

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 4430

Sui rapporti fra *common law* e *statute law* nella norma di conflitto

La Commissione Studi Civilistici il 27 maggio 2003 delibera di inserirlo nella Sezione "Materiali"

1) Nuovi compiti del Notaio nell'ambito del diritto internazionale privato. 2) Il rinvio. 3) Le regole di conflitto della common law – sue specificazioni nella disciplina australiana, canadese, inglese, scozzese e statunitense. 4) Il paradigma pakistano e bangladeshi. 5) Prospettive.

1) Nuovi compiti del Notaio nell'ambito del diritto internazionale privato.

Prima della riforma del nostro diritto internazionale privato, avvenuta con la legge 31 maggio 1995, n. 218, si rendeva necessario conoscere i regimi patrimoniali della famiglia stranieri, per via del disposto dell'art. 19 Preleggi **(1)**. La nuova disciplina ha invece reso necessario l'esame del diritto internazionale privato straniero, onde accertare, anzitutto, se tali regimi patrimoniali stranieri - per dirla in modo atecnico ma probabilmente icastico – vogliono essere applicati, in quanto la legge straniera potrebbe, a sua volta, richiamare l'applicazione della legge del domicilio comune, del luogo in cui il bene si trova, e così via. Non bisogna dimenticare che il nostro attuale sistema è in buona parte basato ancora sulle idee di Pasquale Stanislao Mancini, il quale diede una fortissima impronta non solo al nostro sistema, ma alla scienza del diritto in generale, anche fuori dalle nostre frontiere **(2)**. L'impostazione manciniana era connotata da un forte nazionalismo **(3)**, quale portato dell'epoca risorgimentale della quale costituiva una nobile espressione. Senonché, tempi e tecniche sono ormai mutati, e l'applicazione della legge nazionale anche a soggetti che non hanno più alcun legame con lo Stato del quale sono citta-

dini, porta ormai a una certa preferenza per la legge del domicilio, della quale tendenza le diverse Convenzioni dell'Aia sono chiara espressione. In ogni caso, dal nostro punto di vista, i compiti di documentazione hanno subito un brusco cambiamento: nell'accertare il diritto straniero, vi è ormai un ordine logico chiaro, che consiste anzitutto nel reperimento della norma di conflitto straniera, in quanto la ricerca della norma materiale estera potrebbe anche rivelarsi inutile, perché non richiamata dalla prima **(4)**.

2) Il rinvio.

Si consideri che l'accoglimento, all'ultimo momento, dell'istituto del rinvio **(5)**, nell'art. 13 della legge 31 maggio 1995, n. 218, ha dato luogo ad "una piccola rivoluzione copernicana" **(6)**.

Nel nostro sistema, ai sensi dell'art. 30 delle Disposizioni sulla legge in generale **(7)**, il richiamo alla legge straniera prescindeva dal rinvio da essa fatto ad altra legge, vale a dire, dalle sue disposizioni internazionalprivatistiche. Del pari, l'art. 13 del progetto di legge **(8)** di riforma del diritto internazionale privato stabiliva: "Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, questa si applica senza tener conto del rinvio che essa faccia alla legge di un altro Stato".

In dottrina si era tuttavia osservato che tale scelta isolava l'Italia, in quanto otto delle recenti legislazioni europee ammettevano sia il rinvio altrove che il rinvio indietro, mentre le altre quattro ammettono almeno il rinvio indietro; peraltro, anche Francia e Inghilterra, ancorché prive di un sistema scritto di diritto internazionale privato, sono favorevoli al rinvio **(9)**; ciò premesso, si auspicava l'accoglimento del rinvio oltre accettato, facendo l'esempio in cui il diritto nazionale di un soggetto richiami il diritto del domicilio che a sua volta si riconosca competente, nonché del rinvio indietro **(10)**.

L'art. 13 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), scioglie, quindi, in modo positivo, il quesito concernente la portata del richiamo alla legge straniera, onde decidere se tale richiamo comprenda anche le norme di diritto internazionale privato **(11)**, sconvolgendo, quindi, il sistema finora applicato **(13)**. D'altronde, era anche stata rilevata l'inutilità di essere più realisti del re nell'ostinarsi ad applicare la legge di un altro stato contro la sua volontà.

Si dispone che, "quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana".

Il rinvio, tuttavia, non opera nei seguenti casi:

a) quando la legge straniera sia stata scelta dalle parti interessate, in quanto si deve considerare che tale scelta riguardi il diritto materiale e non la norma di conflitto **(13)**;

b) nei riguardi della disciplina della forma degli atti;

c) nei confronti delle obbligazioni non contrattuali (e quindi, promesse unilaterali, titoli di credito, rappresentanza volontaria, obbligazioni nascenti dalla legge, responsabilità per fatto illecito e responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto).

Si distingue fra rinvio indietro (quando la norma di conflitto dello Stato B, richiamata dallo Stato A, rinvia alle norme dello stesso Stato A) e rinvio altrove (quando le norme di conflitto dello Stato A richiamano il diritto dello Stato B, comprese le sue norme di conflitto, le quali però rinviano al diritto dello Stato C) **(14)**.

3) Le regole di conflitto della *common law* – sue specificazioni nella disciplina australiana, canadese, inglese, scozzese e statunitense.

Il diritto americano forma parte integrante della tradizione di *common law*, e le sue radici sono "inegabilmente inglesi" **(15)**. In diritto inglese, la *legislation* o *statute law* **(16)**, comprende gli *Acts of Parliament* e la legislazione subordinata, emanata dietro delega parlamentare. La legislazione prevale su tutte le altre fonti ed è vincolante per le corti **(17)**. Al riguardo, si è fatto notare come le corti abbiano perso il loro ruolo predominante nella creazione del diritto nelle materie di maggiore attualità, in favore del parlamento **(18)**. Nel Regno Unito vi sono comunque sistemi diversi, in quanto la Scozia (il discorso vale anche per le *Channel Islands*, che sono *Dominions* completamente indipendenti dalla Corona) ha sviluppato un proprio sistema **(19)**. La crescita esponenziale dello *statute law* nulla toglie al fatto che la si consideri a stregua di un'eccezionale invasione del territorio del *common law*, e quindi assoggettata ad una interpretazione restrittiva e letterale **(20)**.

I principi inglesi sul diritto internazionale privato in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi sono efficacemente esposti nell'opera di F. SALERNO CARDILLO **(21)** alla quale rinviamo. Detti principi di *common law* sotto indicati stabiliscono che agli immobili si applichi la *lex rei sitae* ed ai beni mobili la legge del domicilio **(22)**; ciò, malgrado "*the uncertain state of the authorities*" **(23)**. Tale incertezza **(24)** deriva in buona parte dalle connotazioni stesse della *common law*, le quali non impediscono di operare una scelta, in favore della distinzione fra mobili (legge del domicilio e immobili (legge del luogo in cui si trovano. Non è una bizzarria segnalare che taluni aspetti di queste problematiche – soprattutto quelle che riguardano gli effetti reali del negozio – hanno una rilevanza maggiore per gli ordinamenti di *civil law* (come quello nostro), come agevolmente si evince dalla maggiore atten-

zione che suscitano nei nostri studiosi anziché in quelli di *common law*.

Queste problematiche di *common law* sembrano trovare puntuale applicazione non solo in diritto inglese e scozzese **(25)**, ma anche nell'ordinamento australiano **(26)**. Infatti, si rileva che

"Where there is no marriage contract or settlement, the rights of the parties in each other's movable property are governed by the law of the matrimonial domicile at the time of the marriage. "Matrimonial domicile" is, probably, the jurisdiction in which both parties are domiciled at the time of the marriage, or, where the parties are domiciled in different jurisdictions, the jurisdiction with which the parties and the marriage have the closest connection. The rights of other parties in each other's immovable property are governed by the law of the location of the property" (27).

Quanto agli Stati Uniti d'America, autorevole dottrina ha proposto questa efficace sintesi: *"Although it has been attacked by academic writers, the situs rule by and large still dominates property choice of law. This is certainly true of immovables. The 'land taboo', a hallmark of the common law, has long overshadowed competing considerations. Specifically, Anglo – American courts have rejected the principle of 'universal succession', according to which the decedents' personal law, rather than the lex rei sitae, controls the evolution of both his movable and immovable property. Similarly, the situs, rather than the couples' domiciliary law, controls marital property rights in immovables (28)".*

Possiamo aggiungere che, secondo Peter North, *"the effect of marriage on interests in land acquired during the marriage is governed by the land's situs (Hammonds, CA10, 1939), as the Restatement acknowledges (Rst. 2d §§ 233, 234), but for the effect of marriage on personal property the Restatement reverts to its "most significant relationship" test, pointing to the parties' domicile as ordinarily having the most significant contacts (Rst. 2d § 258; Crichton, NY 1967). Hence the state of the matrimonial domicile will usually determine one spouse's interest in personal property acquired by the other during the marriage, no matter where acquired" (29)*. Altri autori, ancora, segnalano che *"it seems appropriate at the outset to dispose of a matter, which essentially is a non – problem in the United States, generated by over statement of the so – called situs rule in conflict of laws. It has generally been assumed in the United States that questions concerning the creation of interests in land are governed by the law of the place where the land is located. Under this view, the law of the situs would determine what, if any, interest one spouse has in the other's land as an incident to the marriage relation (30)*.

L'incertezza segnalata da rilevante dottrina inglese ha importanti riscontri statunitensi. Un emerito autore, Russell J. Weintraub, scrive di recente che *"the basic situs rule for determining marital property in realty causes many undesirable re-*

sults that the tracing rule does not avoid" **(31)**; questa però non è la posizione prevalente (la dottrina dominante, diremmo noi) negli Stati Uniti d'America, tuttora orientata nella tradizionale distinzione fra *lex rei sitae* per gli immobili e legge del domicilio per i beni mobili **(32)**.

Assunto questo principio, dobbiamo però scandagliare nelle pieghe di ciascun ordinamento, perché se quanto dianzi esposto appartiene al *common law*, potrebbero esservi disposizioni di legge che dispongono diversamente e quindi si discostano da detti principi.

Ad esempio, il California Family Code, al paragraph 760 dispone diversamente (*"Except as otherwise provided by statute, all property, real or personal, wherever situated, acquired by a married person during the marriage while domiciled in this state is community property"*). Sulla scorta del *"wherever situated"* dobbiamo quindi considerare che l'acquisto immobiliare in Italia da parte di cittadini statunitensi domiciliati in California sia da ascrivere alla comunione dei beni californiana (la quale, peraltro, ha solo timide analogie con la comunione dei beni fra coniugi del nostro codice civile).

Ancorché si tratti di una palese eccezione, dalle chiare radici storiche, appare assai significativo l'art. 3525 del codice civile della Louisiana, laddove dispone che *"Upon the termination of the community between spouses, either of whom is domiciled in this state, their rights and obligations with regard to immovables situated in another state acquired during marriage by either spouse while domiciled in this state, which would be community property if situated in this state, shall be determined in accordance with the law of this state. This provision may be enforced by a judgment recognizing the spouse's right to a portion of the immovable or its value"* **(33)**.

Nei riguardi del Canada, troviamo un'analogia situazione in Ontario, laddove la Loi sur le droit de la famille L.R.O. 1990, così dispone: *Chapitre 15 Les droits de propriété des conjoints qui résultent de la relation matrimoniale sont régis par le droit interne du lieu où les conjoints avaient leur dernière résidence habituelle commune ou, à défaut, par la loi de l'Ontario*.

Queste incertezze nel campo dei rapporti patrimoniali coniugali – che nulla tolgono all'esigenza di accantonare speculazioni teoriche per puntare a soluzioni prevalentemente accettate - sono sicuramente minori in campo successorio **(34)**. Si può leggere, ad esempio, che *"under English law, movable property passes in accordance with the law of the deceased's domicile at the date of his death and immovable property passes in accordance of the law of the situs"* **(35)** Dicey & Morris enunciano, dal canto loro, le regole 134 (*The succession to the movables of an intestate is governed by the law of his domicile at the time of his death*) e 135 (*The succession to the immovables of an intestate is governed by the law of the*

country where the immovables are situated" (36)) Dal canto suo, Peter Hay scrive che "*American conflicts law of succession distinguishes strictly between movable and immovable property. The lex rei sitae applies to succession to immovable property while the law of domicile of the decedent at the time of death governs succession to movable property" (37)*.

Sarebbe errato, tuttavia, pensare che questo particolare assetto sia ritenuto soddisfacente. Si sostiene che questa dicotomia mobili/immobili poteva avere un senso quando la devoluzione dell'eredità conosceva (in Inghilterra) un duplice sistema, a seconda che vi fosse "*realty*" o "*personalty*"; una volta unificato il sistema (38), "*it is a quite unnecessary complication to have different conflict rules for intestate succession to movables and immovables*", il quale sistema sopravvivrebbe solo in Austria, Belgio e Francia (39), ragion per cui se ne auspica la riforma. Sennonché, stante il tradizionalismo delle giurisdizioni di *common law*, tale auspicata riforma nell'indirizzo giurisprudenziale non sembra vicina (40). Anche se qualche pronuncia può discostarsene, il principio anzidetto sembra costituire ancora un punto fermo.

Infine, nella ricerca della norma di conflitto, non si può accantonare un dato fondamentale, costituito dall'approccio anglosassone, i cui tribunali "tendono, in linea di principio, ad assumere giurisdizione più che altro allorché debba essere applicata la loro propria legge" (41).

4) Il paradigma pakistano e bangladeshi.

Questo Consiglio Nazionale ha ricevuto a suo tempo, dalle competenti autorità diplomatiche, anche tramite i loro legali di fiducia, notizie che convergevano nell'asserire che sia in Pakistan che in Bangladesh (42) il diritto internazionale privato era imperniato ancora sui principi di *common law*. Analoghe indicazioni, peraltro, scaturiscono anche dalla relazione sul Pakistan contenuta nell'*International Encyclopaedia of Comparative law*.

Sennonché, si è giustamente notato che "in Pakistan, il diritto di famiglia e il diritto successorio sono stati oggetto di riforme profonde (43)". Tant'è che, se da quanto finora esaminato, discende l'ipotesi dell'applicazione agli ordinamenti del Pakistan e Bangladesh delle comuni norme di conflitto della *common law*, dobbiamo però fare i conti con norme di legge (44) che dispongano in modo diverso, le quali norme possono a nostro avviso essere identificate nel nostro caso nella *Muslim Family Law Ordinance 1961 (45)*.

L'art. 1, comma secondo, della citata MFLO 1961 (riportata in nota), dispone che "*It extends to whole of Pakistan, and applies to all Muslim citizens of Pakistan, wherever they may be*" (si estende a tutto il Pakistan, e si applica a tutti i cittadini

islamici Pakistani, ovunque si trovino). Si tratta di una norma di conflitto, anzi, di una tipica norma di conflitto, laddove dispone l'applicazione delle sue disposizioni (anche) oltre la sua giurisdizione **(46)**. Poiché la normativa in questione (la MFLO 1961, ma anche le altre norme pakistane in materia) è incompatibile con qualsivoglia concetto di comunione dei beni fra coniugi **(47)**, dobbiamo concludere nel senso che i cittadini pakistani coniugati sono in regime di separazione dei beni, in quanto la loro legge nazionale dispone la sua applicazione anche oltre la sua giurisdizione; in altre parole, è una legge che "vuole essere applicata", sia nell'ambito dei rapporti patrimoniali fra coniugi che in quello successorio. Le medesime conclusioni valgono anche per il Bangladesh, del cui ordinamento fa parte anche la medesima MFLO 1961. Si consideri, infatti, che il Bangladesh è nato da una scissione dal Pakistan **(48)**, di cui costituiva la regione orientale. Ambedue facevano prima parte dell'India, dalla quale hanno ereditato il sistema *di common law*, il quale però conosce, nel nostro caso, una rilevante eccezione **(49)**.

5) Prospettive.

Il passaggio dall'uno all'altro sistema diventa, per le persone fisiche, una situazione anche traumatica. Non è possibile trascurare il fatto che, per una mentalità diversa da quella nostra, trovarsi con la duplice prospettiva costituita sia dalla comunione legale che dalla successione necessaria, rappresenta sovente una sorpresa, non necessariamente bene accolta. Non può essere un caso che in una trattazione sulle successioni in Europa **(50)**, vi sia alla fine di ciascun capitolo un paragrafo contenente le istruzioni per minimizzare anche tali problemi.

La riforma del diritto internazionale privato ha dischiuso nuove possibilità per l'operatore del diritto, ampliando lo spazio dell'autonomia privata, così seguendo quella che è una chiara tendenza dei moderni ordinamenti **(51)**. Le previsioni sulla *professio iuris* **(52)** attribuiscono ora al professionista uno strumento prezioso **(53)** per il miglior adeguamento della volontà, strumento che in precedenza era limitato a taluni settori. In questo senso, la miglior conoscenza e diffusione del diritto comparato e del diritto internazionale privato sono il retroterra indispensabile per una pianificazione patrimoniale (*l'estate planning* **(54)**) che si presenta vieppiù come una nuova frontiera professionale.

Emanuele Calò

-
- (1) All'uopo, consigliamo la pubblicazione di un pregevole volume del Notaio spagnolo VICENTE SIMÒ SANTONJA, che fu infine stampato, in versione italiana, nel 1992, col titolo *I regimi matrimoniali nel mondo* nella collana diretta (all'epoca) da PIETRO RESCIGNO, FRANCESCO GALGANO e dal compianto docente e Notaio VINCENZO ERNESTO CANTELMO.
 - (2) YUKO NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, Riv. dir. int. priv. e proc., 2001, p. 23 ss.
 - (3) Non sbagliano di certo coloro i quali asseriscono che "*La fortune extraordinaire des idées de Mancini leur est venue sans nul doute des circonstances politiques qui leur ont donné naissance*" (H. BATTIFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, Tome I, Paris, 1993, p. 389). Appare significativo che le teorie manciniane siano comparse quale superamento del principio del domicilio, il quale a sua volta supera ormai, a sua volta, tali idee manciniane, delle quali si espone il declino (BATTIFOL, LAGARDE, *cit.*, p. 392 ss.)
 - (4) La ricerca documentale può rivelarsi ardua, perché, a otto anni dalla riforma, non vi sono volumi in Italia (al di fuori dal Notariato) che riportino i testi stranieri di diritto internazionale privato. Nell'ambito del Notariato, oltre ai libri citati nelle seguenti note, vi è una documentazione (crescente) sulla Rete Unitaria del Notariato, alla voce Rassegne/Settore Internazionale/Diritto Straniero.
 - (5) E. CALÒ, *Diritto Internazionale Privato - Regimi patrimoniali della famiglia nel mondo - Volume I - America Latina - Derecho Internacional Privado- Regímenes matrimoniales en el mundo* Prefazione di LUIGI FERRARI BRAVO, Collana Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2002, p. 19 ss.
 - (6) F. MOSCONI, *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218, sub art. 13*, in Riv. Dir. Int. Priv. e Proc., 1995, p. 957.
 - (7) L'art. 30 era considerato "conforme al carattere anelastico del sistema internazionalprivatistico italiano" (M. MIELE, *Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1966, p. 61).
 - (8) Vedi in: *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, a cura di G. GAJA, Milano, 1994, p. 401.
 - (9) A. DAVÌ, *Le questioni generali di diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in: *La riforma ...*, a cura di GAJA, *cit.*, p. 99.
 - (10) DAVÌ, *Le questioni ...*, *cit.*, p. 108 ss.
 - (11) Ed in ciò consiste "la notissima questione del rinvio" (E. VITTA, *Memoriale e progetto di legge*, in Consiglio Nazionale Notariato, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano, Atti del Convegno tenutosi a Roma i gg. 1/2 giugno 1984*, Milano, 1986, p. 36).
 - (12) Non a caso, si dice che "*la découverte du problème du renvoi allait bouleverser la théorie générale du droit international privé, ... il remet en cause ce qui constitue un principe traditionnel ... à savoir la prépondérance de la règle de rattachement du tribunal saisi*" (F. RIGAUX, *Droit International Privé*, Bruxelles, 1968, p. 174).
 - (13) MOSCONI, *Commento ...*, loc. ult. cit.. Ai nostri fini, è fondamentale considerare, quindi, come la scelta della legge applicabile escluda del tutto il rinvio (cfr. F. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano – Sintesi della normativa dei principali Paesi europei – Prontuario applicativo – Consiglio Nazionale del Notariato – Collana Studi*, n. 12, Milano, 1998, p. 25).
 - (14) VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, I, *cit.*, p. 333 ss. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato*, *cit.*, p. 14 ss. e ivi un efficace sunto delle diverse posizioni della recente dottrina.
 - (15) PETER HAY, *Law of the United States*, Giuffrè, Beck, Dalloz, Manz, Sakkoulas, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Munchen, 2002, p. 1

- (16) "Legislazione, legge scritta in genere" (F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese – italiano*, Milano, 1981, p. 1389). Si segnala che le distanze fra *civil law* e *common law* tendono lentamente a ridursi, in quanto nei paesi a diritto giudiziario si fa strada un diritto a formazione legislativa (*statutory law*), mentre nei sistemi a diritto legislativo i precedenti giurisprudenziali influenzano di fatto i giudici (F. GALGANO, *Atlante di Diritto Privato Comparato*, Bologna, 1992, p. 1). "Nel sistema giuridico inglese – segnala R. PAGANO – la interpretazione del diritto legislativo (*statute law*) – concepito com deroga al *common law* – è generalmente basata sulla *literal rule*. In base a tale regola il giudice è tenuto ad applicare la legge (*statute law*) come appare della sua lettera, attenendosi cioè strettamente ad una analisi lessicale del testo.." (*Introduzione alla legistica – L'arte di preparare le leggi*, in: *Informatica e Ordinamento giuridico* – Collana diretta da V. NOVELLI, n. 13, Milano, 2001, p. 21).
- (17) K. SIMMONDS, *United Kingdom, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume I*, 1976, U-69. Si dice che il Parlamento "può far tutto", e al riguardo si richiama un aforisma di De Lolme, secondo cui l'unica cosa che non possa fare il Parlamento è cambiare un uomo in donna e viceversa (G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del Diritto Inglese – Le Fonti*, Milano, 1994, p. 408 ss.).
- (18) K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, I, Milano, 1998, p. 244 ss.
- (19) ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., p., 245.
- (20) DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese – italiano*, cit., p. 1392.
- (21) F. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 115 ss ; vedi anche M.N.P. READY, *Angleterre*, in: DNOTI, *Questions notariales sur le plan international*, Würzburg, 1995, p. 35.
- (22) «*Contrairement au caractère incertain de la loi applicable aux biens meubles, la loi applicable aux biens immeubles des époux (terrains, constructions, baux) est claire. La règle classique de droit international privé relative aux immeubles s'applique ici. Une juridiction anglaise, saisie d'une question relative aux droits d'un époux sur les biens immeubles de son conjoint, appliquera la lex situs, ou loi du lieu où l'immeuble est situé*» (J. LEW, R. LOWE, *Grande – Bretagne*, in: *Union Internationale du Notariat Latin – Commission des Affaires Européennes - Régimes matrimoniaux, successions et libéralités, Droit International Privé et Droit comparé*, II, Neuchâtel, Suisse, 1979, p. 476 ss.).
- (23) DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws, Vol. II*, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 1071.
- (24) "There is very little authority on the effect of marriage on the immovable property of the spouses in the absence of a contract express or implied. It seems that the *lex situs* governs (J.H.C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 5th edition by D. MCCLEAN, Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 452).
- (25) "Where the parties have made no private marriage contract and are not to be taken impliedly to have consented to be governed by a statutory code, the rights of the husband and wife in immoveables will be governed by the *lex situs*" (traduzione nostra: quando le parti non abbiano stipulato una convenzione matrimoniale privata e non abbiano implicitamente acconsentito ad essere disciplinate da un codice previsto per legge, i diritti di moglie e marito sugli immobili saranno disciplinati dalla *lex situs*; E. B. CRAWFORD, *International Private Law in Scotland*, Sweet & Maxwell, Edinburgh, 1998, 15.11).
- (26) L'Australia è uno Stato federale, formato da Nuovo Galles del Sud, Victoria, Queensland, Tasmania, Australia del sud e Australia Orientale. La competenza legislativa federale è limitata alle materie indicate nella Costituzione, mentre il resto del diritto civile e commerciale ed il diritto penale, sono di competenza dei singoli Stati (ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., p., 269).
- (27) M. TILBURY, G. DAVIS, B. OPEKIN, *Conflict of laws in Australia*, Oxford University Press, Australia, 2002. In precedenza (nel 2001) avevamo acquisito i seguenti due pareri dal Prof. Jim Davis.
- Dear Dr Calò,
- Your e-mail has been forwarded to me, as the expert in the Faculty on the subject of Private In-

ternational Law. I can confirm that you are generally correct in saying that, by the law of New South Wales (and the other States and Territories in Australia) the *lex situs* applies to determine virtually all questions relating to a will concerning immovable property. The one exception to that principle is that, in relation to formal validity (that is, such matters as whether the will itself has been properly executed, with the proper number of witnesses, and their qualifications, etc), the matter is now determined by any one of a considerable number of laws, because the various States and Territories of Australia have adopted the provisions of the Hague Convention of 1960 on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Disposition. The matter is very fully discussed in Nygh, "Conflict of Laws in Australia" (6th edition, Sydney, Butterworths, 1995) Chapter 37. If I can be of any further assistance to you, please do not hesitate to let me know. With kind regards, Yours sincerely, J L R Davis

Professor J L R Davis Law Faculty Australian National University CANBERRA ACT 0200 AUSTRALIA

Dear Dr Calò,

Thank you for kind response. I am very happy to be of some assistance to other scholars in Private International Law. I can confirm that you are, once again, correct in your supposition as to the applicability of *lex rei sitae* to interspousal relationships. The authority is again Nygh, "Conflict of Laws in Australia", p 416. If parties to a marriage have not entered into an express marriage contract, "the *lex situs* determines the application of the matrimonial property regime."

With kind regards, Yours sincerely, Jim Davis

- (28) F. K. JUENGER, *Conflict of Laws, Introduction to the Law of the United States* – Edited by D.S. Clark, Tugrul Ansay, Kluwer, Deventer- Boston, 1992, p. 430. (nostra traduzione: "Benché sia stata attaccata da accademici, la regola basata sul luogo domina ancora largamente le norme di d.i.p. in tema di proprietà. Questo è certamente vero per gli immobili Il "tabù degli immobili", una pietra miliare del *common law*, ha a lungo messo in ombra altre considerazioni. Specificamente, le corti angloamericane hanno rigettato il principio della successione universale, secondo il quale la legge personale del *de cuius*, anziché la *lex rei sitae*, disciplina l'attribuzione dei beni sia mobili che immobili. Parimenti, il *situs*, piuttosto che la legge del domicilio della coppia, regola i diritti di proprietà matrimoniali sugli immobili".
- (29) P. NORTH, *Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 392 ss. (nostra traduzione: "gli effetti del matrimonio sui diritti immobiliari acquisiti in costanza di matrimonio sono disciplinati dalla legge del luogo in cui l'immobile si trova (*Hammonds, CA10, 1939*), come riconosce il *Restatement (Rst. 2d §§ 233, 234)*, però per gli effetti del matrimonio sui beni mobili il *Restatement* rinvia al test del "rapporto più significativo", indicando il domicilio delle parti come il luogo che ha i contatti più significativi (*Rst. 2d § 258; Crichton, NY 1967*). Quindi lo stato in cui la coppia ha il domicilio determinerà in genere quale sia il diritto del coniuge sui beni mobili acquistati dall'altro coniuge in costanza di matrimonio, a prescindere dal luogo d'acquisto".
- (30) E. SHOLES, P. HAY, P. BORCHERS, S. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3rd Edition, St. Paul, Minn., 2000, p. 583. Si segnala inoltre che "Eight states in territories acquired by the United States from Spain, Mexico and France have incorporated the community property concept into their property law: Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas and Washington. Effective January 1, 1986, Wisconsin has joined the group of community property states by adopting the Wisconsin Marital Property Act" (p. 579, nota 14.3). Vedi anche D. P. CURIE, H. H. KAY, L. KRAMER, *Conflict of laws – Cases, comments questions*, St. Paul, Minn. 2001.

Il sistema americano fa parte della tradizione di *common law*. Si tratta di un sistema federale nel quale sono devolute ai singoli Stati le materie che la Costituzione non attribuisce al Congresso (composto dal Senato e dalla Camera dei Rappresentanti). L'intero diritto privato e gli istituti del diritto commerciale sono di competenza di ciascuno Stato (così, ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., p. 301). È quindi alquanto improprio disquisire di "diritto americano", soprattutto nell'area del diritto privato (si dice, ad esempio, "*Family law is state law*"; PETER HAY,

Law of the United States, cit., p. 188), poiché il corretto riferimento deve riguardare ciascun ordinamento giuridico statale; naturalmente, analogo ragionamento vale, ad esempio, per il Canada e l'Australia. Quale misura di tale indipendenza, possiamo ricordare che, negli USA, la *National Conference of Commissioners* formula leggi uniformi che ciascuno Stato è libero o meno di adottare (e che spesso si guarda bene dal recepire).

La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) è al suo 112° anno d'esistenza. Si tratta di un organismo che comprende oltre 300 avvocati, magistrati e docenti, designati da ciascuno Stato nonché dal Distretto di Columbia, Puerto Rico e U.S. Virgin Islands, al fine di predisporre proposte di leggi uniformi e norme modello su argomenti nei quali l'uniformità sia auspicabile, desiderabile e praticabile, il quale organismo agisce per la loro attuazione nei diversi Stati. Il loro sito web è <http://www.nccusl.org/nccusl>.

Sembra opportuno considerare che l'Unione Europea, composta da Stati assolutamente indipendenti e da popoli che parlano lingue diverse, emana, tramite organi che sono, per lo più, espressione dei governi e non dei parlamenti, una imponente congerie di norme subito cogenti (regolamenti) o da adottare adeguandole (direttive), con la prospettiva, addirittura, di un codice civile europeo (cfr. *L'Europe du Droit*, a cura della Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Bruxelles, 2002, nonché P. GAGGERO, *Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese*, *Riv. Dir. Civ.*, 1997, II, p. 113; S. PATTI, *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, *Riv. Dir. Comm.*, 2001, p. 489; *On the way to a European Contract Code?*, *Common Market Law Review*, 2002, p. 219; A.A.V.V., *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo* (Materiali dei seminari 2001 organizzati a Roma dal Consiglio Nazionale Forense), a cura di G. ALPA E E. N. BUCCICO, Milano, 2002); A.A.V.V., *Towards a European civil code*, Kluwer, London, 1998). senza che sia stato sempre sufficientemente approfondita l'indispensabile comparazione con altri sistemi federali, come quello americano. In questa ottica, desta un certo interesse che sia uno storico (MARTIN VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge (UK), 2000) a rilevare che "...in some ways, Europe is already more integrated than that other great entities across the Atlantic. For example, whereas US state universities routinely charge students originating in other states higher fees than those required of their own residents, such discrimination is expressly prohibited by a regulation issued by the European Parliament. Also, the European banking system is more integrated than the American one, with the result that a German bank may find it easier to operate, say, in Sweden than a New York bank in neighbouring New Jersey" (p. 387). Sulla posizione americana in materia creditizia, cfr. E. CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, p. 238, nota (114).

Nell'ambito del diritto materiale, oltre al matrimonio, era diffuso (ma è al tramonto) il *common law marriage*, che richiede: a) la sola volontà delle parti di vivere quale marito e moglie, b) la loro effettiva convivenza, c) il possesso dello status coniugale verso i terzi e d) la correlativa accettazione da parte dei terzi di tale loro qualità. Dalla seriore forma lassista del *common law marriage* si è passati ad una forma più severa, il *covenant marriage*, accolta da alcuni Stati, che prevede requisiti più severi del comune matrimonio per il suo scioglimento. Il suo tallone d'Achille, naturalmente, è costituito dal dovere di ciascuno Stato di riconoscere le altrui sentenze di divorzio, quali che ne siano stati i presupposti (e quindi anche se non siano state rispettate le modalità previste dallo Stato di celebrazione per sciogliere il *covenant marriage*).

La maggior parte degli Stati americani è costituita da *common law property states*, nei quali vi è separazione dei beni, alla quale fa da contraltare la previsione legislativa di una quota di legittima nella successione a causa di morte (*statutory share*, detta anche *compulsory share* o *indefeasible share*). Per contro, negli stati in cui vi è la comunione legale dei beni (*community property states*), manca la previsione di una quota di riserva per il coniuge superstite. Onde evitare problemi nel caso di trasferimento dall'uno all'altro stato, alcune giurisdizioni hanno elaborato il concetto di *quasi community property*; l'argomento comunque è vasto assai, e comprende anche delle proposte dei Commissioners. Il concetto di *quasi community property* riguarda il trattamento in un

community property state dei beni acquistati in uno Stato separatista (*common law property state*), i quali saranno trattati quali beni in comunione se fossero stati beni comuni nel caso d'acquisto in uno stato in cui vige la comunione.

La *forced heirship* (legittima) del coniuge superstite può essere evitata mediante un accordo prematrimoniale (*premarital agreement*), im uso soprattutto nei secondi matrimoni delle coppie danarose (così, BARBARA HAUSER, *United States*, in: *Global Estate Planning*, Kluwer, The Hague – London Boston, 2001, p. 18); vedi anche, della stessa autrice, *International Estate Planning: A Reference Guide*, Juris Publishing, 2002). L'alternativa è, quindi, costituita da ordinamenti in cui vi è la legittima per il coniuge superstite ed ordinamenti privi di tale legittima, nei quali però vi è la comunione legale. I figli, invece, non sono legittimari (tranne in Louisiana, che ha un ordinamento di matrice francese), e una delle poche difese contro l'esclusione nel testamento consiste nel dimostrare che tale pretermissione non era intenzionale.

Durante il matrimonio – spiegano L.D. WARDLE e L.C. NOLAN - il controllo e l'amministrazione dei beni in comunione possono essere problematici, perché un duplice controllo potrebbe rivelarsi arduo. Pertanto, la maggior parte degli stati prevedono una presunzione di controllo e amministrazione di un solo coniuge, sulla base di criteri neutrali e non sessisti (ad es., si presume che il coniuge che abbia pagato il bene sia legittimato a gestirlo, ecc.). In caso di morte o divorzio, ciascun coniuge riceve metà dei beni in comunione (*United States of America, International Encyclopaedia of Laws – Volume 4 – Family and Succession Law*, Kluwer, The Hague – London – Boston, Suppl. 6 (August 1998), p. 205 ss.).

Nel nostro sistema, invece, vi è al contempo sia la comunione legale dei beni che la successione necessaria, a nostro parere più rigorose degli omologhi istituti americani; entrambi (comunione e legittima) sono gli istituti che, a causa del rinvio indietro, si applicano ai cittadini di giurisdizioni anglosassoni nelle quali non vi siano (leggi contenenti) norme di conflitto che dispongano diversamente. Chiaramente, per la cultura di tali cittadini, il cumulo inatteso dei due istituti è, senza mezzi termini, una vera e propria jattura.

Da aggiungere che, negli USA, vi è l'istituto della *homestead allowance*, che consiste (anche) nel diritto del coniuge superstite o dei figli di continuare ad abitare nella casa di famiglia (HAY, *Law of the United States, cit.*, p. 217). In origine, il *homestead* consisteva nell'attribuzione di terre di proprietà pubblica, ed il primo *Homestead Act* è stato firmato da Abraham Lincoln. Si tratta di un istituto che protegge dai creditori l'abitazione del debitore insolvente; questa protezione si estende anche al coniuge superstite ed ai figli minori. Ha qualche punto di contatto, ovviamente labile, col nostro fondo patrimoniale. La sua esistenza dimostra, comunque, che anche in un sistema di libero mercato esistono (debbono esistere) congegni di protezione sociale. Sui diversi siti web statali si possono trovare le diverse configurazioni che questo istituto assume in ciascun ordinamento.

- (31) R. J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, Fourth Edition, Foundation Press, New York, 2001, p. 531. L'autore, in una e-mail del settembre 2001, rispondendo ad un mio quesito riguardante l'ipotesi dell'applicazione della legge italiana agli acquisti immobiliari in Italia da parte di cittadini americani mi risponde: "No, because the Italian real estate will take the same characterization as the proceeds with which it was purchased. See *Commentary*, 4th ed. pp. 530-31. note 135 and accompanying text. See also pp. 549-50, text accompanying notes 217-219, indicating that courts in Utah and the District of Columbia would not apply the law of the situs to determine marital property rights in real estate, but would apply the law of the state that had the greatest interest in the marital property rights of the spouses. This might, be the situs, but not qua situs, but qua marital domicile or at least the domicile of one of the spouses".
- (32) Sul problema in generale, vedi PETER HAY, *Law of the United States*, cit. Nel gennaio 2022 questo autorevolissimo studioso così rispondeva ai miei quesiti al riguardo:
"You wrote that "American law generally distinguishes between movable and immovable property and applies situs law to immovable property upon death or divorce": does this mean that deciding

whether real property is separate property or community property during marriage depends on situs law? YES - situs law for immovables, law of domicile at the time acquisition of movable property for those assets. - according to § 760 Family Code California "Except as otherwise provided by statute, all property, real or personal, wherever situated, acquired by a married person during the marriage while domiciled in this state is community property" . does this mean that as a general rule, let's say, American law applies lex situs, except the case of statutory exceptions like California? YES. There are occasional exception, of various kinds, in other states as well (for instance, Louisiana purports to apply its law to all property regardless of the domicile of the parties). The California statutory rule requires an important caveat: the situs is under no obligation to respect the California rule; it may apply situs law to the determination of the matrimonial property rights of parties domiciled in California. Only if there is a California JUDGMENT deciding the property rights of the parties (for instance, in application of the California rule) must the situs recognize and respect that determination (under the federal Constitution's "Full Faith and Credit Clause"). Even this recognition extends only to the parties that are bound by the judgment (= in personam effect) and does not affect title to the immovable directly (a situs decree is needed for that, recognizing the California judgment) nor, for the same reason, possible rights of third parties."

- (33) Il testo per intero anche in *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 81 (2) avr-juin 1992, p. 394.
- (34) Sul problema in generale, vedi L. FUMAGALLI, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato italiano, Divenire sociale e adeguamento del diritto, Studi Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 669. In ambito notarile, vedi Rembert Süß, *Rattachement de la loi applicable en matière successorale – un aperçu sur différents pays, Notarius International*, 2001, p. 239; U.I.N.L., COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES ET DE LA MÉDITERRANÉE, *Manuel Notarial – Dispositions successorales*, Luxembourg, 1991, nel quale vi è un elenco dal quale si evince la seguente situazione in materia successoria:
- Austria: unità della successione, ma nel caso di immobile all'estero di proprietà di cittadino austriaco o immobile in Austria di proprietà di uno straniero, la legge sulla volontaria giurisdizione pone il principio di scissione della successione in due masse distinte
- Belgio: ai beni mobili si applica la legge del domicilio, agli immobili la *lex rei sitae*
- Francia: ai beni mobili si applica la legge del domicilio, agli immobili la *lex rei sitae*
- Germania: applicazione della legge nazionale del *de cuius*
- Grecia legge nazionale del *de cuius*
- Lussemburgo: come Belgio e Francia
- Olanda: legge nazionale del *de cuius*
- Portogallo: legge nazionale del *de cuius*
- Regno Unito: ai beni mobili si applica la legge del domicilio, agli immobili la *lex rei sitae*
- Spagna: legge nazionale del *de cuius*
- Svizzera: legge dell'ultimo domicilio del *de cuius*; se l'ultimo domicilio era all'estero, si applica la norma di conflitto straniera
- Turchia: legge nazionale del *de cuius* ma, per gli immobili in Turchia, si applica la legge turca.
- (35) C. CUTBILL, J. WOOD, *England and Wales*, in: *International Succession – by LOUIS GARB and Union International du Notariat Latin – Kluwer – The Hague – London – New York*, (February 1998), p. 13.
- (36) DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 1023 ss.
- (37) PETER HAY, *Law of the United States*, cit., p. 109 e 211. Dal canto suo, R. CLERICI (*Commentario alla legge di riforma del diritto internazionale privato, Riv. Dir. Int. Priv. E proc.*, 1995, p. 1135), fa riferimento ai "sistemi di *common law* in relazione ai diversi beni ereditari ovvero la *lex rei sitae* per gli immobili e la legge dell'ultimo domicilio del defunto per i beni mobili"
- (38) Cfr. E. CALÒ, *Dal Probate al Family Trust*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 4 ss.
- (39) DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 1025. MORRIS, *The Conflict of Laws*, cit., elabora

un elenco più lungo, che comprende, oltre ad Austria, Belgio e Francia, anche Lussemburgo, Monaco e Turchia (p. 426). L'autore è comunque fortemente critico di questi criteri, e propugna l'adozione del criterio basato sulla legge del domicilio.

- (40) Si segnala che nonostante gli attacchi sia al sistema scissionistico (che distingue fra successione nei mobili e negli immobili) che alla *lex situs* per gli immobili, tali criteri continuano ad applicarsi nelle successioni intestate nelle giurisdizioni statunitense e del Commonwealth britannico (E. F. SCHOLEN, *Choice of Law in Family Property Transactions*, *Académie de Droit International de la Haye – Recueil des Cours*, 1998, II, tomo 209, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1989, p. 89).
- (41) VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, I, cit., p. 28. Non a caso PETER HAY asserisce che “.. American conflicts law is or has been inward looking..” (*Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law – Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, *Académie de Droit International de la Haye – Recueil des Cours*, 1991, I, tomo 226, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1992, p. 392)
- (42) Sul diritto islamico, cfr. MOHAMED CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, *Académie de Droit International de la Haye – Recueil des Cours*, 1987, III, tomo 203, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1988, p. 321); J. DEPREZ, *Droit International Privé et conflits de civilisations – Aspects Méthodologiques – Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, *Académie de Droit International de la Haye – Recueil des Cours*, 1998, IV, tomo 211, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1990, p. 9); G. CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Not.*, 1987, p. 233; R. ALUFFI BECK – PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Milano, 1990; id., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi – codificazione e riforme*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, p. 595; C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1999, p. 21; D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998; G. ANELLO, *Libertà di religione, matrimonio islamico e “diritto alla famiglia”*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, p. 243, LYNN WELCHMAN, *Beyond the Code – Muslim Family Law and the Shari'a Judiciary in the Palestinian West Bank*, Kluwer, The Hague, 2000; G. FERRANDO, *Il Matrimonio, Trattato di d. civile e commerciale CICU – MESSINEO*, Vol. V, t. 1, Milano, 2002, p. 385 ss.; L. MANCINI, *Immigrazione musulmana e cultura giuridica*, Milano, 1998; nella giurisprudenza vedi Cass. 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, 1458, nota di G. BALENA, e in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2695, nota di L. DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*. La massima in questione recita: “La circostanza che la legge islamica consenta la poligamia e preveda l'istituto del ripudio non impedisce, sotto il profilo dei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume di cui al previgente art. 31 disp. Sulla legge in generale, che la cittadina somala, la quale abbia contratto con un italiano matrimonio in Somalia, secondo le forme previste dalla *lex loci*, faccia valere dinanzi al giudice italiano i diritti successori derivanti dal matrimonio medesimo”. Da ultimo, Cass. 13 aprile 2001, n. 5537 (*Famiglia e Diritto*, 2002, p. 154, nota di R. CLERICI) ha deciso che “Il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani e tra italiani e stranieri, secondo le forme previste dalla legge straniera, ha immediata validità nel nostro ordinamento, e, quantunque sia stato contratto – in violazione dell'art. 86 cod. civ. - da chi non aveva libertà di stato, è destinato a produrre effetti finché non sia impugnato da uno dei soggetti legittimati (tra cui anche il pubblico ministero) e non sia emessa la pronuncia del giudice di nullità. Ne consegue che - stante il divieto di espulsione previsto dall'art. 19 lett. c) del D.Lgs. n. 286 del 1998 per gli stranieri conviventi con il coniuge di nazionalità italiana – E' illegittimo il provvedimento di espulsione nei confronti della cittadina straniera coniugata, a seguito di matrimonio contratto all'estero, con cittadino italiano, benché quest'ultimo fosse vincolato da un matrimonio precedente, non potendo il matrimonio celebrato all'estero considerarsi immediatamente privo di effetti dall'autorità amministrativa”.

va finché non sia intervenuta una sentenza del giudice competente a decidere, con efficacia di giudicato, della nullità del matrimonio”.

(43) R. DAVID, C. JAUFFRET – SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994, p. 415 ss.

(44) Alcune di queste leggi possono essere reperite nel seguente website: <http://www.vakilno1.com/>

(45) MUSLIM FAMILY LAWS ORDINANCE, 1961 (VIII OF 1961)

Home

An Ordinance to give effect to certain recommendations of the commission on marriage and Family Laws.

Whereas it is expedient to give effect to certain recommendation of the commission on Marriage and Family Laws.

Now, therefore in pursuance of the proclamation of the seventh day of October 1958, and in exercise of all powers enabling him in this behalf, the President is pleased to make and promulgate the following Ordinance: -

1. Short title, extent, application and commencement

This Ordinance may be called the Muslim Family Laws Ordinance, 1961.

It extends to whole of Pakistan, and applies to all Muslim citizens of Pakistan, wherever they may be.

It shall come into force on such date as the Federal Government may, by notification in the official Gazette, appoint in this behalf.

2. Definition

(a) "Arbitration Council" means a body consisting of the Chairman and a representative of each of the parties to a matter dealt with this Ordinance:

Provided that where any party fails to nominate a representative within the prescribed time, the body formed without such representative shall be the Arbitration Council.

(b) "Chairman" means the Chairman of the Union Council or a person appointed by the Federal Government in the Cantonment areas or by the Provincial Government in other areas or by an Officer authorised in that behalf by any such Government to discharge the functions of chairman under Ordinance:

Provided that where the Chairman of the Union Council is a non-Muslim, or he himself wishes to make an application to the Arbitration Council, or is, owing to illness or any other reason, unable to discharge the functions of Chairman, the Council shall elect one of its Muslim members as Chairman for the purposes of this Ordinance.

(c) "Prescribed" means prescribed by rules made under Sch. II.

(d) "Union Council" means the Union Council or the Town or Union Committee constituted under the Basic Democracies Order, 1959 and having jurisdiction in the matter as prescribed.

(e) "Ward" means a ward within a Union or Town as defined in the aforesaid Order.

3. Ordinance to override other laws, etc.

(1) The provisions of this Ordinance shall have effect notwithstanding any law, custom or usage, and the registration of Muslim marriages shall take place only in accordance with these provisions.

(2) For the removal of doubt, it is hereby declared that the provisions of the Arbitration Act, 1940 (X of 1940), the Code of Civil Procedure 1908 (Act V of 1908), and any other law regulating the procedure of Courts shall not apply to any Arbitration Council.

4. Succession.

In the event of death of any son or daughter of the propositus before the opening of succession, the children of such son or daughter, if any, living at the time the succession opens, shall per stripes, receive a share equivalent to the share which such son or daughter, as the case may be, would have received if alive.

5. Registration of marriage.

(1) Every marriage solemnized under Muslim Law shall be registered in accordance with the provisions of this Ordinance.

(2) For the purpose of registration of marriage under this Ordinance, the Union Council shall grant licenses to one or more persons, to be called Nikah Registrars, but in no case shall more than one Nikah Registrar be licensed for any one Ward.

(3) Every marriage not solemnized by the Nikah Registrar shall, for the purpose of registration under this Ordinance be reported to him by the person who has solemnized such marriage.

(4) Whoever contravenes the provisions of such-section (3) shall be punishable with simple imprisonment for a term which may extend to three months, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both.

(5) The form of nikahnama, the registers to be maintained by Nikah Registrars, the records to be preserved by Union Councils, the manner in which marriage shall be registered and copies of nikahnama shall be supplied to parties, and the fees to be charged thereof, shall be such as may be prescribed.

(6) Any person may, on payment of the prescribed fee, if any, inspect at the office of the Union Council the record preserved under sub-section (5), or obtain a copy of any entry therein.

6. Polygamy. (1) No man, during the subsistence of an existing marriage, shall except with the previous permission in writing of the Arbitration Council, contract another marriage, nor shall any such marriage contracted without such permission be registered under this Ordinance.

(2) An application for permission under Sub-section (1) shall be submitted to the Chairman in the prescribed manner together with the prescribed fee, and shall state reasons for the proposed marriage, and whether the consent of existing wife or wives has been obtained thereto.

(3) On receipt of the application under Sub-section (3), Chairman shall ask the applicant and his existing wife or wives each to nominate a representative, and the Arbitration Council so constituted may, if satisfied that the proposed marriage is necessary and just, grant, subject to such condition if any, as may be deemed fit, the permission applied for.

(4) In deciding the application the Arbitration Council shall record its reasons for the decision and any party may, in the prescribed manner, within the prescribed period, and on payment of the prescribed fee, prefer an application for revision, to the Collector concerned and his decision shall be final and shall not be called in question in any Court.

(5) Any man who contracts another marriage without the permission of the Arbitration Council shall, (a) pay immediately the entire amount of the dower whether prompt or deferred, due to the existing wife or wives, which amount, if not so paid, shall be recoverable as arrears of land revenue; and (b) on conviction upon complaint be punishable with the simple imprisonment which may extend to one year, or with fine which may extend to five thousand rupees, or with both.

7. Talaq. (1) Any man who wishes to divorce his wife shall, as soon as may be after the pronouncement of talaq in any form whatsoever, give the chairman a notice in writing of his having done so, and shall supply a copy thereof to the wife. (2) Whoever, contravenes the provisions of sub-section (1) shall be punishable with simple imprisonment for a term which may extend to one year, or with fine which may extend to five thousand rupees, or with both. (3) Save as provided in sub-section (5) talaq, unless revoked earlier, expressly or otherwise, shall not be effective until the expiration of ninety days from day on which notice under sub-section (1) is delivered to the Chairman. (4) Within thirty days of the receipt of notice under Sub-section (1), the Chairman shall constitute an Arbitration Council for the purpose of bringing about a reconciliation between the parties, and the Arbitration Council shall take all steps necessary to bring about such reconciliation. (5) If the wife be pregnant at the time talaq is pronounced, talaq shall not be effective until the period mentioned in Sub-section (3) or the pregnancy, whichever later, ends. (6) Nothing shall debar a wife whose marriage has been terminated by talaq effective under his section from remarrying the same husband, without an intervening marriage with a third person, unless such termination is for the third time so effective.

8. Dissolution of marriage otherwise than by talaq. Where the right to divorce has been duly delegated to the wife and she wishes to exercise that right, or where any of the parties to a marriage wishes to dissolve the marriage otherwise than by talaq the provisions of section 7 shall, mutatis mutandis and so far as applicable, apply.

9. Maintenance. (1) If any husband fails to maintain his wife adequately, or where there are more wives than one, fails to maintain them equitably, the wife, or all or any of the wives, may in addition to seeking any other legal remedy available apply to the Chairman who shall constitute an Arbitration Council to determine the matter, and the Arbitration Council may issue a certificate specifying the amount which shall be paid as maintenance by the husband. (2) A husband or wife may, in the prescribed manner, within the prescribed period, and on payment of the prescribed fee, prefer an application for revision of the certificate, to the Collector concerned and his decision shall be final and shall not be called in question in any Court.

(3) Any amount payable under Sub-section (1) or, (2) if, not paid in the due time, shall be recoverable as arrears of land revenue.

PUNJAB AMENDMENT In sub-section (2), the full-stop occurring at the end shall be replaced by a colon and thereafter the following proviso shall be added, namely: Provided that the Commissioner of a Division may, on an application made in this behalf and for reasons to be recorded, transfer an application for revision of the certificate from a Collector to any other Collector, or to a Director, Local Government, or to an Additional Commissioner in his Division. [Ord. II of 1975, Section 2].

10. Dower. Where no details about the mode of payment of dower are specified in the nikahnama or the marriage contract, the entire amount of the dower shall be presumed to be payable on demand.

11. Power to make rules. (1) The Government may make rules to carry into effect the purposes of this Ordinance. (2) In making rules under this section, such Government, may provide that a breach of any of the rules shall be punishable with simple imprisonment which may extend to one month, or with fine which may extend to two hundred rupees, or with both. (3) Rules made under this section shall be published in the official Gazette and shall thereupon have effect as if enacted in this Ordinance.

12. Amendment of child marriage restraint act, 1929 (xix of 1929). Omitted by Ord. 27 of 1981.

13. Amendment of the dissolution of muslim marriages act, 1939 (viii of 1939). Omitted by Ord. 27 of 1981.

(46) Cfr. D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, cit., p 84 ss. Abbiamo consultato uno degli autori di questa opera fondamentale, il quale ha così risposto: Dear Dr. Calo, Yes, you are reading this correctly. S. 1(2) of the Pakistani MFLO stipulates a rule of private international law, from a Pakistani perspective, which may well conflict with other national rules about private international law. A Pakistani court would assert the Pakistani position. If you are dealing with property law, you may have to go back to the classical Shariat law as applied in Pakistan, rather than the MFLO, which is not really about succession, except s. 4. The jurisdictional argument would then be that a Muslim is a Muslim wherever he/she is, and hence shariat law applies to a Pakistani Muslim in Italy. It would be the law of his/her School, you know that. Do let me know if I can be of any further help. Werner Menski.

Vedi al riguardo: <http://www.law.emory.edu/IFL/legal/bangladesh.htm> nonché <http://www.law.emory.edu/IFL/legal/pakistan.htm>

(47) In questo caso vale per il Pakistan ciò che vale per l'ordinamento inglese, nel senso che non esiste il concetto di regime patrimoniale coniugale, ed i patrimoni di ciascun coniuge rimangono estranei, senza che le vicende dell'uno influiscano su quelle dell'altro (cfr. S. VERONESI, *La "separazione dei beni" nell'ordinamento inglese*, Riv. Dir. Civ., 1997, I, p. 639 ss.).

(48) Il Bangladesh è indipendente dal 16.12.1971.

(49) Bisogna comunque considerare che si tratta di una norma di conflitto a carattere anche religioso.

Ciò non deve destare meraviglia, perché all'interno di molti Stati troviamo ordinamenti diversi per ciascuna religione ed etnia. D'altronde, lo Stato nazionale è un'acquisizione recente ed in molti casi, anche artificiale. Vedi al riguardo, da ultimo, VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, cit., il quale, nei riguardi del Pakistan, mette in luce come sia composto da etnie diverse, riferendo anche che la lingua che si vorrebbe ufficiale (l'urdu) sia diffusa solo fra una piccola minoranza (p. 328).

- (50) D. HAYTON, *European Succession Laws*, Jordans Bristol, 1998.
- (51) Cfr. E. CALÒ, *Il ritorno della volontà – bioetica, nuovi diritti e autonomia privata* – Milano, Giuffrè, 1999 - Prefazione di PAOLO UNGARI; aggiornato nella versione spagnola (*Bioetica: nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, La Rocca Ediciones Juridicas – Buenos Aires, 2000, traduzione di LUIGI DI VITA, prefazione di GRISELDA JATIB DE CABULI e PAOLO UNGARI).
- (52) Cfr. P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001; SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, cit.
- (53) Sennonché, per esempio in ambito successorio, la *professio iuris*, limitata com'è al luogo di residenza (anziché estendersi anche alla legge nazionale, come previsto dall'art. 5 della Convenzione dell'Aia del 1989 sulla legge applicabile alle successioni) può talvolta rivelarsi assai limitativa, non dovendo destare meraviglia che sovente si cerchino soluzioni estere (come, ad esempio, le fondazioni delle Antille Olandesi). Meritano un brevissimo cenno i trusts, i quali transitano al di fuori dal *probate* (e quindi dalla successione). Nei loro riguardi si applicheranno le norme di conflitto previste dalla Convenzione dell'Aia del 1° luglio 1985. La letteratura in argomento è ormai vastissime; al riguardo rimandiamo, oltre ai volumi fondamentali di M. LUPOI, *Trusts*, Milano (nelle successive edizioni), a A. DE DONATO, V. DE DONATO, M. D'ERRICO, *Trust convenzionale (Lineamenti di teoria e pratica)*, Roma, 1999; A.A.V.V. *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Quaderni di Notariato, n. 7, Milano, 2002; A.A.V.V., *Mandato, Fiducia e Trust – Esperienze a confronto*, a cura di F. ALCARO e R. TOMMASINI, Milano, 2003. Merita un cenno, per la sua specialità, il Totten Trust, col quale un deposito bancario vien fatto in favore di un terzo beneficiario dopo la morte. Per la sua semplicità, viene chiamato "*poor man's trust*". Beninteso, il trust ha anche delle controindicazioni notevoli, quando si tratta di cittadini di Stati di *civil law*, che risultano dal testo della stessa Convenzione dell'Aia.
- (54) Vedi HAUSER, *International Estate Planning: A Reference Guide*, cit..

(Riproduzione riservata)