


# STUDIUMIURIS

RIVISTA PER LA FORMAZIONE NELLE PROFESSIONI GIURIDICHE

RIVISTA MENSILE  
Anno XXII

Coordinatore  
e direttore responsabile  
**ALESSIO ZACCARIA**

2016

 [edicolaprofessionale.com/studiumiuris](http://edicolaprofessionale.com/studiumiuris)

## Estratto

Resoconto della *35. Tagung für Rechtsvergleichung*  
(10-12 settembre 2015, *Bayreuth*)  
sul tema «Religione, valori e diritto»  
di MAURO TESCARO

### Comitato di Direzione

Sergio Bartole - Giovanni Bonilini  
Roberto Calvo - Giorgio Cian  
Marco Cian - Sebastiano Ciccarello  
Giorgio Conetti - Guido Corso  
Luigi Costato  
Giovannangelo De Francesco  
Giovanni De Cristofaro  
Maria Vita De Giorgi  
Fausto Giunta - Vincenzo Maiello  
Antonella Marandola  
Giorgio Marasà - Antonio Masi  
Pietro Masi - Francesco Palazzo  
Marco Pelissero - Andrea Pugiotto  
Antonio Serra - Giorgio Spangher  
Ferruccio Tommaseo - Enzo Vullo  
Alessio Zaccaria



Wolters Kluwer

Responsabile della Redazione  
Paolo Veronesi

# Notiziario e varie

## Resoconto della 35. *Tagung für Rechtsvergleichung* (10-12 settembre 2015, Bayreuth) sul tema «Religione, valori e diritto»

Nei giorni compresi tra il 10 e il 12 settembre 2015, si è tenuta, presso l'*Universität Bayreuth* (dove è incardinato Martin Schmidt-Kessel, segretario generale del Comitato nazionale tedesco di diritto comparato) la trentacinquesima *Tagung für Rechtsvergleichung*, sul tema «*Religion, Werte und Recht*». Tema, questo, con tutta evidenza di grande interesse anche per l'ordinamento giuridico italiano, che è stato del resto più volte richiamato nel corso dei lavori.

Ciò considerato, in questo resoconto, piuttosto che ripercorrere pedissequamente tutte le relazioni, mi limiterò a menzionarne i soli contenuti a mio avviso più rilevanti dal punto di vista del nostro ordinamento.

Inoltre, nonostante vi fossero gruppi di lavoro pure sul diritto pubblico, sul diritto penale comparato, sul diritto commerciale e dell'economia, sul diritto dell'Unione Europea nonché sul diritto del lavoro e sociale, considererò solo il gruppo sui fondamenti (*Grundlagen*) e quello sul diritto civile comparato (*Zivilrechtsvergleichung*), oltre che la cerimonia di apertura (*Eröffnungsveranstaltung*).

\*\*\*

I lavori del gruppo *Grundlagen*, presieduto da Stefan Grundmann (Firenze/Berlino), si sono aperti con una relazione di Wim Decock (Lovanio), sul tema «*Recht und Finanzen in der Spätscholastik*», il quale ha dimostrato, attraverso vari esempi tratti dalle elaborazioni – per lo più risalenti al 16° e al 17° sec., e per lo più spagnole – della c.d. tarda scolastica, che un filone di pensiero pur caratterizzato da una così forte impronta morale e religiosa, adottava però, al tempo stesso, anche una visione realistica, non dogmatica, e pertanto aperta a considerare pure argomentazioni di tipo economico e più in generale politico.

Norbert Oberauer (Münster) ha poi tenuto una relazione dal titolo «*Religion und Markt: Zum islamischen Vertragsrecht*», ponendo in evidenza alcune particolarità del diritto contrattuale islamico, particolarità che, nell'ottica oggi dominante, secondo cui l'economia sarebbe qualcosa di razionale, potrebbero anche far sorgere il dubbio – si è provocatoriamente chiesto il relatore – se detto diritto – che, per esempio, vieta la corresponsione di interessi – sia irrazionale. In ogni caso, il diritto contrattuale islamico risulta caratterizzato da uno spiccato formalismo, ciò che integra una ben precisa scelta metodologica.

A questa conclusione si è ricollegato, nel corso del successivo dibattito, Jürgen Basedow (Direttore del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* di Amburgo), il quale ha sottolineato come la prospettiva formale islamica si contrapponga a quella sostanziale cristiana, per esempio della c.d. tarda scolastica, anche se non si può dimenticare che pure il diritto dei Paesi cristiani era, in precedenza, caratterizzato da uno spiccato formalismo.

Joseph E. David (Sderot/Oxford) ha poi tenuto una relazione dal titolo «*Nomocentric Religions and Legal Pluralism*», nell'ambito della quale ha distinto il periodo medioevale e premoderno, contraddistinto da un pluralismo legale basato sulla coesistenza di diverse giurisdizioni personali, dal periodo postmoderno, contraddistinto dal ben diverso pluralismo legale che ancora oggi viviamo. Quanto poi al ruolo delle religioni, fondamentale, secondo il relatore, sarebbe la distinzione tra *nomocentric religions* ovvero *law based religions* (i cui esempi più importanti sarebbero islamismo ed ebraismo), da un lato, e *faith based religions* dall'altro.

Sempre nell'ambito del gruppo *Grundlagen* vi è poi stata la relazione conclusiva di Joseph H.H. Weiler (Firenze), dal titolo «*Law, Religion, and the European Union from Separation to Accommodation*».

In proposito, occorrerebbe distinguere il perfettamente condivisibile *freedom of religion* dal molto più discutibile, e comunque ben diverso *freedom from religion*.

In quest'ottica, il relatore ha affrontato la celebre vicenda del crocifisso nelle aule scolastiche italiane, e la pronuncia (peraltro poi come noto ribaltata) della Corte europea dei diritti dell'uomo, che aveva inizialmente imposto di toglierlo dalle scuole pubbliche, in forza di una – secondo il relatore, malintesa – idea di neutralità. La laicità, però, non è – sempre secondo il relatore – neutrale, proprio come il nero non è assenza di colore; la laicità, infatti, sarebbe neutrale solo qualora tutti fossero religiosi, e di religioni diverse, mentre, quando la scelta è tra religione e assenza di religione, la laicità diventa un ben preciso favoritismo verso chi è ateo.

La conclusione di tale brillante e molto persuasivo ragionamento è stata che occorrerebbe superare l'ottica del *separation* in favore di quella di un flessibile,

e calibrato sulle peculiarità delle diverse fattispecie *accommodation* tra le varie prospettive religiose.

\*\*\*

Chiusi i lavori del Gruppo *Grundlagen*, si è tenuta la *Eröffnungsveranstaltung*, incentrata su una relazione di Reinhard Zimmermann (Direttore del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* di Amburgo e Presidente del Comitato nazionale tedesco di diritto comparato), dal titolo “*Kulturelle Prägung des Erbrechts?*”.

La relazione è stata incentrata sulle conseguenze che la religione e la cultura hanno avuto, e potrebbero avere in futuro sulla materia successoria.

È ben nota, innanzi tutto, la grande influenza che la religione cristiana ha svolto, nell'epoca del *ius commune*, anche sulla materia successoria, ma è già da molto tempo che la situazione è profondamente mutata, tanto che si parla oggi piuttosto di uno stretto legame del diritto delle successioni (non propriamente con la religione, bensì, molto più in generale) con la cultura di un certo popolo. È questa la «*Rechtskulturthese*», ben compendiata, per esempio, dai giuristi di lingua tedesca secondo i quali, nella materia successoria, «*das Herzblut der Bevölkerung schlägt*», così che ogni tentativo di unificazione a livello internazionale sarebbe improponibile. Da tempo, però, ha rilevato fin da subito il relatore, è iniziato un processo che potrebbe anche portare, in futuro, a superare radicalmente questa sia pure ancora oggi così diffusa impostazione.

Dal punto di vista comparatistico, le questioni più rilevanti del diritto delle successioni odierno sono state da Reinhard Zimmermann raggruppate attorno a tre problematiche fondamentali: i) quella delle forme testamentarie (in linea di massima scomponibili, nei vari ordinamenti, in tre tipologie: testamento “per testimoni” – *Zeugentestament* –, testamento notarile e testamento “di propria mano” – *eigenhändiges* – od olografo), in relazione alla quale – nonostante la presenza di significative differenze nei vari Paesi, che non sembrano peraltro spiegabili dal punto di vista culturale – si registra una tendenza a una crescente liberalizzazione; ii) quella dell'ordine dei parenti nell'ambito della successione legittima, in relazione alla quale, a livello internazionale, si riscontra una tendenza a limitare, rispetto al passato, i gradi di parentela rilevanti; iii) quella della successione del coniuge superstite, cui non di rado, nei diversi sistemi, risulta attribuito, soprattutto qualora si tratti di patrimoni modesti, addirittura l'intero asse ereditario, con conseguente “orizzontalizzazione” (*Horizontalisierung*) della successione legittima.

Il relatore ha quindi ricordato come il diritto delle successioni sia, in tanti ordinamenti, molto meno statico di quanto si potrebbe pensare, come dimostrato, per esempio, dalla riforma organica francese del 2006, oppure dal libro IV del *Código civil de Cataluña*,

approvato nel 2008. Senza contare le notevoli tendenze evolutive chiaramente riscontrabili in fondamentali e pressoché universalmente riconosciuti meccanismi successori, come può dirsi, per esempio, per la rappresentazione (frequentemente ancora oggi considerata, secondo il tradizionale modello francese, una *fiction de la loi*), in relazione alla quale il risalente principio *vivi nulla repraesentatio* è stato gradualmente superato nel segno di un progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto.

Sulla scorta di queste ed altre riflessioni, Reinhard Zimmermann ha concluso che, pur essendo il diritto una manifestazione della cultura umana, e pur essendo culture diverse nei vari Paesi, non si dovrebbe arrivare all'eccesso di attribuire alla materia successoria, addirittura, una sorta di «*folkloristische Charakter*», proprio come un simile carattere ognuno vede che non potrebbe essere attribuito alla materia contrattuale. Anche in relazione al diritto delle successioni, insomma, vi sono stati, sono attualmente in corso e vi saranno in futuro significativi cambiamenti, con la conseguenza che una uniformazione a livello internazionale non è da escludere, e che la summenzionata *Rechtskulturthese* è da respingere.

\*\*\*

I lavori del gruppo *Zivilrechtsvergleichung* presieduto da Martin Gebauer (Tubinga), e dedicato al tema “*Familienrechtliche Freiräume, ihre Grenzen und kultureller Wandel*”, si sono aperti con una relazione di Sabine Corneloup (Digione) sull'ordinamento giuridico francese, la quale ha osservato come una notevole dilatazione dell'autonomia privata si sia verificata, in Francia, soprattutto nei tre diversi seguenti ambiti del diritto di famiglia: i) tipologie di rapporti di coppia; ii) filiazione; iii) diritto patrimoniale della famiglia (in senso ampio).

Con riguardo ai rapporti di coppia (i), sussistono oggi tre diverse tipologie liberamente eleggibili: il matrimonio, il *pacte civil de solidarité* e il *concubinage*. La *Cour de cassation* (*arrêt* n. 96 del 28 gennaio 2015), inoltre, ha da ultimo prodotto un cambiamento epocale, giungendo ad affermare, nella sostanza, che l'ordine pubblico francese non solo non vieta, ma addirittura impone il riconoscimento di una unione omosessuale (nel caso di specie, franco-marocchina).

Quanto poi ai rapporti con i figli (ii), il *Code civil* (art. 373-2-7) ammette già ampiamente la possibilità di un accordo tra i genitori, sia pure salva omologa del giudice (senza contare la *proposition de loi* «*relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*» approvata in prima lettura il 27 giugno 2014, la quale aumenta ulteriormente gli spazi per l'autonomia privata, specialmente attraverso il *mandat d'éducation quotidienne* e la *délégation de l'exercice de l'autorité parentale*).



In tema di diritto patrimoniale della famiglia (in senso ampio) (iii), è poi da ricordare soprattutto la riforma del diritto delle successioni del 2006, la quale ha escluso i genitori dal novero dei legittimari, con la pratica conseguenza che, in caso di assenza di figli, può andare tutto al coniuge (oppure residua ampio spazio per disposizioni in favore di terzi: cfr. l'art. 1094 del *Code civil*). In Francia sussiste, inoltre, la possibilità che i figli maggiorenni rinuncino senz'altro alla legittima (artt. 929 e 930-1 del *Code civil*), ciò che segna, evidentemente, una ulteriore, significativa accentuazione dell'autonomia privata in materia familiare.

Tutto ciò comporta, a parere della relatrice, un radicale mutamento della funzione, per non dire dell'idea stessa di famiglia, anche se permangono alcuni limiti tradizionali, quali: il fatto che le condizioni del *divorce* non possono essere concordate in anticipo (cfr. gli artt. 268 e 278 del *Code civil* nonché, da ultimo, *Cour de cassation* 8 luglio 2015, n. 14-17880); il divieto della maternità surrogata (cfr. gli artt. da 16-7 a 16-9 del *Code civil*, nonché *Cour de cassation*, Ass. plén., 3 luglio 2015); e il fatto che la modifica del *régime matrimonial* è ancora oggi subordinata alla considerazione dell'*intérêt de la famille* (art. 1397 del *Code civil*).

La relatrice ha dunque concluso la sua relazione segnalando l'abitudine dei giudici di applicare, più che regole di dettaglio, principi generali (concernenti scelte private, ampiamente ammesse), e il ruolo, ancora oggi fondamentale, dei notai (per esempio, in merito alla modifica del regime patrimoniale della famiglia: v., ancora, l'art. 1397 del *Code civil*), precisando altresì come ulteriori riforme sembrino alle porte (per esempio, in tema di divorzio stragiudiziale e di modelli predefiniti di accordo tra le parti).

Jens M. Scherpe (Cambridge) ha poi dato conto della situazione in Inghilterra (e nel Galles), ricordando, innanzi tutto, come, nel 2005, sia stato introdotto il *civil partnership* (simile alla *Lebenspartnerschaft* tedesca), e come questo notevole mutamento sia potuto avvenire senza grandi proteste per il motivo fondamentale che già in precedenza (nel 2002) si era presa la decisione più delicata, quella di aprire anche alle coppie omosessuali (nonostante che all'unione tra omosessuali non fosse ancora stata assegnata una specifica veste giuridica) l'adozione.

Nonostante lo slogan alla base del *civil partnership*, *equal but different*, alla fattispecie è stata dedicata una dettagliatissima disciplina *ad hoc* peraltro molto simile a quella del matrimonio, con ogni probabilità semplicemente in quanto, per motivazioni politiche, non si voleva ammettere senz'altro la piena uguaglianza tra le due figure.

A partire dal 2014, peraltro, anche il *marriage of same-sex couple* è stato dichiarato *lawful* ma senza alcuna revisione del *Civil Partnership Act* ciò che ha por-

tato, secondo il relatore, a una discriminazione verso le coppie eterosessuali, le quali possono scegliere solo il matrimonio, mentre alle coppie omosessuali è ora prospettata l'alternativa tra il matrimonio e il *civil partnership* (con una notevole differenza, pertanto, rispetto al doppio binario tedesco, dove il matrimonio è riservato alle copie eterosessuali e la *Lebenspartnerschaft* alle coppie omosessuali).

Con riguardo ai presupposti per la celebrazione, sussiste una identità di massima tra matrimonio e *civil partnership* con la particolarità, però, che solo il primo può essere religioso, mentre è dato riscontrare notevoli differenze soprattutto con riguardo a presupposti, procedure ed effetti dello scioglimento dei vincoli, anche se si può dire che, in generale, il sistema inglese è comunque caratterizzato da una enorme flessibilità e da un ruolo centrale per il giudice, il quale è peraltro chiamato a proteggere soprattutto l'interesse dei figli. Proprio con riguardo al rapporto con i figli, il sistema inglese appare, inoltre, particolarmente complesso, tra l'altro in quanto i soggetti obbligati al loro mantenimento potrebbero essere vari e diversi, compresi matrigne e patrigni.

Il relatore ha infine sottolineato come, nell'ordinamento giuridico inglese, gli spazi per l'autonomia privata siano talvolta minori che altrove, per esempio in tema accordi sul regime patrimoniale della famiglia nell'ambito del matrimonio, che (nonostante sia in atto una tendenza in senso opposto) sono tradizionalmente considerati non vincolanti, anche se gli accordi diretti a regolare i rapporti patrimoniali tra *cohabitants* sono invece ampiamente ammessi.

La successiva relazione, di Nadjma Yassari (Amburgo), si è concentrata sul diritto dei Paesi islamici (complessivamente considerati, da un punto di vista generale).

La relatrice ha, innanzi tutto, sottolineato come nei Paesi islamici l'unico modello familiare sia quello del matrimonio eterosessuale, modello questo talmente forte da essere solitamente presidiato pure da gravi sanzioni penali. Ciò si spiega per la fondamentale finalità di interesse pubblico intesa alla base del matrimonio, che è certamente diretto a dare un quadro giuridico all'attività sessuale e riproduttiva, ma anche a garantire la *Befriedigung der Gesellschaft*.

Con riguardo al rapporto tra marito e moglie, inoltre, continua a dominare, nei Paesi islamici, l'idea che i ruoli debbano essere diversi, essendo i due soggetti in questione innegabilmente diversi innanzi tutto dal punto di vista biologico.

Altre caratteristiche fondamentali sono quella secondo cui la solidarietà coniugale finisce radicalmente con lo scioglimento del matrimonio e la configurazione della separazione dei beni come istituto generale per i rapporti patrimoniali tra coniugi (ciò che si giustifica per varie motivazioni, quali la poligamia e il





relativo obbligo di pari trattamento di tutte le mogli).

Nonostante la già accennata, notevole rilevanza pubblica, il matrimonio dei Paesi islamici è, infine, un vero e proprio contratto, governato dal principio dell'autonomia contrattuale, ciò che comporta, per esempio, che esso non sia necessariamente duraturo, bensì possa anche essere a tempo, e più in generale non solo possa, ma anzi dovrebbe essere senz'altro sciolto qualora non funzioni.

Yuko Nishitani (Kyoto) ha poi dato conto dell'ordinamento giuridico giapponese, continuando a prospettare idee molto diverse da quelle oggi dominanti in Europa.

Pure in Giappone, l'unico modello giuridicamente tutelato per il rapporto di coppia continua ad essere quello tradizionale del matrimonio (anche se non mancano talune applicazioni analogiche di specifiche sue regole in favore di unioni omosessuali).

Nonostante che già nel 1868 il Giappone avesse iniziato una profonda revisione del proprio sistema giuridico al fine di avvicinarsi al modello occidentale, in materia di famiglia e successioni permane tendenzialmente ancora oggi il c.d. *Haussystem* incentrato su un ordine tradizionale di tipo patriarcale. Una simile impostazione, prima ancora che giuridica, è culturale, come dimostra, per esempio, il fatto che ai figli sarebbe oggi consentito attribuire il cognome della madre, ma in concreto si continua quasi sempre a preferire il cognome del padre. Sempre in un'ottica tradizionalista, tornando al piano delle norme giuridiche, può spiegarsi anche il fatto che il regime patrimoniale legale della famiglia continua a essere la separazione dei beni. Lo stesso può dirsi pure per la disciplina dello scioglimento del matrimonio, in quanto, nonostante che non manchi il divorzio consensuale (art. 763 del codice civile giapponese), il divorzio giudiziale è previsto che possa essere chiesto da uno dei coniugi solo in specifici casi tassativi (elencati nell'art. 770 del codice civile giapponese).

Ciò non toglie che in Giappone si siano da tempo manifestate pure tendenze diverse, per esempio di crescente considerazione per le relazioni di fatto, e più in generale di progressivo superamento del tradizionale c.d. *Haussystem* anche e soprattutto nel senso di una crescente protezione della donna.

Peraltro, con riguardo alla materia della filiazione, riemerge una impostazione marcatamente tradizionalista, incentrata sul matrimonio e su una presunzione di legittimità superabile solo in presenza di presupposti restrittivi.

Tutto ciò considerato, la relatrice ha concluso che sarebbe necessaria una riforma organica, riconoscendo peraltro anche come la sua posizione sia oggi minoritaria in Giappone, dove una simile riforma non è ancora stata messa in cantiere.

La successiva relazione, di Fabio Padovini (Trieste), si è concentrata sull'ordinamento giuridico italiano, e così sulla riforma del diritto di famiglia del 1975, sulla riforma della filiazione del 2012-2013, sulle recenti norme dirette a facilitare separazione e divorzio, sui progetti di legge ancora oggetto di discussione, come quello in tema di unioni civili, e, infine, sulle numerose riforme che sarebbe ad avviso di molti opportuno introdurre in futuro (per esempio, al fine di dare spazio a modelli particolarmente flessibili di accordi prematrimoniali o al fine di limitare il divieto dei patti successori e la tutela dei legittimari).

In conclusione, il relatore ha sostenuto che il diritto di famiglia italiano sarebbe attualmente caratterizzato da luci e ombre, queste ultime dovute soprattutto alla perdurante assenza di una riforma organica, la quale sarebbe invece necessaria.

L'ultima relazione del gruppo di lavoro sul diritto civile comparato è stata poi svolta da Stephan Meder (Hannover), e ha avuto per oggetto un'auspicabile riforma della disciplina dei regimi patrimoniali della famiglia in Germania.

Il relatore ha iniziato rilevando come si sia prodotta, negli ultimi decenni, una notevole discrepanza tra *law in books* e *law in action* tanto che si potrebbe classificare larga parte del diritto tedesco in materia come «*totes Recht*». Lo dimostrerebbe in particolare il fatto che il BGB riserva tantissime previsioni sia al regime legale della *Zugewinnngemeinschaft* (§ 1363 ss.) sia al regime convenzionale della *Gütergemeinschaft* (§ 1415 ss.) e una sola previsione (§ 1414) alla *Gütertrennung* la quale sta però da molto tempo guadagnando (non solo in Germania) crescente importanza pratica.

Con particolare riguardo alla *Zugewinnngemeinschaft*, si è sottolineato come essa integri, in realtà, nonostante la denominazione, almeno fintantoché il regime perdura, una forma di separazione dei beni, venendo in rilievo l'elemento di comunione (peraltro solo in relazione agli incrementi) esclusivamente alla fine. Mentre la *Gütergemeinschaft*, ovverosia una comunione attuale relativa potenzialmente a quasi tutto il patrimonio degli sposi, è apparsa un regime anacronistico, e comunque svantaggioso, per esempio (ma non solo) per gli aggravati amministrativi e fiscali a esso collegati.

Il relatore ha peraltro escluso che una risposta adeguata alle esigenze attuali possa essere addirittura quella di rendere la *Gütertrennung* il regime legale, già solo in quanto la convinzione e la volontà dominanti nella popolazione tedesca sarebbero che perlomeno quanto si acquista durante il matrimonio sia (subito) comune a entrambi i coniugi, ciò che peraltro il regime legale della *Zugewinnngemeinschaft* – come poco sopra ricordato – non garantisce, non essendo esso parificabile e nemmeno funzionalmente



equivalente (nonostante che nella dottrina tedesca si trovi talvolta sostenuto il contrario) a una comunione attuale degli acquisti (*Errungenschaftsgemeinschaft*).

Tutto ciò considerato, la riforma preferibile per il sistema tedesco sarebbe – ad avviso del relatore – la radicale espunzione della *Gütergemeinschaft* dal BGB e l'introduzione di una possibilità di scelta, per le parti, tra *Zugewinnsgemeinschaft* e *Errungenschaftsgemein-*

*schaft*, lasciandosi così aperta un'alternativa tra separazione dei beni, sia pure con successiva compartecipazione agli incrementi, e comunione dei beni, sia pure limitata agli acquisti in costanza di matrimonio, alternativa questa che risulterebbe idonea a soddisfare al meglio le possibili, diverse esigenze delle famiglie tedesche contemporanee.

MAURO TESCARO

