

Sintesi dei sistemi giuridici*

Indice

1. Osservazione preliminare	171
2. Gruppo dei paesi della Common Law	173
3. Gruppo di sistemi giuridici basati sul Codice Napoleone	175
4. Famiglia giuridica tedesca	178
5. Stati (ex) comunisti	179
6. Altri sistemi giuridici della famiglia romano germanica, in particolare nell'Asia orientale	181
7. Sistemi giuridici nordici	181
8. Famiglia di diritto islamico	183

1. Osservazione preliminare

1.1. A che cosa serve una classificazione dei sistemi giuridici nel mondo?

La classificazione dei sistemi giuridici permette di **descrivere e di caratterizzare i sistemi giuridici** dei diversi paesi che hanno certi attributi in comune. I diversi tipi di sistemi giuridici facilitano gli studi in materia di diritto comparato, danno un'idea dell'insieme e permettono allora di trovare risposte a certe domande giuridiche senza perdersi in un'enumerazione faticosa dei diversi paesi. E' più facile ritenere **qualche caratteristica di un certo gruppo di sistemi giuridici** al posto delle caratteristiche di ognuno dei circa 200 diversi sistemi giuridici nel mondo¹.

Una tale classificazione sintetica o generalizzazione ha come inevitabile conseguenza la perdita di certi dettagli dei sistemi giuridici. In altre parole: La classificazione in gruppi di sistemi giuridici permette di porre le domande pertinenti più velocemente. Ciononostante, non ci fornisce sempre le risposte giuste. La conoscenza delle caratteristiche di un certo gruppo di sistemi giuridici non può sostituire la ricerca delle informazioni su un singolo sistema giuridico; però, il notaio è avvertito e non corre tanto facilmente i rischi tipici.

Un esempio: Il notaio sa che i sistemi giuridici basati sul Codice Napoleone e quelli degli Stati (una volta) comunisti non ammettono la rinuncia alla quota successoria o alla legittima. Se un nazionale di uno Stato del Codice Napoleone o di uno Stato (una volta) comunista o una persona che ha il suo domicilio in uno di questi Stati si rivolge ad un notaio per far rogare la rinuncia alla legittima, il notaio si informa se una tale rinuncia è riconosciuta nello Stato in questione prima del rogito dell'atto; oppure informerà le parti che è improbabile che l'atto sia riconosciuto nel paese di origine o nel paese del domicilio del de cuius.

1.2. Quali sono i sistemi giuridici ?

Non esiste una classificazione "corretta" o riconosciuta generalmente. Un sistema giuridico può per esempio essere classificato in una certa categoria per quanto riguarda il diritto civile, ma in un'altra categoria in mate-

ria di diritto commerciale. Anche il diritto delle società può avere caratteristiche diverse rispetto al diritto civile. La classificazione sotto menzionata è basata sui criteri del diritto civile, in particolare del **diritto della famiglia e del diritto successorio**.

Anche in materia di diritto civile, esistono saggi di sistematizzazione molto diversi². Per la prassi, mi sembra ragionevole una classificazione in **sette gruppi** di sistemi giuridici, cioè:

- Il gruppo dei paesi della **Common Law**,
- i sotto-gruppi della famiglia **romano germanica**, cioè da un lato il gruppo degli stati basati sul **Codice Napoleone**,
- e dall'altro i sistemi giuridici tedeschi (o di lingua tedesca),
- il gruppo degli Stati (una volta o ancora) **comunisti**,
- **altri sistemi** giuridici della famiglia romano germanica, in particolare in **Asia orientale**,
- i sistemi giuridici **nordici** (un gruppo misto che ha elementi della Common Law ma anche del gruppo romano germanico)
- e infine il gruppo **islamico** (perché il diritto islamico è il solo diritto religioso che esercita un'influenza maggiore su un gran numero di paesi).

* a cura di CHRISTIAN HERTEL, direttore dell'Istituto Notarile Tedesco (*Deutsches Notarinstitut* – DNotI), Würzburg, Germania.

1 Talvolta, la classificazione dei sistemi giuridici è considerata come inutile o eurocentristico (vedi P. GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, in: M. REIMANN/R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, p. 422-440). Il presente rapporto vuol mostrare che una tipologia per semplificare può essere molto utile nella prassi (vedi p.e. H. KÖTZ, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, *ZeUP* (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 6 (1998), p. 493). E quelli che considerano come "eurocentristico" di menzionare il fatto che i sistemi giuridici europei hanno anche influenzato molti sistemi giuridici extraeuropei dovrebbero anche criticare l'eucentrismo che si riflette nella constatazione che si parlano le lingue francese, spagnola o inglese anche in molti altri paesi in tutto il mondo.

2 La classificazione utilizzata nel presente rapporto assomiglia a quelle di K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^a ed. 1996 e di R. DAVID/G. GRASSMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3^a ed. tedesca 1988.

ZWIEGERT/KÖTZ distinguono sei gruppi, cioè (1) il gruppo romano, (2) il gruppo tedesco, (3) il gruppo anglo-americano, (4) il gruppo nordico, (5) il gruppo dell'Estremo Oriente (Cina et Giappone) e (6) il gruppo del diritto religioso (Islamismo, Induismo). Il gruppo "socialista" che si trova già nella 2^a ed. è, secondo gli autori, "quasi sparito di seguito alla caduta del comunismo dell'Unione sovietica" (pprefazione, p. V). Ciò mi sembra come una prognosi fatta qualche decennio in anticipo. Non ci sono più il sistema statale dell'Unione Sovietica e la dominazione comunista dell'Europa orientale dall'Unione Sovietica. Ciononostante, molte leggi civili o almeno i loro principi sono sempre applicabili.

DAVID/GRASSMANN distinguono sette gruppi (o famiglie giuridiche), cioè (1) la famiglia romanogermanica (con i sotto-gruppi: Ovest, Europa centrale, Nord), (2) i sistemi socialisti, (3) la Common Law (Inghilterra e Stati-Uniti), (4) i sistemi giuridici dell'Estremo-Oriente, (5) i sistemi religiosi (Islamismo, Induismo, Giudaismo) e (6) i sistemi basati sulla tradizione delle tribù (diritto consuetudinario).

I sistemi misti sono classificati nel gruppo con il quale hanno il più gran numero di caratteristiche in comune (in altre parole: bisogna verificare se, in materia di diritto civile, hanno più aspetti in comune con le regole del diritto inglese o con quelle del diritto francese)³:

- Per esempio, il Sud Africa o la Scozia fanno parte del gruppo della **Common Law**, perché le regole della Common Law si sono sovrapposte a quelle di origine romano germanica, in considerazione di un gran numero di elementi caratteristiche.
- Il Quebec fa invece parte del gruppo basante sul **Codice Napoleone**, perché esiste un Codice Civile dettagliato basato nelle sue grandi linee sul modello francese – malgrado tutte le influenze della Common Law. Sembra che lo stesso valga per il Porto Rico. La Louisiana è invece un caso limite.

Altre presentazioni in materia di diritto comparato considerano i sistemi giuridici basati sul **diritto consuetudinario** come un proprio gruppo⁴ (oppure il “diritto africano”⁵). Una tale distinzione è ragionevole se si sistemano i sistemi giuridici secondo le fonti giuridiche. Per la presente sistematizzazione secondo le regole del diritto civile (per quanto riguarda il suo contenuto), in particolare del diritto della famiglia e delle successioni, la classificazione di un sistema giuridico nel rispetto del diritto consuetudinario non ci fornisce risultati significativi per quanto riguarda il contenuto.

1.3. Dicotomia Common Law – Civil Law

Cominciamo con le nozioni opposte classiche di **“Common Law”** (o gruppo di sistemi giuridici anglo-americani) da un lato e di **“famiglia giuridica romano germanica”** nel senso largo del termine dall’altro (in inglese: gruppo di sistemi giuridici della **“Civil Law”** – nozione che si potrebbe ben tradurre con “sistemi giuridici codificati”).

In particolare gli autori anglo-sassoni si servono di queste due nozioni per dividere i sistemi giuridici in due gruppi (qualche volta distinguono inoltre le categorie di “diritto consuetudinario” e/o di “diritto islamico”)⁶.

Riprendiamo questa classificazione soltanto in parte: Certo, consideriamo i sistemi giuridici della Common Law come un proprio gruppo, perché, tra loro, hanno molte caratteristiche in comune. Però per quanto riguarda il gruppo dei sistemi romano germanici, distinguiamo diversi sotto-gruppi. Perché sarebbe poco utile per l’acquisizione di conoscenze raggruppare grossolanamente quasi due terzi di tutti i sistemi giuridici nella categoria dei paesi della Civil Law – soltanto perché attribuiscono un’importanza maggiore alle codificazioni scritte (del resto, questo vale oggi anche per i paesi della Common Law: la maggior parte delle regole giuridiche fanno parte di leggi) – senza tener conto delle differenze essenziali che esistono tra i diversi sotto-gruppi dei paesi della Civil Law e senza distinguere dei sotto-gruppi.

Naturalmente, oltre la codificazione del diritto civile, esistono altri elementi che quasi l’insieme dei sistemi giuridici della famiglia romano germanica hanno in comune – p.e. il **notariato latino** e, in materia di diritto del-

la famiglia e delle successioni, in particolare la forma del **testamento per atto di notaio** (tra altre forme di testamento) nonché il contratto di matrimonio (se i contratti sui regimi patrimoniali non sono generalmente inammissibili, com’è il caso in qualche Stato (una volta) comunista.

1.4. Famiglie di diritto romano germanico

Al seno della famiglia di diritto di origine romano germanica o della **“Civil Law”** (dalla quale è sorto anche il notariato latino), si possono distinguere due sotto-gruppi principali. Questi gruppi costituiscono, nella presente presentazione, dei gruppi individuali⁷.

- In primo luogo, il gruppo romano che designiamo in questo rapporto come **gruppo del Codice Napoleone**, secondo il suo Codice originario.
- In secondo luogo, il **gruppo tedesco** (o dell’Europa centrale) Che si compone ancora oggi dei paesi di lingua tedesca (nell’epoca prebellica, facevano parte di questo gruppo anche la maggior parte dei paesi dell’Europa orientale). I membri di questo gruppo hanno adottato o il Codice civile generale dell’Austria (ABGB), o il Codice Civile tedesco (BGB) o il Codice Civile Svizzero (C.C.S.).
- Altri paesi che fanno incontestabilmente parte del gruppo romano germanico ma che non possono essere classificati tra l’uno l’altro dei gruppi sopramenzionati sono designati in questo rapporto come “sistemi diversi del gruppo romano germanico”. Appartengono a

³ In fin dei conti, si tratta di una semplice questione di definizione: Si possono distinguere i sistemi misti – all’esempio di questo rapporto – come sotto-gruppi al seno della Common Law o dei sistemi giuridici romanogermanici; ma è anche possibile definire un proprio gruppo con sotto-gruppi che hanno più caratteristiche in comune o con la Common Law o con i sistemi di tradizione romanogermanica. Si potrebbe avanzare come argomento contro la distinzione di un proprio gruppo il fatto che i sistemi non hanno molto in comune tra loro (salvo il fatto che sono nati da due genitori molto diversi).

⁴ Vedi p.e. la presentazione dei sistemi giuridici sul sito web della Facoltà di Diritto dell’UNIVERSITÀ DI OTTAWA: www.juriglobe.ca (in diverse lingue).

⁵ R. DAVID/G. SAWER/I. SZABÓ/H. AFCHAR/J. D. M. DERRETT/T. K. K. IYER/Y. NODA/K. M’BAYE, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume II, *The Legal Systems of the World*, chapter 1, *The Different Conceptions of the Law*, 1975, distinguono p.e. sei concezioni diverse del diritto: (1) quella dell’Ovest, (2) la concezione socialista, (3) la concezione musulma, (4) la concezione indù, (5) quella dell’Estremo-Oriente e (6) la concezione africana del diritto. Questa visione è fortemente influenzata dall’epoca della guerra fredda e dal movimento di indipendenza degli anni 60 et 70. Non permette però di guadagnare delle conoscenze pratiche sui diversi sistemi giuridici.

La classificazione del capitolo 2, *Structure and the Divisions of the Law*, corrisponde meglio a quella di questo rapporto: (1) Civil law System, (2) Common Law System, (3) sistema del diritto socialista, (3) sistema del diritto islamico, (4) diritto indù e (5) diritto africano (R. DAVID/C. SZLADITS/T. WEIR/V. M. TSCHCHIKVADZE/S. L. ZIVS/C. CHEHATA/J. D. M. DERRETT/T. K. K. IYER/E. COTRAN).

⁶ Vedi p.e. la presentazione dei sistemi giuridici – informativa e con diverse carte – sul sito web della Facoltà di Diritto dell’UNIVERSITÀ DI OTTAWA: www.juriglobe.ca (in diverse lingue). La Dicotomia di Civil Law/Common Law e l’idea di prevedere una propria famiglia giuridica per la Civil Law si trova p.e. anche in: GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2000, ou dans la *International Encyclopedia of Comparative Law*.

⁷ anche p.e. ZWIEGERT/KÖTZ.

questo gruppo in particolare i paesi dell'**Asia orientale** (altri autori li considerano talvolta come proprio gruppo giuridico, cioè la famiglia dell'Asia orientale o dell'Asia dell'Estremo Oriente) – ma oggi anche i Paesi Bassi.

I paesi (**una volta**) **comunisti** possono essere raggruppati nella famiglia dei sistemi romano germanici in senso largo. Perché i Codici ispirati da quello dell'Unione Sovietica erano anche Codici – vale a dire delle leggi scritte – anche se in forma semplificata. E, dal momento del crollo del comunismo o almeno della perdita dell'importanza dell'ideologia comunista per il diritto civile anche nei paesi che sono sempre comunisti, non esiste più una vera linea di separazione nei confronti dei (degli altri) sistemi giuridici di tradizione romano germanica.

Il gruppo dei **paesi nordici** non fa, secondo me, parte della famiglia dei sistemi giuridici di tradizione romano germanica. Costituisce invece un proprio gruppo tra quello della Common Law e quello della Civil Law.

2. Gruppo dei paesi della Common Law

2.1. Paesi che fanno parte del gruppo della Common Law e sotto-gruppi

Tutte le sistematizzazioni attuali di diritto comparato considerano i paesi della Common Law come l'uno dei grandi gruppi di sistemi giuridici⁸. Anche se la Common Law è applicabile in **un quarto di tutti i paesi nel mondo**, le disposizioni giuridiche di questo gruppo sono **largamente simili** in questi paesi nei riguardi degli aspetti più importanti.

Fanno parte di questo gruppo della Common Law tutti i paesi governati dall'Inghilterra nel passato (pochi di questi paesi sono sempre governati dall'Inghilterra), dunque in particolare i paesi del Commonwealth e gli Stati Uniti (insomma: gli Stati nei quali l'inglese è una lingua ufficiale). L'inglese come lingua ufficiale e la Common Law sono due vestigi dell'antico **Impero britannico**; la lingua inglese e il diritto inglese sono venuti con i soldati britannici che erano alla conquista del mondo e sono restati nei paesi in questione dopo che la bandiera dell'Impero era stata ammainata.

Al seno di questo gruppo della Common Law, si possono distinguere diverse **sotto-gruppi**:

- L'**Inghilterra**⁹ è la **patria** della Common Law e serve di modello di riferimento anche oggi. La maggior parte degli altri sistemi giuridici possono essere descritti sulla base di questo modello. L'unità del diritto al seno della Common Law è dovuta al fatto che molti paesi della Common Law hanno avuto un tribunale superiore comune con il *House of Lords* o il *Judicial Committee of the Privy Council* britannici.
- Dopo che gli **Stati Uniti**, la prima delle colonie inglesi di una volta, hanno dichiarato la loro indipendenza, il diritto degli Stati Uniti si è sviluppato indipendentemente dal diritto inglese durante un periodo di più di 200 anni. Ne risulta che i sistemi giuridici degli Stati Uniti, tra gli altri sistemi giuridici della Common Law, si distinguono il più dal diritto inglese.

- I **sistemi misti** nei quali la Common Law si è sovrapposta al diritto romano germanico di una volta (nella maggior parte dei casi, questo diritto non era codificato all'epoca) hanno caratteristiche specifiche. Questo vale in particolare per l'**Africa del Sud** e per la **Scozia**. In questi paesi, la Common Law si è sovrapposta al diritto comune di una volta a (il diritto romano).
- In particolare nell'Asia del Sud e nell'Asia del Sud-Est, ma parzialmente anche in Africa, la Common Law e il **diritto islamico** – in Africa anche il diritto consuetudinario (diverso) – si sono influenzati reciprocamente. Nella maggior parte dei casi, esistono in questi paesi diritti della famiglia e delle successioni diversi secondo la religione (o secondo l'appartenenza etnica nel caso del diritto consuetudinario).
- L'**Israele** rappresenta un caso particolare. Durante l'epoca del mandato britannico, la Common Law si è sovrapposta al diritto osmanico. Con il tempo, le regole della Common Law¹⁰ sono state represse da parte loro dalle regole più recenti di modelli romano germanici di provenienza differente. L'Israele si ritrova dunque tra il gruppo dei paesi della Common Law e quello dei paesi romano germanici. Da un lato, il legislatore ha espressamente terminato l'applicazione suppletiva della Common Law; d'altra parte, non esiste un Codice Civile completo. L'Israele fa dunque parte del gruppo della Common Law senza basare sulla Common Law; ma fa anche parte del gruppo del diritto codificato senza disporre di un Codice.

2.2. Collegamento del regime patrimoniale al *matrimonial domicile*

Gli Stati della Common Law prevedono un collegamento variabile al **domicilio** degli sposi per determinare il regime patrimoniale applicabile ai beni mobili. I beni immobili sono invece disciplinati dalla *lex rei sitae* (**scissione del regime patrimoniale**).

- Non si deve confondere la nozione di domicilio ai sensi della Common Law con quella ai sensi dei sistemi giuridici romano germanici. Lo stabilimento di un nuovo *domicile of choice* non richiede solo che la residenza (*residence*) sia oggettivamente stabilita in un altro paese, ma anche l'intenzione di voler rimanerci durevolmente e di non ritornare (*animus manendi et non revertendi*).
- In particolare il diritto inglese e i sistemi giuridici simili a quello inglese sono esigenti per quanto riguarda l'intenzione di rimanere nel nuovo paese cosicché

⁸ Soltanto dal punto di vista degli anni 60 o 70, faceva senso raggruppare i sistemi della Common Law e quelli della famiglia romanogermanica in un solo gruppo di „sistemi occidentali“.

⁹ Vedi A. CLAUDET, *Rapporto nazionale Inghilterra*, Notarius International 2002, 39, 53.

¹⁰ Il diritto matrimoniale applicabile dipende ancora oggi dalla confessione (una caratteristica che l'Israele ha in comune con gli Stati della Common Law dell'Asia del Sud e dell'Africa orientale, ma anche con i paesi islamici); il diritto delle successioni è invece indipendente dalla confessione.

la **nozione di “domicilio” ai sensi del diritto inglese si assomiglia a quella di “nazionalità”**.

- Negli Stati-Uniti invece, anche se la nozione di domicilio è definita come nel diritto inglese, l'intenzione di rimanere non è sottomessa alle stesse esigenze rigorose. La nozione di domicilio corrisponde dunque piuttosto a quella di **“residenza abituale”** o di **“domicilio”** nel senso degli Stati della Civil Law. Queste concezioni diverse della nozione di domicilio possono essere spiegate col fatto che l'Inghilterra, come potere coloniale, cercava di applicare il più a lungo possibile il diritto inglese agli inglesi nelle colonie, mentre che gli Stati Uniti volevano applicare il più rapidamente possibile il diritto degli Stati Uniti anche agli immigrati.

Se gli sposi hanno un domicilio diverso, il regime patrimoniale è disciplinato dalla legge del **domicile del marito** secondo la concezione giuridica tradizionale. (Questo principio continua ad applicarsi ai sensi del diritto inglese, gli Stati Uniti ritengono invece l'ultimo domicilio comune.)

2.3. Regime patrimoniale legale: separazione dei beni

2.3.1. L'attribuzione del patrimonio per decisione discrezionale dal tribunale

In quasi tutti i paesi della Common Law, il “regime patrimoniale legale” è la **separazione dei beni**. A norma della Common Law, la celebrazione di un matrimonio non ha conseguenze per la proprietà e il diritto degli sposi di disporre dei loro beni. Per questa ragione, la Common Law non conosce neanche la nozione di “regime patrimoniale”.

Tuttavia, nel caso di **divorzio**, il **tribunale** può attribuire ex equo et bono dei beni che appartengono ad un coniuge all'altro. Si tratta di un diritto del tribunale e fa parte delle regole di diritto processuale (spesso nel *Matrimonial Causes Act*). Non si tratta dunque di una regola di diritto materiale che fa parte delle regole in materia di regime patrimoniale. Il tribunale può decidere discrezionalmente sui temi che riguardano il patrimonio o la pensione alimentare. E' vero che la legge determina, nella maggior parte dei casi, le circostanze che bisogna rispettare per le decisioni discrezionali. Tuttavia, non regola l'estensione del trasferimento.

Per questa ragione, la nozione spesso utilizzata di “regime patrimoniale” della Common Law non è idonea. Secondo me, conviene piuttosto di parlare di **“separazione dei beni con attribuzione di patrimonio dal tribunale sulla base di una decisione ex equo et bono”**.

- La parte attribuita dai tribunali al coniuge che guadagna meno o che si occupa del nucleo familiare è molto più grande oggi che un tempo fa¹¹. Talvolta, la divisione ha luogo a metà perché i tribunali partono dell'**idea dell'uguaglianza (equality)** delle attività (attività professionale da un lato e educazione dei bambini dall'altro)¹². Questa concezione della Common Law assomiglia dunque alla comunione differita delle acquisizioni patrimoniali.

- Contrariamente alla comunione differita delle acquisizioni patrimoniali e alla comunione d'acquisti, l'attribuzione di patrimonio dal tribunale può invece anche concernere **beni che l'uno dei coniugi ha apportati nel matrimonio** (a questo riguardo, l'attribuzione di patrimonio ha qualcosa in comune con la comunione dei beni).
- Per quanto riguarda il collegamento in materia di diritto internazionale privato, il diritto applicabile non è dunque tanto importante che la **competenza giudiziaria** in materia di divorzio.

2.3.2. Comunione dei beni in Sudafrica

In Sudafrica e in Namibia, nel Lesotho e nel Swaziland, la tradizione del diritto olandese, la comunione dei beni, è sempre vivente. Quest'ultima è applicabile al patrimonio esistente al momento della celebrazione del matrimonio nonché al patrimonio acquisto per donazione o a causa di morte¹³.

2.3.3. Comunione d'acquisti in diversi Stati degli Stati-Uniti

In 9 Stati degli Stati-Uniti, il regime patrimoniale legale è la comunione d'acquisti invece della separazione dei beni; tra questi 9 Stati non si trovano soltanto paesi che erano una volta delle colonie spagnole o francesi: Arizona, California, Louisiana, New Mexico, Nevada e Texas, ma anche Idaho, Washington (Stato) e Wisconsin.

2.3.4. Separazione dei beni del diritto islamico negli Stati della Common Law dell'Asia del Sud

In particolare negli Stati della Common Law dell'Asia del Sud (India, Pakistan, Bangladesh), ma anche p.e. in Malaysia, la separazione dei beni del diritto **islamico** e (non della Common Law) è il regime applicabile alla parte musulmana della popolazione. La **separazione dei beni** è dunque molto **severa**. Il tribunale non può attribuire dei beni a un coniuge sulla base di una decisione discrezionale.

2.4. Scissione della successione

In materia di diritto successorio, tutti gli Stati della Common Law prevedono una **scissione della successione**: La devoluzione successoria dei beni mobili è disciplinata dalla legge dell'ultimo **domicilio del de cuius**, quella dei beni immobili alla legge della situazione dei beni.

Bisogna far attenzione: Anche in questo contesto, la nozione di **domicilio** ai sensi della Common Law non corrisponde a quella a norma del diritto romano¹⁴.

11 Prima del 2000, i coniugi ricchi che volevano divorziare e evitare pagamenti compensatori molto alti a favore del coniuge meno ricco preferivano la competenza dei tribunali inglesi.

12 La decisione-guida inglese era la decisione del del HOUSE OF LORDS del 26 dicembre 2000 – *White v. White* [2000] 2 FLR 981 (Internet: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd001026/white-1.htm>).

13 Altri esempi per la comunione dei beni: le Filippine, il Ruanda, probabilmente anche il Burundi.

14 Vedi qui sotto paragrafo 2.2.

2.5. Diritto successorio materiale

2.5.1. Assenza di legittima

Tra tutte le famiglie giuridiche, la famiglia della Common Law attribuisce la maggior importanza alla libertà di testare. La protezione dei parenti stretti non è invece garantita come nelle altre famiglie giuridiche. La maggior parte dei sistemi giuridici basati sulla Common Law non **conoscono il diritto alla legittima**. Esistono soltanto diritti alla pensione alimentare.

- In **Inghilterra** e nella maggior parte degli Stati del Commonwealth, il tribunale può anche attribuire, in caso, ai parenti più stretti (normalmente il coniuge e i bambini), a richiesta, una **pensione alimentare adeguata** (*reasonable financial provisions for dependants*) se non ricevono una parte sufficiente dal de cuius. In questo caso, il tribunale può ordinare o il pagamento di una somma di denaro o il pagamento periodico di una certa somma di denaro o il trasferimento di certi beni patrimoniali. L'obiettivo è, in primo luogo, di soddisfare i bisogni alimentari che corrispondono allo statuto sociale. Per determinare il bisogno, il tribunale non tiene conto di una quota ereditaria determinata, ma del patrimonio e della remunerazione dell'avente diritto. Non esiste dunque una quota fissa per una pensione alimentare "adeguata". In genere, è previsto un termine di soltanto qualche mese per far valere il suo diritto.
- Negli **Stati Uniti** invece, negli Stati che prevedono la separazione dei beni come regime patrimoniale legale, il **coniuge superstite** ha diritto a una legittima tra il terzo e la metà dell'eredità (*elective share*). Nella maggior parte dei diversi Stati degli Stati Uniti ha anche un diritto di godimento a vita dell'abitazione coniugale (*homestead*) a condizione che quest'abitazione appartenesse al de cuius. I **figli** invece non hanno un diritto alla **legittima**. Se sono minorenni, hanno diritto ad una pensione alimentare a prelevare dalla massa successoria. Soltanto nel caso in cui il de cuius non tiene conto dei bambini nel testamento "per sbaglio", possono pretendere una quota ereditaria legale. Dal 1965 in poi, la situazione giuridica in Irlanda è simile a quella degli Stati Uniti.
- I **sistemi misti** che occupano una posizione tra il gruppo della Common Law e quello della Civil Law prevedono in genere una **legittima** (*legal rights*) per il **coniuge e i figli**. Questo è per esempio il caso per la Scozia, la Louisiana e il Porto Rico. L'Africa del Sud segue l'esempio del diritto inglese e non prevede una legittima né per il coniuge né per i figli.

2.5.2. Testamento in presenza di due testimoni

Nella Common Law, la forma ordinaria dei testamenti è il **testamento in presenza di due testimoni** (testamento privato).

Tuttavia, i testamenti redatti nel rispetto della **forma locale** sono considerati come validi in quasi tutti gli Stati della Common Law. Soltanto in qualche Stato degli Stati Uniti è richiesta la forma locale per i testamenti se si tratta di disposizioni d'immobili situati in questi paesi¹⁵.

Certo, la Common Law non conosce il **testamento congiunto** con effetti obbligatori a carico dei testatori. Tuttavia, è possibile contrarre obbligazioni sulla base di contratti generatori di obbligazioni, vale a dire l'obbligazione di testare o di non testare in un certo modo (*contract to make a will or not to make a will*). Se un contratto successorio o un contratto simile è concluso senza conoscere le regole sopramenzionate e se la Common Law è applicabile, il contratto può essere convertito in una disposizione a causa di morte unilaterale che contiene un'obbligazione sulla base di un contratto generatore di obbligazioni.

2.5.3. Liquidazione dell'eredità da un *executor* o un *administrator*

Nella Common Law, l'eredità non è direttamente devoluta agli eredi; è piuttosto considerata come un soggetto giuridico per il quale deve generalmente agire un *executor* (designato dal de cuius) o un *administrator* (designato dal tribunale).

Se l'eredità o una parte di quest'ultima è situata in uno Stato della Common Law, bisogna in genere nominare un *executor* o *administrator* dal punto di vista del diritto processuale – senza sapere qual'è il diritto materialmente applicabile! In questi casi, è raccomandato nominare un *executor* già nel testamento e prevedere – ragionevolmente – la riserva seguente: „a condizione che il **diritto processuale applicabile** richieda l'intervenzione di un *executor/administrator*” (questa disposizione testamentaria chiarisce che non si tratta di un'esecuzione testamentaria al senso dei sistemi giuridici di tradizione romano germanica).

3. Gruppo di sistemi giuridici basati sul Codice Napoleone

3.1. Stati di questo gruppo e sottogruppi

Il Codice Civile di 1804, designato in questo rapporto come **Codice Napoleone** per differenziarlo nei riguardi degli altri Codici Civili, era la codificazione più coronata da successo dopo il *Corpus Juris* di Giustiniano. Si è diffuso da un lato per effetto delle conquiste francesi – all'inizio in Europa dai soldati di Napoleone, più tardi nelle colonie francesi da oltreoceano –, dall'altro di seguito alla sua adozione in diverse parti del mondo. Perché, durante un secolo, il Codice Napoleone era incontestabilmente considerato come il Codice più moderno.

3.1.1. Adozione del Codice Napoleone

In qualche paese, il Codice Napoleone è stato adottato come tale:

¹⁵ così p.e. la Georgia, il North Carolina e il Texas.

E' eventualmente possibile far rogare un testament che risponde alle esigenze del testamento in presenza di due testimoni a norma della legge dello Stato in questione e al contempo a quelle del testamento notarile nello Stato della redazione dell'atto (vedi HERTEL, in: Walz, Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch-Englisch, forma G. I. 4.; HERTEL, in: LIMMER/HERTEL/FRENZ/MAYER, Würzburger Notarhandbuch, 2004, Parte 7 n. 879).

- Il Codice Civile originario di 1804 (naturalmente nelle versioni molte volte modificate) continua ad essere applicato non solo in **Francia**, ma anche in **Belgio** nel **Lussemburgo**. In altri Stati dell'Europa conquistati dalla Francia nel passato, il Codice Napoleone è stato sostituito più tardi da altri Codici. (Nei diversi territori dell'Italia, era applicabile soltanto fino al 1814, in Germania della riva sinistra del fiume Reno fino al 1900, in diverse cantoni di lingua francese in Svizzera fino al 1912, in parti della Polonia – il Regno di Polonia del passato – fino alla fine della seconda guerra mondiale).
- Nelle colonie francesi del passato **nell'Africa occidentale e centrale**, il Codice Civile francese, nella versione del 1958, continuava ad applicarsi anche dopo le dichiarazioni di indipendenza durante un certo periodo. Tuttavia, molti paesi francofoni dell'Africa occidentale – nella maggior parte dei casi si tratta di paesi maggioritariamente islamici – hanno sostituito le disposizioni in materia di diritto della famiglia da un proprio Codice delle Persone e della Famiglia (*Code des Personnes et de la Famille*). In particolare, la comunione d'acquisti è stata sostituita dalla separazione dei beni di diritto islamico. In materia di diritto civile, il Codice delle obbligazioni civili e commerciali (*Code des Obligations Civiles et Commerciales*) (COCC) promulgata progressivamente a partir del 1963 nel Senegal serviva di modello anche ad altri paesi dell'Africa francofono. In materia di diritto commerciale, l'**OHADA** (*Organizzazione per l'Armonizzazione in Africa del Diritto degli Affari*)¹⁶ ha promulgato leggi uniformi in materia di diritto delle società e di diritto islamico per i suoi 16 membri attuali.
- Nel 1895, il Belgio ha promulgato un Codice Civile per il **Congo** (Zaire) che corrisponde grosso modo al Codice civile belga (cioè francese). Dopo la 1a guerra mondiale, il Codice Civile del Congo era anche applicabile nel Burundi e nel Ruanda (nel Ruanda, è stato sostituito da un altro Codice Civile nel 1988).
- Il diritto **polacco** era anche fortemente marcato dal modello francese prima della seconda guerra mondiale (però, in qualche parte della Polonia era invece applicabile il diritto tedesco o austriaco). Lo stesso vale per il diritto romeno e parzialmente anche per il diritto **cecoslovacco** all'epoca tra le due guerre.
- Attraverso il Portogallo, la Spagna e i Paesi Bassi, il Codice Napoleone ha anche esercitato un'influenza su altri Stati al di fuori dell'Europa. Per esempio, un gran numero di regole del Codice Civile dei Paesi Bassi del 1838 sono entrate nel Codice Civile dell'Indonesia del 1847.
- Negli Stati dell'**Africa lusofono**, il Codice Civile portoghese del 1966 (in versioni modificate) continua ad essere applicato in Angola, in Guinea-Bissau e nel Mozambico dopo le dichiarazioni di indipendenza. Nel Capo Verde, un proprio Codice Civile ha preso il posto del Codice Civile portoghese (1977).
- Il Codice Civile spagnolo non si applica soltanto in Spagna, ma anche nella **Guinea equatoriale**.

Gli **Stati dell'America latina** fanno anche parte del gruppo dei sistemi giuridici basati sul Codice Napoleone. Alla ricerca di un modello per un **proprio Codice Civile** al momento della dichiarazione d'indipendenza dalla Spagna e dal Portogallo, si sono, prima di tutto, basati direttamente o indirettamente sul modello del Codice Civile francese, perché il Portogallo o la Spagna non avevano ancora codificato il loro diritto civile all'inizio del 19^o secolo, al momento in quale le colonie dell'America latina hanno ottenuto la loro indipendenza.

- I Codici Civili del Haiti (1825), della **Bolivia** (1830, sostituito nel 1898 – il Codice Civile della Bolivia da parte sua ha influenzato il *Código general* della Costa Rica del 1841, sostituito nel 1888) e della Repubblica Dominicana (1845/1884) si sono ispirati dal Codice Civile francese adottando, nella maggior parte dei casi, magari i suoi **termini**.
- Per quanto riguarda il *contenuto*, ciò vale anche per il Codice Civile del **Perù**²⁰ del 1852 (sostituito da nuove codificazioni degli anni 1936 e 1984) e quello del **Messico**²¹ (1870/1884 e 1928/1932).

3.1.2. Nuove Codificazioni sulla base del Codice Napoleone

Altri paesi europei hanno promulgato propri Codici Civili. Tuttavia, questi Codici Civili seguono largamente l'esempio del Codice Civile francese:

- Ciò vale, prima di tutto, per l'**Italia**¹⁷ (Codice civile 1865, sostituito dal Codice civile del 1942), il **Portogallo** (1867, sostituito dal Codice Civile del 1966) e la **Spagna**¹⁸ (1889).
- Il primo Codice Civile dei **Paesi Bassi**¹⁹ del 1838 è molto simile al Codice Napoleone per quanto riguarda il contenuto. L'attuale *Burgerlijk Wetboek* (BW), promulgato progressivamente a partir del 1991 costituisce invece una sintesi totalmente individuale che ha ripreso delle idee del diritto nordico per quanto riguarda il regime patrimoniale. Per il resto, questo Codice non può essere classificato in uno degli altri gruppi di sistemi giuridici di tradizione romano germanica.

16 Gli Stati membri dell'OHADA sono: il Benin, il Burkina Faso, il Camerun, la Repubblica centrafricana, il Ciad, le Comore, la Repubblica del Congo (Brazzaville), la Costa d'Avorio, il Gabon, la Guinea, la Guinea-Bissau, la Guinea equatoriale, il Mali, il Niger, il Senegal, il Togo. La Repubblica democratica del Congo (Zaire) ha dichiarato di voler aderire; ma l'adesione non ha ancora avuto luogo. Internet: www.ohada.com

voir également A. TOURÉ, *Regards croisés sur la notion de groupe de sociétés en Afrique francophone (OHADA)*, Notarius International 2005, 19.

17 Vedi E. CALÒ, *Rapporto nazionale Italia*, Notarius International 2001, 151, 179.

18 Vedi C. PLANELLAS DEL POZO/S. TORRES ESCÁMEZ, *Rapporto nazionale Spagna*, Notarius International 2003, 232, 283.

19 Vedi K. M. M. DE WITT/A. A. TOMLOW, *Rapporto Nazionale Paesi-Bassi*, Notarius International 2002, 8, 27.

20 Vedi R. FERNANDINI BARREDA, *Rapporto nazionale Péru*, Notarius International 2003, 6, 28.

21 Vedi J. A. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, *Rapporto nazionale Messico*, Notarius International 2005, 183, 232.

- Il Codice Civile del **Cile** redatto da Andrés Bello nel 1855 costituisce una creazione individuale. Apre un nuovo sotto-gruppo, perché è stato adottato nelle sue grandi linee dall'Ecuador (1860), dalla Columbia (1873) nonché da diversi Stati dell'America centrale (El Salvador 1859, Honduras 1906). Inoltre, ha maggiormente influenzato i Codici Civili del Venezuela (1862) e dell'Uruguay (1868).
- Il Codice Civile dell'**Argentina** (1869, redatto soprattutto da Dalmacio Vélez Sarsfield) è stato adottato nelle sue grandi linee dal **Paraguay** (1876, sostituito nel 1985/1987) e ha – insieme col diritto del Cile – esercitato un'influenza maggiore sul Código Civil della Costa Rica.
- Il **Brasile** ha promulgato un proprio Codice Civile soltanto nel 1916. Il legislatore si è ispirato dai Codici Civili della Francia, del Portogallo, dell'Italia, della Svizzera e della Germania. Un nuovo Codice Civile ha preso il suo posto nel 2003²².

3.1.3. Sistemi misti nei quali il Codice Napoleone predomina

I **sistemi misti** con una grande influenza della Common Law si trovano soprattutto nei territori dominati originariamente dalla Francia, dalla Spagna e dal Messico e dichiarati più tardi territori britannici o degli Stati Uniti.

- Nella **Repubblica di Maurizio**, il Codice Civile francese è stato introdotto già nel 1808. Siccome la dominazione coloniale britannica (dal 1814 in poi) non lo ha abrogato, esiste oggi un sistema misto basato da un lato sul Codice Napoleone e dall'altro sulla Common Law con influenze del diritto islamico.
- La **Lousiana** ha redatto un Codice Civile fortemente ispirato dal Codice Napoleone. La tecnica legislativa ulteriore e il contenuto delle leggi sono invece ispirati dalla Common Law. Ai nostri giorni, non è chiaro quale sia il sistema predominante.
- Il **Quebec**²³ ha promulgato un Codice Civile fortemente ispirato dal Codice Napoleone (è stato sostituito da una nuova codificazione nel 1994; tuttavia, è stato adottato a St. Lucia dov'è sempre applicabile tale quale, anche se sono previste ammendamenti).
- Le **Filippine** avevano adottato una gran parte del *Código Civil* spagnolo. Le disposizioni rimanevano in vigore anche durante l'epoca coloniale sotto la dominazione degli Stati Uniti. Nel 1950, sono state sostituite da un Codice Civile in lingua inglese che testimoniava della larga influenza della Common Law in materia di diritto contrattuale e di diritto dei beni (soprattutto a causa dell'introduzione del trust). Nel 1988, il diritto della famiglia è stato regolato in un proprio Codice della famiglia. Dal 1977, un proprio Codice di diritto musulmano delle persone è applicabile alla minoranza musulmana (*Code of Muslim Personal Laws*).
- Il **Puerto Rico** aveva adottato il Código Civil spagnolo nelle sue grandi linee (già prima del trasferimento del Puerto Rico agli Stati Uniti). Nel 1930, è stato sostituito da una nuova codificazione. Visto che il Puerto

Rico fa parte degli Stati Uniti dal 1898, la Common Law si è sovrapposta al diritto civile in molti ambiti.

3.2. Regime patrimoniale legale: Comunione d'acquisti

In quasi tutti i paesi del Codice Napoleone, la **comunione d'acquisti** è il regime patrimoniale legale.

- Fanno eccezione a questa regola soprattutto i paesi francofoni dell'**Africa** la cui maggior parte della popolazione sono musulmani: La separazione dei beni è stata adottata come regime patrimoniale, in particolare sotto l'influenza del **diritto islamico**.
- In qualche **Stato del Messico** e in diversi **Stati dell'America centrale** basati sul Codice Napoleone, il regime patrimoniale legale è la **separazione dei beni** (p.e. nella Repubblica di Honduras, nel Nicaragua, e in Costa Rica – in quest'ultimo caso: separazione dei beni e liquidazione del patrimonio).
- Mentre che i paesi europei e africani basati sul Codice Napoleone ammettono in genere dei regimi convenzionali, certi **Stati dell'America latina** basati sul Codice Napoleone **proibiscono** ogni derogazione al regime legale della comunione d'acquisti con convenzioni particolari (**contratto di matrimonio**) (p.e. l'Argentina, la Bolivia, il Paraguay).
- Altri Stati ammettono il contratto di matrimonio per stipulare il regime patrimoniale soltanto **prima della celebrazione del matrimonio**, ma non dopo (p.e. Costa d'Avorio, Filippine) o soltanto di seguito ad una decisione giudiziaria (p.e. Brasile, Paesi Bassi, Portogallo).

3.3. Legge successoria: Scissione della successione, domicilio o legge nazionale

Non esiste una regola uniforme per la legge applicabile in materia di successioni:

- In **Francia**, l'art. 3 C.C. prevede una **scissione della successione**: I beni mobili sono disciplinati dalla legge dello Stato dell'ultimo **domicilio** del de cuius. I beni immobili sono invece disciplinati dalla legge della situazione dei beni. In Europa, seguono questo principio il **Belgio** e il **Lussemburgo**, in Africa **qualche Stato francofono non islamico** e in America latina soprattutto l'**Argentina** e la **Bolivia**.
- Nella maggior parte degli altri Stati europei del gruppo basato sul Codice Napoleone, le successioni sono disciplinate invece dalla **legge nazionale** del de cuius – anche per quanto riguarda gli immobili, p.e. l'**Italia**, il **Portogallo** e la **Spagna**. Ciò vale anche in Africa per i paesi francofoni maggioritariamente islamici, i paesi lusofoni nonché le vecchie colonie del Belgio.

22 Vedi J. HIGUEIREDO FERREIRA/L. C. WEINZENMANN, *Le notariat au Brésil*, Notarius International 2006, 59, 86.

23 Vedi Y. PEPIN/M. LACHANCE, *Rapporto nazionale Quebec*, Notarius International 2003, 157, 194.

- La maggior parte degli **Stati dell'America latina** applicano agli immobili e ai mobili la legge dell'**ultimo domicilio** del de cuius (in particolare il Brasile, il Cile²⁴, la Colombia, il Perù e il Venezuela). L'Argentina e la Bolivia prevedono invece inoltre una scissione della successione per i beni immobili.
- La **lex rei sitae** – anche per i beni mobili – è la legge applicabile nella maggior **parte degli Stati messicani**, del **Panama** e dell'**Uruguay** (anche il Guatemala per l'insieme dei beni situati in Guatemala).

3.4. Quota di riserva e azione di riduzione

3.4.1 Quota disponibile di un terzo solo

Ai sensi del Codice Napoleone, il diritto alla legittima è un **diritto reale a una quota di riserva**, vale a dire la partecipazione all'eredità come coerede. Tuttavia, bisogna far valere questo diritto mediante **un'azione di riduzione**.

- La quota di riserva ammonta, nella maggior parte dei casi, a **due terzi** dell'eredità; rimane dunque una quota disponibile di un terzo dell'eredità.
- I **termini** per far valere il suo diritto sono molto variabili: 2 anni a norma del diritto portoghese, 10 anni a norma del diritto italiano e 30 anni a norma del diritto francese nel passato (dal 2007: anche 10 anni).

In genere, il **certificato di eredità** od ogni altra attestazione comparabile che fa prova del diritto successorio menziona la decisione dell'erede di far valere il suo diritto se esiste la possibilità di un'azione di riduzione e se il legittimario non si è ancora espresso per quanto riguarda il suo diritto.

3.4.2. Impossibilità di rinunciare alla quota ereditaria o alla legittima

In genere, la rinuncia **all'eredità** o alla **legittima** ai tempi del de cuius non è possibile a norma del Codice Napoleone.

3.5. Proibizione del testamento congiunto e del contratto successorio

La maggior parte dei sistemi giuridici basati sul Codice Napoleone proibiscono il testamento congiunto e il contratto successorio. Tuttavia, riconoscono talvolta i contratti successori ecc. conclusi da stranieri.

Se non si sa se il testamento congiunto o il contratto successorio siano riconosciuti, è possibile **redigere inoltre un testamento individuale** (per precauzione).

4. Famiglia giuridica tedesca

4.1. Stati appartenenti al gruppo e sotto-gruppi

I tre paesi germanofoni hanno promulgato ciascuno un proprio Codice. Tuttavia, questi tre Codici hanno le stesse radici. Possono dunque essere raggruppati in un solo gruppo, cioè il **gruppo tedesco (o germanofono)**²⁵ (talvolta, questa famiglia è anche designata come famiglia dell'Europa centrale).

Al seno della famiglia tedesca, si possono distinguere tre sotto-gruppi, rappresentati dai tre Codici principali:

- La codificazione più vecchia e sempre valida nella famiglia giuridica tedesca è l'**ABGB** (Codice Civile generale) dell'**Austria**²⁶ (1811) che era applicabile nella parte austriaca della monarchia austro-ungherese. Dopo la caduta del comunismo, l'influenza della tradizione giuridica comune è visibile di nuovo e in modo più netto in Slovenia, nella Repubblica ceca, ma anche parzialmente in Ungheria. Il Liechtenstein che faceva all'inizio parte del sotto-gruppo austriaco, si è piuttosto ispirato dal modello svizzero per quanto riguarda le nuove leggi degli ultimi decenni.
- Il **BGB** (Codice Civile) della **Germania**²⁷ (1900) è stato adottato nelle sue grandi linee dalla **Grecia**²⁸ (1940) e dalla Repubblica Cinese (nel 1929 – la versione dell'epoca è sempre applicabile nel **Taiwan** che si potrebbe allora raggruppare nel gruppo giuridica tedesco nel senso largo).
- Il terzo sotto-gruppo si forma con la **Svizzera** e la **Turchia**. La **Turchia** ha adottato il **Codice Civile Svizzero** del 1907/1912 nelle sue grandi linee nel 1926. Il diritto svizzero continua ad essere adottato in Turchia: nella recente modificazione del suo diritto civile, la Turchia ha per esempio consultato la legislazione Svizzera che aveva modificato il regime patrimoniale (partecipazione agli acquisti).

4.2. Collegamento del regime patrimoniale alla legge nazionale comune

La maggior parte degli Stati della famiglia tedesca applica al regime patrimoniale in primo luogo la **legge nazionale comune** dei coniugi (secondo il “collegamento graduato” di KEGEL), in mancanza la legge dello Stato del domicilio comune (il collegamento si fa sempre al momento della celebrazione del matrimonio).

²⁴ Il DIP del Cile – e quelli dell'Ecuador, dell'Honduras e della Colombia che lo seguono – prevedono due eccezioni: Il diritto delle successioni del Cile (o dell'Ecuador, dell'Honduras, della Colombia) è applicabile se il de cuius e il suo coniuge nonché i parenti che sono eredi sono cittadini del Cile (dell'Ecuador ecc.). Nel caso in cui solo gli eredi legittimi – il de cuius invece no – sono cittadini del Cile (dell'Ecuador ecc.), gli eredi hanno un diritto di prelevare dei beni dall'eredità situata nel Cile (nell'Ecuador ecc.); ricevono dunque almeno la quota che gli spetterebbe se il diritto del Cile (dell'Ecuador ecc.) fosse applicabile. Esiste anche un diritto di prelevare dei beni dalla massa successoria nel Salvador e in Nicaragua.

²⁵ Anche ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed. 1996.

K. H. NEUMAYER, in: R. DAVID/G. GRASSMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3ª ed. tedesca 1988, parla invece del “sotto-gruppo dell'Europa centrale” al seno della famiglia giuridica germanica. Ci raggruppa anche i paesi dell'Europa orientale e dell'Europa del Sud-Est (salvo la Romania) che, in questo rapporto, fanno parte dei paesi (ex) comunisti.

²⁶ Vedi T. ANTENREITER, *Rapporto nazionale Austria*, Notarius International 2002, 119.

²⁷ Vedi C. HERTEL, *Rapporto nazionale Germania*, Notarius International 2001, 20.

²⁸ Vedi S. MOURATIDOU, *Rapporto nazionale Grecia*, Notarius International 2001, 94.

Solo la **Svizzera** procede inversamente. In Svizzera, il collegamento si fa in primo luogo al **domicilio comune** dei coniugi del momento e, in mancanza, alla legge nazionale comune.

4.3. Separazione dei beni e diritto legale alla perequazione

In tutti gli Stati, il regime patrimoniale legale è una forma della separazione dei beni che garantisce un **diritto legale alla perequazione** – anche se il nome di questo regime nella legge può ingannare:

- In Germania, in Grecia, in Austria²⁹ e in Taiwan, il regime patrimoniale legale è **la comunione differita delle acquisizioni patrimoniali**: Al momento dello scioglimento del regime, ciascuno a il diritto alla metà (in Grecia: un terzo) degli acquisti netto costatati nel patrimonio dell'altro, vale a dire la metà (un terzo) del valore dell'arricchimento. Questi acquisti netto sono la differenza tra il patrimonio finale (al momento dello scioglimento) e il patrimonio iniziale.
- Il regime patrimoniale legale applicabile in Svizzera è la **partecipazione agli acquisti** (dal 1986); in Turchia questo regime è applicabile dal 2002. Si tratta anche di una sottoforma della separazione dei beni che garantisce un diritto alla perequazione (la metà della differenza degli acquisti). Contrariamente alla comunione differita delle acquisizioni patrimoniali, l'aumento del valore del patrimonio iniziale non è soggetta alla perequazione³⁰.

4.4. Collegamento della devoluzione ereditaria alla legge nazionale

La devoluzione ereditaria è anche disciplinata dalla **legge nazionale** nella maggior parte degli Stati della famiglia giuridica tedesca – **salvo la Svizzera** che prevede un collegamento al domicilio.

4.5. Possibilità di obbligarsi mediante un contratto successorio

4.5.1. Contratto successorio e testamento congiunto

Le disposizioni a causa di morte con le quali il de cuius assume un impegno esistono quasi soltanto nella famiglia giuridica tedesca – ma esistono sistemi giuridici al seno di questa famiglia che limitano questo diritto:

- Il diritto tedesco ammette il contratto successorio (tra tutte le persone) e il testamento congiunto (soltanto tra coniugi). Le parti sono legati al contratto successorio; il testamento congiunto può essere revocato soltanto se l'altro testatore è vivente.
- In Svizzera e in Turchia, esiste soltanto il contratto successorio, il testamento congiunto non è regolato dalla legge in questi paesi.
- L'Austria ammette il contratto successorio, ma soltanto tra coniugi. Inoltre, i coniugi possono disporre soltanto di tre quarti del patrimonio (il „quarto disponibile“ non deve essere soggetto a disposizione) e soltanto a favore dell'altro coniuge (non a favore di terzi e neanche a favore di figli comuni). I testamenti con-

giunti sono ammissibili come forma testamentaria, ma possono essere revocati unilateralmente ad ogni momento.

- La Grecia proibisce il contratto successorio nonché il testamento congiuntivo. Lo stesso vale per el Taiwan.

4.5.2 Rinuncia alla quota ereditaria e alla legittima

La maggior parte degli Stati della famiglia giuridica tedesca ammettono anche la rinuncia alla quota ereditaria se il de cuius è ancora vivente – con di nuovo la sola **eccezione della Grecia** (netta influenza del Codice Napoleone) e del Taiwan.

5. Stati (ex) comunisti

5.1. Stati del gruppo e sotto-gruppi

Un altro gruppo distinto dagli altri (almeno prima del 1990) è quello dei sistemi giuridici comunisti o socialisti³¹. Per la maggior parte di questi **Stati nel passato o ancora oggi sotto un regime comunista**, fa decisamente senso – almeno provvisoriamente – di raggrupparli in una propria famiglia giuridica anche dopo l'introduzione dell'economia di mercato e della democrazia³². Perché molte caratteristiche comuni del diritto di questi paesi sono comprensibili soltanto alla luce dei quasi 50 anni di regno comunista, almeno se si vogliono distinguere dei sotto-gruppi al seno del gruppo della *Civil Law*.

Gli Stati (ex) comunisti possono essere divisi in **tre sottogruppi**:

- In **Russia** e negli altri **Stati della CSI**, il diritto della famiglia, il diritto delle successioni e le regole di DIP in materia sono, in genere, disciplinati da regole simili per quanto riguarda il contenuto. Queste disposizioni risalgono talvolta all'epoca sovietica o sono basate almeno sulle regole di quell'epoca.
- Gli altri **Stati dell'Europa orientale**³³ (compreso i Stati baltici) si distinguono degli Stati della CSI in particolare in materia di DIP, tendenzialmente anche per una più grande libertà contrattuale in materia di diritto matrimoniale e di diritto delle successioni. Un gran numero di paesi basano le loro riforme sul diritto dell'epoca prima della guerra. Fra qualche decennio, si potranno forse raggruppare questi Stati nella famiglia dei sistemi giuridici di tradizione roma-

29 E' vero che il ABGB utilizza la nozione di „separazione dei beni“ (art. 1387 ABGB). Tuttavia, sin dal 1978, gli art. 81 ss. EheG (legge sul matrimonio) prevedono una divisione in „*eheliches Gebrauchsvermögen*“ (patrimonio utilizzato durante il matrimonio) e „*eheliche Ersparnisse*“ (risparmi durante il matrimonio); ne risulta finalmente una perequazione degli acquisti.

30 Si tratta dell'aumento reale del valore, p.e. del valore di un immobile o di azioni. Gli aumenti di valore nominali dovute all'inflazione non fanno parte degli acquisti in nessuno dei sistemi giuridici.

31 Così p.e. DAVID/GRASSMANN o l'*International Encyclopedia of Comparative Law*.

32 Altrimenti l'UNIVERSITA DI OTTAWA, www.juriglobe.ca. ZWEIGERT/KÖTZ non trattano gli Stati (ex) comunisti, GLENN soltanto marginalmente.

33 Vedi E. BRANISLJ, *Rapporto Nazionale Slovenia*, Notarius International 2004, 153.

no germanica (soprattutto fra i sistemi della famiglia del Codice Napoleone o fra quelli della famiglia tedesca).

- Nel terzo gruppo si ritrovano gli Stati **dell'Asia orientale e dell'Asia del Sud-Est**. Il diritto civile della **Repubblica popolare Cinese**³⁴ si distingue da sempre dal diritto sovietico, mentre che il diritto (o l'ex diritto) della Mongolia³⁵ o del Vietnam seguono il modello dell'Unione Sovietica.
- Il **Cuba** rappresenta un caso particolare essendo il solo Stato latino-americano nella famiglia giuridica comunista (che costituisce attualmente ancora un proprio gruppo). Le regole materiali del diritto matrimoniale e del diritto delle successioni nel Cuba assomigliano a quelle dell'ex Unione Sovietica, mentre che il DIP è basato sulle disposizioni di tradizione latino-americana.

5.2. Collegamento del regime patrimoniale

In materia di DIP, gli Stati della CSI e gli altri Stati dell'Europa orientale si distinguono nettamente. Perché, in materia di diritto matrimoniale e di diritto delle successioni, gli **Stati della CSI** preferiscono un collegamento alla **legge del domicilio del momento**, mentre che gli Stati dell'Europa orientale applicano alle domande pertinenti la legge nazionale.

- Negli **Stati della CSI**, il regime patrimoniale è disciplinato dalla legge del **domicilio comune degli sposi del momento**.
- La maggior parte dei **sistemi giuridici dell'Europa orientale** prevedono invece un collegamento "graduato": Il collegamento si effettua dapprima alla **legge nazionale comune** degli sposi; in mancanza (dunque se i coniugi hanno nazionalità diverse), alla legge del domicilio comune e in via sussidiaria (in generale) alla legge dello Stato al quale gli sposi sono altrimenti legati più strettamente. In genere, il collegamento è **variabile**. Vale a dire che la legge applicabile al regime patrimoniale cambia se i coniugi cambiano il loro domicilio (nel caso di coniugi di nazionalità diverse) – a questo riguardo, il diritto dei sistemi giuridici dell'Europa orientale assomiglia a quello della CSI – o, eventualmente, se l'uno dei coniugi cambia la nazionalità.

5.3. Comunione d'acquisti come regime patrimoniale legale

La **comunione d'acquisti** è il régime patrimoniale legale in quasi tutti gli Stati (ex) comunisti – a questo riguardo, i loro sistemi giuridici sono simili a quelli del gruppo del Codice Napoleone. Ne risulta che la comunione d'acquisti è il regime patrimoniale legale della maggior parte dei paesi nel mondo.

Tuttavia, la **libertà contrattuale del contratto matrimoniale** è limitata rispetto a quella nei paesi del Codice Napoleone. Un gran numero di Stati (ex) comunisti non ammettono né la scelta di un régime convenzionale, né la modifica del regime patrimoniale legale.

5.4. Legge applicabile in materia di successioni: Scissione della successione in Russia e nella CSI – legge nazionale in Europa orientale

Anche il collegamento della legge applicabile in materia di successioni è regolato diversamente negli Stati della CSI rispetto agli altri Stati dell'Europa centrale:

- In Russia e negli altri **Stati della CSI**, sono applicabili due leggi diverse (**scissione dell'eredità**) (come questo è il caso per esempio nel Belgio o in Francia): La devoluzione ereditaria dei beni mobili è disciplinata dalla legge dell'ultimo domicilio del de cuius, quella dei beni immobili dalla *lex rei sitae*. Ciò vale anche nell'Asia orientale per la Cina, la Mongolia, il Cambogia e il Vietnam.
- Nella maggior parte dei **sistemi giuridici dell'Europa orientale** la devoluzione ereditaria dei beni mobili ed immobili è invece disciplinata dalla **legge nazionale** del de cuius³⁶.

5.5. Limitazione della libertà di testare

Il diritto successorio sovietico è molto rigido e la libertà di testare è limitata. Ciò è anche il caso per tutti i sistemi giuridici comunisti. Dal 1990, certi Stati hanno riformato il diritto delle successioni e ampliato la possibilità del testatore di creare la situazione giuridica attivamente. Tuttavia, la **libertà di testare rimane largamente limitata** negli Stati (ex) comunisti.

5.5.1. Quota di riserva

Negli Stati (ex) comunisti, il diritto alla legittima esiste sotto forma di una **quota di riserva legale**, cioè una partecipazione reale all'eredità come coerede.

- Nella maggior parte degli **Stati dell'Europa orientale**, l'avente diritto deve far valere il suo diritto alla quota di riserva mediante un'**azione di riduzione** entro un certo termine³⁷.
- In Russia e negli altri Stati della CSI nonché in Cina, la persona che ha un diritto ad una quota di riserva diventa coerede senza la necessità di far valere il suo diritto.

L'indigenza dell'avente-diritto (cioè l'incapacità di provvedere ai propri bisogni tramite un lavoro o il proprio patrimonio) è, in un gran numero di Stati, la condizione essenziale per il diritto alla quota di riserva in genere o per la quota di riserva di certe categorie di persone (p.e. i genitori del de cuius).

³⁴ Vedi WANG JIAN, *Il Notariato in Cina*, Notarius International 2003, 149, 153.

³⁵ Vedi DAMBADARJAA YANJINKHORLOO, *Rapporto nazionale Mongolia*, Notarius International 2004, 17.

³⁶ Fanno eccezione gli Stati baltici e la Bulgaria. La Bulgaria e la Lituania prevedono – come gli Stati della CSI – una scissione dell'eredità: La legge del domicilio è applicabile ai mobili. In Estonia, la legge del domicilio è applicabile ai beni mobili e immobili. In Lettonia, sembra che la *lex rei sitae* sia applicabile ai beni mobili ed immobili.

³⁷ Tuttavia, è possibile richiedere la quota di riserva senza l'obbligo di introdurre un'azione in Bulgaria, Lituania, nella Repubblica ceca o nella Repubblica slovacca.

L'**ammontare** della quota di riserva può variare. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, i discendenti ricevono almeno la metà della loro quota ereditaria legale, talvolta anche molto in più³⁸. Altri Stati, come p.e. la Cina, non prevedono una quota fissa; determinano la quota nel rispetto del grado di insufficienza e d'indigenza.

5.5.2. Proibizione della rinuncia alla quota ereditaria o alla legittima

In genere, gli Stati (ex) comunisti **proibiscono** la **rinuncia alla quota ereditaria o alla legittima** se il de cuius è ancora vivente. Gli eredi possono rinunciare alla quota di riserva soltanto dopo il suo decesso (o rinunciare a far valere il loro diritto entro il termine previsto per introdurre l'azione).

5.5.3. Proibizione del testamento congiunto e del contratto successorio

Il contratto successorio e il testamento congiunto sono generalmente proibiti e invalidi negli Stati (ex) comunisti. Fanno eccezione gli Stati baltici e l'Ungheria che, a questo riguardo, fanno prova dell'influenza del diritto germanico (o della loro appartenenza alla famiglia dell'Europa centrale prima della seconda guerra mondiale).

5.5.4. Contenuto del testamento

Nella maggior parte degli Stati (ex) comunisti, non è neanche possibile la **sostituzione fedecommissaria**.

La tendenza restrittiva del diritto civile (ex) comunista si mostra chiaramente p.e. in materia di diritto delle successioni ceco o slovacco: L'erede ha la possibilità di istituire gli eredi, ma non può prevedere legati o un'**esecuzione testamentaria**. Molti degli altri Stati ammettono l'esecuzione soltanto nel quadro della liquidazione, ma non nel quadro dell'amministrazione dell'eredità.

6. Altri sistemi giuridici della famiglia romano germanica, in particolare nell'Asia orientale

Qualche paese fa parte della famiglia giuridica romano germanica, ma non possono essere classificati con certezza nelle tre sotto-gruppi principali sopramenzionati (Codice Napoleone, famiglia tedesca, famiglia degli Stati ex comunisti) perché il loro diritto si basa su delle tradizioni di diritto civile molto diverse.

6.1. Asia orientale

Ciò vale innanzitutto per gli Stati non-comunisti nell'Asia orientale e nell'Asia del Sud-Est:

- Il **Giappone**³⁹ si è p.e. ispirato da un lato dal diritto francese, dall'altro dal diritto tedesco. Perché, al momento in cui il Giappone ha codificato il suo diritto nel 1900, esisteva un Codice moderno che faceva concorrenza: il Codice Civile tedesco (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*). Gli Stati dell'Asia orientale potevano dunque servirsi di due fonti principali della famiglia romano germanica.
- L'attrazione del BGB tedesco nel 1900 si riflette anche nell'adozione della maggior parte degli articoli del BGB da parte della **Cina** nel 1929. Nel **Taiwan**, questo Codice è ancor in vigore (in una versione modificata).

- Il diritto giapponese ha – da parte sua e insieme col diritto tedesco – influenzato i sistemi giuridici della **Corea (Corea del Sud)** e della **Thailandia**.
- I sistemi giuridici dell'Indonesia e delle Filippine sono invece influenzati dal Codice Napoleone. In questo rapporto, fanno parte della famiglia giuridica del Codice Napoleone al senso largo. In **Indonesia**, il legislatore del Codice Civile del 1847 ha adottato il Codice Civile olandese del 1838; magari il diritto islamica gioca un ruolo importante. Il *Código Civil* spagnolo è stato introdotto nelle **Filippine** nel 1889; dall'epoca coloniale americana in poi, il diritto delle Filippine è anche stato influenzato dalla Common Law.

6.2. Africa

In Africa, l'**Etiopia** e l'**Eritrea** non possono essere classificati in un sotto-gruppo determinato della famiglia romano germanica: Il Codice Civile dell'Etiopia del 1960 è stato influenzato fortemente non solo dal Codice Civile francese, ma anche dal Codice Civile svizzero.

6.3. Paesi-Bassi

Neanche i **Paesi-Bassi**⁴⁰ non possono più essere classificati nella famiglia giuridica del Codice Napoleone alla quale apparteneva ancora il Codice Civile del 1838.

7. Sistemi giuridici nordici

7.1. Posizione intermediaria tra la Common Law e la Civil Law

I **paesi nordici**⁴¹ vengono spesso qualificati come sotto-gruppo al seno della famiglia romano germanica⁴² perché hanno più caratteristiche in comune con i sistemi basati sul Codice Napoleone che con quelli basati sulla Common Law. Il diritto di questi paesi è codificato, anche se non esiste un Codice Civile molto largo⁴³.

Io considero questi paesi come un proprio gruppo al di fuori della famiglia romano germanica⁴⁴ perché non hanno adottato il diritto romano – contrariamente alla famiglia giuridica del Codice Napoleone e alla famiglia giuridica tedesca e i diritti dell'Europa orientale e dell'Asia orientale influenzati da questi ultimi. I paesi nordici formano dunque un proprio gruppo con caratteristiche tipiche.

³⁸ La quota di riserva può ammontare fino a 5/6 dell'eredità in Bulgaria, se il de cuius lascia il coniuge e tre o più figli. (Art. 29 legge successoria). Nella Repubblica ceca o slovacca, la quota di riserva può anche ammontare al 100% dell'eredità, se il de cuius lascia solo figli minorenni e se non ha più coniuge (art. 479 C.C.).

³⁹ vedi K. YAMAMOTO, *Rapporto nazionale Giappone*, Notarius International 2003, 37, 66.

⁴⁰ Vedi paragrafo 3.1.2.

⁴¹ La nozione di „nordico“ è più precisa di quella di „scandinavo“, perché fanno parte della famiglia giuridica, oltre la Norvegia e la Svezia, anche il Danimarca, la Finlandia e l'Islanda.

⁴² Così p.e. DAVID/GRASSMANN.

⁴³ Certo, nei 17^o e 18^o secoli, esistevano Codici più globali (in Danimarca nel 1683 il *Danske Lov*, in Norvegia nel 1687 il *Norske Lov*, in Svezia nel 1734 il *Sveriges Rikes Lag*). Tuttavia, questi Codici non giocano quasi più nessun ruolo ai nostri giorni. Continuano ad applicarsi formalmente, ma le disposizioni sono sostituite da altre più recenti.

⁴⁴ Così p.e. ZWIEGERT/KÖTZ.

7.2. Stati di questo gruppo e sotto-gruppi

Appartengono a questo gruppo nordico la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda, la Norvegia e la Svezia.

L'omogeneità al seno di questo gruppo è dovuta anche ai **numerosi accordi tra i paesi nordici**⁴⁵ che si riflettono nei trattati conclusi tra questi paesi e le legiferazioni parallele⁴⁶.

Si possono nondimeno distinguere **due sotto-gruppi** – nel rispetto dell'unità statale nel corso di certe epoche storiche:

- Da un lato la **Danimarca**, la Norvegia e l'Islanda,
- E dall'altro la **Svezia** e la Finlandia.

7.3. Regime patrimoniale disciplinato dalla legge del domicilio

Nei paesi nordici, il regime patrimoniale è disciplinato dalla legge del **domicilio** dei coniugi direttamente dopo la celebrazione del matrimonio (in Danimarca e Islanda al domicilio del marito al momento della celebrazione del matrimonio).

7.4. Comunione differita dei beni

Nei paesi nordici, il régime patrimoniale legale è la „**comunione differita dei beni**“, una separazione dei beni durante il matrimonio con effetti della comunione dei beni al momento dello scioglimento del matrimonio:

- Durante il matrimonio, i **beni** dei coniugi sono **separati**. Ognuno può disporre da solo del suo patrimonio. Soltanto le disposizioni dell'abitazione coniugale (o talvolta anche la disposizione di altri immobili) richiedono il consenso dell'altro coniuge.
- I beni formano una massa comune (beni comuni) soltanto al momento dello **scioglimento** del regime patrimoniale (di seguito al divorzio o al decesso di uno dei coniugi); si effettua allora una perequazione.
- Sono soggetti alla disciplina della perequazione in genere anche il **patrimonio esistente** al momento della celebrazione del matrimonio **nonché il patrimonio acquisto per donazione o a causa di morte** durante il matrimonio (a questo riguarda, il régime è simile alla comunione dei beni, ma anche alla perequazione realizzata dal tribunale a norma della Common Law) a condizione che, al momento della donazione, questo patrimonio non sia espressamente escluso dai beni comuni o che gli sposi non abbiano disposto diversamente in un contratto di matrimonio⁴⁷.

Il regime patrimoniale legale dei **Paesi-Bassi** assomiglia alla comunione differita dei beni.

Visto che la comunione differita dei beni contiene elementi della separazione dei beni e della comunione dei beni – un fatto molto particolare – le domande di sapere quali sono gli effetti che questa comunione produce sul patrimonio e come un coniuge vivente sotto questo regime dev'essere iscritto come proprietario nel **libro fondiario** sono contestate.

7.5. Legge applicabile sulle successioni

I due sotto-gruppi della famiglia nordica determinano la legge applicabile alle successioni diversamente:

- La Danimarca e la Norvegia applicano alla successione la legge dell'ultimo domicilio del de cuius,
- La Svezia invece la legge della sua nazionalità.
- In Finlandia, è applicabile la legge del domicilio a condizione che il domicilio esista già da almeno cinque anni; altrimenti, è applicabile la legge nazionale del de cuius.

7.6. Devoluzione ereditaria legale e quota di riserva

7.6.1. Diritto di godimento globale a favore del coniuge superstite

Nei paesi nordici, il **coniuge superstite** ha, in primo luogo il diritto di godimento dell'insieme dell'eredità.

- In **Svezia**, il coniuge diventa l'erede unico. Tuttavia, i discendenti hanno un "diritto all'eredità differito". (Il nuovo diritto delle successioni dei Paesi Bassi prevede delle disposizioni simili).
- Negli altri paesi nordici, il coniuge superstite può optare per la **continuazione della comunione dei beni**. Conserva allora il diritto di godimento sull'eredità e ne può disporre in una larga misura.

7.6.2. Quota di riserva limitata ad una somma massima

Nei paesi nordici, il diritto alla legittima esiste sotto forma di una **quota di riserva**. In genere, la quota ammonta alla metà della quota ereditaria legale – ma è limitata ad una **somma massima**. E' ammissibile la rinuncia alla quota ereditaria e alla legittima, ma talvolta soltanto contro una contro-prestazione adeguata⁴⁸.

7.7. Testamento davanti a due testimoni e contratto di testare

Nei paesi nordici, la forma ordinaria di testamenti è il **testamento (privato) davanti a due testimoni**. A questo riguardo, il diritto nordico assomiglia alla Common Law.

Come la Common Law, la Danimarca e la Norvegia conoscono il **contratto di testare** (cioè l'obbligo contrattuale di redigere o di non redigere un testamento con un certo contenuto). Come il diritto tedesco, conoscono il testamento congiunto di due coniugi. Questo testamento non può essere revocato dopo il decesso di uno dei coniugi.

La Svezia e la Finlandia conoscono il testamento congiunto, ma quest'ultimo non produce effetti obbligatori.

⁴⁵ Così p.e. la Convenzione Nordica in materia di diritto della famiglia del 6 febbraio 1931 e la Convenzione Nordica in materia di diritto delle successioni del 19 novembre 1934.

⁴⁶ Il diritto matrimoniale e delle successioni applicabile risale p.e. a una codificazione armonizzata degli anni 1920. Le regole nei diversi Stati nordici sono dunque quasi identiche per quanto riguarda il contenuto.

⁴⁷ In Norvegia, il patrimonio iniziale e i beni acquistati per donazione o a causa di morte sono esclusi dalla perequazione in caso di divorzio. Sono invece rispettati per la perequazione in caso di decesso.

⁴⁸ P.e. in Finlandia.

7.8. Legittima sotto forma di quota di riserva

Gli Stati nordici, come gli Stati della famiglia romano germanica garantiscono una legittima ai parenti stretti – addirittura una **quota di riserva** (talvolta gli aventi diritto devono intentare un'azione di riduzione). Tuttavia, la legittima è **limitata ad una certa somma massima**. E' dunque comparabile ad una pensione alimentare (a questo riguardo, le regole sono simili a quelle della Common Law).

E' possibile la rinuncia alla quota ereditaria e alla legittima se il de cuius è ancora vivente (com'è anche il caso per i sistemi giuridici della famiglia germanica).

8. Famiglia di diritto islamico

8.1. In genere

8.1.1. Perché si considera soltanto il diritto islamico tra i diritti religiosi?

I **diritti religiosi** fanno eccezione alla dicotomia Common Law – Civil Law. Per questa ragione, qualche rapporto di diritto comparato li considerano come il gruppo dei diritti religiosi, altri trattano invece ognuno di questi sistemi separatamente specificando le caratteristiche proprie⁴⁹.

Ciò è ragionevole se si interessa per la base filosofica del diritto, ma non permette di guadagnare conoscenze utili per l'applicazione di una legge straniera. **Dal punto di vista della prassi**, il diritto religioso ci interessa soltanto se gli Stati riconoscono la sua applicazione. In questo caso, il diritto religioso gioca un ruolo concreto.

- Nel riguardo dei nostri obiettivi, ci limitiamo qui alla presentazione del **diritto islamico** perché costituisce una propria famiglia giuridica con una moltitudine di diversi Stati.
- Si applicano anche (in materia di diritto della famiglia e di diritto delle successioni) il **diritto dell'induismo** (in India, ogni tanto anche agli indù nell'Asia del Sud e del Sud-Est) nonché la **legge giudaica** (agli ebrei nel Israele – nelle diritto di la famiglia – e nei paesi della famiglia islamica). Per il resto, il diritto in India o nel Israele non è influenzato dal diritto religioso. Questi diritti/leggi non formano una propria famiglia giuridica.

8.1.2. Stati della famiglia islamica e delimitazioni

Secondo me, fanno parte della famiglia islamica tutti gli Stati del Vicino e Medio Oriente, a cominciare col **Marocco**⁵⁰ fino all'**Afghanistan**, vale a dire tutti gli Stati arabi, compreso l'Iran e l'Afghanistan.

Non fanno invece parte di questo gruppo gli Stati nei quali il diritto islamico esercita un'influenza soltanto sul diritto della famiglia e sul diritto delle successioni. Per il resto, questi Stati seguono i principi della Common Law o del diritto romano germanico:

- **Gli Stati maggioritariamente musulmani nell'Asia del Sud e nell'Asia del Sud-Est (Pakistan, Bangladesh e Malaysia)** uniscono elementi della Common Law con elementi del diritto islamico. Secondo me, formano un proprio sotto-gruppo al seno

della Common Law, perché quest'ultima è predominante: La Common Law disciplina non solo il diritto dei contratti e il DIP, ma anche molti elementi del diritto materiale della famiglia e delle successioni.

- **L'Indonesia** fa parte della famiglia romano germanica; assomiglia il più ai sistemi giuridici che hanno adottato il Codice Napoleone (in particolare a causa dell'adozione di una moltitudine di regole del Codice Civile olandese nel 1847).
- Si può constatare l'influenza del diritto islamico anche in diversi Stati dell'Africa nera (in materia di diritto della famiglia e di diritto delle successioni). Questo fatto spiega per esempio perché il diritto civile di certi Stati francofoni dell'Africa occidentale, basati sul Codice Napoleone, prevedono la **separazione dei beni** invece della comunione d'acquisti come regime patrimoniale legale.
- **Gli Stati della CSI nell'Asia centrale** che sono maggioritariamente islamici fanno parte della famiglia dei paesi (ex) comunisti: il diritto islamico non gioca quasi nessun ruolo in questi paesi.

8.1.3. Sotto-gruppi

Il diritto della famiglia e delle successioni islamico ha come sola base il **Corano**, anche se è codificato nella maggior parte dei paesi. Ciò spiega il fatto che il diritto della famiglia e delle successioni è quasi identico nei diversi Stati del gruppo islamico.

Tuttavia, la concezione della religione varia da uno Stato all'altro:

- **I sunniti ed i sciiti** hanno diverse concezioni in materia di diritto della famiglia e di diritto delle successioni.
- Storicamente, si possono distinguere quattro scuole giuridiche al seno della sunna (**hanafita, malichita, shaifi'ita e hanbalita**); l'una o l'altra è predominante nei diversi Stati.

Altre differenze sono dovute alle **codificazioni**. La codificazione permetteva le **riforme volute** e le modificazioni del diritto tradizionale. In molti paesi, la poligamia è stata repressa, il divorzio-ripudio limitato e la situazione giuridica della donna migliorata (per quanto riguarda certi aspetti).

Il diritto dei contratti e il DIP degli Stati musulmani sono basati in particolare sul **Codice Civile dell'Egitto del 1948**, a cura tra l'altro di AL-SANHURI (che si era, da parte sua, ispirato del Codice Napoleone).

- Il Codice Civile dell'Egitto del 1948 era, da parte sua, la base principale delle nuove codificazioni in molti paesi (soprattutto) arabi, p.e. per i Codici Civili

⁴⁹ P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2000, esamina p.e. diverse tradizioni giuridiche, cioè la tradizione giuridica (1) del diritto consuetudinario, (2) del Talmud (giudaismo) (3) della *Civil Law*, (4) dell'Islamismo, (5) della *Common Law*, (6) dell'Induismo, (7) dell'Asia. Secondo me, queste tradizioni si basano finalmente su una filosofia (giuridica) particolare.

⁵⁰ vedi H. SEFRIJOU, *Rapporto nazionale Marocco*, Notarius International 2005, 33, 65.

dell'Iraq (1951), della Libia (1953), del Qatar (1971 – nel frattempo sostituito da una nuova codificazione dell'anno 2004), del Sudan (1971), della Somalia (1973), dell'Algeria (1975), della Giordania (1976) e del Kuwait (1980).

- Il Codice Napoleone ha anche ampiamente influenzato il diritto negli Stati del **Maghreb**: L'Algeria ha adottato il Codice Civile francese nel 1834 (nel 1975: nuova codificazione sulla base del modello dell'Egitto). La **Tunisia** (1906) e il **Marocco** (1913) hanno adottato, nelle sue grandi linee, il diritto dei contratti francesi redigendo i *Codes des obligations* (Codice delle obbligazioni). (Il diritto della famiglia e il diritto delle successioni religiosi sono stati codificati posteriormente.)

8.2. Scissione in materia di diritto della famiglia e delle successioni secondo la confessione

I sistemi giuridici del gruppo islamico applicano il diritto della famiglia e delle successioni religioso. Vale a dire che il diritto applicabile dipende dalla **religione**: E' applicabile o il diritto musulmano o il diritto della religione cristiana in questione o il diritto ebraico⁵¹.

Una tale scissione del diritto secondo la religione si trova ai nostri giorni prima di tutto nei paesi della Common Law dell'Asia del Sud e dell'Asia del Sud-Est nonché nell'Africa orientale; finalmente anche nel Israele in materia di diritto del matrimonio.

Se gli interessati ad un atto provengono da uno di questi paesi, bisogna conoscere la religione per determinare la legge applicabile in materia di regime patrimoniale e di diritto delle successioni (oltre la nazionalità e, eventualmente, il domicilio o la residenza abituale).

8.3. Regime patrimoniale disciplinato legge nazionale del marito

In genere, gli Stati islamici applicano al regime patrimoniale la **legge nazionale del marito**.

Tuttavia, molti paesi applicano il loro diritto nazionale se solo uno dei coniugi è cittadino del paese in questione⁵². (Vale p.e. a dire che i tribunali egiziani o siriani applicano il diritto egiziano o siriano se soltanto la moglie è cittadina dell'Egitto o della Siria.)

8.4. Separazione dei beni come regime patrimoniale legale

Il regime patrimoniale legale negli Stati islamici è la separazione dei beni (completa). Al momento dello scioglimento del matrimonio, il patrimonio non è ripartito tra gli sposi. La moglie può soltanto rivendicare il **donativo nuziale** (*mahr*).

La stipulazione del donativo nuziale è spesso la condizione indispensabile della celebrazione del matrimonio. In mancanza, il matrimonio è nullo. Gli sposi stipulano spesso che la metà del donativo nuziale è pagata al momento della celebrazione del matrimonio e il resto in caso di divorzio.

Inoltre, la moglie ha un diritto alla **pensione alimentare** soltanto durante il **periodo di vedovanza** (*idda*) che corrisponde a tre periodi di mestruazione. Durante questo

periodo, la moglie non ha il diritto di celebrare un altro matrimonio.

8.5. Collegamento della legge applicabile in materia di successioni alla nazionalità o alla religione

Negli Stati islamici le successioni sono in genere disciplinate dalla **legge nazionale del de cuius**. Tuttavia, applicano talvolta la legge successoria islamica ai de cuius islamici – indipendentemente dalla nazionalità e dal domicilio.

8.6. Diritto delle successioni materiale

8.6.1. Devoluzione ereditaria legale

Ai nostri giorni, la devoluzione ereditaria legale è regolata nella maggior parte degli Stati.

Tuttavia, essa è basata sul diritto ereditario islamico. Diverse disposizioni si trovano già nel Corano. Col tempo, la dottrina islamica le ha completate e concepito tutt'un sistema. Per questa ragione, il diritto ereditario è molto simile da uno Stato all'altro.

Il diritto islamico distingue almeno **due tipi di eredi legittimi**⁵³:

- Gli eredi che hanno diritto ad una **quota fissa dell'eredità** (*eredi a fardh*) (questa quota può variare con il numero e la qualità degli eredi chiamati all'eredità).
- Gli eredi **agnati** (*eredi ad asaba*) che hanno un diritto al resto dell'eredità deduzione fatta delle quote degli eredi *a fardh*. (Si tratta di parenti nella linea maschile del de cuius).
- Vi sono persone che possono essere eredi *a fardh* o eredi agnati (o anche avere le due qualità al contempo). Le figlie sono p.e. eredi *a fardh* se il de cuius non lascia un figlio; sono invece eredi agnati se concorrono con i figli del de cuius.
- Talvolta, si distingue come un proprio gruppo di eredi gli **eredi sostituiti**, cioè i parenti in linea femminile che sono chiamati all'eredità in mancanza di eredi *a fardh* o di eredi agnati.

Altre particolarità del diritto islamico:

- **Gli ascendenti e i fratelli e sorelle** del de cuius ereditano anche se il de cuius lascia discendenti. Il padre e la madre del de cuius, come eredi *a fardh*, ereditano p.e. ciascuno 1/6 se concorrono con i figli.
- **Non c'è una rappresentazione** di eredi predecessi dai loro discendenti.
- **Gli eredi femminili** ricevono in genere soltanto la **metà della quota** dell'erede maschile nella stesso grado di parentela. La figlia eredita dunque la metà della quota del figlio ecc⁵⁴.

51 vedi H. SEFRIQUI, *Rapporto nazionale Marocco*, Notarius International 2005, 33, 65, 70.

52 In particolare: l'Afghanistan, l'Algeria, l'Egitto, l'Iraq, la Giordania, la Siria.

53 Vedi p.e. gli esempi da: H. SEFRIQUI, *Rapporto nazionale Marocco*, Notarius International 2005, 33, 65, 71 ss.

54 Se il diritto musulmano è applicabile in un paese dell'Ovest (nel caso di un legame con un paese dell'Ovest), questo principio è considerato come contrario all'ordine pubblico: La quota della moglie viene dunque aumentata.

- **La differenza della religione** costituisce un impedimento alla devoluzione ereditaria. Talvolta, i musulmani possono ereditare dalle persone non-musulmane, ma non vice-versa e talvolta, i musulmani non possono ereditare dai non-musulmani⁵⁵.

Per costatare la devoluzione ereditaria a norma della legge islamica, bisogna verificare se i fratelli, le sorelle e gli ascendenti del de cuius sono ancora viventi. Inoltre, bisogna conoscere la confessione.

8.6.2. Quota disponibile di un terzo

Per la redazione dei testamenti, è importante sapere che, nel diritto musulmano, il de cuius può disporre liberamente solo di un terzo dell'eredità. **Due terzi** dell'eredità sono obbligatoriamente sottomessi alla devoluzione ereditaria legale. Se le disposizioni eccedono la quota disponibile di un terzo, sono invalide.

Tuttavia, gli eredi legittimi possono **consentire** alle disposizioni del de cuius che eccedono il terzo.

- Secondo l'opinione sunnita, la rinuncia può essere dichiarata soltanto dopo l'apertura della successione.
- Secondo l'opinione sciita, (e p.e. ai sensi del diritto iraniano), gli eredi possono consentire già al tempo del de cuius.

⁵⁵ Nei paesi del Ovest, queste regole sono in genere considerate come contrarie all'ordine pubblico. Se il caso in questione presenta un legame con un paese dell'Ovest, non sono generalmente rispettate queste regole.

* CHRISTIAN HERTEL, gerente del Instituto Notarial Alemán (*Deutsches Notarinstitut – DNotI*), Würzburg.

¹ Los intentos de clasificación en familias jurídicas se llevan a cabo a veces como una clasificación inútil o muy eurocéntrica (ver P. GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, en: M. REIMANN/R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, p. 422-440). El presente suplemento pretende demostrar que una tipificación simplificadora no sólo no es inútil sino que resultará útil en la práctica (ver también KÖTZ, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) (6 (1998), p. 493). Y quien considere que es “eurocéntrico” citar la influencia de los ordenamientos jurídicos europeos en muchos de los ordenamientos jurídicos existentes fuera de Europa debería supuestamente tachar también de “eurocéntrica” la simple comprobación de que los idiomas inglés, español o francés se hablan en muchos países en todo el mundo.