diritto internazionale
giurisprudenza catania

Erik Jayme

La successione ereditaria nel diritto internazionale privato. Tendenze attuali ed esperienze tedesche.

2009-2.3

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale

Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*
Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*
Redazione: *Adriana Di Stefano, Federica Antonietta Gentile*, *Giuseppe Matarazzo*

Volume chiuso nel mese di dicembre 2009

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale* è *on line*
http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro

ISSN 1973-3585
Cattedra di Diritto Internazionale
Via Gallo, 24 - 95124 Catania
Email: risorseinternazionali@lex.unict.it - Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it
- Tel: 095.230857 - Fax 095 230489

Al via il programma di ricerca in diritto internazionale privato nella nostra Facoltà

Tra le attività in programma nell'ambito del progetto di didattica e ricerca intergrata "Risorse Internazionali" c'è anche, come si sa, un Seminario permanente di diritto internazionale sulla cooperazione nel Mediterraneo, avviato già nel 2002 con il convegno sulla cooperazione culturale nell'area del Mediterraneo.

Nel 2009 abbiamo avviato un volet internazionalprivatistico del Seminario, il progetto *Espace Euromeditérranéen et Droit International Privé* e abbiamo avuto un patron d'eccezione, il professor Erik Jayme, Emeritus Professor nell'Università di Heidelberg e insigne internazionalprivatista.

Egli è stato nostro ospite il 9 marzo del 2009 e ha tenuto una Lezione Magistrale dal titolo *La successione ereditaria nel diritto internazionale privato. Tendenze attuali ed esperienze tedesche*.

Ne riproduciamo il testo grazie alla sua cortesia per la quale gli rinnoviamo i sensi della nostra gratitudine.

La redazione

Erik Jayme
La successione ereditaria nel diritto internazionale privato.
Tendenze attuali ed esperienze tedesche

I Introduzione

Vi sono, nel diritto internazionale privato, delle materie che dormono pacificamente per decenni, se non per secoli, ma che tornano, da un giorno all'altro, alla ribalta delle discussioni e delle riforme. Così accade per la successione ereditaria. Le ragioni per questa attualità sono molteplici. Mi permetto di menzionarne quattro: Primo: emergono nuovi valori e nuove tecniche nel diritto internazionale privato influenzati dal diritto comunitario; secondo: vi sono state riforme recenti del diritto sostanziale relativo alla successione ereditaria in molti paesi, riforme delle quali si vedono delle ripercussioni nel diritto internazionale privato; terzo si sente sempre di più l'impatto della prassi notarile la quale inventa delle costruzioni ingegnose per tener conto degli interessi di una clientela sempre più internazionale; quarto, emergono nuove forme di vita le quali creano problemi di conflitti di leggi.

Prima di entrare nei dettagli, mi siano consentite alcune considerazioni più generali su ciascuno di questi punti. Questa sarà la prima parte della conferenza. Nella seconda parte scelgo alcuni punti nevralgici , anche al riguardo dei problemi italo-tedeschi. Nelle conclusioni figureranno anche soluzioni de lege ferenda nell'ambito europeo.

1) **Nuovi valori e nuove tecniche nel diritto internazionale privato**

In Europa, per promuovere l'intregazione e la cooperazione stretta nelle materie civili, si è creato un nuovo principio comunitario, quello del riconoscimento reciproco il quale sta trasformando il diritto internazionale privato classico. La Corte di Giustizia, nella sentenza recentissima del 14 ottobre 2008, ha utilizzato questo principio per determinare il cognome di un figlio tedesco nato in Danimarca. Una volta acquisito e registrato il cognome secondo il diritto danese,

che permette il doppio nome, la Germania è tenuta a riconoscere questo atto malgrado il fatto che , secondo il diritto internazionale privato tedesco, la legge applicabile rimane la legge nazionale tedesca la quale non prevede il doppio cognome del figlio il quale deve portare o il cognome del padre o quello della madre.

Im modo simile anche per la successione ereditaria si pone la questione, se si possano ridurre i conflitti di leggi, almeno nell'Unione Europea, mediante un semplice riconoscimento di atti notarili i quali determinano la qualità dell'erede e la quota ereditaria nella divisione dei beni, sempre secondo la legge del foro incluso il rispettivo diritto internazionale privato. Oltre a ciò i nuovi valori e le libertà del diritto comunitario militano per altri fattori di connessione che la nazionalità del defunto come per esempio l'ultima residenza abituale del defunto al tempo della morte o la scelta libera della legge applicabile alla successione ereditaria, scelta effettuata dal testatore in una disposizione di ultima volontà.

2) **Riforme di diritto sostanziale**

La seconda ragione, per la quale il diritto internazionale privato relativo alla successione ereditaria torna alle discussioni attuali, concerne le riforme di diritto sostanziale. Se prendiamo come esempio la riforma del diritto della successione ereditaria nei Paesi Bassi dell'anno 2003, vediamo bene la tendenza attuale di rafforzare la libertà del testatore e la posizione del coniuge sopravvivente. L'antico Codice civile olandese seguiva le vie del Codice civile francese provvedendo – im modo simile anche all'articolo 536 del Codice civile italiano - dei diritti riservati ai legittimari, soprattutto ai figli del defunto. Secondo la nuova legge, nel caso in cui il defunto sia sopravvissuto dal coniuge e da uno o da più figli, i suoi beni passano interamente al coniuge sopravvivente. I diritti dei figli sono ridotti a meri crediti la cui esecuzione è rinviata al tempo della morte del coniuge superstite. L'idea base di tali riforme è la garanzia del tenore di vita dei coniugi anche dopo la morte di uno di essi.

Se si mette l'accento sulla posizione del coniuge sopravvivente, diventa , anche nel diritto internazionale privato, sempre più importante il rapporto tra successione ereditaria e regime matrimoniale. Nel dirittto tedesco il regime matrimoniale dello „Zugewinnausgleich" (si tratta di una separazione dei beni in costanza del matrimonio e di una compensazione in favore del coniuge economicamente più

debole alla fine) prevede, nel caso dello scoglimento del regime per la morte di un coniuge, una cosidetta „soluzione ereditaria". Infatti, secondo l'articolo 1371 primo comma del BGB, la quota ereditaria del coniuge sopravvivente prevista dall'articolo 1931 del BGB, si aumenta di un quarto; non importa se il coniuge sopravvivente era più ricco o meno del coniuge defunto. Se, invece, i coniugi vivevano nel regime della separazione dei beni, il coniuge sovravvivente, in presenza di uno o di due figli, riceve un terzo come quota ereditaria (art. 1931 quarto comma del BGB).

Le soluzioni del diritto ereditario e del regime matrimoniale sono, nel caso della morte di un coniuge, funzionalmente equivalenti e devono essere viste insieme. In questo senso il diritto internazionale privato spagnolo sottomette la successione del coniuge alla legge applicabile al regime matrimoniale. Questa soluzione rispetta l'unità funzionale del regime matrimoniale e la successione ereditaria, ma crea degli inconvenienti perchè la posizione degli altri eredi è determinata da una legge diversa, cioè la legge nazionale del defunto la quale molte volte non coincide con la legge applicabile al regime matrimoniale.

Proprio rivoluzionarie sono, a questo proposito, le norme del Uniform Probate Code statunitense. Secondo la tradizione della Common Law il testatore era completamente libero di escludere qualsiasi membro della sua famiglia dalla successione ereditaria. Ora il coniuge sopravvivente avrà un „elective share" garantito dalla legge. Può scegliere quello previsto nel testamento o la quota garantita ex lege. Altra soluzione sorprendente: Il Uniform Probate Code contiene una regola di conflitto secondo la quale la legge applicabile all' „elective share" è quella dell' ultimo domicilio del coniuge defunto. Non si tiene più conto della natura dei beni, se siano questi mobili od immobili; perciò non troviamo più la scissione classica della common law tra beni mobili e beni immobili, gli ultimi sottoposti alla legge della situazione dell'immobile, ma emerge l'idea dell'unità dei beni, principio dell'ottocento introdotto da Mancini nella codificazione italiana del 1865. Si fa strada questo principio anche nella preparazione di un regolamento di diritto comunitario relativo alla successione internazionale.

3) **L'impatto della prassi notarile**

La terza ragione per la quale il diritto delle successioni diventa sempre più importante nell'ambito internazionale concerne la prassi notarile. Si può notare,

almeno in Germania, la pubblicazione di un grande numero di libri relativi al diritto delle successioni straniero. Vi sono delle collezioni esclusivamente dedicate al diritto ereditario di vari paesi, poi collane di monografie spezializzate, edizioni di testi bilingui e anche un Istituto notarile nazionale specializzato con sede nella città di Würzburg che si occupa dei problemi delle eredità con elementi di estraneità. Oltre a ciò vi sono riviste relative alla prassi notarile pubblicate dalle camere notarili dei vari Länder della Germania, ma anche delle riviste sul diritto delle successioni in generale, nelle quali appaiono, soprattutto, articoli che riguardano i casi internazionali.

Finalmente si può menzionare un fatto caratteristico della prassi tedesca. I giudici che, secondo il Codice di rito germanico (§ 293 ZPO), devono conoscere il diritto straniero applicabile ex officio, si volgono agli Istituti Universitari specializzati nel diritto comparato per chiedere dei pareri sul contenuto del diritto di uno Stato estero. Si può notare, negli Istituti, un aumento considerabile dei casi che concernono la successione internazionale. Solo ad Heidelberg arrivano almeno tre richieste al mese che riguardano delle leggi straniere relative alla successione ereditaria.

Torniamo alla prassi notarile con un caso recente. Si trattava di una moglie olandese che aveva fatto un testamento in Olanda davanti ad un notaio di quel paese. I notai olandesi avevano inventato, già prima della riforma del 2003, una tecnica per favorire la posizione del coniuge mediante una divisione testamentaria con effetto reale diretto. Dopo la morte del testatore tutti i beni dovevano passare al coniuge superstite con effetto reale, mentre per i figli restavano solo diritti in forma di obbligazioni da parte dell'erede di trasferire certi beni. La questione si poneva se un tale effetto reale potesse avere efficacia anche relativamente ad un immobile situato in Germania. La giurisprudenza tedesca ha deciso in senso affermativo malgrado il fatto che la legge tedesca richieda un atto notarile di trasferimento di proprietà che poi entra nel Grundbuch, ciò nel registro degli immobili. Meno favorevole ad un effetto reale previsto dalla legge nazionale straniera fu la Corte Federale in un caso di un legato relativo ad un immobile situato in Germania, legato che aveva, secondo il diritto colombiano, effetto immediato. Nel diritto tedesco, il legato crea solo un'obbligazione dell'erede di trasferire la proprietà della cosa. La Corte, applicando la legge della situazione dell'immobile, ridusse l'effetto del legato nel senso del diritto tedesco per

proteggere i creditori locali del defunto. Se si mette l'accento sulla libertà del testatore, la soluzione della Corte Federale Tedesca non convince.

Un'altro problema della prassi notarile in casi internazionale riguarda i testamenti di coniugi italiani che vivono in Germania. Normalmente i coniugi utilizzano un testamento congiuntivo e reciproco, atto preferito nella popolazione tedesca per regolare la successione nel senso che i beni passano al coniuge sopravvivente, mentre i figli sarebbero eredi solo dopo la morte dei due coniugi. Questo tipo di testamento talmente conosciuto ed approvato nella prassi tedesca è molte volte suggerito dai notai tedeschi anche ai coniugi stranieri senza che si tenga conto del fatto che, per esempio, il testamento congiuntivo e reciproco è proibito dal diritto italiano nell'articolo 589 del Codice civile norma applicabile secondo il diritto internazionale privato tedesco. In questo modo i tribunali tedeschi devono occuparsi dei casi nei quali dei coniugi italiani hanno fatto, davanti ad un notaio tedesco, un tale testamento.

Quando si apre la successione del coniuge morto per primo si pongono, per il diritto internazionale privato, molte questioni. Se si segue la qualificazione del divieto del diritto italiano come appartenente al diritto sostanziale e perciò sottomesso alla legge nazionale del defunto, il testamento è nullo, ma vi è una certa possibilità di mantenere le disposizioni testamentarie sulla base di una scelta tacita della legge tedesca ammessa nell'articolo 25 secondo comma della legge introduttiva al BGB tedesco, per la successione ereditaria relativa agli immobili situati in Germania. La questione non è risolta facilmente dato che le parti normalmente non pensano al diritto internazionale privato, cioe manca la coscienza di effettuare, mediante il testamento, anche un atto negoziale che riguarda i conflitti di leggi. Bisogna ricorrere al principio generale di una interpretazione benevola della volontà del testatore, per salvare , almeno per gli immobili situati in Germania, la validità parziale del testamento congiuntivo e reciproco di coniugi italiani.

4) **Le nuove forme di vita**

Quarto ed ultimo fattore che torna ad essere importante per lo sviluppo del diritto internazionale privato relativo alla successione ereditaria, concerne le nuove forme di vita, forme private o professionali delle persone. La vita si internazionalizza in modo crescente. Una volta raggiunta l'età pensionistica, molte famiglie si ritirano in paesi stranieri, fondano e formano delle vere colonie, gli

scandinavi ed i tedeschi, soprattutto, in Italia, Spagna e Portogallo. Altre persone muoiono lasciando beni in molti Stati. Oltre a ciò la vita professionale costringe molte persone a cambiare casa e residenza spesse volte. Negli Stati Uniti d'America si parla, sempre nell'ambito di conflitti di leggi relativi alla successione, del „peripatetic employee" , cioè dell' impiegato „peripatetico".

Prendo come esempio un caso recente. Un tedesco impiegato in una grande impresa tedesca muore in Cina. Lascia un patrimonio considerevole in Germania. Le parti opponenti erano il figlio del primo matrimonio e la seconda moglie americana la quale l'aveva sposato durante il suo servizio per l'impresa nello Stato americano della Virginia. Si trattava di stabilire la legge applicabile al regime matrimoniale; se questa fosse stata la legge tedesca la quota, per la moglie, sarebbe stata la metà. Se avessero vissuto nel regime della comunione del diritto cinese, invece, solo un quarto del patrimonio. Bisognava far riferimento, per i coniugi di diversa nazionalità, alla prima residenza abituale giungendo così in Virginia e poi, sempre utilizzando lo strumento del rinvio indietro, vedere ove era stato il domicilio (domicile) del defunto al tempo della morte. Un impiegato tedesco di una grande impresa che si sposta ogni cinque anni da un paese all'altro: diventa difficile di determinare il domicilio. Negli Stati Uniti, per questi impiegati „peripatetici", se sono di nazionalità statunitense, prevale la regola che non abbandonano mai il domicilio americano. Ma si vede bene che l'internazionalizzazione della vita ha un impatto forte sulle questioni di diritto internazionale privato.

II Conflitti classici e nuovi

Nella seconda parte della conferenza torno ai conflitti classici e nuovi del diritto internazionale privato in materia della successione ereditaria.

1) Divieto del testamento congiuntivo e reciproco

Prendo come esempio nuovamente il problema del testamento congiuntivo e reciproco ammesso nel diritto tedesco e vietato dal diritto italiano. Nella prassi tedesca, normalmente i coniugi si istituiscono reciprocamente come eredi e dispongono che i figli succederanno solo dopo la morte dei due coniugi. Secondo le norme del Codice civile tedesco un tale testamento lega il coniuge superstite nel

senso che testamenti ulteriori unilaterali non compatibili col testamento congiuntivo sono invalidi e senza effetto.

Nelle fattispecie internazionali si pone il problema di trovare una soluzione nel caso in cui i coniugi siano di diversa cittadinanza, cioè un coniuge sia di nazionalità italiana e l'altro di nazionalità tedesca.

Il diritto internazionale privato tedesco contiene, nell'articolo 26 quinto comma dell'EGBGB, una norma speciale di conflitto secondo la quale si applica, per la validità di una disposizione di ultima ´volontà nonché per la questione della „Bindung" cioè per il divieto di disporre in modo incomptaibile col testamento congiuntivo e reciproco, la legge nazionale del testatore al tempo della disposizione testamentaria. Si parla di uno statuto ipotetico, perché si fa riferimento alla legge applicabile alla successione già prima della morte del testatore.

Semplificando il vivo dibattito nella giurisprudenza e nella dottrina sul tema del testamento congiuntivo e reciproco in casi di diversa cittadinanza dei coniugi possiamo notare tre opinioni principali:

(1) La prima corrente vorrebbe applicare le due leggi cumulativamente arrivando così all'invalidità di un tale testamento congiuntivo perché basta che un tale testamento sia proibito da una delle leggi nazionali. Se non sussiste un altro testamento, si applicano le regole sulla successione legale.

(2) La giurisprudenza dominante, invece, separa le leggi applicabili. Se il coniuge tedesco muore per primo, si applica, alla sua successione, la legge tedesca secondo la quale il testamento è valido, ma lega il coniuge italiano superstite il quale non potrà disporre in un modo incompatibile col testamento congiuntivo e reciproco. Se muore per primo il coniuge italiano, il testamento è invalido; si applicano le regole della successione legale del diritto italiano. Il coniuge tedesco sopravvivente è libero di disporre sul suo patrimonio.

(3) Una terza opinione trova la soluzione nell'interpretazione della legge sostanziale. Se il coniuge tedesco muore per primo, si applica la legge tedesca secondo la quale il testamento é ammesso e valido. Quanto alle disposizioni reciproche in un testamento congiuntivo, l'articolo 2270 del BGB prevede che la nullità della disposizione di uno dei coniugi conduce alla invalidità della

disposizione dell'altro. Interpretando questa norma nei casi internazionali si tiene conto del fatto che la disposizione del coniuge italiano è invalida secondo la sua legge nazionale. Questa soluzione risulta nella invalidità delle due disposizioni reciproche. Una nuova monografia apparsa l'anno scorso sviluppa questo approccio in quasi 400 pagine[1] , approccio che a mio avviso è da condividere, perché rispetta l'uguaglianza dei coniugi.

Rimane sempre la facoltà che i coniugi italiani possano scegliere la legge tedesca quanto agli immobili situati in Germania (art. 25 secondo comma della legge introduttiva al BGB).

2) Diritto islamico

Passo ad un altro punto nevralgico: l'applicazione del diritto islamico.
Prendo come esempio una decisione recentissima del Kammergericht di Berlino del 26 febbraio 2008 (ZEV 2008, p. 440).

I fatti erano i seguenti. Il defunto, morto in Germania, era un cittadino egiziano di fede musulmana. Aveva due figli, un figlio maschio illegittimo riconosciuto in Germania, ed una figlia dal suo unico matrimonio. Soltanto la figlia professava la religione musulmana, il figlio invece no. In un testamento aveva istituito la figlia come unica erede. Si oppose il figlio invocando l'ordine pubblico tedesco. La Corte di Berlino applicò la legge egiziana quale legge nazionale del defunto, secondo la quale la diversità di religione toglieva al figlio la capacità di succedere ad un padre musulmano. Oltre a ciò un figlio illegittimo era, sempre secondo la legge egiziana, esclusa dallo successione. Tali norme non sono compatibili con l'ordine pubblico tedesco, ma il testatore poteva raggiungere, sempre secondo il diritto tedesco, lo stesso risultato basandosi sulla libertà di dare qualsiasi contenuto alla sua disposizione della ultima volontà. Poteva preferire la figlia al figlio e viceversa. I familiari esclusi potevano far valere solo certi diritti obbligatori verso l'erede. Nel caso di Berlino la figlia rimase l'unico erede. L'ordine pubblico tedesco non si

[1] Carl Friedrich Nordmeier, Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht, Tübingen 2008.

oppose all'applicazione della legge egiziana perché il risultato della sua applicazione corrispondeva a quello del diritto tedesco.

Nella dottrina, certi autori vorrebbero, invece, escludere sempre il diritto islamico relativo alla successione perchè contiene delle discriminazioni tra uomo e donna e tra persone di diversa religione. Questa opinione conduce al problema delle lacune che devono essere colmate, se l'ordine pubblico opera nella sua funzione negativa di escludere l'applicazione del diritto straniero. Se, nel diritto islamico, normalmente il figlio maschio prende il doppio di quello che riceve la figlia si presta la soluzione di dividere le porzioni che spettano ai due figli in parti uguali; il figlio riceve una quota ridotta, la quota della figlia si aumenta. Un trattamento della figlia uguale al figlio nel senso che alla figlia spetterebbe la stessa quota prevista per il figlio, invece, urterebbe i principi del diritto islamico relativi agli altri familiari, soprattutto i diritti dei genitori. La decisione del Kammergericht di Berlino deve essere vista su questo sfondo delle difficoltà di trovare delle soluzioni che rispettino l'applicabilità della legge straniera e tengano conto, nello stesso tempo, delle necessità dell'ordine pubblico tedesco.

Il caso mostra chiaramente anche i problemi connessi con l'autonomia del testatore di scegliere la legge applicabile alla sua successione. Il testatore potrà evitare l'applicazione delle norme che proteggono certi familiari. Il diritto delle successioni, a questo proposito, varia molto nei diversi sistemi di diritto privato. In Inghilterra la libertà del testatore non conosce limiti; in altri Stati tale libertà è ristretta, come in Italia, o quasi inesistente come nei diritti islamici. D'altra parte, si può identificare una netta tendenza a favorire la posizione del coniuge superstite.

Il caso è interessante anche al riguardo di un altro problema, quello della questione preliminare. Molte volte le norme sulla successione presuppongono dei rapporti familiari che, nei casi internazionali, devono essere determinati mediante delle norme di conflitto apposite. Nel caso di Berlino il testatore aveva riconosciuto il figlio illegittimo secondo le regole del diritto tedesco applibabili comme leggi della residenza abituale del figlio. Nel diritto egiziano invece un tale riconoscimento è nullo. La Corte di Berlino seguiva la teoria dell'applicazione delle norme di conflitto del foro independentemente da quello che prevede la legge applicabile alla questione principale cioè alla successione. Qui si apre un vasto campo dei dibattiti.

3) Il rapporto tra il regime matrimoniale e la successione ereditaria

Torniamo ai problemi del rapporto tra il regime matrimoniale e la successione ereditaria.Sorgono delle difficoltà se si devono adattare due leggi diverse.

Qualche volta i problemi possono essere risolti tramite delle tecniche di diritto internazionale privato. Prendo come esempio un caso recente che fu oggetto di un parere dell'Istituto di Heidelberg. I fatti erano semplici. Un cittadino russo muore a Baden-Baden, famoso centro di cure e di bagni termali. Lascia una casa in questa città. Vengono in considerazione come eredi la moglie superstite e la figlia. Si dibatte sulle quote ereditarie.

Tra la Germania e la Federazione Russa vige un trattato consolare il quale contiene, in modo nascosto, anche una norma di conflitto nell'articolo 28 terzo comma che dice:

„ Quanto ai beni immobili si applicano le norme giuridiche dello Stato, in cui territorio questi beni sono situati."

Nel caso in esame dell'immobile situato in Germania si devono dunque applicare gli articoli del BGB sulla successione legittima secondo i quali la moglie, in presenza di una figlia, riceve un quarto, la figlia, invece, tre quarti. Oltre a ciò bisogna determinare la legge applicabile al regime matrimoniale dei coniugi. Se la legge tedesca sul regime matrimoniale fosse applicabile, la moglie riceverebbe un altro quarto dei beni; la sua quota si aumenterebbe alla metà, mentre quella della figlia si ridurrebbe di un quarto. Moglie e figlia riceverebbero ciascuna la metà dei beni.

La legge applicabile, sempre secondo il diritto internazionale privato tedesco, al regime matrimoniale è la legge dello Stato al quale i coniugi appartengono, al tempo della celebrazione del matrimonio, cioè nel caso di specie il diritto russo. Ma si tiene conto del diritto internazionale privato russo per verificare se da questo risulta un rinvio al diritto tedesco. Nel sistema russo troviamo dei principi completamente diversi. Secondo il diritto internazionale privato russo, si applica, per il regime matrimoniale legale, la legge del domicilio comune dei coniugi. Oltre a ciò il diritto russo non conosce il principio dell'immutabilità del regime matrimoniale e non fissa questo regime nel tempo della celebrazione del matrimonio. La legge applicabile cambia se i coniugi fissano il loro domicilio in un altro Stato.

Nel nostro caso, se i coniugi fossero domiciliati, al tempo della morte del marito, in Germania, si terrebbe conto del rinvio indietro nel senso della applicabilità della legge tedesca.

A questo punto possiamo tornare alla prima parte della conferenza, cioè alle nuove forme di vita, e mi sia consentita una breve digressione.

Sono stato poco fa a Baden-Baden , piccola città molto bella con il suo fascino dell'ottocento, piena di musei e teatri, una volta soggiorno prediletto dell'alta aristocrazia europea e dei grandi scrittori russi come Dostojewski e Turgenjew. Oggidì i ricchi russi ritornano a Baden Baden. La statistica parla, per l'anno 2008, di più di cinquantamila pernottamenti di cittadini russi negli alberghi di Baden-Baden. Devono essere aggiunti i russi che vivono a Baden-Baden e quelli che si dedicano alle cure nei molti ospedali della città. Quando si scende dalla stazione ferroviaria e si prende l'autobus che va al centro, il conduttore non parla soltanto il russo, ma è un russo che dispone anche di una discreta conoscenza del tedesco. Se si va nei ristoranti buoni, il listino dei cibi è bilingue, tedesco e russo. Nell'ospedale delle cure, una parte delle persone impiegate è russa. Si sente l'idioma slavo dappertutto.

Torniamo al nostro caso. Tutto dipende dalla questione del domicilio. Se i coniugi russi avevano acquistato la casa come dimora per le ferie estive od invernali, essi non avevano stabilito il loro domicilio a Baden-Baden. Nel Grundbuch, cioè nel registro degli immobili, i proprietari figuravano come coniugi viventi nel regime della comunione degli acquisti del diritto russo. D'altra parte era possibile che avessero trasformato la loro casa da un luogo di ferie in un posto dove vivevano in permanenza. Se fosse stato così, la moglie e la figlia avrebbero ricevuto ciascuna la metà dei beni; se il domicilio fosse rimasto in Russia, la quota della moglie sarebbe stata un quarto, quella della figlia invece tre quarti .

Il caso mostra bene l'interdipendenza della successione ereditaria e del regime matrimoniale nel diritto internazionale privato.

4) L'eredità giacente

Finora ci siamo fermati sulle questioni della determinazione dell'erede e delle quote ereditarie. Un altro problema, fonte anch'esso di conflitti di leggi, concerne il passaggio dei beni lasciati dal defunto all'erede e, se sono più eredi, la divisione dei beni tra di loro. A questo proposito i sistemi giuridici sono molto diversi. Nel

diritto tedesco, nel momento della morte di una persona i beni passano agli eredi, che lo sappiano o meno. In Italia, invece, vige il sistema dell'eredità giacente del diritto romano. Perciò l'accettazione ed il ripudio dell'eredità hanno diverse funzioni. Nel diritto italiano l'erede acquista con l'accettazione l'eredità, mentre nel diritto tedesco perde solo il dirittto di ripudiarla. I casi internazionali conducono a dei problemi talmente complicati che certi autori vorrebbero sottoporre la questione del trasferimento dei beni all'erede alla legge locale della loro situazione od alla legge del rispettivo foro.

Mi sia consentito di introdurre un caso che dimostra alcuni problemi suscitati dalla diversità dei vari sistemi. Un cittadino tedesco muore in Germania. Gli eredi sono i fratelli e le sorelle del defunto fra i quali figura una sorella che vive come monaca in Danimarca. Questa sorella voleva ripudiare l'eredità e dichiarò il ripudio davanti ad un avvocato a Kopenhagen e manda la rispettiva dichiarazione al tribunale tedesco. La questione si pose, se questo ripudio era valido o meno. Il diritto tedesco richiede, per la validità formale del ripudio, o una dichiarazione „zur Niederschrift des Nachlassgerichts", cioè protocollata nel tribunale, o un documento firmato con una firma autenticata da un notaio. La dichiarazione effettuata dalla monaca danese davanti un avvocato non era sufficiente, siccome nel sistema danese le funzioni del notaio sono esercitate dai giudici, non dagli avvocati. D'altra parte per la forma degli atti, nel diritto internazionale privato, si applica, alternativamente la lex causae o la legge del luogo ove l'atto fu effettuato. Per questo modo si arriva al diritto danese. Bisognava verificare quale forma era prevista per il ripudio dal diritto danese e anche, se il ripudio di diritto danese era equivalente al ripudio del diritto tedesco. Il diritto danese conosce il ripudio, ma segue il sistema dell'eredità giacente. Una forma non è prescritta, ma se si tiene conto del fatto che la norma di conflitto sulla forma degli atti vuole facilitare il commercio giuridico internazionale nel senso di un „favor negotii", il ripudio fatto in Danimarca conforme alla legge locale valeva anche nell'ambito di una successione alla quale la legge tedesca era applicabile. Se si mette, invece, l'accento sulle funzioni diverse del ripudio nel diritto tedesco e nel diritto danese, si può mettere in dubbio l'equivalenza. Come relatore dell'Institut de Droit International per le questioni della sostituzione del diritto internazionale privato preferisco la prima soluzione.

III Conclusioni e prospettive del diritto internazionale privato europeo

Passiamo ora alle conclusioni ed alle prospettive di un futuro diritto internazionale privato in materia della successione ereditaria.

Gli esperti propongono come criterio di connessione, l'ultima residenza abituale del defunto lasciando al testatore la facoltà di scegliere la sua legge nazionale. Una tale soluzione ridurrebbe i casi nei quali si deve applicare una legge straniera. Bisognerebbe combinare queste nuove norme di conflitto con delle regole sulla giurisdizione, e introdurre un certificato dell'eredità riconoscibile in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea.

Se si preferisce l'ultima residenza abituale del defunto, ci saranno molti casi ove la determinazione di questo criterio sarà difficile.Oltre a ciò i conflitti classici rimarranno insoluti. Quello che manca, nell'ambito del diritto europeo, è una parte generale del diritto internazionale privato che regolerebbe le questioni della doppia cittadinanza, l'apolidia, il rinvio indietro, la questione preliminare, la sostituzione, in altri termini manca una codificazione coerente della materia. Qui la dottrina dovrebbe prestare un servizio importante alla politica del diritto elaborando certi principi generali sulla base dello studio della prassi dei vari paesi d'Europa.