parte di coloro che hanno diritto alla pensione come se fosse sposato, perché appartenente alla categoria di convivenza registrata. Non si potrebbe prendere in considerazione una interpretazione più ampia dello Statuto perché presupporrebbe una lacuna involontaria o contraria del regolamento.

Secondo la Corte d'Appello coloro che hanno creato lo Statuto, hanno volutamente rinunciato ad un ampliamento delle pretese messe in discussione. Nonostante la conoscenza della legge relativa alla convivenza, nel marzo 2002 l'Assicurazione ha stipulato il Piano di Previdenza, senza prendere in considerazione i soggetti che convivono e obbligandoli così a pagare contemporaneamente maggiori tasse. Neanche successive leggi sui diritti di convivenza hanno dato motivo di cambiare lo Statuto della convenuta.

È quindi esclusa una interpretazione analogica delle regole dello Statuto previste a favore di conviventi registrati. Questo contrasta il fatto che il matrimonio si presuppone sia fatto fra coniugi di sesso diverso, mentre una convivenza è possibile solo tra persone che non possono sposarsi.

L'esclusione di partner registrati dalla pensione di reversibilità e dallo scaglione fiscale applicato a soggetti sposati, non è contraria neanche ad un diritto di rango più alto, come afferma il ricorso. Si riconoscerebbe soltanto una sorta di favoreggiamento delle persone sposate.

Il ricorso si basa anche sui principi del diritto comunitario: l'art.141 della C.E. assicura lo stesso stipendio per uomo e donna senza distinzioni di sesso. Nello Statuto della convenuta la differenziazione non è legata né al sesso né all'orientamento sessuale, bensì allo stato di famiglia.

La Corte di Giustizia, inoltre, aveva già deciso in una sentenza del 1998, che un datore di lavoro non è obbligato per il diritto comunitario ad equiparare la situazione di una persona che mantiene una relazione stabile con un partner dello stesso sesso con quella di una persona sposata o che convive con un partner di sesso diverso, senza esserci una discriminazione dal punto di vista dell'orientamento sessuale.

In una ulteriore sentenza svedese del 2001 la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, non ha ravvisato alcuna discriminazione sessuale, allorché è stato rifiutato il pagamento riservato solo ad impiegati statali sposati, nei confronti di un impiegato che intratteneva una relazione di convivenza registrata, poiché, il sesso non ha nessuna importanza, conta l'essere coniugati oppure convivere.

Non è stata violata, secondo la Corte, nemmeno la norma del Trattamento di Uguaglianza a riguardo dell'orientamento sessuale dell'impiego statale, perché la concessione di pagamento non dipende dal sesso

del partner, ma dalla natura giuridica dei legami che sussistono tra l'attore e l'impiego statale; di conseguenza non risulta esserci alcuna infrazione dell'art.141 neppure per quanto riguarda la concessione di una pensione al superstite.

Con la direttiva 2000/78 del 2000 si è potuta creare una linea generale per la "lotta alla discriminazione relativa all'occupazione e professione" fondate sull'orientamento sessuale. Questa norma stabilisce infatti un quadro generale, che traccia le linee guida per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Di conseguenza se avviene una differenziazione in base allo stato di famiglia non si ha discriminazione, e non si viola nemmeno la direttiva 2000/78, essendoci una preferenza per le persone sposate sia per il calcolo del salario netto fittizio che per il pagamento della pensione.

Questa interpretazione viene confermata espressamente anche dal punto n°22, la quale poggia sull'interpretazione della direttiva 2000/78, e che afferma che "*tale direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano*", per cui si escludono, dall'ambito di applicazione della direttiva le norme nazionali. Spetta quindi al giudice nazionale valutare se l'unione registrata sia comparabile al matrimonio e se c'è disparità di trattamento.

Questo non sta a significare che la norma con queste interpretazioni possa fallire o che le discriminazioni non possano essere combattute effettivamente, rimane invece un ampio ambito di applicazione, come dimostra la legge generale sull'uguaglianza, nonostante la norma non consideri differenziazioni legali in base allo stato di famiglia.

Anche se si volesse considerare una differenziazione legale collegata allo stato di famiglia sarebbero esclusi espressamente i regolamenti, perché fondamentali per il raggiungimento di questo obiettivo.

Quindi per l'art.141 e per la direttiva 2000/78 si evince che non esiste nessun ragionevole dubbio che possa giustificare la presentazione alla Corte di Giustizia del ricorso richiesto.

La Costituzione trasforma la norma in legge nazionale; in questo caso la protezione di un partner registrato, per quanto riguarda la pensione di reversibilità qui messa in discussione, non supera i limiti imposti dalla norma. Piuttosto il paragrafo n°2, comma 2 dell'AGG fa riferimento alla legge che regola la fruizione della pensione che non ha subito nessuna modifica a favore di conviventi registrati.

Sulla scorta delle considerazioni appena esposte, all'attore viene dunque negato il godimento della reversibilità della pensione del partner, non per una discriminazione di tipo sessuale, ma a causa del proprio stato civile, che non è equiparato a quello di coppia sposata.

Questo caso è stato dibattuto nel 2007; le più recenti sentenze delle Corti di Giustizia tedesche, invece, modificano l'interpretazione delle modalità di fruizione delle pensioni di reversibilità e questo fatto avrebbe prodotto una interpretazione diametralmente opposta del dibattito di cui mi sono interessata, assegnando all'attore la pensione del partner.

La Sentenza del BvR n°1164/07 del 07.07.2009, cambia completamente l'orientamento in materia e dichiara l'incostituzionalità delle discriminazioni tra coppie coniugate e coppie conviventi composte da persone dello stesso sesso.

A seguito di questa sentenza, la Corte Costituzionale Federale ha stabilito l'estensione di tutti i diritti ed i doveri del matrimonio alle coppie dello stesso sesso registrate.

Elaborato in tema di utilizzo di medicinali dopanti*

La sentenza trattata è la numero 09-2247/2462 dell' "Eight Circuit", che vede da una parte i giocatori Kevin Williams e Pat Williams (da qui "i giocatori") e dall'altra la National Football League (da qui "NFL"), John Lombardo (divisione medica), Brian Finkle e Adolpho Birch. Il giudice della decisione è Paul Magnuson

Ricostruzione dei precedenti

La richiesta dei giocatori è che venga riconsiderata la decisione dell'arbitro, il quale aveva precedentemente deciso per una sospensione di entrambi i giocatori dal campionato 2009-2010 per uso di sostanze illegali e vietate dall'accordo collettivo "NFL Collectin Bargaining Agreement 2006-2012" stipulato tra la NFL e i club sportivi (le squadre). La richiesta della NFL è invece direttamente opposta, ovvero che venga confermata la decisione dell'arbitro.

La sentenza inizia con l'analisi dell'accordo sopra citato. Il giocatore che viene assunto in una squadra non fa un contratto con la NFL, bensì con la squadra. È poi la squadra, in qualità di membro dell'associazione nazionale NFL, che può e ratifica tutti gli ordinamenti e contratti collettivi che vengono proposti dall'associazione nazionale. La National Football League Management Council (da qui "NFLMC"), che è l'unico agente per i contratti collettivi dell'associazione, stipula accordi direttamente con le squadre. L'accordo in questione è il "NFL Collecting Bargaining Agreement 2006-2012" (da qui "CBA"). Il CBA contiene espressamente un documento riguardante l'uso di sostanze vietate come steroidi e sostanze mascheranti per gli steroidi (per sostanze mascheranti si intendono tutte quelle sostanze prese per occultare nei test la presenza di altri composti chimici proibiti). Il documento contiene la frase «Tutti i giocatori, le squadre, la NFL, e la NFLMC sono da qui in poi vincolate». Il documento ha anche una sezione riguardante le procedure per la verifica tossicologica ai giocatori per le sostanze sopracitate. Nel documento è scritto chiaramente che «in caso di test positivo non ci saranno scuse, neanche per motivi di dieta personale», e vi si aggiunge che «tutti i giocatori confermati positivi al test saranno puniti dalla Commissione come definito nel documento». Il documento dice inoltre che i giocatori che vogliono fare ricorso devono rivolgersi ad un arbitro, la cui decisione è «piena, finale e vincolante per entrambe le parti».

Il paragrafo F del documento inserisce anche che «visto che i supplementi per la dieta non sono regolati dal governo, non c'è modo per essere sicuri che possano contenere sostanze non incluse nella lista di ingredienti, che possono quindi far risultare il giocatore positivo». Il documento inoltre sconsiglia l'utilizzo di queste sostanze, e chi volesse comunque farne uso «lo fa a suo rischio e pericolo», e ripete che chi viene trovato positivo «sarà sospeso senza scusanti, perché chiunque le usi è responsabile di ciò che mangia e introduce nel suo corpo». Il documento è abbastanza esaustivo, include anche un numero di telefono gratuito cui i giocatori possono telefonare in caso di insicurezze sui prodotti da mangiare.

Descrizione dei fatti di causa

Nel 2006 molti giocatori risultarono positivi per il butametanide, una sostanza mascherante che si pensava fosse contenuta nel prodotto **Starcaps®**. Il prodotto in questione non includeva però il butametanide nella lista degli ingredienti. Il dottor Finkle chiese l'analisi in laboratorio del prodotto, che risultò positivo per il butametanide. Nonostante molti giocatori furono trovati positivi, nessuno sparse denuncia; al contrario, fu fatta girare una circolare a effetto immediato che diceva chiaramente che «**Balanced Health Products**, l'azienda distributrice di **Starcaps®**, è stata aggiunta alla lista delle aziende per cui ogni giocatore non deve avere rapporti né per sponsor, né per altre questioni». Stacy Robinson mandò la circolare a tutti gli agenti NFL. Il dottor Lombardo (dottore che eseguì i test su tutti i giocatori nel 2006) non sparse denuncia contro alcun giocatore. Il dottor Birch informò nel 2007 John Lombardo circa i suoi doveri di dottore riguardo al CBA, quindi che ogni giocatore trovato positivo senza indicazioni terapeutiche doveva essere denunciato alla NFL. Nei mesi di Luglio e Agosto del 2008 alcuni giocatori furono presi a campione per fare il test tossicologico per gli steroidi e per le sostanze mascheranti (come scritto nel CBA). In totale cinque giocatori (tra cui Kevin Williams e Pat Williams) furono trovati positivi e furono sospesi per quattro giornate di campionato. Tutti e cinque fecero ricorso all'arbitro Jeffrey Pash, che confermò la sospensione. L'avvocato dei Williams disse: «Crediamo che la procedura dell'NFL sia scorretta e che violi i diritti personali dei giocatori; infatti i due fratelli Williams hanno problemi di peso, quindi rientrano nel gruppo di persone diversamente abili, per cui la NFL dovrebbe eseguire dei test diversi in questi casi, proponendone di alternativi». Al momento della testimonianza i giocatori dissero che non sapevano che il prodotto **Starcaps®** contenesse il butametanide, nonostante sapessero che era sconsigliato l'uso di supplementi, fossero a conoscenza del numero verde e fossero al corrente del fatto che ogni giocatore è responsabile per tutto quello che assume. I giocatori aggiunsero che non erano d'accordo con la decisione; infatti secondo la loro opinione la NFL avrebbe dovuto notificare la circolare a tutti i propri giocatori, cosa che tuttavia non venne fatta. Nel Dicembre 2008 Pash nonostante ciò che i giocatori testimoniarono decise di confermare la sospensione. Il giorno dopo i giocatori fecero causa alla NFL, al dottor Lombardo, al dottor Finkle, e Birch nella Corte del Minnesota (Fourth Circuit), e il giorno stesso la corte bloccò la sospensione in attesa di giudizio. La base del ricorso era che secondo la parte appellante la corte era stata influenzata.

Elaborazione del principio giuridico

La corte poi decise che comunque non era obbligo della NFL informare tutti i giocatori riguardo ogni supplemento per dieta, e che Pash non era stato influenzato. Il giudizio della corte del Minnesota era basata sul "Minnesota's drug and alcohol testing in the workplace act" (DATWA) e sul "Minnesota's Consumable Products Act" (CPA). I giocatori proposero un altro appello contro la decisione della corte, dicendo che non era il DATWA e CPA del Minnesota a poter giudicare per il loro CBA. L'Eight Circuit confermò l'appello dei giocatori, dicendo che il DATWA agisce sulla legge del Minnesota, non appunto per i contratti collettivi o per i documenti interni per l'uso di sostanze e supplementi per la dieta. Uno dei motivi principali per cui

decise questo è che i giocatori non possono essere considerati dei “normali lavoratori”; infatti secondo un’attenta valutazione della corte, non esistono momenti in cui gli atleti vengono considerati “non al lavoro”, e quindi visto che il CPA si riferisce a test che devono essere condotti fuori dai momenti lavorativi, non era possibile basare la decisione su qualcosa che non era possibile fare. Lo stesso per il DATWA. Inoltre la CPA e i DATWA permettono ai lavoratori di usare le sostanze lontane dal lavoro e di spiegare il motivo, e la NFL non permette né l’uso personale, né ha lasciato spazio alle spiegazioni.

La corte inoltre analizzò i crimini che furono imputati ai giocatori, ovvero «mancata fiducia per il dovere, violazione di documento ufficiale e pubblico, frode, rappresentazione negligente, negligenza, auto inflizione di stress ecc...». Essendo appunto crimini statali non possono essere applicati a un CBA o a un documento interno di un associazione sportiva. Inoltre la negligenza non è possibile dato che i giocatori stessi, come spiegato sopra, non sono stati direttamente informati. Visto che, come è stato deciso in precedenza, la NFL non aveva il dovere di informare i giocatori che il supplemento per la dieta contenesse il butametanide, non si può stabilire con certezza quali siano le responsabilità dei giocatori per le accuse a loro formulate.

Anche per l’auto inflizione dello stress la corte diede ragione ai giocatori, per lo stesso motivo di cui sopra.

La corte si pronuncia infine riguardo all’arbitrato Jeffrey Pash, dicendo che anche se l’arbitrato può essere giuridicamente rilevante, può comunque essere revisionato da una corte come questa. Un altro punto a sfavore dell’arbitrato è che anche se John Lombardo testimoniò che «essendo i test casuali, questi non sono influenzati dall’amministratore della divisione medica della NFL o dalla NFL stessa», comunque ci fu un’imparzialità nel non sporgere la denuncia per i giocatori trovati positivi allo butametanide contenuto del prodotto Starcaps® nel 2006, come a dire che la denuncia era lasciata alla discrezionalità di John Lombardo. Dopo tale disquisizione la corte affermò appunto che la decisione dell’arbitro era influenzata e di parte.

Così facendo la corte permise ai giocatori di giocare tutto il campionato senza sospensioni o provvedimenti disciplinari.

Elaborato in tema di mutamento del nome del minore *

La sentenza n° 940, riguardante il mutamento del nome del minore, analizzata è stata emanata in data 8 Ottobre 2008 dalla Cour de Cassation francese -Prima Camera Civile avete competenza in materia di tutela del minore.

La Corte è chiamata ad esprimere un giudizio su un delicato caso riguardante il mutamento del nome del minore; in particolare, in tale sentenza, il soggetto M.L...X-Y (padre di 3 figli ai quali era stato attribuito d'ufficio il nome di X...-Y) desidera che i suoi bambini possano conservare il loro patronimico d'origine, nel caso specifico X.

Ricostruzione dei fatti

MLXY propone ricorso in cassazione contro la sentenza della Corte d'Appello Rennes che si era pronunciata su due ricorsi da lui presentati.

In seguito ad un atto di adozione tale provvedimento viene menzionato a margine del suo atto di nascita, di quello di matrimonio e di ogni altro atto di stato civile che lo riguarda.

In virtù di ciò il Procuratore della Repubblica ha fatto menzionare tale provvedimento di adozione con conseguente cambio del nome anche a margine dell'atto di nascita dei figli dell'adottato MLXY.

Quindi quest'ultimo ha proposto due separati ricorsi affinché i suoi tre figli, invece, mantenessero il loro nome patronimico d'origine. Tali richieste sono state respinte; avverso le stesse è stato proposto appello conclusosi con un rigetto.

La Corte di Cassazione investita del ricorso ha così deciso:

Ha rilevato la connessione tra i due ricorsi. Il primo ricorso S0716067 viene rigettato per un problema di notifica, poiché la procedura prevede che prima della presentazione del ricorso sia notificata la sentenza al procuratore generale, in quanto il ricorso in Cassazione può essere accolto solo se la decisione contestata è stata precedentemente notificata.

Inoltre risulta che essendovi allo stato l'opposizione da parte del PM alla richiesta di rettifica degli atti di stato civile, è stata conferita alla procedura carattere di contenzioso, mentre il giudice esprime il suo parere solo in assenza di quest'ultimo.

Per quanto riguarda il ricorso S0718811 la Corte di Cassazione, pure esaminando i quattro punti proposti nel ricorso dell'adottato, lo ha respinto, replicando all'eccezioni del ricorrente che, il legame di parentela risultante dall'adozione si estende anche ai figli dell'adottato, nati prima di quest'atto, pertanto il cognome risulta automaticamente modificato; inoltre, il cambio di nome non richiede il consenso dei figli dell'adottato, in quanto, gli stessi avevano un'età inferiore ai 13 anni alla data del provvedimento di adozione.

La Corte concludeva che il diritto del bambino di preservare la propria identità non contrasta con il cambio di nome.

Nozione di mutamento del nome del minore

Ai sensi dell'art. 6 c.c. "ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito". A tal fine l'art. 29, comma 4, del nuovo ordinamento dello stato civile (DPR 03.11.2000, n. 396) stabilisce che ogni soggetto deve necessariamente avere un prenome, difatti, "se il dichiarando non dà un nome al bambino, vi supplisce l'ufficiale di stato civile"; mentre se si tratta di "bambini che non sono conosciuti dai genitori, l'ufficiale dello stato civile impone ad essi il nome ed il cognome". L'art. 262 c.c. statuisce altresì che il figlio naturale assume il "cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto" e che "se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio naturale può assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre. Nel caso di minore età del figlio il giudice decide circa l'assunzione del cognome del padre."

Elaborato in tema di sospensione della somministrazione di trattamenti vitali^{*}

La sentenza esaminata è *Brightwater Care Group (inc) v Rossiter* [2009] WASC 229 della Corte Suprema della Western Australia.

Descrizione delle parti in causa

Lo scopo che tale elaborato si prefigge è quello di analizzare, evidenziandone le parti che la compongono ed evincendone gli elementi che condurranno il giudice alla decisione finale, una sentenza emessa il 14 agosto 2009 dalla Supreme Court of Western Australia situata a Perth, redatta dal giudice C J Martin.

Pare opportuno incominciare l'analisi introducendo le parti del processo: esse sono la *Brightwater care Group Inc.* (*Brightwater*), una struttura sanitaria nei pressi di Perth, e *Christian Rossiter*, il vero personaggio-cardine della sentenza.

La prima parte della sentenza è una generica ricostruzione dei fatti, prima della quale il giudice precisa di cosa non tratta il caso in questione (*What the case is not about*): questa non è una sentenza sull'eutanasia, né riguarda il diritto alla vita o alla morte delle persone: la corte è chiamata a determinare come agire nell'interesse del paziente (*which course of action is in the best interest of a medical patient*). Si tratta perciò di una sentenza tecnica, strettamente legata al diritto, e che non intende quindi sfociare nell'etica o porre domande su principi morali.

Christian Rossiter è un paziente in cura presso *Brightwater*: in seguito a una sfortunata serie di incidenti egli è diventato quadriplegico (paralizzato sia alle gambe che alle braccia), è tracheotomizzato e può nutrirsi solo tramite PEG (*percutaneous endoscopic gastrostomy tube*) e cioè un tubicino che gli fornisce l'alimentazione direttamente nello stomaco. Egli chiede che *Brightwater* sospenda l'alimentazione artificiale ma, allo stesso tempo, chiede che gli venga fornito un palliativo (un antidolorifico) successivamente alla rimozione della PEG, e cioè fino a che non morirà per denutrizione. In poche parole *Rossiter* chiede che gli siano interrotte le cure e di morire serenamente. Ovviamente *Brightwater* si oppone, temendo che una simile azione (interrompere le cure a un suo paziente) la porterebbe a cospetto di una corte penale con l'accusa di omicidio. A ciò segue una parentesi del giudice in cui si chiarisce che *Rossiter*, malato terminale, è assolutamente capace di intendere e volere, è sano di mente ed è cosciente che una volta che gli sarà staccata la PEG cesserà di vivere, ed è proprio per questo motivo che aveva espressamente chiesto a *Brightwater* di somministrargli un antidolorifico in attesa della propria morte. A conferma di ciò il giudice aggiunge che, il 19 febbraio 2009 *Rossiter* era stato sottoposto a una perizia psichiatrica, condotta dalla neuropsicologa *Rachel Zombor*, che aveva scientificamente stabilito che il soggetto, *Rossiter* appunto, è in grado di prendere decisioni ragionate riguardo alla sua salute e alla sua incolumità (*capable to make reasoned decisions concerning his own health and safety*), e che comprende perfettamente le conseguenze dell'interruzione dell'alimentazione artificiale (*understood the consequences of withholding the provisions of nutrition and hydration through the PEG*). Al giudice è quindi chiesto di decidere se, viste le circostanze, *Brightwater* è legittimamente (*legally*) è

stato tradotto in questo modo) obbligato a conformarsi con le direttive del signor Rossiter, o al contrario è tenuta a continuare a fornire l'alimentazione al paziente e di conseguenza a tenerlo in vita. Infatti, come già detto, Brightwater teme che seguire le direttive di Rossiter possa sfociare in un'accusa di omicidio (that compliance with Mr Rossiter's directions might result in a criminal prosecution).

Le posizioni della giurisprudenza di common law sul caso

La seconda parte della sentenza, intitolata "The position at common law" intende porre in analisi le decisioni delle più importanti corti di common law (incluso quindi sentenze australiane, neozelandesi, statunitensi, britanniche e canadesi) su processi simili a quello in esame.

Così come avvenuto per la prima parte, anche questa si apre con una premessa del giudice Martin, secondo cui una persona maggiorenne (a person of full age) è ritenuta sia in grado di avere la capacità di intendere e volere a consentire, o rifiutare, un trattamento medico: infatti Mr Rossiter ha la capacità necessaria per prendere una decisione informata nel riguardo agli sviluppi futuri di un determinato trattamento, con una piena valutazione (in tale circostanza, essa appare la traduzione opportuna per "appreciation") delle conseguenze di tale decisione.

Prima di passare in rassegna i precedenti offerti dalla giurisprudenza di common law, il giudice Martin fa un accenno alla dottrina, citando una massima di un certo Lord Hoffmann secondo cui ogni persona ha il diritto di auto-determinarsi, e cioè scegliere come vivere la propria vita ("right to choose how he or she should live his or her life").

Le sentenze passate in rassegna in questa parte focalizzano i ragionamenti del giudice sul concetto di "consenso informato" (informed consent), richiesto al paziente prima che qualunque trattamento medico sia condotto legalmente (lawfully undertaken): perciò un individuo nelle sue piene capacità mentali non è obbligato a dare il proprio consenso a un trattamento medico se egli non lo desidera, anche se la mancanza di tale trattamento dovesse portarlo alla morte. Il giudice giustifica la sua affermazione aggiungendo che questa posizione era stata adottata in passato dalle maggiori giurisdizioni di common law negli Stati Uniti, in Canada, nel Regno Unito e nella stessa Australia, fornendo le indicazioni delle sentenze che ne trattano). Ma esaminando un precedente caso australiano (Secretary of Department of Health and Community Services versus B. del 1992) che il giudice formula una massima che risulterà cruciale per la decisione del caso: "un medico, o un fornitore di servizi medici, che fornisce un trattamento contrario ai desideri di un paziente mentalmente consapevole infrange la legge (breaks the law) commettendo una violazione (trespass) contro la persona di quel paziente. Ne deriva che, attendendosi alle posizioni del common law, Mr Rossiter ha il diritto di determinare liberamente fino a quando ricevere il cure fornitogli da Brightwater, e dall'altro lato Brightwater stessa agirebbe in modo non lecito (unlawfully) se dovesse continuare a fornire i trattamenti contrari ai desideri di Mr Rossiter: il consenso informato parte infatti dalla volontà esplicita e libera del paziente di sottoporsi o non sottoporsi a un intervento, e non dalle garanzie offertegli dai medici. Di conseguenza, se il paziente rifiuta un determinato trattamento, esso non deve essere eseguito. Questa decisione

accoglie la richiesta di Christian Rossiter che gli sia staccata l'alimentazione e sia messa fine alle sue sofferenze, ma non assolve ancora Brightwater.

Motivazione della decisione finale

La soluzione a tale problema è fornita dal giudice nella terza parte della sentenza, intitolata "The Western Australian statutory provisions", parte in cui il giudice Martin, ricorre all'analisi non più della giurisprudenza di common law, ma alle fonti del diritto della Western Australia, dove si è svolto il processo, e in particolare prendendo in esame alcuni articoli del Criminal code of Western Australia" (il codice penale dell'Australia Occidentale). In particolare l'articolo (section) n°259 intitolato "surgical and medical treatment" (trattamento medico e chirurgico), di cui al comma (subsection) uno: "Una persona non è penalmente responsabile (criminally responsible) per aver somministrato in buona fede e in modo responsabile trattamenti medici e cure palliative per il beneficio altrui" e, molto più importante, al comma due "Una persona NON è penalmente responsabile per (...) non aver somministrato trattamenti medici e chirurgici, includendo cure palliative, se è considerato ragionevole il non somministrare tale trattamento, avendo riguardo delle condizioni del paziente in quel momento e di tutte le circostanze del caso". Questo comma è correlato al caso in questione, in quanto la PEG che nutre Mr Rossiter è considerata "trattamento chirurgico". Sorprendentemente, in seguito, dopo aver aggiunto che in base all'articolo 304 "Se una persona omette di fare qualsiasi atto che è suo dovere fare, e dal quale è in gioco la vita, la salute e l'incolumità (safety) di una persona, costui è colpevole di un crimine", e all'articolo 262 "Una persona che ha a carico un soggetto inabile a provvedere a se stesso, deve provvedere a fornirgli i mezzi necessari a vivere" ed è ritenuto responsabile per aver causato danni a questa persona omettendo di somministrargli le cure necessarie, il giudice Martin decide di non attenersi a questi provvedimenti, in quanto rappresenterebbero una "drastica alterazione" a quelle che sono le già citate posizioni del common law, e cioè il non fornire prestazioni mediche contro la volontà del paziente, il che violerebbe il già citato principio di self-determination di ogni individuo. Il giudice si giustifica precisando che le disposizioni contenute negli articoli 262 e 304 si riferiscono a persone che mancano della capacità di controllare direttamente il loro destino (a person that lacks the capacity to control or direct their own destin) e che perciò sono a carico di una persona da cui dipendono per vivere. Non è quindi il caso di Mr. Rossiter che mancherà pure della capacità fisica di porre in essere le sue volontà, ma di sicuro non di quella mentale per farlo. Per questa ragione, seguendo le direttive del common law, Brightwater deve sottostare alle direttive di Mr. Rossiter. Per questo motivo il giudice Martin dichiara l'articolo 262 inapplicabile al caso in questione. Citando nuovamente l'articolo 259, il giudice spiega che le disposizioni in esso contenute sono sufficienti a scagionare Brightwater dall'accusa di omicidio in quanto, qualora sospendesse le cure a Rossiter, avrebbe agito in modo ragionevole, rispettando il diritto di Rossiter ad auto-determinarsi, e in accordo con le sue volontà di paziente sano di mente che rifiuta la continuazione delle cure. Infatti, continua il giudice, se Rossiter dovesse nuovamente manifestare in futuro il suo desiderio che Brightwater interrompa la somministrazione delle cure che lo tengono in vita, Brightwater deve attenersi a queste volontà. Nonostante

ciò, Brightwater aveva il timore che anche la somministrazione dell'antidolorifico a Mr. Rossiter potesse implicarla in un'accusa di omicidio in quanto, secondo il suo punto di vista, tale somministrazione era vista come un "aiuto a morire" dato al paziente. La pronuncia del giudice arriva puntuale anche su questa problematica: egli afferma infatti che "la somministrazione di una cura palliativa non è affetta dalle circostanze" (the provision of palliative cares are unaffected by circumstances), e non è differente dal somministrare la stessa cura a ogni altro paziente che si accinge a morire. Inoltre, il giudice riporta alla luce il primo comma del già citato articolo 259, considerando la somministrazione del palliativo a Mr Rossiter un atto in buona fede (good faith) per il beneficio altrui. Inoltre, accordandosi con le volontà di Rossiter, ciò non rompe quel vincolo di consenso informato sorto tra paziente e medico, e non costituisce quindi violazione di quei diritti stabiliti dal common law.

A questo punto, con il verdetto finale del giudice ("I make declarations as follows...") si chiude la sentenza: il giudice C J Martin stabilisce quindi che se Christian Rossiter dovesse nuovamente richiedere che Brightwater smetta di somministrargli l'alimentazione tramite la PEG senza poi cambiare idea in futuro, Brightwater di conseguenza non incorrerà in nessun tipo di responsabilità penale né per avergli interrotto le cure vitali, né per avergli somministrato l'antidolorifico per garantirgli una morte serena.

Elaborato in tema di protezione dei dati personali*

La sentenza è stata emanata dal Tribunal Supremo Spagnolo

Antefatto

L'agenzia di protezione dei dati ha ricevuto una denuncia da parte della Direzione Generale di Polizia, in cui si informava che attraverso internet, a nome dell'Associazione contro la Tortura era stata presentata e diffusa una lista di dati sensibili inerenti alle forze della polizia, delle guardie civili ed ai politici implicati in vicende relative alla tortura.

In aggiunta era stato indicato il nome del funzionario, la sua posizione relativa alla vicenda avente ad oggetto la denuncia per tortura (indagine, condanna, assoluzione), il luogo dove si erano svolti i fatti, la data, e l'identificazione del caso.

L'agenzia di protezione dei dati ha di conseguenza proposto l'adozione della misura cautelare di cessazione nell'immediato della diffusione mediatica dei dati personali; decisione che fu confermata ed approvata dal tribunale nella sentenza del 12 gennaio 2001, che fu inoltre accompagnata dall'applicazione di un procedimento sanzionatorio.

In sintesi l'Associazione contro la Tortura aveva infranto ciò che era stabilito negli articoli 6.1 e 7.5 della legge 15/1999 relativi al divieto del trattamento dei dati senza l'approvazione dei soggetti in esso coinvolti.

Appello

L'associazione contro la tortura ha così proposto ricorso in appello sostenendo che in quel modo, ovvero vietando la diffusione di dati personali, si andasse a violare il diritto di libertà di informazione e che non fosse corretto impedire la divulgazione di dati di persone imputate o condannate per delitti.

Ma nel convegno per la protezione di dati personali (BOE del 15 novembre 1985) era stato stabilito che in una società democratica si dovesse tutelare la protezione della persona, dei suoi diritti e delle sue libertà; di conseguenza la sanzione risultava corretta poiché il tribunale aveva confermato che vi è libertà di stampa quando le informazioni vengono utilizzate da professionisti dell'informazione con mezzi istituzionalizzati per diffonderle; inoltre era stato dichiarato che la diffusione di questi dati personali andasse a violare la sfera privata e familiare delle persone coinvolte.

Tribunal Supremo

Successivamente viene proposto ulteriore ricorso dinnanzi al Tribunal Supremo, in quanto la diffusione dei dati avrebbe costituito oggetto di trattamento ai soli fini storici, statistici e scientifici; quindi la diffusione sarebbe risultata legittima, anche se solo in un momento posteriore.

A difesa del ricorso vi era il fatto che portare a conoscenza della situazione dei processi in corso, costituisse costituire uno dei mezzi dello stato di diritto per lottare contro la tortura; ed inoltre si sosteneva

che all'interno dei dati personali, oltre agli indizi familiari, vi fossero anche quelli riguardanti l'esercizio dell'impiego e della professione, non rientranti quindi nella sfera dell'intimità della persona, ma aventi bensì rilevanza pubblica e la cui censura alla divulgazione avrebbe posto un limite alla libertà di espressione.

L'Associazione contro la Tortura avrebbe quindi provveduto alla pubblicazione dei dati di carattere personale nell'esercizio del suo diritto alla libertà di espressione ed informazione.

Il giudice, a fronte di ciò, dichiarò però che la diffusione di questi dati compromettesse l'individuo anche nella sua sfera professionale e lavorativa, soprattutto in un simile caso ove vi erano individui imputati per fatti tanto esecrabili come i delitti contro i diritti umani.

Quindi la pubblicazione e diffusione di dati personali nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione non poté essere ammessa.

La stessa CE sostenne nell'art.18.1 che la garanzia della vita privata della persona e della sua reputazione si traducesse in un diritto di controllo sui dati relativi alla propria persona.

La cosiddetta "libertà informatica" è dunque il diritto di controllare l'utilizzo degli stessi dati inseriti in un programma informatico e fonda il diritto per il cittadino ad opporsi a che determinati dati personali siano utilizzati per fini diversi da quello legittimo che ha giustificato il suo ottenimento.

Perciò non sono da proteggere solo i dati relativi alla vita privata o intima della persona, ma anche tutti quelli che contribuiscono ad identificare il profilo che sia ideologico, razziale, sessuale, economico o di qualsiasi genere o di qualsiasi utilità che in determinate circostanze costituisca una minaccia per l'individuo.

Pertanto non è stato accolto il ricorso al Tribunal Supremo richiesto dall'Associazione contro la Tortura.

Elaborato in tema di maternità surrogata*

La sezione della High Court of Justice avente competenza in materia di diritto di famiglia è chiamata a esprimere un giudizio su un delicato caso di accordo di maternità surrogata intercorso tra una coppia sposata di nazionalità turca (Mr e Mrs G), e la madre surrogata di nazionalità inglese (Mrs J), a seguito del quale si ebbe il concepimento e la successiva nascita di una bambina (M).

Nozione di accordo di maternità surrogata

Un accordo di maternità surrogata consiste in uno scambio di consensi fra soggetti privati in forza del quale una donna (la “gestante sostitutiva” o “madre surrogata”) si impegna nei confronti di un altro soggetto o di altri soggetti (un uomo, una donna, una coppia, sia questa legalmente riconosciuta o meno; detti anche “committente” o “committenti”) a sottoporsi a fecondazione artificiale, a condurre la gravidanza e a partorire un bambino che sarà affidato al committente ovvero ai committenti e rispetto al quale essa si impegna a non vantare né esercitare alcun ruolo genitoriale. Dal 1994 è prevista per i committenti la possibilità di acquisire il pieno status di genitori del bambino nato da un accordo di maternità surrogata, attraverso l’ottenimento di un “parental order” secondo lo Human Fertilization and Embryology Act (HFEA) del 1990.

Tra i requisiti per l’emissione di tale provvedimento, la legge richiede che uno o entrambi i genitori committenti abbiano il proprio “domicile” nel Regno Unito, nelle Channel Islands o nell’isola di Man.

Ricostruzione dei fatti

Mr and Mrs G sono coniugi di nazionalità turca e hanno il proprio “domicile” in Turchia.

A causa delle difficoltà affrontate per il concepimento di un figlio, si sono rivolti nel settembre 2004 alla British Surrogacy Agency (COTS), dove hanno conosciuto Mrs J.

Mrs J si è separata dal marito ma non è stato iniziato alcun procedimento di scioglimento del matrimonio. Dopo la separazione, il marito di Mrs J (Mr PJ) ha trasferito la propria residenza in Spagna.

Nel febbraio 2005 i coniugi G e Mrs J hanno concluso un accordo di maternità surrogata.

Fu condotto un processo di inseminazione nell’abitazione di Mrs J e attraverso fecondazione dell’ovulo di Mrs J con uno spermatozoo di Mr G, fu concepita M, che nacque il 26 settembre 2006.

In un breve periodo precedente la nascita di M, i coniugi G presero in locazione un appartamento nel Regno Unito per meglio seguire le vicende relative all’accordo di maternità surrogata.

La nascita di M è stata registrata all’anagrafe dichiarando che Mrs J era la madre e Mr G il padre.

Due giorni dopo la nascita, i coniugi G fecero domanda per il “parental order” previsto dall’HFEA del 1990, in cui dichiararono di avere il proprio “domicile” nel Regno Unito nonostante la realtà dei fatti fosse diversa.

Si tenne una prima udienza presso la corte locale, ma il carattere di internazionalità che presentava la fattispecie portò al trasferimento del procedimento presso il tribunale di contea e successivamente presso l'High Court.

“Parental Order”

Il “Parental order” è un provvedimento che permette il riconoscimento di status di genitori a tutti gli effetti di legge in capo ai genitori committenti. La legge HFEA del 1990 ne sottopone l'emissione al rispetto di tassativi requisiti, che in parte sono stati rispettati nel caso di specie:

L'accordo di maternità surrogata ha previsto la fecondazione di un ovulo della madre surrogata dallo spermatozoo del padre committente

I coniugi G hanno fatto richiesta per l'emissione del provvedimento entro sei mesi dalla nascita di M

I coniugi G hanno entrambi un'età superiore ai diciotto anni

Al momento in cui è stata formalizzata la richiesta per il “parental order”, M viveva con Mr e Mrs G

L'accordo si è concluso senza scambio di denaro o altro beneficio

Tuttavia risulta che il caso di specie presenta difficoltà in merito a due dei requisiti imposti dalla legge:

- 1) Mentre la legge richiede che uno o entrambi i coniugi abbiano il proprio “domicile” nel Regno Unito, nelle Channel Islands o nell'isola di Man, i coniugi G sono residenti in Turchia e non può considerarsi giuridicamente rilevante il breve periodo da loro trascorso nel Regno Unito poco prima della nascita di M per seguire da vicino l'accordo stipulato con Mrs J.
- 2) Mrs J, la madre surrogata, risulta da un punto di vista legale sposata con Mr PJ, e ciò solleva l'ipotesi che Mr PJ sia considerato il padre di M.

Il ruolo di COTS

L'accordo di maternità surrogata è stato concluso con la collaborazione di COTS, un'organizzazione di volontari con lo scopo di aiutare coppie che non possono avere figli.

Dopo aver svolto un controllo sui certificati penali e aver organizzato visite mediche sia per le coppie committenti sia per le donne che si offrono come madri surrogate, trasmette le informazioni raccolte all'agenzia “Triangle” che si occupa di mettere in contatto le due parti.

Durante il procedimento preso in esame, Mr Z, collaboratore di COTS, ha posto l'accento sul fatto che i volontari che operano in COTS non hanno titoli di studio o qualifiche che attestino competenze tecniche e ad ogni soggetto che si rivolge a loro consigliano di chiedere consulenza legale esterna prima di intraprendere un accordo di maternità surrogata.

Dalle dichiarazioni di Mr Z risulta inoltre che in passato COTS abbia consentito accordi di maternità surrogata in forza dei quali il bambino nato nel Regno Unito veniva poi portato all'estero per l'adozione a seguito di un “parental order” emesso senza il rispetto di tutti i requisiti o sulla base di un consenso scritto della madre surrogata al fatto che il bambino fosse portato all'estero.

Dalla ricostruzione di Mr Z emerge che tale pratica fu interrotta da COTS nel timore di incorrere in sanzioni penali a seguito dell'esecuzione nel 2005 dell' Adoption and Children Act (ACA) del 2002.

Molto grave è il fatto che COTS ignorasse che anche prima dell'entrata in vigore dell'ACA, la legislazione precedente in materia considerasse illecito portare un bambino nato nel Regno Unito all'estero al fine dell'adozione a meno che una corte britannica non lo avesse autorizzato.

Le organizzazioni come COTS non sono tenute al rispetto di alcuno standard di diligenza e competenza in base alla legge, tuttavia la corte osserva come sia poco opportuno che questioni di così grande rilevanza possano essere trattate da volontari senza alcuna qualifica.

Il padre di M

Ai sensi di HFEA 1990 è pacifico che Mrs J sia la madre di M.

Sulla base del common law, solo l'uomo il cui spermatozoo abbia fertilizzato l'ovulo di Mrs J può considerarsi padre di M (fatta salva l'ipotesi in cui la donna sia sposata e suo marito rivendichi il diritto di padre).

Dal momento che Mr PJ non ha giocato alcun ruolo nel concepimento di M, Mr G è il padre di M secondo il common law.

Tuttavia, le norme dell'HFEA 1990 hanno un carattere di specialità e portano alla deroga delle norme di common law.

Sulla base dell'HFEA 1990, Mr PJ sarà trattato come padre di M a meno che non sia dimostrato che sia stato contrario alla fecondazione dell'ovulo della moglie.

Mrs J ha affermato che il marito era consapevole della generale intenzione della moglie di proporsi come madre surrogata e non aveva opposto obiezioni, non era tuttavia a conoscenza della procedura instaurata con i coniugi G.

Secondo COTS, affinché vi sia un consenso valido, questo deve essere espresso in forma scritta.

Dal momento che Mr PJ non ha partecipato ad alcun incontro informativo e non ha espresso alcun consenso scritto al trattamento medico della moglie nella clinica, sarebbe da dedursi un'assenza di consenso all'inseminazione.

La corte che esamina il caso di specie non si sente di condividere l'interpretazione in senso restrittivo di "consenso" data da COTS e quindi non deduce dal comportamento tenuto da Mr PJ la sua contrarietà all'accordo.

La soluzione più efficace per l'interesse preminente della bambina

Nonostante l'inadempimento dei requisiti imposti dall' HFEA del 1990 al fine dell'emissione di un "parental order", l'obiettivo della corte risulta essere quello di garantire la tutela del "best interest" di M.

I coniugi G garantiscono a M le cure e l'affetto di cui ha bisogno; è dunque opportuno individuare l'istituto giuridico più efficace per favorire l'adozione di M in Turchia (il paese di origine dei coniugi G).

La corte ha valutato diverse alternative:

- a) un “residence order” ai coniugi G con l’autorizzazione a condurre M fuori dalla giurisdizione britannica
- b) uno speciale “ordine di tutela” a favore del minore
- c) un “convention adoption order”
- d) un “order” emesso sulla base dell’ Adoption and Children Act (ACA) del 2002,s84

Le opzioni a) e b) sono state escluse perché in entrambi i casi Mrs J avrebbe conservato lo status di genitore nei confronti di M, mentre lei aveva espressamente dichiarato di non voler vantare alcun ruolo genitoriale.

E’ stata valutata l’opportunità di ottenere l’adozione in forza della “Convention on Protection of Children and Cooperation in respect of Intercountry Adoption” conclusa nel 1993 e ratificata sia dalla Gran Bretagna sia dalla Turchia. E’ stata tuttavia esclusa anche questa ipotesi in quanto non risultava soddisfatto il requisito per cui il bambino che deve essere adottato deve avere residenza abituale in una parte delle isole britanniche al momento in cui l’accordo di adozione viene concesso.

L’opzione d) garantisce il riconoscimento della responsabilità genitoriale agli aspiranti genitori adottivi, escludendo quella di qualsiasi altro soggetto (nel caso di specie, Mrs J).

I requisiti per ottenere il suddetto provvedimento sono che nessuno degli aspiranti genitori adottivi deve avere il proprio “domicile” o la propria residenza abituale in Inghilterra o nel Galles e il bambino deve aver abitato con i soggetti che fanno richiesta di adozione durante le 10 settimane precedenti la domanda. Entrambi i requisiti erano soddisfatti.

La corte ha inoltre ricevuto un riscontro positivo di un legale di nazionalità turca, che gli ha garantito che l’“order s84” sarebbe stato riconosciuto in Turchia e che c’erano buone condizioni per ottenere l’adozione di M secondo la legislazione turca.

La corte pertanto ritiene che l’“order s84” sia lo strumento giuridico più idoneo a garantire l’interesse preminente (“best interest”) di M, il riconoscimento della responsabilità genitoriale in capo ai coniugi G e la concreta possibilità che questi possano ottenere un provvedimento di adozione secondo la legge turca.

Considerazioni finali della Corte

- Accordi di maternità surrogata che non prevedano lo scambio di prestazioni pecuniarie, nel caso la coppia committente non abbia il proprio “domicile” in Gran Bretagna -sebbene non siano contrarie alla legge- non sono da incoraggiare, in quanto non rispettano i requisiti richiesti per l’emissione di un “parental order” secondo la legge HFEA 1990.
- Le agenzie coinvolte al fine di fornire supporto alle coppie committenti e alle madri surrogate devono poter garantire che i volontari che vi prestano servizio abbiano una basilare conoscenza della legislazione in materia di diritto di famiglia-

- Qualora la madre surrogata sia una donna sposata che si è separata da suo marito, devono essere fatti tutti i tentativi necessari affinché si stabilisca che il marito non acconsente all'accordo di maternità surrogata prima che questo abbia inizio.
- Qualora la coppia committente chieda supporto ad agenzie di volontari o consulenza ad uno studio legale, la corte può stabilire con un provvedimento il pagamento di un prezzo che ritiene equo in considerazione della prestazione erogata. Al fine di disincentivare accordi di maternità surrogata per coppie di nazionalità diversa da quella britannica, c'è la tendenza a porre i costi di tali consulenze legali non a capo dell'erario statale, bensì delle parti private.

Elaborato in tema di contratto di lavoro a chiamata

Il caso in esame, è stato trattato il 18 novembre del 1999 presso l'Industrial Tribunal e la corte d'appello del lavoro, la House of Lords, vede come appellanti: Carmichael e Leese

convenuto: NATIONAL POWER PLC.

Mrs. Leese and Mrs. Carmichael avevano cominciato a lavorare come guide turistiche presso: Power Stations nel 1989, azienda elettrica poi passata in gestione a NATIONAL POWER PLC. Tale rapporto di lavoro era continuato sino a dopo il 1995, con un incremento delle ore lavorative e paga con retribuzione stabilita in base alle ore effettivamente lavorate(detta: flat rate).

Il problema discusso è se esista un contratto di lavoro e se le due lavoratrici abbiano il diritto vincolare ai termini del contratto anche, NATIONAL POWER PLC in quanto nuovo gestore.

Circostanze di fatto

Nell'89 l'impresa elettrica, propose di compilare due domande prestampate d'impiego, inviate per posta alle due appellanti, alle quali era richiesto di svolgere compiti come organizzare e guidare tour nell'industria elettrica, presentare l'azienda, spiegare come si producesse l'energia e rispondere alle domande dei visitatori. Carmichael e leese compilarono la domande e furono accettate come impiegate part-time su richiesta (job on call) e pagati, in base all'accordo, 376.56£ all'ora.

Nella lettera prestampata, firmata da ambo le parti era scritto: "accetto la vostra offerta di lavoro come guida della stazione, con frequenza part-time e su richiesta". Il problema discusso era se esistesse un contratto di lavoro o solo la possibilità che la società si riservava per chiamarli al bisogno, non era previsto infatti, dalle lettere scambiate, che l'azienda dovesse necessariamente organizzare dei tour per permettere a leese e Carmichael di avere un lavoro continuativo e quindi essere pagati. Inoltre nella corrispondenza documentata dell'89 non sono menzionati elementi quali: pensione, durata, frequenza e modi di esecuzione dell'attività. come l'industrial tribunal nega l'esistenza un contratto tra le parti, dando torto agli appellanti, mentre la corte d'appello del tribunale del lavoro sosteneva il contrario.

La ragione su cui si nega l'appello è che l' Industrial tribunal sosteneva che le lettere scambiate via posta non costituissero un contratto di prestazioni o servizi, tesi sostenuta anche in ultima istanza anche dalla House of lords

Il contratto, anche quello di lavoro, è un accordo tra due o più parti che si promettono di dare e ricevere qualcosa l'una dall'altra (oggetto) e che considerano quest'accordo come vincolante tra di loro. Le regole dei contratti di diritto privato valgono anche per quelli di Employment law.

I principi su cui si sono fondate le decisioni delle corti di rifiutare l'appello sono stati:

* L'accordo tra le parti (l'Agreement o consensus ad idem) è il fatto che nel caso visto, il contratto si basi sull'assenza di mutualità, cioè la volontà delle parti divergeva sull'intendere il contratto, mentre una parte sosteneva la validità dello scambio di posta, come sufficiente per far nascere un contratto e vincolare

l'impresa elettrica, l'altra sosteneva invece, che lo scambio di lettere non era intesa a costituire un contratto, ma solo a gettare le basi di un accordo che comportava la disponibilità di Carmichael e Leese a lavorare come guide nell'industria, e non un unico contratto. Quindi il lavoro si sarebbe basato solo su richiesta determinando una serie di contratti ad - hoc. L'obbligazione sarebbe sorta solo sulla chiamata e quindi, gli attori andando a prestare il servizio facevano sorgere l'obbligo di adempiervi, mentre ci sarebbe stato per l'industria il vincolo di pagare gli appellanti al termine della prestazione.

Concetti giuridici presenti nella sentenza:

Contratto: un accordo tra due o più parti che si promettono di dare e ricevere qualcosa l'una dall'altra (oggetto) e che considerano quest'accordo come vincolante tra di loro.

Consenso ad idem: la volontà nei contratti è uno degli elementi essenziali, l'inesistenza ne causa l'invalidità. È anche necessario che le parti intendano il contratto nel medesimo modo, sia avrà così convergenza.

Job on call: Il contratto a chiamata, o lavoro intermittente, o job on call è il contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa a tempo determinato o indeterminato .

È importante sottolineare che non esistendo un contratto tra attori e impresa iniziale (Power Station) l'accordo non vincolava secondo le corti neanche National Power plc.

Elaborato in tema di inquinamento ambientale^{*}

La sentenza n. 1317/2008 in esame, decisa dalla Terza sezione civile della Corte di Cassazione francese il 17 dicembre 2008 è relativa al naufragio, avvenuto nel 1999, della petroliera Erika, che ha originato un disastro ecologico di notevoli dimensioni: circa 20.000 tonnellate di petrolio si sono riversate su un'area di oltre 400 km del litorale atlantico francese.

Ricostruzione dei fatti di causa

La società Total International Ltd si è impegnata contrattualmente a consegnare alla società italiana Enel 30.000 tonnellate di nafta pesante, destinata ad essere utilizzata come combustibile per la produzione di elettricità.

Per l'esecuzione di tale contratto, la società Total International Ltd ha acquistato il quantitativo richiesto di nafta dalla società Total France, ed ha noleggiato la petroliera Erika per trasportare la sostanza dal porto di Dunkerque (Francia) al porto di Milazzo (Italia).

Il 12 dicembre 1999, durante il trasporto, la nave è affondata, riversando parte del proprio carico nelle acque dell'oceano, andando ad inquinare una estesa area del litorale atlantico francese.

Il comune di Mesquer, le cui coste sono state fortemente inquinate in conseguenza al naufragio, ha citato in giudizio le società Total France e Total International Ltd, domandando la loro condanna in solido al rimborso delle spese sostenute per le operazioni di pulizia del proprio territorio.

Sia in primo grado (Tribunale di commercio di St Nazaire), sia in appello (Corte d'appello di Rennes) i giudici hanno rigettato la domanda del comune di Mesquer.

Il comune di Mesquer ha proposto ricorso avverso la decisione del giudice d'appello presso il giudice di legittimità, la Cour de Cassation.

La decisione della Cour de Cassation

La Cour de Cassation si è avvalsa dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ponendo questioni relative all'interpretazione della normativa comunitaria applicabile. La Corte di giustizia si è pronunciata in proposito con sentenza del 24 giugno 2008.

Su questa base, la terza sezione civile della Cour de Cassation ha deciso sul caso, apportando un duplice contributo al diritto dell'ambiente, il primo sulla nozione di rifiuto, il secondo sull'identificazione delle persone obbligate alla riparazione.

Nozione di rifiuto

La direttiva 75/442/CEE del 15 luglio 1975, relativa ai rifiuti, ne fornisce all'art.1 una definizione:

“Ai sensi della presente direttiva si intende per rifiuto qualsiasi sostanza o oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi”.

Il giudice d'appello, nel rigettare la domanda di condanna proposta dal comune di Mesquer, ha ritenuto che la nafta, riversatasi nelle acque atlantiche, non potesse considerarsi un rifiuto ai sensi della presente direttiva, trattandosi di un prodotto destinato ad una utilizzazione diretta come combustibile per i bisogni della produzione elettrica.

La Cour de Cassation ha interpellato sul punto la Corte di Giustizia, che ha fornito chiarimenti interpretativi. Secondo i giudici comunitari la nafta, venduta come combustibile, commercializzata a condizioni economicamente vantaggiose, direttamente utilizzabile senza operazioni di trasformazione, non costituisce di per sè un rifiuto. Tuttavia gli idrocarburi, accidentalmente riversati in mare in seguito ad un naufragio, che si mescolano all'acqua ed ai sedimenti e vanno a depositarsi sulle coste di uno Stato membro, costituiscono rifiuti, dal momento che non sono più suscettibili di commercializzazione e di utilizzo senza operazioni di trasformazione.

Identificazione delle persone obbligate alla riparazione

La direttiva comunitaria precedentemente citata all'art.15 così dispone:

“Conformemente al principio ‘chi inquina paga’, il costo dello smaltimento dei rifiuti deve essere sostenuto:

- *dal detentore che consegna i rifiuti ad un raccoglitore o ad una impresa di cui all'art.9 e/o*
- *dai precedenti detentori o dal produttore del prodotto causa dei rifiuti”.*

La direttiva in questione è stata trasposta nell'ordinamento francese con la legge n.75-633 del 15 luglio 1975 relativa alla eliminazione dei rifiuti ed al loro recupero, le cui disposizioni sono state posteriormente codificate agli articoli 1.541-1 e seguenti del codice dell'ambiente. Tale codice, all'art.1.541-2, così dispone:

“Tutti coloro che producono o detengono rifiuti idonei a produrre effetti nocivi sul suolo, la flora e la fauna, a degradare i luoghi o i paesaggi, ad inquinare le arie o le acque, a produrre rumori o odori, e in generale ad attentare alla salute dell'uomo e dell'ambiente, sono tenuti ad assicurarne o farne assicurare l'eliminazione, conformemente alle disposizioni del presente capitolo [...]”.

Il giudice d'appello, nel rigettare la richiesta del comune di Mesquer, ha ritenuto, su questa base, che le società citate in giudizio (Total France e Total International ltd) non potessero essere considerate produttrice e detentrica dei rifiuti depositatisi sulle coste francesi in seguito al naufragio della petroliera Erika, avendo esse prodotto e detenuto un prodotto petrolifero, divenuto rifiuto unicamente nella fase del trasporto.

I giudici comunitari hanno invece statuito che il giudice nazionale può considerare chi ha venduto gli idrocarburi e chi ha concluso il contratto di affitto della nave per il loro trasporto come “precedente detentore” (art.15 lett.b) ai fini dell'applicazione della direttiva, qualora, sulla base della valutazione di elementi rimessi al suo apprezzamento, ritenga che tale soggetto abbia contribuito a generare l'evento dannoso, causa di inquinamento, in particolare astenendosi dall'adottare misure volte a prevenire una tale evenienza. Se le spese sostenute per l'eliminazione dei rifiuti depositatisi sulle coste in seguito al naufragio

non possono essere poste a carico del Fondo internazionale per il risarcimenti dei danni causati dall'inquinamento da idrocarburi, allora dovranno essere poste a carico del "precedente detentore".

In conclusione dunque, sulla base dell'art. 1.541-2 del codice dell'ambiente, interpretato alla luce degli obiettivi assegnati agli Stati membri dalla direttiva n. 75/442/CEE, la Cour de Cassation ha ammesso l'eventualità che le società in questione possano essere considerate come "precedente detentore" dei rifiuti e come tali obbligate alla riparazione, nel caso in cui abbiano contribuito al rischio di inquinamento. Spetterà alla corte d'appello di Bordeaux, dinanzi alla quale le parti sono state rimesse, valutare la sussistenza di un simile elemento di fatto.

Elaborato in tema di malattia professionale*

La sentenza presa in esame è stata emessa il 3 Agosto 2009 dalla “Court of Appeals for the First Circuit” del Massachusetts dai “Circuit Judges” Boudin, Lipez e Howard in merito ad una disputa avvenuta tra i familiari di Claude Taylor e alcune compagnie nell’industria del cloruro di polivinile [PVC].

Ricostruzione dei fatti

Claude Taylor ha lavorato per la Monsanto Company [Monsanto] dal 1953 al 1989 nello stabilimento di Indian Orchard a Springfield, Massachusetts. Per gran parte di questo periodo Taylor è stato impiegato nel dipartimento di polimerizzazione del PVC, un materiale che veniva fabbricato dalla combinazione di monomeri di cloruro di polivinile, acqua, un emulsionante ed un catalizzatore all’interno di un bollitore. A vari stadi del processo venivano liberate all’interno dell’ambiente di lavoro piccole quantità di cloruro di vinile [VC], alle quali Taylor era esposto. Il cloruro di polivinile viene considerato stabile e sicuro nelle applicazioni tecnologiche, a temperatura ambiente, ma estremamente pericoloso se bruciato o scaldato ad elevate temperature e in impianti inadeguati, per la presenza di cloro nella molecola, che dà possibilità di formazione di diossina. Nell’agosto del 1975 Monsanto concluse le sue operazioni con il PVC a Indian Orchard e Taylor fu spostato ad una nuova posizione che non lo esponeva alle emissioni di PVC. In questo periodo Monsanto ha acquisito il PVC da altre fonti: la Dow Chemical Company [Dow], la Goodrich Corporation [Goodrich] e la Union Carbide Corporation [Union Carbide]. Il 20 Marzo 2000 fu diagnosticato a Claude Taylor un colangiocarcinoma intraepatico, una forma di cancro al fegato. Morì sette mesi dopo, il 30 ottobre 2000.

Gli eredi del defunto Claude Taylor hanno citato varie compagnie nell’industria del PVC e un’associazione di categoria (Monsanto, American Chemistry Council, Dow, Goodrich, Union Carbide, altri fornitori di PVC e produttori di PVC), accusandoli di frode, di omissione di avviso di nocività (“failure to warn”) e di “civil conspiracy” ai danni di Taylor, tali da causarne l’ingiusta morte. La “District Court”, ovvero la corte di prima istanza, ha emesso un “summary judgment”, che viene concesso quando il richiedente, la conoscitiva, il materiale rilevato in archivio e qualsiasi affidavit mostrano che non c’è alcun autentico problema – “genuine issue” – in ogni fatto materiale, ovvero quando l’evidenza è tale per cui una parte ha chiaramente diritto al giudizio. Nel “summary judgment” la “District Court” ha dichiarato che Monsanto non aveva nessun dovere di avvisare Taylor a proposito della pericolosità dei prodotti e che, alla luce delle sue competenze, gli altri imputati confidavano ragionevolmente che egli provvedesse a mettere in guardia Taylor. La District Court ha altresì respinto l’accusa di frode e cospirazione, non avendo trovato alcuna prova che i convenuti fossero responsabili degli avvertimenti in questione o che i convenuti avessero conoscenza o controllo sulle attività di Monsanto nello stabilimento dove Taylor lavorava. Gli attori hanno fatto appello contro Dow, Goodrich, Union Carbide, Goodyear Tire & Rubber Company [Goodyear], GenCorp Inc. e l’American Chemistry Council [ACC], escludendo Monsanto, il datore di lavoro di Taylor.

Breve resoconto storico delle scoperte relative alla nocività del PVC sul posto di lavoro

Dal 1960 le industrie della plastica erano consapevoli dell'alta infiammabilità del prodotto e degli effetti anestetici che poteva provocare se inalato ad alte concentrazioni. L'ACC, un'associazione di categoria, nel 1954 pubblicò il "Chemical Safety Data Sheet SD-56" [SD-56] e lo fornì ai produttori di PVC. Questo documento conteneva informazioni a proposito dei metodi di trasporto, di scarico, immagazzinamento e manipolazione del PVC e identificava l'incendio e l'esplosione come principali rischi ad esso associati, dichiarando tuttavia che non vi erano seri rischi nella sua manipolazione. L'SD-56 raccomandò inoltre che nell'ambiente di lavoro le concentrazioni di cloruro di vinile non superassero mai il limite di 500 ppm (parti per milione). Lo stesso limite è stato adottato nel 1946 dall'American Conference of Governmental Industrial Hygienists [ACGIH] come "valore limite di soglia" [TLV].

Monsanto incorporò il limite di esposizione a 500 ppm nel manuale di "Procedura Standard" per la polimerizzazione del PVC del 1965 di Indian Orchard.

Alla fine degli anni '60 le compagnie dell'industria del PVC cominciarono a scoprire che l'esposizione al PVC era più pericolosa di quanto precedentemente ritenuto. Specificamente, si scoprì che l'esposizione cronica anche a basse concentrazioni di VC poteva causare danni al fegato e, almeno nei topi da laboratorio, anche tumori. Non solo, nel 1964 Goodrich trovò che un numero significativo degli operai addetti alle pulizie dei serbatoi di PVC avevano sviluppato una malattia alle mani, ora chiamata "acroosteolisi".

Nonostante queste ricerche e scoperte l'ACC non revisionò l'SD-56 fino al 1972, anno in cui venne pubblicata una nuova versione revisionata, che le riportava tutte, aggiungendo però che molti anni di esperienza industriale non avevano dimostrato alcuna carcinogenesi negli umani, così come invece erano state rinvenute nei topi. La versione del '72 mantenne come limite d'esposizione raccomandato 500 ppm. In contrasto, nel 1972 l'ACGIH revisionò il TLV da 500 a 200 ppm.

Nel febbraio del 1973 la Dow spedì ai suoi clienti una copia dell'SD-56 del 1972 con un adesivo sulla facciata che annotava la riduzione apportata dall'ACGIH e dichiarava che Dow avrebbe mantenuto un limite d'esposizione medio di 50 ppm nei suoi stabilimenti. In una lettera di accompagnamento allegata Dow raccomandava che i suoi utenti adottassero come limite i 50 ppm e offrì loro assistenza per realizzare tale operazione.

Il 23 gennaio 1974 la Goodrich emise un comunicato stampa, rendendo pubblico che tre dei suoi operai addetti al PVC erano morti di angiosarcoma, una forma rara di cancro al fegato. Il comunicato stampa precisava che la Goodrich stava investigando sulla probabilità che le morti fossero relazionate a cause lavorative.

Monsanto informò immediatamente i suoi impiegati dello stabilimento di Indian Orchard. Prima di questo evento i supervisori dello stabilimento in questione non sapevano che il PVC potesse presentare rischi cancerogeni per i dipendenti.

La questione sul “ragionevole affidamento”

Nei processi di civil law, come anche in quelli di common law, un imputato può avvalersi dell’eccezione di diritto (“legal defense”) contrapponendo al fatto costitutivo affermato dall’attore un fatto impeditivo o estintivo. Lo scopo dell’imputato è quello di eludere un tipo di responsabilità, sia essa penale o civile, sostenendo talvolta che, anche se le accuse che gli sono state rivolte sono vere, egli non è tuttavia responsabile.

Secondo l’eccezione dell’utente attento (“sophisticated user defense”), non c’è dovere di avvisare un utente finale delle caratteristiche latenti o dei pericoli di un prodotto quando l’utente ne è già a **conoscenza** o comunque dovrebbe **ragionevolmente** esserlo. L’eccezione dell’utente attento non è che il corollario di una dottrina “aperta e ovvia”, per la quale non sussiste un dovere di avviso quando un pericolo presentato da un prodotto è ovvio. L’utente attento è «una persona o un’entità che, in virtù di un addestramento, di esperienza, per via della sua professione o delle sue obbligazioni legali, che ci si aspetta o generalmente ci si aspetta essere a conoscenza delle proprietà dei prodotti, inclusi i potenziali rischi e gli effetti contrari» (*Mich. Comp. Laws. Ann. § 600.2945(j) West 1978*).

Secondo l’eccezione del fornitore all’ingrosso (“bulk supplier defense”) un fornitore può, in certe circostanze, astenersi dal suo dovere di avvisare prevedibili utenti dei pericoli nell’uso dei suoi prodotti facendo **ragionevole affidamento su un intermediario**.

La Supreme Judicial Court del Massachusetts [SJC] ha evidenziato delle differenze tra l’eccezione del fornitore all’ingrosso e quella dell’utente attento:

l’eccezione del fornitore all’ingrosso permette al fornitore convenuto di soddisfare il suo dovere di avviso mediante un intermediario, mentre l’eccezione dell’utente attento solleva il fornitore da tale obbligo; dunque

l’eccezione del fornitore all’ingrosso richiede l’esistenza di un intermediario, mentre quella dell’utente attento non la richiede, ma la *permette*.

Queste differenze riflettono le diverse basi logiche delle eccezioni del fornitore all’ingrosso e dell’utente attento. Quest’ultima prevede come premessa che certi pericoli siano ovvi ad un utente attento, facendo sì che l’avviso sia superfluo. In contrasto, l’eccezione del fornitore all’ingrosso necessita come premessa l’esistenza di difficoltà speciali che i fornitori all’ingrosso affronterebbero nel dover avvisare direttamente i prevedibili utenti finali dei pericoli dei loro prodotti. I rifornimenti all’ingrosso, infatti, sono spesso trasportati in autocisterne, carri merci, o grandi barili industriali, immagazzinati in grandi quantitativi, e poi riconfezionati e riformulati. Questo processo rende improbabile che gli avvisi del fornitore raggiungano tutti gli utenti prevedibili. Il Massachusetts ha perciò scelto di permettere ai fornitori all’ingrosso di soddisfare il loro dovere di avviso attraverso intermediari, ammettendo che sia ragionevole che essi confidino in loro per trasmettere gli avvisi agli utenti finali.

La District Court ha giudicato Monsanto un utente attento del PVC e i convenuti in questione in nessun dovere di avviso verso Taylor.

Gli attori sostengono di fronte alla Court of Appeals che il “ragionevole affidamento” è un elemento collegato anche all’eccezione per l’utente attento, almeno nei casi in cui un datore agisce come intermediario tra un fornitore e un impiegato. Se così fosse, la questione riguarderebbe la **ragionevolezza dell’affidamento su Monsanto** da parte dei convenuti (che sarebbero in tal caso responsabili di aver in lui confidato perché avvertisse Taylor dei pericoli relativi al PVC), ma di certo non la valutazione dell’effettiva conformità di Monsanto con l’eccezione del caso.

I convenuti sottolineano, però, che, per la legge del Massachusetts, il ragionevole affidamento non costituisce parte derivante dell’eccezione dell’utente attento. Tale approccio è stato infatti rifiutato dalla SJC, la quale ha dichiarato in precedenti sentenze che solo l’eccezione del fornitore all’ingrosso implica la determinazione del ragionevole affidamento.

La Court of Appeals ritiene in questo caso inutile il tentativo da parte degli attori di applicare l’eccezione dell’utente attento nei sensi da essi ritenuti, in quanto tale eccezione richiede che si valuti se l’utente finale abbia compreso il pericolo a motivo della sua attenzione, qualunque sia la fonte da cui essa proviene. Se sia ragionevole o meno per un fornitore confidare in tale utente per trasmettere un avviso è una questione differente e la risposta a tale domanda potrebbe rivelare poco a proposito di quali pericoli l’utente finale ha già compreso grazie alla sua attenzione.

Se dunque il ragionevole affidamento non è un elemento riconducibile all’eccezione dell’utente attento secondo la legge del Massachusetts, la District Court ha errato nel dichiarare: “Visto che Monsanto era l’utente finale per gli scopi dell’eccezione dell’utente attento, la domanda seguente è se i Convenuti fornitori hanno fatto ragionevolmente affidamento su Monsanto perché provvedesse ad adeguati avvertimenti a Claude Taylor.” La Court of Appeals afferma infatti che, se Monsanto era un utente attento, non vi è alcuna necessaria questione sul ragionevole affidamento da parte dei convenuti.

Per meglio comprendere la decisione della Court of Appeals presentiamo un paragone con la sentenza del 2006 sul caso *Carrel v. Nat'l Cord & Braid Corp.*, in cui la SJC ha dichiarato utente finale rilevante non la parte lesa (“plaintiff”), ma l’organizzazione a cui essa apparteneva (“Boy Scouts”), dichiarando che essa si trovava in una «migliore posizione per fornire avvertimenti, in quanto maggiormente consapevole dell’uso specifico di una corda da bungee jumping, dei pericoli ad esso associati e dei modi di impedirli».

Nel caso *Taylor v. ACC et al.* la ragionevole conoscenza di Monsanto del prodotto possiede maggiore rilevanza rispetto al ragionevole affidamento che i convenuti dovrebbero presumibilmente avere nei suoi confronti. Rilevando Monsanto come utente finale rispetto ai convenuti fornitori (così come suggerito dall’accusa) si può infatti ragionevolmente concludere che Monsanto non necessitasse di avvertimenti, date le sue conoscenze, perfettamente ragguagliabili nella descrizione del “sophisticated user”.

L'omissione di avviso di nocività

Gli attori di questo processo concentrano la loro attenzione su due particolari pericoli derivanti dall'omissione dell'avviso di nocività: il primo è il pericolo di danni al fegato causati dall'esposizione al VC a livelli di 500 ppm, il secondo è il pericolo di cancro derivante dall'esposizione cronica.

- **Danni al fegato causati dall'esposizione al PVC a 500 ppm:**

Monsanto possedeva una posizione dirigenziale nell'industria del PVC, che gli permetteva di venire a conoscenza degli studi sulla tossicità dei prodotti ancor prima che venissero pubblicati, grazie ad ampie conoscenze in campo medico e tossicologico (Monsanto dirigeva un Dipartimento di Medicina Occupazionale) e a contatti diretti con gli scienziati che si occupavano di tali ricerche (tra cui Torkelson, che svolse un'importante indagine anche pubblicata sul giornale dell'Associazione Americana per l'Igiene Industriale). La Court of Appeals non può dunque che ragionevolmente concludere che Monsanto percepiva o avrebbe dovuto ragionevolmente percepire il pericolo della tossicità per il fegato del PVC. Un avvertimento da parte di Dow, Union Carbide o Goodrich, quindi, difficilmente avrebbe aiutato Monsanto a percepire *meglio* il pericolo, e di certo non lo avrebbe portato a stabilire un limite di esposizione al VC più basso a Indian Orchard.

- **Cancro causato da esposizione cronica al PVC:**

La conclusione che il PVC fosse cancerogeno iniziò ad emergere tra gli addetti ai lavori circa un decennio dopo la scoperta della sua tossicità per il fegato. La documentazione mostra che Monsanto divenne consapevole della cancerogenicità del PVC approssimativamente in contemporanea rispetto a Dow, Goodrich e Union Carbide. Il Dipartimento di Medicina Occupazionale di Monsanto era adeguatamente equipaggiato per comprendere tali informazioni ed agire in relazione ad esse. La Court of Appeals conclude invero che egli conosceva, o avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere, il rischio di cancro dato dall'esposizione continuata al PVC. Per Dow, Goodrich e Union Carbide fornire Monsanto di avvertimenti – quando tutte e quattro le compagnie stavano scoprendo questi rischi contemporaneamente – sarebbe stato pienamente superfluo. La corte non può inoltre concludere che tale avvertimento avrebbe ridotto la probabilità della malattia di Taylor, visto che Monsanto già sapeva che l'esposizione cronica al PVC poteva causare cancro.

La frode

Per accertare le accuse di frode, per la legge del Massachusetts, l'accusa deve provare che «il convenuto abbia dato una falsa rappresentazione di un fatto materiale con la conoscenza della sua falsità allo scopo di indurre l'attore ad agire in un determinato modo, e che l'attore abbia ragionevolmente fatto affidamento su tali rappresentazioni come se fossero vere e abbia agito secondo esse ai propri danni» (Restatement Second of Torts § 525).

In contrasto con la falsa dichiarazione, la non rivelazione, o meglio l'occultamento fraudolento, generalmente non genera responsabilità per torto. La responsabilità per non rivelazione esiste per la legge del Massachusetts solo quando c'è un "dovere di rivelare". Tale dovere esiste quando:

- 1) vi è un "fiduciary" o un'altra simile relazione di fiducia e confidenza;
- 2) vi siano problemi noti al rivelatore che lui sa essere necessari per prevenire la sua dichiarazione parziale o ambigua dei fatti dall'essere fuorviante;
- 3) il fatto non rivelato sia basilare o sia l'essenza della transazione.

Gli attori hanno avanzato accuse sia di frode che di occultamento fraudolento. La District Court ha caratterizzato l'accusa di frode come relativa alla responsabilità da parte dei convenuti per i contenuti fuorvianti dell'SD-56, che minimizzava i rischi del VC. L'accusa non ha messo in dubbio questa caratterizzazione, ma sostiene che la corte si sia sbagliata nel suo giudizio relativo alle imputazioni. La Court of Appeals non si preoccupa dunque di interrogarsi sull'effettiva falsità o devianza dell'SD-56. Citando il caso *United States v. Politano* – in cui si sottolinea che gli argomenti non richiesti in appello costituiscono rinuncia ai diritti che da essi derivano – la Court of Appeals confina il proprio giudizio alla questione sulla responsabilità da parte dei convenuti per quel che è contenuto all'interno del detto documento.

La Court of Appeals concorda con la District Court che non vi sono prove per le quali si potrebbe concludere che i convenuti siano responsabili delle presumibilmente false o fuorvianti rappresentazioni dell'SD-56. Nel Massachusetts, infatti, una persona è generalmente responsabile di "frode ai sensi del Common Law" solo per rappresentazioni fraudolente per le quali egli stesso è responsabile. E in questo caso i verbali testimoniano solo la presenza e la partecipazione dei rappresentanti dei convenuti ai comitati in cui venivano discusse le bozze dell'SD-56, ma non rivelano chi sia effettivamente responsabile delle dichiarazioni riportate nel documento.

Sia la versione del 1954 che quella del 1972 furono pubblicate dall'ACC, che peraltro ne deteneva i diritti d'autore, ma gli attori non hanno nominato l'ACC come imputati nell'accusa di frode. Si sottolinea ancora una volta che la Corte non è nelle possibilità di esprimere un giudizio su fattispecie assenti nelle accuse. La domanda è se una ragionevole giuria potrebbe concludere che Dow, Goodrich e Union Carbide – che sono nominate nelle accuse – sono responsabili per le affermazioni sulla sicurezza contenute nell'SD-56. Ma, come esposto dalla District Court, «le contribuzioni individuali date dai convenuti alla raccolta, all'organizzazione e alla compilazione dei contenuti dell'SD-56 restano sconosciute».

“Civil conspiracy”

La sezione 876 del “Restatement (Second) of Torts” delinea una tipologia di “conspiracy” che è molto simile alla responsabilità vicaria per la condotta negligente di altri, la quale richiede l'esistenza di un illecito di fondo (“underlying tort”). La “conspiracy” consiste nel concordare con tale illecito o contribuire ad esso.

L'accusa avanza la teoria di “appoggio sostanziale” (“substantial assistance”), riconosciuta dalla sezione 876 del Restatement. Secondo tale teoria un imputato è responsabile per la condotta di un altro se sa che la

condotta dell'altro costituisce la violazione di un dovere e dà sostanziale appoggio e incoraggiamento all'altro. Due elementi devono comunque essere instaurati:

- L'appoggio o l'incoraggiamento deve essere un sostanziale fattore nella causa dell'illecito che risulta;
- Il convenuto deve avere un **intento illecito**, che comprende non solo la conoscenza che la condotta dell'altro sia negligente, ma anche un vero e proprio intento di sostanzialmente assistere o incoraggiare tale condotta, pur senza un accordo tra il convenuto e colui che commette l'illecito.

L'illecito di fondo sulla quale l'accusa basa l'affermazione di appoggio sostanziale è la frode di Monsanto. Gli attori accusano i convenuti di aver sostanzialmente assistito questa frode avendo, ad esempio, partecipato ad accordi segreti volti alla non divulgazione dei risultati di alcuni scienziati sullo studio sul cancro (con cui Monsanto aveva contatti diretti). La District Court ha rifiutato questo argomento perché ha concluso, tra altre cose, che non vi erano prove che i convenuti sapessero quali informazioni Monsanto aveva divulgato ai suoi impiegati.

La Court of Appeals concorda con la District Court che, con questa documentazione, sia impossibile rinvenire un "sostanziale appoggio" da parte dei convenuti alla frode ai danni di Taylor. Mentre la documentazione contiene prove che le azioni dei convenuti abbiano nei fatti appoggiato Monsanto, non contiene prove che gli imputati abbiano avuto "l'intento illecito" necessario per la responsabilità da appoggio sostanziale. Mentre è chiaro dalla documentazione che l'SD-56 sia stato ampiamente usato nel manuale di Procedura Standard, non ci sono prove che Monsanto abbia discusso le sue pratiche di sicurezza con i convenuti o abbia a loro garantito accesso ai suoi stabilimenti. Inoltre, Monsanto ha attinto ad un numero svariato di sorgenti per reperire informazioni sulla sicurezza. Non si può dedurre dal fatto che Monsanto stava usando l'SD-56 la conclusione che egli stesse testualmente riportandolo ai suoi impiegati.

Concludendo, l'accusa nel caso Taylor v. ACC et al. si è concentrata sull'imputazione di convenuti che potevano ragionevolmente ritenersi svincolati dal dovere di avvertire Taylor dei pericoli ai quali andava incontro sul suo luogo di lavoro. L'eccezione del fornitore all'ingrosso, infatti, è in grado di proteggerli grazie all'esistenza di un intermediario, in questo caso sicuramente ritenibile cosciente dei rischi del prodotto. L'esclusione di Monsanto dalla cerchia di imputati, la mancanza di una denuncia diretta dei contenuti fuorvianti dell'SD-56 e la non sussistenza dei requisiti di responsabilità per illecito nel caso di occultamento fraudolento impediscono la realizzazione di quelli che sono i veri intenti degli attori (ovvero l'attestazione delle accuse di frode, "failure to warn" e "civil conspiracy"). La ratio della decisione del giudice della Court of Appeals risiede nella necessità di sollevare le grandi industrie manifatturiere da eccessivi ed onerosi doveri di avviso che, come già detto, si rivelerebbero pressoché inutili e, a giudizio della corte, persino d'improbabile effetto deterrente.

Note

- * Ricercatore in diritto privato comparato della Facoltà di giurisprudenza dell'Università Carlo Cattaneo - LIUC
- ¹ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990, p. 14.
 - ² R. Fideli, *La comparazione*, Milano, 1998, p. 29.
 - ³ Il testo di riferimento su questo punto è lo H. Zweigert, R. Kötz, *Introduzione al diritto comparato. Istituti*, II, Milano, 1995).
 - ⁴ A. Gambaro, *Common Law e civil law: Evoluzione e metodi di confronto*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, 2009.
 - ⁵ Oltre a questa separazione, certa autorevole dottrina afferma che sia da rilevare anche la tradizione giuridica degli Stati del Nord Europa (H. Zweigert, R. Kötz, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, I, Milano, 1998, p. 76).
 - ⁶ H. J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 2006. C. A. Cannata, A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, 1984; A. Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003.
 - ⁷ A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2003, p. 4.
 - ⁸ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1997, p. 44: "Nella nostra attività di giuristi "territoriali" noi rendiamo onore a questo principio di unità. Il nostro massimo sforzo di civilisti è quello di scoprire *il* modello giuridico all'interno di un determinato ordinamento giuridico. Posto un determinato quesito giuridico, noi facciamo ogni ragionevole sforzo per trovare la risposta (al singolare!) al quesito, vogliamo trovare la norma (al singolare!) che regola quel determinato fenomeno".
 - ⁹ R. Sacco, *op. cit.*, p. 45.
 - ¹⁰ A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 4.
 - ¹¹ A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi*, cit., p. 5.
 - ¹² A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi*, cit. p. 8.
 - ¹³ Per uno studio di dati non espressi in materia di antropologia del diritto, J. Vanderlinden, *Anthropologie juridique, Connaissance du droit*, Paris, 1996.
 - ¹⁴ Sul punto si vedano gli Atti delle V giornate dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, note anche come Giornate Gorla, pubblicati a cura di R. Sacco, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980.
 - ¹⁵ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 1990, p. 8; A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, voce "Comparazione giuridica", *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile, III*, Torino, 1989, p. 48
 - ¹⁶ A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, voce "Comparazione giuridica", cit.
 - ¹⁷ A. Gambaro, P. G. Monateri, R. Sacco, voce "Comparazione giuridica", cit.
 - ¹⁸ A. Gambaro, P. G. Monateri, R. Sacco, voce "Comparazione giuridica", cit.
 - ¹⁹ A. Gambaro, P. G. Monateri, R. Sacco, voce "Comparazione giuridica", cit.
 - ²⁰ A. Gambaro, *The Trento Theses*, *Global Jurist*, 2004, IV, 1, 2, in www.bepress.com/gj
 - ²¹ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 157.
 - ²² R. Sacco, ult. loc. op. cit.
 - ²³ R. Sacco, ult. loc. op. cit.
 - ²⁴ A. Gambaro, P. G. Monateri, R. Sacco, voce "Comparazione giuridica", cit.
 - ²⁵ F. Galgano, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2004.
 - ²⁶ A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edimburgh, 1974; A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, vol 4.4 *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, (December 2000), <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>
 - ²⁷ M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001
 - ²⁸ Siccome il Piemonte e la Liguria erano direttamente sottomesse al dominio francese, il codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia, venne stampato a Milano dalla Reale Stamperia nel MDCCCVI, A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 378.

- 29 A. Gambaro, R. Sacco, Sistemi giuridici comparati, cit.
- 30 A. F. J. Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heilderberg, 1814. Per una edizione anastatica digitale di questa opera http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22272169_00000001.gif%22
- 31 Si tratta del Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, anche esso del 1814.
- 32 Per una analisi di questa esperienza in Africa si veda il paragrafo successivo a cura di B. Piola Caselli.
- 33 G. Shaffer, M. A. Pollack, How Hard and Soft Law Interact in International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists, <http://ssrn.com/abstract=1156867>, 2008;
- 34 E. B. Thompson, Globally Integrated Corporations as 'Good for the Country': The Impact of Soft Law, Available at SSRN: <http://ssrn.com>, 2008; J. E. Gersen, E. A. Posner, Soft Law, <http://ssrn.com/abstract=1113537>, 2009; A. T. Guzman, T. Meyer, Explaining Soft Law, <http://ssrn.com/abstract=1353444>, 2008.
- 35 V. V. Palmer, Mixed jurisdictions worldwide: the third legal family, Cambridge, 2001; E. Örüci, What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?, <http://www.ejcl.org/121/art121-15.pdf>, 2008.
- 36 Sul punto si veda, S. Ferrari, Lo spirito dei diritti religiosi, Bologna, 2002.
- 37 S. Penney, Mass Torts, Mass Culture: Canadian Mass Tort Law and Hollywood Narrative Film, <http://ssrn.com/abstract=678223>, 2005; J. M. Silbey, A History of Representations of Justice: Coincident Preoccupations of Law and Film, <http://ssrn.com/abstract=959278>, 2007; G. Ziccardi, Il diritto al cinema, Milano, 2010.
- 38 E. Rapping, Law and Justice as seen in TV, New York, 2003; M. Asimov, Lawyers in Your Living Room! Law on Television, UCLA School of Law Research Paper No. 09-22, 2009.
- 39 Su questo tema la letteratura è vastissima, a titolo esemplificativo si ricorda: R. A. Posner, Law and Literature, Harvard, (1998), 2009.
- 40 J. Flood, *Will There Be Fallout from Clementi? The Global Repercussions for the Legal Profession after the UK Legal Services Act 2007*, <http://ssrn.com/abstract=1128398>, 2008.
- 41 B. Markesinis, J. Fedke, Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato, Bologna, (2006), 2009.
- 42 539 U.S. 558 (2003).
- 43 492 U.S. 361 (1989).
- 44 Case CCT 60/04
- 45 A. Gambaro, R. Sacco, Sistemi giuridici comparati, cit.
- 46 A. Padoa Schioppa, Italia ed Europa, cit.
- 47 R. Sacco, Introduzione, cit.
- 48 R. Sacco, Introduzione, cit.
- 49 F. Wieacker, A History of Private Law in Europe, trad. T. Weir, Oxford, (1995), 2003, p. 387; P. Piconnaz, Swizerland, in Elgar Encyclopedia of Comparative Law, (ed. by J. Smit), Cheltenham, 2006, p. 705; A. Gambaro, R. Sacco, op. cit., p. 392.
- 50 B. Markesinis, J. Fedkte, Giudici e diritto straniero, cit.
- 51 Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd [2002] UKHL 22.
- 52 J. D. v. East Berkshire Community Health NHS Trust and others, [2005] UKHL 23.
- 53 Max Mosley v News Group Newspapers Limited [2008] EWHC 1777 (QB).
- 54 Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2004, Von Hannover contro Germania.
- 55 Sintetizza la copiosissima giurisprudenza in materia, Trib. Milano, 16 giugno 2009, in Banca dati De Jure
- 56 Trib. Riesame Bari, 6 aprile 2009, in Banca dati De Jure, dove il giudice scrive: "Per meglio comprendere la nuova fattispecie di reato occorre fare brevi riferimenti al diritto comparato, ed in particolare ai paesi di common law chesono da tempo intervenuti legislativamente sul fenomeno dello stalking"
- 57 Ad esempio, Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in Banca dati De Jure, dove i giudici di legittimità scrivono che: "*Il problema che si pone è stato oggetto di dibattito dottrinale anche negli ordinamenti stranieri (segnatamente quello francese ed in parte quello tedesco e nordamericano, c.d. "wrongful life" o "vita ingiusta"). La tendenza prevalente è stata quella di rigettare la domanda proposta in proprio dal nato malformato, e di accogliere quella dei genitori relativamente ai danni patrimoniali, variamente intesi, ed a quelli non patrimoniali (nell'ordinamento americano la fattispecie è trattata nell'ambito dei torts). La Corte di Cassazione francese (assemblea plenaria), nel celebre arrêt*

Perruche del 28.11.2001, con un revirement rispetto alla precedente giurisprudenza, dichiarò invece che "quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di esercitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori". Successivamente in Francia è intervenuto il legislatore con la legge n. 303/2002, che ha statuito che nulla può essere richiesto dall'handicappato per il solo fatto della nascita, quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico. Questa sentenza della corte francese ha riaperto il dibattito sul diritto dell'handicappato di "non nascere se non sano". Anche la giurisprudenza di merito si è espressa in tema di wrongful life, Trib. Pesaro, 26 maggio 2008, in Banca dati De Jure.

58 Trib. Venezia, 3 aprile 2009, su www.amicuscuriae.it, dove il giudice relatore ha affermato che: "Infine, si deve prendere atto di come, in linea con tali risoluzioni del Parlamento Europeo e a conferma degli ormai consolidati mutamenti dei modelli e dei costumi familiari nel diritto di molte nazioni di civiltà giuridica affine alla nostra, si stia delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali. In Olanda (l. 1/4/2001), Belgio (l. 1/6/2003) e Spagna (l. 30/6/2005) è stato rimosso tout court il divieto di sposare una persona dello stesso sesso; altri Paesi prevedono un istituto riservato alle unioni omosessuali (ci si riferisce alle Lebenspartnerschaft tedesche e alle registered partnership inglesi) con disciplina analoga a quella del matrimonio, o al quale è stata semplicemente estesa la disciplina matrimoniale, con l'esclusione, talvolta, delle disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione (Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Islanda). Fra i Paesi che ancora non hanno introdotto il matrimonio o forme di tutela paramatrimoniali, molti comunque prevedono forme di registrazione pubblica delle famiglie [parola illeggibile] comprese quelle omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca)".

59 Cass. 2 novembre 1995, n. 11392; Cass. 27 febbraio 1979, 1273.

60 Trib. min. Perugia, 7 gennaio 1995.

* Avvocato, Dottore di ricerca in diritto comparato dell'Università di Milano. Resoconto della lezione tenuta nell'ambito del corso di diritto privato comparato

61 Joerden Darquennes, Peter Nelde, *Multilingualism and Language Planning*, Encyclopedia of Life Support System, (EOLSS-Developed under the auspices of the UNESCO), 2005

62 Lawrence M. Solan, *The interpretation of multilingual statutes by the European Court of Justice*, BROOK. J. INT'L L., vol: 34:2, 2009, pp. 277-301.

63 Cee, Consiglio, Regolamento 1/58, Artt. 2, 3.

64 Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, Art. 248 (odierno 314 TCE)

65 Trattato sull'Unione Europea, Art. 53.

66 Cee, Consiglio, Regolamento 1/58, Artt. 4,5

67 Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, Art. 164.

68 Causa 19/67, *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank v J.H. van der Vecht*, Sentenza 5 Dicembre 1967 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Centrale Raad van Beroep*, ECR 345.

69 Causa C-64/95, *Konservenfabrik Lubella Friedrich Bükker GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Cottbus*, Sentenza 17 ottobre 1996 su domanda di pronuncia pregiudiziale dal *Finanzgericht des Landes Brandenburg* – Germania. ECR I-05105.

70 Causa C-219/95, *Ferriere Nord SpA v Commissione delle Comunità Europee*, Sentenza 17 luglio 1997. ECR I-04411.

71 Causa C-177/95, *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd v Prefetto della Provincia di Brindisi e altri*, Sentenza 27 febbraio 1997 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato - Italia. ECR I-01111.

72 Causa C-296/95, *The Queen v Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, Sentenza 2 aprile 1998 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Court of Appeal, London - Regno Unito. ECR I-01605.

73 Causa 80/76, *North Kerry Milk products Ltd v Ministero per l'agricoltura e la pesca*, Sentenza 3 marzo 1977 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice – Irlanda, ECR 425; Causa 30/77, *Regina contro Pierre Bouchereau*. Sentenza della Corte del 27 ottobre 1977 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Marlborough Street Magistrates' Court, London - Regno Unito. Causa ECR I- 01999; Causa 9/79, *Marianne Koschniske, in Wörsdorfer, v Raad van Arbeid*. Sentenza 12 luglio 1979 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Raad van Beroep Zwolle - Paesi Bassi. ECR I-02717

74 Nota Informativa della Corte Europea di Giustizia 2005/C, 143/01- Le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali.

* Membro della delegazione dell'Unione Europea in Togo, PhD in Comparative Analysis of Law, Università di Torino

* Testo di Ingrid Cangelosi

- 75 *Permanent Mission of Nigeria UN*
- 76 *Permanent Mission of Nigeria UN*; Osservatorio sulla Giustizia.it “*Elezioni Nigeria 2006*”; Giovaniemissioni.it “*Nigeria, elezioni irregolari e voto da rifare.*”
- 77 H. O. Yusuf, *Calling the Judiciary to Account or the Past: Transitional Justice an Judicial Accountability in Nigeria*, 2008, works.bepress.com/hakeem_yusuf/7/
- 78 P. Ostien, *Ten Good Things About the Implementation of Shari'a in Some State of Northen Nigeria*, Swedish Missionological Themes, 2002.
- 79 Art 26 Costituzione di Nigeria; *Women Business and The Law 2010* from Gender and Law, World Bank, Washington, 2010.
- 80 J. L. Touady, *Nigeria*, 1998, www.caritas.it/Documents/25/2191.pdf
- 81 *Women, Business and Law 2010* , Gender and Law
- 82 J. L. Touady, *Nigeria*, cit.
- 83 *Save Nigeria Group*
- 84 J. L. Touady, *Nigeria*, cit.
- 85 *Changing Perception of the Value of Daughters and Girls' Education Among the Isoko Of Nigeria*
- 86 Art 14 CEDU; art 26 Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici;
Art 2 Dichiarazione Universale dei Diritti Umani 1948;
Art 2 Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli
- 87 *Perception Of Nigerian Women on Domestic Violence: evidence from 2003 Nigeria Demographic and Health Survey*
- 88 *Perception Of Nigerian Women on Domestic Violence: evidence from 2003 Nigeria Demographic and Health Survey*
- 89 *Women, Business and Law 2010* , Gender and Law
- 90 Art 1 Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne
- 91 *Women, The State and Reproductive Health Issues In Nigeria* By Tola Olu Pearce
- 92 UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children.
- 93 *Women, Business and Law 2010*, Gender and Law
- 94 *Permanent Mission of Nigeria UN*
- 95 D. Storia, *Nigeria, Prostituzione e traffico di donne verso l'Europa*, Equilibri.net, 2006
- 96 Legge 11 agosto 2003 n°228, art 1, 2, 12, 13 “ Misure contro la tratta di persone” in materia di modifica degli artt. 600 e 601 del Codice Penale; Modifica Legge 20 febbraio 1958 n°75 art 4 attualmente in esame alla Camera dei Deputati
- 97 La Stampa; rif. Black Looks, 8.05.2010
- * Testo di Luigi Caironi
 - * Testo di Ingrid Cangelosi
 - * Testo di Elena Crippa
 - * Testo di Giorgio Alessandro Donà
 - * Testo di Francesca Gervasi
 - * Testo di Francesca Gervasi
 - * Testo di Giulia Novara
 - * Testo di Myriam Ornelli
 - * Testo di Stefania Ortu
 - * Testo di Elena Scotti
 - * Testo di Esmeralda Verona