

SENATO DELLA REPUBBLICA

1

Gandolfi

Estratti per Gandolfi -

Testo dell'articolo per
Fiori

55.012
2

ACADEMIE DES
PRIVATISTES EUROPEENS

AKADEMIE EUROPÄISCHER
PRIVATRECHTSWISSENSCHAFTLER



ACADEMY OF EUROPEAN
PRIVATE LAWYERS

ACADEMIA DE
IUSPRIVATISTAS EUROPEOS

ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI

PAVIA CENTRO - CAS. POST. 270
I - 27100 PAVIA

Pavie, le 30 juin 1998

Monsieur le Professeur,

Conformément au vœu exprimé par
plusieurs Collègues, qui souhaitent participer au recueil d'études en l'honneur
de Giuseppe Gandolfi, le délai pour l'envoi des contributions a été repoussé
au 31 janvier 1999.

En effet, il est dans nos intentions de publier un premier
volume du recueil au printemps prochain.

Avec nos sentiments les meilleurs,

Comité de rédaction

Etudes en l'honneur de Giuseppe Gandolfi

(Prof. Giovanni Cordini)

P.S.: Nous vous rappelons que votre contribution peut porter sur
l'argument de votre choix, qu'elle peut être rédigée dans l'une des langues
officielles de l'Académie (allemand, anglais, espagnol, français, italien) et
qu'aucune limite de longueur n'est prévue.

ACADEMIE DES
PRIVATISTES EUROPEENS

AKADEMIE EUROPÄISCHER
PRIVATRECHTSWISSENSCHAFTLER



ACADEMY OF EUROPEAN
PRIVATE LAWYERS

ACADEMIA DE
IUSPRIVATISTAS EUROPEOS

ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI

PAVIA CENTRO - CAS. POST. 270
I - 27100 PAVIA



Chiar.mo
Prof. Francesco De Martino
via Aniello Falcone, 258
80127 NAPOLI

Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa

Lo studioso al quale è dedicato il mio modesto contributo ha il merito grandissimo di aver dato studi importanti alla scienza romanistica e poi di avere spinto il suo sguardo al più vasto campo del diritto moderno, fuori dell'ambito accademico nazionale, proprio in un'epoca di grandi trasformazioni e nuovi assetti mondiali, entro i quali si svolge tra molti ostacoli il processo di formazione dell'Europa unita. Mi sembra quindi quasi doveroso esporre alcune considerazioni su di un aspetto che finora non ha suscitato nemmeno negli organi politici esistenti un interesse pari a quello di altri temi, come in primo luogo la moneta. Mi riferisco alla creazione di un diritto comune europeo. Esso naturalmente non è rimasto estraneo ai giuristi, ma non è finora divenuto oggetto di un processo di realizzazione. Basti pensare che una deliberazione del Parlamento europeo del 26 maggio 1989 con la quale si invitavano gli Stati membri a predisporre le misure per attuare un comune diritto civile rimase sconosciuta alla maggior parte di essi. Per muovere le acque fu convocato per iniziativa proprio di Gandolfi un Convegno internazionale a Pavia nell'ottobre del 1990 ed in esso si discusse dell'opportunità di iniziare con l'unificazione del diritto dei contratti, per i quali si pensava di incontrare minori ostacoli. Gandolfi da parte sua sostenne che movendo dal codice civile italiano era possibile una sintesi con il diritto francese, quello tedesco ed il common law. Già Peter Stein¹ aveva posto in evidenza che i giuristi romani erano più vicini alla giurisprudenza inglese di come non fossero quelli dei paesi con codici. In Italia Francia Germania, Paesi Bassi esistono associazioni di giuristi e studiosi singoli, che si occupano del tema, ma non vi è un collegamento organico con gli organi politici. Peggio ancora i romanisti si presentano divisi² ed in polemica non su punti particolari, ma su questioni fondamentali storico-teoretiche. Chi scrive nei suoi lontani anni giovanili ha collaborato attivamente ai numerosi volumi dell'Annuario di diritto comparato, anche senza essere un convinto assertore dell'utilità del metodo comparativo, ma per esigenze di vita—non proprio quelle di chi tira quattro paghe per il lezzo di carducciana memoria. Ebbi allora modo di farmi un'idea sulle diversità esistenti fra i vari diritti dei principali paesi europei. Il mondo di oggi è però mutato ed i problemi non sono più soltanto quelli propri dell'unificazione, ma investono i valori stessi della convivenza nella società e quelli della persona. Confesso quindi di non essere molto interessato alla disputa insorta tra i cosiddetti neopandettisti e gli storici puri del diritto, per alcuni dei quali ho stima ed ammirazione. E come non

¹ Roman Law and English Jurisprudence yesterday and today, Cambridge Univ. Press, 1969. Per un approfondimento comparativo tra Italia, Germania e Francia ed Inghilterra Gandolfi, La conversione dell'atto invalido, Milano 1984-1988.

² Bretone, La coscienza ironica della romanistica, Labeo 43, 2, 1997, 187 ss.; Behrends, Die Person oder die Sache?, ivi, 1998, 1, 26 ss. Ed in essi altri riferimenti bibliografici. Riserve critiche per entrambi in Guarino, ivi 1998, 2, 253 s. favorevole peraltro alla tesi principale di Bretone.

5
averla per un Behrends, che ai nostri tempi osa farsi editore e traduttore del Digesto o per un Bretone, che in un'ampia visuale della cultura antica e moderna si erge a campione della storicizzazione del diritto intrecciandolo con la filosofia e la sociologia?

A parte divergenze non secondarie su tale intreccio, il mio scarso interesse per la disputa dipende dal fatto che avrei preferito da personalità tanto dotate un aiuto nella ricerca delle soluzioni concrete che il nuovo diritto dovrebbe dare ai problemi del nostro tempo ed in che modo questo potrebbe essere realizzato. Io vorrei soltanto dire a proposito del metodo che l'unità del pensiero storico è indispensabile per comprendere la realtà del diritto di altre epoche, valutando poi volta a volta se furono più determinanti i fattori economici e sociali, quelli religiosi, culturali, filosofici o gli eventi bellici, rifuggendo da schematismi aprioristici. Considero tali sia la tesi della continuità del diritto romano, sia il suo opposto, cioè il relegarlo fra le anticaglie inutili del passato, dimenticando che in varie epoche esso è stato il solo fattore civile unificante dell'Europa. Per un altro verso i cultori del diritto e della sua storia non possono essere estranei ai grandi rivolgimenti di un'epoca, che già ha avuto inizio prima ancora dell'anno duemila, una data esaltata con enfasi per l'inizio del terzo millennio, come se fossimo in grado di conoscere quello che avverrà non dico nei mille anni futuri, ma nemmeno nei cento. Poiché tali rivolgimenti investono anche valori e principi fondamentali spetta ai giuristi assumersi le responsabilità delle scelte intorno alle quali si viene sviluppando un dibattito i cui termini sono confusi e non di rado ambigui.

Per rendere esplicito e chiaro il mio pensiero sceglierò un tema fra quelli di maggiore importanza, lo stato delle persone e della famiglia. Esso è in una zona di frontiera tra pubblico e privato e l'accentuazione dell'uno o dell'altro aspetto implica già una scelta. Non occorre risalire alla controversia famosa sulla Libertà degli antichi e dei moderni per rendersene conto. Questo tema oggi è in termini diversi da quelli risultanti dai precedenti storici, come sono stati lucidamente trattati da Fritz Sturm nel suo studio sulla recezione del diritto sullo stato delle persone dalla Francia alla Germania, Austria, Svizzera e Paesi Bassi.³ In tale studio si trattava di ricostruire la storia delle conquiste civili laiche avvenute nell'età della rivoluzione dopo che la Chiesa aveva per secoli tenuto i registri delle persone e degli atti di nascita, matrimonio, morte ad esse relativi, con tutti i problemi che le diversità di religione comportano. Oggi sebbene permangano controversie sulla legittimità per la Chiesa del matrimonio soltanto civile e del divorzio, non è su questo che insorge il più aspro contrasto, ma è sul valore e la definizione della famiglia, che correnti non trascurabili di opinione vorrebbero riconosciuta, diversamente

³ Die Rezeption des französischen Personenstandsrechts in Deutschland, Österreich und die Schweiz—
Ein Markstein auf dem Weg zur Gleichheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Zeit.f. Zivilstandwesen, 59
1991, 209 ss.

naturale, anche se costituite da due persone dello stesso sesso. Da altri invece si domanda il riconoscimento delle unioni di fatto, cioè unioni di carattere coniugale, senza le formalità del matrimonio civile o religioso che sia. A me pare che esista una diversità insuperabile tra le due rivendicazioni e non occorre nemmeno discuterne, tanto essa è evidente. La famiglia per sua natura ha per scopo la procreazione dei figli, il che non è possibile nelle unioni omosessuali, che vanno quindi considerate dall'ordinamento giuridico in un ambito del tutto diverso da quello della famiglia. Le unioni di fatto possono invece essere riconosciute e ricorrendo alcune caratteristiche essere equiparate alla famiglia legittima. Come è noto nel sistema romano dove esistevano vari tipi di matrimonio, quello più comune non richiedeva atti formali per la sua esistenza, ma due requisiti di sostanza, l'*affectio maritalis* e la coabitazione, che poteva essere interrotta per tre giorni, il *trinoctium*⁴, ciascun anno per evitare l'acquisto della patria potestà sulla donna mediante l'usucapione. Per aversi *iustae nuptiae* occorre che vi fosse il *conubium*, vale a dire la capacità matrimoniale nei coniugi, requisito che nel corso dei secoli venne esteso a tutti coloro che in seguito alla costituzione di Antonino Caracalla ottennero la cittadinanza romana, ma continuò ad esistere nel tardo impero per le unioni fra liberi e schiavi, fra romani e barbari e fra cristiani ed ebrei, con gravi sanzioni penali per i contravventori. Ancora nella legislazione giustiniana, dove pure non si usa più il termine *conubium* nel senso tradizionale, si trovano varie limitazioni e fra di esse quella relativa ai coloni vincolati alla terra. Per le conquiste dei diritti civili del nostro tempo tutte queste discriminazioni razziali e sociali sono cadute per la famiglia legittima e conseguentemente non possono risorgere nelle unioni di fatto. Per il loro riconoscimento il diritto europeo dovrebbe dettare la disciplina dei requisiti necessari, in primo luogo in qual modo si manifesta il consenso della coppia ed il tempo necessario per accertarne la serietà. Ovviamente non basta l'iscrizione in un registro comunale, come è stato stabilito da una amministrazione comunale in Italia, non so con quale potere, dato che le norme sullo stato civile sono contenute in una legge statale e così è da augurarsi che rimanga fino a quando non si adotterà un comune diritto europeo. Di altra natura è la questione concernente lo stato giuridico del concepito, che si è sostenuto debba considerarsi come persona contro la tradizione incontrastata romanistica, che teneva conto dei possibili interessi ereditari del nascituro, se il suo dante causa fosse premorto. Il diritto romano aveva escogitato la finzione espressa nella formula famosa "*conceptus pro iam nato habetur*", garantendone l'efficacia mediante la nomina di un curatore, il *curator ventris*, che doveva appunto vigilare durante il periodo della gestazione. Al di fuori di questo non si comprende come il concepito possa essere considerato una persona prima della nascita, se non per far ricadere

⁴ Idee originali sul *trinoctium* ora in L. Peppe, *Storie di parole, storie di istituti*, SDHLXIII, 1997, 186 ss.

74

l'aborto nel reato di infanticidio, con un aggravamento delle sanzioni preesistenti alla legge che lo permise, la quale può essere anche ritoccata, ma non va abrogata. Comunque sia, in gran parte dell'Europa comunitaria l'aborto è ammesso e non dovrebbe essere difficile giungere ad un'intesa per stabilire un regime giuridico uniforme, con deroghe dove non è ammesso. Per le coppie omosessuali è superfluo dire che per esse non deve esistere discriminazione, ma soltanto riconoscere che esse non sono equiparabili alla famiglia naturale.

In uno scritto brillante in questo stesso volume A. Guarino ha constatato le diversità profonde esistenti nei vari paesi ed accennato al grossissimo problema di uniformare gli ordinamenti di Civil Law e gli altri di Common Law. Egli ha nella logica del suo discorso ridotto a queste due categorie la classificazione dell'esistente, che nei comparativisti è molto più variopinta.

- Si può averne un'idea dalla ricerca approfondita fatta in tempi recenti da A. Pizzorusso⁵, il quale respinge come antiquata la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e sostiene che la classificazione debba considerare gli ordinamenti giuridici nella loro totalità. Con riferimento alle controversie di un tempo sull'impiego della dogmatica moderna nello studio del diritto romano, anche dopo la fine dell'usus modernus pandectarum, egli perviene alla conclusione che si può andare oltre le interpretazioni dei singoli ordinamenti e ricercare la spiegazione delle analogie e delle differenze. A me pare che il nostro compito sia quello di prendere conoscenza di quello che la comparazione ci offre e ricercare una sintesi storicamente ancorata alla realtà per giungere al fine ultimo, la creazione di un diritto europeo unificato. Sulle radici romanistiche torneremo alla fine di questo studio.

Bisogna riconoscere che allo stato attuale siamo ben lontani dal fine dell'unità del diritto. Nell'ottica degli organismi europei, dalla Commissione allo stesso Parlamento, che si appresta ad essere rinnovato per la quinta volta, non vi è la codificazione del diritto, ma l'avvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune (CE. Art. 3 lett. H), che viene inteso come spazio economico comune⁶. Questa è l'idea fondamentale ispiratrice del Trattato del 1958, che in fondo permane anche negli Atti successivi, nonostante gli indubbi progressi e l'affermarsi dell'Unione Europea come organizzazione economica e politica, proposta nel 1984 da Altiero Spinelli e passata dall'Atto Unico europeo (17-28 febbraio 1986) dopo varie vicende al Trattato sull'Unione Europea (Maastricht) del 7 febbraio 1992, che nell'art. N prevede una revisione, dalla quale è scaturita la Conferenza intergovernativa di Amsterdam con il relativo Trattato del 2

⁵ Sistemi giuridici comparati, 2a ed. Milano 1998, in particolare p. 162 ss. e gli A.A. Ivi citati

⁶ Vedi B. Beutler, R. Bieber, J. Piskorn, J. Streil, J. H. H. Weiler, L'Unione Europea (trad. It. Bologna 1998, a cura di V. Biagiotti e J. H. Weiler), p. 490 ss. ed A.A. Ivi cit.

8

ottobre 1997, generalmente ritenuto deludente per le questioni sociali ed il tema dell'occupazione, divenuto nel decennio di grande gravità. In questi vari passaggi si sono realizzati alcuni progressi per l'armonizzazione del diritto, ma sempre e soltanto per oggetti separati, intorno ai quali erano insorti dissensi e contrasti fra i membri della Comunità. Un campo importante per le connessioni con la libera circolazione dei beni è quello del diritto societario. Fino al 1977 la Commissione ha presentato 13 proposte di direttive, dieci delle quali sono state accolte. Alcune riguardano le società di capitali e quelle in accomandita semplice, altre le società per azioni, le fusioni interne e quelle internazionali. E' molto tormentata l'adozione di un modello di Società europea, sebbene sia stata prevista l'applicabilità in via sussidiaria del diritto interno per la struttura ed i metodi decisionali e riconosciuto il potere impositivo dello Stato dove si attua il rapporto negoziale. Ancor più contrastate sono tutte le proposte concernenti la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa. Il massimo che si è finora ottenuto è l'accordo sulla politica sociale, allegato al Trattato sull'Unione europea, nel quale si concede che il Consiglio può deliberare a maggioranza per la consultazione dei lavoratori, mentre in caso di cogestione vale la regola dell'unanimità. Nel 1994, superando le difficoltà passate, si è approvata la direttiva 45 7 (G.U.C.E. L.254/94 p.64), che ammette l'istituzione del Comitato d'azienda europeo, ma solo nelle imprese a dimensione comunitaria, per rendere più agevole l'esercizio del diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione⁷.

Bisogna purtroppo constatare che l'Europa unita politicamente ed economicamente non esiste ancora e la storia della sua nascita e del suo sviluppo ci aiuta a comprendere la realtà attuale, nella quale i problemi dei suoi organi e dei rispettivi poteri sono divenuti più complessi dopo l'ampliamento ai nuovi stati dell'Est europeo. La stessa codificazione delle norme dei vari trattati che si sono conclusi dal 1957 in poi si è arenata nelle secche della diversa tradizione giuridica dei paesi di common law, i quali considerano qualsiasi codificazione come una nuova legislazione. Il Consiglio europeo nella riunione di Dublino del 15 dicembre 1996 aveva richiesto di "presentare una versione considerevolmente semplificata dei Trattati in modo da renderli più leggibili e più semplici a comprendersi dai cittadini dell'Unione". Furono così soppressi un centinaio di articoli superati e si fece una nuova numerazione con il rischio di ulteriori difficoltà nel confronto con i testi precedenti. I temi dell'ampliamento della Comunità e della democratizzazione dei poteri, accrescendo quelli del Parlamento sono per loro natura prevalenti rispetto alle esigenze dell'unificazione giuridica, che ha finito con l'essere considerata come del tutto secondaria, il che rivela la mancanza di una visione organica complessiva del processo creativo dell'unità europea. Si possono addurre

⁷ per tutti questi dati v. Biagiotti-Weiler, L'Unione Europea cit., p.148

varie prove a sostegno di tale critica. La più importante di esse è l'assenza del tema dall'Agenda 2000, cioè il programma adottato per i prossimi anni, mentre nel Trattato di Amsterdam non vi è alcun accenno a questo argomento. Nella pubblicistica politica e nei dibattiti parlamentari, nei quali è di moda parlare di sfide, l'unificazione del diritto non è tra di esse né la si trova in interventi di uomini politici di mente acuta e solida formazione culturale, come il Sottosegretario agli Esteri P. Fassino il quale ha elencato ben sei sfide⁸, fra le quali non vi è l'unificazione del diritto. E' del tutto comprensibile che gli uomini di governo rivolgano la loro attenzione ai temi sui quali il dibattito è più vivo ed attuale. Meno si comprendono i silenzi degli organi comunitari, appena rotti da qualche voce isolata. Confesso di non aver potuto disporre di una documentazione completa, ma ho quanto basta per farsi un'idea dell'attività degli organi della CE. Trovo ad esempio una interrogazione dell'on. Ursula Braun Moser (PPE) del 1° settembre 1991 (92/C102/57) a sostegno della commissione Lando, dal nome del suo fondatore, il danese prof. Ole Lando, il quale stava lavorando alla definizione di comuni norme giuridiche relative all'adempimento dei contratti. L'interrogazione alla Commissione si estende alle norme di diritto civile aventi rilevanza economica. La risposta è abbastanza eloquente: la carenza di personale non ha reso possibile una partecipazione più stretta! Apprendiamo peraltro che un gruppo di esperti aveva elaborato un rapporto sui "principi di diritto contrattuale europeo" fin dal marzo 1991, ma esso non sembra che abbia indotto la Commissione a formulare proposte in materia. Gli organi della Comunità sono ossessionati dalla pleora dei provvedimenti che vengono via via emanati ed avvertono l'esigenza di semplificare e procedere alla codificazione dei provvedimenti, ma si è visto quali difficoltà rendono arduo anche tale proposito. Per di più vi è il timore che nella redazione di questi testi codificati si intacchino, coscientemente o meno, i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, che i trattati sanciscono, sebbene oggetto di controversie. Come esempio caratteristico dell'inquietudine ed insoddisfazione su tali temi si può vedere la risoluzione del Parlamento europeo pubblicata nella Gazzetta uff. della CE. N.C 167 del 2.6.1997, concernente varie relazioni della Commissione. Giustamente si distingue tra la redazione dei testi, che è un tema di tecnica giuridica, dai principi di sussidiarietà e proporzionalità che hanno un valore sostanziale e non possono essere pretesto per rimettere in causa quanto è stato acquisito sul piano comunitario o tornare al metodo intergovernativo rivelatosi inefficace e poco democratico. Esplicitamente si denuncia la tendenza a presentare in seguito al fallimento di iniziative più ambiziose o della politica del Consiglio "direttive quadro", con il rischio di creare un diritto incerto, meno vincolante, quindi un'armonizzazione fittizia e una trasposizione aleatoria agli ordinamenti giuridici nazionali. Il

⁸ In Dossier Europa, Anniversario Trattato di Roma 1957, anno X marzo 1997, p. 76 ss.

10
documento rileva "con preoccupazione" la mancanza di progressi nel periodo 1993-1996 in settori essenziali del mercato interno, segnatamente la libera circolazione delle persone e la società anonima europea e denuncia l'influenza negativa dell'utilizzazione del principio di sussidiarietà in senso contrario al trattato. Domanda l'impegno di "dimostrare in modo circostanziato", che il principio di sussidiarietà non è stato applicato a scapito dell'acquis comunitario. La risoluzione deplora l'inflazione di documenti preparatori, Libri verdi e bianchi etc. e di proposte legislative, che poi vengono ritirate. Quanto agli stati membri si rileva che essi spesso indorano le direttive comunitarie e che i parlamenti nazionali non controllano l'esatta trasposizione nelle leggi nazionali delle direttive stesse.

La critica è severa e può darsi che sia eccessiva. Essa però dimostra la riluttanza degli stati membri ad accogliere le norme comunitarie allorché esse contrastano con singole parti dell'ordinamento nazionale.

Sempre allo scopo di avere un'idea dello stato reale delle cose nell'ambito comunitario aggiungo a quel che ho posto in risalto più sopra qualche recente esempio concernente i risultati dell'iniziativa di semplificazione della legislazione (SLIM), di cui si sono avute due fasi, come risulta dalla Relazione della Commissione del 24.11.1997. Questa iniziativa è stata affidata a gruppi di cinque esperti e cinque rappresentanti di utenti della legislazione. Nella prima fase l'oggetto era la raccolta dei dati e la nomenclatura del commercio interno. Nello svolgimento della loro attività i Gruppi hanno constatato una contraddizione tra la volontà dei ministri di semplificare e la riluttanza ad adottare procedure adeguate allo scopo. Nella seconda fase l'oggetto è l'obbligo dell'IVA, Nomenclatura combinata per il Commercio Estero, servizi bancari, fertilizzanti. Colpisce la frammentazione della ricerca, né i fattori addotti per spiegare la selezione dei settori hanno alcunché di unificante. Nel loro lavoro i Gruppi si sono fatti guidare dal desiderio di non interferire sui processi di codificazione normativa in corso, il che si giustifica solo nell'ipotesi che tali processi non avevano alcun bisogno di semplificazione. Per quanto riguarda i vari settori, le maggiori difficoltà si sono rilevate nella disciplina dei servizi bancari (v. All. 4 alla Relazione).

Interessante per la conoscenza dello stato reale dell'attività degli organi comunitari è la Comunicazione della Commissione del 27.5.1998 sull'iniziativa "Legiferare meno per agire meglio". Vi si legge che il fine di un'azione più efficace per l'integrazione europea ha ottenuto progressi sostanziali non specificati, mentre si considerano meritevoli di riflessione alcuni casi in cui il Consiglio ha sovraccaricato le proposte, date le esigenze degli Stati membri: Zoo, protezione degli animali, prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, norme tecniche per le quali ultime il Consiglio ha adottato formulazioni molto più complesse della proposta iniziale, trasformando due definizioni di poche righe in un

testo lungo e prolisso. Infine il documento segnala che nella legislazione nazionale non vi è nessun segno di diminuzione.

Mi sembra che vi sia quanto basta per la fondatezza della tesi critica di una totale mancanza nei programmi degli organi comunitari di una codificazione del diritto privato; la *Communis Europae Lex* (CELEX) è un sistema informatico in cui si pubblicano tutti gli atti e le proposte in materia di legislazione comunitaria e non ha nulla da vedere con l'unificazione.

A proposito degli Stati va rilevato che in Italia in una fase iniziale la Corte Costituzionale (n.14,1964) ha considerato le norme comunitarie al pari di leggi ordinarie, nel respingere il ricorso Costa sulla illegittimità costituzionale della legge di nazionalizzazione dell'Energia elettrica ed istituzione dell'ENEL in contrasto con la Corte di giustizia europea, che affermava la preminenza del diritto comunitario su quello interno. Successivamente la Corte italiana ha finito con l'accogliere (n.187, 1973) il principio della prevalenza, ponendo a base della decisione l'art. 11 della Costituzione⁹, che prevede, com'è noto, limitazioni della sovranità per assicurare la pace e la giustizia tra i popoli. Che la CE sia un'organizzazione internazionale utile per la pace è indubbio, ma solo con una certa forzatura interpretativa si può farla riconoscere rispondente ai fini dell'art.11. Ad ogni modo nella sostanza delle cose è stato bene individuare un fondamento costituzionale all'adesione al Trattato istitutivo della CE, superando le resistenze che si opponevano ad essa. In seguito la Corte nel ribadire i suddetti principi li ha però dichiarati applicabili anche agli atti di esecuzione di singole norme del Trattato da parte degli organi comunitari, Corte di giustizia compresa (sent.n.239 del 1989). In tal modo sorge un nuovo problema, quello del sindacato di legittimità costituzionale su qualsiasi attività normativa della CE¹⁰. A mio parere la questione deve essere mantenuta nell'ambito del diritto interno italiano e non si può contestare il potere della Corte costituzionale di dichiarare l'esistenza di un contrasto con principi fondamentali del nostro ordinamento, salvo a vedere con rigore quali essi siano. Su altri temi che sono stati esaminati in tempi recenti vi è una positiva tendenza delle due Corti ad uniformare le loro decisioni. L'evoluzione dei rapporti comunitari e l'insorgere di nuove e non sempre facili occasioni di dubbi richiede da parte nostra una normativa adeguata, che si stava predisponendo dalla Commissione bicamerale per la riforma della seconda parte della Costituzione, che però non è giunta a compimento in conseguenza della fine poco felice della sua attività. Bisogna peraltro riconoscere che il tema dell'unità giuridica dell'Europa non è fra quelli predominanti, anche se vari leaders dei partiti italiani sono

⁹ V. l'ampia esposizione di A. Cassese in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, I (Bologna 1975), 579 ss. con bibliografia, aggiungi Paladini ed altri cit. in Biagiotti-Weiler, 153 n.35 e Sorrentino, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia della Comunità europea* I, Milano 1970; Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, Giur. Cost. 1973, 2405 ss.

¹⁰ V. i numerosi AA citati per tale sentenza in Biagini-Weiler, 154 n.45

membri anche del Parlamento europeo. Tuttavia sono stati affrontati non pochi sacrifici dal paese per conseguire nel campo della finanza pubblica i parametri necessari per partecipare all'adozione della moneta unica, l'Euro. Se da questo deriveranno vantaggi di ordine economico-sociale vi sarà una spinta ulteriore per procedere con maggiore impegno verso l'unificazione dell'ordinamento.

Sempre nel modo frammentario che si è detto sono stati negli ultimi tempi conseguiti progressi importanti. Fra di essi va segnalato l'Atto del Consiglio del 28 maggio 1998, che ha stabilito la Convenzione concernente la competenza il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali. Sotto questo titolo non vi sono soltanto norme relative alla procedura ed alla competenza dei giudici ma anche norme di carattere sostanziale che riguardano la responsabilità dei genitori verso i figli, gli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, misure sul patrimonio, che sono al confine tra l'esecuzione ed il diritto sostanziale. Il tema del matrimonio, del divorzio e dell'annullamento è del resto per sua natura procedurale e sostanziale assieme. Date le diversità esistenti nei vari stati membri la Convenzione ha lasciato che il diritto nazionale continuasse ad esistere se non in contrasto con i principi in essa affermati. Anche la questione più delicata e spinosa della competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici per l'annullamento del matrimonio, come in Portogallo, o concorrente come in Italia e Spagna è stata risolta nel senso del mantenimento degli obblighi concordatari salvo il rispetto delle condizioni poste nel titolo III. Per l'Irlanda si è adottato un protocollo particolare. Ho esposto in sintesi il contenuto di questa convenzione, che si è avvalsa del potere conferito al Consiglio dall'art. K (precisamente Titolo VI del Trattato UE) perché esso potrà essere seguito da altre iniziative analoghe. Già del resto il Consiglio aveva stabilito una convenzione sulla notifica e ratifica negli Stati dell'UE degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, con il fine di accelerare la procedura di trasmissione degli atti e di rafforzarne la certezza giuridica. Altro passo sulla via dell'unificazione è la norma della convenzione sul matrimonio, che attribuisce alla Corte di giustizia dell'UE la competenza sulle controversie derivanti dall'applicazione delle norme del Trattato, togliendola ai giudici degli Stati membri. Concludo questo breve e non certo esauriente contributo. Non vedo, dato il comportamento degli organi comunitari e l'incompiuta creazione dell'Europa politica istituzionalmente unita una codificazione del diritto non è alle porte. Ma più il processo di integrazione avanzerà, più entreranno in campo tecniche destinate a rivoluzionare i rapporti giuridici e gli stessi modi di essere materiali - si pensi che sono già in corso gli studi e le proposte per la comunicazione elettronica della firma e di quella confidenziale, come a dire crittografia (C.U.C.E. 22.5.98 C.157,01) - per renderci conto di quello che ci attende.

L'unificazione comporta anche il superamento dei diritti nazionali, il che non vuol dire la loro totale scomparsa, se l'Europa unita non sarà avvolta in una grigia uniformità. Un buon ordinamento federativo le permetterà di essere unita e diversa ad un tempo, nella cultura, nell'arte ed anche nelle concezioni giuridiche in quelle parti, che saranno in grado di regolare adeguatamente le realtà nuove. Solo il corso della storia alla fine deciderà del futuro. Ma anche il nuovo conterrà in sé tradizioni e pensieri che vengono da lontano. Certo un'Europa unita non è compatibile con l'attuale stato farraginoso della legislazione comunitaria.¹¹ Tra le tradizioni che sono valide vi sono quelle che risalgono al diritto romano. Non proprio nel senso che vari vagheggiano¹², ma in quello che esso in fasi precedenti le codificazioni ha costituito la base per molte norme giuridiche ed ancora oggi talune parti del diritto privato risentono dell'origine romanistica. Non si può rifiutare il giudizio espresso nella previsione pessimistica di P. Koschaker sulla crisi del diritto romano che nella sua eliminazione dall'insegnamento ne avrebbe sofferto la formazione scientifica del giurista. E' molto difficile comprendere un sistema giuridico, anche quando è regolato in un codice, se non se ne conosce la storia. Dall'altro lato la giurisprudenza romana ci ha lasciato un modello insuperato per collegare al caso concreto una norma od un principio. Se aveva ragione Kunkel di sdegnarsi, come riferisce Sturm, del fatto che un alto funzionario tedesco non conosceva nemmeno il nome di Savigny, il che non gli aveva impedito di ascendere ad alti gradi della gerarchia e divenire professore onorario, io temo come male peggiore che i problemi nuovi della nostra epoca si affrontino con un esasperato tecnicismo, trascurando la realtà umana cui la norma è destinata, una realtà che nella gerarchia dei valori dovrebbe essere al disopra di tutto. Parafrasando una felice espressione di Jhering "Per il diritto romano, ma oltre di esso" oggi direi nella costruzione dell'unità europea "Per il progresso tecnico, ma più avanti di esso."

¹¹ Per averne una pallida idea basta dare uno sguardo al volume di A. Santa Maria, *Diritto commerciale comunitario* (2a ed. Milano 1995), in particolare pp. 516-571.

¹² Mi limito a qualche recente esempio: F. Fernandez de Bujan, *Aportacion del derecho romano al proceso de elaboracion del derecho de la Union Europea*, SDHLLXIV, 1988, 529 ss. il quale ritiene che la giurisprudenza comunitaria assai spesso si richiama ai principi fondamentali anche degli stati membri, nei quali è presente l'influenza del diritto romano. Più documentate ricerche in L. Vacca, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativistica*. Atti Congr. Intern. Pisa 1990, Milano 1991; *Equilibrato giudizio* in F. Sturm, ZSS. CXI, 1994, 664 ss.

Donello - Savigny - ⁺⁺⁺ (Sociologia) Daren & Karl - Alf Ross - Wilhelm
 Andstet ⁺⁺⁺ Feinberg Kelsen W. Alty - Hobbes -

significare la riflessione storica sui somati e esomati, non for-
 marsi a Cicerone, Seneca - Plutarco una legge felice di Alessandro
 Plotino e Ammiano di Apollonio - sino a Proclo - Ammonio - Sim-
 plicio

studi grammaticali Donato Trice (contemp. di M. (av.) Elio Donato
 Flavio Corrado - Ovidio - Orazio e Ausonio Ovidio
 Betri - Kunkel - Hugo - Richard Leupert Niklas Luhmann
 Buckard - Henry Thomas Buckle (185) George Steiner
 Münster Kunkel M. Weber (197) Novelli e Ruto
 [definizione degli istituti neoplatonici 197] Lend - Scholem e
 Benjamin (198) Meyer - Gotha - etasione & versi sigli
 (199) Schopenhauer - Valery (200) J. Martin (ovvisti)

La storiografia non ha un obiettivo preciso la sua
 ragione: 201

Lo storico ha sufficiente ironia per sapere che il mondo
 presenta un giorno più e meno di lui, un anche altrettanto
 ripresenta su breve la voce contro i profeti di un mondo
 senza storia -

55. 2. 28 13

PER UN DIRITTO EUROPEO

Lo studioso al quale è dedicato il mio modesto contributo ha il merito grandissimo di aver dato contributi importanti alla scienza romanistica di avere anche spinto il suo sguardo al più vasto campo del diritto moderno, fuori dell'ambito accademico nazionale proprio in un'epoca di grandi trasformazioni e nuovi assetti mondiali, entro i quali si svolge tra molti ostacoli il processo di formazione dell'Europa unita. Mi sembra quindi quasi doveroso esporre talune considerazioni ad un aspetto che finora non ha suscitato nemmeno negli organi politici esistenti un interesse pari a quello di ~~di~~ altri temi, come in primo luogo quello della moneta. Mi riferisco alla creazione di un diritto comune europeo anche nei suoi spazi privati. Esso naturalmente non è rimasto estraneo ai giuristi, i quali però si presentano divisi ed in polemica non su punti particolari, ma sull'insieme. Chi scrive nei suoi lontani anni giovanili ha collaborato molto attivamente ai numerosi volumi dell'Annuario di diritto comparato ed anche senza essere, fin da allora, un convinto assertore del metodo comparativo - le ragioni che mi spinsero a quel lavoro erano meno nobili, ma essenziali per la sopravvivenza e non come i manzoniani di carducciana memoria per tirare "quattro paghe per il leso" - ebbi modo di farmi un'idea di quali fossero le diversità tra i vari ordinamenti giuridici dei principali paesi europei. Oggi il mondo è mutato ed i problemi giuridici vanno anche oltre le difficoltà proprie dell'unificazione, inestono valori fondamentali della convivenza umana e della persona. Confesso quindi di non essere grandemente interessato della disputa tra cosiddetti neopandettisti e storici puri del diritto, nonostante il rispetto e la stima che ho per alcuni dei combattenti in campo aperto, un Barends, che ai nostri tempi osa farsi editore del Digesto od un Bretonne, per il quale la stima si converte quasi in ammirata invidia, quando lo vedo padroneggiare gli sterminati spazi della cultura antica e moderna(1). Ma io avrei preferito che personalità tanto dotate ci avessero aiutato nella ricerca delle soluzioni concrete che il nuovo diritto dovrebbe dare ai problemi del nostro tempo ed in che modo questo potrà essere realizzato.

55 - 2 - 1 To Prof. Fr. De Martino

with best regards
Peter Stein

ROMAN LAW AND ENGLISH JURISPRUDENCE YESTERDAY AND TODAY

AN INAUGURAL LECTURE BY
PETER STEIN

*Regius Professor of Civil Law in the
University of Cambridge*

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS

5s (25p)
net in UK

95 cents
in USA

14.3.2
1979

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

VIII

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts

Sonderdruck



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1979

Sam 22. 8. 5 16

**ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE**

HERAUSGEGEBEN VON
TH. MAYER-MALY, D. NÖRR,
A. LAUFS, W. OGRIS,
M. HECKEL, P. MIKAT, K.W. NÖRR

HUNDERTVIERTER BAND
CXVII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



1987

HERMANN BÖHLAUS NACHE. WIEN—KÖLN

Sonderdruck | Im Buchhandel einzeln nicht käuflich!

55.216
191

ACCADEMIA DI SCIENZE LETTERE E BELLE ARTI
DEGLI ZELANTI E DEI DAFNICI
ACIREALE

FRITZ STURM

LA SORTE DEL COGNOME NELLE VIGENTI LEGISLAZIONI
DI ALCUNI STATI EUROPEI



ACIREALE
1987

ESTRATTO DA:

RIVISTA DI STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

ANNO LXII - 1989 - VOL. LXII

p. 524 - 529

FONDAZIONE SERGIO MOCHI ONORY
PER LA STORIA DEL DIRITTO ITALIANO
ROMA

LAURA MOSCATI, *Il carteggio Hänel-Baudi di Vesme per l'edizione del Codice Teodosiano e del Breviario Alariciano*, Roma s.d. (ma 1987), Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, pp. 347 (Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, 27).

L'autrice di questo libro, Laura Moscati, non è una sconosciuta. Le sue monografie *Alle origini del Comune romano, Economia società istituzioni* (Quaderni di Clio 1 [1980]), e *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la restaurazione e l'unità* (Quaderni di Clio 3 [1984]), la scoperta, la pubblicazione e il commento di studi inediti di Carlo Baudi di Vesme sul codice Teodosiano ('memoria' presentata dal compianto Maestro Edoardo Volterra all'Accademia nazionale dei Lincei, in *Atti Cl. sc. mor. stor. fil.* VIII 27 [1983] 1-78), e tutta una serie di contributi storiografici dei quali il più notevole è quello dedicato a Carlo Baudi di Vesme (*Carlo Baudi di Vesme e la storiografia giuridica del suo tempo*, in «Boll. storico-bibl. subalpino», LXXX [1982], pp. 493-574) le hanno procurato un meritato prestigio.

Il suo terzo libro, di cui ora ci occuperemo, consente agli storici del diritto europei di salutare nella giovane collega una studiosa che giustifica grandi speranze.

L'introduzione al carteggio. - Oltre alle lusinghiere recensioni di talune delle sue opere (cfr. «Riv. St. dir. it.», LVIII [1985], pp. 451 sg., 521 sg.), i lettori di questa rivista conoscono già una parte del libro della Moscati: si tratta dell'introduzione al carteggio, che fu pubblicata a parte nella Rivista LVIII (1985), pp. 57-136, ma che è stata poi arricchita da un certo numero di aggiunte e integrazioni per l'edizione del libro.

Nelle note che accompagnano le lettere intercorse fra le due personalità, Laura Moscati rinvia d'altronde molto spesso a questa introduzione, che costituisce una penetrante analisi dello stesso carteggio; con tale presentazione l'A. riesce a mettere in risalto non solo l'essenza delle idee scambiate fra i due grandi storici del diritto, il professore di Lipsia Gustav

Friedrich Hänel (1792-1878) e il conte Carlo Baudi di Vesme (1809-1877), ma anche, ponendosi ad un livello più alto, i collegamenti culturali esistenti fra l'ambiente subalpino dell'epoca carlo-albertina e la cultura giuridica tedesca coeva.

Le ragioni dello scambio epistolare. - Quando e per quale ragione le due personalità entrarono in contatto?

Preparando una dissertazione sui tributi delle Gallie sotto la dominazione dei Franchi, lavoro premiato dall'Accademia delle Iscrizioni e Belle Lettere di Parigi, il Baudi esaminò il palinsesto torinese a II 2, ritrovato da Amedeo Peyron, e riuscì ad individuare ventidue nuove costituzioni su fogli sfuggiti al Peyron. Questa scoperta preoccupò lo Hänel che stava per pubblicare una nuova edizione del Teodosiano, della quale i primi cinque libri erano già stampati.

Tramite l'intervento del Savigny e dello Sclopis, ma anche in seguito all'iniziativa personale del Baudi, si instaurò dal 1836, anno delle prime lettere, una mutua collaborazione fra i due studiosi che si attenerà solo a partire dal 1848 per cessare nel 1871, sei anni prima della morte del Baudi, fra l'altro socio delle Accademie delle Scienze di Torino e di Berlino e dell'Istituto archeologico prussiano di Roma.

Il contenuto delle lettere. - Su quali temi verte lo scambio epistolare tra i due giuristi?

Numerose lettere del Baudi informano lo Hänel delle letture del palinsesto torinese e di altri manoscritti che collaziona per il suo corrispondente. Altre annotano l'edizione haeneliana proponendo modifiche o segnalando varianti. Altre ancora comunicano al professore di Lipsia la scoperta di nuove fonti, in particolare iscrizioni. Per quanto riguarda lo Hänel, questi, da una parte, accetta le critiche, dall'altra cerca di difendere il suo testo. Anche lui, del resto, fornisce preziose notizie al suo amico, che in tal modo può usufruire, per la sua edizione del Breviario Alariciano, delle varianti dei manoscritti che lo Hänel aveva esaminati nelle principali biblioteche europee.

Il Baudi è anche molto interessato ad ampliare i propri orizzonti storiografici. Desidera conoscere le nuove pubblicazioni tedesche concernenti direttamente o indirettamente i suoi progetti. E lo Hänel non solo gli dà tutti i chiarimenti di cui ha bisogno, ma gli fa anche inviare i lavori più importanti della produzione scientifica tedesca.

Infine si discute sull'origine della *Lex Romana Ulpianensis* chiamata oggi più spesso *Lex Romana Curiensis*. Baudi l'attribuisce alla Rhaetia, Hänel alla stessa Coira. Ma la controversia non è spenta (per l'origine italiana, p. es. Volterra, in IURA XI [1960], pp. 275 sgg.).

Le lettere scambiate hanno uno stretto carattere scientifico. Mancano quasi completamente accenni alla molto movimentata politica dell'epoca o

alla vita familiare. Fanno eccezione la lettera 56 in cui Hänel parla della rivoluzione del 1848 e dei pretesi più di 800 morti di Berlino (erano in realtà solo 248, cfr. DELBRÜCK, *Weltgeschichte* IV, 2ª ed., Berlino 1931, p. 734) e la lettera 57 in cui Baudi sembra accennare alle insurrezioni e alla prima guerra italiana d'indipendenza (1848/49). Tutti e due furono però deputati, Baudi anche senatore. Appartenevano all'ala moderata (Baudi) o conservatrice (Hänel).

L'utilità dell'edizione. - Alla pubblicazione del carteggio sono interessati tutti gli storici del diritto, e fra questi in prima linea i romanisti. Infatti, il palinsesto torinese a II 2, che ha cagionato la curiosità dello Hänel, bruciò nel 1904 durante l'incendio della Biblioteca Nazionale di Torino. Certo, esiste un apografo di Paul Krüger da lui stesso pubblicato (cfr. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte* cit., p. 126 n. 164; *Carteggio*, pp. 15, 87 n. 349). Ma non solo Krüger si è basato sull'apografo del Baudi e sulle glosse che quest'ultimo apportò all'edizione del Peyron; come la Moscati ha dimostrato, talvolta la lettura del Baudi è più completa di quella successiva del Krüger (cfr. p. es. p. 194 n. 34). Malgrado o proprio a causa della sua grande miopia, il Baudi leggeva infatti molto bene i manoscritti, decifrava il quasi indecifrabile e scopriva perfino tracce di scritture quasi interamente scomparse. Il carteggio, che contiene elenchi impressionanti di letture del Baudi e rilevanti dispute con lo Hänel relative al testo originario, costituisce dunque uno strumento di lavoro basilare per chi voglia accingersi alla preparazione d'una nuova edizione o, per lo meno, all'analisi di passi la cui lettura è controversa.

Altrettanto rilevante è il libro della Moscati per la storiografia generale e per quella, in particolare, dell'ambiente culturale del Piemonte nel periodo carlo-albertino; per l'influenza della scuola storica tedesca; per la relazione fra Università e Accademie; infine per lo studio della personalità degli studiosi e del metodo della loro collaborazione.

a) Si evince dall'introduzione e dal carteggio che Baudi di Vesme fu fra i primi studiosi italiani che, sapendo perfettamente il tedesco, ha capito e seguito gli insegnamenti della scuola storica tedesca e dello stesso Savigny a cui, se necessario, le critiche non venivano tuttavia risparmiate. La "tedescheria" del Baudi sembrò a molti esagerata, ma questi - la Moscati l'ha dimostrato a più riprese - fu un pioniere che non voleva camminare su vie già battute.

b) A differenza di quanto accadeva in Germania nello stesso periodo, i migliori spiriti italiani non insegnavano all'Università, ma operavano nelle Accademie che, come quella di Torino, erano l'avanguardia del progresso scientifico. Ma quello che contava in tutti e due i paesi - e la Moscati mi sembra un poco sottovalutarlo - non era il sostegno materiale o ideale da parte di istituzioni pubbliche, bensì l'impegno personale, l'abnegazione ed i sacrifici - prima di tutto economici - di cui singoli studiosi, quali lo Hänel e il Baudi, davano prova. E benché solo poche fortunate persone po-

tessero permettersi questo lusso - lo Hänel per otto anni (1821-1829) visitò biblioteche della Svizzera, della Francia, della Spagna, del Portogallo e dell'Inghilterra -, i risultati furono assai più rilevanti che al giorno d'oggi, in cui una borghesia impoverita non può far altro che mendicare sussidi e contributi statali.

c) La Moscati appare troppo 'diplomatica' riguardo al comportamento dello Hänel nei confronti del suo corrispondente. Infatti quest'ultimo suggerì al suo amico di rinunciare all'edizione progettata del Teodosiano e di limitarsi alla pubblicazione dei soli frammenti scoperti nel palinsesto torinese: egoismo e prepotenza germanici appaiono in questa circostanza mal camuffati. La Moscati pone (pp. 56, 83) però giustamente in evidenza certe oscillazioni del carattere dello Hänel: dopo aver approvato (lettera 17 pp. 177 sgg.) un emendamento baudiano, il professore di Lipsia lo combatte nella recensione pubblicata. Hänel, inoltre, pubblica senza informarne l'amico uno studio relativo al *Constantini edictum de accusatoribus* (cfr. lettera 20 pp. 188 sgg. e lettera 57 pp. 312 sgg. e nota). Infine, nell'edizione della *Lex Romana Visigothorum* (Leipzig 1848, p. XXIII), Baudi si vede pubblicamente attaccato dallo Hänel.

I meriti della Moscati. - Ricerche d'archivio che fanno conoscere materiale sconosciuto sono sempre molto meritevoli. Ma quello che desta particolare ammirazione è il fatto che per preparare l'edizione del carteggio la Moscati non si è accontentata di consultare la sezione dedicata a Baudi negli autografi del Fondo Patetta della Biblioteca Apostolica Vaticana, ma ha studiato il Nachlass Hänel conservato nella Karl-Marx-Universitätsbibliothek di Lipsia e si è recata a Berlino-Est, a Bonn, a Heidelberg, a Stoccarda ed a Marburg oltre che a Cagliari. Mentre in quest'ultimo caso la studiosa romana ha voluto ritrovare le testimonianze della presenza del Baudi in Sardegna - il conte fu, come sottolinea la nostra A. p. 87, socio fondatore e presidente della Società mineraria Monteponi e fece costruire una ferrovia sino a Portovesme - in Germania, si è soffermata ad esaminare i Nachlässe del Mommsen, del Krüger, del Mittermaier e del Savigny.

Da rilevare sono naturalmente anche la pazienza e il coraggio con cui la giovane autrice ha affrontato lo studio dell'immenso materiale, nonché la sua capacità di decifrare e interpretare lettere scritte in un latino non sempre facile da capire ed altre in tedesco, nella scrittura gotica, ed ove abbreviazioni e sigle si alternano con citazioni dotte.

La Moscati ha anche dato una datazione a tutte le lettere che ne erano prive. Un compito assai difficile in cui è riuscita solo in quanto esperta conoscitrice dei carteggi di tutte le grandi personalità collegate in un modo o nell'altro a Baudi ed ai suoi amici. Quanto ardua sia questa impresa può essere evidenziato dalla lettera 57 (pp. 312 sgg.). L'A. conclude che questa missiva del Baudi dovrebbe essere stata scritta fra il 29 dicembre 1851 (termine *post quem*) e il 7 gennaio 1852 (termine *ante quem*). La Moscati deduce ciò dal fatto che la lettera allude a un lavoro che il Baudi ha pub-

blicato sul problema dei *diplomata militaria* nelle Memorie dell'Accademia di Torino nel 1851 e che aveva affidato al Mittermaier con la preghiera di consegnarlo allo Hänel. Ora, come la Moscati ricava da due lettere dello Sclopis indirizzate al Mittermaier e scoperte nel fondo omonimo della biblioteca universitaria di Heidelberg, Mittermaier si fermò probabilmente a Torino fra il 29 dicembre 1851 e il 7 gennaio 1852. Certa perplessità suscita però la frase contenuta nella stessa lettera del Baudi: «Quot quantisque motibus iam biennium agitur Italia nostra probe nosti; nec igitur miraberis inter armorum strepitum et civiles turbas magis adhuc silere musas quam antea consueverint». L'anno 1851 non si concilia facilmente con il contenuto della lettera del Baudi. La prima guerra d'indipendenza era iniziata il 23 marzo 1848: il 29 dicembre 1851, tre anni e mezzo più tardi, non si poteva infatti scrivere «iam biennium agitur Italia nostra». Quest'osservazione non toglie però nulla al merito dell'A., che non soltanto ha datato molte lettere in maniera inattaccabile, ma le ha tutte commentate in modo esemplare. Ogni missiva è accompagnata da un vasto apparato di note, di cui quelle designate con lettere indicano particolarità di scrittura o difficoltà di decifrazione, mentre le altre designate con numeri forniscono riferimenti a persone, oggetti, testi e fonti ai quali la lettera stessa allude, ma che per il lettore attuale non sono palesi. A differenza dell'edizione di tanti altri carteggi, il contenuto e il significato delle lettere scoperte e pubblicate dalla Moscati diventano così chiare e si uniscono in una fitta rete di notizie fra loro collegate, aprendo profondi squarci su connessioni e scambi culturali finora sconosciuti o trascurati.

Esemplari sono anche i diversi indici, che con grande minuziosità l'A. ha posto in calce alla sua monografia.

a) L'utilissimo indice delle fonti permette di ritrovare tutti i passi sui quali si trovano accenni nelle lettere, nel loro commento o nell'introduzione, e questo non solo per quanto riguarda le costituzioni del Teodosiano e delle novelle postteodosiane, ma anche delle altre fonti postclassiche o giustiniane e perfino del *Corpus Inscriptionum* al quale l'A. rinvia costantemente nelle note.

b) Segue poi l'impressionante indice delle ben 31 biblioteche che conservano oggi i manoscritti che sono citati nell'opera della Moscati, elenco che contiene l'esatto rinvio alle pagine e alle note del libro.

c) Il libro si chiude con l'indice dei nomi. Superfluo sottolinearne l'utilità, dato che contiene non solo i nomi delle 'autorità' che ci tramandano le fonti antiche, ma anche quelli di tutte le personalità di cui è questione nelle lettere, nel commento e nell'introduzione. E siccome l'A. correda la sua opera di un ampio apparato bibliografico - non le è sfuggito nessun lavoro della vasta letteratura secondaria francese, italiana e tedesca - questo indice permette anche di ritrovare la citazione completa di un contributo più volte citato. L'unica cosa che non riesco a spiegarmi è perché l' iniziale del nome di Savigny sia K e non C, quando questi in realtà si firmò

sempre Carl e non Karl, come del resto attestano pure le edizioni delle sue opere.

La dedica. - Laura Moscati ha dedicato la sua monografia ad un comune Maestro e paterno Amico, il compianto Edoardo Volterra. Lui, che ha fatto tante penetranti analisi del Teodosiano (cfr. MOSCATI, *Carteggio*, pp. 27 nota 25, 29 nota 37, 60 nota 95), ha suggerito la pubblicazione del carteggio, consigliato, incoraggiato e sostenuto la giovane studiosa romana. E lei ha manifestato la sua gratitudine in triplice maniera. In primo luogo ha messo in particolare rilievo il contributo e gli apporti originali di un autore italiano che fra i primi ha adottato i metodi della scuola storica tedesca ed i cui meriti storico-giuridici non dovevano, secondo i voti del Volterra, cadere nell'oblio. In secondo luogo ha dato prova di capacità di analisi e di penetrazione, di impegno e di tenacia per le ricerche, anche faticose, che il Maestro fu felice di riscontrare nei suoi allievi. È stata infine vicina a lui nei mesi in cui combatteva con la morte, dandogli, attraverso la sua applicazione ed il suo entusiasmo, la certezza che, dalle mani del Maestro, prenderà la fiaccola e la porterà avanti anche in tempi in cui soffiano venti sfavorevoli alle scienze prive di diretti sbocchi professionali o materiali.

FRITZ STURM

55.812 74

Extrait des
Mélanges Pierre Engel

Lausanne 1989

Senato della Repubblica - Archivio Storico

Festschrift
für Hubert Niederländer

zum siebzigsten Geburtstag
am 10. Februar 1991

Herausgegeben von
ERIK JAYME · ADOLF LAUFS · KARLHEINZ MISERA
GERT REINHART · ROLF SERICK

SONDERDRUCK



HEIDELBERG 1991

CARL WINTER · UNIVERSITÄTSVERLAG

Le contrat d'apprentissage dans l'Antiquité

par FRITZ STURM

I. Le contrat d'apprentissage moderne

1. Au cours de notre siècle, conception et structure du contrat d'apprentissage ont subi de profonds changements. En effet, le législateur est intervenu: d'une part pour régler les conditions que doivent remplir les parties pour y avoir accès; d'autre part pour préciser les prérogatives et les obligations qui incombent au maître d'apprentissage et à l'apprenti. J'utilise cette terminologie bien qu'elle puisse paraître dépassée, vieillotte. En effet, en France, on ne parle plus de maître d'apprentissage et d'apprenti, mais d'employeur et de travailleur¹.

Le législateur allemand, quant à lui, est allé jusqu'à bannir le terme *Lehrling* du vocabulaire juridique². On le remplaça par *Auszubildender*, travailleur à

¹ L'art. L. 117-1 Code du travail définit le contrat d'apprentissage comme „contrat de travail de type particulier par lequel un employeur s'engage, outre le versement d'un salaire, à assurer une formation professionnelle méthodique et complète à un jeune travailleur". L'art. 117bis précise qu'il s'agit d'un travailleur „en première formation professionnelle alternée". En revanche, la Belgique a conservé la terminologie traditionnelle; cf. la loi du 19 juillet 1983 sur l'apprentissage de professions exercées par des travailleurs salariés (Monit., 31 août). L'art. 3 de cette loi définit le contrat d'apprentissage comme „contrat à durée déterminée par lequel le patron s'engage à donner ou à faire donner à l'apprenti une formation en vue de l'exercice de la profession choisie, et par lequel l'apprenti s'oblige à apprendre sous l'autorité du patron la pratique de la profession et à suivre, sous la surveillance de celui-ci, les cours nécessaires à sa formation".

Les articles 2131 à 2134 du Code civil italien et la loi italienne no. 25 du 19 janvier 1955 encore en vigueur parlent comme toujours de *stirocinio*, *apprendistato*, *apprendista*.

² Cf. le *Berufsbildungsgesetz* du 14 août 1969 (BGBl. I, 1112, modifié par la loi du 23 décembre 1981, BGBl. I, 1692).

L'Autriche et la Suisse continuent, en revanche, à employer les termes traditionnels de *Lehrling*, *Lehrherr*, *Lehrmeister*, *Lehrbefehl*, *Lehrzeit*; cf. le *Berufsbildungsgesetz* (öst. BGBl. 1969 no. 142, 865) partiellement révisé en 1983 (öst. BGBl. 1983 no. 576, 2363) et les art. 344 à 346a du Code des obligations suisse.

En Suède on distingue la formation professionnelle scolaire et la formation professionnelle interne dispensée par les grandes entreprises telles Volvo ou Asea-Brown Boveri. Cette dernière est régie par des contrats collectifs qui évitent les expressions *Lärling*, *Lärlingsutbildning*. En revanche, le chapitre 5 § 21 de la loi sur la formation scolaire et le chapitre 14 de

former, expression que l'on abrège, d'un ton moqueur, par *Azubi*. Il n'y a plus d'aveugles, il n'y a que des malvoyants!

2. Actuellement, le contrat d'apprentissage peut être qualifié de contrat de travail de type particulier; c'est un contrat mixte dont le fait saillant est la *permutatio laboris*: le maître instruit et corrige le jeune travailleur, lui assurant une formation professionnelle méthodique et complète; en retour, l'apprenti aide le maître en exécutant les travaux formateurs qui lui sont confiés. Il suit un enseignement théorique et pratique hors de son entreprise. Même pendant les heures de scolarité obligatoire, heures d'ailleurs comprises dans son horaire de travail, il bénéficie de la protection sociale dont jouissent les autres travailleurs. Pour ne pas être complètement démuné, il touche même un salaire plus ou moins réduit, le montant de cette rétribution minimum augmentant au fur et à mesure que croissent l'expérience et la capacité de travail de l'apprenti¹.

3. De tels contrats de formation professionnelle alternée n'existaient pas aux XVIII^e et XIX^e siècles² et encore moins dans l'Antiquité. Aussi loin que nous remontons dans l'histoire, nous trouvons, au contraire, une technique individualiste, un modèle d'apprentissage revêtant un caractère quasi familial.

II. Les sources qui nous renseignent sur le contrat d'apprentissage antique

1. Quelles sources nous renseignent sur les aspects que présentait le contrat d'apprentissage dans l'Antiquité? Nous informent-elles suffisamment de son contenu et de sa nature? Sont-elles toutes du même genre?

L'ordonnance sur les gymnases continuait à les employer. Ces dispositions prévoient en effet qu'un élève du gymnase – 90% des jeunes Suédois fréquentent cette forme d'école globale – peut en même temps être apprenti dans une entreprise pour acquérir, en plus des connaissances théoriques, les aptitudes nécessaires à l'exercice de sa future profession.

¹ Cf. SOELLNER, *Grundriss des Arbeitsrechts*, 8e éd., Munich 1984, p. 299 ss; GAUL, *Das Arbeitsrecht im Betrieb I*, 8e éd., Heidelberg 1986, p. 132 ss; WALTER/MAYER, *Grundriss des besonderen Verwaltungsrechts*, 2e éd., Vienne 1987, p. 322; TERCIER, La partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988, no. 2129 ss, p. 275 ss; BRUN/GALLAND, *Droit du travail*, Paris 1978, no. 453 ss, p. 538 ss; SUPPES, *Apprentizage*, in: *Enciclopedia del diritto I*, Milan 1958, p. 814 ss; CAMERLYNCK/LYON-CAEN/PELISSIER, *Droit du travail*, 12e éd., Paris 1984, no. 69 s., p. 66 ss.

² Sur les contrats d'apprentissage dans l'histoire du droit cf. ISSEL, *Lehrlinge, Lehrvertrag*, HRG II, Berlin 1978, col. 1758 ss; aide à la bibliographie, col. 1760; HAUSER, *Ouvriers du temps passé*, Paris 1899, p. 20 ss; GUÉNEAU, *L'organisation du travail à Nevers aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris 1919, p. 51 ss; OLIVIER-MARTIN, *L'organisation corporative de la France d'ancien régime*, Paris 1938, p. 129 s.; MAYER-MALY, *Aus der Rechtsgeschichte des Lehrlingswesens*, *Festschrift Schmitz I*, Vienne 1967, p. 161 ss; Nicole PELLEGRIN, *Contrats d'apprentissage en haut Poitou au XVIII^e s.*, Bull. de la société des antiquaires de l'Ouest et des musées de Poitiers 1987, p. 259 ss.

A ces deux dernières questions, il faut, hélas, répondre par la négative. Le vide documentaire bride malheureusement notre volonté de savoir.

2. Curieusement, nous possédons une série d'inscriptions cunéiformes remontant aux VII^e et VI^e siècles avant Jésus-Christ³. De plus, nous disposons d'une foule de papyrus égyptiens datant de l'époque romaine et nous renseignant sur le droit gréco-romain⁴. Par contre, aucun texte ne nous est parvenu nous informant des clauses figurant dans le contrat d'apprentissage romain. Nous savons seulement que de tels contrats existaient aussi à Rome et qu'ils concernaient non seulement des esclaves, mais aussi des hommes libres⁵.

III. Les questions à résoudre

1. Malgré ces lacunes, il n'est pas sans intérêt de procéder à une analyse comparative et de poser les questions qui s'imposent à l'historien du droit raisonnant et s'exprimant en concepts et termes contemporains.

2. Les questions que je vais aborder sont les suivantes:

(1^o) Quelles sont les parties au contrat?

(2^o) A quelles exigences doivent-elles répondre?

(3^o) Le contrat d'apprentissage doit-il revêtir une forme et laquelle?

(4^o) Quelles prérogatives et quelles obligations découlent du contrat pour l'apprenti et pour le maître?

(5^o) Comment les différents droits de l'Antiquité qualifient-ils le contrat d'apprentissage?

³ Cf. SAN NICOLÒ, *Der neubabylonische Lehrvertrag in rechtsvergleichender Betrachtung*, *Sber. Bayer. Ak., Phil.-hist. Kl.*, 1930 Heft 3.

⁴ Cf. CUGIA, *Profilo del tirocinio industriale*, Naples 1922, p. 26 ss; BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyri aus Oxyrhynchus*, Leipzig 1911 = Aalen 1965, p. 167 ss; HERRMANN, *Vertragsinhalt und Rechtsinhalt der Antikenpapyri*, JJP 11/12 (1957/1958), 119 ss; HENGSTL, *Private Arbeitsverhältnisse freier Personen in den hellenistischen Papyri bis Diokletian*, thèse Freiburg i.Br., Bonn 1972, p. 83 ss; A. C. JOHNSON, *Roman Egypt to the Reign of Diocletian*, in: *An Economic Survey of Ancient Rome II*, New York 1975, p. 388 ss.

La liste des documents fournie par HENGSTL n'est pas complète. Il y a lieu d'ajouter: *Aberd.* 59 (fragment) IV^e ou V^e s. (Fayum); BGU VII 1647, 129 ap. J.-C. (Fayum); Heid. IV 326, 98 ap. J.-C. (Hibeh); Heid. IV 327, 99 ap. J.-C. (Hibeh) = VBP IV 86; 14b. I 148, III^e s. (origine inconnue) = Yale 26; Oxy. II 318, 59 ap. J.-C. (Oxy.) = SB X 10249; Oxy. XXXVIII 2875, III^e s. (Oxy.); Oxy. XLI 2971, 66 ap. J.-C. (Oxy.); Oxy. XLI 2977, 239 ap. J.-C. (Oxy.); Oxy. XLI 2988, II^e s. (Oxy.); Oxy. Hels. 29, 54 ap. J.-C. (Oxy.); SB XII 10946, II^e s. (Oxy.); SB XII 10984, 113 ap. J.-C. (Tebe); Tebe. II 384, 10 ap. J.-C. (Tebe). Cf. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, RISG 2 (1927), p. 561 ss; PALMIERI, *Osservazioni romanistiche in tema di apprendistato*, in: *Studi sul lavoro nel diritto romano. Quaderni del Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Trieste, 17/18 (1961), p. 33 ss.

IV. Les parties au contrat

1. Dans tous les droits de l'Antiquité, ce n'est pas l'apprenti qui conclut le contrat, mais le propriétaire de l'esclave, le père ou le tuteur. Seule exception: le contrat passé par l'orphelin de père est approuvé par la mère grecque⁸.

2. Le maître n'est pas nécessairement un homme libre. C'est ainsi qu'un texte cunéiforme nous fait connaître un contrat d'apprentissage passé avec un esclave du dauphin Cambyse. Ce contrat stipule que l'esclave transmettra, en tant que maître d'apprentissage, l'art de tailler les sceaux à son apprenti⁹.

3. En droit néobabylonien, les apprentis semblent être tous des esclaves. C'est leur propriétaire qui les met en apprentissage¹⁰. Il n'en est pas ainsi en Égypte et à Rome où nous trouvons aussi des apprentis ingénus¹¹.

4. Bien que de nombreuses professions soient exercées par des femmes – pensons seulement au nettoyage d'habits ou au nouage de fils pour la confection des robes de luxe – il n'y a que l'Égypte romaine pour nous fournir des exemples de mise en apprentissage de jeunes filles. Elles semblent cependant toutes être de condition servile¹².

V. L'habilitation à passer contrat

Contrairement au droit moderne, aucun âge minimum ou maximum ne semble avoir été prévu par les droits antiques pour l'apprenti. De telles conditions n'ont pas frappé non plus le maître qui ne doit justifier ni de l'agrément d'une autorité ni de celle d'une corporation.

VI. La forme du contrat

1. A l'heure actuelle, nombreux sont les législateurs qui soumettent le contrat d'apprentissage à la forme écrite. Qu'en était-il dans l'Antiquité?

Les documents qui nous sont parvenus ne permettent pas de conclure qu'un régime analogue ait prévalu dans le droit néobabylonien ou gréco-romain. Il est évident que les contrats dont nous disposons peuvent n'avoir été rédigés que dans l'unique but de faciliter la preuve en cas de contestation.

⁸ Cf. BASP V 133, ligne 34 ss, et HENGSTL, cit. n. 6, p. 88.

⁹ Cf. SAN NICOLÒ, cit. n. 5, p. 8.

¹⁰ Cf. SAN NICOLÒ, cit. n. 5, p. 6.

¹¹ Pour le droit gréco-égyptien cf. BERGER, p. 168, HERRMANN, p. 119 s., HENGSTL, p. 88, tous cités n. 6; pour le droit romain Ulp. (18 ed.) D. 9,2,5,3, texte reproduit à la note 15.

¹² Cf. HENGSTL, cit. n. 6, p. 88, et SAN NICOLÒ, cit. n. 5, p. 7.

Quant au droit romain classique, nous connaissons son attachement à la forme orale. Que dans le contrat d'apprentissage la forme écrite ait été prescrite est donc tout à fait invraisemblable, pour ne pas dire exclu.

2. Fallait-il Manciper le fils de famille qu'un père libre mettait en apprentissage? C'est ce que soutient Stanislas CUGIA¹³. L'auteur part de l'idée que la *locatio conductio operis* ne pouvait porter que sur une res, qu'on ne pouvait donc passer une *locatio conductio filii*.

De surcroît, il suppose que la *locatio conductio* ne pouvait conférer un pouvoir sur un homme libre tel qu'il découlait du contrat d'apprentissage. A en croire CUGIA, seul le régime de l'*in Mancipio esse* correspondait aux prérogatives attribuées au maître. L'hypothèse de CUGIA a été rejetée quasi unanimement¹⁴. Elle ne peut en effet se fonder sur aucun texte. A vrai dire, il s'agit d'une pétition de principe contredite par nos sources¹⁵.

VII. Droits et obligations des parties

1. Les contrats d'apprentissage néobabyloniens et gréco-romains ne prévoient aucune rétribution au profit du maître. On semble admettre que les efforts et sa fatigue sont pleinement compensés par le travail de l'apprenti.

2. Ce dernier est remis au maître¹⁶. Il vit dans sa famille et n'a pas le droit de quitter l'atelier ou le foyer. Les contrats sur papyrus précisent que la durée de

¹³ Op. cit. (n. 6) p. 95 ss.

¹⁴ Cf. surtout les observations de BRASIELLO, cit. n. 7.

¹⁵ Cf. Ulp. (18 ed.) D. 9,2,5,3: «Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui elocaverit discipulum in disciplina: multo magis igitur in occisio idem erit dicendum, propositum autem apud eum species talis: tutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facilius quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur, dicit igitur Iulianus iniuriam quidem actionem non competere, quia non faciendarum iniuriarum causa percussit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitet, quia levis duntaxat castigatio concessa est discenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito».

L'authenticité de *ingenuus* n'a jamais été mise en doute, bien que, depuis la publication du fragment de parchemin égyptien PSI 1449, le texte d'Ulpien et le passage parallèle du même juriconsulte, (32 ed.) D. 19,2,13,4, reproduit p. 34, aient fait l'objet de très nombreuses analyses critiques. Nous nous bornons à renvoyer à la bibliographie exhaustive de VON LÖTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, p. 116 n. 152, en ajoutant pourtant PALMIERI, cit. n. 7, p. 34 ss.; SCHIPANI, *Responsabilità „ex lege Aquilia“*, Turin 1969, p. 275 ss.; WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, Munich 1972, p. 50 ss, 83 ss, 106 s.; MAX SCHUBERT, *Der Schlag der Scholaren*, SZ 92 (1975), 267 ss, et THOMAS, *Actiones ex locato conducto et Aquilian liability*, Essays Beirart III, Cape Town 1979, p. 127 ss. (132).

¹⁶ Cf. Cyr. 64 (537/536 av. J.-C.) phrase 1: «Nuptā, fille de Iddin-Marduk, descendant de

son esclave. Il faut donc rétablir l'équilibre des prestations. On y parvient en obligeant le maître d'apprentissage à verser une espèce de compensation.

Cette conception ne saurait nous convaincre. Elle est trop moderne, trop dogmatique et semble greffer sur le droit néobabylonien une institution romaine, et plus précisément l'idée sous-jacente à la *condictio ob rem*.

A mon avis, la rançon due par le maître d'apprentissage est une forme d'évaluation forfaitaire du dommage subi par le propriétaire de l'esclave: il a perdu la contrepartie d'une force de travail que lui seul avait le droit d'exploiter.

Dans les papyrus grecs²⁹ le problème est également effleuré: des experts contrôlent, le cas échéant, si l'apprenti a atteint un niveau de connaissances et de dextérité suffisant. Si ce n'est pas le cas, le maître qui a manqué à son devoir paiera les frais d'un second apprentissage. L'apprenti est alors confié à un maître plus capable et plus efficace³⁰.

8. Les contrats d'apprentissage de l'Egypte romaine précisent que l'apprenti doit obéissance à son maître³¹. Mais seuls les textes du Digeste, muets sur toutes les autres questions abordées jusqu'ici, mentionnent le droit de correction du maître sur l'apprenti, mais aussi son obligation de le traiter correctement.

a) Le droit de correction doit être exercé avec mesure. Seul un châtiment léger est autorisé. *Levis dumtaxat castigatio concessa est*³². Sont interdits les fouets, les supplices et les vexations entraînant souffrances et douleurs.

Le père peut-il intenter l'*actio iniuriarum* lorsque son fils mis en apprentissage chez un cordonnier perd un oeil à la suite d'une correction qui lui est administrée? Faisant mal son travail l'apprenti est rappelé à l'ordre par le maître. Ce dernier le frappe violemment sur la nuque avec un embauchoir. L'apprenti sursaute si malencontreusement qu'il s'enfonce dans l'oeil l'outil qu'il tenait à la main, probablement un poinçon³³.

²⁹ Cf. HENGSTL, cit. n. 6, p. 91.

³⁰ Cf. HERRMANN, p. 129 et HENGSTL, p. 91, cités sous les deux n. 6.

³¹ Cf. P. Oxy. IV 725 lignes 13 ss: «ποσόντου νότυ(α τὰ ἐπιτεχ)τοῦματι (α)ῖον ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ δ(ιδασκαλ)ου ὡς ἐπὶ τῶν ὁμοίων μαθητῶν, ...».

³² Cf. Ulp. (18 ed.) D. 9,2,5,3, reproduit plus haut n. 15, Paul. (22 ed.) D. 9,2,6: «praeceptoris enim nimis saevitia culpa adignatur» et Ulp. (32 ed.) D. 19,2,13,4: «Item Iulianus libro octagimo sexto digestorum scripsit, si uxor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percussit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quarevis enim magistri levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praeceptandi».

³³ Sur les outils des cordonniers antiques cf. LAU, *Schuster und Schusterhandwerk in der griechisch-römischen Literatur und Kunst*, thèse, Bonn 1967, p. 64 s., 76 s., et MAX SCHUBERT, cit. n. 15.

Selon SCHUBERT, l'hypothèse donnée dans le texte à la suite de SCHULZ, *Einführung in das*

Julien refuse l'*actio iniuriarum* au père. Tout en dépassant les limites de son droit de correction, le maître n'aurait pas agi avec l'intention de blesser³⁴.

Dans cette hypothèse³⁵, le jurisconsulte semble cependant avoir accordé sans plus au père l'*actio locati*. Le maître a frappé trop fort, outrepassé son droit de châtier et ainsi violé le contrat de bonne foi³⁶.

b) Les limites du droit de correction vont de pair avec l'obligation du maître de traiter l'apprenti correctement. Comme nous l'enseigne le jurisconsulte Vivianus³⁷, ne peut être considéré comme esclave fugitif l'apprenti qui a

Studium der Digesten, Tübingen 1916, p. 56, ne s'impose pas. Les embauchoirs romains auraient eu une si longue tige munie d'un crochet, qu'en administrant un coup sur la nuque de son apprenti, le maître ait pu provoquer facilement un tel accident, touchant l'arcade ou même l'oeil. MAX SCHUBERT a le mérite d'avoir expérimenté des modèles en bois. Mais il doit avouer que son explication ne résout aucun des problèmes de notre texte.

³⁴ Cf. Ulp. (32 ed.) D. 19,2,3,4, et (18 ed.) D. 9,2,5,3, textes reproduits n. 32 et 15, et VOLKE, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht*, Vienne/Cologne 1984, p. 152, qui, à la différence de RABER, *Grundlagen klassischer Injuriensprüche*, Vienne/Cologne/Graz 1969, p. 123 s. et de WITTMANN, cit. n. 15, p. 54, souligne l'exigence dans l'*actio iniuriarum* classique d'une intention délictueuse.

³⁵ C'est-à-dire dans celle d'un coup donné avec véhémence tel que le suppose Ulp. (32 ed.) D. 19,2,13,4, confirmé par Ulp. PSI 1449 R., à la différence d'Ulp. (18 ed.) D. 9,2,5,3.

Lorsque le maître d'apprentissage se contentait d'une correction légère, Julien hésitait à octroyer l'*actio locati*, car même si cette correction provoquait accidentellement des conséquences graves comme la perte d'un oeil, le maître d'apprentissage n'a fait qu'exercer un droit que le contrat lui avait conféré.

Les auteurs qui considèrent comme interpolés, au D. 19,2,13,4, les mots *tam vehementer* et, au D. 9,2,5,3, la phrase *an ex locato dubitat* partent à tort de l'idée que les deux données sont identiques.

Je ne saurais donc suivre ni ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad Edictum in una pergamena in provenienza egiziana*, AG 153 (1957), 140 ss (152) = *Studi epigrafici e paleografici*, Naples 1974, p. 463 ss (473); Di Nuovo *sul frammento di Ulpiano in PSI 1449 R.*, BIDR 63 (1960), 281 ss (286) = *Studi epigrafici*, cit., p. 590 ss (596); H. J. WOLFF, *Zur Paläogenese und Textgeschichte von Ulpianus Libri ad Edictum*, IURA 10 (1959), 1 ss (7); VON LUBTOW, cit. n. 15, p. 116 ss, ni WILACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 257 ss (260); THOMAS, *The Case of the Apprentice's Eye*, RIDA 8 (1961), 357 ss (361 s.); ALBANESE, PSI XIV, 1449 („Ulp. 32 ad Ed.") e le testimonianze alpinee già note, Studi Biondi I, Milan 1965, p. 165 ss (177); SCHIPANI, cit. n. 15, p. 292, qui s'efforce de sauver la phrase *an ex locato dubitat*.

³⁶ Il est étonnant que selon le rapport d'Ulpien, Julien n'insiste que sur le droit de correction et le dépassement de ses limites et que l'hésitation qu'il éprouve au D. 19,2,13,4 quant à l'octroi de l'*actio locati* ne porte ni sur l'interruption du lien de causalité provoquée par le mouvement abrupt et imprévisible de l'apprenti ni sur la difficulté de prendre en considération le dommage subi par une personne - l'apprenti - qui n'avait pas contracté, et qui n'était donc qu'un tiers à l'acte.

³⁷ Cf. Ulp. (1 ed. aed. cur.) D. 21,1,17,3: «Item apud Vivianum relatum est fugitivum fere ab affectu animi intelligendum esse, non utique a fuga: nam eum qui hostem aut latronem, incendiarium raptorum fugeret, quantum fugisse veniens est non tamen fugitivum esse. item ne eum

abandonné l'atelier et le foyer du maître parce que celui-ci l'a éreinté par un travail excessif.

De toute façon, les règles esquissées trahissent l'intention des jurisconsultes classiques d'humaniser le contrat d'apprentissage, que celui-ci ait pour objet un esclave ou un homme libre.

VIII. Nature juridique

1. Une dernière question se pose, celle de la nature juridique du contrat d'apprentissage. Est-elle identique dans tous les droits de l'Antiquité?

2. La doctrine le soutient, tout en concédant que le droit cunéiforme et le droit gréco-romain des papyrus ignorent encore la *locatio conductio* consensuelle du droit romain.

Pour la doctrine dominante³⁸, le contrat d'apprentissage est une *locatio conductio operis*, un louage d'ouvrage, ou, comme nous disons en Suisse, un contrat d'entreprise. Cette qualification peut-elle se justifier?

Comme nous le montrent nos sources³⁹, les jurisconsultes classiques appellent le maître *conductor*, le père et le propriétaire de l'esclave *locator*. De plus, le parallélisme est frappant entre les expressions: *docendum conducere*⁴⁰ et *docendum dare*⁴¹ d'une part, et, d'autre part, *dare vestimenta polienda, vesti-*

quidem, qui a praepatore cui in disciplinam traditus erat aufugit, esse fugitivum, si forte ideo fugit, quia immoderate eo utebatur...

³⁸ Cf. SAN NICOLÒ, cit. n. 5, p. 21 s.; CUGIA, cit. n. 6, p. 28 s., 32, 56, 102; BRASIELLO, cit. n. 7; D. NÖRR, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, SZ 82 (1965), 67 ss, 95; MAYER-MALY, cit. n. 4, p. 163; KASER, *Das Römische Privatrecht*, 2e éd., Munich 1971, p. 570, en particulier n. 82; HENGSTL, cit. n. 6, p. 86; WITTMANN, cit. n. 15, p. 51 n. 14.

Ne partagent pas cette vue BERGER, cit. n. 6, p. 168; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milan 1946, p. 197 ss (199 s.); *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari 1963, p. 164 n. 48, et PALMIERI, cit. n. 7, p. 361 ss, qui distinguent plusieurs hypothèses. Il y aurait *locatio operis* lorsque seul le maître d'apprentissage est rémunéré; *locatio operum* lorsque l'apprenti reçoit un salaire; contrat innommé lorsque les prestations fournies par le maître d'apprentissage (formation) et par l'apprenti (travail) se compensent. Différente encore la définition inipide proposée par HERRMANN, cit. n. 6, p. 134 ss (139): type particulier de *μίσθωσις* visant la formation d'un homme libre ou d'un esclave.

³⁹ Cf. Ulp. (18 ed.) D. 9,2,5,3 et (32 ed.) D. 19,2,13,4, passages reproduits n. 15 et 32, ainsi que (32 ed.) 19,2,13,3: *Si quis servum docendum duxerit et tunc duxerit peregre et aut ab hostibus captus sit aut perierit, ex locato esse actionem placuit, si modo non sic duxerit, ut et peregre duxerit*.

⁴⁰ Cf. Ulp. (32 ed.) D. 19,2,13,3, reproduit n. 39.

⁴¹ Cf. Ulp. (30 Sab.) D. 19,5,13,1: *Julianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areas meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia*

*menta sarcienti*⁴², *locare vestimenta coranda*⁴³, *dare gemmam includendam, gemmam insculpendam*⁴⁴, *conducere vitulos pascendos vel sarcientum quid poliendumve*⁴⁵, *locare aedem*⁴⁶, *domum faciendam*⁴⁷, *insulam aedificandam*⁴⁸, *conducere mulierem vehendam navi*⁴⁹, *locare merces vehendas*⁵⁰. Le futur apprenti est remis au maître pour être travaillé, transformé, taillé comme une pierre précieuse confiée à l'orfèvre.

A Rome, comme dans les autres droits de l'Antiquité, l'apprenti est l'objet du contrat plutôt que le sujet. Selon toute vraisemblance, c'était aux origines les esclaves et non pas les fils de famille qu'on faisait former par un maître. S'ils étaient destinés à succéder à leur père, les fils de famille apprenaient leur métier dans l'atelier de ce dernier. Les autres droits de l'Antiquité ne sont pas aussi explicites. Mais un parallélisme de terminologie existe en tout cas dans le langage des papyrus où le verbe *ἐκδίδοναι*⁵¹ est symptomatique des louages d'ouvrage.

Ce qui caractérise à la fois les contrats d'apprentissage du droit gréco-romain et ceux du droit néobabylonien, c'est le fait que les deux contrats ne naissent pas *consensu*, mais *re*: l'apprenti est remis au maître comme une chose. C'est cette remise qui fait naître les obligations, et non pas l'accord des parties, fût-il passé par écrit.

Quelle est la cause de cette tradition? Dans le contrat d'apprentissage, cette tradition a pour but la formation, tout comme la remise d'un bien devant être travaillé vise sa réparation ou sa transformation.

nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorreere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competat igitur pro socio actio. sed si forte puerum dominum tui fecero, idem se quod in area dixerim...

⁴² Cf. Gaius III 162.

Le verbe *dare* est une émendation. Il ne figure pas dans le Veronensis, mais dans le texte parallèle des Institutes de Justinien III 26, 13.

⁴³ Cf. Alf. (5 dig.) D. 19,2,31.

⁴⁴ Cf. Ulp. (32 ed.) D. 19,2,13,5.

⁴⁵ Cf. Ulp. (32 ed.) D. 19,2,9,5.

⁴⁶ Cf. Alf. (3 dig.) D. 19,2,30,3.

⁴⁷ Cf. Lab. (5 post. a lav. epit.) D. 19,2,60,3.

⁴⁸ Paul. (34 ed.) D. 19,2,22,2.

⁴⁹ Ulp. (32 ed.) D. 19,2,19,7.

⁵⁰ Paul. (34 ed.) D. 14,2,2 pr.; Lab. (1 pith.) D. 14,2,10,1; (*merces devehendas*) Pap. (8 quæst.) D. 19,5,1,1.

⁵¹ Cf. HENGSTL, cit. n. 6, p. 86 della Repubblica - Archivio Storico

IX. Hubert NIEDERLÄNDER mon maître d'apprentissage

Cette étude est dédiée à mon maître d'apprentissage Hubert NIEDERLÄNDER.

1. Pourquoi est-elle rédigée en français?

Deux raisons à cela:

a) Le Sarrois Hubert NIEDERLÄNDER aime et admire cette langue dont il s'est toujours efforcé d'en parfaire le maniement. L'inoubliable Albert CLAUDINON auquel son amour et son admiration pour l'Allemagne fit perdre patrie, fortune et bonheur, nous donnait à tous deux des leçons de conversation et de rédaction.

b) En automne 1988, la Société Internationale „Fernand de Visscher” pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité siègea à Salzbourg et traita, comme thème général, de la réglementation du travail dans les différents droits antiques. J'y présentai en français, langue du fondateur de cette société, une communication sur le contrat d'apprentissage. Cet exposé constitue la base de ma contribution à ce recueil de mélanges.

2. Son sujet me semble d'autant plus approprié pour honorer l'ancien Recteur et professeur de la célèbre Université de Heidelberg que j'eus le privilège d'être son premier apprenti.

Après avoir soutenu ma thèse à la Faculté de droit de Lausanne, Hubert NIEDERLÄNDER qui venait d'être appelé de Graz à Heidelberg me confia en effet son poste d'assistant. Et pour que je puisse faire aussi mes preuves dans l'enseignement, il me céda même son cours d'exégèse des pandectes.

Les années passées dans son atelier furent des années décisives pour ma carrière et ma vie.

Le professeur NIEDERLÄNDER me permit d'approfondir mes connaissances de droit romain, de droit civil et de droit comparé et d'accomplir en même temps des stages dans la magistrature et l'administration publique.

Il n'imposait jamais d'horaire fixe à ses collaborateurs, leur laissant beaucoup de temps et de liberté pour progresser et pour travailler pour leur compte. Peut-on jouir d'une atmosphère plus bénéfique pour préparer une thèse d'agrégation et pour publier d'autres recherches?

C'est d'ailleurs dans son séminaire sur la cause en histoire du droit et en droit comparé que j'ai connu Gudrun HOFFMANN qui, la même année, devint mon épouse et ma fidèle collaboratrice.

3. A sa largeur d'esprit et à sa bienveillance constante Hubert NIEDERLÄNDER joignit une très grande générosité. Ainsi n'exigea-t-il pas que son apprenti présentât son chef d'œuvre à la corporation dont il faisait partie. Pour

ouvrir toute grande la voie du futur compagnon, il l'envoya chez son propre maître à Munich, chez le grand patron Wolfgang KUNKEL.

Y a-t-il plus bel hommage à rendre à son Maître que de lui dire aujourd'hui, en toute sincérité et franchise, que c'est lui qui, par son modèle, par ses suggestions, conseils et idées et non en dernier lieu par son humanisme, a posé les jalons de la carrière de son apprenti Fritz STURM.

**L'impact
du Traité d'unification
sur le droit privé
de l'Allemagne unie**

par

Fritz Sturm

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Extrait du
Journal du Droit International, 118^e année (1991)
N° 1 - Janvier-Février-Mars

EDITIONS TECHNIQUES S.A.
123, rue d'Alésia
75014 PARIS

DOCTRINE

L'impact du Traité d'unification sur le droit privé de l'Allemagne unie

par

Fritz Sturm

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

I. — LES DATES CLEFS

1. — Le 12 septembre et le 2 octobre 1990 sont deux dates clefs dans la voie vers l'unité allemande.

En effet, le 12 septembre, les ministres des affaires étrangères des « 2 + 4 », soit de la République fédérale d'Allemagne (RFA), de la République démocratique Allemande (RDA), de la République française, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et des Etats-Unis signèrent à Moscou le Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne (1).

L'article 7 du Traité dispose que les quatre puissances victorieuses de la deuxième guerre mondiale mettent fin à leurs droits et responsabilités relatifs à Berlin et à l'Allemagne dans son ensemble. L'Allemagne unie jouira, en conséquence, de la pleine souveraineté sur ses affaires intérieures et extérieures (2).

Dès avant la ratification de ce Traité et plus précisément le 2 octobre, la veille du jour prévu pour l'unification, les gouvernements des quatre puissances représentés par leurs ministres des affaires étrangères suspendirent leurs droits et obligations jusqu'à la ratification rétablissant ainsi par anticipation la pleine souveraineté des deux Allemagnes. Les gouverne-

(1) L'Allemagne a ratifié le Traité le 11 oct. 1990 (BGBl. 1990 II 1317).

(2) Sa liberté de choisir ses alliances résulte de l'art. 6 qui est ainsi conçu : Le droit de l'Allemagne unie d'appartenir à des alliances, avec tous les droits et obligations qui en découlent, n'est pas affecté par le présent Traité.

ments des deux Etats, RFA et RDA, prirent acte de cette déclaration signée à New York.

2. — C'est ainsi que le 3 octobre la RDA put adhérer à la RFA, adhésion fixée à cette date par l'article 1^{er}, alinéa 1, du Traité conclu le 31 août 1990 par les deux Etats en vue d'établir l'unité allemande, le fameux Traité d'unification (3).

Pour des millions d'Allemands et en particulier pour les citoyens de la RDA, le 3 octobre fut un jour d'allégresse et de bonheur. Peu après minuit, ils furent des centaines de milliers à célébrer l'unité allemande devant le Reichstag de Berlin. Le mémorandum du gouvernement fédéral relatif au projet du Traité d'unification (4) souligne que le 3 octobre est la date la plus importante de l'histoire allemande de l'après-guerre. Le Traité d'unification (5) en fait d'ailleurs le jour de la Fête nationale.

3. — L'adhésion de la RDA à la RFA procède d'un acte unilatéral émanant du Parlement de la RDA (6). Par cette décision l'Allemagne de l'Est fait usage de la prérogative que l'article 23, alinéa 2, de la Constitution de Bonn (7) réservait à toute partie de l'ancienne Allemagne, soit du droit de s'intégrer à l'Etat fédéral comme nouveau membre.

4. — L'article 23, alinéa 2, de la Constitution ne subordonnait nullement une telle démarche à la conclusion préalable d'un Traité. Le gouvernement de la RDA exprima toutefois le désir qu'un Traité fût conclu pour établir les conditions de son adhésion à la RFA. On souhaitait naturellement éviter de part et d'autre tout relent d'Anschluss.

5. — Le 20 septembre 1990, les parlements de la RDA et de la RFA ratifièrent le Traité d'unification à une très grande majorité (8). L'accord

(3) *Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands — Einigungsvertrag* — (BGBl. 1990 II 885).

(4) *Denkschrift zum Einigungsvertrag*, BT-Drucks. 11/7760, p. 355 s. (357).

Signalons que les annexes du Traité sont expliquées dans les *Erläuterungen zu den Anlagen zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands*, BT-Drucks. 11/7817.

(5) Cf. art. 2, al. 2.

(6) La *Volkskammer* déclare adhérer le 25 août 1990 (GBI. DDR 1990 I 1324 = BGBl. 1990 I 2057).

(7) L'al. 1^{er} de cette norme énumère les Etats fédérés (*Länder*) auxquels s'appliqua la Constitution de Bonn, lors de son entrée en vigueur, l'al. 2 prévoit que cette loi fondamentale s'étendra aux autres parties de l'Allemagne lorsqu'elles déclarent adhérer.

Pour marquer que l'Allemagne unie n'a pas de prétentions territoriales et que ses frontières sont définitivement tracées, l'art. 4, chiffre 2, du Traité d'unification a supprimé tout l'art. 23.

(8) Dans la Diète fédérale (*Bundestag*), la majorité des deux tiers nécessaires pour toute modification de la Constitution fut largement dépassée. 442 députés ont voté en faveur du Traité, 42 — dont la plupart des écologistes — contre, 3 se sont abstenus.

La Chambre du peuple (*Volkskammer*) accepta le Traité par 299 voix. Votèrent non

du 18 septembre relatif à l'exécution et à l'interprétation du Traité (9) y a apporté quelques compléments et modifications de dernière heure.

II. — LES OBJECTIFS DU TRAITE

1. — Le Traité d'unification précise non seulement les conditions de l'adhésion de la RDA, mais il souligne aussi que ce sont deux Etats égaux en droit qui conviennent de fusionner.

L'Allemagne fédérale n'avait jamais reconnu la RDA comme un Etat étranger indépendant.

En vertu de la célèbre doctrine Hallstein, elle rompit très longtemps ses relations diplomatiques avec tout Etat qui reconnaissait la RDA, taxée à l'Ouest de simple zone d'occupation soviétique privée d'autorités issues d'élections libres. Inspiré par l'esprit de la détente et la volonté du gouvernement Brandt de trouver, dans l'intérêt des citoyens, un *modus vivendi* entre les deux Allemagnes, le Traité du 21 décembre 1972 fixant les bases des relations entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande (*Grundlagenvertrag* ou *Grundvertrag*) (10) renonça à cet ostracisme et tâcha d'établir des relations normales de bon voisinage entre deux Etats égaux en droit. Mais, dans l'optique de la RFA, le Traité ne fit pas de la RDA un Etat étranger et ne priva pas de la nationalité allemande une et indivisible les Allemands vivant en RDA (11).

Par le Traité d'unification cette conception changea. Avant sa disparition, la RDA fêta donc son plus grand triomphe : celui d'avoir obligé la RFA à la reconnaître comme Etat à part entière, d'admettre par conséquent la nationalité propre de ses citoyens.

En effet, selon l'article 8 du Traité, toutes les lois et décrets de la RDA dont l'applicabilité n'est pas expressément prolongée, restent en vigueur jusqu'au 3 octobre. La loi sur la nationalité de la RDA (12) n'est donc

80 députés du PDS (*Partei des demokratischen Sozialismus*, nouveau nom du SED : *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) et de l'Alliance 90.

Le *Bundesrat*, Chambre des Etats fédérés de la RFA, approuva le Traité le 21 sept. Le *Zustimmungsgesetz* du 23 sept. 1990 est publié dans le *BGBI.* 1990 II 885.

(9) *BGBI.* 1990 II 1239.

(10) *BGBI.* 1973 II 421 s. Dans son arrêt du 31 juill. 1973 : *BVerfGE* 36, 1 s. : *NJW* 1973, 1532 s. la Cour constitutionnelle a rejeté le recours de droit constitutionnel que la Bavière avait déposé et constaté que, sous réserve des directives d'interprétation de la Cour, le Traité n'est pas incompatible avec la Constitution de Bonn.

(11) On ne procéda d'ailleurs pas à l'échange d'ambassadeurs et de consuls, mais on se contenta d'entretenir, à Bonn et à Berlin, des délégations permanentes (*ständige Vertretungen*).

(12) *Gesetz über die Staatsbürgerschaft der DDR — Staatsbürgerschaftsgesetz* — 20 fév. 1967 (*GBI. DDR* 1967 I 3).

J.D.I. 1, 1991

pas abrogée rétroactivement, mais détermine qui est ressortissant de l'Allemagne de l'Est.

De plus, selon le nouvel article 236 de la loi d'introduction au BGB (13), les faits accomplis sont régis par les règles de conflit en vigueur jusqu'à cette date. Dans l'ancienne RDA, c'est donc au RAG (14) qu'il faut recourir dans les cas de cette espèce. Or le critère de rattachement principal du RAG est la nationalité (15). Par rapport au RAG, les citoyens de la RFA ont toujours été considérés comme étrangers (16).

2. — Le Traité d'unification crée des privilèges (*Reservatrechte*) au profit des citoyens de Berlin-Est et des cinq nouveaux Etats fédérés (17) issus de la division de la RDA (18). La disparition de l'une des deux parties contractantes, à savoir la RDA, ne fera pas tomber ces prérogatives. Le législateur allemand ne pourrait y porter atteinte que si les circonstances existant lors de leur concession se modifiaient radicalement (*clausula rebus sic stantibus*) (19). Les cinq nouveaux *Länder* sont autorisés à faire valoir ces privilèges en cas de contestation (20).

3. — Pendant une période transitoire (21), la Constitution de Bonn introduite dans les cinq nouveaux Etats fédérés et à Berlin-Est peut subir des entorses. Les conditions économiques et sociales différant foncièrement dans les deux parties de l'Allemagne unie, il est matériellement impossible de conformer toutes les règles de droit et toutes les mesures à prendre aux impératifs de l'ordre constitutionnel existant dans les onze anciens Etats fédérés. Les séquelles du régime juridique de l'ancienne RDA ne peuvent être effacées d'un jour à l'autre par des mesures respectant strictement les exigences rigoureuses de la Constitution de Bonn. A

(13) Inséré dans le EGBGB par l'annexe I, chap. III, matière B : droit civil, section II, chiffre 1, Traité d'unification (*Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet B : Bürgerliches Recht, Abschnitt II, Ziffer 1*) : BGBl. 1990 II 950.

(14) *Rechtsanwendungsgesetz* 5 déc. 1975 (GBI. DDR 1975 I 748) = loi sur l'application du droit.

(15) Cf. les art. 6, al. 1 ; 17, al. 3 ; 18, al. 1, phr. 1 ; 19, al. 1, phr. 1 ; 20, al. 1, phr. 1 ; 21 ; 22 ; 23, al. 1, phr. 1 ; 24, al. 1, et 25, al. 1, RAG.

(16) Cf. les arrêts cités dans Raape/Sturm, *Internationales Privatrecht* I, 6^e éd., Munich 1977, p. 392, note 49.

(17) Brandebourg, Mecklenbourg-Poméranie occidentale, Saxe-Anhalt, Saxe et Thuringe.

(18) Art. 1^{er}, al. 1, phr. 1, Traité d'unification.

(19) En ce sens s'est prononcée la Cour constitutionnelle, 30 janv. 1973 : BVerfGE 34, 216 s. : NJW 1973, 609 s., dans le litige qui opposait la Bavière à la ville de Cobourg. L'ancien Etat de Cobourg a été incorporé à la Bavière en 1920.

(20) Art. 44 Traité d'unification.

(21) D'une manière générale jusqu'au 31 déc. 1992, et dans certains cas, même jusqu'au 31 déc. 1995.

titre provisoire, le niveau de ces exigences doit être abaissé. C'est le sens du nouvel article 143, alinéa 1, phrase 1, de la Constitution fédérale (22).

4. — L'alinéa 3 de ce même article dote en outre d'une garantie constitutionnelle les dispositions de la loi relative aux questions patrimoniales encore à régler (23). Cette loi arrête les conditions d'une éventuelle restitution des biens expropriés par les autorités de la RDA, et l'indemnisation des ayants droit auxquels une restitution est refusée. Constituant une annexe du Traité d'unification (24), elle est entrée en vigueur avec ce dernier le 3 octobre.

Signalons que ce nouvel article 143 de la Constitution interdit de remettre en question les expropriations mises en œuvre par les autorités militaires de l'Union soviétique durant la période de 1945 à 1949 (25).

Ainsi toute la réforme agraire de l'après-guerre est mise à l'abri d'éventuelles revendications d'anciens propriétaires.

L'Union soviétique tenait obstinément à cette disposition et en faisait une condition *sine qua non* de l'unification. Sans son insertion, l'unification aurait échoué.

5. — L'article 143 n'est pas le seul article de la Constitution de Bonn qui ait une nouvelle mouture. Toute une série d'autres dispositions se voient modifiées par le Traité d'unification (26) :

- le préambule est retouché ;
- la composition de la Chambre des Etats fédérés est amendée (27) ;
- l'article 23, nous l'avons vu, est supprimé ;
- la réintégration des fonctionnaires et des magistrats ayant perdu leur place lors de la capitulation allemande, le 8 mai 1945, est exclue (28) ;

(22) Inséré par l'art. 4, chiff. 5, Traité d'unification : *BGBL*. 1990 II 891

(23) *Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen*.

(24) Annexe II, chap. III, matière B : droit civil, section I, chiff. 2 = *BGBI*. 1990 II 1159.

(25) L'art. 1, al. 8, lit. a, de la loi sur les questions patrimoniales encore à régler exclut de son champ d'application toute expropriation ordonnée ou effectuée en vertu de dispositions ou de mesures prises par la force d'occupation.

(26) Cf. l'art. 4 du Traité, portant la rubrique : *Beitragsbedingte Änderungen des Grundgesetzes* (modifications de la Constitution nécessaires en raison de l'adhésion de la RDA).

(27) Dorénavant les *Länder* comptant plus de sept millions d'habitants auront six voix. Ainsi s'accroissent non seulement la représentation au *Bundesrat* des anciens Etats fédéraux à forte population, mais aussi l'influence prépondérante de la Rhénanie-Westphalie (17,1 millions), de la Bavière (11,2) du Bade-Wurtemberg (9,7) et de la Basse-Saxe (7,2).

(28) Vu l'âge des personnes concernées, on jugeait inopportun de prévoir leur réengagement ou leur mise à la retraite avec l'allocation d'une pension.

— la question de la révision de la Constitution est revue (29).

6. — Le but principal visé par le Traité d'unification est l'harmonisation voire l'uniformisation des législations des deux parties de l'Allemagne.

a) On n'envisagea pas tout d'abord d'imposer aux cinq nouveaux Etats fédérés toutes les lois, décrets et règlements en vigueur dans la RFA. On pensa procéder par étapes et recourir au principe de l'énumération. On projeta par exemple de n'introduire que les trois premiers livres du Code civil. La famille et les successions devaient continuer à être réglées par le *FGB* (30), le *ZGB* (31) et les dispositions y relatives du *PSrG DDR* (32) et de la *ZPO DDR* (33).

b) La pression politique qu'exercèrent les milieux politiques influents de la RDA fut cependant si forte que de jour en jour on rajouta des objets nouveaux au paquet à ficeler. Ainsi, la tendance se retourna : l'on passa de l'énumération à la clause générale truffée d'exceptions, et cela surtout à la suite de la ratification du Traité du 18 mai 1990 sur la création d'une union monétaire, économique et sociale (34).

c) En vertu de ce Traité (35), la RDA dut introduire de très nombreuses dispositions de droit civil et commercial de la RFA (36).

(29) Cet article a maintenant la teneur suivante : Cette loi fondamentale qui, unité et liberté atteintes, régit le peuple allemand tout entier, sera abrogée le jour de l'entrée en vigueur d'une Constitution que tout le peuple allemand aura adoptée en pleine liberté.

(30) *Familiengesetzbuch* 20 déc. 1965 (*GBI. DDR* 1966 I 1) = Code de la famille.

(31) *Zivilgesetzbuch* 29 juin 1975 (*GBI. DDR* 1975 I 456 s.) = Code civil.

(32) *Gesetz über das Personenstandswesen — Personenstandsgesetz* — 4 déc. 1981 (*GBI. DDR* 1981 I 421) = loi sur l'état civil.

(33) *Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtsachen — Zivilprozessordnung* — 19 juin 1975 (*GBI. DDR* 1975 I 533) = loi sur la procédure en matière civile, familiale et prud'homale.

(34) *BGBI.* 1990 II 517 = *GBI. DDR* 1990 I 331.

Ce Traité est entré en vigueur le 30 juin 1990. Quant à son contenu, cf. Engelhard, « Stand und Perspektiven Deutsch-Deutscher Rechtsangleichung nach Inkrafttreten des Staatsvertrags », et Wünsche, « Zum Verlauf der Rechts- und Justizreform in der DDR » : *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1990, 129 s. et 134 s. Le texte, les annexes et l'exposé des motifs du Traité sont publiés par Hebing, *Investitionsbedingungen und Eigentumsfragen in der ehemaligen DDR nach dem Staatsvertrag. Sonderveröffentlichung des Betriebs-Beraters*, Heidelberg 1990, p. 58 s., cahier qui contient aussi un large commentaire du Traité. En revanche, Stern/Schmidt-Bleibtreu, *Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion mit Vertragsgesetz, Begründung und Materialien*, Munich 1990, n'en fournissent que le texte et l'exposé des motifs. Une traduction française du Traité (sans les annexes) est donnée dans Documents de l'unité allemande, Supplément de la Tribune d'Allemagne, Friedrich Reinecke Verlag, Hambourg 1990.

(35) Cf. annexe II, section III = *BGBI.* 1990 II 553.

(36) A savoir les livres 1 à 3 *HGB* = *Handelsgesetzbuch* = Code de commerce ; les art. 705 à 740 *BGB* = *Bürgerliches Gesetzbuch* = Code civil ; l'*Aktengesetz* = loi sur les sociétés anonymes ; le *GmbHG* = *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* = loi sur les sociétés à responsabilité limitée ; le *GenG* = *Gesetz betreffend die*

J.D.I. 1, 1991

Or il fallait être conséquent et éviter que des parties formant un tout ne soient séparées, ni l'ensemble déchiré ou réduit à un patchwork. Force était donc de compléter les règles reçues par toutes celles qui formaient leur contexte juridique.

d) C'est ainsi que l'on aboutit forcément à une réception quasi-totale par la RDA de l'ordre juridique de la RFA. L'article 8 du Traité d'unification prévoit donc :

Lorsque l'adhésion prendra effet, l'ordre juridique fédéral s'étendra au territoire défini à l'article 3 de ce Traité, à moins que son champ d'application ne soit limité à certains Etats fédérés ou à des parties d'Etats fédérés et que le Traité, en particulier l'annexe 1, n'en dispose autrement.

Pour tenir compte des conditions de vie des habitants de l'ancienne RDA et des structures économiques, sociales et administratives régnant dans les cinq nouveaux *Länder* et à Berlin-Est, il a fallu naturellement admettre à la dernière minute de nombreuses exceptions (37).

Les annexes du Traité d'unification (38), l'exposé des motifs (39) et l'accord du 18 septembre relatif à l'exécution et à l'interprétation du Traité d'unification (40) en disent long à ce propos.

III. — TACHE ET METHODE DE TRAVAIL DES MINISTÈRES

1. — Pour les ministères de Bonn et de Berlin, l'élaboration du Traité d'unification et de ses annexes fut une course contre la montre. En quelques semaines il fallait mettre sur pied le projet et l'exposé des motifs, tâche qui supposait non seulement un inventaire complet de toutes les sources du droit des deux ordres juridiques, mais aussi l'analyse des difficultés, des incompatibilités et des contradictions résultant de l'intro-

Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften = loi sur les coopératives ; le *KapErhG* = *Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung* = loi sur l'augmentation du capital au moyen de réserves et sur la fusion de sociétés à responsabilité limitée ; le *UmwG* = *Umwandlungsgesetz* = loi sur la transformation des sociétés de capitaux ; le *AGB-Gesetz* = *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* = loi sur les contrats d'adhésion ; le *HaustürWG* = *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften* = loi sur le droit de révoquer des contrats conclus sur le seuil de la porte ; le *AbzG* = *Abzahlungsgesetz* = loi sur les ventes à tempérament.

(37) La presse a souligné surtout l'antagonisme subsistant entre les législations relatives à l'interruption de grossesse.

(38) 360 p. ; cf. *BT-Drucks.* 11/7760, p. 19 à 378.

(39) 184 p. ; cf. *BT-Drucks.* 11/7817, p. 1 à 184.

(40) Cf. l'accord du 18 sept. relatif à l'exécution et à l'interprétation du Traité d'unification cité plus haut sous I 5 (*BGBI.* 1990 II 1239 à 1245).

J.D.I. 1, 1991

duction de règles de l'Allemagne fédérale et du maintien de normes de l'Allemagne communiste.

2. — De plus, il fut nécessaire de préparer, en quelques heures, des projets de loi réglant le sort de biens expropriés et d'autres favorisant les investissements.

3. — En outre, il fallait tenir compte de tous les traités et accords internationaux conclus par les deux Allemagnes et trouver, en cas de contradiction irréductible, une solution conforme au principe de la bonne foi.

4. — Que tous ces problèmes aient pu être résolus en un temps record constitue une performance juridique unique dans l'histoire du droit allemand et dans celle du droit européen.

Cet exploit ne fut d'ailleurs possible que grâce à la méthode choisie. Chaque ministère s'est occupé en effet des règles de droit relevant de son portefeuille, procédé que reflètent encore les divisions et subdivisions des deux annexes du Traité d'unification (41).

Dans l'annexe I on classa les dérogations à la réception de normes de la RFA, dans l'annexe II les traités, lois et règlements restant en vigueur dans la RDA, avec ou sans modifications.

IV. — PROBLEMES PARTICULIERS

1. *Les questions qui seront abordées.*

Dans cet article, il nous est naturellement impossible d'analyser toutes les implications résultant de la réception ou de la non-réception par les nouveaux *Länder* du droit privé de la République fédérale. Nous nous bornerons donc à examiner les cinq questions que voici :

- les différences importantes qui subsistent ;
- les règles de droit transitoire ;
- les conflits internationaux et internes ;
- le maintien des engagements internationaux ;
- la restitution des biens expropriés.

(41) C'est ainsi que, par exemple, les chapitres III des annexes I et II règlent tous les objets rentrant dans le portefeuille des deux gardes des sceaux : droit judiciaire, droit civil, droit pénal et manquements à des obligations de droit public, droit commercial, sociétés, assurances, marques, concurrence déloyale, propriété intellectuelle, Cour constitutionnelle.

2. Les différences importantes qui subsistent.

a) Le Code civil de la RDA connaissait un droit réel immobilier (42) permettant à son titulaire de construire, pour son usage personnel, un bâtiment (maison de campagne, datcha, pavillon) sur un terrain appartenant à la collectivité (43). Ces droits subsistent et continuent à être régis par les articles 287 à 294 Code civil RDA (44). Une acquisition de bonne foi du terrain n'entraîne pas l'extinction d'un tel droit d'usage lorsque son titulaire a déjà érigé — ou du moins commencé à ériger — le bâtiment conforme à la concession (45).

b) Restera provisoirement en vigueur la *Grundstücksverkehrsverordnung*, décret assujettissant tout transfert immobilier à une autorisation préalable des autorités de contrôle (46).

c) La responsabilité de l'Etat continuera à être réglée par le *Staatshaftungsgesetz* de la RDA qui aura dorénavant la qualité d'un *Landesgesetz*, loi d'un Etat fédéré (47).

d) La faillite et le concordat sont régis non pas par les *Konkurss* (48) und *Vergleichsordnung* (49) de la RFA, mais par la *Gesamtvollstreckungsverordnung* (50), la loi sur la liquidation d'une universalité de biens adoptée par la RDA peu de temps avant l'unification (51).

e) Le Traité d'unification a cependant apporté de nombreuses retouches aux dispositions restant en vigueur.

(42) Cf. les art. 286, al. 1, chiff. 1 et 287 s. *ZGB DDR* = C. civ. RDA.

(43) Le bâtiment, ses annexes, les aménagements extérieurs et les plantations ne constituent pas des parties intégrantes, mais la propriété personnelle du titulaire du droit d'usage, cf. l'art. 288, chiff. 4, C. civ. RDA.

(44) Cf. l'art. 233, § 3 inséré dans le *EGBGB* par l'annexe I, chap. III, matière B : droit civil, section II, chiff. 1 = *BGBI.* 1990 II 945.

(45) Cf. l'art. 233, § 4, al. 2, phr. 1, *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 945.

(46) Cf. l'annexe II, chap. III, matière B : droit civil, section II, chiff. 1 = *BGBI.* 1990 II 1167.

Nous reviendrons sur ce décret lors de l'analyse des dispositions concernant la restitution de biens expropriés.

(47) Cf. l'annexe II, chap. III, matière B : droit civil, section III, chiff. 1 = *BGBI.* 1990 II 1168.

(48) *KO* = loi sur la faillite.

(49) *Verglo* = loi sur les concordats.

(50) Cf. l'annexe II, chap. III, matière A : droit judiciaire, section II, chiff. 1 et 2 = *BGBI.* 1990 II 1153.

(51) A savoir le 6 juin 1990 (*GBI. DDR* 1990 I 385).

3. Les règles de droit transitoire.

Les rapports de droit nés avant le 3 octobre resteront-ils soumis aux lois de la RDA ou seront-ils dorénavant régis par les lois de la RFA remplaçant celles qui étaient en vigueur avant cette date fatidique ?

La réponse à cette question se trouve dans le catalogue très volumineux des règles de droit transitoire dont nous allons maintenant essayer de résumer les grandes lignes.

a) La réception des règles de la RFA n'a jamais d'effet rétroactif. La validité et les effets des rapports de droit nés avant le 3 octobre restent régis par les lois de la RDA. Il n'y a conflit mobile que si le Traité d'unification le prévoit expressément.

b) Les fiançailles conclues avant le 3 octobre restent régies par l'ancien droit (52), qui ne leur attribuait d'ailleurs aucun effet juridique (53).

c) En revanche, les conjoints ont la faculté d'adapter leur nom d'alliance aux règles de la RFA (54).

d) Le 3 octobre, le régime matrimonial légal de toutes les familles de la RDA (55) a changé. Le régime de la *Eigentums- und Vermögensgemeinschaft* (56) est remplacée par la *Zugewinnsgemeinschaft* (57), le régime légal de la RFA. Pendant un délai de deux ans chaque époux peut néanmoins déclarer maintenir le régime du *FGB*.

e) Les époux divorcés avant le 3 octobre ne peuvent faire valoir des pensions alimentaires qu'en vertu des dispositions en vigueur lors du

(52) Cf. l'art. 234, § 2 inséré dans le *EGBGB* par l'annexe I, chap. III, matière B : droit civil, section II, chiff. 1 = *BGBI.* 1990 II 946.

(53) Cf. l'art. 5, al. 3, par. 2, *FGB* = *Familiengesetzbuch* (cit. plus haut note 30) et le commentaire du ministère de la Justice, 3^e éd., Berlin-Est 1970, § 5, note 2, p. 50.

(54) Cf. l'art. 234, § 3 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 946 s., qui contient une réglementation très détaillée. A ce propos, je renvoie à Böhmert, « Das Ehe- und Familienrecht im Einigungsvertrag mit IPR und Übergangsvorschriften » : *StAZ* 1990, 357 s.

A signaler que la RDA avait modifié le *FGB* par la loi du 20 juill. 1990 (*GBI. DDR* 1990 I 1038) contenant également une norme sur le nom de famille des conjoints, soit l'art. 7, al. 2 (nouveau). Comme beaucoup d'autres articles de cette loi, cette disposition n'a été en vigueur que deux jours, le 1^{er} et le 2 octobre ! Pour plus de détails cf. Eberhardt, « Die Novellierung des Familiengesetzbuchs der DDR » : *FamRZ* 1990, 917 s.

(55) Cf. l'art. 234, § 4 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 947.

(56) Ce régime régi par les articles 39 à 41 *FGB* peut être assimilé à un régime de séparation de biens corrigée au moment de la dissolution du mariage. Les biens, meubles, immeubles, et autres droits acquis pendant le mariage sont censés être copropriété des époux. A la dissolution, le juge ayant alors un très large pouvoir d'appréciation les attribue à l'un ou à l'autre. Il tiendra compte de toutes les circonstances, surtout des besoins de chaque époux, et fixera, le cas échéant, des soultes à payer par l'un des époux.

(57) C'est le régime de participation aux acquêts réglé aux art. 1363 s. C. civ. RFA, différant néanmoins sensiblement du régime conventionnel du même nom prévu par les art. 1569 à 2589 C. civ. français.

divorce (58). Une péréquation des expectatives des rentes est exclue, lorsque le divorce a été ou sera prononcé avant le 31 décembre 1991, date de l'entrée en vigueur du *Rentenrechtsregelungsgesetz* (59). Dans des jugements de divorce rendus après cette date, le juge devra tenir compte d'éventuels arrangements ou décisions intervenus antérieurement (60).

f) L'autorité parentale (*elterliche Sorge*) du Code civil de la RFA se substitua le 3 octobre aux droits et obligations incombant aux personnes chargées de l'éducation d'un enfant. Lorsque le titulaire de ce droit n'était pas l'un des deux parents, mais un tiers, son droit d'éducation se transforma en tutelle (61).

g) La succession est régie par le Code civil de la RDA lorsque le *de cuius* est décédé avant le 3 octobre. Il en est de même de la validité de testaments rédigés avant cette date (62).

h) Les enfants naturels nés avant le 3 octobre continuent à bénéficier du droit successoral plus favorable du Code civil de la RDA (63).

4. Les conflits internationaux et internes.

a) Notre Traité contient trois règles de conflits internationaux :

— Les faits accomplis sont, nous l'avons vu (64), régis par les règles de conflits en vigueur avant l'adhésion.

— Les effets de rapports de droit familial non encore achevés font l'objet d'un conflit mobile. Ils obéissent donc à partir du 3 octobre aux règles de conflit du *EGBGB* (65).

— Il en est de même des régimes matrimoniaux gouvernés dorénavant par l'article 15 *EGBGB*. Dans ce contexte, le jour de l'adhésion se substitue au jour de la célébration du mariage. Sont réputées différées les créances résultant de la dissolution d'un régime qu'un tel conflit mobile aurait pu provoquer (66).

(58) Cf. l'art. 234, § 5 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 948. *Ratio legis* : Les conjoints n'ont pas pu compter avec une telle pension au moment du divorce, homme et femme exerçant en règle générale une activité professionnelle.

(59) Cf. l'art. 234, § 6 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 948.

(60) Cf. l'exposé des motifs *BT-Drucks.* 11/7817, p. 44.

(61) Cf. l'art. 234, § 11 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 949.

(62) Cf. l'art. 235, § 1, al. 1, et 2 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 950.

(63) Cf. l'art. 235, § 1, al. 2, *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 950.

(64) Plus haut sous II, 1 p. 9.

(65) Cf. l'art. 236, § 2 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 950.

(66) Cf. l'art. 236, § 3 *EGBGB* (nouveau) = *BGBI.* 1990 II 951.

Ces deux exceptions mises à part, les autorités des cinq nouveaux *Länder* et de Berlin-Est auront donc à recourir au *RAG* dans tous les cas d'espèce portant sur des rapports de droit nés antérieurement et ayant déjà produit tous leurs effets. Par contre, c'est dans le *EGBGB* que les autorités des anciens Etats fédérés chercheront la solution des conflits de lois en matière internationale. Les rapports de droit nés postérieurement au 3 octobre obéissent aux règles de conflit du *EGBGB*, quelle que soit l'autorité appelée à trancher.

b) Quant aux conflits internes résultant de l'existence simultanée en Allemagne unie de deux législations, le Traité d'unification reste muet. Aucune disposition ne leur est consacrée.

Pour combler cette lacune, il y a lieu d'appliquer l'article 236, paragraphe 1, *EGBGB* par analogie.

Il s'ensuit que les autorités des cinq nouveaux *Länder* appliqueront le *RAG* aux faits accomplis, continueront donc à traiter d'étrangers les citoyens des onze anciens Etats fédérés, alors que les autorités de ces derniers se serviront, comme avant l'adhésion, du critère de rattachement de la résidence habituelle (67).

Il est clair également que des rapports de droit qui naissent après le 3 octobre n'obéissent qu'aux règles de conflit du *EGBGB*, le critère de la nationalité étant remplacé par celui de la résidence habituelle.

Mais quid des rapports de droit nés sous l'empire du *RAG* et produisant encore leurs effets ou partie de leurs effets après l'adhésion ?

Quant aux rapports de droit familial et des régimes matrimoniaux, les autorités compétentes pourront appliquer par analogie les paragraphes 2 et 3 de l'article 236 *EGBGB*.

Lorsqu'il s'agit d'autres rapports de droit, elles recourront à la technique que la doctrine et la jurisprudence ont utilisée lors de l'entrée en vigueur du Code civil et de la loi portant réforme du statut des enfants naturels. Le législateur n'ayant à l'époque prévu des dispositions de droit transitoire que pour les règles substantielles et non pas pour les règles de conflit — également objet d'un bouleversement total — on a résolu les conflits de lois dans le temps par une application analogique des normes dont on disposait (68).

(67) Ainsi selon la jurisprudence constante. Dans la doctrine de nombreuses autres solutions ont été avancées. A ce sujet, je renvoie à Mansel, « Die Nation im innerdeutschen privaten Kollisionsrecht », in : Jayme/Mansel, *Nation und Staat im IPR*, Heidelberg 1990, p.57 s. (61 s.).

(68) Cf. pour plus de détails Raape/Sturm (cité plus haut note 16), p. 25 s.

5. Le maintien des engagements internationaux.

a) Comme le souligne l'article 11 du Traité d'unification, la RFA et la RDA souscrivent au principe des frontières variables du territoire des Etats contractants (69). On est donc tombé d'accord sur l'extension à Berlin-Est et aux cinq nouveaux *Länder* de toutes les conventions internationales conclues par la RFA.

b) La RDA a cessé d'exister comme sujet de droit international. Le Traité d'unification ne déduit cependant pas de cet état de fait que les conventions internationales conclues par la RDA sont toutes caduques. Les deux Etats ont convenu au contraire dans l'article 12 que le maintien et l'extension à l'Allemagne toute entière de ces conventions n'est qu'en suspens (70) : la République fédérale s'engage à négocier avec les Etats contractants de la RDA le maintien pour l'Allemagne unie de ces conventions, leur adaptation ou leur extinction. Toujours selon ce même article, ces négociations respecteront le principe de la bonne foi, tiendront compte des intérêts des partenaires de la RDA et prendront en considération les engagements internationaux et supranationaux qui incombent à la RFA en vertu des conventions internationales conclues avant l'adhésion de la RDA.

Il s'ensuit que, provisoirement tout au moins, les traités conclus par la RDA continuent à lier Berlin-Est, les cinq nouveaux Etats et leur population.

La solution contraire serait d'ailleurs incompatible avec le principe sacro-saint du droit des gens : *Res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet*.

c) Quid des trente-cinq traités d'entraide (71) qu'a conclus la RDA avec de nombreux pays de l'Est et de l'Ouest et dont trente-deux contiennent des règles de conflit ?

(69) Pour le *Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen* cf. Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts* I, Bâle 1948, p. 425 s. ; Marek, « Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen », in : *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin 1962, p. 553 s. ; Wengler, *Völkerrecht* I, Berlin 1964, p. 402, et l'art. 15 (b) de la Convention de Vienne du 22 août 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités.

(70) C'est ainsi que se prononce non pas le Traité certes, mais le texte de l'exposé des motifs, *BT-Drucks.* 11/7760, p. V, soumis aux députés de la Diète fédérale avant la ratification du Traité d'unification : *Artikel 12 des Einigungsvertrags lässt das völkerrechtliche Schicksal der von der Deutschen Demokratischen Republik abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge und Vereinbarungen bis zur Klärung der Haltung des vereinten Deutschlands in der Schwebe*.

(71) Leur texte est reproduit dans le recueil publié par le ministère de la Justice, *Internationaler Rechtsverkehr der Deutschen Demokratischen Republik*, 3^e éd., Berlin-Est 1987. Une liste contenant aussi les *Rechtshilfeverträge* conclus en 1987 et 1988 est annexée au commentaire du RAG édité par le ministère de la Justice sous la direction de Gustav-Adolf Lübchen, *Internationales Privatrecht, Kommentar zum Rechtsanwendungsgesetz*, Berlin-Est 1989, p. 114 s.

Ainsi les traités d'entraide liant la RDA à la Pologne (72), la Hongrie (73), la Tchécoslovaquie (74), l'Union soviétique (75) et la Yougoslavie (76) — pour n'en citer que quelques-uns — ont incorporé des catalogues entiers de règles de conflit de lois et de juridictions (77). Les traités entre la RDA d'une part, la Belgique (78), la France (79), la Grèce (80) et l'Italie (81) de l'autre, ne règlent par contre que la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par des autorités des Etats contractants.

Déclarer sans objet tous ces traités ne serait pas dans l'intérêt de l'Allemagne unie, les citoyens de Berlin-Est et des cinq nouveaux Etats fédérés pouvant en tirer, le cas échéant, de considérables avantages.

Il faut donc admettre que les règles de conflit de tous ces traités constituent des normes dont l'application est limitée au territoire et à la population de l'ancienne RDA.

Mais comment déterminer ce champ d'application géographiquement limité ? A quel critère de rattachement recourir si la règle de conflit se réfère à la nationalité de la RDA (82) ayant disparu le 3 octobre 1990 ?

(72) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Volksrepublik Polen über den Rechtsverkehr in Zivil-, Familien- und Strafsachen*, 1^{er} fév. 1957 (GBI. DDR 1957 I 414), art. 21 à 61.

(73) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Ungarischen Volksrepublik über den Rechtsverkehr in Zivil-, Familien- und Strafsachen*, 30 oct. 1957 (GBI. DDR 1958 I 278), art. 24 à 57.

(74) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Tschechoslowakischen Republik über den Rechtsverkehr in Zivil-, Familien- und Strafsachen*, 11 sept. 1956 (GBI. DDR 1956 I 1188), art. 25 à 54.

(75) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über Rechtshilfe in Zivil-, Familien- und Strafsachen*, 19 sept. 1979 (GBI. DDR 1980 I 12), art. 22 à 60.

(76) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Sozialistischen Föderative Republik Jugoslawien über den Rechtsverkehr in Zivil-, Familien- und Strafsachen*, 20 mai 1966 (GBI. DDR 1967 I 8), art. 25 à 72.

(77) Les règles de conflit de lois concernent surtout l'état et la capacité des personnes, la famille et les successions, mais parfois même la forme des contrats et les actes illicites (cf. par exemple les art. 25 et 26 du Traité d'entraide entre la RDA et l'URSS) ; les règles de conflit de juridictions, la reconnaissance et l'exécution des décisions des Etats contractants.

(78) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und dem Königreich Belgien über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über Unterhaltsansprüche*, 12 déc. 1984 (GBI. DDR 1985 II 44).

(79) Convention d'entraide judiciaire en matière civile entre la République française et la République démocratique allemande, 30 janv. 1987 (J.O., 30 juin 1988, p. 8623 = Rev. crit. dr. int. pr. 1988, 787 s. = GBI. DDR 1987 II 41).

(80) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Griechischen Republik über Rechtshilfe in Zivilsachen*, 6 juill. 1984 (GBI. DDR 1984 II 49).

(81) *Vertrag zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Italienischen Republik über Rechtshilfe in Zivilsachen und den Austausch von Personenstandsurkunden*, 10 juill. 1984 (GBI. DDR 1984 II 46).

(82) Evidemment aucune question ne se pose lorsque le critère de rattachement du Traité est le domicile, le lieu de conclusion du contrat ou le lieu où s'est produit le dommage résultant d'un acte illicite.

Ce problème n'est pas nouveau.

Il s'est déjà posé dans d'autres circonstances et plus précisément lors du Traité du 6 décembre 1856 entre la Confédération suisse et son Altesse Royale le Grand-Duc de Bade, touchant les conditions réciproques relatives à l'abolition des droits de détraction et autres rapports de voisinage (83). Ce Traité contenait des règles sur la compétence et la loi applicable en matière successorale.

En 1934 le pays de Bade a cessé d'exister, Hitler ayant supprimé les structures fédéralistes de la République de Weimar et transféré tous les pouvoirs au *Reich* (84). Il n'y avait donc plus de Badois ; il n'y avait que des ressortissants allemands. Or un décret (85), toujours en vigueur, fournit les critères dont il faut se servir pour rattacher une personne à un Etat fédéré dissous (86). Le décret prévoit les rattachements par cascade suivants :

- le domicile,
- l'indigénat possédé avant la dissolution du Land,
- le dernier domicile en Allemagne,
- l'indigénat possédé par les ascendants,
- et, en dernier lieu, le dernier domicile en Allemagne des ascendants.

Ces rattachements peuvent être sans plus mis en œuvre lorsqu'il s'agit d'établir si un ressortissant allemand ou son adversaire peut se prévaloir d'un Traité d'entraide conclu par la RDA.

V. — RESTITUTION DE BIENS EXPROPRIÉS

1. — En principe, les biens que les organes de la RDA ont expropriés et transformés en propriété collective (*Volkseigentum*) doivent être restitués en nature (87). Mais ce principe se heurte souvent à des obstacles pratiques. Il fallait donc prévoir de nombreuses exceptions. La loi sur les

(83) Recueil systématique des lois et ordonnances (1848-1947) 11, 557 = Nouveau Recueil systématique du droit fédéral 0.142.111.362 = *Badisches Regierungsblatt* 1857, 431. Ce Traité n'est plus en vigueur. Il a été dénoncé par le Bade-Wurtemberg et est abrogé depuis le 1^{er} mars 1978. cf. Sturm, « Die Erbverhältnisse von Ausländern in der Schweiz », in : *Les étrangers en Suisse*, Lausanne 1982, p. 123 s. (131 et 140 s.).

(84) Cf. le *Gesetz über den Neuaufbau des Reiches*, 30 janv. 1934 (*RGBl.* 1934 I 75) = loi sur la restructuration du Reich.

(85) *Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit*, 5 fév. 1934 (*RGBl.* 1934 I 85) = décret sur la nationalité allemande.

(86) Le Tribunal fédéral suisse a tiré argument de ce décret pour constater que le Traité continue à s'appliquer, 14 juill. 1955 : *RO* 81 II (1955) 319 s. (337).

(87) Lors des travaux préparatoires, le parti socialiste (*SPD*) s'est prononcé contre la restitution en nature des biens expropriés.

questions patrimoniales encore à régler (88), entrée en vigueur en même temps que le Traité d'unification, donne des prescriptions très détaillées à ce sujet.

2. — D'une manière générale la restitution est exclue lorsque, selon leur nature, les biens réclamés ne peuvent plus être rendus (art. 4, al. 1) ou que des personnes physiques, des communautés religieuses ou des fondations reconnues d'utilité publique en ont acquis de bonne foi la propriété ou des droits réels d'usage (art. 4, al. 2).

3. — Selon l'article 5 de cette loi, la restitution d'immeubles ou de bâtiments est exclue lorsque l'une des conditions suivantes est réalisée :

— l'utilisation ou l'affectation de ces biens a changé, des sommes importantes ayant été investies pour leur transformation et le maintien de l'usage actuel étant commandé par l'intérêt public ;

— les immeubles ont été affectés au domaine public ;

— sur ces terrains ont été implantés des quartiers d'immeubles locatifs ou de pavillons ;

— ces terrains ont été mis au service d'entreprises artisanales ou industrielles, ou intégrés dans de telles entreprises auxquelles leur restitution causerait de très sérieuses difficultés.

4. — La demande de restitution d'une entreprise échoue en vertu de l'article 6, alinéa 1, lorsque, compte tenu du progrès technique et de l'évolution économique générale, cette entreprise n'est plus comparable à celle qui a été frappée d'expropriation.

5. — Enfin, la restitution en nature est refusée lorsque l'immeuble, le terrain ou le bâtiment, transféré à la collectivité, est indispensable pour réaliser des objectifs de promotion et d'investissements (création de places de travail, satisfaction de besoin de logements, mise en œuvre de mesures d'infrastructure permettant d'atteindre les deux premiers buts) (89).

(88) Cité plus haut, note 23.

(89) Cette dernière limitation de la restitution en nature découle non pas de la loi sur les questions patrimoniales encore à régler, mais de l'art. 41 Traité d'unification et de la loi sur la promotion d'investissements (*Gesetz über besondere Investitionen in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet*) formant également partie intégrante du Traité, cf. annexe II, chap. III, matière B : droit civil, section I, chiffr. 1 = *BGBI.* 1990 II 1157.

6. — Un décret du gouvernement de la RDA (90) resté en vigueur (91) et la loi sur les questions patrimoniales encore à régler (92) ont arrêté la procédure de restitution.

a) Celle-ci suppose le dépôt d'une demande. Le délai fixé expirait le 13 octobre 1990 déjà (93). Le gouvernement fédéral (94) l'a cependant prorogé le 5 octobre jusqu'au 31 mars 1991 pour toutes les prétentions émanant de personnes persécutées pour des raisons raciales, politiques, religieuses ou idéologiques dans la période du 30 janvier 1933 au 8 mai 1945, ainsi que des victimes de condamnations et confiscations postérieures, lorsque le procès pénal qui s'est déroulé en RDA a violé les garanties élémentaires d'un Etat de droit et aura fait l'objet d'une procédure de révision.

b) Nos sources ne précisent pas si le délai est péremptoire. Selon le ministère de la Justice (95) le respect du délai est indiqué pour exclure le risque de subir des déchéances. D'autres auteurs (96) estiment que toutes les demandes tardives seront sans plus rejetées. Les travaux préparatoires sont malheureusement muets (97). On aurait souhaité plus de clarté !

c) Quelles étaient et quelles sont les autorités compétentes pour recevoir une telle demande ? La municipalité de la ville ou le *Landratsamt* (sous-préfecture) du cercle de la RDA dans lequel l'exproprié avait son

(90) Il s'agit de la *Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche* (décret sur le dépôt de prétentions patrimoniales), 11 juill. 1990 (*GBI. DDR* 1990 I 798) que le décret du 21 août 1990 (*GBI. DDR* 1990 I 1260) a modifié. Pour plus de détails voir : Vermögen in der DDR. Frist für die Anmeldung von DDR-Grundstücks-Ansprüchen läuft bis zum 13. Oktober 1990 : « recht » *Informationen des Bundesministers der Justiz* 1990, 48 s. ; Hebing, « Enteignung und Rückerwerb von DDR-Vermögen », in : *Investitionsbedingungen...* (cité plus haut note 34), p. 51 s.

Le ministre de la Justice de Bonn a publié un formulaire expliquant au profane les démarches à entreprendre et annexant un formulaire de demandes de restitution. Ce *Merkblatt zur Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche (Anmeldeverordnung)* est reproduit dans le cahier 41 de la *NJW* 1990, p. IX s.

(91) Cf. Traité d'unification, annexe II, chap. III, matière B : droit civil, section I, chiff. 2 et 3 = *BGBI.* 1990 II 1157.

(92) Cf. les art. 30 s. de la loi citée note 23.

(93) Le décret du 11 juill. 1990 avait prévu comme terme le 31 janv. 1991, délai réduit au 13 oct. 1990 par le décret du 21 août.

(94) *BGBI.* 1990 I, 2150. Le décret promulgué en vertu de la délégation de l'art. 5, al. 2, de la loi de ratification du Traité d'unification est commentée dans « recht », *Informationen des Bundesministers der Justiz* 1990, 63 : « Vermögensrechtliche Ansprüche in der ehemaligen DDR. Opfer des NS-Regimes sowie in der ehemaligen DDR rechtsstaatswidrig Verurteilte können vermögensrechtliche Ansprüche anmelden ; Fristablauf : 31. März 1991 ».

La nouvelle version du décret sur le dépôt de prétentions patrimoniales est publiée dans le *BGBI.* 1990 I 2160.

(95) Cf. l'art. paru dans « recht » 1990, 48, cité plus haut note 90.

(96) Par exemple Hebing, cité plus haut note 34.

(97) Cf. *Erläuterungen* (cités note 4), p. 62.

dernier domicile. A défaut de domicile, la ville ou le cercle dans lequel le bien exproprié est situé.

Si l'exproprié est décédé, c'est son dernier domicile ou le lieu de la situation du bien exproprié ou confisqué qui fait foi.

Les victimes de persécutions ou de confiscations pénales domiciliées à l'étranger peuvent s'adresser aussi au ministère de la Justice de la République fédérale de Bonn (98).

d) Quel est l'effet du dépôt d'une demande de restitution ?

Cette démarche ne met pas seulement en branle la procédure de restitution (99), mais elle empêche aussi l'autorité qui, selon la *Grundstücksverkehrsverordnung* (100), doit consentir à tout transfert immobilier, d'approuver l'aliénation requise par le propriétaire actuel (101).

Le dépôt d'une demande ne provoque donc pas une défense d'aliéner et, par conséquent, un blocage du registre foncier, mais engendre une obligation de l'autorité compétente de suspendre toute procédure d'autorisation de transfert (102). Un tel transfert ne peut être autorisé que si aucune demande n'a été présentée jusqu'à l'expiration du délai ou qu'une telle demande n'ait pas abouti.

7. — Lorsque la restitution est exclue pour une des raisons énoncées plus haut (V. 2 à 5), l'exproprié a droit à une indemnité. Les critères permettant de fixer les montants de ces indemnités doivent encore être fixés par le législateur (103). Dans l'hypothèse prévue à l'article 4, alinéa 2 (104), l'autorité peut indemniser l'exproprié en lui transférant un immeuble d'une valeur se rapprochant le plus près possible de l'immeuble perdu (105).

(98) Adresse : Bundesministerium der Justiz, Heinemannstrasse 6, D-5300 (West) Bonn 2.

(99) Les *Länder* devront créer des autorités pour régler la restitution, ainsi qu'une éventuelle indemnisation de l'exproprié qui ne peut retrouver son bien. Ces *Landesbehörden* effectueront leurs enquêtes d'office.

(100) Cité plus haut IV 2 b.

(101) En vertu de la loi du 7 mars 1990 sur la vente d'immeubles appartenant à la collectivité (*GBI. DDR 1990 I 157*), de très nombreuses villas ont été vendues à vil prix à leurs locataires, en particulier à des membres dirigeants et à des militants du parti communiste.

(102) La constitution de droit réels n'est pas soumise à autorisation. Le propriétaire actuel peut donc hypothéquer son fonds.

(103) Cf. l'art. 9 de la loi sur les questions patrimoniales encore à régler.

(104) Cf. plus haut V 2.

(105) Les rentiers Margareta et Alfred Lüscher de Thalwil (Canton de Zurich) qui ont demandé une indemnité de 12 millions DM se verront peut-être attribuer un immeuble. Leur histoire illustre cependant bien les hypothèses qui peuvent se présenter. L'arrière-grand-père de M^{me} Lüscher, confiseur grison, s'était établi à Berlin et y avait ouvert une confiserie près du Alexanderplatz. La maison de plusieurs étages dans laquelle se trouvait son café fut expropriée en 1947 et démolie. Sur le terrain de la famille Lüscher, la télévision Est-allemande construisit sa tour émettrice (*Badische Neueste Nachrichten* 26 sept. 1990).

8. — Le 5 octobre deux avocats ont déposé à Karlsruhe un recours de droit constitutionnel (106).

Ils font surtout valoir que le nouvel article 143 de la Constitution (107) violerait gravement le principe de l'égalité devant la loi. Il serait arbitraire et totalement injustifié d'exclure toute demande de restitution de personnes ayant perdu leur propriété par des mesures prises par l'administration militaire soviétique, alors que toutes les victimes de la collectivisation intervenue après 1949 pourraient réclamer restitution ou indemnité (108).

Il est certain que des nationalisations ordonnées par une puissance occupante avec ou sans indemnité portent atteinte au droit international public (109).

Mais le problème reste entier de savoir si de telles expropriations sont juridiquement nulles et non avenues. Même s'il fallait admettre une telle nullité, la RDA et la RFA pourraient d'ailleurs les avoir validées par le Traité d'unification.

VI. — CONSIDERATIONS FINALES

1. — Rudolf Wassermann (110) se demande s'il ne faut pas taxer de manipulation de la Constitution la manière dont on a exclu les demandes

(106) Cf. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 6 oct. 1990.

(107) Cf. *supra* II 3 et 4.

(108) Au mois de septembre, une poignée de députés démocrates-chrétiens ont essayé en vain d'empêcher la ratification du Traité d'unification en déposant auprès de la Cour constitutionnelle une requête de mesures provisionnelles. Cf. « Bundesverfassungsgericht berät über den Einigungsvertrag. Einstweilige Verfügung ? Die aussenpolitische Prärogative » : *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15 sept. 1990. Les requérants arguaient d'une prétendue restriction de leurs prérogatives de députés. Si la Constitution pouvait être modifiée par le Traité, le débat parlementaire se résumerait à peu de choses : le Traité ne pouvant pratiquement plus être modifié, les députés seraient limités à l'approuver ou à le rejeter en bloc. Une telle alternative serait d'autant plus grave que les modifications constitutionnelles toucheraient des normes aussi importantes que la garantie de la propriété et la suppression de l'art. 23.

Cette dernière (cf. *supra* note 7) provoquerait d'ailleurs un contraste irréductible avec l'art. 116 de la Constitution conférant un statut identique à celui des ressortissants allemands aux personnes d'origine ethnique allemande qui, après leur fuite ou leur expulsion, ont été accueillies sur le territoire formant le *Deutsche Reich* le 31 déc. 1937, englobant donc aussi les territoires au-delà de l'Oder-Neisse annexés par la Pologne.

Leur requête a été rejetée le 18 sept. comme manifestement infondée. Cf. « Organklage gegen Einigungsvertrag. Bundesjustizminister Hans A. Engelhard begrüßt die heutige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts » : « *recht* » 1990, 67.

(109) Cf. Seidl-Hohenveldern, *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, Berlin/Tübingen 1952, p. 31 s. ; Boulanger, *Les nationalisations*, Paris 1975, p. 77 s. ; Stern, « Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrages » : *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1990, 289 s. (291).

(110) « Zur Einheit eine zweite Enteignung » : *Rheinischer Merkur* 14 sept. 1990.

Rudolf Wassermann a été président de la Cour d'appel de Braunschweig de 1974 à 1980 et a présidé aussi le groupe d'études des juristes socialistes (ASJ).

de restitution des fermes et des terrains confisqués et expropriés par ou sur ordre de l'administration militaire soviétique. A l'en croire, l'insertion de l'article 143 revient à une seconde spoliation. La RFA aurait sacrifié la garantie de la propriété sur l'autel de la réunification.

2. — Cette critique est déplacée. Comme nous l'avons vu (111), le Traité d'unification aurait échoué si RDA et RFA n'avaient pas cédé à la pression soviétique. *Politik ist die Kunst des Möglichen*.

3. — La réunification des deux Allemagnes à laquelle on n'osait plus croire ces dernières années eut son prix. Le Traité d'unification ne fit pas seulement tomber murs et barbelés. Il rétablit aussi dans une très large mesure l'unité législative. L'utopie céda la place au miracle. Souhaitons qu'il ne reste pas seulement juridique, mais que le peuple des cinq nouveaux Länder et de Berlin-Est récolte vraiment les fruits de sa révolution pacifique.

(111) Voir *supra* II 4.

Umschau

Tagungsbericht

Bemühungen um ein einheitliches europäisches Vertragsrecht

– Zu einer Tagung in Pavia am 20. und 21. Oktober 1990 –

Am 26. Mai 1989 faßte das Europäische Parlament einen Beschluß, der in den meisten Mitgliedstaaten der Gemeinschaft kaum zur Kenntnis genommen wurde: Die Mitglieder der EG wurden aufgefordert, ihr gesamtes Privatrecht zu vereinheitlichen, das nationalstaatliche Normengewirr also durch ein für alle Mitgliedstaaten geltendes Zivil- und Handelsrecht zu ersetzen¹.

Es ist das Verdienst des italienischen Rechtshistorikers, Zivilrechtlers und Rechtsvergleichers *Giuseppe Gandolfi*, übrigens eines besonderen Kenners des deutschen Rechts², die Initiative ergriffen und eine Reihe europäischer Rechtslehrer³ in Pavia versammelt zu haben, in einer Stadt, die sich in der europäischen Rechtsgeschichte schon im IX. und X. Jh. als Sitz einer berühmten langobardischen Rechtsschule einen Namen machte.

Diskutiert wurde die Frage, ob man nicht mit der Schaffung eines vereinheitlichten Vertragsrechts beginnen und damit die Vielzahl obligationenrechtlicher Vorschriften beiseite schieben solle, die heute schon, aber erst recht 1993 trotz vereinheitlichtem Kollisionsrecht⁴ die Rechtsanwendung erschweren.

Sodann wurde erörtert, ob es nicht angezeigt wäre, wie seinerzeit in Deutschland und der Schweiz, eine moderne Kodifikation zugrunde zu legen und auf ihr aufbauend ein Gesamtwerk zu schaffen. In einem hervorragend dokumentierten Einleitungsreferat, das vor der Sitzung in Englisch, Französisch und Deutsch an alle Gäste verteilt wurde, sprach sich der Gastgeber, *Giuseppe Gandolfi*, dafür aus, vom ital. ZGB, dem *Codice civile italiano* von 1939/1942, auszugehen, der eine echte Synthese zwischen französischem und deutschem Recht darstellt, aber auch den Grundsätzen des *Common Law* nicht widerstreitet.

Schließlich kam zur Sprache, daß es ja bereits zwei andere Unternehmen gibt, die versuchen, das Vertragsrecht Europas, ja das Vertragsrecht der ganzen Welt auf einen Nenner zu bringen: die Kopenhagener Arbeitsgruppe *Ole Lando*, die von der EG finanziert wird und seit über 10 Jahren über einem Entwurf brütet, und das Römer Institut *Unidroit*, das ein weltweit geltendes Recht für Schuldverträge zu schaffen beabsichtigt, ohne aber bisher Diskussionsentwürfe vorgelegt oder über den Fortgang der Arbeiten berichtet zu haben.

Ist die neue Arbeitsgruppe, die sich als *Corpus academicum pro codificatione europea*⁵ konstituierte, also nicht so überflüssig wie ein Kropf?

Martin Posch (Jena) kommentierte zu Recht: In der DDR stand immer nur ein Entwurf zur Wahl. Diskutiert werden konnte wie überall im Ostblock nur im ausgewählten Kreis der Eingeweihten.

¹ Vgl. Dok. A2-157/89, ABl. der EG vom 26. 6. 1989, Nr. C 158/400.

² In seiner eindrucksvollen zweibändigen rechtsvergleichenden Monographie über Umdeutung von Willenserklärungen (*La conversione dell'atto invalido*, Mailand, Giuffrè, I, 1984, II modello germanico, 374 S.; II, 1988, II problema in proiezione europea, 486 S.) wird ein ganzer Band dem deutschen Recht gewidmet.

³ Von den EG-Mitgliedstaaten für Belgien: *R. Vigneron* (Lüttich); für Dänemark: *O. Lando* (Kopenhagen); für Deutschland: *D. Medicus* (München), *M. Posch* (Jena) und *F. Wieacker* (Göttingen); für Frankreich: *D. Tallon* und *A. Tunc* (beide Paris); für Griechenland: *G. Daskalidis* (Athen); für Großbritannien: *R. Feenman* (Cambridge), *H. McGregor* (Oxford), *P. Stein* (Cambridge) und *M. Whincup* (Keele); für Irland: *P. O'Higgins* (Dublin); für Italien: *C. M. Bianca*, *G. B. Ferri* (beide Rom), *A. Trabucchi* (Padova) sowie *A. Brancaccio*, Präsident des ital. Kassationshofs in Rom; für die Niederlande: *G. R. de Groot* (Maastricht); für Spanien: Verfassungsrichter *J. L. de los Mozos*.

Von den EFTA-Ländern wurden für Österreich *Th. Mayer-Maly* (Salzburg) und *W. Posch* (Graz), für die Schweiz *F. Stürm* (Lausanne) eingeladen.

⁴ Das Römer EG-Übereinkommen vom 19. Juni 1980 (BGBl. 1986 II 810), das noch nicht in Kraft getreten ist, schafft in allen Mitgliedstaaten der EG einheitliche Anknüpfungsregeln. Deutschland übernahm es in die IPR-Novelle 1986 (Art. 27–37 EGBGB). Als innerstaatliches Recht gelten diese Kollisionsnormen auch schon in Belgien, Dänemark und Luxemburg. Die niederländische Rechtsprechung stützt sich weitgehend auf sie. Näheres in IPRax 1988, 139; 1990, 358.

⁵ Französisch GEDEC = Groupe d'étude pour le droit européen commun.

Das europäische Parlament sollte die Freiheit besitzen, von mehreren Entwürfen die Lösung zu übernehmen, die unserem Gerechtigkeitsstreben und modernen Bedürfnissen am ehesten entspricht.

Dies war auch die Ansicht der Mehrheit, die *Ole Lando* und *Denis Tallon*, beides Vertreter der Kopenhagener Gruppe, aber durchaus nicht in die Enge drängen wollte, sondern zu gemeinsamer Arbeit oder doch zum Gedankenaustausch anregte.

Im Gegensatz zum *Nieuw Burgerlijk Wetboek* der Niederlande, das mit Ausnahme des Erbrechts nächstes Jahr in Kraft treten wird⁶, ist der *Codice civile italiano* erprobt. Er bewährte sich in fünfzigjähriger Rechtsprechung und eignet sich deshalb besonders als Diskussionsbasis für ein europäisches Vertragsrecht.

Mit GEDEC und seiner italienischen Arbeitsgrundlage geht es also weiter. Im Herbst wird in Maastricht über die Vorschriften diskutiert, die in Europa ganz allgemein für Willensmängel gelten sollen.

Professor Dr. Dr. h. c. Fritz Sturm, Lausanne

⁶ Vgl. zu den Reformen des Schuldrechts *Haanappel/Mackay*, *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het vermogensrecht*, Kluwer law, Deventer/Boston 1990.

Juristen JZ Zeitung

Redaktion Rechtsanwälte Dr. Franz-Peter Gillig und Markus Binder,
7400 Tübingen, Wilhelmstraße 18, Telefon (07071) 26064
Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

46. Jahrgang 7. Juni 1991 11

Die Rezeption des französischen Personenstandsrechts in Deutschland, Österreich und der Schweiz – Ein Markstein auf dem Weg zu Gleichheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit*

von Professor Dr. Dr. h.c. Fritz Sturm, Ordinarius an der Universität Lausanne

GSR 186

I. Eindringen und Vordringen fremden Rechts

1. Eindringen und Vordringen fremden Rechts, Aufnahme und Übernahme von Rechtsgut, Rechtsgedanken und Rechtsformen anderer Gemeinwesen sind Vorgänge, die Rechtsleben und Rechtsentwicklung überall auf der Welt kennzeichnen und prägen.

Unterschiedlich und oft stark voneinander abweichend sind nur Ursachen, Abläufe und Wirkungen, die sich in ihrer Vielschichtigkeit und Variationsbreite bisweilen nicht einmal dem Rechtshistoriker ganz erschliessen.

2. Fremdes Recht kann einem Land regelrecht aufgezwungen, seinen Institutionen übergestülpt werden, ja sein bisheriges Recht völlig verdrängen oder verfremden. Innere und äussere Umwäl-

zungen, Landnahme und Eroberung zeichnen hierfür verantwortlich.

Jedoch kann Rezeption auch lediglich auf innen- oder aussenpolitischem Druck beruhen, eine Folge von Nachgeben und Rückzug derer sein, die bisher das Rechtsleben gestalteten und bestimmten.

Noch häufiger ist die Anleihe, die ein Gemeinwesen aus freien Stücken bei einem anderen aufnimmt. Man führt nach fremdem Muster Reformen durch, zu denen die eigene Kraft fehlt.

Bei der Säkularisierung des Zivil- oder, wie man heute sagt, Personenstandsrechts, bei Übernahme des französischen Modells, stehen all diese Erscheinungen Pate.

Die Registrierung von Tatsachen, die für den Christen entscheidend sind, Taufe, Erstkommunion, Heirat, Begräbnis, oblag jahrhundertlang der Kirche.

Ihre Ausschaltung und die damit verbundene Laisierung des Zivilstandswesens verlief zunächst

* Vortrag im Europa-Institut der Universität des Saarlandes am 30. Mai 1988; Abdruck mit freundlicher Genehmigung der Herausgeber der «Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut».

einmal parallel zum Vormarsch der französischen Revolutionsarmee, zum Anschluss grosser Gebiete an Frankreich und zur Bildung von französischen Satelliten auf dem Boden des ehemaligen Heiligen römischen Reichs deutscher Nation.

Jedoch wurde das Rad der Geschichte nicht überall zurückgedreht, als die Franzosen die seit 1792 erworbenen Gebiete aufgeben mussten, das linke Rheinufer und die Départements Oberems, Weser- und Elbmündung mit den Hansestädten Bremen, Hamburg und Lübeck wieder deutsch, Genf neuer Schweizer Kanton und der Norden des ehemaligen Bistums Basel, der heutige Kanton Jura, Berngebiet wurden.

Historisch noch bemerkenswerter ist die Tatsache, dass sich dem französischen Modell auch zahlreiche deutsche Staaten und Schweizer Kantone anschlossen, deren Personenstandsregister nie säkularisiert worden waren. Hier liegt echte Rezeption im klassischen Sinne des Wortes vor, nämlich freiwillige und bewusste Aufnahme fremder Rechtsgedanken und Normen.

3. Diese einleitenden Bemerkungen lassen schon das Gerüst, die Disposition meines Vortrags erkennen. Er besteht aus drei Teilen.

Im ersten wird aufgezeigt, wie und weshalb es zum französischen Personenstandsgesetz vom 20. September 1792 kam und welche Ziele man mit dieser lex verfolgte, der loi déterminant le mode de constater l'état civil des citoyens.

In einem zweiten Teil sollen dann Einführung und Aufnahme des französischen Rechts in Gebieten des Heiligen römischen Reichs deutscher Nation erläutert werden, eines Reichs, das längst zerfallen war, als an jenem denkwürdigen 6. August 1806 Franz II. die Kaiserkrone niederlegte.

In einem dritten wird nachgezeichnet, wie im Zeitalter des Liberalismus in Deutschland und in der Schweiz nach und nach überall die französischen Vorschriften bewusst und gewollt übernommen und die Kirchen ausgeschaltet wurden. Nur Österreich musste warten. Ein laizistisches Personenstandsrecht erhielt dieses Land erst mit dem Anschluss an das Deutsche Reich im Jahr 1938.

II. Das französische Gesetz vom 20. September 1792

1. Das französische Gesetz vom 20. September 1792¹ verwirklichte einen Programmsatz der verfassungsgebenden Nationalversammlung. Das Grundgesetz vom 3. September 1791² erhielt nämlich ein Titel II Artikel 7 folgende Vorschrift:

La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, les mariages et les décès seront constatés, et il désignera les officiers publics qui recevront et conserveront les actes.

Die Ehe ist ein rein bürgerlich-rechtlicher Vertrag. Die Beurkundung von Geburt, Heirat und Tod wird staatlichen Behörden übertragen. Diese sind für alle Einwohner unterschiedslos zuständig. Das Nähere bestimmt ein Gesetz.

2. Die wichtigsten Vorschriften³ dieses Ausführungsgesetzes, eben der loi vom 20. September 1792, lauten: Das gesamte Zivilstandswesen ist Aufgabe der Gemeinden. Jede Gemeinde hat ein Ratsmitglied⁴ mit der Wahrnehmung der neuen Befugnisse zu betrauen. Registerführung, Trauung und Ausspruch einverständlicher Scheidung⁵ fallen in seine ausschliessliche Zuständigkeit⁶.

3. Das Personenstandsgesetz sollte nicht nur einen Verfassungsauftrag erfüllen. Bezweckt wurde noch etwas ganz anderes: das Chaos und die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, die auf dem Gebiete des Zivilstandswesens eingerissen waren⁷.

4. Wie kam es zu diesem Wirrwarr? Wie konnte das französische Personenstandswesen so aus dem Tritt geraten?

a) Zunächst dadurch, dass der Diensteid, den die Revolution der katholischen Geistlichkeit abverlangte⁸, den Klerus spaltete, ja letztlich so dezimierte, dass viele Pfarreien nicht mehr besetzt werden konnten. Die meisten Geistlichen lehnten nämlich ab, wie Staatsbeamte einen Eid auf Volk, Freiheit und Gleichheit zu leisten. Mit dieser Weigerung galten sie aber als freiwillig aus dem Amt geschieden. Wer sich hingegen vereidigen liess und gar ein vakantes Pfarr- oder Bischofsamt

übernahm, wurde vom Papst⁹ als Invasor, als Eindringling und Schismatiker gezeißelt.

Gläubige, die sich von Schismatikern trauen oder ihre Kinder von Schismatikern taufen liessen, machten sich aus päpstlicher Sicht zu Komplizen dieser treulosen Diener der Kirche. Ihre Ehen verstießen gegen die Vorschriften des Tridentinum, waren also unwirksam.

Auf der anderen Seite verfügten nur die beeidigten Geistlichen über Kirchenbücher und konnten Auszüge beglaubigen, die von staatlichen Behörden anerkannt wurden.

An wen sollte man sich als gläubiger Katholik also wenden, um eine Personenstandsurkunde zu erhalten? Es gab zwei Möglichkeiten:

aa) Man berief sich auf die Regelung, die das Toleranzedikt Ludwigs XVI.¹⁰ geschaffen hatte, richtete also ein Gesuch an das Gericht, das Geburten und Eheschliessungen von Protestanten beurkundete. Dann verfügte man über eine staatliche Urkunde und konnte sich jetzt getrost an einen Geistlichen wenden, der als Unbeeidigter dem päpstlichen Gebot treu geblieben war.

Mit dieser Lösung war die römische Kurie jedoch nicht einverstanden, war dieser Ausweg doch nur für Häretiker, nicht für Katholiken geschaffen worden.

bb) Der zweite gangbare, aber sehr teure Weg: Man liess die Heirat notariell beurkunden, schloss also eine sogenannte Ehe «à la Gaumaine», um sich nachträglich von einem unbeeidigten Geistlichen trauen zu lassen¹¹.

b) Eine Verschlimmerung der Lage trat dadurch ein, dass man im August 1792 alle katholischen Geistlichen, die keinen Diensteid geleistet hatten, aus Frankreich verbannte. Wer nicht nach Französisch-Guayana in ein Straflager verschifft werden wollte, hatte das Land freiwillig zu verlassen¹².

Viele Gläubige liessen nun überhaupt nichts mehr beurkunden. Vereidigte Pfarrer standen meist nicht zur Verfügung. Mit einem notariellen Vertrag hätte man sich zwar eine Urkunde verschaffen können, aber nicht die Mitwirkung eines Geistlichen, der der Kirche treu geblieben war.

Die Unbeeidigten waren ja grösstenteils aus dem Land gejagt worden oder hielten sich irgendwo bei Bauern versteckt.

So wurde die Betrauung staatlicher Behörden mit dem Zivilstandswesen eine rechtspolitische Notwendigkeit.

Was der papsttreue Klerus sich immer gewünscht hatte, die Befreiung der Gläubigen vom Joch der Schismatiker, denen man fromme Menschen und Glieder der Gemeinde nicht ausliefern wollte, wurde nun Wirklichkeit¹³. Freilich zu einem Zeitpunkt, als der Kirchenkampf schon in eine erschreckende Phase getreten war, in der man Kruzifixe, Glocken, Engels- und Heiligenfiguren in Kanonen und Münzen verwandelte und bischöfliche Palais mit ihren Gärten zu Spottpreisen verschleuderte¹⁴.

Mit der Übertragung des Zivilstandswesens auf die Gemeinden, verlieren selbst die Geistlichen, die brav ihren Diensteid geleistet hatten, die Befugnis, personenstandsrechtlich relevante Fakten zu beurkunden. Sie dürfen nicht einmal mehr Tauf-, Heirats- und Begräbnislisten ihrer Gläubigen führen¹⁵. Auch für solche Handlungen drohen jetzt Amtsverlust und Verbannung¹⁶.

Unter dem Konsulat Napoleons werden dann die Bürgermeister und ihre Beigeordneten Standesbeamte¹⁷. Dabei ist es in Frankreich bis heute geblieben. Im übrigen übernahm der Code civil fast alle wichtigen Vorschriften des Personenstandsgesetzes von 1792.

III. Die Einführung des französischen Personenstandswesens in den neu erworbenen Gebieten

1. Das Personenstandsgesetz vom 20. September 1792 wurde auch auf die neu erworbenen Gebiete erstreckt. Man beseitigte also die Kirchenbuchführung und ordnete staatliche Beurkundung aller personenstandsrechtlich relevanten Fakten an.

So im nördlichen Teil des ehemaligen Bistums Basel, dem neuen Département du Mont-Terrible¹⁸, in Genf¹⁹ und auf dem ganzen linken Rheinufer²⁰, dort übrigens aufgrund einer Verordnung des elsässischen Generalgouverneurs

Franz Josef Rudler aus Gebweiler, und dies schon drei Jahre bevor dieses Gebiet 1801 im Frieden von Lunéville an Frankreich fiel. Auch in den drei Hansestädten Hamburg, Bremen und Lübeck, die seit 1810 zu Frankreich gehörten²¹, wurden staatliche Zivilstandsregister geschaffen²². Mit Wirkung vom 20. August 1811 wurde ja in den neuen Départements Oberems, Weser- und Elbmündung der Code civil eingeführt²³.

2. Im heutigen Kanton Jura hatte die Reform Mühe, sich in der Praxis durchzusetzen²⁴. Die neu geschaffenen Zivilstandsregister wurden gefälscht, versteckt oder vernichtet. Niemand hatte mehr Söhne. Man fürchtete in der Tat, zur französischen Armee rekrutiert zu werden. Niemand starb; denn beim Tod waren hohe Erbschaftssteuern zu entrichten. Beidem wollte man sich aber entziehen.

3. Anders in Genf. Diese Stadt war am 26. April 1798 aufgrund des sogenannten Wiedervereinigungs- oder Annexionsvertrags – je nach dem, ob man das historische Faktum mit französischen oder mit schweizerischen Augen sieht – an Frankreich gefallen²⁵.

In Genf druckten die Gemeinden sofort freiwillig die vorgeschriebenen Formulare. Die Registerführung stiess auf keinerlei Widerstand²⁶.

Der Grund liegt auf der Hand: Genf war reformiert, der Jura katholisch. Während der Klerus für die Kirchenbuchführung kämpfte, war man protestantischerseits gleichgültig und liess die Dinge treiben.

4. Aus strategischen Gründen annektierte Napoleon 1810 auch das Wallis. Im neu geschaffenen Département Simplon²⁷ wurden Code civil und Zivilstandswesen aber ebensowenig eingeführt wie im Fürstentum Neuenburg²⁸, das – wie Sie wissen – seit 1707 preussisch war. Der dort eingesetzte Feldmarschall Louis-Alexandre Berthier²⁹, der sein Fürstentum nie zu sehen bekam, hatte andere Sorgen!

IV. Die Einführung des französischen Personenstandswesens in den Satellitenstaaten Deutschlands

1. Doch kehren wir nach Deutschland zurück und

prüfen, wie es mit der Einführung des französischen Zivilstandswesens in den Satellitenstaaten Protektor Napoleons stand.

Trotz grossen französischen Drucks übernahmen die seit 1806 im Rheinbund zusammengeschlossenen deutschen Staaten den Code civil nicht generell.

2. Der König von Württemberg verbot sogar, französisches Recht an seiner Landesuniversität Tübingen zu lehren³⁰. In Bayern³¹, in Hessen-Nassau und in Hessen-Darmstadt³² fasste man die Übernahme des französischen Rechts zwar ins Auge. Es kam jedoch nicht mehr soweit. Frankreich unterlag den Heeren der Verbündeten: Österreich, Preussen, Russland und Schweden.

3. Soweit der Code civil in Kraft gesetzt wurde, schloss man die Geistlichkeit nur im Grossherzogtum Berg von der Führung der neuen Zivilstandsregister aus³³. Im Königreich Westfalen mit der Hauptstadt Kassel und im Grossherzogtum Baden betraute man die Ortsgeistlichen³⁴.

4. Eine Besonderheit galt im Grossherzogtum Frankfurt. Fürstprimas Karl Theodor von Dalberg, der letzte geistliche Fürst Deutschlands, verfügte am 15. September 1809 die Einführung des Code civil. Das Gesetzbuch trat am 1. Januar 1811 in Kraft. Gleichzeitig wurden in grösseren Städten der Polizeidirektion, in kleineren Orten dem Stadt- oder Dorfschultheissen Rechte und Pflichten eines Zivilstandsbeamten übertragen³⁵.

Eheschliessungen waren aber nur gültig, wenn die vor diesen Behörden abgegebenen Erklärungen der Brautleute bei der kirchlichen Trauung bestätigt wurden.

In Unterfranken³⁶ löste die Neuregelung grosses Ächzen und Stöhnen aus. Viele Dorfschultheissen waren des Schreibens nicht kundig. So wurde angeordnet, der Zivilstandsbeamte solle sich vom Lehrer helfen lassen. Andere schreckten vor der Leichenschau zurück: Angesichts mancher Toter könne den Standesbeamten selbst der Schlag treffen. «Will daher untertänigst gebitt haben, ...» schreibt ein Dorfschulze, «mir diesen hohen Auftrag in Gnaden wieder abzunehmen.» Der Ortsmaire von Oberwittbach war besonders ge-

wissenschaft: Er trug auch das Viehprotokoll in sein Zivilstandsregister ein.

5. In Hessen-Darmstadt³⁷ blieb es für die drei christlichen Konfessionen rein äusserlich bei der Kirchenbuchführung. Die grossherzogliche Verordnung vom 24. September 1807³⁸ regelte jetzt aber nach französischem Vorbild staatlicherseits alle Einzelheiten.

Den Pfarrern wurde u. a. eingeschärft, stets den wahren Geschlechts- und Familiennamen anzugeben, angenommene Haus- oder Hofnamen allenfalls mit dem Zusatz «genannt» anzufügen, Namen immer gleich zu schreiben und dafür zu sorgen, dass auch Schulkinder so verfahren.

Die anzulegenden Register hatten – ich zitiere wörtlich – Weiber und Witwen mit dem Familiennamen des lebenden oder letzten Ehemannes anzuführen, Tauf- und angeborene Familiennamen aber nachzusetzen.

Ohne obrigkeitliche Anordnung durften abgeschlossene Einträge bei Vermeiden schwerer Strafen nachträglich nicht mehr geändert werden. Richterliche Verfügungen waren ad marginem beizuschreiben. Schon damals gab es in Hessen also Randvermerke.

Da ein Registerdoppel alljährlich beim zuständigen Justizbeamten abzuliefern war, wurde auch die Justiz mit der Verordnung vertraut gemacht.

In einem «Extractus protocolli Grossherzoglich Hessischen für das Fürstentum Starkenburg angeordneten Kirchen- und Schulrats protestantischer Deputation» vom 12. November 1807³⁹ heisst es:

«Mittatur jedem Justiz-Beamten dieser Provinz ein Exemplar dieser Verordnung, um sich, in so weit es ihn betrifft, auf pünktlichste darnach zu achten, und dasselbe bey seinen Amts-Acten aufzubewahren, wornächst er den Empfang anhero einzuberichten habe.»

Die Verordnung vom 15. Dezember 1808⁴⁰ entzog den Pfarrern hingegen die Registerführung für Juden. Diese wurden dem Justiz- und Polizeibeamten des Wohnorts übertragen.

6. Auch in Bayern folgte man französischem Beispiel. Der Staat ordnete die Führung der Kirchenbücher bis ins einzelne. Rechtsgrundlage bildete

die Höchstlandesherrliche Verordnung vom 31. Januar 1803 die Einrichtung der Pfarrmatrikel betreffend⁴¹.

Ein Auszug der nach Muster zu führenden Geburts-, Trauungs- und Sterbelisten war monatlich dem zuständigen Landsgericht zur Überprüfung vorzulegen.

Synagogenvorsteher, Hausväter oder Familienmitglieder hatten Registerführung und Vorlage für Juden zu übernehmen.

Zwei weitere Verordnungen von 1806⁴² verboten Winkelversprechen und Ehen ohne staatliche Erlaubnis. Verlobnisse waren vor dem staatlichen Gericht zu erklären. Verlobte durften nur getraut und eingesegnet werden, wenn ein Kopulationsschein vorgelegt wurde. Die kirchliche Trauung wurde also staatlicher Einwilligung unterworfen.

Die Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern von 1818 erklärte in ihrem Religionsedikt⁴³ die Einrichtung von Civil-Standes-Registern zu einer rein weltlichen Angelegenheit. Nur dem Staat stehe hier Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit zu.

V. Das Schicksal des französischen Personenstandswesens nach den Befreiungskriegen

1. Nach den Befreiungskriegen musste Frankreich zwar alle während der Koalitionskriege abgetretenen linksrheinischen Gebiete wieder herausgeben. Der Code civil blieb dort aber ebenso in Kraft wie obligatorische Zivilehe und staatliche Personenstandsführung. Trotz starken politischen Drucks gelang es weder Berlin noch Darmstadt, das französische Recht wieder zu beseitigen. Zu gross war der politische Widerstand, gerade aus Kreisen der Juristen, die die Reformen als wohltuend empfanden und sich fortschrittliche Regelungen nicht mehr nehmen lassen wollten⁴⁴.

2. Rechtsrheinisch hatte das neue Recht, das nur kurze Zeit in Kraft stand, nicht so viele Anhänger gefunden und konnte so nach den Befreiungskriegen ohne weiteres wieder abgeschafft werden.

Eine Ausnahme machten nur das Grossherzog-

tum Baden und die Gebiete des ehemaligen Grossherzogtums Berg⁴⁵. In Baden galt der Code civil als Badisches Landrecht, in den Bergischen Landen als rheinisches bürgerliches Gesetzbuch weiter.

3. Übrigens hielten sich auch in den Hansestädten Bremen⁴⁶ und Lübeck⁴⁷ die von den Franzosen eingeführten staatlichen Register⁴⁸.

4. Was die schweizerische Eidgenossenschaft anbelangt, so führten in Genf weiterhin Zivilstandsbeamte die Personenstandsbücher⁴⁹. Im ehemaligen Département du Mont-Terrible kehrte man hingegen zur Kirchenbuchführung zurück⁵⁰. Der heutige Kanton Jura war auf dem Wiener Kongress übrigens zu Bern geschlagen worden, um diesen Kanton für den Verlust des Waadtlandes zu entschädigen.

VI. Deutsche Verfassungsprogramme und ihre Verwirklichung

1. Neuen Auftrieb erhielten Zivilehe und staatliche Personenstandsführung durch die Paulskirchenverfassung⁵¹. Bekanntlich wurde 1848 in allen deutschen Landen einschliesslich Deutsch-Österreich nach allgemeinem gleichem Wahlrecht eine Nationalversammlung gewählt. Diese tagte vom 18. Mai 1848 bis zum 28. März 1849 in der Frankfurter Paulskirche.

Als erstes verabschiedete sie einen Grundrechtskatalog⁵². Der französischen Verfassung von 1791⁵³ wurden dabei folgende Vorschriften entlehnt:

Die bürgerliche Gültigkeit der Ehe ist nur von der Vollziehung des Zivilaktes abhängig.
Die Standesbücher werden von den bürgerlichen Behörden geführt.

2. Diese Normen wurden in eine Reihe von Landesverfassungen übernommen⁵⁵. Sofort durchgeführt wurden sie jedoch nur in der Freien Stadt Frankfurt. Hier übertrug man nämlich bereits 1850⁵⁶ die Führung der Personenstandsregister den standesbuchführenden Gemeinden.

3. Hamburg⁵⁷ folgte 1865, Baden⁵⁸ 1869, Preussen⁵⁹ 1874⁶⁰.

4. Vorausgegangen war in vielen Staaten des Deutschen Bundes die Zulassung einer Notzivilehe für Juden, Dissidenten und Brautleute verschiedener Konfession⁶¹.

VII. Die Rechtsvereinheitlichung in Deutschland

1. Bei Gründung des Norddeutschen Bundes im Juli 1867 und bei Wiederherstellung des Deutschen Reichs im Januar 1871 herrschte also eine heillose Rechtszersplitterung. Diese galt es auch im Interesse der Auslandsdeutschen möglichst schnell zu beseitigen.

2. Am 4. März 1870 erging das Gesetz betreffend die Eheschliessung und die Beurkundung des Personenstandes von Bundesangehörigen im Ausland⁶². Es war ein Gesetz des Norddeutschen Bundes. 1871 wurde es zum Reichsgesetz erhoben⁶³. Dieses Auslandspersonenstandsgesetz, das bestimmte Konsuln mit den Aufgaben eines Standesbeamten betraute, war über 100 Jahre in Kraft. Abgelöst wurde es erst durch das Konsulargesetz vom 11. September 1972⁶⁴.

3. Erstmals Rechtseinheit auf einem Teilgebiet des bürgerlichen Rechts schafft in Deutschland das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung vom 6. Februar 1875⁶⁵.

Der Programmsatz der Paulskirche wird jetzt verwirklicht, französisches Recht, das linksrheinisch und rechtsrheinisch in Baden und Berg fortgalt, auf das ganze Reichsgebiet ausgedehnt.

VIII. Die Rechtsvereinheitlichung in der Schweiz

1. In der Schweiz konnte man die Rechtseinheit schon ein Jahr früher herstellen.

Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, die trotz zahlreicher Änderungen auch nach über hundert Jahren noch gilt, bestimmt in Art. 53 Abs. 1:

Die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ist Sache der bürgerlichen Behörden. Die Bundesgesetzgebung wird hierüber die näheren Bestimmungen treffen.

Dieses Ausführungsgesetz⁶⁶ erging noch im gleichen Jahr und führte damit französisches Personenstandsrecht in der ganzen Schweiz ein. Das gegen dieses Gesetz ergriffene Referendum kam mit 106 000 Unterschriften zustande. Im Volksentscheid vom 23. Mai 1875 siegten seine Befürworter. Das Stimmenmehr von 8000 war freilich nicht sehr gross. 8 Kantone und 3 Halbkantone hatten das Gesetz verworfen, 11 Kantone und 3 Halbkantone hatten es jedoch angenommen. Die Feuerprobe war also bestanden.

2. Übrigens hatten unter dem Einfluss von Liberalismus und Antiklerikalismus schon zuvor eine Reihe von Kantonen die Kirchenbuchführung beseitigt. So vorübergehend Freiburg und bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874 betreffend Festsstellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe in zeitlicher Reihenfolge Neuenburg, Graubünden, der Tessin, St. Gallen und Basel-Stadt⁶⁷.

IX. Das Nachhinken Österreichs

1. Österreich holte seinen Rückstand erst auf, als im März 1938 der zwanzig Jahre zuvor von den Alliierten verhinderte Anschluss an das Deutsche Reich erfolgte⁶⁸. Das deutsche Personenstandsgesetz vom 3. November 1937⁶⁹ wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1939 in der Ostmark in Kraft gesetzt⁷⁰.

Die Versuche, 1945 zur Kirchenbuchführung zurückzukehren und die ursprünglich keineswegs deutsche, sondern französische Einrichtung wieder zu beseitigen, scheiterten am Widerstand von Sozialisten und Liberalen⁷¹.

2. In Österreich gilt freilich das deutsche Personenstandsgesetz nicht mehr. In den achtziger Jahren stellte man die Zivilstandsführung auf eine neue Grundlage und erliess eine stark vereinfachte, österreichischen Bedürfnissen gerecht werdende Neuregelung. Diese lex Zeyringer⁷² trat am 1. Januar 1984 in Kraft⁷³.

3. Der österreichischen Rechtsgeschichte würde man aber nicht gerecht, gedächte man nicht des Toleranzpatents, das Joseph II., der von 1780–1790 regierte, kurz nach seinem Regierungsantritt erliess⁷⁴.

Am 13. Oktober 1781 gestattete er orthodoxen Christen ebenso wie evangelischen des Augsburger und des helvetischen Bekenntnisses, also Lutheranern und Reformierten, Schulen und Gotteshäuser, freilich ohne Türme, Glocken und direkte Zugänge von öffentlichen Strassen und Plätzen aus, zu errichten und in den sogenannten Toleranzgemeinden eigene Geistliche zu bestellen. Die Stolgebühren, d. h. die bei Taufe, Trauung und Tod anfallenden Abgaben, waren aber weiterhin den katholischen Seelsorgern zu entrichten. Die Einkünfte des Klerus sollten nicht geschmälert werden. So bestimmte das Hofdekret vom 22. Februar 1782⁷⁵, dass die katholische Geistlichkeit auch allein befugt ist, Tauf-, Trauungs- und Sterbematrikel⁷⁶ für Christen zu führen. Den Geistlichen der sogenannten «Religionsverwandten» wurde nur zugestanden, Kirchenbücher «zu ihrer Privatnotiz» zu halten. Vollen Beweis erbringen diese aber nicht. Es sind eben keine öffentliche Urkunden⁷⁷.

Besser erging es den Juden: Die Rabbiner führen ihre Matrikeln selbst. Nur kommt auch ihren Einträgen kein öffentlicher Glaube zu⁷⁸.

Akatholiken wurde in Österreich also kein eigenständiges, staatliches Personenstandsregister eröffnet.

4. Dem österreichischen Klerus war diese Regelung zuwider. Er wollte für Verrichtungen, die er nicht vornahm, keine Gebühren erheben, mit Namen von Häretikern seine Bücher nicht belasten⁷⁹.

So atmete man in katholischen Kreisen auf, als eine Ministerial-Verordnung vom 30. Januar 1849⁸⁰ Bezug von Stolgebühren und Führung von Tauf-, Trau- und Sterbebüchern für Akatholiken beseitigte.

5. Nach und nach wurden nunmehr auch andere Kirchen und Religionsgesellschaften zu offizieller Matrikel führung berechtigt und verpflichtet⁸¹. So

- die evangelischen Kirchen des augsburgischen und des helvetischen Bekenntnisses,
- die griechisch-orientalische Kirche,
- die altkatholische Kirche,
- die Herrnhuter,

- die Gregorianer,
- die Mennoniten oder Wiedertäufer,
- die Lippowaner der Bukowina,
- die jüdischen Kultusgemeinden sowie
- die Islamiten des hanefitischen Ritus.

6. Wohin sollte sich aber wenden, wer überhaupt keiner Kirche und keiner anerkannten religiösen Gemeinschaft angehörte? Wer war Matrikelführer für Freidenker und Atheisten?

Diesen Entrechteten halfen zwei Gesetze:

- das Ehegesetz vom 25. Mai 1868⁸² und
- das Matrikelgesetz vom 9. April 1870⁸³.

a) Lehnte der um Aufgebot und Entgegennahme des Ehekonsenses angegangene Seelsorger seine Mitwirkung aus einem Grund ab, den das staatliche Recht missbilligte, dann hatte nach dem Gesetz vom 25. Mai 1868 die Bezirkshauptmannschaft oder die Gemeindebehörde ersatzweise tätig zu werden. Zu diesem Behufe führten sie auch ein besonderes Aufgebotsbuch und ein Eheregister.

b) Noch weiter ging das Gesetz vom 9. April 1870. Es wies für diesen Personenkreis die gesamte Matrikelführung Bezirkshauptmannschaft bzw. Gemeinde zu.

X. Ein ungelöstes Problem

1. Bevor ich schliesse, möchte ich Sie noch mit einem ungelösten Problem konfrontieren.

2. In den niederländischen Provinzen Holland und Friesland wurde schon 1580 die Zivilehe eingeführt. Man wollte Nichtreformierten eine Eheschließungsform zur Verfügung stellen, die nicht vom religiösen Bekenntnis abhing⁸⁴.

3. Nach Hinrichtung Karls I. und Ausrufung der Republik entschied sich auch Oliver Cromwell 1653 für die obligatorische Zivilehe. Diese wurde zunächst in England, dann auch in Irland und Schottland zwingend vorgeschrieben. Die Friedensgerichte hatten die Zivilstandsregister zu führen. Sieben Jahre später bestieg Karl II. den Thron. Die Cromwellschen Reformen wurden sofort beseitigt⁸⁵.

4. Waren dies nur Vorläufer oder waren dies Vorbilder für die Mitglieder der verfassungsgebenden Nationalversammlung?

XI. Schlussbetrachtung

1. Auch wenn sich ein Einfluss der niederländischen oder Cromwellschen Massnahmen nachweisen liesse, verbliebe doch – was Anlass, Durchsetzungsvermögen und Stosskraft anbelangt – Frankreich und der französischen Revolution das Hauptverdienst. Ihnen ist zu danken, dass wir heute überall in Europa Personenstandsbücher besitzen, die die wichtigsten Rechtstatsachen im Leben eines Menschen eindeutig ausweisen und darüber hinaus Einheimischen und Fremden, Juden und Christen, Gläubigen und Ungläubigen offenstehen.

2. Durch dieses Angebot an alle wurden drei wesentliche und erstrebenswerte Ziele erreicht: Gleichheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit.

Möge unser europäisches Zivilstandswesen auch in kommenden Jahrhunderten in ihrem Dienste stehen.

Anmerkungen

¹ Wortlaut wiedergegeben in *Garaud/Szramkiewicz, La révolution française et la famille*, Paris 1978, S. 203 ff.

² Vgl. *Duverger, Constitutions et documents politiques*, 8. Aufl., Paris 1978, S. 9 f.; *Debbasch/Pontier, Les Constitutions de la France*, Paris 1983, S. 8 ff.

Schon Art. 1 und 10 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 hatten Rechtsgleichheit und Religionsfreiheit zu Grundrechten erhoben; vgl. *Duverger*, S. 9 f.

³ Vgl. Titel I, Art. 2 ff.

⁴ Über den Conseil général Näheres bei *Ellul, Histoire des institutions V*, 6. Aufl., Paris 1969, S. 57.

⁵ Die Scheidung hatte das Gesetz vom 20./25. September 1792 eingeführt. Näheres bei *Esmein, Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris 1911, S. 227 ff., und *Garaud/Szramkiewicz* (oben Fn. 1), S. 67 ff., Wiedergabe des Gesetzestextes dort S. 198 ff.

⁶ Die Proclamation du conseil exécutif provisoire sur la rédaction des actes de l'état civil vom 22. Januar 1793, *Duverger, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat à partir de 1788*, Bd. V, Paris 1824, S. 118 f., erklärte selbst die Weiterführung von Kirchenbüchern zu rein religiösen Zwecken für Amtsanmassung. Näheres bei *Thibaud, Histoire des actes de l'état civil*, Diss., Bordeaux 1891, S. 238 f.

⁷ Näheres bei *Mathiez, Les conséquences religieuses de la journée du 10 août 1792: La déportation des prêtres et la sécularisation de l'état civil*, Paris 1911, S. 14 ff., und *Garaud/Szramkiewicz* (oben Fn. 1), S. 25.

- ⁸ VO vom 27. November 1790. Zur Verbeamtung der Geistlichen, der sog. Constitution civile du clergé, die am 12. Juli desselben Jahres verfügt worden war; Näheres bei *Champion*, *La séparation de l'Eglise et de l'état en 1794*, Paris 1903, S. 132 ff., 153 ff., und *Ellul* (oben Fn. 4), S. 50 ff.
- ⁹ Littera apostolica vom 13. April 1791. Über sie *Thibaud* (oben Fn. 6), S. 233 f.
- ¹⁰ Edit du 28 novembre 1787 concernant ceux qui ne font pas profession de la religion catholique. Dieser Erlass erlangte als Edit de Tolérance grosse Berühmtheit. Am 26., 27. und 28. November 1787 wurde die zweihundertste Wiederkehr seiner Verkündung durch ein Kolloquium mit dem Thema gefeiert: Liberté de conscience, conscience des libertés. Vgl. *La tolérance, République de l'Esprit*, Colloque de Toulouse, Paris 1988. Zu Inhalt und Folgen des Erlasses Näheres bei *Anquez*, *De l'état civil des réformes de France*, Paris 1868, S. 104 ff.; *Thibaud* (oben Fn. 6), S. 212 ff.; *Taillandier*, *Le mariage des protestants français sous l'ancien régime*, Diss., Clermont-Ferrand 1919, S. 92 ff.; *Leonardi*, *L'histoire des actes de l'état civil*, Diss., Paris 1961, S. 145 ff.; *Lefebvre-Teillard*, *Les problèmes juridiques posés par l'Edit de 1787*, Bull. Soc. Hist. Protest. fr. 134 (1988) 241 ff. (249 ff.); *Poumarède*, *Histoire de l'Edit de Tolérance, Le combat des Avocats et parlementaires pour l'état civil des protestants*, in: *La Tolérance, République de l'Esprit* (oben in dieser Fn.), S. 105 ff.
- ¹¹ Zu dieser Eheschliessungsform und den Versuchen, sie zu bekämpfen, Näheres bei *Thibaud* (oben Fn. 6), S. 144 ff.
- ¹² Vgl. *Mathiez* (oben Fn. 7), S. 4 f.
- ¹³ Vgl. *Mathiez* (oben Fn. 7), S. 14 f.
- ¹⁴ Vgl. *Mathiez* (oben Fn. 7), S. 10 f.
- ¹⁵ Vgl. oben Fn. 6.
- ¹⁶ Art. 3 der VO vom 12. August 1783 bestimmt: La déportation et la destitution sont prononcées contre tout prêtre «qui portera la moindre opposition à la loi concernant l'état civil des citoyens ou à celle du divorce»; vgl. *Mathiez* (oben Fn. 7), S. 24, und *Garaud/Szramkiewicz* (oben Fn. 1), S. 27.
- ¹⁷ Gesetz vom 17. Februar 1800 (28 pluviôse an VII). Die Verfassung von 22. August 1795 (5 fructidor an III) hatte Gemeindeorgane (agents municipaux) und Gemeindebedienstete (officiers municipaux et leurs adjoints) zu Standesbeamten bestellt; vgl. *Thibaud* (oben Fn. 6), S. 239 ff.
- ¹⁸ Vgl. *Noirjean*, *L'état civil dans la République et le Canton du Jura*, ZZiv. 52 (1984), S. 354 ff. (356). Zur Art, wie der Anschluss vollzogen wurde, vgl. *Dierauer*, *Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft IV*, 2. Aufl., Gotha 1921, S. 428 f.
- ¹⁹ *Zurbuchen*, *Aus der Geschichte des genferischen Zivilstands wesens*, ZZiv. 47 (1979), S. 354 ff. (357).
- ²⁰ Vgl. *Philippi*, *Die Zivilstands-Gesetze in der preussischen Rhein-Provinz*, 3. Aufl., Elberfeld 1865, S. XVII; *Föhl*, *Zivilstandsregister in Deutschland (Das linke Rheinufer)*, Familie, Sippe, Volk 3 (1937), S. 63 ff., 74 ff.; 4 (1938) S. 31, 41, 75 ff.; *Schubert*, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln/Wien 1977, S. 89; *Görge*, *Der Standesbeamte im Saarland*, in: *Görge/Will*, *Der Standesbeamte – Europäische Perspektiven*, Frankfurt 1982, S. 1 ff. (4 f.); *Wadle*, *Die Anfänge der Zivilstandsregister, Notizen zur Einführung des französischen Rechts in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Saargegend*, in: *150 Jahre Landgericht Saarbrücken*, Köln 1985, S. 141 ff. (153 ff.).
- ²¹ Vgl. Organisches Senatus-Consult vom 13. Dezember 1810 verordnend, dass Holland, die Hansestädte, Lauenburg usw. als Bestandteile zum französischen Reiche gehören, Sammlung von Gesetzen, Dekreten und Gutachten des Staatsrats, welche in den Départements der Ober-Ems, der Weser-Mündungen und der Elbe-Mündungen verkündet worden sind, Bd. IV, Paris 1811, S. 499 ff.
- ²² *Wagner*, *Personenstandsbücher aus älterer Zeit*, StAZ 1957, S. 227 ff. (229 f.); *Schmidt*, *Die Übernahme der hamburgischen Personenstandsregister in das Staatsarchiv*, Beiträge zur Geschichte des Staatsarchivs der Freien und Hansestadt Hamburg, Veröffentlichungen aus dem Staatsarchiv V, Hamburg 1960, S. 113 ff. (126 ff.). *Sielemann*, *Familienkundliche Forschungsmöglichkeiten im Staatsarchiv Hamburg*, in: *Eckardt/Gabrielsson*, *Zwischen Verwaltung und Wissenschaft, Beiträge zur Geschichte und Gegenwart des Staatsarchivs Hamburg*, Hamburg 1985, S. 159 ff. (164); *Mairie-Bekanntmachung vom 5. September 1811 nebst Dienstanweisung (Instruction) des Präfekten des Départements der Wesermündungen, des Reichsgrafen von Arberg*, Bremisches Staatsarchiv, Akte des Ratsarchivs 2 – D. 20. c. I., und hierzu *H. Christ*, *Bremisches Zivilstandswesen*, Mitteilungsblatt des Fachverbandes der Standesbeamten für das Land Bremen, Jg. 1956, Sonderbeilage zu Nr. 4; *Bekanntmachung vom 6. September 1911 über Förmlichkeiten bei Geburten und Sterbefällen*, Lübeckische Anzeigen Nr. 72 vom 7. September 1811. In Hamburg übersandte die Präfektur den Bürgermeistern die für die Register zu verwendenden Vordrucke erst am 25. September 1811, ordnete aber an, dass alle Beurkundungen, die seit dem 20. August auf einzelnen Blättern erfolgt waren, nachzutragen sind; vgl. *Schmidt*, S. 126 Anm. 17.
- ²³ Das kaiserliche Dekret vom 4. Juli 1811 enthält in Kapitel XIII (Bekanntmachung der Codes, Gesetze, Reglements und Kaiserl. Dekrete in den Départements der Elb-Mündungen, der Weser-Mündungen und der Ober-Ems) einen Art. 145, der folgendermassen lautet: Die verschiedenen Codes des Reichs, so wie die Gesetze, Reglements und Kaiserl. Dekrete, welche sich in dem Französischen und Deutschen, von Unsrer zu Hamburg niedergesetzten Regierungs-Kommission abgefasst, und in Unsrer Kaiserl. Druckerei zu Paris gedruckten Bulletin eingerückt befinden, haben exekutorische Kraft in den Départements der Elb-Mündungen, der Weser-Mündungen und Ober-Ems, vom Tage der Installation des Kaiserl. Gerichtshofes zu Hamburg angerechnet; vgl. Bulletin der Beschlüsse der Regierungs-Kommission I, Hamburg 1811, S. 43. Der Kaiserliche Gerichtshof wurde am 20. August 1811 eingerichtet; vgl. *Schnepel*, *Die Reichsstadt Bremen und Frankreich von 1789 bis 1813*, Veröffentlichungen aus dem Staatsarchiv der Freien Hansestadt Bremen, Heft 11, Bremen 1935, S. 81 f., und *Schwebel*, *Bremen unter französischer Herrschaft 1810–1813*, Bremische Weihnachtsblätter, Heft 10, Bremen 1949, S. 16, *Schubert* (oben Fn. 20), S. 160.
- ²⁴ Vgl. *Suratteau*, *Le département du Mont-Terrible sous le régime du Directoire (1795–1800)*, Diss., Paris 1964, S. 447 ff. und 911 ff.
- ²⁵ Näheres bei *Dierauer* (oben Fn. 18), S. 573 ff.; *Barbey*, *De la Révolution à l'Annexion*, in: *Histoire de Genève des origines à 1798*, Genf 1951, S. 525 ff. (534 ff.), und *Guerdan*, *Histoire de Genève*, Genf 1981, S. 245 f.
- ²⁶ Vgl. *Zurbuchen* (oben Fn. 19).
- ²⁷ Vgl. *Imboden*, *Geschichtliche und gegenwärtige Probleme im Zivilstandswesen des Kantons Wallis*, ZZiv. 39 (1971) S. 304 ff. (306); *Holthöfer*, *Kodifikationen und Projekte (Romansche Kantone)*, in: *Coing*, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III 2*, München 1982, S. 1859 ff. (1888). Unzutreffend sind die Ausführungen *Hofers*, *Die schweizerischen Zivilstandsregister, ihre Entstehung und Entwicklung und das Verhältnis zur Statistik*, Zeitschrift für schweizerische Statistik 1908 I, S. 427 ff. (438).
- ²⁸ Vgl. *Courvoisier*, *Notes sur l'état civil dans le pays de Neuchâtel*, ZZiv. 50 (1982), S. 328 ff. (332).
- ²⁹ *Louis-Alexandre Berthier* (1753–1813) war Chef des Generalstabs Napoleons; vgl. *Minnich*, *Das Fürstentum Neuenburg*

- unter französischer Herrschaft (1806–1813), Diss., Zürich 1910, S. 29; *Piaget*, Histoire de la Révolution neuchâtelaise, Neuenburg 1909, S. 237.
- ³⁰ Vgl. *Schubert* (oben Fn. 20), S. 72 ff.
- ³¹ Vgl. *Schubert* (oben Fn. 20), S. 162 ff., 179, 442.
- ³² Vgl. *Schubert* (oben Fn. 20), S. 242 ff., 245 ff., 272 ff., 278, 282, 289, 459 ff., 464 ff.
- ³³ Vgl. *Föhl*, Zivilstandsregister in Deutschland (Das Grossherzogtum Berg), Familie, Sippe, Volk 4 (1938), S. 91 ff.; *Schubert* (oben Fn. 20), S. 131 ff. (136 ff., 139 ff.), 441.
- ³⁴ VO vom 22. Januar 1808; vgl. *Föhl*, Zivilstandsregister in Deutschland (Hannover und Königreich Westfalen), Familie, Sippe, Volk 5 (1939), S. 21 ff., 36 ff.; *Schubert* (oben Fn. 20), S. 441; Verordnung die Beamten des Bürgerlichen Standes betreffend vom 20. Mai 1809 und Zweites Einführungsedikt vom 22. Dezember 1809, Bad. Reg.-Bl. 1809, S. 220 ff. und 504 ff.; Rechtsbelehrung (Die Einrichtung der bürgerlichen Standesbücher betreffend) vom 31. März 1810, Bad. Reg.-Bl. 1810, S. 103 ff.; Verordnung (Die Einrichtung der bürgerlichen Standesbücher und die Schliessung der Ehe betreffend) vom 29. Mai 1811, Bad. Reg.-Bl. 1811, S. 65 ff.; vgl. *Schubert* (oben Fn. 20), S. 447 ff., 450 ff.
- ³⁵ Höchste Verordnung vom 25. Juli 1810 die Bestimmungen betreffend, unter welchen die Gesetzeskraft des Code Napoléon in den grossherzoglichen Staaten mit dem 1. Januar 1811 ihren Anfang nehmen soll, Frankf. Reg. Bl. I (1810), S. 6 ff.; Instruktion des Ministers der Justiz, des Innern und der Polizei für die Beamten des Zivilstandes, zugleich Leitfa den für die zur Aufsicht über die Register des Zivilstandes bestimmten Gerichtsstellen im Grossherzogtum Frankfurt vom 24. November 1819, Frankf. Reg. Bl. I (1810), S. 17 ff., 185 ff.; *Bachmann*, Zivilstandsregister der vorstandesamtlichen Zeit im Lande Hessen, Der Hessische Standesbeamte 1956, S. 75 ff.; *Schubert* (oben Fn. 20), S. 292 ff. (301, 305).
- ³⁶ Vgl. *Schlottenleher*, Unterfränkisches Zivilstandsregister aus Napoleonischer Zeit, Archiv für Sippenforschung 14 (1937), S. 3 ff.
- ³⁷ Zur geschichtlichen Entwicklung Näheres bei *Bachmann* (oben Fn. 35), und *Malsy*, Der Hessische Standesbeamte, ein Rückblick insbesondere aufgrund hessen-darmstädtischer Verhältnisse, Der Hessische Standesbeamte 1966, S. 82 ff.
- ³⁸ Grossherzoglich-Hessische Verordnungen, Erstes Heft, Darmstadt 1811, S. 76 ff., Nr. XXVIII – Archiv der Grossherzoglich-Hessischen Gesetze und Verordnungen I, Darmstadt 1834, S. 139 ff., Nr. 38.
- ³⁹ Hessisches Staatsarchiv Darmstadt E 3A 29/18.
- ⁴⁰ Vgl. Grossherzoglich-Hessische Verordnungen (oben Fn. 38), S. 234 f., Nr. C XVIII – Archiv (oben Fn. 38), S. 348 ff. Nr. 130; *Eigenbrodt*, Handbuch der Grossherzoglich-Hessischen Verordnungen vom Jahre 1803 an, Bd. 3, Darmstadt 1817, § 252, S. 37 ff.; *Battenberg*, Judenverordnungen in Hessen-Darmstadt, Wiesbaden 1987, druckt nur Verordnungen bis 1806 ab. In Kurhessen erfolgten die Einträge in Synagogenbücher, die bei den israelitischen Kultgemeinden verblieben; vgl. *Bachmann*, Wer führte im ehemaligen Kurhessen in der vorstandesamtlichen Zeit die Standesregister für Juden, Der Hessische Standesbeamte 1957, S. 28 f.
- ⁴¹ Höchst-landesherrliche Verordnung (Die Einrichtung der Pfarr-Matrikeln betreffend), Churbaierisches Regierungsblatt 1803, S. 74 ff.
- ⁴² Die Verordnung (Die Sponsalien betreffend) und die Verordnung (die Einsegnung der Ehen betreffend), beide vom 21. Juli 1806, Churbaierisches Regierungsblatt 1806, S. 175 ff. und 275 ff.
- ⁴³ Art. 64 lit. h und 65 des Regierungsedikts (Beilage II der Verfassungs-Urkunde des Königreichs Bayern von 1818) erklärt die «Vorschriften über die Einrichtung der Kirchenlisten, als Quellen der Bevölkerungs-Verzeichnisse, als Register des Zivilstandes und über die Legalität der pfarrlichen

Dokumente» zur Beseitigung aller künftigen Anstände als «weltliche Gegenstände», in denen «der Staatsgewalt allein die Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit» zukommt.

- ⁴⁴ Vom Recht im Rheinland, Ausstellung 1969, Kölnisches Stadtmuseum, S. 87 ff.; vgl. *Conrad*, Preussen und das französische Recht in den Rheinlanden, in: Recht und Rechtsanwendung in den Rheinlanden, Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts, Köln 1969, S. 78 ff. (85 ff.); *Dölemeyer*, Kodifikation und Projekte in: *Coing* (oben Fn. 27), S. 1504 ff., 1519 ff.; *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 3. Aufl., Heidelberg 1983, Nr. 168 ff., S. 79 ff.
- ⁴⁵ Jedoch binden die Verordnungen des General-Gouverneurs vom 6. September 1814 und vom 15. April 1815 eine gültige Heirat an folgende drei Formerfordernisse:
1. Bestellung des Aufgebots beim Personalstands-Beamten, der ein auf Frei-Papier ausgestelltes Zeugnis darüber erteilt, dass das bürgerliche Aufgebot ordnungsgemäss erfolgte.
 2. Priesterliche Trauung: Tag und Stunde der Einsegnung bestimmen den Anfang der Ehe.
 3. Standesamtliche Eheschliessung (sog. bürgerliche Ehelichungs-Verhandlung).
- Die Konzession an die Kirchen wurde mit dem «deutschen Sinn für Religion und Sitten» begründet. Mit dem Code civil war sie unvereinbar. Im ehemaligen Grossherzogtum Berg wurde sie deshalb auch durch Königliche VO vom 15. April 1848 wieder abgeschafft. In Kraft blieb sie jedoch in der Provinz Birkenfeld, die jetzt zum Grossherzogtum Oldenburg gehörte. Näheres bei *Friedberg*, Das Recht der Eheschliessung, in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1865, Nachdruck Aalen 1965, S. 596 ff., 609 Anm. 3.
- ⁴⁶ Vgl. Anzeige vom 6. November 1813, dass die Führung der Zivilstandsregister fort dauere, Sammlung der Verordnungen und Proklame des Senats der Freien Hansestadt Bremen 1813, Nr. 4, S. 3; Anzeige vom 16. Mai 1814, die Angabe der Geburten zu den Zivilstandsregistern betreffend, Sammlung 1814, Nr. 48, S. 106; Obrigkeitliche Bekanntmachung vom 14. Juni 1814, Staatsarchiv Bremen, Akte des Ratsarchiv 2–D. 20. c. 1; Verordnung vom 17. August 1814 über die Führung der Zivilstandsregister oder der Verzeichnisse der Geburten, Proklamationen, Verheirathungen und Sterbefälle für die freie Hansestadt Bremen und deren Gebiet (Zivilstandsordnung), Sammlung 1814, Nr. 79, S. 140; Verordnung vom 30. Mai 1816 über die Führung der Zivilstandsregister oder der Verzeichnisse der Geburten, Proklamationen, Verheirathungen und Sterbefälle (Zivilstandsordnung), Sammlung 1816, Nr. 24, S. 65.
- Eine Ausnahme galt nur für Landgemeinden mit Ausnahme von Vegesack. Zuständig wurden hier wieder die Prediger der Kirchensprengel; vgl. Obergerichtliche Verordnung vom 22. August 1814, Sammlung 1814, Nr. 81, S. 141. Vgl. zu allem auch *H. Christ* (oben Fn. 22), der aber keine Fundstellen angibt. Ich verdanke diese der liebenswürdigen Hilfe des Leiters des Standesamts Bremen, *Dieter Katt*, und Archivrat *Fricke* vom Staatsarchiv Bremen.
- ⁴⁷ Bekanntmachung vom 23. März 1813 die Angaben der Geburts- und Sterbefälle sowie die Anmeldungen zu Proklamationen betreffend; Publicandum vom 12. Mai 1813, die Angaben der Geburten, Sterbefälle und Heiraten an der Kanzlei betreffend, neu bekanntgemacht am 10. Dezember 1813, Sammlung der Lübeckischen Verordnungen und Bekanntmachungen I (1813/14), Nr. 3, 18 und 29.
- ⁴⁸ Entsprechendes gilt für Hessen-Nassau, vgl. *Bachmann* (oben Fn. 35), Der Hessische Standesbeamte 1956, S. 76. Hamburg, Hannover und Hessen-Kassel kehrten hingegen zu Kirchenbuchführung und kirchlicher Trauung zurück; vgl. *Friedberg* (oben Fn. 45), S. 668 Anm. 5, S. 674 f., 744; *Wagner* (oben Fn. 22), StAZ 1957, S. 227 ff. (229 f.); *Sielemann* (oben Fn. 22), S. 163; *Föhl* (oben Fn. 34), Familien.

- Sippen, Volk 5 (1939), S. 24; Engelbert/Kötz, Die Bestände des Personenstandsarchivs Detmold bis 1874/75, Detmold 1975, S. 2.
- ⁴⁹ Vgl. Zurbuchen (oben Fn. 19), ZZiv. 47 (1979), S. 357.
- ⁵⁰ Vgl. Noirjean (oben Fn. 18), ZZiv. 52 (1984), S. 357.
- ⁵¹ Näheres bei Diestelkamp, Nationalversammlung, deutsche, 1848/49, HRG III, Berlin 1984, S. 896 ff.; Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 3. Aufl., Berlin 1984, S. 211 ff. (mit beeindruckender, weiterführender Bibliographie).
- ⁵² Vgl. Scholler, Die Grundrechtsdiskussion in der Pauluskirche, eine Dokumentation, Texte zur Forschung, Darmstadt 1973.
- ⁵³ Text oben unter II 1.
- ⁵⁴ Art. 150 Abs. 1, S. 1 und 151; vgl. Conrad, Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preussen und im Reich (1874/75), Festschrift Lehmann I, Berlin 1956, S. 113 ff. (114 ff.); Scholler (oben Fn. 52), S. 23 ff., 55, 94, 147, 151.
- ⁵⁵ Anhalt-Dessau-Köthen (Verfassungs-Urkunde vom 28. Oktober 1848), Oldenburg (Verfassungs-Urkunde vom 18. Februar 1849), Waldeck (Verfassungs-Urkunde vom 23. Mai 1849), Mecklenburg-Schwerin (Staatsgrundgesetz vom 10. Oktober 1849 durch den Spruch des Schiedsgerichts zu Freienwalde für nichtig erklärt), Reuss-Schleiz (Staatsgrundgesetz für das Fürstentum Reuss jüngere Linie) vom 30. November 1849, Schwarzburg-Sondershausen (Verfassungs-Urkunde vom 12. Dezember 1849 – die betreffende Vorschrift wurde von der Regierung aber nur als Programm gedeutet und durch Gesetz vom 2. August 1852 wieder gestrichen), Preussen (Verfassungsurkunde für den preussischen Staat vom 31. Januar 1850, sog. revidierte Verfassung), vgl. Friedberg (oben Fn. 45), S. 665 ff.
- ⁵⁶ Gesetz vom 19. November 1850 die bürgerliche Ehe betreffend und Gesetz vom gleichen Tag die Standesbuchführung betreffend, Gesetz- und Statutensammlung der Freien Stadt Frankfurt X 2, Frankfurt 1853, S. 354 ff.; vgl. Friedberg (oben Fn. 45), S. 662 ff.; Bachmann, 100 Jahre Frankfurter Standesamt, StAZ 1951, S. 112 ff.
- ⁵⁷ Hamburg führt die fakultative Zivilehe am 1. Juli 1861 ein und überträgt durch Gesetz vom 17. November 1865 die Führung der Personenstandsbücher dem Zivilstandsamt Hamburg; vgl. Schütz, 100 Jahre Standesämter in Deutschland, Frankfurt 1977, S. 16; Buchholz, Einzelgesetzgebung, I. Ehe- und Familienrecht, in: Coing (oben Fn. 27), S. 1643.
- ⁵⁸ Gesetz vom 21. Dezember 1869 die Beurkundungen des bürgerlichen Standes und die Förmlichkeiten bei Schliessung der Ehe betreffend, Bad. GVBl. 1869, S. 587 ff.
- ⁵⁹ Preussisches Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschliessung vom 9. März 1874 (Gesetz-Sammlung 1874, Nr. 8182, S. 95 ff.).
Zu occasio und ratio dieser lex Näheres bei Hinschius, Das preussische Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschliessung, Berlin 1874, S. 1 ff.; Conrad (oben Fn. 54), S. 117 ff.; Schubert, Zur Vorgeschichte und Entstehung der Personenstandsgesetze Preussens und des Deutschen Reichs (1869–1879), SZ (germ. Abt.) 97, (1980), S. 43 ff. (58 ff., 66 ff.); Buchholz (oben Fn. 57), S. 1637 f.
- ⁶⁰ Hingegen wurde im Herzogtum Anhalt-Dessau-Köthen das Gesetz vom 24. September 1849, das Zivilehe und Zivilstandsregister eingeführt hatte, schon am 18. November 1851 wieder aufgehoben, vgl. Friedberg (oben Fn. 45), S. 678 f. In Kurhessen änderte die Regierung durch Ministerialverfügung vom 13. April 1853 ein entsprechendes Gesetz vom 29. Oktober 1848. Kirchliche Eheschliessung wurde unter Christen wieder obligatorisch; vgl. Friedberg (oben Fn. 45), S. 745 ff., 806 ff.
- ⁶¹ Den Anfang machte Preussen durch Gesetz vom 30. März 1847 und die Instruktion vom 10. Mai 1847. Es folgten Braunschweig (Gesetz vom 23. Mai 1848), Hessen-Homburg (Gesetz vom 21. Juni 1848), Hessen-Darmstadt (Gesetz vom 3. August 1848), Anhalt-Bernburg (Gesetz vom 13. Februar 1851), Anhalt-Köthen und Anhalt-Dessau (Gesetz vom 18. November 1851), Lübeck (Gesetz vom 27. April 1852), Hessen-Kassel (Ministerialverfügung vom 13. April 1853, die die Zivilehe nur für Dissidenten und Mischehen zwischen Juden und Christen bestehen liess), Württemberg (Gesetz vom 1. Mai 1855), Baden (Gesetz vom 9. Oktober 1869 und Vollzugsverordnung vom 18. Januar 1861), Sachsen-Coburg-Gotha (Gesetz vom 2. Juli 1863), Nassau (Gesetz vom 19. Juli 1863), Sachsen-Weimar (Gesetz vom 10. Februar 1864), Hannover (VO vom 29. September 1867), Bayern (Gesetz vom 2. Mai 1868), Sachsen (Gesetz vom 20. Juni 1870), Schwarzburg-Sonderhausen (Gesetz vom 1. März 1872), vgl. Friedberg (oben Fn. 45), S. 702, 738 f., 742, 746, 749 f., 754 f., 784 ff.; Buchholz (oben Fn. 57), S. 1632 f., 1640, 1642, 1651, 1653 f. In Baden ging der Verkündung des Gesetzes eine lange, heftig geführte Auseinandersetzung mit dem Erzbischof von Freiburg i. Br. voraus. Der Erzbischof hatte nämlich von seinen Geistlichen verlangt, das Aufgebot religiös gemischter Verlobter nur zu erlassen, wenn die cautio prolem utriusque sexus catholicae religionis sanctitate educari geleistet wurde; vgl. Friedberg, Der Staat und die katholische Kirche im Grossherzogtum Baden seit dem Jahre 1860, Leipzig 1871; ders. (oben Fn. 45), S. 684 ff.
- ⁶² Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, S. 137 ff. Zu diesem Gesetz Näheres bei Schütz (oben Fn. 57), S. 18 ff.
- ⁶³ Art. 2 Abs. 2, S. 1 des Gesetzes vom 16. April 1871, betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs.
- ⁶⁴ BGBl. 1974 I, S. 2317 ff.
Das Konsulargesetz trat am 1. Januar 1975 in Kraft.
- ⁶⁵ RGBL. 1875, S. 23 ff.
Zu diesem Gesetz vgl. Schütz (oben Fn. 57 S. 21 ff., und Buchholz, Das Reichsgesetz vom 6. 2. 1875 und die Zivilehe, Ius Commune 9 (1980), S. 284 ff., sowie die Beiträge, die in Fn. 59 angeführt wurden.
- ⁶⁶ Dieses Gesetz trägt das Datum vom 24. Dezember 1874 und wurde im BBl. 27 (1875) I, S. 105 ff. = AS n. F. 1 (1875), S. 506 ff. veröffentlicht.
Zu seiner Vorgeschichte Näheres bei Dufour, Besondere Voraussetzungen, grundlegende Einflüsse und Entwicklungsstufen der Verweltlichung des Zivilstandswesens in der Schweiz im 19. Jahrhundert, ZZiv. 44 (1976), S. 290 ff.
- ⁶⁷ Näheres bei Hofer (oben Fn. 27), S. 437 ff., und Kundert, Einzelgesetzgebung Schweiz, Kantonale Gesetze (1803–1874), in: Coing (oben Fn. 27), S. 2036 f.
- ⁶⁸ Nur im Burgenland gab es schon seit dem 1. Oktober 1895 Standesbeamte. Diese Bundesland gehörte nämlich bis 1921 zu Ungarn, wo bereits ein Gesetz von 1894 Zivilstandsbeamte und Zivilstandsregister eingeführt hatte. Nach seiner Eingliederung in die Republik Österreich wurde der bestehende Rechtszustand durch VO vom 29. Mai 1922 (Belassung der staatlichen Standesregister im Burgenland) aufrechterhalten; vgl. Zeyringer, Die Organisation des Personenstandswesens in Österreich, StAZ 1984, S. 233 ff. (234), und Jäger-Sunstenau, Die Pfarr- und standesamtlichen Register in Österreich, in: Wappen, Stammbaum und kein Ende, Wien/Köln/Graz 1986, S. 227 ff. (229 f.).
- ⁶⁹ RGBL. 1937 I, S. 1146 ff.
- ⁷⁰ RGBL. 1938 I, S. 803 ff.
- ⁷¹ Für die fakultative Zivilehe hatte sich vor dem Anschluss Österreichs Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II 2, Familien- und Erbrecht, 2. Aufl., Wien 1938, S. 61 f., ausgesprochen. Nach dem Krieg traten für diese Lösung ein: Raizenhofer, Die österreichische Form der Eheschliessung, JBl. 1951, S. 171 ff. (172), Köstler, Entwurf für ein österreichisches Ehegesetz, Wien 1951, S. 7, 14, sowie der österreichische Bundesminister für Justiz Otto Tschadek, Probleme des österreichischen Ehe- und Familienrechts, FamRZ 1960, S. 41 ff.

- ⁷² So benannt nach dem Referenten, Ministerialrat im österreichischen Bundesministerium des Innern, der den Entwurf erstellte und kommentierte; vgl. Zeyringer, Neuordnung des Personenstandsrechts in Österreich, StAZ 1980, S. 115 ff.
- ⁷³ Vgl. Zeyringer, Das neue Personenstandsgesetz, ÖStA 1983, S. 35 ff.; ders., Das neue Personenstandsgesetz – Überlegungen zur Durchführungsverordnung, ÖStA 1983, S. 9 ff.; ders., Das neue Personenstandsgesetz, ÖJZ 1984, S. 1 ff.; ders., (oben Fn. 68), StAZ 1984, S. 238 ff.; ferner Zeyringer/Ent/Stormann, Das österreichische Personenstandsrecht (Kommentar), Wien 1986.
- ⁷⁴ Vgl. Mahl-Schedl, Matrikeln, in: Mischler/Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch, 2. Aufl., Wien 1907, S. 537 ff. (538); Plöchl, Josephinismus, HRG II, Berlin 1978, S. 429 ff. (433 f.); G. Franck, Das Toleranz-Patent Kaiser Joseph II., Wien 1882.
- ⁷⁵ Diese Hofdekret lautet: Se. k. k. Maj. haben gnädigst beschlossen, dass, da die katholischen Pfarrer die Jura stolze von den Akatholiken zu beziehen, dieselben auch die Matrikelbücher allein zu führen, mithin die Tauf-, Trauungs- und Sterbefälle der Akatholiken unter den bisherigen Vorschriften genau und richtig und in der nämlichen ununterbrochenen Ordnung, wie bisher einzuverleiben hätten. Ob nun auch der Pastor seine Matrikel insbesondere zu seiner Privatnotiz führen wolle, daran sei nichts gelegen, und könne man es geschehen lassen. Wornach das erzbischöfliche wienerische Consistorium das weitere an die ihm unterstehenden Behörden zu verfügung haben wird; vgl. Mahl-Schedl (oben Fn. 74), S. 538; Fessler, Stand der Frage wegen der pfarrlichen Tauf-, Trauungs- und Sterbebücher in Österreich, Wien/Graz 1869, S. 13, Mayrhofer, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst II, Wien 1896, S. 1112 Anm. 2.
- ⁷⁶ Man nannte sie in Österreich Matrikelbücher oder Matrikeln. Beide Ausdrücke sind vom lateinischen *matricula*, einem Diminutiv von *matrix*, abzuleiten. *Matricula* wurde schon von den römischen Juristen im Sinne von Liste, Register verwandt; vgl. C. 1, 28, 5; 6, 21, 16; 12, 20, 3.
- ⁷⁷ Nur die vom katholischen Pfarrer geführten Register genossen öffentlichen Glauben. § 112 der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, in Kraft seit 1. Januar 1782, bestimmte: Für öffentliche Urkunden sind zu halten: 1. Die Geburts-, Trauungs- und Totenbücher der Pfarren; vgl. Griessl, Kirchliche Vorschriften österreichische Gesetze und Verordnungen in den Matrikel-Angelegenheiten, Graz 1891, S. 20; Mayrhofer (oben Fn. 75), S. 1112.
- ⁷⁸ Vgl. § 6 des Patents vom 20. Februar 1784. Dort heisst es: Die Juden sind gleichfalls zur Führung dieser drei Register anzuhalten und von denselben die vorgeschriebenen Rubriken mit der geringen auf ihre Religion angewendeten Änderungen beizubehalten. Wo ein Ortsrabbiner aufgestellt ist, hat derselbe die Register zu führen; bei einzelnen Familien aber derjenige Rabbiner, welcher dem Orte am nächsten wohnt.
- Vgl. Griessl (oben Fn. 77), S. 9 ff. (11 f.); Mahl-Schedl (oben Fn. 74), S. 538 f.
- Böhmischen Juden war bereits mit Zirkular vom 27. Januar 1766 befohlen worden, die Beschneidungsbücher verlässlicher als bisher zu führen.
- ⁷⁹ Vgl. Fessler (oben Fn. 75), S. 13 f.
- ⁸⁰ RGBL. 11. 849 Nr. 107, S. 11.
- ⁸¹ Vgl. Seidl, Matrikelführung nach den in Österreich geltenden kirchlichen und staatlichen Gesetzen und Verordnungen, 3. Aufl., Wien 1897, S. 529 ff., und Smolle, Rückblick auf das österreichische Personenstandsrecht, StAZ 1938, S. 192 ff. (226 ff.).
- Ein Verzeichnis der Behörden, Kirchen und Religionsgesellschaften, die auf dem Gebiet der Republik Österreich vor dem 1. Januar 1939 zur staatlich wirksamen Führung der Personenstandsregister zuständig waren, gibt Anlage 3 des Vertrags zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland vom 18. November 1980 über den Verzicht auf die Beglaubigung und über den Austausch von Personenstandsurkunden sowie über die Beschaffung von Ehefähigkeitszeugnissen, BGBl. 1982 II, S. 467.
- ⁸² Gesetz vom 25. Mai 1868, wodurch die Vorschriften des zweiten Hauptstückes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über das Eherecht für Katholiken wiederhergestellt, die Gerechtsbarkeit in Ehesachen der Katholiken den weltlichen Gerichtsbehörden überwiesen und Bestimmungen über die bedingte Zulässigkeit der Eheschliessung von weltlichen Behörden erlassen werden, RGBL. 1868, Nr. 47, S. 95 ff.
- Dieses Gesetz wurde durch die VO vom 1. Juli 1868, RGBL. 1868, Nr. 80, S. 238 ff., ergänzt, die den katholischen Ortspfarrern die Pflicht auferlegt, vor Gemeinde bzw. Bezirksgemeinde geschlossene Ehen in das ihnen «von der Staatsgewalt zur Führung übertragene Eheregister (Trauungsbuch, Trauungsmatrikel)» zu übernehmen. Dabei war auf das Amtszeugnis Bezug zu nehmen und die Amtsperson, vor der die Ehe geschlossen wurde, mit Name und Dienstrang anzugeben. Die Kirche sah hierin zu Recht einen Eingriff in die Gewissensfreiheit; vgl. Fessler (oben Fn. 75), S. 20 ff.
- ⁸³ Gesetz über die Ehe von Personen, welche keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft angehören, und über die Führung der Geburts-, Ehe- und Sterberegister, RGBL. 1870, Nr. 51, S. 83 f.
- ⁸⁴ Ordonnantie van de Polityen binnen Hollandt vom 1. April 1580. Test bei Ankum/de Smidt, Mini-Plakaatboek zeven van de belangrijkste wetten uit het oud-vaterlandse recht, Leiden 1968, S. 9 ff.; vgl. auch Friedberg (oben Fn. 45), S. 482 ff., und Fischer, Het nederlandse huwelijksrecht van de reformatie tot de codificatie, Het Gemenebest 1955, S. 485 ff. (490 f.).
- ⁸⁵ Vgl. Friedberg (oben Fn. 45), S. 322 ff.; Holdsworth, A History of English Law VI, London 1924, S. 409 ff. (410, 418 f., 427).

I V R A

RIVISTA INTERNAZIONALE DI
DIRITTO ROMANO E ANTICO

ESTRATTO DAL VOL. 40 (1989)

[Pubbl. 1992]

EDITORE - JOVENE - NAPOLI

ROBERT VILLERS

(1912-1989)

1. *Begegnungen*

1. Schon als Assistent hatte ich das Privileg, den französischen Rechtshistoriker Robert Villers bei Tagungen und Kongressen kennenzulernen. Der Verstorbene gehörte zu den wenigen Professoren der alten Garde, die jüngere Kollegen nicht im Regen stehen lassen, sondern mit ihnen Gespräche führten, Interesse für ihre Arbeiten zeigten und versuchten, sie zu ermutigen und zu begeistern.

2. Die Pariser Sitzungen der Société d'histoire du droit, deren Präsident er von 1976 bis 1981 war, besuchte Robert Villers ebenso regelmässig wie die Rechtshistorikertage extra muros, die traditionsreichen Journées d'histoire du droit. Auch bei den Kongressen der Société Fernand De Visser pour l'histoire des droits de l'antiquité konnte man auf ihn zählen. 1965 tagte die Gesellschaft übrigens auf Einladung der Pariser Rechtshistoriker in der französischen Hauptstadt.

3. Seinen letzten grossen Auftritt erlebte Robert Villers in Lausanne. Bei der Jahrestagung der französischen Rechtshistoriker in unserer Stadt¹ präsidierte er mit fester Hand eine Reihe von Vorträgen über antike Rechtsgeschichte und römisches Recht. Auf meine Einladung hin war er sogar schon vor Beginn des Kongresses nach Lausanne gekommen und hatte an unserer Fakultät am 28. Mai einen guthauschen, glanzvollen Gastvortrag über Eigentum im römischen Recht gehalten².

II. Gastfreundschaft

1. Mit dieser Einladung konnte ich freilich nicht die grosse Gastfreundschaft erwidern, die ich — wie viele andere Kollegen — in seinem Hause, 13, route du Maréchal Gallieni in Versailles, genossen hatte.

2. Beim Kongress der S.I.H.D.A. in Paris waren alle Kongressteilnehmer — gleich ob Assistent oder Professor, Franzose oder Ausländer — in seinem Haus und seinem Garten grosszügig bewirtet worden. Ein herrlicher Spätsommertag, der uns allen in Erinnerung bleiben wird.

3. Auf diesen 19. September 1965 folgten viele andere Einladungen, die teils dem Redner bei Vortragveranstaltungen, teils dem jüngeren Kollegen und Freunde galten und die Madame Laure Villers, die charmante und lebenswerte Tochter des Pariser Romanisten André-Edmond Giffard (1876-1958), stets zu einem festlichen Ereignis werden liess³.

III. Leben und Laufbahn

1. Der Verbliebene war Quimpérois. In der Bretagne am Sitz der Präfektur des Départements Finistère erblickte er am 8. Mai 1912 das Licht der Welt. Seinen Vater kannte er kaum. Als Hauptmann der Infanterie war er bei der Verteidigung Verduns 1916 gefallen.

2. Seine Schulzeit verbrachte Robert Villers in Nantes. Zweimal trat er beim Wettbewerb der französischen Gymnasien (concours général) als Sieger hervor. 1929 nahm er in Paris sein Studium auf. Bewundernswert schon damals seine Ausdauer, seine rasche Auffassungsgabe, sein Arbeitswillen und sein Ehrgeiz. Robert Villers immatrikelte sich nämlich nicht nur an der juristischen, sondern auch an der philosophischen Fakultät der Sorbonne, und studierte daneben Politikwissenschaften⁴. Seine juristische Doktorarbeit schrieb er über

¹ 29. Mai - 1. Juni 1986; vgl. *RHD*, 64 (1986) 697 ff. (701 f.); *IVRA* 37 (1986) 230.

² Diesen Vortrag hat der Entschlafene leider nicht veröffentlicht.

³ Laure Villers, die viele Jahre als Kustodin am Musée des Arts et Traditions populaires und am Versailler Stadtmuseum wirkte, machte sich übrigens als Lyrikerin einen Namen. Ihr Gedichtband, *Le jardin de Laure* (Éditions Arcan, Paris 1986) wurde mit dem Prix Marc Chesneau de la Société des poètes français ausgezeichnet. 1990 erschien im gleichen Verlag ein zweites Bändchen: *Saison secrète*.

⁴ Die von ihm verfasste Diplomarbeit und seine politische Dissertation sind bodauerlicherweise nie erschienen.

die Justireform des letzten französischen Kantlers René Nicolas de Maupeou (1714 - 1792)⁵. Doktorvater war der Rechtshistoriker Henri Regnaud.

3. Kaum promoviert stellte er sich der agrégation, jener Hürde, die Frankreichs Hochschullehrernachwuchs höchstes europäisches Niveau sichert. Auf Anhieb wurde er für admissible erklärt⁶ und erhielt 1940 einen Lehrauftrag in Dijon, 1942 in Caen. 1943 wurde er Wettbewerbsieger (agrégé) und lehrte summe als Lehrstuhlinhaber an der juristischen Fakultät der Universität Caen bis zu seiner Berufung nach Paris im Jahre 1954⁷. Nach seiner Emeritierung (1981) war es ihm mit Hilfe seiner Frau noch 7 Jahre vergönnt, wissenschaftlich zu arbeiten. Am 26. Oktober 1989 schloss Robert Villers nach längerer Krankheit die Augen.

IV. Sein romanistisches Lebenswerk

1. Der Verstorbene war französischer Tradition gemäss Rechtshistoriker im umfassendsten Sinn. Er pflegte nicht nur die antike Rechtsgeschichte, er war nicht nur Romanist. Seine Forschungen und seine Pariser Vorlesungen erstreckten sich auf die gesamte französische und europäische Rechts- und Wirtschaftsgeschichte.

2. Beindruckend ist die Zahl seiner Abhandlungen, Besprechungen, Vorlesungsskripten und Nachrufe. Sie sind sämtlich im Anhang des Nekrologs verzeichnet, den Jean-Philippe Lévy für seinen *Compagnon de route* (pendant sesante ans) schrieb⁸.

3. Die Arbeiten zur französischen und europäischen Rechts- und Wirtschaftsgeschichte zu würdigen, ist an dieser Stelle leider nicht möglich. Dem Auftrag unserer Zeitschrift gemäss müssen wir uns auf wichtige Arbeiten zur antiken Rechtsgeschichte beschränken.

4. Dies sind einmal zwei Lehrbücher, nämlich das Kurzlehrbuch über Obligationenrecht⁹ und die in zwei Teile gegliederte, Entwicklungslinien und Geist der Institutionen

⁵ *L'organisation du Parlement de Paris et des Conseils supérieurs d'après la Réforme de Maupeou* (1771-1774), Paris 1927, 326 S.

⁶ Admissible à l'agrégation heisst nach einer strengen Auswahlprüfung auf nationaler Ebene den Wettbewerb um Lokation und Lehrstuhl fortsetzen dürfen.

⁷ Von 1971 bis 1977 war Robert Villers Generalsekretär des Institut de droit romain. Von 1974 bis 1981 leitete er das von ihm geschaffene rechtsgeschichtliche Zentrum für Wahlverhalten und Wahlrecht (Centre historique des faits électoraux). Von 1976 bis 1981 präsidierte er, wie bereits erwähnt, die Société d'histoire du droit.

Robert Villers war aber auch politisch tätig. Als Mitglied der radikalsozialistischen Partei — so nannten sich seit 1901 die französischen Freisinnigen, die soziale Reformen anstrebten und meist dem Bildungsbürgertum angehörten — sass er viele Jahre im Versailler Stadtrat. Darüber hinaus setzte er sich während seines ganzen Lebens mit Tatkraft und Opfergeist für Kriegswaisen ein. Selbst orphelin de guerre fühlte er sich ihnen zeitlebens verbunden. Das *Journal des orphelins de guerre* veröffentlichte übrigens seit 1983 eine Reihe von Aufsätzen aus seiner Feder.

⁸ Als Schrift zu seinem Gedächtnis von der Société d'histoire du droit 1990 in Paris herausgegeben. Eine Kurzfassung des Nachrufs erschien in *RHD*, 67 (1989) 745 f. Einen weiteren Nachruf verdanken wir Pierre GRIMAL, *Revue des études latines* 67 (1989) 33.

⁹ *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*, 4. überarbeitete und 1976 erschienene Fassung des bei Daloz veröffentlichten Kurzlehrbuchs André-Edmond Giffards. Schon 1972 hatte Robert Villers wichtige Abhandlungen seines Schwiegervaters neu herausgegeben. Es sind dies die bei Cujas, Paris, erschienenen *Études de droit romain*, die Villers mit einem Vorwort und einer Bibliographie versah.

herausarbeitende Gesamtdarstellung des römischen Privatrechts¹⁰. Die überkommene Einteilung der römischen Rechts- und Institutionengeschichte in vorklassisches, klassisches und nachklassisch-byzantinisches Recht hielt der Verstorbene für verfehlt¹¹. Er bevorzugte deshalb die Zweiteilung: archaisches Recht - Recht, das in ein System einmündete¹².

Hierzu gehören zum anderen aber auch eine Reihe von Abhandlungen zum öffentlichen und privaten Recht Griechenlands und Roms und eine Vielzahl in die Tiefe gehender Besprechungen und Schriftumsübersichten.

5. Eine vorzügliche Synthese über das Wenige, was wir über die strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung im altgriechischen Recht wissen, gibt Vilars im Sammelband *La responsabilité à travers les âges*¹³. Die 1947 in Herkulanum aufgefundenen Wachstafelchen Nr. 6 und 7 klopft er auf neue Erkenntnisse zum römischen Prozessrecht ab¹⁴. In einer Reihe von Arbeiten behandelt er Probleme des römischen Verfassungsrechts¹⁵, in anderen Fragen des Eherechts und der Rechtsstellung der Frau¹⁶.

6. Bedeutsam und von bleibendem Wert scheinen mir aber die Aufsätze zu sein, in denen der Erschlafene Methodenfragen erläutert und geistige Stützungen zu erfassen sucht, die dem römischen Recht eignen.

Bereits hingewiesen¹⁷ wurde auf seine Kritik der Trilogie vorklassisch, klassisch, nachklassisch. Treffend sein Beitrag zur Interpolationenjagd und deren extremem Vertreter Gerhard von Beseler¹⁸. Eindrucksvoll sein Hinweis auf das Zögern, bei Reformen den eingeschlagenen Weg zu Ende zu gehen¹⁹.

7. Durchschlagend seine Gesamtwürdigung des römischen Rechts in seiner Abhandlung *Le droit romain, droit d'indigénat*²⁰. In Rom gab es keine Gleichheit vor Recht und Gesetz.

¹⁰ *Rome et le droit privé*, Paris 1977.

¹¹ Vgl. seinen lehrreichen Beitrag zu den *Mélanges Dauvillier* (Toulouse 1979) S. 831 ff.; *Reflexions sur le droit romain dit «classique»*.

¹² *Première partie: Le très ancien droit romain. Deuxième partie: Le droit romain érigé en système*.

¹³ Paris 1989, S. 47 ff.

¹⁴ *La procédure formulaire à la lumière des récentes découvertes*, Studi Biscardi I (Mailand 1982) S. 211 ff.

¹⁵ Genant serien: *La dévolution du principat dans la famille d'Auguste*, *Revue des études latines* 29 (1951) 235 ff.; *Appel devant le prince et appel devant le sénat au I^{er} siècle de l'Empire*, *Studi De Francisci* I (Mailand 1954) S. 375 ff.; *Le dernier siècle de la République romaine. Réflexions sur la dualité des pouvoirs*, *Mélanges Lévy-Bruhl* (Paris 1959) S. 307 ff.; *Les tribuns de la plèbe sous le principat*, *Études Macqueron* (Aix 1970) S. 663 ff.; *Sujets et citoyens dans l'Antiquité*, *RIDA* 20 (1973) 255 ff.

¹⁶ *A propos de la disparition de l'«usus»*, *RHD* 28 (1950) 538 ff.; *Le statut de la femme à Rome jusqu'à la fin de la République*, in *«La femme»*, *Rev. Jean Bodin* XI (Brüssel 1959) S. 177 ff.; *«Manus» et mariage*, *The Irish Jurist* 4 (1969) 168 ff.; *Le mariage entravé comme institution d'État dans le droit classique de Rome*, in *Temporini/Haase, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II, Bd 14, Berlin 1982, S. 285 ff.

¹⁷ Oben unter IV 4.

¹⁸ Auf den mir nach Marburg geschickten Sonderdruck, *Gerard de Beseler: Mistres et grandeurs de l'hypocritique*, *Mélanges Falletti* (Annales Fac. droit et Sc. écon. Lyon 1971 II) Paris 1971, S. 545 ff., schrieb er die Widmung: «Lassen Sie uns gnädig mit diesem Ungeheuer sein!».

¹⁹ *Le droit romain: Mythes et asymptotes*, *Revue des études latines* 43 (1965) 500 ff.

²⁰ *Revue des études latines* 48 (1970) 462 ff.

Abhängigkeits- und Herrschaftsverhältnisse schufen krause Standes- und Rechtsunterschiede, die auch der römische Zivilprozess widerspiegelte, wo Arm und Reich durchaus nicht konkurrieren konnten.

Worin bestand aber das Besondere, das Eigentümliche des römischen Privatrechts? Es schützte die Vermögensrechte des Einzelnen, war durchdrungen vom Geist des Individualismus und wurde damit Wegbereiter für freies Unternehmertum und industriellen Kapitalismus.

V. Abachid

Der Tod des französischen Gelehrten, den wir zu würdigen versuchten, machte Frankreichs und Europas wissenschaftliche Welt ärmer. Wir verloren einen Lehrer, Forscher und Freund, der sich ganz der Rechts- und Wirtschaftsgeschichte Europas verschrieb, sie in vielfacher Weise befruchtete und auch dem römischen Recht den ihm gebührenden Tribut zollte. Mit dem Erschlafenen dürfen wir dieses als *moment de l'émancipation humaine* be-greifen.

Lausanne

F. STUHM

**LE DROIT DE LA FAMILLE EN EUROPE
SON EVOLUTION DEPUIS L'ANTIQUITE
JUSQU'A NOS JOURS**

**ACTES DES JOURNEES INTERNATIONALES
D'HISTOIRE DU DROIT**

publiés sous la direction de

Roland GANGHOFER

Directeur du Centre de Recherche d'Histoire des Institutions
(Université de Strasbourg III)



1992

PRESSES UNIVERSITAIRES DE STRASBOURG

10

Conubium, ius migrandi, conventio in manum

Fritz STURM

I. LE DROIT AU MARIAGE EN DROIT MODERNE

1. Pour le juriste moderne aussi bien que pour le profane, la faculté de contracter mariage avec la personne de son choix constitue l'une des grandes libertés acquises à la Révolution française.

Cette prérogative est considérée comme une émanation de l'égalité des citoyens; elle est intimement liée à la liberté de conscience et de croyance.

2. Les constitutions du XVIII^e et du XIX^e siècles insèrent cette liberté dans le catalogue de leurs droits fondamentaux et interdisent des empêchements de mariage fondés sur la disparité du culte, sur des différences de classe et de race.

3. Certes, le racisme fit de nouveau rage au XX^e siècle en Allemagne comme en Italie et en Afrique du Sud.

Les fameuses lois de Nuremberg défendaient le mariage entre juifs et non-juifs. L'apartheid prohibait le mariage entre blancs et noirs. Nombreux étaient les Etats qui faisaient déchoir de leur nationalité toute ressortissante ayant épousé un étranger, et cela peu importe que par ce mariage celle-ci acquière ou non la nationalité du conjoint. L'apartheid paraissait être la juste punition des femmes manquant à ce qu'on appelait la solidarité nationale.

Un nouveau durcissement apparut en 1945 : on défend le mariage entre vainqueurs et vaincus. Le bloc communiste s'efforce de proscrire toute union entre personnes dont l'une est domiciliée dans un pays communiste, l'autre dans un pays capitaliste.

4. Il semble toutefois qu'il ne s'agit là que des derniers soubresauts de mentalités archaïques, inhumaines et intolérantes. Ces mentalités ont en effet fait leur temps. Les déclarations et conventions des droits de l'homme les ont, espérons-le, définitivement bannies.

II. LA CRITIQUE DE TITE-LIVE

1. A Rome déjà, certains esprits éclairés semblent avoir condamné à priori l'inégalité que les Douze Tables avaient provoquée en interdisant aux plébéiennes d'épouser des patriciens et aux plébéiens de se marier avec des patriciennes.

2. C'est ainsi qu'au I^{er} siècle avant notre ère Cicéron qualifie cette mesure d'excès proprement inhumain¹ et que Tite-Live² met dans la bouche du Tribun de la plèbe Cautuleius ces paroles : Vous autres Patriciens, vous avez concédé le *conubium*, la faculté de contracter mariage selon les lois romaines à d'autres peuples, à des peuples voisins et même à des peuples très éloignés. Plus encore : vous avez accordé à des ressortissants même d'États vaincus le droit de cité, privilège infiniment plus important que le droit au mariage.

N'est-il alors pas honteux de priver du *conubium* une partie des citoyens, citoyens taxés d'impurs et qualifiés d'indignes du mariage avec un patricien ou une patricienne ? Est-ce autre chose que d'exiler des citoyens à l'intérieur même des murs de la cité ; de les punir de rélegation dans la ville même dans laquelle ils habitent et à laquelle ils appartiennent ? Vous prétendez que l'objectif de cette mesure est d'éviter que votre sang ne soit mélangé, voire contaminé. Mais le but de cette discrimination ne consistait-il pas plutôt dans le désir d'empêcher que, par alliance ou par parenté, nous ne réussissions à nous immiscer dans vos affaires ? Mais qu'en est-il en vérité de cette prétendue contamination ? Votre noblesse, votre patriciat, très souvent vous ne les devez pas à votre origine, à votre sang. Beaucoup d'entre vous sont des immigrants aléutins et sabins. C'est grâce à une décision des rois ou en vertu d'une délibération du peuple que vous avez été accueillis chez nous et intégrés dans le corps des patriciens. La concession du *conubium* ne contraint aucun patricien à prendre en mariage une plébienne contre son gré. Mais faire une loi pour défendre un tel mariage, voire pour abolir le *conubium* entre patriciens et plébiens, c'est faire outrage à la plèbe. On pourrait aussi bien interdire le mariage entre riches et pauvres. Pourquoi ne le proposez-vous pas ? Dans cet ordre d'idées, il semblerait même concevable de défendre aux plébiens d'être les voisins des patriciens, de marcher avec eux dans la même rue, d'accepter des invitations communes ou de discuter ensemble sur le forum.

III. ESQUISSE DU PLAN DE NOTRE ÉTUDE

1. Ces passages nous confrontent d'une manière particulièrement nette avec les objectifs que vise la prohibition d'intermariage, le refus du *conubium*³.

¹ De se publica II 37, 63 : ... *duabus adultis iniquissimum legum additis, quibus, etiam quae distinctis populi tribui solent, conubia, haec illi at ne plebei cum patribus essent, inhumanius legem sonarent.*

² *No uirbe exiit IV 3, 4 : ... conubium petimus, quod finitibus externisque dari solet - nos quidem civitates, quae plus quam conubium est, hostibus etiam uictis dedimus ; IV 4, 5 : ... An ex illa uirba aut iniquissimum contumeliosus potest, quam partem civitatis velut communis indignam conubio haberi ? 6 : Quid est aliud quam exilium intra eadem moenia, quam relegationem pati ? Ne afflictionibus, ne propinquissimis immisceremur, erant, ne societate sanguinis ? 7 : Quid ? Hoc si possit nobilitatem istam vestram, quam plerique sibi ex Allobro et Sabinis non gerere nec sanguine, sed per cooptationem in patres habent, aut ab regibus lecti aut post reges exactos istam populi, sinceram servare privatim consilia, non potestis nec docendo ex plebe uirque vestros filios uterique crescere sciendo e patribus ? 8 : Nemo plebeum patris nec uirgini non affertur ; patriciorum ista libido est ; nemo invitum potestatem impetrem quomodo ferre cogeret. 9 : Verum cunctis lege id prohiberi et conubium tolli patrum ac plebis, id demum contumeliosum plebi est. Cui rui non fertis, ne sit conubium divitiibus ac pauperibus ? ... II : Cui non auctoritas, ne vicinis patricio sit plebeus nec eodem iurare eui, ne in foro eodem consistat ?*

³ Les Règles d'Ulpien V 3 s. définissent : *Conubium est uxoris iure succedens facultas. Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis ; cum Latinis matrem et peregrinis ita, si concessum sit.*

Le *conubium* sert d'instrument de domination à l'intérieur et d'arme d'expansion à l'extérieur. Il constitue un mécanisme efficace pour préserver le pouvoir entre les mains des patriciens d'abord et des citoyens romains ensuite. Il est appelé à garantir l'unité ethnique, politique et morale de ceux-ci⁴.

Réputé privilège, notre concept reflète l'inégalité de principe qui divise même les citoyens d'une seule et même cité. Pour les juriconsultes romains la discrimination des plébiens, des citoyens *sine suffragio*, des pérégrins, des esclaves et des affranchis est chose si naturelle qu'ils ne parlent pas d'empêchement de mariage.

Bien au contraire, cette exclusion de l'intermariage leur paraît si normale et si conforme aux exigences de la Justice de leur époque, qu'ils présentent l'existence de la faculté de contracter mariage, donc l'absence d'inégalités et de discrimination de personnes appartenant à des entités, groupes ou classes différents, comme privilège, comme faveur appelée précisément *conubium*⁵.

2. Dans l'étude qui suit, quatre questions retiendront notre attention :

- Quelles étaient les principales hypothèses dans lesquelles Rome accordait le privilège du *conubium* ?
- Quel a été, dans la Ligue latine, le rapport entre le *conubium* et le *ius migrandi* ?
- Les mariages mixtes pouvaient-ils, en vertu du *conubium*, être suivis ou accompagnés d'une *conventio in manum*, institution réservée aux seuls citoyens romains ?
- Comment expliquer qu'à l'époque postclassique le terme *conubium* change de sens pour disparaître complètement dans les Institutes de Justinien ?

3. Malheureusement, le temps qui nous est imparti est trop bref pour analyser les effets des mariages conclus en l'absence de *conubium*, pour étudier les sanctions des *iniusta matrimonia*. A ce sujet, je renvoie aux études de Nardi⁶, de Gaudemet⁷ et de Vollmer⁸.

A ce sujet nous nous rallions à la thèse de ce dernier et soutenons avec le manuel classique de Paul-Frédéric Girard⁹ : l'observation des règles légales avait toujours pour

⁴ Cf. CANTANZI, Sul divieto di *conubium* fra patrizi e plebei, *Atti del I° Congresso Nazionale di Studi Romani*, Rome 1928, p. 1 ss. ; VOLTERRA, La nozione giuridica del *conubium*, *Studi Albertario* II, Milan 1950, p. 247 ss. (360, 366 ss., 381 ss.) ; Nuova osservazione sulla "conventio in manum", *Atti Veneti* III, Milan 1951, p. 27 ss. (35 ss.) ; *Conubium*, *MDI* 4 (1959) 785 ss. ; *Lezioni di diritto romano, il matrimonio*, Roma 1961, p. 157 ss. (172 ss.) ; *Matrimonio, diritto romano*, *MD* 25 (1975) 726 ss. (733 ss.) ; DE VISSCHIER, "conubium et civitas", *RURA* 2 (1951) 140 ss. ; "conubium et civitas", *ANNOUARIA* 1 (1952) 408 ss. (416 ss.), article plus détaillé que le premier qui, en réalité, ne semble être qu'un résumé du second ; AMAURY DE LA CHEVALLERIE, Observations sur la nature du *conubium*, *RDM* 1 (1954) 271 ss. ; VON LIEBOWITZ, *Das römische Volk*, Frankfurt 1955, p. 86 ss., 104, 490, 641, 645 ; E. MEYER, *Römisches Staat und Staatsrecht*, Darmstadt 1961, p. 29 ; WIEACKER, *Römisches Rechtsgeschichte* I, Munich 1988, p. 231, 234, 368 ss.

⁵ Cf. VOLTERRA, *Studi Albertario* II, p. 356 ss. ; *Lezioni*, p. 163 ; *Matrimonio*, p. 734, travaux que nous venons de citer note 4.

⁶ La reciproca posizione successoria dei coniugi privi di *conubium*, Milan 1938, p. 12 ss., 14 ss.

⁷ *Iustum matrimonium*, *RIDA* 2 (1949) 309 ss. = Sociétés et mariage, Strasbourg 1980, p. 46 ss.

⁸ *Iniustum matrimonium*, *Studi Scheriffo* II, Milan 1972, p. 441 ss.

⁹ GIRARDESEN, *Manuel florentin de droit romain*, 2e éd., Paris 1929, p. 174.

sanction la nullité absolue du mariage. Les jurisconsultes ne distinguaient pas entre inexistence, nullité ou annulabilité de cette union.

IV. LE CHAMP D'APPLICATION DU PRIVILEGE

1. Comme nous l'avons déjà noté, les hommes politiques et les jurisconsultes romains mettent le *conubium* au service de leur politique intérieure et extérieure. Sur le plan de la politique intérieure, notre concept constitue un instrument assurant tout d'abord la suprématie des patriciens et garantissant ensuite celle des citoyens, pourvu que ceux-ci soient non seulement des êtres libres, mais aussi ingénus.

2. L'origine de la règle qui privait les plébéiens du *conubium* est fort controversée.

Il y a des auteurs ¹² qui prétendent qu'elle ait toujours existé. Dans la Rome archaïque, le *conubium* aurait été un privilège aristocratique, une faculté réservée aux seuls patriciens. Les Douze Tables n'auraient donc fait que confirmer un principe ancestral.

Selon l'opinion dominante ¹³ les Douze Tables ont innové. Se différenciant de plus en plus de la plèbe, le patriciat aurait désiré se délimiter clairement de cette dernière. Pour exercer une suprématie menacée par une plèbe toujours plus nombreuse et plus remuante, il lui aurait fallu exclure tout lien de parenté et d'alliance entre les deux classes ¹⁴.

3. Nous ne pouvons approfondir ce problème dans le cadre de notre communication. Mais quelle qu'ait été la ratio de la règle des Douze Tables, un phénomène ne saurait être contesté : à l'époque classique les dispositions relatives au *conubium* garantissent à l'intérieur de la cité la suprématie du citoyen, la prédominance des hommes libres et ingénus.

Il n'y a pas de *conubium* entre hommes libres et esclaves ¹⁵. Et ce n'est que la *lex Papia Poppaea* qui abroge en l'an neuf de notre ère l'exclusion du *conubium* entre ingénus et affranchis, entre *ingenui* et *liberti* ¹⁶. Auguste veut voir limitée cette interdiction à

¹² En ce sens p. ex. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* III 1, 3e éd., Leipzig 1887, réimpression Darmstadt 1963, p. 79 s.; SIDER, *plebs* RE 41, 1 (1951) 73 ss. (160 ss.), et WIEACKER, *op. cit.* (n. 4) p. 233 s.

¹³ Comme le montre DE VISSCHER, *op. cit.* (n. 4), ANDORIDA 1 (1952) 409 note 17, l'opinion dominante peut se fonder sur le témoignage unanime de nos sources.

¹⁴ A en croire SIDER, *op. cit.* (n. 4) col. 162, la loi des Douze Tables n'a pas interdit l'intermariage, mais uniquement la *conformatio*, forme de célébration du mariage dans laquelle le couple était couvert d'un voile commun. Aux origines *conubium* aurait précisément signifié *voilage commun*. A. HEUSS, *Gedanken und Vermutungen zur frühen römischen Regierungsgewalt*, *NachGGA* 1982, 377 ss. (392 ss.), va plus loin : pour lui l'intermariage obtenu par la *lex Cincia* n'est qu'une blague grossière des annalistes.

¹⁵ Cf. Règles d'Ulpien V 5 : *Con servis nullum est conubium*; Sentences de Paul II 19, 6 : *Inter servus et liberum matrimonium contrahi non potest, concubinerium potest*; C. 5,5,3 pr. : *Con ancillis non potest esse conubium : non ex adulterio concubinerio servi nascuntur*.

¹⁶ En ce sens MOMMSEN, *op. cit.* (n. 10) p. 429 ss.; LEONHARD, *Conubium*, RE 4 (1901) col. 1170 s. (1171); KUNKEL, *Matrimonium*, RE 14, 2 (1930) col. 2259 ss. (2262).

l'intermariage entre affranchis et personnes de rang sénatorial ¹⁷.

4. Le *conubium* assure au citoyen romain, homme libre et ingenu, une prééminence aussi vis-à-vis des habitants d'empire qui ne sont pas des ressortissants ingénus de Rome. Ainsi il n'y a pas de *conubium* entre Romains et pérégrins ¹⁸. Et même les *cives sine suffragio* ¹⁹ ne jouissaient pas toujours de ce privilège ²⁰.

5. Ce principe subit toutefois de nombreuses exceptions. En effet, dans l'intérêt de leur politique expansionniste, les Romains concèdent le *conubium*, en bloc ou individuellement, à des Latins et des pérégrins.

Le *foedus Cassianum* crée en 493 avant notre ère une communauté assurant aux ressortissants des cités fédérées *commercium*, *conubium* et *ius migrandi* (*ius sedis matronae*) ²¹.

¹⁷ Cf. Celse (30 dig.) D. 23, 2, 23 : *Legis Papia coetor annibus ingenuis praeter seniores eorumque liberos liberitatem acquirere licere*; Paul (l. primo leg. Iuliam et Papianam) D. 23, 2, 44 pr. : *Legis Iulia de coetor : Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis niam sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto liberitatem aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram fecit fecerit, neve senatoris filia nepotusve ex filio pronepotusve ex nepote filio nato natus liberitatem sive qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram fecit fecerit, sponsa nuptusve sciens dolo malo erit neve qui eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto, § 1 : Hoc capite prohibetur senator liberitatem ducere eamve cuius pater materve artem ludicram fecerit : item liberitatem senatoris filium ducere; Modestinus (l. iug. ritu nup.) D. 23, 2, 42, § 1 : *Si senatoris filia nepotis principis libertina vel qui artem ludicram exercuit cuiusve pater materve id fecerit, nuptusve, nuptiae non erunt*; Règles d'Ulpien XIII 1 : *Legis Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertines et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit...**

¹⁸ Cf. Ulpien, Règles V 4, texte reproduit plus haut note 3.

¹⁹ Sur cette catégorie de citoyens, habitants de municipes privés à Rome de l'exercice des droits politiques, cf. MOMMSEN, *op. cit.* (n. 10) p. 570 ss., qui les appelle *Halbbürger*; SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford 1973, p. 38 ss., et DULCKEIT/SCHWABE/WALLSTEIN, *Römische Rechtsgeschichte*, 8e éd., München 1989, p. 129 ss.

²⁰ C'est ainsi que les Campaniens étaient dotés du *conubium*, privilège que Rome ne concédait pas aux citoyens d'Anagnin; cf. MOMMSEN, *op. cit.* (n. 10) p. 577, et SHERWIN-WHITE, *op. cit.* (n. 17) p. 49.

²¹ Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines* VI 95, 2, se bornant à nous rapporter les dispositions relatives à l'assistance mutuelle en cas d'agression et aux sanctions du *commercium*, nous sommes réduits à nous appuyer quasi au *conubium* sur deux passages de Tito-Live se référant à la dissolution de la Ligue latine en 338 av. J.-C., à savoir *Ab urbe condita* VIII 14, 10 : *... ceteris Latinis populi conubia commerciaque et ancilla inter se ademerunt...*; IX 43, 23 : *Hernicorum tribus populi, Atratinati Veralani, Ferentinati, qui aderant, quam civitatem, suas leges reddidit : conubiumque inter ipsos, quod aliquandiu soli Hernicorum habuerant, peremerunt*; 24 : *Anagninici, quique armo Romanis insulerant, civitas sine suffragiis latine adita, ancilla conubiumque ademerunt...* Cf. à ce sujet la vaste bibliographie donnée par DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* II, 2e éd., Naples 1973, p. 73 ss., et WIEACKER, *op. cit.* (n. 4) p. 368 s. Ces sources ne semblent pas suivre WÖRNER, *Der Beginn der römischen Republik*, Munich/Vienne 1963, p. 451 note 2, qui soutient à tort que le *foedus Cassianum* ait concédé le *conubium* aux ressortissants des cités fédérées. Le *ius migrandi*, déoli à la libre circulation et à l'acquisition du droit de cité par simple établissement, n'en est attesté directement non plus. Les textes invoqués par MOMMSEN, *op. cit.* (n. 10) p. 635 ss., sont reproduits plus loin note 33.

En 486 les *Herniques* entrent dans cette ligue²⁶. Avant le milieu du IV^e siècle c'est par la concession du *conubium* que Rome s'efforce de rattacher la Campanie à Rome²⁷.

6. Peuvent se prévaloir des trois prérogatives même les habitants des colonies fondées par la ligue latine antérieurement à l'année 268 avant notre ère²⁸. Mais à partir de cette date, le *conubium* avec les citoyens romains leur est enlevé. Rome veut empêcher les Latins coloniaux de quitter, à la suite d'un mariage, la province dans laquelle ils ont accepté de s'établir comme garants de la civilisation et de la domination romaine²⁹.

7. Avant cette date déjà, et plus précisément en 338 avant notre ère, soit à la fin de la guerre latine, Rome avait décrété la dissolution de la ligue et la suppression du *conubium* entre les cités fédérées³⁰. On s'efforçait d'affaiblir les forces centrifuges et de renforcer le mouvement centripète. C'est ce qui explique que ce privilège a subsisté entre Rome et les cités latines³¹.

Quoi qu'il en soit, le retrait du *conubium* devint tout aussi bien que sa concession un instrument de domination, un moyen pour punir les félons et pour récompenser les fidèles. C'est la politique de la carotte et du bâton.

²⁶ Cf. Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines* VIII 62, 3; 63, 2; 68, 1; Tito-Live II 41, 1 et MOMMSEN, *Römische Geschichte* I, div. bibliothek, Munich 1976, p. 358. En 306 av. J.-C. trois peuples *Herniques* voient récompensée leur fidélité envers Rome par la confirmation de leur autonomie et du *conubium* entre eux; cf. note 19.

²⁷ Cf. Tito-Live, *Ab urbe condita* XXIII 4, 7 : *Ad modo erant in mora, ne exemplo deficerent, quod conubium veterum familiarum clausis ac potentis Romanis miscerent...* XXVI 33, 3 : *... eos libertatem sibi tribuit et honorum aliquam partem atque civis Romanos, adfinitatibus plerisque et propinquis etiam cognationibus ex conubio vetusto iunctis*; XXXI 31, 10 : *An Campanorum potestas, de qua ne ipsi quidem queri possent, non pariterat ? Illi homines, cum pro illis bellum adversus Samnites per annos prope septingenta cum magnis nostris studiis gessissent, ipsos fovere prius, deinde conubio atque cognationibus, postremo civitate nobis coniungissent...* et, parmi les auteurs qui ont interprété ces textes, VOLTERRA, *Studi Albertario* II, (cit. n. 4) p. 366 note 57; *Matrimonio*, (cit. n. 4) p. 735; DE VISSCHER, (cit. n. 4); *ANNALES* I (1952) 401, 417 ss., et SHERWIN-WHITE, *op. cit.* (n. 17) p. 30, 40, 44, 193.

²⁸ Cf. en ce sens MOMMSEN, *Geschichte des römischen Staats*, Berlin 1860, p. 319 ss., et *op. cit.* (n. 20) p. 437 note 12, suivi entre autres par MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* I, 6e éd., Paris 1947, p. 232, et DOLLEKHEIT/WALDSTEIN, *op. cit.* (n. 17) p. 130 s. MOMMSEN semble cependant avoir abandonné cette thèse. En tout cas, nous ne la retrouvons pas dans le *Römisches Staatsrecht* (cit. n. 10) p. 623 s., 633 s. La rejettent sans plus SHERWIN-WHITE, *op. cit.* (n. 17) p. 102 ss., 108, et DE MARTINO, *op. cit.* (n. 19) p. 99 s. SHERWIN-WHITE va jusqu'à déclarer : *Whatever the exact truth about the duodecim coloniae, the categorical statement that in 268 B.C. a new type of Latinity was created must disappear from the textbooks.*

²⁹ Une loi de date inconnue dont Tito-Live nous indique l'objet, ne semble cependant pas avoir limité le *conubium*, mais seulement le *ius migrandi*; cf. Tito-Live XLII 8, 9 : *Lex sociis nominis Latini, qui atque ex sese domi relinquerent, dabat, et civis Romani fierent...* Cf. à propos de cette loi SHERWIN-WHITE, *op. cit.* (n. 17) p. 103, 107, 127, et DE MARTINO, *op. cit.* (n. 19) p. 99.

³⁰ Cf. les textes de Tito-Live reproduits à la note 19.

³¹ Cf. en ce sens DE SANCTIS, *Storia dei Romani* II, Turin 1907, p. 279 ss.; VOLTERRA, *Studi Albertario* I, (cit. n. 4) p. 367, note 58, et 382; SHERWIN-WHITE, *op. cit.* (n. 17) p. 31, 33, 49, 109, et DE MARTINO, *op. cit.* (n. 19) p. 78 s.

8. L'idée de récompense qui favorise naturellement la romanisation et l'engagement militaire, est présente aussi dans les décrets républicains et impériaux conférant le *conubium* aux vétérans à l'occasion de leur *honesta missio*³². Des *matrimonia iuris peregrini* sont ainsi transformés en *iusta matrimonia*. La première union conclue avec une pérégrine après le congé du soldat de l'armée est privilégiée : la pérégrine est dotée du *conubium* et les enfants nés d'une telle union jouissent du même statut que les enfants issus de parents qui sont citoyens romains³³.

9. En revanche, une idée fort différente est à la base des dispositions prises sous le règne d'Auguste en matière matrimoniale. Ces règles prévoient une série de déchéances du *conubium*. Leur objectif : rétablir le prestige et l'honorabilité du mariage, lutter contre l'immoralité et la décadence.

C'est ainsi que le mariage est prohibé entre personnes de rang sénatorial et affranchis³⁴, entre personnes de rang sénatorial et actrices ou leurs enfants³⁵, entre légénus et prostituées, entre mineures ou femmes soupçonnées d'adultère ou condamnées de ce chef³⁶.

10. C'est en vue d'un rapprochement de Grecs et d'Égyptiens qu'en fondant Antinopolis l'empereur Hadrien³⁷ accorde aux habitants de cette ville le droit de conclure des mariages avec des Égyptiens³⁸.

³² Cf. l'étude récente de BEHREND, *Die Rechtsregelungen der Militärdiplome und das die Soldaten des Prinzipats betreffende Eheverbot*, dans : W. ECKH. WOLFF, *Heer und Integrationspolitik, Die römischen Militärdiplome als historische Quelle*, Cologne/Vienne 1986, p. 116 ss. (121 ss.).

³³ Cf. VOLTERRA, *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, *Studi Albertario* III, Milan 1950, p. 403 ss. (418 ss.); *Studi Albertario* II, (cit. n. 4) p. 368; *Legioni*, (cit. n. 4) p. 174; *Matrimonio*, (cit. n. 4) p. 735; MERCOVIC, *Die Entwicklung und Bedeutung der Verheiratung des Conubium*, dans W. ECKH. WOLFF, *op. cit.* (n. 26) p. 167 ss. (172 ss.); MANN, *A Note on Conubium*, même recueil p. 187 ss.

³⁴ Cf. plus haut note 15.

³⁵ Ce n'est que Justinien qui, dans la Novelle 117, t. de 542 abroge ces dispositions sanctionnées encore par des constitutions de Constantin, C. 5, 27, 1 (336), de Valentinien/Macrien, C. 5, 5, 7, 2 (454), et de Justinien, C. 5, 4, 28 (531 vel 532), C. 5, 4, 29 (534 ?).

³⁶ Cf. Règles d'Ulpien XIII 1 : *... item corpore quantum facientem* XIII 2 : *Ceteri autem ingenui prohibentur ducere leuon, et a leuone leuone manumissum, et in adulterio deprehensum, et iudicio publico damnatum, et quae utrum libellum ferret; adit Matrimonium et a senatu damnatum.*

Dans le premier livre du non commentaire de la *lex Julia et Papia*, D. 23, 2, 43, Ulpien a analysé en détail ces interdictions de mariage.

³⁷ Cf. MITTHIS/WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrologie* I, Leipzig/Berlin 1912, p. 44 s. note 27, et VOLTERRA, *Studi Albertario* II, (cit. n. 4) p. 371, 383; D'ORGEVAL, *L'Empereur Hadrien*, Paris 1950, p. 233 ss.; BRAUNERT, *Griechische und römische Komponenten im Stadtrecht von Antinopolis*, *JP* 13 (1961) 73 ss. (77 ss.).

³⁸ *Iulius*, *Historiae* V 65, parle d'un *conubium* entre les habitants de la Colonia Claudia Atr Agrippinensium, l'actuelle Cologne, et des Romains qui se sont établis dans cet *oppidum Ubiorum* : *... deductis illis et nobilibus per conubium societas, quique mox provenerunt, haec patria est. Mais ces Romains pourraient être des descendants des vétérans auxquels nationalité et *conubium* ont été concédés lors de la *honesta missio*.*

1. Après cette analyse des hypothèses de la concession et de l'exclusion du *conubium*, il nous faut encore jeter un coup d'œil sur les trois autres questions que nous nous sommes posées en esquissant le plan de notre exposé.

2. La première concerne le rapport entre *conubium* et *ius migrandi* dans la Ligue latine²². L'octroi de la liberté de choisir sa femme parmi les Latines des cités alliées avait-elle un sens, si l'établissement à Rome de la future épouse lui faisait automatiquement

²² MOMMSEN, *op. cit.*, (n. 10) p. 635 ss., suivi par l'opinion dominante, se prévaut de trois arguments pour affirmer que c'est bien le *foedus Cassianum* qui autorisait les ressortissants des cités fédérées à s'établir à Rome (ius migrandi) et à acquiescer, par le simple fait de l'établissement, la nationalité romaine.

a) La succession d'un ressortissant d'une cité fédérée établi à Rome est soumise à la loi successorale romaine. C'est parce qu'il a acquis la nationalité romaine que le nouveau citoyen peut tester selon les formes romaines et que la loi successorale romaine s'applique s'il meurt *ab intestato*; cf. Cicéron, *De oratore* I 39, 177 : ... *quid quod item in testamentis iudicio certatum esse accepimus, qui Romanus in exilium ventisset, cui Romae exulare ius esset, si se ad aliquem quasi patrum applicaret interstatum esset mortuus, nonne in ea causa ius applicationis obcurum ante et ignotum postquam in iudicio atque illustratum est a patre ?*

b) Les ressortissants d'une cité fédérée établis à Rome sont inscrits sur les listes du cens; cf. Tito-Live, *Ab urbe condita* XXXIX 3, 4 : *Legatis deinde sociorum Latini nominis, qui toto undique ex Latia frequentes convenissent, senatus datus est. His querebantur magnam multitudinem civium suorum Romanis commigrasse et ibi census esse. 5 : Q. Terentio Calpurnio praetori negotium datum est, ut eos conquireret et, quem C. Claudius, M. Livio censoribus postea eos censores ipsum parentemque eius apud se censum esse probassent socii, ut redire eo cogeret, ubi censui essent. 6 : Hoc consilium duodecim milia Latinorum domos reliquerunt, iam tum multitudine alienigenarum urbem onerante; XLI 8, 6 : Moverunt senatum et legationes socii nominis Latini, quae et censores et priores consules fatigaverant, tandem in senatum introductae. 7 : Summo querellarum erat, cives suos Romae censos plerisque Romanis commigrasse; quod si permissum, perpetuis huius futurum, ut deserto oppido, deserti agri nullum militem dare possint; XLI 9, 9 : Legem deinde socii C. Claudius tulit *censui* senatus consulto et edixit, qui socii nominis Latini, ipsi maiorem eorum, M. Claudius, T. Quintio censoribus postea ea apud socii nominis Latini censui essent, ut omnes in suam quique civitatem ante kal. Novembres redirent; XLII 10, 3 : Censui sunt civium Romanorum capita ducentia sexaginta novem milia et quingentis, minor aliquanto numerus, quia L. Postumius consul pro cantione edixerat, qui socii Latini nominis ex edicto C. Claudii consilio redire in civitates suas debuerant, ne qui eorum Romae et omnes in suis civitatibus censerentur.*

c) La loi *Licinia Mucia* qui, en 95 av. J.-C., ordonnait la déchéance de la nationalité romaine visait aussi les Latins qui l'avaient acquise par *volis mutatio*; cf. Cicéron, *Pro Balbo* 24, 54 : ... *acerbissima lege Servilia ... hunc Latinus id est foederatus viam ad civitatem populi iussu patere possi sunt neque ius est hoc reprehensum Licinia et Mucia lege...* Les Latins étaient donc soumis réduits à la voie prévue par la *lex Servilia*; ils devaient faire condamner un magistrat concussionnaire.

La thèse et les arguments de MOMMSEN sont contestés. A en croire ALFÖLDI, *Das frühe Rom und die Latiner* (traduction allemande de l'ouvrage anglais paru à Ann Arbor en 1965), Darmstadt 1977, p. 33, *volis mutatio* et *censui* ne faisaient pas acquiescer le droit de cité de Rome. Aux origines, les ressortissants des cités fédérées n'auraient d'ailleurs eu aucun intérêt à changer de nationalité. Pour SHERWIN-WHITE, *op. cit.* (n. 17) p. 111, on ne saurait prouver que la *lex Licinia Mucia* de *regendis civibus* ait supprimé le *ius migrandi* et ses effets.

Parmi les auteurs qui, selon la bibliographie de DE MARTINO, *op. cit.* (n. 19) p. 75 note 7, se sont particulièrement occupés de notre question, il faut citer en premier lieu CASTELLO, *Il cosiddetto ius migrandi dei Latini in Roma*, *BIDR* 61 (1958) 209 ss. (215 ss., 240 ss., 244 ss., 248 s., 251 s.), qui, dans son étude très fouillée, met les passages de Tito-Live dans leur contexte historique et admet l'acquisition du droit de cité, sans toutefois se prononcer sur le *foedus Cassianum*.

acquiescer le droit de cité de Rome, donc la qualité de Romaine et par là-même le *conubium* ?

Curieusement, les auteurs qui se sont occupés du *foedus Cassianum*, du *ius migrandi* et du *conubium* ne se sont jamais posé cette question²³.

3. En l'absence de sources, la réponse se ramène nécessairement à une conjecture qui, de plus, consiste dans l'alternative suivante :

Ou bien fils et filles de famille soumis à la puissance paternelle ne bénéficiaient pas du *ius migrandi*, ne pouvaient donc s'installer avant le mariage dans une cité fédérée²⁴. Il est évident que, dans cette hypothèse, seul le *conubium* autorisait les époux d'origine mixte à contracter un *matrimonium iustum*, un mariage valable selon la loi romaine.

Ou bien les mœurs et la coutume d'une société archaïque ne leur permettait pas de s'expatrier et de s'établir dans une ville étrangère. Le *pater familias* ou le tuteur ne laissaient partir ses enfants ou sa pupille qu'après la célébration d'un mariage régulier. Dans cette seconde hypothèse, le *ius migrandi*, tout en profitant aussi aux personnes *alieni iuris*, ne suffisait pas pour conclure un mariage valable selon la loi de la cité respective. Il fallait bel et bien le *conubium*, la faculté de choisir son futur conjoint même en dehors des citoyens de la cité d'origine²⁵.

VI. MARIAGE MIXTE ET CONVENTIO IN MANUM

1. La troisième question a trait à la *conventio in manum*. Celle-ci peut-elle se concevoir dans un mariage mixte tel que le *conubium* permet de la contracter ?

2. Pour répondre à cette question, nous ne saurions non plus nous fonder sur des sources. La solution de ce problème semble toutefois être plus aisée :

a) Lorsque nous sommes en présence d'époux qui sont ressortissants de cités de la ligue latine, leur établissement à Rome leur attribue, en vertu du *ius migrandi*, une nationalité commune, le droit de cité de Rome. Le droit romain régira alors leurs rapports. La *manus*

²³ Pour ALFÖLDI, *op. cit.* (n. 33) p. 38, cette question ne saurait être soulevée. En effet, selon l'optique erronée de cet auteur, la *mutatio volis* n'entraînait pas de changement de nationalité.

²⁴ Signalons toutefois que, selon SALMON, *Roman Colonization from the Second Punic War to the Caesars*, *JRS* 26 (1936) 47 ss. (61), à partir de 265 av. J.-C., le *ius conubii* n'aurait plus eu beaucoup d'intérêt pour les Latins de colonies fondées avant cette date. En effet, ce ne sont que les pères de famille laissant un fils dans la colonie qui jouissent encore du *ius migrandi*. Or ceux-ci sont en principe mariés, n'ont donc pas à demander en mariage une Romaine. Et de conclure : Presumably therefore the Latins were not more offended at their loss of *ius conubii* than at their loss of *ius migrandi*.

²⁵ C'est ce que soutient CASTELLO, *op. cit.* (n. 33), *BIDR* 61 (1958) 235 s., sans pouvoir fournir des preuves décisives.

²⁶ C'est dans ce sens qu'il y a lieu de préciser l'explication que j'ai proposée dans mon article "Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois", *Cronica* 106 (1979) 259 ss. (263 s.).

peut être acquise par *conemptio* ou par *usus* ²⁸. N'entre pas en ligne de compte la *conferrentio* réservée aux patriciens ²⁹.

b) Lorsque le couple s'établit dans une ville latine, c'est la loi de cette cité qui s'applique. Dans cette hypothèse, la *manus* romaine et les formes de son acquisition ne sont pas accessibles au conjoint. En effet, la *manus* est une institution réservée aux citoyens romains. Gaius I 108 le précise d'entrée de cause : *Et ipsum ius proprium civium Romanorum*. Or le Romain domicilié dans une autre cité de la ligue perd son droit de cité originale. Il n'est plus citoyen romain.

c) Mais quel si nous avons à faire à des Romains choisissant comme épouses des pérégrines ne jouissant pas du *ius migrandi* ? Donc des pérégrines n'acquérant pas le droit de la cité dans laquelle le jeune couple s'établit avant ou après le mariage ?

Peu importe qu'ils élisent un domicile à Rome ou dans une autre cité latine, une *conventio in manum* ne peut ni accompagner la célébration du mariage ni intervenir par la suite. Dans la cité latine, le Romain, débiteur de son droit de cité, ne saurait être titulaire d'une *manus* romaine. A Rome, le *conubium* ne peut en aucun cas remplacer le droit de cité commun des époux. Même l'*usus* ne permet pas au mari romain d'acquérir la *manus* sur une pérégrine ³⁰.

3. On peut être tenté de voir dans cette hypothèse l'un des premiers mariages qui ne soit pas susceptible d'être suivi d'une *conventio in manum*. On peut même aller jusqu'à y découvrir le point de départ d'une évolution qui aboutit à l'absence plus ou moins générale de l'acquisition par le mari de la *manus* ³¹.

²⁸ Comme l'a montré VOLTERRA dans de nombreux travaux, en dernier lieu *Lezioni*, (cit. n. 4) p. 92 ss., et *Matrimonio*, (cit. n. 4) p. 755 ss., il est inexact de distinguer deux formes de mariage, celle avec *manus* et celle sans *manus*. L'acquisition de la *manus* est toujours subordonnée à une *conventio in manum* qui est juridiquement indépendante de la célébration et de l'existence du mariage.

²⁹ En ce sens l'opinion dominante qui peut se prévaloir d'un texte de Tacite, *Annales* IV 16 : *Sub idem tempus de flumine Diali in locum Servi Maluginensis defuncti legendo, simul rapanda nova lege diceretur. Cursum nam patricius conferrentis parentibus genitos tres simul nominari, ex quibus unus legentis vetusto more; neque adesse, ut olim, cum copiam, unita conferrentis inductivae aut inter paucos retenta (pluresque eius rei causas nofferebat, potissimum penes incertam virorum feminarumque; accedere ipsius caeremoniae difficultas, quae consilio vitarentur) et quoniam extret e iure patris, qui id fluminem oplaceret quaque in manum fluminis conveniret.*

Cf. sur ce texte VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padoue 1940, p. 18 ss.; Noury, *Recherches sur la conventio in manum*, *Ann. Acc. nat. Linc.* 1966, série III, vol. XII fasc. 4, p. 251 ss. (348 ss.).

³⁰ Le principe de la personnalité des lois s'y oppose. Lorsqu'ils parlent des effets d'une union dotée de *conubium*, nos sources ne mentionnent que la *potestas*, jamais la *manus*.

³¹ Bien qu'elle soit attestée jusqu'à la fin du II^e s. de notre ère, la *conferrentio* semble être tombée en désuétude dès le début de la période classique; cf. KASER, *Das römische Privatrecht* I, 2e éd., Munich 1972, p. 324.

VII. DISPARITION DU CONUBIUM

1. Reste notre dernière question : l'explication du changement de sens et de la disparition du terme technique *conubium*.

2. A l'époque postclassique et à l'époque byzantine, le singulier *conubium* a tendance à disparaître. En revanche, nous rencontrons dans nos sources très souvent le pluriel *conubia* ³². Or ce pluriel n'a plus le même sens. Il signifie tout simplement mariage. Par ce néologisme, le gélateur de la langue veut distinguer la nouvelle signification et le sens original du terme.

3. Après l'année 212 de notre ère et l'octroi à tous les habitants de l'empire de la nationalité romaine, l'institution du *conubium* n'avait plus de raison d'être. Il n'est donc pas étonnant que nous ne la retrouvions nulle part dans les Institutes de Justinien ³³.

4. Signalons toutefois que, sans ressusciter le *conubium*, le Code Théodosien connaît deux hypothèses d'interdiction de mariage : celle entre Romains et Juives remontant à une constitution de Valentinien et Valens de 370 ou de 373 ³⁴ ainsi que celle entre Juifs et chrétiens, introduite par Constance en 339 pour le Juif voulant se marier avec une chrétienne ³⁵ et étendue en 388 au chrétien désireux d'épouser une juive par une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius ³⁶.

L'infraction à ces défenses constitue un crime sévèrement réprimé. Dans toutes ces hypothèses, le coupable encourt la peine de mort ³⁷.

³² Cf. VOLTERRA, *Studi Albertario* I, (cit. n. 4) p. 368 ss.; *Lezioni*, (cit. n. 4) p. 175; *Matrimonio*, (cit. n. 4) p. 735 note 19, et les constitutions y citées.

³³ Cf. VOLTERRA, *Studi Albertario* I, (cit. n. 4) p. 360; *Lezioni*, (cit. n. 4) p. 175; *Matrimonio*, (cit. n. 4) p. 735 note 19. Comme l'a déjà observé VOLTERRA, les Institutes de Justinien I 10, 1 omettent l'expression *nec inter eos conubium est ligatum* dans leur modèle, Gaius I 59.

³⁴ Cf. C. Theod. III 14, 1 : *Nulli provincialis, cuiuscunque ordinis aut loci fuerit, cum barbaris aut utroque coniugum, nec ulli gentiliam provincialis femina copuletur. quod si quae inter provinciales atque gentiles affinitates ex huiusmodi coniugiis extiterint, quod in his respectum vel uxorem detegit capitaliter expietur.*

³⁵ Cf. C. Theod. XVI 8, 6 : *Quod aut mulieres persequi, quos Indos in turpitudine nate duxerit contrarios in gynaeceis nostris ovis venatus, plures easdem restitui gynaeceis atque in reliquum observari, ne Christianas mulieres suis iungant flagitiis vel, si hoc fecerint, capiti periculo subiungantur.*

³⁶ C. Theod. III 7, 2 = IX 7, 5 = C. I, 9, 6 : *Ne quis Christianum mulierem in matrimonium iudicis accipiat neque iudicem Christianum coniugium sortitur, nam si quis aliquid huiusmodi abuteretur, adulterii vicem committit huius crimine obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relictus.*

³⁷ C. Theod. III 14, 1 et XVI 8, 6 l'ordonnent expressément. Le passage cité à la note 46 renvoie à la peine frappant l'adultère. Or, à l'époque postclassique, celle-ci était également capitale. Ce n'est en effet que Justinien qui mitige en ordonnant, Nov. 134, 10, 1, d'enfermer la femme condamnée d'adultère dans un couvent pendant toute sa vie : *adulterum vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterium mitti*; cf. MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Leipzig 1899, réimpression Darmstadt 1955, p. 698 ss.; BIONDI, *La pena adulterii da Augusto a Giustiniano*, *Scritti Biondi* II, Milan 1965, p. 48 ss.; ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano*, Rome 1970, p. 213.

5. Justinien n'a pas maintenu l'interdiction de mariage entre Romains et barbares. Mais, dans une Nouvelle de 536 ⁴², il prévoit une autre prohibition : il interdit le mariage entre le colon et une femme libre qui n'est pas sa patronne. Un cas d'infraction le maître du coupable est autorisé à procéder à un châtiment corporel léger. En outre l'union conclue est nulle ⁴³.

Les nécessités économiques de son époque justifiaient-elles cette discrimination des colons restés pourtant des hommes libres ? Quoiqu'il en soit, cette mesure, indigne d'un législateur chrétien ⁴⁴, nous ramène à l'époque où la notion de *constitutum* a été conçue, notion qui visait des inégalités dont nous avons aujourd'hui horreur.

Fritz STURM

Professeur à la Faculté de Droit de Lausanne

⁴² Nov. 22, 17 : *Ascriptio autem alieno habere liberam non licet neque ignorantie neque scientie neque consentiente possidente, sed licet aliquid tale ab ascriptio geratur, liberit domino ipsi per se et per provincie iudicem castigare plagis mulieribus hanc agendam ascriptum et abstrahere ab ea quae frustra et conseruata est. Unde neque nuptiae sunt, quod factum est, nec oblatio dicitur nec antenuptialis donatio, sed pura facti mali correctio; cf. ROBLIDA, op. cit. (n. 47) p. 211 s., qui souligne à juste titre qu'il est inexact de déduire de cette novelle une défense de tout mariage entre colons et personnes libres.*

⁴³ En revanche, la Nov. 157 de 542 n'interdit pas le mariage entre colons travaillant dans des domaines exploités par des propriétaires différents. Elle autorise toutefois ces derniers à empêcher de telles unions. Mais une fois célébrées celles-ci sont valables et ne sauraient être dissoutes; cf. VOLTERRA, *Matrimonio*, (cit. n. 4) p. 803 note 180.

⁴⁴ Selon BIONDI, *Giustiniano primo, principe e legislatore cattolico*, Milan 1936, p. 59 ss., 184, 189 s., et GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, Studi Albertario II, Milan 1953, p. 173 ss. = *Sociétés et mariage* (cit. n. 7) p. 116 ss. (137), Justinien mérite le titre de législateur catholique bien qu'il ne se soit pas toujours inspiré de la doctrine chrétienne.

EXTRAIT DES
JOURNÉES DE LA SOCIÉTÉ
DE LEGISLATION COMPARÉE

Année 1993



All'illustrissimo Professore e Senatore
Francesco De Martino
rispettoso omaggio
Gudrun Sturm

PERSONNES AGÉES ET DROIT
DES INCAPACITÉS EN SUISSE

Gudrun STURM
Docteur en droit

In

INTRODUCTION

Un phénomène préoccupe hommes politiques, médecins, sociologues et juristes : la manière dont évolue la population en Europe. En effet, d'après les statistiques et les graphiques qui nous renseignent, nous constatons avec stupéfaction que la pyramide équilibrée à assise large de la fin du siècle passé se transforme en une espèce de morille pointue sur une tige de plus en plus longue. La population vieillit. La proportion des personnes âgées, et très âgées ne cesse d'augmenter (1). Nous sommes confrontés à une vraie révolution démographique. Nous vivons des changements encore jamais vus. Nous y sommes impliqués, nous sommes donc tous concernés.

Il est vrai qu'un individu ne vieillit pas comme un autre. Vieillir est un processus hautement individuel (2). C'est un processus qui dépend du caractère et de la personnalité de l'individu, du contexte social dans lequel il vit, des conditions économiques et des facteurs biologiques qui sont les siens. Or la gérontologie moderne nous montre clairement que l'âge ne va pas nécessairement de pair avec un déclin général des facultés physiques et psychiques.

(1) SENGLET, « Vieillissement de la population : Situations et perspectives pour la Suisse », in GILLIAND, *Vieillir aujourd'hui et demain*, Lausanne, 1982, p. 27 et s. ; LALIVE D'ÉPINAY et divers, *Vieillesse, Situations, itinéraires et modes de vie des personnes âgées aujourd'hui*, 2^e éd., Saint-Saphorin, 1984, p. 12 et s. ; STURM, *Vormundschaftliche Hilfen für Betagte in Deutschland und in der Schweiz*, Fribourg (Suisse), 1992, p. 1 et s.

(2) LEHR, « Altersformen statt Altersnormen, Psychologische und soziale Aspekte des Altersprozesses », *Revue du droit de tutelle* 37 (1982) 81 et s. ; LEHR, *Psychologie des Alters*, 6^e éd., Heidelberg/Wiesbaden, 1987, 84 et s., 138 et s., 297.

La correction des épreuves a été effectuée à Paris.

Il n'est cependant pas moins vrai qu'avec le progrès de l'âge, l'homme risque de plus en plus de voir diminuer ses facultés intellectuelles et psychiques. Une maladie cérébrale particulièrement grave le guette, celle d'Alzheimer. Des troubles de ce genre constituent un syndrome psycho-organique qui, progressivement, met la personne âgée dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, déficience qui la rend incapable de gérer ses affaires, fussent-elles personnelles ou matérielles (3).

Vieillir en France — vieillir en Suisse : le problème qui se pose à la société et aux juristes est le même. Mais les voies que le législateur a choisies pour venir en aide aux personnes à protéger ne sont pas identiques. Elles sont parfois même plus différentes que la terminologie ne le laisse supposer.

Quelles sont les instruments qu'offre le droit suisse pour contrecarrer les défaillances dues à l'âge ? Est-ce que nous les appliquons toujours d'une façon optimale ? Est-ce que, dans leur mise en œuvre, nous respectons d'une manière rigoureuse la dignité humaine ? Est-ce qu'une réforme s'impose ? Et dans quel sens celle-ci devrait-elle être dirigée ?

Voilà les questions qui se posent actuellement au juriste suisse. Dans notre exposé nous examinerons les critiques faites au régime actuel et effleurons la réforme qui se dessine à l'horizon. Mais comme, pour le moment, on ne saurait faire de pronostics, nous mettrons l'accent sur le régime et la situation juridique actuelle du 3^e âge. Quatre problèmes vont être abordés : la base légale ; la condition juridique des personnes âgées non soumises à une mesure tutélaire, donc ne bénéficiant pas d'un régime de protection ; les mesures tutélaires prévues par le droit suisse et leur application aux aînés ; et enfin les raisons et la nécessité d'une réforme.

I. LA BASE LÉGALE

C'est dans le Code civil suisse du 10 décembre 1907 que nous trouvons les dispositions régissant la capacité des personnes et les mesures tutélaires. Depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1912, ces dispositions ont fait l'objet d'une seule révision : le 6 octobre 1978 l'Assemblée fédérale a voté les articles 397 a à 397 f. Le nouveau chapitre porte le titre « De la privation de liberté à des fins d'assistance ». Il s'applique depuis le 1^{er} janvier 1981 et prévoit l'hospitalisation psychiatrique forcée, le placement sans le consentement de l'intéressé.

Je n'examinerai pas le contenu de ces articles. En effet, la privation de liberté à des fins d'assistance n'a aucun impact sur la capacité civile du malade mental. Le placement forcé n'est pas subordonné à la nomination d'un tuteur, d'un curateur ou de toute autre personne appelée à représenter le malade et à sauvegarder ses intérêts (4). Il ne conduit pas nécessairement

(3) STURM, *op. cit.*, p. 2 et s.

(4) SCHNYDER/MURER, in *Berner Kommentar II* 3,1, Berne, 1984, *Systematischer Teil*, n° 103 ; SCHNYDER, « Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Teil des schweizerischen Vormundschaftsrechtes », *RDT* 35 (1980) 121 et s. (130 et s.).

à une telle nomination ultérieure. Aussi bien en Suisse qu'en France le régime de placement est totalement indépendant d'autres mesures tutélaires.

Cette séparation n'est certainement pas idéale. Le malade mental interné d'office n'a-t-il pas besoin d'assistance dans ses affaires personnelles, notamment sur le plan de la procédure (5) ? Peut-on soumettre le malade durant son hospitalisation à un traitement forcé ? Cette dernière question fait toujours l'objet de vifs débats (6). Aucune solution n'a cependant été trouvée jusqu'à maintenant sur le plan législatif (7).

La privation de liberté à des fins d'assistance de personnes âgées joue-t-elle un rôle important ? Je ne saurais y répondre car les données statistiques nous manquent. Signalons que celles-ci ne sont pas très riches non plus en matière de capacité et de mesures tutélaires. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence dont nous disposons en matière de capacité et de mesures tutélaires reflètent une expérience de 80 ans. Pendant cette période les institutions qui nous intéressent ont sensiblement évolué. Nous le verrons par la suite.

II. LA CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES AGÉES NON SOUMISES A UNE MESURE TUTÉLAIRE

1. La nullité des actes juridiques pour manque de discernement

L'article 18 du Code civil suisse dispose : Les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique. Il résulte de l'article 16 du Code civil suisse qu'est privé de discernement celui qui ne peut agir raisonnablement par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit.

La capacité de discernement comporte donc trois éléments : 1° L'absence de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit en tant que cause d'altération de la faculté d'agir raisonnablement. Maladie mentale et faiblesse d'esprit sont deux expressions que nous retrouverons aussi parmi les causes d'interdiction. Empruntées à la psychiatrie de jadis elles englobent tout état mental anormal (8), donc aussi un syndrome psycho-

(5) PAUCHARD, « Fürsorgerische Freiheitsentziehung aus der Sicht der psychiatrischen Klinik », *RDT* 40 (1985) 128 et s. (131) ; FINZEN, « Zwischen Hilfe und Gewalt, Fürsorgerischer Freiheitsentzug und Patientenrechte », *Neue Zürcher Zeitung*, n° 69 du 23-24 mars 1991, p. 26 ; BORGHI, *Évaluation de l'efficacité de la législation sur la privation de la liberté à des fins d'assistance*, s. f., 1991, p. 57 et s., 62 et s., 93 et s.

(6) PAUCHARD, *RDT* 40 (1985) 136 ; ERNST, « Fürsorgepflicht und Fürsorgeexzess in der Psychiatrie, Kritisches zu heutiger Praxis und zur künftigen Entwicklung der Fürsorge-rischen Freiheitsentziehung », *RDT* 44 (1989) 94 et s. (97 et s.) ; FINZEN, *NZZ*, n° 69 du 23-24 mars 1991, p. 26 ; BORGHI, « Les limites posées par l'État de droit au traitement forcé psychiatrique », *RDT* 46 (1991) 81 et s.

(7) Seul le Canton du Tessin a réglé le traitement forcé, la mise en cellule d'isolement et la contention dans sa *Legge sull'assistenza sociopsichiatrica* du 26 janvier 1983.

(8) E. BUCHER, in *Berner Kommentar I* 2.1, Berne, 1976, art. 16, n° 73 et s., 77 ; DESCHENAUX/STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 2^e éd., Berne, 1985, n° 87 et s. ; STETTLER, *Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte*, 3^e éd., Fribourg (Suisse), 1991, n° 12 et s. ; cf. aussi Arrêts du Tribunal fédéral Suisse (ATF), 117 II (1991) 231 et s. (233 et s.).

organique ; 2° Un élément intellectuel : la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé (9) ; 3° Un élément volontaire : la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté (10).

La capacité de discernement est relative (11) : elle ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais concrètement, par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance. Il s'agit là d'une spécificité du droit suisse qui mérite d'être mise en relief tout particulièrement.

Si la capacité, elle, est relative, la nullité de l'acte juridique est absolue (12). Tout le monde, le cocontractant aussi bien que l'intéressé ou un tiers, peut en faire valoir la nullité (13). Il suffit que l'acte juridique ait été passé par une personne âgée ne jouissant pas, lors de son accomplissement, de la capacité de discernement. Pour faire valoir la nullité de l'acte, il n'est même pas nécessaire d'introduire une action en nullité. *Nihil actum est.*

Malheureusement nous ne disposons pas de données statistiques. Les jugements publiés ne concernent que très rarement la question de savoir si un acte passé par une personne âgée est nul faute de discernement (14). Ces cas sont-ils rares ? Trouvent-ils une solution à l'amiable ? Les parties se contentent-elles d'un jugement de première instance qui n'est pas publié ? Il m'est difficile d'y répondre.

Signalons qu'à la différence du droit français, le Code civil suisse ignore des règles spéciales prohibant certains actes à risque facilitant les abus ; telles les libéralités concédées pendant la dernière maladie à des médecins, pharmaciens et ministres du culte (15), ainsi que les dispositions entre vifs ou testamentaires faites en faveur des propriétaires ou du personnel des foyers dans lesquels les personnes âgées sont hébergées (16).

2. L'auto-protection des personnes âgées

Une personne âgée, encore saine d'esprit, peut-elle agir d'une façon prophylactique ? Lui est-il permis de s'entourer de précautions qui la mettent à l'abri de risques résultant d'un manque de discernement ultérieur ?

(9) BUCHER, art. 16, n° 44 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 79 et s. ; STETTLER, n° 10 ; cf. aussi ATF 117 II (1991) 232.

(10) BUCHER, art. 16, n° 62 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 80 et s. ; STETTLER, n° 10 ; cf. aussi ATF 117 II (1991) 232.

(11) BUCHER, art. 16, n° 87 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 82 et s. ; STETTLER, n° 16 ; cf. aussi ATF 117 II (1991) 232 et s.

(12) BUCHER, art. 17/18, n° 3, 143 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 281 et s. ; STETTLER, n° 22.

(13) Sans limite de temps. Il n'y a pas de disposition correspondant à l'art. 489-1, C. civ. fr.

(14) Cour d'appel et de cassation du Canton de Berne, *Revue Suisse de jurisprudence* 4 (1907) 239 et s. ; ATF 39 II (1913) 190 et s. ; ATF 44 II (1918) 107 et s. ; ATF 91 II (1965) 327 et s. ; Tribunal fédéral, *La Semaine Juridique*, 110 (1988) 286 s.

(15) Art. 909, C. civ. fr.

(16) Art. 209 bis Code de la famille et d'aide sociale.

Par ces questions, je veux faire allusion à la procuration délivrée, à titre préventif, pour l'hypothèse d'une restriction de la capacité juridique. Cette expression a été inaugurée par Stettler (17). Il traduit ainsi le terme allemand *Altersvorsorge-Vollmacht* (18). C'est là une figure utilisée assez couramment en Allemagne ; elle permet d'éviter des mesures tutélaires ordonnées par le juge. La désignation anticipée d'un représentant privé est même expressément prévue (19) par la nouvelle loi allemande relative à la protection des personnes souffrant de troubles psychiques ou de déficiences mentales, la *Betreuungsgesetz* (20).

En Suisse, une telle aide extratutélaire, fondée sur un rapport purement contractuel, n'est, à ma connaissance, pas encore entrée dans les mœurs. La cause en est peut-être l'incertitude juridique qui règne à son sujet. En effet, est controversée la question de savoir si le mandat et le pouvoir de représentation s'éteignent nécessairement lorsqu'une incapacité de discernement durable frappe le mandant (21).

Malheureusement il n'existe pas de jurisprudence fédérale (22) qui puisse nous éclairer.

Les auteurs favorables à une telle procuration et à un mandat subsistant à la perte durable de la capacité de discernement, se heurtent au problème du contrôle du mandataire (23). La France a déjà résolu cette difficulté. Le droit français connaît le placement sous la sauvegarde de justice (24). En revanche, le droit suisse ignore cette mesure. Il n'y a donc pas une autorité de tutelle appelée à contrôler l'exécution du mandat (25).

Tan

III. LA CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES AGÉES SOUMISES A UN RÉGIME DE PROTECTION

Abstraction faite de la privation de liberté à des fins d'assistance — qui ne touche en rien la capacité civile — le droit suisse connaît trois mesures tutélaires : l'interdiction ou mise sous tutelle ; le conseil légal et la curatelle. Si pour chacune de ces mesures, le Code civil prévoit

(17) Les limites juridiques de l'aide extratutélaire apportée aux personnes âgées, *RDT* 38 (1983) 1 et s. (4, note 6).

(18) Cf. MÜLLER-FREIENFELS, « Die Altersvorsorge-Vollmacht, Studie zur Vollmachtserteilung über die Minderungen der Geschäftsfähigkeit hinaus », *Festschrift Coing*, vol. 2, Munich, 1982, p. 395 et s.

(19) Nouvel art. 1896, al. 2, C. civ. allem. ; JÜNGER, *Das Betreuungsgesetz* (BtG), Stuttgart, 1991, p. 18 et s., en fournit une formule.

(20) Cf. *infra*, p. 52.

(21) STETTLER, n° 195 et s. ; STETTLER, *RDT* 38 (1983) 3 et s. ; STETTLER, « L'impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires », *RDT* 39 (1984) 41 et s. (47) ; STETTLER, « La représentation volontaire et légale de la personne âgée », in *Premier Colloque européen sur les droits et protections des personnes âgées*, Bruxelles, 1990, p. 69 et s.

(22) Le seul arrêt publié semble être celui de la Cour de cassation du Canton de Zurich, *RSJ* 45 (1949) 221 et s.

(23) STETTLER, *RDT* 38 (1983) 8.

(24) Art. 491, C. civ. fr.

(25) Art. 491-3, al. 4, C. civ. fr.

déjà des variantes, c'est la doctrine et la jurisprudence qui ont élaboré un système différencié, susceptible de s'adapter au besoin de protection de tout intéressé. Le juriste suisse parle de gradation des mesures tutélaires (*Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen*) (26).

Chaque mesure tutélaire porte atteinte à la liberté de la personne à protéger. Lors du choix de la mesure il est donc indispensable de respecter le principe de la proportionnalité, généralement retenu en droit public suisse. En matière de droit tutélaire, l'utilité de ce principe a été spécialement mise en relief par Bernhard Schnyder. C'est à lui que nous devons la célèbre formule : la mesure de protection doit être aussi faible que possible, mais aussi efficace que nécessaire (*so schwach als möglich, aber auch so stark als nötig*) (27). La pratique nous montrera cependant que la mise en œuvre de ce principe est plus difficile et plus aléatoire qu'il ne semble (28).

Tournons-nous maintenant vers les différentes mesures de protection et analysons leurs conditions d'application, leur impact sur la capacité des personnes protégées et le pouvoir dont sont investis les organes appelés à les représenter, à assister ou à les conseiller.

1. L'interdiction

La mise sous tutelle est la mesure la plus étendue, la plus incisive et la plus radicale ; c'est aussi celle qui est réglée le plus en détail. L'article 369, alinéa 1, du Code civil suisse dispose : « Sera pourvu d'un tuteur tout majeur qui, pour cause de maladie mentale ou faiblesse d'esprit, est incapable de gérer ses affaires, ne peut se passer de soins et secours permanents ou menace la sécurité d'autrui. » Laissons de côté d'autres articles du Code qui prévoient une interdiction pour prodigalité, ivrognerie, inconduite, mauvaise gestion (29) et en cas de peine ferme (30). Toutes ces causes ne touchent pas les problèmes spécifiques de la vieillesse. Il convient donc d'attacher toute notre attention au seul article 369 du Code civil suisse.

Cette disposition envisage deux causes d'interdiction : la maladie mentale et la faiblesse d'esprit. Ces deux notions se sont affranchies de leur origine médico-psychiatrique. Elles ont fusionné pour ne former actuellement qu'un seul concept juridique. Est cause d'interdiction chaque espèce de trouble psychique d'une certaine durée, c'est-à-dire un mental anormal et durable (31).

(26) SCHNYDER, « Die Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes », *RDT* 26 (1971) 41 et s., et le résumé français de cet article, « La gradation des mesures tutélaires et la proportionnalité de l'intervention », *RDT* 26 (1971) 121 et s. ; SCHNYDER/MURER, art. 367, n° 32 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 839 et s. ; STETTLER, n° 67 et s.

(27) *RDT* 26 (1971) 42.

(28) MEIER, « Révision du droit de la tutelle — Tentative d'analyse statistique », *RDT* 47 (1992) 171 et s. (172 et s.).

(29) Art. 370, C. civ. suisse.

(30) Art. 371, C. civ. suisse.

(31) SCHNYDER/MURER, art. 369, n° 26 et s., 68 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 122 et s. ; STETTLER, n° 355.

Cette altération des facultés mentales, pour utiliser un terme de droit français, n'est pourtant pas suffisante pour justifier à lui seul une mise sous tutelle. Il faut que cette déficience entraîne un besoin spécial de protection. Ce besoin de protection peut consister, soit dans l'incapacité de la personne âgée de gérer ses affaires, c'est-à-dire de s'occuper convenablement de ses intérêts pécuniaires (32), soit dans le besoin de soins et secours permanents, besoin qui se rapporte aux intérêts personnels (33) de la personne âgée, soit dans la menace pour la sécurité d'autrui (34), hypothèse qui est rarement réalisée car elle coïncide en règle générale avec l'un des deux cas précités.

Le Code civil suisse met donc l'accent sur la face interne de la protection tutélaire, sur l'administration des biens et les soins personnels. Le Code civil français, par contre, insiste sur la face externe, le besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile (35). Il est évident que les deux faces se complètent et forment un tout.

Si les conditions d'interdiction sont, en droit suisse, alternatives (36) — soit l'incapacité de gérer ses affaires, soit le besoin de soins et secours —, l'effet de la mise sous tutelle est général. La tutelle englobe aussi bien les intérêts personnels que les intérêts économiques du vieillard concerné. L'article 367, alinéa 1, du Code civil suisse le fait ressortir d'une façon claire et nette. Cet article prévoit en effet : « Le tuteur prend soin de la personne et administre les biens du pupille... interdit ; il le représente dans les actes civils ». Alors même que les tâches du tuteur varient de cas en cas, le droit suisse connaît une seule modalité de tutelle. Il n'existe ni tutelle en gérance (37), ni administration légale sous contrôle judiciaire (38).

Avant d'examiner la capacité des personnes mises sous tutelle, jetons encore un coup d'œil sur une institution spécifique du droit suisse, l'interdiction volontaire. L'article 372 du Code civil suisse permet la mise sous tutelle d'une personne sur sa propre demande. La procédure est facilitée, les exigences sont moins rigoureuses (39). La loi mentionne la faiblesse sénile (40), l'infirmité qui peut être purement corporelle (41), et l'inexpérience (42). L'organisation de la tutelle volontaire ne diffère cependant

(32) SCHNYDER/MURER, art. 369, n° 98, 100, 103 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 124 et s.; STETTLER, n° 356.

(33) SCHNYDER/MURER, art. 369, n° 98, 100, 131 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 125; STETTLER, n° 356.

(34) SCHNYDER/MURER, art. 369, n° 141 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 126; STETTLER, n° 356.

(35) Art. 490, C. civ. fr.

(36) SCHNYDER/MURER, art. 369, n° 94.

(37) Art. 499, C. civ. fr.

(38) Art. 497, C. civ. fr.

(39) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 7, 11, 20, 62, 86; STETTLER, n° 370.

(40) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 65 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 141; STETTLER, n° 371.

(41) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 63 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 142 et s.; STETTLER, n° 371.

(42) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 68 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 144; STETTLER, n° 371.

pas de celle qui est imposée à la personne à protéger (43). L'interdiction volontaire est considérée comme une mesure plus légère, plus facilement acceptable, que l'interdiction forcée (44). Au fil des ans cette figure juridique a permis de limiter les cas de mise sous tutelle non-volontaire (45). Dans le Canton de Bâle-Ville, 78 % des tutelles existantes étaient basées, en 1989, sur l'article 372 du Code civil suisse. En revanche, dans le Canton de Zurich il n'y en avait que 19 % seulement (46). Toutefois, une telle disparité cantonale existe aussi dans d'autres domaines. Nous le verrons par la suite.

Quelle est la conséquence d'une mise sous tutelle sur la capacité civile de l'interdit ? L'interdit se trouve dans la même situation juridique qu'un mineur (art. 17, C. civ. suisse) (47). Lorsqu'il est incapable de discernement (48), son acte n'a pas d'effet juridique (art. 18, C. civ. suisse). On le considère comme inexistant (49). Lorsqu'il est capable de discernement, l'interdit peut contracter des obligations et accomplir des actes de disposition avec le consentement de son tuteur (art. 19, al. 1, 410, al. 1, C. civ. suisse) (50). Pour acquérir des droits à titre gratuit, il n'a même pas besoin de ce consentement (art. 19, al. 2, C. civ. suisse) (51). L'interdit capable de discernement peut en outre exercer certaines prérogatives strictement personnelles (art. 19, al. 2, C. civ. suisse) (52). Il peut, par exemple, faire un testament (art. 467, C. civ. suisse) (53) ou intenter une action en divorce (54). En revanche, il a besoin du consentement de son tuteur pour se marier (art. 99, al. 1, C. civ. suisse) (55), pour conclure un contrat de mariage (art. 183, al. 2, C. civ. suisse) (56) ou pour disposer par pacte successoral (art. 468, C. civ. suisse) (57). Dans certaines hypothèses l'interdit capable de discernement jouit d'une capacité civile spéciale (58). Celle-ci permet au majeur en tutelle de disposer des biens que le tuteur a laissés à sa disposition (art. 414, C. civ. suisse). Ainsi les personnes du 3^e âge peuvent disposer librement de leur argent de poche.

(43) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 98.

(44) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 98 ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 840.

(45) SCHNYDER/MURER, art. 372, n° 24 ; MEIER, *RDT* 47 (1992) 173, 179 et 180.

(46) MEIER, *RDT* 47 (1992) 180.

(47) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 211 ; STETTLER, n° 377.

(48) Cf. *supra*, p. 39.

(49) Cf. *supra*, p. 40.

(50) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 243.

(51) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 213 et s. ; STETTLER, n° 422.

(52) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 213, 220 ; STETTLER, n° 422.

(53) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 221.

(54) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 231.

(55) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 230 ; Selon l'art. 97, al. 2, C. civ. suisse, le malade mental est absolument incapable de contracter mariage. Cette règle doit cependant être interprétée d'une manière restrictive ; cf. SALADIN, « Grundrechte und Vormundschaft, Historische und dogmatische Überlegungen », *RDT* 44 (1989) 11 et s.

(56) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 230.

(57) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 230.

(58) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 211, 269 et s. ; STETTLER, n° 422.

Comme nous venons de le voir, l'incapacité du vieillard sous tutelle est un principe qui subit une série d'exceptions. C'est pourquoi certains auteurs parlent d'une incapacité limitée de l'interdit (59). Non seulement l'incapacité du majeur sous tutelle est moins complète en droit suisse qu'en droit français, mais encore la position du tuteur est plus libre. L'institution d'un conseil de famille est possible (art. 362, C. civ. suisse), mais ne se pratique pas (60). Le tuteur exerce ses fonctions, sans subrogé tuteur, sous le seul contrôle de l'autorité tutélaire (art. 420, C. civ. suisse) (61). Il représente l'interdit dans tous les actes civils (art. 407, C. civ. suisse) (62). Certains actes particulièrement importants du tuteur doivent être approuvés par l'autorité tutélaire ou par l'autorité de surveillance (art. 421 et 422, C. civ. suisse) (63).

L'organisation et le fonctionnement de la tutelle du droit suisse paraissent être moins lourds que ceux de la tutelle ordinaire du droit français. Toutefois, l'analyse statistique, récemment établie, confirme que l'évolution va vers une diminution des interdictions au profit de mesures tutélaires moins décisives (64). Force est cependant de constater qu'en 1989, sur le plan national, 23,2 % de toutes les mesures prises pour protéger des majeurs ont été des interdictions (65). Dans ce domaine aussi, les chiffres publiés laissent apparaître une forte disparité entre les 26 cantons. Nous constatons un taux d'interdiction respectivement de 10 et de 11 % dans les Cantons de Jura et de Bâle-Ville. A l'autre extrême, nous trouvons, dans les Cantons de Fribourg et d'Argovie, un taux de 37 et de 40 % (66). L'étude entreprise en vue d'une réforme du droit tutélaire ne tient malheureusement pas compte de l'âge des personnes protégées. Nous ne saurions donc indiquer le pourcentage d'interdictions frappant les aînés (67).

2. Le conseil légal

La deuxième mesure tutélaire prévue par le droit suisse est le conseil légal (68). Statistiquement, cette institution accuse une légère augmentation. En 1989, 10,1 % des mesures tutélaires ordonnées par des autorités suisses consistaient en la mise sous conseil légal.

(59) RIEMER, *Grundriss des Vormundschaftsrechts*, Berne, 1981, p. 66.

(60) SCHNYDER/MURER, art. 362-366, n° 20, 26, 34; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 832.

(61) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 982 et s., 984 et s.; STETTLER, n° 427 et s.

(62) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 964; STETTLER, n° 421 et s.

(63) DESCHENAUX/STEINAUER, n° 977 et s.; STETTLER, n° 423.

(64) MEIER, *RDt* 47 (1992) 172, 175.

(65) MEIER, *RDt* 47 (1992) 181.

(66) MEIER, *RDt* 47 (1992) 181.

(67) En réponse à l'enquête menée en 1992 par le P^r SCHNYDER de l'Université de Fribourg, le tuteur officiel du district de Bremgarten (Canton de Zurich) a communiqué que, lors des dernières années, aucune interdiction fondée sur l'art. 369 n'a été instituée pour une personne de plus de 60 ans.

(68) MEIER, *RDt* 47 (1992) 181.

Le droit suisse en connaît plusieurs formes, plusieurs types, plusieurs modalités :

Signalons d'abord le conseil légal coopérant (art. 395, al. 1, C. civ. suisse). Cette mesure de protection est comparable à la dation d'un conseil judiciaire de l'ancien droit français (69) ou à la curatelle de la loi française de 1968 (70). Le droit suisse connaît en outre le conseil légal gérant (art. 395, al. 2, C. civ. suisse) et le conseil légal combiné, qui cumule les deux formes précitées. A côté de la mise sous conseil légal forcée, on admet dans la pratique une mise sous conseil légal volontaire (71). Celle-ci est prononcée sur la demande de la personne à protéger qui précisera quel type de conseil légal elle désire se voir imposer.

Quant aux conditions de la mise sous conseil légal, le Code civil combine un élément négatif et un élément positif. En effet, l'article 395, alinéa 1 du Code civil suisse dispose : S'il n'y a pas de cause suffisante pour interdire des personnes majeures et si néanmoins une privation partielle de l'exercice des droits civils est commandée par leur intérêt, elles sont pourvues d'un conseil légal.

La personne âgée pour laquelle on envisage la mise sous conseil légal doit donc souffrir d'un trouble mental sous une forme atténuée (72). De plus il doit exister un besoin concret de protection (73), par exemple un manque d'énergie ou d'autonomie tel que nous le rencontrons très souvent chez des personnes du 3^e âge. L'institution d'un conseil légal frappe la personne protégée d'une incapacité partielle. Dans le cas de la mise sous conseil légal coopérant, l'assisté a besoin du concours de son conseil légal pour accomplir certains actes juridiques, tels la vente ou l'achat d'immeubles. Il ne saurait agir seul (74). Mais, d'un autre côté, le conseil légal coopérant n'a pas de pouvoir de représentation (75).

Il en est autrement du conseil légal gérant. Celui-ci représente (76) la personne protégée et l'exclut de l'administration de ses biens (77). Il est généralement admis que l'administration des biens, prévue par le Code, n'englobe que la gestion de la fortune et non pas celle des revenus (78). C'est là une des grandes faiblesses de l'institution. En effet, beaucoup

(69) Ancien art. 513, C. civ. fr.

(70) Art. 510, C. civ. fr.

(71) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 154 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 209 et s.; STETTLER, n° 317 et s.

(72) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 38 et s., 70 et s., 108 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 179 et s., 197; STETTLER, n° 301.

(73) SCHNYDER/MURER, art. 395; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 182 et s., 198; STETTLER, n° 302.

(74) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 79 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 184 et s.; STETTLER, n° 308 et s.

(75) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 80; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 186; STETTLER, n° 310.

(76) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 117; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 205; STETTLER, n° 312.

(77) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 116 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 199, 203; STETTLER, n° 311.

(78) SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 119; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 199 et s.; STETTLER, n° 312.

[n° 38 et s.]

de personnes âgées n'ont pas d'autres ressources que leur rente ou leur pension. Il n'y a donc pas de biens à gérer.

A l'origine, le conseil légal n'était destiné qu'à protéger des intérêts patrimoniaux. A la suite d'un revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral (79), le conseil légal a pu se voir confier aussi certaines tâches d'ordre personnel. Cette impulsion donnée par le Tribunal fédéral a indubitablement modernisé l'institution. Pourtant, toujours trop orientée vers la sauvegarde d'intérêts purement matériels, l'institution ne se prête guère à la protection des personnes âgées.

3. La curatelle

Il nous reste à examiner la troisième mesure tutélaire, la curatelle, institution qui, depuis l'entrée en vigueur du Code, a le plus évolué. Quels sont ses traits caractéristiques ? Quelle est sa portée pratique ?

Selon l'analyse statistique dont nous avons déjà parlé, la curatelle est la mesure tutélaire la plus courante. Son pourcentage a très nettement augmenté (80). Parmi les mesures tutélaires déjà existantes en 1989, presque la moitié, soit 46,5 %, était des curatelles. La même année, des curateurs ont été nommés pour 66,7 % des cas où il fallait prendre une mesure protectrice (81). Selon l'appréciation unanime de la doctrine, la curatelle est normalement la meilleure mesure pour venir en aide aux personnes âgées (82).

Pour pallier à une altération des facultés personnelles le législateur a prévu trois sortes de curatelle : la curatelle de représentation (art. 392, ch. 1, C. civ. suisse) ; la curatelle de gestion (art. 393, ch. 2, C. civ. suisse) et la curatelle volontaire (art. 394, C. civ. suisse).

La curatelle de représentation peut être instituée lorsqu'une personne ne peut agir, dans une affaire urgente, à cause d'une maladie physique, d'une infirmité ou d'une affection mentale de caractère léger ou passager (83). Originairement, la curatelle de représentation était donc destinée à suppléer une carence légère et passagère (84).

La curatelle de gestion, elle, vise une administration durable des biens. Elle suppose qu'à cause d'une maladie physique, d'une infirmité ou de troubles mentaux, un majeur soit incapable de gérer lui-même sa fortune (85) sans qu'il y ait lieu de lui nommer un tuteur.

(79) Arrêt du 25 sept. 1970, ATF 96 II (1970) 369 et s. La Haute Cour est suivie par la doctrine cf. SCHNYDER/MURER, art. 395, n° 25 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 1129 ; STETTLER, n° 305.

(80) MEIER, RDT 47 (1992) 175.

(81) MEIER, RDT 47 (1992) 182 et 181.

(82) RIEMER, « Vormundschaftliche Hilfe für Betagte », RDT 37 (1982) 121 et s. (123, 126) ; SCHNYDER/MURER, art. 392, n° 8 ; art. 393, n° 40, 46 ; art. 394, n° 19 ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 847 a ; STETTLER, n° 240, 253.

(83) SCHNYDER/MURER, art. 392, n° 51 et s., 62 ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 1071 ; STETTLER, n° 238, 244.

(84) SCHNYDER/MURER, art. 392, n° 17 ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 1070.

(85) SCHNYDER/MURER, art. 393, n° 36 et s. ; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 1082 ; STETTLER, n° 239, 255 et s.

Jurisprudence et doctrine admettent depuis longtemps que les deux espèces de curatelle soient combinées (86). Cela permet de confier au curateur deux missions : 1° exécuter les actes d'administration courants et conservatoires (art. 419, al. 1, C. civ. suisse), et 2° accomplir certains actes qui concernent soit les affaires personnelles soit la fortune du majeur placé sous curatelle. La pratique ne s'est cependant pas arrêtée là. Très souvent les autorités tutélaires confient au curateur des tâches déterminées, mais qui couvrent en réalité tous les besoins (87) de la personne dont les facultés sont érodées par le grand âge.

Quelquefois elles vont même jusqu'à lui confier une mission globale comparable à celle d'un tuteur (88). Une aide générale peut aussi être obtenue par la curatelle volontaire (89). Celle-ci est subordonnée aux mêmes conditions que l'interdiction volontaire. Le Code ne délimite pas les deux figures. La curatelle n'entraîne aucune limitation de l'exercice des droits civils. La personne placée sous curatelle garde donc la pleine capacité (art. 417, al. 1, C. civ. suisse) (90). Mais, dans le cadre de sa mission, le curateur représente la personne protégée (art. 367, al. 3 et 1 i.f., C. civ. suisse) (91). On ne saurait assez souligner ce phénomène. En effet, c'est par lui que se distinguent foncièrement la curatelle du droit suisse et celle du droit français (92).

En droit suisse, le pouvoir d'agir est dédoublé. Nous sommes confrontés à un organe tutélaire dont le pouvoir de représentation ne compense pas une atteinte à la capacité civile de la personne protégée. Non seulement le curateur, mais aussi le majeur placé sous curatelle peut passer des actes juridiques valables (93), à condition naturellement qu'il ait la capacité de discernement, qu'il ne soit pas frappé d'incapacité naturelle, c'est-à-dire d'une incapacité de fait (94).

Ce dédoublement du pouvoir d'agir laisse apparaître les limites pratiques de la curatelle. Destinée à protéger une personne, cette mesure est totalement inefficace lorsque la personne à protéger ne se laisse pas guider. Si elle se met en contradiction avec son curateur, la mesure tutélaire échoue, son but n'est pas atteint. Le curateur ne dispose évidemment d'aucun moyen de contrainte. Lorsque la personne à protéger a tendance à refuser les conseils de son curateur, lorsqu'elle incline à s'entêter, il n'y a pas lieu d'instituer une curatelle (95). Selon le principe de la

[3

(86) SCHNYDER/MURER, *Vorbemerkungen zu art. 392-397*, n° 23, art. 392, n° 8, 72, art. 393, n° 28, 46; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 1066; STETTLER, n° 263 et s., 285.

(87) STETTLER, n° 240, 287, 289; STURM, p. 61 et s.

(88) STETTLER, n° 253, 284; STURM, p. 61 et s. et note 318.

(89) SCHNYDER/MURER, art. 394, n° 12, 16; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 1088 et s.; STETTLER, n° 241, 265 et s.

(90) SCHNYDER/MURER, art. 392, n° 19, art. 393, n° 26, art. 394, n° 13; STETTLER, n° 242, 268 et s.

(91) SCHNYDER/MURER, art. 392, n° 18, art. 393, n° 26, art. 394, n° 14; STETTLER, n° 283, 286.

(92) Cf. art. 508 et s., C. civ. fr.

(93) STETTLER, n° 269.

(94) Pour les effets juridiques v. *supra* p. 39 et s.

(95) SCHNYDER/MURER, art. 392, n° 73, art. 393, n° 26, art. 394, n° 13, 19.

proportionnalité, la mesure prononcée doit, nous l'avons dit, être aussi efficace que nécessaire. En Suisse, une pratique de longue date permet de constater que nos aînés, en règle générale, se laissent aider, encadrer, diriger. En acceptant cette aide, ils ont contribué à une interprétation extensive de la loi. Dans sa conception moderne, la curatelle sous sa forme combinée ou volontaire leur épargne d'être interdits. Ainsi la curatelle est devenue la mesure tutélaire type dans la protection des personnes âgées.

4. Vers une révision du droit tutélaire

C'est en 1957 déjà que la Suisse a décidé de procéder à une refonte complète de son droit de la famille. On y procède par étapes (96). La réforme du droit tutélaire en sera la dernière. La réforme du droit de divorce a la priorité. Elle est actuellement en chantier.

Il y a environ deux ans, l'Office fédéral de Justice a mandaté mon maître, le P^r Bernhard Schnyder, de l'Université de Fribourg, pour formuler des thèses directrices (97) aptes à guider la commission chargée d'élaborer un projet de loi. Ses thèses ne sont pas encore connues. On ne saurait donc déceler les contours des nouvelles règles sur la protection des majeurs.

Cette absence d'un projet concret ne signifie naturellement pas qu'on ait, jusqu'à présent, complètement négligé le problème de la révision des règles relatives à la protection des majeurs. La Conférence des autorités cantonales de tutelle (*Konferenz der kantonalen Vormundschaftsdirektoren*) et l'Association suisse des tuteurs officiels (*Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder*) ont consacré plusieurs congrès à la réforme du droit tutélaire. Aux exposés des spécialistes, tous publiés (98), ont suivi d'autres articles (99). Au cours des années, les critiques et suggestions

(96) Cf. en dernier lieu STETTLER, « Quelques réflexions à propos de la réforme du droit tutélaire », *Mélanges Grossen*, Bâle/Francfort, 1992, 243 et s.

(97) SCHNYDER, « Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts », *RDT* 47 (1992) 156 et s. [28]

(98) SCHNYDER, « Zur Revision des Vormundschaftsrechtes », *RDT* 30 (1975) 41 et s.; TERCIER, « Vers une révision du droit de la tutelle », *RDT* 31 (1976) 121 et s.; SPITZER, « Die Revision des Vormundschaftsrechtes », *RDT* 32 (1977) 1 et s., 140 et s.; BOVAY, « La révision du droit de la tutelle », *RDT* 32 (1977) 133 et s.; STEINAUER, « Les motifs d'interdiction, Évolution et fondements », *RDT* 42 (1987) 1 et s.; KELLER, « Entwicklungstendenzen im Vormundschaftsrecht », *RDT* 43 (1988) 41 et s.; GIOVANNELLI-BLOCHER, « Der Stellenwert der persönlichen Betreuung in der Entwicklung des Vormundschaftswesens im 20. Jahrhundert », *RDT* 44 (1989) 41 et s.; SALADIN, « Grundrechte und Vormundschaft, Historische und dogmatische Überlegungen », *RDT* 44 (1989) 1 et s.; HÄFELI, « Inhalt und Stellenwert der persönlichen Betreuung im Vormundschaftsrecht », *RDT* 44 (1989) 52 et s.; HÄFELI, « Leistungen und Lücken des Rechtsschutzes im Vormundschaftsrecht », *RDT* 46 (1991) 56 et s.; KOLLER, « Das Vormundschaftsrecht im Wandel — Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts », *RDT* 47 (1992) 83 et s.; SCHNYDER, « Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts », *RDT* 47 (1992) 156 et s.; MEIER, « Révision du droit de la tutelle — Tentative d'analyse statistique », *RDT* 47 (1992) 171 et s. [29]

(99) SCHULLER, « Zur Revision des Vormundschaftsrechts », *RSJ* 82 (1986) 156 et s.; MÜLLER, « Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts », *Zentralblatt für Jugendrecht*, 67 (1980) 698 et s.; STETTLER, « Könnte ein weniger stigmatisierendes Vormundschaftsrecht einen ausreichenden juristischen Schutz gewährleisten », in Vor- [30]

des auteurs ont varié (100). Mais la tendance de base reste toujours la même : il faut repenser l'ensemble du système tutélaire ; il faut améliorer la protection des personnes en difficulté (101).

Quels sont les points les plus critiqués du droit actuel ? Ils sont au nombre de quatre. Passons-les brièvement en revue : 1° Il faut d'abord désapprouver la stigmatisation provoquée par toute mesure tutélaire (102). Au lieu de sécuriser la personne protégée, on lui colle une étiquette. On la dévalorise. Un majeur placé sous tutelle, curatelle ou conseil légal ne se sent pas vraiment protégé. Bien au contraire, il éprouve souvent un sentiment de rejet, un sentiment d'exclusion que le mépris de son entourage ne fait qu'augmenter.

Contribue également à cette discrimination une terminologie dépassée (103). Si les expressions maladie mentale et faiblesse d'esprit ne sont plus utilisées en psychiatrie moderne, d'autres termes telles ivrognerie ou inconduite revêtent un caractère encore plus humiliant. Dans le jargon judiciaire on se sert même d'expression que la loi, elle, évite. C'est ainsi qu'on appelle interdiction partielle la nomination d'un conseil légal (104).

Une stigmatisation inutile des personnes protégées résulte en outre du fait que l'interdiction et la mise sous conseil légal sont publiées dans la feuille officielle du domicile et du lieu d'origine (105).

2° Le deuxième grief adressé au droit actuel porte sur son orientation vers la sauvegarde des intérêts matériels de la personne à protéger (106). Il néglige les affaires d'ordre personnel. Le Code ne se soucie guère des difficultés physiques, psychiques et morales dans lesquelles les personnes à protéger doivent se débattre.

C'est d'ailleurs seulement en matière d'interdiction que le Code civil suisse tient compte des soins à apporter à la personne (art. 367, al. 1, art. 406, C. civ. suisse). Certes, la jurisprudence admet que le conseil légal peut se voir confier une mission qui s'étend à la protection de la personne (107). Et grâce à une interprétation extensive des dispositions

mundschaft 2000, Fribourg (Suisse), 1985, p. 55 et s. ; SCHNYDER, « Vormundschaftsrechts für Erwachsene und Menschenwürde », in *Das Menschenbild im Recht, Festgabe Freiburg*, Fribourg (Suisse), 1990, p. 429 et s. ; STETTLER (cité note 97), *Mélanges Grossen*, p. 243 et s.

(100) Pour plus de détails v. STURM, p. 143 et s., et STETTLER, n° 523 et s.

(101) Cf. par ex. SCHNYDER, *RDT* 30 (1975) 52 ; TERCIER, *RDT* 31 (1976) 121 ; SCHNYDER/MURER, *Systematischer Teil* n° 386, 388 ; SCHNYDER, in *Festgabe Freiburg*, p. 452 ; STETTLER, n° 525.

(102) Cf. les articles cités, notes 94 et 95 ainsi que STURM, p. 143 et STETTLER, n° 524.

(103) Cf. les articles cités, notes 94 et 95 ainsi que STURM, p. 143 et STETTLER, n° 523.

(104) STURM, p. 51, note 260.

(105) Sont publiées l'interdiction (art. 375, C. civ. suisse), la mise sous conseil légal (art. 397, al. 2, art. 375, C. civ. suisse) et exceptionnellement aussi la mise sous curatelle (art. 397, al. 2, art. 375, C. civ. suisse) ; cf. SCHNYDER/MURER, art. 375, n° 35 et s. ; art. 397, n° 78 et s., 81.

(106) STURM, p. 211.

(107) Cf. *supra*, p. 47.

du Code, le curateur est investi d'une assistance personnelle complète et permanente (108). Il n'en reste cependant pas moins vrai que, dans la réalité de la vie, tuteur, conseil légal et curateur s'occupent plutôt de l'administration des biens de nos aînés que de leurs intérêts personnels. Le soutien moral, physique et psychique dont ils auraient besoin fait cruellement défaut.

3° En troisième lieu, on réproche le fossé existant entre la règle de droit et son application dans la vie juridique de tous les jours, le contraste opposant le monde des normes à la réalité juridique et judiciaire (109).

Comme nous avons pu le constater, les institutions créées par le Code civil suisse ont subi une importante métamorphose. La doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral y ont largement contribué. Force est cependant de constater que, dans une certaine mesure, nous avons aussi affaire à ce qu'on pourrait presque appeler un droit vulgaire. Les décisions de première instance ne sont pas publiées. Et très souvent les intéressés ne forment pas de recours.

Il est certes bénéfique que la pratique adapte les figures juridiques aux exigences d'une société en mutation et aux nouvelles conceptions de vie. Mais si les disparités deviennent trop importantes, le législateur doit intervenir. C'est là un défi qu'un État de droit est obligé de relever.

4° Le dernier point — et peut-être le plus brûlant — c'est la violation de la Convention européenne des droits de l'homme résultant des règles cantonales de compétence (110).

Pendant très longtemps la procédure n'était pas au centre des préoccupations des auteurs qui s'occupaient de la réforme du droit tutélaire. L'aspect procédural s'est cependant révélé explosif et entraînera une réforme avant la réforme. En vertu de l'article 6, alinéa 1, C.E.D.H., toute personne a droit à ce qu'un tribunal indépendant et impartial statue sur les contestations portant sur les droits et obligations de caractère civil. Cette disposition concerne aussi les affaires tutélaires (111). Or, dans certains cantons, une autorité administrative décide de toutes les mesures tutélaires. Il n'est pas possible de soumettre la cause à un tribunal et de la faire examiner par des juges indépendants (112). Certes, les intéressés peuvent recourir au Tribunal fédéral. En matière tutélaire le recours en réforme est toujours ouvert (art. 373, al. 2, 397, C. civ. suisse, 44 O.J.). Mais le Tribunal fédéral n'examine que les questions de droit (art. 43 O.J.). Comme la Cour de cassation française, il est lié par les constatations de fait sur lesquelles se base la décision attaquée de l'instance inférieure.

(108) Cf. *supra*, p. 47.

(109) MEIER, *RDT* 47 (1992) 178.

(110) En Suisse, ce sont les cantons qui, en principe, ont la compétence pour régler la procédure civile, pénale et administrative (art. 64, al. 3, Cst. féd., art. 52 et 54, Tit. fin., C. civ. suisse).

(111) KOLLER, *RDT* 47 (1992) 95.

(112) SCHNYDER/MURER, art. 373, n° 64 et s., art. 397, n° 16 et s., art. 396, n° 19 et s.; DESCHENAUX/STEINAUER, n° 864 et s., 1117 et s., 1097; STURM, p. 19 et s., 49 et s., 66.

La déclaration interprétative accompagnant la ratification de la Convention (113) et précisée plus tard (114) n'est guère apte à porter remède. La Cour de Strasbourg a en effet constaté que la déclaration interprétative de la Suisse était nulle et de nul effet (115). La déclaration appelée à la préciser n'aura probablement pas un meilleur sort. En tout cas, sa conventionnalité a déjà été mise en doute (116). C'est pourquoi le gouvernement fédéral a inséré dans son avant-projet pour une révision du droit de divorce deux articles concernant les procédures du droit tutélaire (117). Ceux-ci obligent tous les cantons à désigner une autorité judiciaire qui, au moins en dernière instance, examinera librement aussi bien les questions de fait que les questions de droit.

Entre-temps, même le Tribunal fédéral a pris position dans ce sens. Dans un arrêt du 17 décembre 1992 (118), la Haute Cour suisse a qualifié de non valable la précision de la réserve assortissant l'acte de ratification après coup. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral astreint d'ailleurs les cantons à réviser leurs règles de compétence. Le Canton de Zurich par exemple en a déjà tiré les conséquences. Il a modifié son droit et promulgué le 17 mars 1993 une ordonnance qui règle en détail la compétence des tribunaux appelés à se prononcer en matière du droit des personnes et du droit de la famille (119).

Ainsi, avons nous terminé l'esquisse des griefs dont le droit actuel a fait l'objet et nous allons revenir encore une fois sur le mandat donné au P^r Schnyder. Le rapport qu'il est chargé d'élaborer devra tenir compte des réformes et des expériences faites par les autres pays européens.

A ce propos, deux nouvelles lois innovant en la matière méritent une attention particulière : la loi autrichienne du 2 février 1983 sur la nomination d'un administrateur des affaires de personnes handicapées (120) et la loi allemande du 12 septembre 1990 portant réforme du droit de la tutelle et de la curatelle pour les majeurs (loi relative à la

(113) *Recueil officiel des lois fédérales* 1974, p. 2173.

(114) RO 1988, p. 1264, et RO 1989, 276 et s.

(115) *Affaire Belilos*, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, Série A, vol. 132, p. 3.

(116) GUILLOD, « Les garanties de procédure en droit tutélaire », *RDT* 46 (1991) 41 et s. (48 et s.) ; KOLLER, *RDT* 47 (1992) 98.

(117) Art. 373, al. 2, et art. 420, al. 3 et 4, C. civ. suisse ; cf. Rapport explicatif avec avant-projet pour une révision du Code civil (conclusion du mariage et divorce, état civil, filiation, dette alimentaire, tutelle, asiles de famille et courtoise matrimonial), Office fédéral de Justice, Berne, 1992, p. 106 et s., ainsi que REUSSER, « Die Revision des Scheidungsrechts – die aus Kindes- und vormundschaftsrechtlicher Sicht relevanten Neuerungen », *RDT* 48 (1993) 47 et s. (60 et s.).

(118) *RDT* 48 (1993) 28 et s. (pas encore publié dans ATF) = ATF 118 Ia (1992) 473 et s.

(119) Verordnung über die gerichtliche Beurteilung im Personen- und Familienrecht.

(120) « Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen », *Bundesgesetzblatt*, 1983, p. 703. La loi est commentée par ENT/HOPF, *Das Sachwalterrecht für Behinderte*, Vienne, 1983 ; HOPF, « Das BG über Sachwalterschaft für behinderte Personen », *Österreichische Juristen-Zeitung* 1983, 441 f. ; KREMZOW, *Österreichisches Sachwalterrecht*, Eisenstadt, 1984.

protection des personnes physiquement, psychiquement ou mentalement handicapées, la *Betreuungsgesetz* déjà mentionnée) (121).

Ces deux lois ont remanié foncièrement le droit tutélaire et abrogé toutes les normes ayant trait à la tutelle et à la curatelle pour majeurs. Les deux pays ne connaissent dorénavant qu'une seule mesure de protection : la *Sachwalterschaft* en Autriche (nouvel art. 273, C. civ. autr.) — la *Betreuung* en Allemagne (nouvel art. 1986, C. civ. allem.).

H 89

Quels sont les traits caractéristiques de la nouvelle technique ? Les nouvelles règles permettent d'adapter la mesure de protection aux besoins spécifiques de la personne à secourir. Elles ne touchent pas nécessairement sa capacité civile (nouvel art. 273 a, C. civ. autr. ; nouvel art. 1903, C. civ. allem.) (122). Mais la mission de l'organe tutélaire comprend toujours le pouvoir de représentation (nouvel art. 282 et art. 245, C. civ. autr. ; nouvel art. 1902, C. civ. allem.).

Sur le plan suisse nous avons constaté d'impressionnantes disparités entre les cantons. Le principe de la proportionnalité à lui seul ne suffit donc pas à départager le champ d'application des différentes mesures tutélaires que le Code civil prévoit actuellement. Faut-il créer plusieurs institutions définies d'une manière plus précise, plus rigoureuse ? Ou le législateur suisse devrait-il plutôt opter pour une mesure unique dont les contours sont fixés en fonction des circonstances du cas concret ?

Pour ma part je suis assez séduite par le modèle de la mesure unique. Il sauvegarde au maximum la dignité et la liberté des personnes à protéger et ne leur impose aide et soutien que dans la mesure où H en ont réellement besoin. C'est, je crois, une solution très bénéfique, surtout pour les personnes du 3^e âge !

Helles

(121) Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (*Betreuungsgesetz*), BGBl. 1990 I, p. 2002. Pour plus de détail v. DAMRAU/ZIMMERMANN, *Betreuungsgesetz, Kommentar*, Stuttgart/Berlin/Cologne, 1991 ; BIENWALD, *Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/BtBG*, Bielefeld, 1992 ; KNITTEL, *Betreuungsgesetz, Kommentar*, Starnberg-Percha, 1992 ; JÜRGENS/KRÖGER/MARSCHNER/WINTERSTEIN, *Das neue Betreuungsrecht, Eine systematische Darstellung*, Munich, 1991. Les nouveaux articles du Code civil allemand sont commentés aussi par SCHWAB, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 3^e éd., Munich, 1992, art. 1896 BGB et s. ; PALANDT/DIEDERICHSEN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52^e éd., Munich 1993, art. 1896 BGB et s.

Tma

(122) Il n'est pas moins vrai que les deux droits se distinguent foncièrement.

En droit autrichien, la nomination du *Sachwalter* réduit, dans le champ de sa mission, la capacité civile de la personne protégée. Mais le juge des tutelles peut y déroger en énumérant les actes que la personne protégée peut passer sans le concours du *Sachwalter*.

En revanche, en droit allemand, la mesure de protection ordonnée par le juge laisse intacte la capacité civile. Sont réservés cependant les actes par rapport auxquels la validité a été subordonnée au consentement du *Betreuer*.

IV. — Informations diverses

Allemagne. — Nationalité.

*Loi du 30 juin 1993 portant modification de dispositions
sur la procédure d'asile, le droit des étrangers et de la nationalité
(Bundesgesetzblatt, 1993.I.1062).*

Art. 4. — Modification de la loi sur la nationalité dans le Reich et dans les Etats fédérés.

La loi sur la nationalité dans le Reich et dans les Etats fédérés (...), modifiée en dernier lieu par l'article 6, paragraphe 5 de la loi du 25 juillet 1986 (BGBl. I.1142), est modifiée comme suit :

1. L'article 4, alinéa 1 a la teneur suivante :

« (1) Au jour de la naissance, la nationalité allemande est acquise par l'enfant lorsque l'un des parents est allemand. Si, au jour de la naissance d'un enfant naturel, seul le père possède la nationalité allemande, sa paternité doit être préalablement établie au regard des lois allemandes pour que l'enfant puisse se prévaloir (Geltendmachung) de l'acquisition de cette nationalité ; la procédure d'établissement de la paternité doit avoir été engagée avant que l'enfant n'ait accompli sa vingt-troisième année ».

Une importante réforme du Code de la nationalité allemande

par Fritz STURM

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

I. Historique.

Dans son article 4, alinéa premier, le code de la nationalité allemande⁽¹⁾ disposait : « Au jour de la naissance, la nationalité est acquise 1° par l'enfant légitime lorsque l'un des parents est allemand, 2° par l'enfant naturel lorsque la mère est allemande. » Distinction était donc faite entre enfants légitimes et enfants

(1) En allemand, *Reichs-und Staatsangehörigkeitsgesetz* (en abrégé RuStAG) = Loi sur la nationalité dans le Reich et dans les Etats fédérés. Ce code, connu dans les pays francophones sous le nom de *Lex Delbrück*, remonte au 22 juillet 1913. Malgré de nombreux remaniements, il constitue toujours la source principale du droit de la nationalité allemande ; cf. Sturm, *Juris-Classeur, Nationalité, Allemagne* (RFA), Paris 1985, mise à jour, Paris 1990.

naturels (2). Cela a changé l'année passée. La loi du 30 juin 1993 portant réforme de la procédure d'octroi de l'asile, de la condition des étrangers et de certaines dispositions relatives à la nationalité (3) a supprimé la discrimination inhérente à cette norme. En vigueur depuis le 1^{er} juillet 1993, le nouvel article 4, alinéa premier (4), met en effet enfants légitimes et naturels sur un pied d'égalité. Il se calque sur une ordonnance du Ministère de l'intérieur de l'ex-RDA de 1954 (5) et sur l'article 5 du code de la nationalité est-allemande (6) qui s'inspire de cette ordonnance. Selon ces sources, tout enfant d'un parent allemand acquiert la nationalité allemande par filiation.

Le nouvel article 4, alinéa premier, fait partie du compromis sur l'asile, qui a permis de procéder à une refonte de la Constitution : le droit d'asile n'est plus réglé par l'article 16, alinéa 2, de la Constitution, abrogé, mais par un nouvel article 16 a (7) autorisant les organes de la protection des frontières à refouler immédiatement les requérants provenant de pays sûrs et prévoyant une série d'autres règles rendant l'octroi du droit d'asile plus difficile. Lors des débats parlementaires, les affrontements entre la gauche et la droite ont été particulièrement virulents. A première vue, aucune solution ne semblait possible, alors que le nombre de demandeurs d'asile augmentait de jour en jour. Pour parvenir au célèbre compromis, la droite céda au parti socialiste (SPD) sur le plan de la nationalité (8). Dans son projet de loi déposé en mars 1993 (9), le SPD avait demandé de supprimer la discrimination des enfants naturels en matière de nationalité.

(2) Cf. aussi les art. 5 et 10 RuStAG.

(3) En allemand *Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften*. Elle est publiée au BGBl. (= *Bundesgesetzblatt* = Journal officiel de la RFA) 1993.I, p. 1062 et s., spéc. p. 1072 et s.

(4) Son texte est reproduit à titre de préambule à cet article et répété sous II.

(5) En allemand *Anordnung über die Gleichberechtigung der Frau im Staatsangehörigkeitsrecht* = Ordonnance sur l'égalité de la femme en matière de droit de la nationalité, du 30 août 1954, *Zentralblatt der DDR* (= Feuille des avis officiels de la RDA) n° 35, p. 431 et s. Cette ordonnance précise de quelle manière doit être appliqué le principe d'égalité en matière d'acquisition et de perte de la nationalité est-allemande, principe introduit par l'article 30, alinéa 2, de la Constitution de la RDA du 7 oct. 1949 (GBL [= *Gesetzblatt* = Journal officiel] 1949, p. 4).

(6) En allemand *Gesetz über die Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen Republik* (en abrégé *StBG/DDR*) = Loi sur la nationalité de la République démocratique d'Allemagne, du 20 févr. 1967 (GBL 1967.I, p. 3), qui a cessé d'être en vigueur le 3 oct. 1990 suite au Traité d'unification.

(7) Pour plus de détails sur cette nouvelle disposition, cf. Franssen « Der neue Art. 16 a GG als "Grundrechtshinderungsvorschrift" », *DVBl.* 1993.300 et s.; Henkel, « Das neue Asylrecht », *NW* 1993.2705 et s.; Schoch, « Das neue Asylrecht gemäß art. 16 a GG », *DVBl.* 1993.1161 et s.; Hehl, « Die Neuregelung des Asylrechts », *ZRP* 1993.301 et s.; Falke, « Jetzt beginnt die Zitterpartie. Das neue Asylrecht auf dem Karlsruher Prüfstand », *Rheinischer Merkur* n° 30 du 23 juill. 1993, p. 1; Wollenschläger/Schraml, « Art. 16 a GG, das neue "Grundrecht" auf Asyl? », *JZ* 1994.61 et s.; BVerfG (= *Bundesverfassungsgericht* = Cour constitutionnelle), *DVBl.* 1994.44 et s.

(8) Un autre résultat du compromis sur l'asile est le *Kriegsfolgenbereinigungsgesetz* (= Loi réglant définitivement les suites de la guerre) du 21 déc. 1992 (BGBl. 1992.I, p. 2094), entré en vigueur le 1^{er} janv. 1993 et portant réforme du *Bundesvertriebenen- und Flüchtlingsgesetz* (en abrégé *BVFG*) (= Loi fédérale sur le statut des victimes d'expulsions massives et des réfugiés). On a créé un statut spécial pour les personnes ne faisant usage de leur droit au retour en Allemagne que tardivement (art. 4 BVFG) et établi à cet effet un contingent d'admissions. Celui-ci ne se concilie guère avec le droit à l'admission (art. 27 BVFG) lui-même. Seules peuvent obtenir ce statut les personnes nées avant le 1^{er} janv. 1993 et

II. La teneur du nouvel article 4, alinéa premier, RuStAG.

L'article 4, alinéa premier, RuStAG dispose : « Au jour de la naissance, la nationalité allemande est acquise par l'enfant lorsque l'un des parents est allemand. Si, au jour de la naissance d'un enfant naturel, seul le père possède la nationalité allemande, sa paternité doit être préalablement établie au regard des lois allemandes pour que l'enfant puisse se prévaloir (*Geltendmachung*) de l'acquisition de cette nationalité ; la procédure d'établissement de la paternité doit avoir été engagée avant que l'enfant n'ait accompli sa vingt-troisième année ».

La portée de cette disposition se comprend aisément :

Si la mère est allemande, l'enfant — légitime ou naturel — acquiert automatiquement sa nationalité. C'est le principe *mater semper certa est* qui s'applique.

Si seul le père est allemand, l'enfant légitime bénéficie de la présomption selon laquelle le mari — allemand — est le père. En revanche, l'enfant naturel n'acquiert la nationalité du père allemand que si la paternité de ce dernier est établie. Une demande judiciaire visant une telle constatation ou une reconnaissance volontaire doit avoir été déposée ou déclarée avant que l'enfant n'ait accompli sa 23^e année, restriction qu'ignorait le modèle de la nouvelle disposition, le code de la nationalité est-allemande.

III. L'enfant légitime.

1. Bien que les enfants naturels soient en principe, nous l'avons vu, assimilés aux enfants légitimes, il importe de relever que les conditions d'acquisition de la nationalité des uns et des autres ne correspondent pas parfaitement.

C'est dû au fait que pour l'enfant légitime, une procédure particulière d'établissement de la paternité est inutile. Un enfant né pendant le mariage ou dans les 302 jours qui suivent sa dissolution ou son annulation est légitime au regard de l'article 1593 BGB (10). Tant que sa légitimité n'a pas été attaquée par la voie judiciaire et qu'un jugement entré en force ne constate que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant, nul ne saurait mettre en doute sa légitimité ! (11).

2. L'article 1593 BGB s'applique à tous les mariages plurinationaux. Indépendamment de la loi régissant les effets du mariage (12), la loi nationale allemande

leurs descendants déjà nés à cette époque (art. 4, al. 1^{er}, chiffre 3, sous-chiffre 3, et art. 27, al. 1^{er}, 2^e phr., BVFG). Pour plus de détails, cf. Gaa-Unterpaul, « Das Kriegsfolgenbereinigungsgesetz und die Änderungen für das Vertriebenenrecht », NJW 1993.2080 et s.

(9) Cf. *Gesetzentwurf der Fraktion der SPD* = Projet de loi du groupe parlementaire socialiste, BT-Drucks. (= *Bundestagsdrucksache* = Imprimés de la Diète fédérale) 12/4533 du 10 mars 1993 ; sommaire publié dans *FamRZ* 1993.651 ; dans le même sens le projet de loi portant réforme du droit de la nationalité déposé au Secrétariat du Bundesrat par les députés de Basse-Saxe, BR-Drucks. (= *Bundesratsdrucksache* = Imprimés de la Chambre des Etats fédérés) 402/93 du 9 juin 1993.

(10) Abréviation de *Bürgerliches Gesetzbuch* = Code civil allemand.

(11) Comme le soulignent très justement Beitzke/Lüderitz, *Familienrecht*, 26^e éd., Munich 1992, p. 226, le renfort apporté par la procédure constitue la meilleure protection de la légitimité.

(12) Cf. l'article 14, alinéa 1^{er}, EGBGB, auquel renvoie l'article 19, alinéa 1^{er}, phrase 1, de cette même loi. EGBGB est l'abréviation de *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* = Loi d'introduction au code civil allemand.

du père ou de la mère règle en effet la question de la légitimité (13). Il est par conséquent indifférent que les époux aient leur résidence habituelle en Allemagne ou à l'étranger, ou, comme on le voit de plus en plus de nos jours, qu'ils n'aient pas de résidence habituelle commune du tout.

3. Lorsqu'est produit un extrait légalisé du livret de famille ou du registre des naissances duquel résulte en Allemagne (14), en Autriche (15) ou en Suisse (16), que les parents sont ou étaient mariés, il suffit d'établir pour prouver l'acquisition de la nationalité allemande par le nouveau né, que l'un des parents est allemand (17).

4. Toutefois, ne peut-on envisager des cas dans lesquels l'acte de mariage ne constitue que l'apparence d'une union valablement célébrée, et qu'ainsi cette dernière fait défaut ?

En réalité, le mariage officiellement constaté peut cacher un non-mariage, un *matrimonium non existens*. Par exemple en raison du non-respect des conditions de forme ou de l'existence d'une interdiction de mariage concernant l'un des fiancés.

Il suffit de penser à des mariages conclus dans des consulats (18). On peut également imaginer une union célébrée dans des pays en voie de développement selon des rites qui n'ont pas tous été respectés (19). Ce serait aussi le cas des mariages bigames considérés en Angleterre et dans bon nombre d'États américains comme des mariages inexistant (20) et entraînant cette sanction dans le droit

(13) Le principe de la loi la plus favorable est posé par l'article 19, alinéa 1, phrase 2, EGBGB.

(14) Cf. les articles 70, chiffre 1, PStG (= *Personenstandsgesetz* = Loi sur l'état civil), 26 PStV (= *Personenstandsverordnung* = Ordonnance sur l'application de la loi sur l'état civil), 269 DA (= *Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden* = Instruction pour les officiers de l'état civil et les organes de surveillance).

(15) En Autriche, il n'y a plus de livret de famille. La mention du mariage des parents reportée obligatoirement dans le registre des naissances (art. 23, chiff. 1, PStG) permet cependant d'établir si l'enfant en question est légitime ou naturel.

(16) En Suisse, les officiers de l'état civil tiennent des registres des familles où sont inscrits les ressortissants de la commune (art. 113 et s., de l'Ordonnance sur l'état civil). Ce registre mentionne conjoint et enfants. Lorsque les parents ne sont pas mariés, le registre des naissances indique également la date de naissance, les noms et prénoms des père et mère de la mère de l'enfant ; lorsque les enfants ont été reconnus, de plus la date de naissance et les noms et prénoms des père et mère du père (art. 67, al. 1^{er}, chiff. 4, de l'Ordonnance sur l'état civil).

(17) Toute indication relative au mariage des parents fait cependant défaut dans les actes de naissance délivrés par les autorités allemandes, autrichiennes et suisses. Lorsque les parents ne portent pas le même nom de famille, ce que permettent les nouvelles dispositions du BGB, même le nom de famille de l'enfant perd son aptitude à renseigner sur sa légitimité.

(18) Lorsqu'un Allemand et une Malaise se marient au consulat de Malaisie à Tokyo, cette cérémonie remplit-elle les conditions de forme exigées au lieu de la conclusion du mariage ? Cette question doit être tranchée au regard du droit japonais qui admet cette forme. L'acte de mariage ne nous éclaire cependant pas.

(19) Doit-on établir un livret de famille pour un ressortissant allemand qui épouse à Katmandou une Népalaise, lorsqu'un prêtre bouddhiste confirme avoir célébré le mariage dans les règles ? (Il s'agit notamment pour les futurs époux de faire le tour du sanctuaire dans un carrosse décoré). Cf. Sturm, « Fakultatives Kollisionsrecht. Notwendigkeit und Grenzen », *Festschrift Zweigert*, Tübingue 1981, p. 329 et s., spéc. p. 342 et s.

(20) Cf. sec. 11 (b) Matrimonial Causes Act (1973) et *Halsbury's Laws of England* XIII, 4^e éd., Londres 1975, n° 534, p. 261 ; Bromley/Lowe, *Family Law*, 8^e éd., Londres 1992, p. 81 ; Parker, *Das Privatrecht der USA*, Vienne 1960, p. 39 ; Spiess, *Die ungültige Ehe im Recht der Vereinigten Staaten*, thèse, Cologne 1964, p. 18 et

continental, lorsque l'emporte, comme c'est le cas en Allemagne (21), la solution la plus sévère.

Il s'agit toutefois d'hypothèses exceptionnelles que l'on peut ici négliger. De plus, l'absence de mariage n'implique pas nécessairement le statut d'enfant illégitime. Certains ordres juridiques mettent sur un pied d'égalité les enfants issus d'un mariage inexistant et ceux qui peuvent se prévaloir d'une filiation légitime (22). Ceci mis à part, l'enfant peut en pareil cas avoir acquis la nationalité allemande comme enfant naturel d'une mère allemande ou d'un père allemand. C'est cette hypothèse que nous envisagerons maintenant.

s. ; Statsky, *Family Law*, 3^e éd., St. Paul (Minn.) 1987, p. 179 et s., spéc. p. 183. Hay, *Einführung in das amerikanische Recht*, Darmstadt 1975, p. 109 et s., précise que, dans l'Etat d'Illinois, la bigamie ne constitue qu'une cause de divorce.

(21) Raape, *Internationales Privatrecht*, 5^e éd., Berlin 1961, p. 241 et s. ; Ferid/Böhmer, *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Frankfurt 1986, p. 295 ; Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6^e éd., Munich 1987, p. 514 et s. ; Lüderitz, *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Neuwied 1992, p. 154 et s. ; Henrich, *Internationales Familienrecht*, Frankfurt 1989, p. 7 ; von Bar, *Internationales Privatrecht II*, Munich 1991, n° 142 ; Soergel/Kegel, *BGB*, 11^e éd., Stuttgart 1984, art. 13 EGBGB, n° 16 ; Schwimann, in : *Münchener Kommentar zum BGB*, 2^e éd., Munich 1990, art. 13 EGBGB, n° 44 ; Staudinger/von Bar, *Kommentar zum BGB*, 12^e éd., Berlin 1992, art. 13 EGBGB, n° 53 ; Palandt/Heldrich, *BGB*, 53^e éd., Munich 1994, art. 13 EGBGB, n° 14 ; BGH (= *Bundesgerichtshof* = Cour fédérale) *IPRspr.* 1976, n° 151 et *IPRspr.* 1990, n° 73 ; OLG (= *Oberlandesgericht* = Cour d'appel) Köln, *IPRspr.* 1989, n° 79 et OLG Düsseldorf, *FamRZ* 1992, 815.

(22) C'est le cas en Angleterre lorsque l'un des conjoints est de bonne foi ; Sec. 1 (1) *Legitimacy Act (1976)* dans la mouture du *Family Law Reform Act (1987)* :

Legitimacy of children of certain void marriages

1. (1) The child of a void marriage, whenever born, shall, subject to subsection (2) below and Schedule 1 to this Act, be treated as the legitimate child of his parents if at the time of insemination resulting in the birth or, where there was no such insemination, the child's conception (or at the time of the celebration of the marriage if later) both or either of the parties reasonably believed that the marriage was valid.

(2) This section applies where the father of the child was domiciled in England and Wales at the time of the birth or, if he died before the birth, was so domiciled immediately before his death.

(3) It is hereby declared for the avoidance of doubt that subsection (1) above applies notwithstanding that the belief that the marriage was valid was due to a mistake as to law.

(4) In relation to a child born after the coming into force of section 28 of the Family Law Reform Act 1987, it shall be presumed for the purposes of subsection (1) above, unless the contrary is shown, that one of the parties to the void marriage reasonably believed at the time of the insemination resulting in the birth or, where there was no such insemination, the child's conception (or at the time of the celebration of the marriage if later) that the marriage was valid.

Aux Etats-Unis, l'article 207 *Uniform Marriage and Divorce Act (1974)* va encore plus loin. Ce texte a la teneur suivante :

(a) The following marriages are prohibited :

(1) a marriage entered into prior to the dissolution of an earlier marriage of one of the parties ;

(2) a marriage between an ancestor and a descendant, or between a brother and a sister, whether the relationship is by the half or the whole blood, or by adoption ;

(3) a marriage between an uncle and a niece or between an aunt and a nephew, whether the relationship is by the half or the whole blood, except as to marriages

IV. L'enfant naturel.

1. Même si une filiation légitime ne peut être établie, l'enfant naturel d'une mère étrangère peut acquérir la nationalité allemande du prétendu père. Mais une telle transmission de la nationalité suppose nécessairement que la paternité du père allemand soit établie valablement au regard des lois allemandes. C'est ce que le législateur met en exergue à l'article 4, alinéa premier, deuxième phrase, RuStAG.

2. A ce sujet, il y a lieu de distinguer deux hypothèses :

1° l'établissement de la paternité repose sur une reconnaissance, donc un acte juridique volontaire ;

2° l'établissement de la paternité résulte d'un jugement entré en force, et a donc été obtenu par la voie judiciaire et ses contraintes.

a) Dans la première hypothèse, il n'est pas nécessaire que la reconnaissance de la paternité soit conforme aux règles substantielles du Code civil allemand. S'il parle d'un établissement de la paternité valable au regard des lois allemandes, le législateur entend souligner que la question préalable de la validité de la reconnaissance est placée sous l'empire des règles substantielles que la règle de conflit allemande désigne et, par conséquent, incorpore dans son propre ordre juridique.

b) Dans la seconde, il n'est pas nécessaire non plus que ce soit un jugement allemand qui ait établi la paternité du père allemand. Tout jugement qui déploie ses effets en Allemagne est valable au regard des lois allemandes. Il suffit donc que la décision étrangère soit reconnue en Allemagne.

3. Examinons d'abord la première hypothèse : l'établissement de la paternité par reconnaissance. A quelles lois celle-ci doit-elle obéir ?

L'article 20, alinéa premier, EGBGB en offre trois, qui s'appliquent alternativement, soit :

- la loi nationale de la mère ;
- la loi nationale du père ;
- la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

Quant à l'exigence éventuelle du consentement de l'enfant ou des membres de sa famille, il y a lieu de cumuler la loi applicable et la loi nationale de l'enfant (art. 23, 1^{re} phr., EGBGB).

permitted by the established customs of aboriginal cultures.

(b) Parties to a marriage prohibited under this section who cohabit after removal of the impediment are lawfully married as of the date of the removal of the impediment.

(c) Children born of a prohibited marriage are legitimate.

Il est vrai que cette loi uniforme n'a été adoptée que par huit Etats (Arizona, Colorado, Géorgie, Illinois, Kentucky, Minnesota, Montana et Washington). Cf. à ce sujet Krause, *Family Law in a nutshell*, 2^e éd., St. Paul (Minn.) 1986, p. 53 et s. : « Today it is generally recognized that certain facts, such as the birth of a child or merely passage of time, are realities which prevent restoration of the status quo ante. Until quite recently, the law held a child born in a void or in an annulled voidable marriage a «retroactive bastard», but now it is generally recognized that the social harm from such a harsh result outweighs the social gain from strict insistence on the integrity of the marriage regulation process. Note also that in some states some void marriages may be validated automatically, though not retroactively, when the impediment is removed. To illustrate, under UMDA § 207 (b), the death of a prior, undivorced spouse validates a bigamous marriage to another partner. Similarly, an under-age marriage, void when contracted, may be validated by continued cohabitation after the proper age is reached ».

La forme de la reconnaissance est régie soit par la *lex causae*, soit par la *lex loci actus*. Elle doit donc obéir soit à la loi qui gouverne la reconnaissance soit à la loi du lieu où celle-ci est déclarée.

4. Quelques exemples sont destinés à éclairer les règles que nous venons d'analyser :

a) L'Allemand Franz Friedeborn est un grand voyageur. Il se rend donc en Pologne. A Cracovie, il rencontre la Polonaise Anna Kopernik. Devenus inséparables, ils partent tous deux pour Rostock, en Allemagne, où habite Franz. Le 13 juin 1994, Anna met au monde les jumeaux Andrzej et Stanislas. A l'office de l'état civil, Franz déclare être le père des jumeaux. Quant à Anna, mère et représentante légale de ces derniers, elle donne son consentement (23).

La reconnaissance de paternité est-elle valable au regard des lois allemandes ? Andrzej et Stanislas sont-ils allemands ?

Aux deux questions il faut répondre par l'affirmative. En effet, la reconnaissance de paternité est conforme à la loi allemande, qui s'applique soit en tant que loi nationale du père, soit en tant que loi de la résidence habituelle de l'enfant. La loi allemande doit cependant être cumulée avec la loi polonaise quant au consentement de la mère : l'article 77, alinéa premier, première phrase, de la loi polonaise sur la famille et la tutelle exige un tel consentement. Selon l'article 79, alinéa premier, de la même loi, celui-ci peut être déclaré devant le chef du bureau de l'état civil ou devant le tribunal des tutelles (24). Dans notre cas, le consentement a été donné devant l'officier de l'état civil de Rostock. Au regard de la loi polonaise, c'est suffisant (25).

b) Supposons maintenant qu'au mois de juillet 1994 Franz parte pour la Roumanie. Il veut rendre visite à son amie de toujours, Ioana Doicescu. Alors que Franz séjourne là-bas, Ioana met au monde un petite fille qu'elle prénomme Ilinca. Pour

(23) Dans les Etats fédérés qui formaient autrefois la RDA, il n'y a pas de curatelle d'office exercée par le *Jugendamt* (Bureau de la jeunesse). L'article 230, alinéa premier, EGBGB — disposition que le Traité d'unification a insérée dans l'EGBGB — a suspendu les articles 1706 à 1710 BGB pour ces territoires. La mère y exerce donc l'autorité parentale d'une manière illimitée. En vertu de l'article 234, (11) EGBGB, l'article 46, alinéa premier, FGB/DDR (= *Familienangelegenheitsbuch/DDR* = Code de la famille de la RDA) y est resté en vigueur ; cf. Sturm, « Bei der elterlichen Sorge irrtümlich Art. 3 MSA nicht mehr », *IPRax* 1991.231 et s., spéc. p. 234 et s. Le projet de loi sur l'abrogation de la curatelle d'office qu'a déposé le ministre de la Justice, BR-Drucks. 890/93, est caduc. La commission législative de la Diète fédérale a décidé de ne plus l'examiner durant la législature actuelle ; cf. « Vorläufiges Aus des Beistandsgesetzes », *DAVorm* 1994.571.

(24) Le délai est de 3 mois (art. 78, al. 2, loi sur la famille et la tutelle). Si les parents ne vivent pas en Pologne, les consulats polonais à l'étranger sont compétents pour recevoir la reconnaissance du père et le consentement de la mère. Il ne s'agit cependant pas d'une compétence exclusive des consulats. D'une part l'article 79, alinéa premier, de la loi sur la famille et la tutelle parle d'une faculté des parents — « ils peuvent » —, de l'autre article 12, deuxième phrase, de la loi polonaise sur le droit international privé (1965) admet de manière générale la forme prescrite par la loi du lieu de la déclaration. Cf. dans le même sens FA (= *Fachausschuss* = Commission de l'Association des officiers de l'état civil allemands) n° 3217, *StAZ* 1991.322 et s., et OLG Celle, *StAZ* 1991.227 et s. = *IPRspr.* 1991, n° 136, qui arrivent au même résultat, mais par des motifs différents. La Cour d'appel de Celle est d'avis que la compétence de l'office de la jeunesse constitue une question de procédure et devrait donc être déterminée selon la *lex fori*, ici la loi allemande, raisonnement certainement erroné.

(25) Cf. la note précédente.

que l'enfant ait un père, Franz reconnaît la paternité devant l'officier de l'état civil de Bucarest.

Dans ce cas aussi, la reconnaissance de Franz est valable au regard des lois allemandes. Du point de vue allemand, il suffit que la reconnaissance de paternité soit conforme à l'une des lois énoncées à l'article 20, alinéa premier, EGBGB (26). La déclaration de Franz est conforme au droit roumain, la loi nationale de la mère. Or le droit roumain a pour seule exigence l'aveu du père (27). Il n'est donc pas allemand.

c) Dans notre troisième exemple, Franz se rend à Rabat. Il se lie d'amitié avec un jeune Marocain, Rachid. Celui-ci a une charmante sœur, Djemila, dont Franz tombe aussitôt amoureux. De cet amour naît, en août 1994, un petit Mohammed, que Franz reconnaît comme son fils légitime (27 bis). Les deux *ādāl* (notaires) qui instrumentent cet acte le croient musulman.

Le petit Mohammed est-il allemand ? Pour que Mohammed acquière la nationalité allemande, il faut d'une part que la reconnaissance de paternité de Franz soit valable selon l'une des lois énoncées à l'article 20, alinéa premier, EGBGB, d'autre part que la loi applicable soit cumulée avec la loi nationale de l'enfant quant à l'exigence éventuelle du consentement de ce dernier.

La reconnaissance de paternité est-elle valable selon la loi nationale du père, c'est-à-dire la loi allemande ? La forme requise par la loi du lieu de la reconnaissance ayant été respectée, la déclaration de Franz est valable quant à la forme. Cependant, la loi allemande exige le consentement du représentant légal de l'enfant (28). En l'espèce, ce consentement fait défaut. Selon la doctrine malékite (29), Djemila n'est pas titulaire de l'autorité parentale. Son consentement ne pourrait donc pas déployer d'effets. Même la mère d'un enfant légitime ne possède pas un tel pouvoir. Elle a uniquement la *hadāna*, c'est-à-dire le droit de prendre soin de son enfant. Mais la *hadāna* s'éteint très tôt (30).

La reconnaissance de paternité (légitime) est-elle valable selon la loi nationale de la mère, c'est-à-dire la loi marocaine ? Il y a lieu de distinguer deux hypothèses :

1° Franz s'est converti à l'islam : la doctrine malékite s'applique, bien que Franz soit allemand ; c'est l'un des principes du droit interreligieux (31). Sa

(26) Cf. *supra*, IV.3.

(27) Cf. l'article 57, alinéa 2, de la loi sur la famille et Jayme/Munteanu, *Rumänisches Familienrecht*, Frankfurt 1983, p. 92. Les nouvelles règles de conflit roumaines — loi du 22 sept. 1992 — ne renvoient pas à la loi allemande (cf. l'art. 28, al. 1^{er}, par. 1, de cette loi).

(27 bis) Cette précision est nécessaire, le droit musulman ignorant la reconnaissance de paternité naturelle.

(28) Cf. les articles 1600 c et 1600 d BGB.

(29) Cette doctrine est appliquée au Maroc ; cf. Mernessi, « Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain », in : Carlier/Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles 1992, p. 111 et s., spéc. p. 116 et s.

(30) Le fait que les musulmanes soient privées de droits élémentaires viole l'ordre public allemand. Mais peut-on admettre en l'espèce la proximité spatiale avec le for à laquelle la doctrine dominante et la jurisprudence subordonnent l'éviction de la loi étrangère ? Par ailleurs, le consul allemand à Rabat ne devrait pas faire de zèle en recevant la déclaration de la mère, même s'il en a la compétence. Selon le chiffre 3.2.2.2 des *Ausführungsvorschriften zu den personenstandsrechtlichen Bestimmungen des Konsulargesetzes* (= Circulaire sur l'application des dispositions de la loi consulaire en matière d'état civil), le consul doit en effet authentifier la déclaration de l'enfant consentant à une reconnaissance de paternité. Il respectera l'article 373, alinéas 1^{er} à 3, DA.

(31) Cf. Moulay Rachid, « Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel », in : Carlier/Verwilghen, *supra*, note 29, p. 150 : « Dès qu'un Marocain ou un musulman est en cause, on considère que l'Oumma

déclaration ne nécessite donc aucun consentement du représentant légal de l'enfant. Mohammed est de ce fait allemand.

2° Franz ne s'est pas converti : la reconnaissance de paternité d'un chrétien à l'égard d'un enfant musulman peut-elle déployer des effets ? Comme musulman Franz aurait la possibilité de déclarer unilatéralement que Mohammed est issu d'un mariage, que l'enfant est donc légitime. Cependant, l'Islam n'admet pas les mariages entre chrétiens et musulmans (32). La déclaration de Franz est donc nulle et de nul effet.

Peut-il reconnaître sa paternité devant le consul allemand de Rabat ? Le droit islamique n'attribue pas aux consulats allemands la compétence de recevoir une reconnaissance d'enfant. Au regard de la loi marocaine, la déclaration de Franz restera donc sans effets. Cette solution concorde avec celle de la loi allemande. En effet, le chiffre 3.2.2.4 de la Circulaire sur l'application des dispositions de la loi consulaire en matière d'état civil dispose expressément que les représentations allemandes à l'étranger ne sont pas appelées à authentifier une reconnaissance de paternité relevant d'une loi étrangère.

5. Passons à la deuxième hypothèse : l'établissement de la paternité par un jugement entré en force.

a) Lorsqu'un tribunal allemand a statué, l'acquisition de la nationalité allemande ne peut être remise en cause.

L'enfant acquiert également la nationalité allemande lorsque l'action en désaveu du père allemand est rejetée et que le dispositif du jugement précise que le demandeur est le père de l'enfant. Le jugement déploie ses effets également à l'égard du tiers qui prétend être le père, qu'il ait été partie à la procédure ou non (33).

b) Qu'en est-il lorsque c'est un tribunal étranger qui a statué ?

aa) Tout dépend alors de savoir si le jugement étranger peut être reconnu. Dans ce domaine, la législation allemande ne connaît pas, comme en matière matrimoniale, de procédure d'exequatur. C'est au contraire à l'autorité concernée de vérifier elle-même si nous pouvons accepter ou non le jugement étranger.

bb) L'article 286 de l'Instruction générale relative à l'état civil joue ici un rôle important. Lorsque l'inscription d'une annotation marginale ou d'une annotation dans le livret de famille doit se faire sur la base d'une décision ou d'un document étranger, l'autorité de surveillance vérifiera d'abord si ces pièces peuvent déployer leur effet en Allemagne. C'est pourquoi l'officier de l'état civil est tenu de lui transmettre le dossier.

L'officier de l'état civil n'est toutefois pas lié par l'avis de l'autorité de surveillance. Sa liberté d'appréciation est comparable à celle d'un juge. A ce sujet l'autorité de surveillance n'a ni le pouvoir de donner des instructions ni le droit d'agir en lieu et place de l'officier de l'état-civil compétent. Aux termes de l'article 45, alinéa 2, de la loi allemande sur l'état civil c'est ce dernier, et non l'autorité de surveillance, qui a le droit de déférer le cas à l'*Amtsgericht*, le tribunal d'instance (34).

transcende les nationalités. On s'efforce de sauvegarder l'Islam. On considère qu'un musulman ne saurait être soumis à une loi étrangère en terre d'Islam. »

(32) Cf. l'article 29 du Code du statut personnel marocain.

(33) Art. 641 h et 641 k ZPO (= *Zivilprozessordnung* = Code de procédure civile allemand).

(34) OLG Frankfurt StAZ 1967.126 ; KG (= *Kammergericht* : Cour d'appel de Berlin) StAZ 1969.39 et s. ; Jannitsch, « Prüfung einer ausländischen Entscheidung in Kindschaftssachen durch die Aufsichtsbehörde », StAZ 1975.227 et s. ; Buchheim, « Die Mitwirkung der Standesamtsaufsicht bei der Beurkundung von Personensstands-fällen », StAZ 1978.3 et s.

cc) Comment l'officier de l'état civil, l'autorité de surveillance, les préfectures et les sous-préfectures procèdent-ils dans leur examen incident ?

Il importe tout d'abord de déterminer si, du point de vue allemand (35), la décision rendue par l'instance étrangère relève de la juridiction gracieuse ou de la juridiction contentieuse. En effet, des conventions internationales bilatérales ou multilatérales peuvent exister dans ce domaine et régler la reconnaissance des décisions, en se limitant tantôt aux seuls jugements de la juridiction contentieuse, tantôt à ces derniers et à certaines décisions de la juridiction gracieuse (36). Dans la mesure où ces conventions ne sont pas applicables — elles sont souvent plus restrictives que le droit national allemand somme toute fort libéral — l'article 328 ZPO s'applique aux décisions de la juridiction contentieuse. Cette disposition intervient à titre supplétif et n'est pas affectée par les conventions internationales. C'est la solution la plus favorable à la reconnaissance qui s'impose (37). Lorsqu'on a affaire à une décision de la juridiction gracieuse qui ne tombe sous le coup d'aucune convention internationale, l'article 16, lettre a, de la loi sur la juridiction gracieuse (38) trouve application. Les deux normes concordent pour l'essentiel, tout au moins en matière de filiation où la réciprocité n'a pas besoin d'être assurée (art. 328, al. 2, ZPO).

Il faut — c'est la condition la plus importante pour la reconnaissance de jugements — que le tribunal étranger ait possédé du point de vue du droit allemand la compétence internationale ; en d'autres termes que le juge étranger ait pu admettre sa compétence s'il avait appliqué le code de procédure civile allemand et non le sien. On parle dans ce cas du principe de la symétrie des règles de compétence. Les Allemands qui aiment les images parlent de *spiegelbildliche Zuständigkeit* ou de *Spiegelbildprinzip*, expressions qu'on pourrait, à la rigueur, traduire par compétence réfléchie ou principe de l'image-miroir. Si les conditions coïncident parfaitement avec les conditions allemandes, si les conditions prévues par le code de procédure civile allemand sont, d'un point de vue symétrique, remplies, la reconnaissance du jugement étranger ne peut être refusée. L'éventail des décisions à reconnaître correspond donc exactement à l'éventail des litiges pour lesquels on se déclare compétent.

dd) Quelles sont les règles de compétence internationale prévues par le code de procédure civile allemand en matière d'établissement de la paternité ?

Il importe ici de ne pas tirer de conclusions hâtives de l'article 641 ZPO (39). Lorsqu'on lit cette disposition, on a en effet tendance à écarter l'article 640 a, alinéa 2, ZPO (40) et on est tenté d'appliquer par analogie à la compétence internationale l'article 641 a ZPO (41) qui règle la compétence *ratione loci*.

(35) La qualification se fait selon la *lex fori* allemande ; cf. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, Munich 1987, n° 2234, p. 451.

(36) Pour plus de détail, voir Keidel/Kuntze/Winkler, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, partie A, 12^e éd., Munich 1987, art. 16 a FGG, n° 11.

(37) Cf. Geimer (*supra*, note 35), n° 2190, p. 440.

(38) Cette loi s'appelle *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, en abrégé FGG.

(39) Cette disposition est ainsi conçue : « Les actions tendant à constater l'existence ou l'inexistence d'une paternité naturelle, d'une paternité basée sur une légitimation par mariage subséquent ou par autorité de justice sont régies par les dispositions spéciales énoncées ci-après. »

(40) Cette disposition a la teneur suivante : « Les tribunaux allemands sont compétents lorsque l'une des parties 1° est allemande ou 2° a sa résidence habituelle en Allemagne. Cette compétence n'est pas exclusive. »

(41) Cette disposition a la teneur suivante : « Est exclusivement compétent le tribunal d'instance saisi d'une tutelle ou d'une curatelle sur l'enfant. Lorsque ni tutelle ni curatelle ne sont organisées en Allemagne, sera exclusivement compétent le tribunal d'instance dans le ressort duquel l'enfant est domicilié, ou, à défaut d'un domicile allemand, réside habituellement. Lorsque l'enfant ne possède ni

Ce n'est pourtant pas le but que recherchait le législateur en abrogeant l'article 641 a, alinéa 2, ZPO. L'ancien alinéa 2 de l'article 641 a ZPO définissait les cas dans lesquels les règles de l'alinéa premier ne faisaient pas obstacle à la reconnaissance d'un jugement étranger (le père ou l'enfant vit dans le pays dans lequel le jugement a été rendu ; les deux parties sont des ressortissants de cet Etat). L'abrogation en cause avait pour objectif de limiter l'application de l'article 641 ZPO à la compétence *ratione loci*, et de voir appliqué de façon générale l'article 640 a ZPO en matière de filiation, donc également dans le domaine de l'établissement de la paternité (42).

Il résulte de ce qui précède que les tribunaux allemands sont compétents pour l'établissement de la paternité, soit lorsque le père ou l'enfant est allemand, soit lorsque le père ou l'enfant réside habituellement en Allemagne.

En appliquant le principe de la symétrie, cela signifie que les tribunaux étrangers sont compétents, soit lorsque l'enfant est un ressortissant de l'Etat qui a prononcé le jugement, soit lorsque le père allemand ou l'enfant étranger réside habituellement dans l'Etat qui a prononcé le jugement.

Comme il s'agit de l'acquisition de la nationalité a patre le père doit bien sûr être allemand.

6. L'acquisition de la nationalité allemande a patre par un enfant naturel est exclue si la procédure d'établissement de la paternité est engagée alors que l'enfant a déjà atteint l'âge de 23 ans révolus.

Les termes *procédure d'établissement* doivent être entendus au sens le plus large. Est visé tout acte formel générateur de rapports parents-enfants. Il s'agit donc des établissements volontaires aussi bien que des établissements judiciaires, des reconnaissances, des jugements et des décisions.

La limite fixée dans le temps doit éviter les abus de droit qui pourraient résulter de reconnaissances de complaisance. Pourquoi la limite légale a-t-elle été fixée à 23 ans ? On pense d'abord au problème du service militaire obligatoire. L'obligation de servir prend-elle fin à 23 ans ? Pas du tout. En Allemagne, le soldat reste soumis au contrôle militaire jusqu'à 32 ans (43). La limite d'âge de 23 ans se retrouve par contre à l'article 10 RuStAG : le droit à la naturalisation des enfants naturels qu'a introduit en 1974 la loi portant modification du RuStAG, le RuStAGAndG, ne peut précisément être exercé que jusqu'à cet âge. Selon les travaux préparatoires de l'article 4 RuStAG nouveau, on a choisi comme limite la 23ème année en se basant sur la convention de New York sur la réduction des cas d'apatridie (44).

domicile ni résidence habituelle en Allemagne, c'est le domicile, et à défaut de domicile allemand, la résidence habituelle du père prétendu qui est déterminant. Lorsque ce dernier ne possède pas non plus de domicile ou de résidence habituelle en Allemagne alors que lui ou son enfant prétendu sont de nationalité allemande, c'est le tribunal d'instance de Schöneberg, à Berlin, qui est exclusivement compétent. »

(42) Cf. Pirrung, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Texte, Materialien, Hinweise*, Cologne 1987, p. 203.

(43) Les officiers même jusqu'à 60 ans, les sous-officiers jusqu'à 45 ans ; cf. l'article 24, alinéa 1, de la loi allemande sur l'obligation de servir (*Wehrpflichtgesetz*) dans la mouture de la loi du 13 juin 1986.

(44) BT-Drucks. 12/4450 p. 36. — Aux termes de l'article premier, alinéa 5, lettre a, de cette convention, chaque Etat contractant peut subordonner l'octroi de sa nationalité à la condition que l'apatride né sur le territoire d'un autre Etat contractant dont il ne peut acquérir la nationalité n'ait pas 23 ans révolus. La même limitation est possible lorsque la nationalité d'un Etat contractant doit être accordée selon l'article 4, alinéa 1, à un apatride qui n'est pas né sur le territoire de l'un de ces Etats, mais dont le père ou la mère possédait au jour de sa naissance, la citoyenneté de l'un des Etats contractants. La République fédérale d'Allemagne a fait usage de cette faculté à l'article 4, chiffre 1, de sa loi

On peut aisément en deviner la raison. A 23 ans en effet, la formation professionnelle des jeunes gens est ou devrait être terminée. Elle l'est en principe dans la plupart des pays du monde.

Lorsque des jeunes qui n'ont pas atteint cet âge sont reconnus, cela coûte de l'argent. Il y a des frais de formation à supporter (45). Les adultes n'entraînent en revanche aucune dépense. Ils subviennent à leurs besoins, ou peuvent même représenter une source de revenu. En effet, des reconnaissances peuvent être accordées contre de l'argent ou donner lieu à des chantages : si tu ne paies pas, je contesterai la reconnaissance. Tu seras à nouveau un étranger, dans tous les cas expulsé et peut-être même poursuivi pour avoir induit en erreur les autorités allemandes !

7. L'établissement de la paternité — qu'elle résulte d'une reconnaissance ou d'un jugement — confère dès la naissance la nationalité allemande à l'enfant naturel de père allemand. La loi dit qu'il pourra « s'en prévaloir » (*geltendmachen*). Ce terme ne signifie pas qu'une demande doit être déposée auprès de l'autorité compétente exerçant un pouvoir de contrôle. « Se prévaloir » signifie invoquer un droit existant. Une reconnaissance n'est effective que lorsque toutes les déclarations faites le sont en bonne et due forme. Un jugement doit être entré en force. Ces deux formes juridiques prennent toutefois rétroactivement effet au jour de la naissance de l'enfant (46).

V. Apparences trompeuses.

1. On pourrait être tenté d'admettre que la reconnaissance produit un conflit mobile, qu'elle modifie le statut personnel de tout enfant étranger auquel la loi allemande ne s'appliquait pas déjà parce qu'il était apatride ou réfugié, ou parce que sa loi nationale y renvoyait.

Raisonnement ainsi c'est cependant perdre de vue que la reconnaissance rétroagit au jour de la naissance. En effet, la reconnaissance ne fait qu'étaler au grand jour le fait que l'enfant a acquis la nationalité allemande par filiation à parre, et cela au moment même où il est né.

d'application du 29 juin 1977 (BGBl. 1977.I, p. 1101 et s.). Elle ne se contente cependant pas de conférer aux apatrides la faculté d'acquérir la nationalité allemande, mais la concède également à tous les enfants naturels issus d'un père allemand (cf. BT-Drucks. 8/13, p. 8 et s.) (art. 10 RuStAG dans la mouture du 29 juin 1977).

C'est d'ailleurs le mémoire déposé par le Danemark le 15 janvier 1959 auquel remonte le choix des 23 ans révolus (Conférence des Nations Unies pour l'élimination ou la réduction des cas d'apatridie, A/Conf. 9/4 p. 22). La raison en est la suivante : passé le cap de la majorité, la question de la nationalité ne doit pas rester trop longtemps en suspens. Comme il ressort du protocole A/Conf. 9/C.1/SR. 4 p. 7 et 10, l'apatride doit cependant conserver le droit de se faire naturaliser dans l'Etat de sa résidence, lorsqu'une demande présentée dans sa 18^e année dans l'Etat de sa naissance avait été rejetée.

(45) Bien sûr, ce n'est pas une telle obligation d'entretien qui va dissuader les personnes sans revenu et sans fortune de déclarer des reconnaissances de complaisance.

(46) Comme le relèvent Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4^e éd., Munich 1994, § 52.I.5, p. 797, la création d'un rapport de droit père-enfant résulte d'un acte qui intervient le plus souvent après la naissance. Néanmoins, ce rapport est réputé réalisé au jour de la naissance. Toute autre règle ne serait guère compatible avec le principe même dont s'inspire le droit de la filiation. Si l'article 1600 a, phrase 2, BGB empêche l'enfant de se prévaloir de la paternité avant que cet acte ne soit intervenu, c'est que le législateur veut subordonner à l'établissement de la paternité l'exercice des droits qui en résultent, cela en vue de faire régner un maximum de clarté dans les rapports d'état civil.

A vrai dire, nous sommes ici en présence d'une hypothèse que les auteurs allemands appellent *Leben unter falschem Recht*, c'est-à-dire sembler être soumis à une loi qui, en fait, ne gouverne pas le rapport de droit en question.

2. Ce phénomène peut-il entraîner des conséquences juridiques pratiques ? C'est assurément le cas. En effet, le nom de l'enfant peut changer, car, jusqu'au moment de la reconnaissance, il a été donné conformément à une loi étrangère — qui peut différer de la loi allemande (47).

Une telle hypothèse peut être illustrée par les exemples suivants :

a) Jana Janner née Strauss, jeune veuve autrichienne, retrouve espoir en la personne de Hans von Hassewitz, poète allemand. A Stuttgart, Jana met au monde une petite fille, Eva. Selon la loi autrichienne (art. 165 ABGB (48)), la petite s'appelle Eva Strauss. La loi autrichienne de 1989 portant réforme du droit de la filiation n'a pas modifié cette règle. Si Hans reconnaît l'enfant, Eva est double nationale dès le jour de sa naissance. Toutefois, pour déterminer son nom de famille, on appliquera exclusivement la loi allemande (art. 5, 2^e phr., EGBGB). L'enfant de Hans et Jana s'appellera donc Eva Janner, et non pas Eva Strauss. L'officier de l'état civil devra donc procéder à une annotation marginale au registre des naissances (49).

b) Comme son nom le laisse deviner, Dolores Sanchez Garcia est espagnole. Elle donne naissance à un petit garçon qu'elle prénomme Miguel. L'enfant s'appelle Miguel Sanchez Garcia. Si son père, un Allemand, le reconnaît, Miguel est allemand dès le jour de sa naissance. Son nom de famille sera alors simplement Sanchez. En effet, la Cour fédérale a jugé que, du point de vue allemand, seul le premier des deux *apellidos* peut être assimilé à un nom de famille (50). L'officier de l'état civil devra donc, comme dans notre premier exemple, procéder à une annotation marginale au registre des naissances.

VI. Champ d'application temporel du nouvel article 4, alinéa premier, RuStAG.

Le nouvel article 4, alinéa premier, RuStAG est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1993. La loi du 30 juin 1993 portant réforme de la procédure d'octroi de l'asile, de la condition des étrangers et de certaines dispositions relatives à la nationalité ne contient aucune disposition transitoire. Le nouvel article 4, alinéa premier, RuStAG ne s'applique donc qu'aux enfants naturels nés après le 1^{er} juillet 1993. Les enfants naturels nés avant cette date sont soumis aux anciennes dispositions, lesquelles seront bientôt d'un autre âge.

VII. Enfants naturels nés avant le 1^{er} juillet 1993.

Les enfants naturels nés avant le 1^{er} juillet 1993 peuvent être divisés en deux groupes :

(47) Selon l'article 10, alinéa premier, EGBGB le nom est régi par la loi nationale.

(48) Abréviation de *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* = Code civil autrichien.

(49) Cf. les articles 283, alinéa premier, chiffres 2, 3 et 6, 285 et 286 DA.

On peut se demander si, dans de telles hypothèses, le consentement de l'enfant doit être requis, comme le prévoit, dans des cas analogues, l'article 1617, alinéa 2, BGB. Il faut répondre par la négative, car la situation énoncée par cette disposition est autre : la mère change de nom. Or ce n'est pas le cas en l'espèce. Seule la fille change de nom.

(50) Cf. BGHZ (= *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* = Recueil des arrêts de la Cour fédérale rendus en matière civile) 109, p. 1 et s. = *IPRspr.* 1989 n° 19 = *StAZ* 1989.372 et s., et Sturm, « *Spanisches Namensrecht vor dem Forum von Art. 220 Abs. 5 S. 3 EGBGB* », *IPRax* 1990.99 et s.

1. Ceux qui ont acquis la nationalité allemande avant l'entrée en vigueur du Traité d'unification (le 3 octobre 1990).

Et ici, il y a lieu de distinguer à nouveau :

a) les enfants naturels est-allemands. Ceux-ci étaient déjà au bénéfice de la nouvelle teneur de l'article 4, alinéa premier, RuStAG, puisque celle-ci se calque sur l'article 3, première phrase, de l'Ordonnance du 30 août 1954 et sur l'article 5 du Code de la nationalité est-allemande (51). Le 3 octobre 1990, ces dispositions ont été remplacées par le RuStAG (52).

b) les enfants naturels ouest-allemands. Ces derniers étaient régis par les dispositions du RuStAG suivantes :

- article 10, acquisition de la nationalité par naturalisation ;
- article 5, acquisition de la nationalité par légitimation ;
- article 6, acquisition de la nationalité par adoption.

Ils n'acquerraient donc pas de plein droit la nationalité allemande suite à la reconnaissance du père allemand.

Selon l'article 10 RuStAG, la demande de naturalisation était subordonnée à une reconnaissance de paternité valable au regard des lois allemandes et à un séjour légal en Allemagne ayant duré au moins trois ans. En outre, la procédure devait avoir été engagée avant que l'enfant n'eût accompli sa 23^e année (53).

2. Ceux qui ont acquis la nationalité allemande après l'entrée en vigueur du Traité d'unification.

Comme nous l'avons vu plus haut, le RuStAG a remplacé les dispositions est-allemandes. Ce sont donc les articles 10, 5 et 6 énoncés ci-dessus qui s'appliquaient dans toute l'Allemagne (du 3 octobre 1990 au 30 juin 1993).

VIII. Perte de la nationalité allemande par des enfants naturels.

1. L'enfant naturel perd *ex tunc* la nationalité allemande lorsque la reconnaissance a été attaquée avec succès ou lorsque le jugement établissant la paternité a été rétracté à la suite d'un recours en révision.

2. En droit allemand le père, la mère ou les parents du père ne peuvent attaquer la reconnaissance que pendant le délai d'une année fixé par l'article 1600 h, alinéa premier, BGB. Le départ du délai est réglé par les dispositions de l'article 1600 h, alinéas 2 à 6, BGB. Une simple déclaration ne suffit pas. Celui qui désire remettre en cause la reconnaissance doit introduire une instance. L'action en contestation doit être dirigée tantôt par le père contre l'enfant, tantôt par la mère et l'enfant contre le père (art. 1600 l, al. 1^{er}, BGB). Elle suppose la découverte d'éléments qui rendent la paternité douteuse ou l'existence de vices de la volonté, erreur, menace ou contrainte.

3. Selon l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence (54), le père de l'enfant peut contester sa paternité même s'il s'est prêté à une reconnaissance de complaisance, en d'autres termes s'il savait qu'il ne pouvait pas être le père de celui-ci, soit parce qu'il ne cohabitait pas avec la mère, soit parce qu'il est stérile ou dans l'incapacité de procréer.

(51) Cf. *supra*, I.

(52) Cf. l'article 8 du Traité d'unification et Sturm, « L'impact du Traité d'unification sur le droit privé de l'Allemagne unie », *Clunet* 1991.7 et s., spéc. p. 9 et s.

(53) Cf. *supra*, IV.6.

(54) Cf. l'exposé des motifs du Ministre de la Justice, *Amtliche Begründung zu § 1600 g*, p. 31, et Gernhuber/Coester-Waltjen (*supra*, note 46), § 52.1.3, p. 796, en particulier note 5, où se trouvent de nombreuses autres références.

4. Un père allemand peut-il toujours invoquer les règles que nous venons d'esquisser lorsqu'il veut agir en contestation ? Ou faut-il que la loi nationale de la mère et celle du lieu de résidence habituelle de l'enfant donnent leur aval ?

L'article 20, alinéa premier, EGBGB se contente de régler les conflits de loi en matière d'établissement de la paternité. Cette disposition ne précise pas quelle loi doit être consultée pour l'annuler. A notre avis, il faut se rallier à Henrich (55) et opérer une distinction : lorsque la reconnaissance n'est valable qu'au regard de l'une des lois énumérées à l'article 20, alinéa premier, EGBGB, la contestation sera également soumise à cette loi. En revanche, lorsque la reconnaissance est valable au regard de plusieurs lois mentionnées à l'article 20, alinéa premier, EGBGB, par exemple la loi nationale de la mère et celle du père, la reconnaissance ne pourra être annulée que si les deux législations en question accordent cette faculté. Finalement, c'est donc la loi la plus favorable à l'enfant qui est déterminante (56).

Illustrons cette règle par un exemple : en Suisse, un ressortissant allemand reconnaît l'enfant d'une Suissesse. L'acte de reconnaissance est valable aussi bien selon la loi suisse que selon la loi allemande. Six ans plus tard, il apparaît que cet Allemand a été, par une tromperie perfide, convaincu de rapporter cet enfant, la Suissesse lui ayant fait croire qu'elle n'avait eu de rapports intimes avec personne d'autre durant la période critique. Selon la loi suisse, une reconnaissance de paternité ne peut plus être attaquée passé un délai de cinq ans (57). En droit allemand, ce délai est de trente ans (58). Dans le cas d'espèce, la loi suisse exclut donc l'annulation de la reconnaissance. Elle est en effet plus favorable à l'enfant (59). En revanche peu importe que la reconnaissance ait été déclarée devant un officier de l'état civil suisse ou devant un officier de l'état civil allemand (60).

(55) *Supra*, note 21, § 6.III.9, p. 204.

(56) Dans ce sens l'opinion dominante ; cf. Beitzke, « Neuerungen im internationalen Kindschaftsrecht », ZfJ 1986.477 et s., 537 et s., spéc. p. 539 ; Sturm, « Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », cette *Revue*, 1987.33 et s., spéc. p. 65 ; Staudinger/Kropholler, *Kommentar zum BGB*, 12^e éd., Berlin 1988, Art. 20 EGBGB, n° 41 ; Klinkhardt, in : *Münchener Kommentar zum BGB*, 2^e éd., Munich 1990, Art. 20 EGBGB, n° 27 ; Palandt/Heldrich (*supra*, note 21) Art. 20 EGBGB, n° 9.

Plus dubitatif Henrich (*supra*, note 21). L'opinion dominante n'est pas partagée par Hepting, in : Hepting/Gaaz, *PSG*, 29^e mise-à-jour, Francfort 1992, art. 30 PSG, n° 156. L'auteur attache plus d'importance à l'intérêt du père de pouvoir attaquer sa reconnaissance qu'à l'intérêt de l'enfant de jouir d'une situation juridique régulièrement acquise. Sa solution n'est cependant guère compatible avec le principe posé par le législateur qui, conformément à l'article 6, alinéa 5, de la Constitution allemande, désire faire bénéficier l'enfant du régime résultant de la loi la plus favorable.

(57) Article 260 c, alinéa premier, C. civ. suisse.

(58) Cf. l'article 1600, alinéa 2, phrase 2 combiné avec l'article 124, alinéa 3, BGB.

(59) L'exemple donné par Henrich (*supra*, note 21) p. 205 n'est pas pertinent. La loi turque permet également au père prétendu qui a été trompé d'attaquer sa reconnaissance ; cf. Siehr, « Die Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung im IPR », *IPRax* 1984.20 et s. Certes, la loi turque ne fonde pas cette faculté sur le droit de la famille, mais sur les articles 23 et s. du code turc des obligations permettant d'annuler une déclaration pour vice de la volonté. Henrich s'est probablement inspiré de la décision erronée de l'OLG Bremen, *IPRax* 1984.34 et s. = *IPRspr.* 1982, n° 94.

(60) Henrich (*supra*, note 21), p. 205, par contre, fait cette différence.

5. Lorsqu'un jugement établissant la paternité a passé en force de chose jugée, la seule voie ouverte pour la rétractation est un recours en révision déposé, le cas échéant, auprès d'une instance étrangère (61).

En procédure civile allemande, le recours en révision est recevable lorsqu'une nouvelle expertise relative à la paternité est produite, expertise qui, seule ou en concours avec des preuves administrées dans la procédure qui a abouti au jugement contesté, ait été susceptible de donner lieu à une décision différente (art. 641 i ZPO). Toutefois, tous les codes de procédure civile, et loin s'en faut, ne connaissent pas une disposition similaire.

6. La contestation de la paternité et le recours en révision sont des actions d'état. Lorsque le demandeur obtient gain de cause, le dispositif du jugement constatera donc que le demandeur voire le recourant n'est pas le père de l'enfant. Cette constatation fait cesser avec effet *erga omnes* l'établissement de la paternité basé sur la reconnaissance ou sur le jugement rétracté (art. 1600 f, al. 1^{er}, BGB).

Une reconnaissance valable crée la présomption que le déclarant a engendré l'enfant (art. 1600 m, 1^{er} phr., BGB). Cette présomption doit donc être renversée. À moins que la déclaration soit entachée d'un vice de la volonté (art. 116 et s., BGB), le demandeur doit prouver ne pas avoir donné la vie à l'enfant qu'il a reconnu (62).

IX. Perte de la nationalité allemande par des enfants légitimes.

1. Lorsque la mère est allemande, le jugement donnant suite à l'action en désaveu du père n'a aucune influence sur la nationalité de l'enfant. Dans ce cas, c'est en effet la mère qui a pu transmettre sa nationalité à l'enfant. Celui-ci aurait également été allemand, s'il était né comme enfant naturel.

2. Les choses se présentent différemment si le père est allemand et la mère étrangère. Le jugement d'un tribunal allemand qui est passé en force de chose jugée prive rétroactivement l'enfant de la nationalité allemande (63). Comme jugement constitutif il s'impose *erga omnes* et ne peut être mis en doute par quiconque, même s'il est mal fondé ou applique une loi qui, en réalité, ne pouvait pas l'être (64).

3. En revanche, un jugement étranger entré en force ne retire sa nationalité allemande à l'enfant que s'il peut être reconnu en Allemagne. Mis à part les conventions internationales, c'est l'article 328 ZPO qui règle cette question. Pour les causes relevant du droit de la filiation, il suffit que le juge étranger ait possédé, du point de vue allemand, une compétence internationale (65).

Pour déterminer la compétence internationale d'un juge étranger, il y a lieu de bilatéraliser l'article 640 a, alinéa 2, ZPO. Ainsi, cette disposition doit se lire de la façon suivante : Un jugement en désaveu de paternité étranger est reconnu, 1^{er} lorsque l'enfant ou la mère, si elle a qualité pour agir, possède la nationalité de l'Etat dans lequel la décision a été rendue, ou 2^o lorsque l'enfant, la mère ou

(61) Cf. l'article 584 ZPO ; Martiny, *Handbuch des internationalen Verfahrensrechts*, III.1, Tubingue 1984, n° 660, p. 303 ; BGH *IPRspr.* 1976, n° 151.

(62) Palandt/Diederichsen (*supra*, note 21), § 1600 g, BGB, n° 1.

(63) Makarov/von Mangoldt, *Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht*, 3^e éd., Frankfurt 1986, § 4 RuStAG, n° 13 ; Hailbronner/Renner, *Staatsangehörigkeitsrecht*, Munich 1991, § 4 RuStAG, n° 7.

(64) Raape/Sturm, *Internationales Privatrecht I*, 6^e éd., Munich 1977, p. 290 et s., et Sturm, « Scheidung und Wiederheirat von Ausländern in Deutschland », *Festschrift Lorenz*, Tubingue 1991, p. 592 et s., spéc. p. 610 et s., où l'on trouve d'autres références.

(65) Cf. *supra*, IV.5 b, cc.

le père allemand a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel la décision a été rendue.

Comme nous l'avons vu (66), les décisions étrangères rendues en matière de filiation ne sont pas soumises à une procédure spéciale de reconnaissance, d'exequatur ou de *delibazione*, comme c'est le cas par exemple en France, en Italie ou en Turquie. L'examen de la décision intervient de manière incidente, en tant que question préalable. Il relève de la compétence des officiers de l'état civil et des autorités de surveillance. La tâche de ces fonctionnaires n'est pas une sinécure !

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN VON
R. KNÜTEL, D. NÖRR, W. WALDSTEIN,
A. LAUFS, E. WADLE,
H.-J. BECKER, M. HECKEL, K. W. NÖRR

HUNDERTELFTER BAND
CXXIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

GERMANISTISCHE ABTEILUNG



1994

BÖHLAU VERLAG WIEN – KÖLN – WEIMAR

Sonderdruck / Im Buchhandel einzeln nicht käuflich!

Elisabeth Koch, *Maior dignitas est in sexu virili. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jahrhunderts* (= *Ius Commune*, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Sonderhefte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 57). Klostermann, Frankfurt a. M. 1991. 278 S.

I. 1. Den Titel der hier zu besprechenden Frankfurter Habilitationsschrift entnahm die Autorin D. 1, 9, 1 pr. Die Verfasserin meint, der römischrechtliche Satz drücke wie kein anderer die auch noch im 16. Jh. allgemein gültige Vorstellung über das Verhältnis der Geschlechter aus und spiegele sich im rechtlichen wie außerrechtlichen Verhaltenskodex der Zeit wider. Wie der Untertitel ihrer Arbeit deutlich macht, gilt ihr Augenmerk dieser durch Reformation und Humanismus wachgerüttelten Epoche. Sie beschränkt sich dabei, was das Rechtsleben anbelangt, aber auf Deutschland.

2. Die Autorin betritt Neuland. Sie untersucht die Rechtsstellung der Frau nicht nur an Hand juristischer Quellen, sondern zieht auch humanistische, theologische und literarische Äußerungen heran. Dieser breitere, den eigentlich rechtlichen Rahmen sprengende Ansatz erlaubt ihr dann, die geistige Bewegung aufzuzeigen, die ein Umdenken einleitete, mag sie auch in der Rechtswirklichkeit des 16. Jhs noch nicht zum Tragen gekommen sein.

II. 1. In Kapitel I, der Einleitung¹⁾, umreißt die Verfasserin ihr Forschungsvorhaben.

2. Kapitel II ist den privatrechtlichen Normen und Lehren gewidmet. Die einzelnen Abschnitte werden dabei mit Wendungen aus zeitgenössischen Quellen umschrieben, der Leser so auf die Epoche eingestimmt.

3. „Von Ehegelöbnuß“²⁾ handelt vom Kampf der katholischen Kirche und der Reformatoren gegen *matrimonia clandestina*. Hier bringt das auf dem Tridentinischen Konzil im Jahr 1563 erlassene *Caput tametsi* zwar eine klare Lösung, die sich aber wegen der verzögerten Verkündung in den einzelnen Pfarreien nur langsam durchsetzt. Die protestantischen Kirchenordnungen verschaffen der Heirat lediglich Familienöffentlichkeit. Die fehlende elterliche Zustimmung kann aber durch Vollzug der Ehe unterlaufen werden. Dies setzt freilich voraus, was die Verfasserin nicht genügend herausarbeitet, daß die Brautleute auch später noch an ihrem Ehewillen festhalten. Die *matrimonia clandestina*-Problematik wurde also weder von der katholischen noch von der protestantischen Kirche ganz gelöst. Gern gewußt hätte man freilich, inwieweit die kirchlichen Maßnahmen Rechtsstreitigkeiten über klandestine Ehen eindämmten.

¹⁾ S. 1–12.

²⁾ S. 13–18.

Worin liegt in diesem Zusammenhang die Zurücksetzung der Frau? Galten für Mann und Frau, Sohn und Tochter nicht die gleichen Formerfordernisse? Es waren die sozialen Folgen, die sich aus nicht beweisbaren heimlichen Ehen ergaben, die die Frau ungleich härter trafen. Sie verminderten nämlich ihre Heiratsaussichten und damit ihre wirtschaftliche Absicherung. Elisabeth Koch geht darauf merkwürdigerweise erst im strafrechtlichen Teil ihres Buches ein. Der Leser muß sich hier in Geduld üben.

4. Zu unterschiedlicher Gewichtung weiblicher Schwäche führen katholisches und protestantisches Eherecht auf dem Gebiet des Ehekonsenses, den die Verfasserin als Ehemillenserklärung umschreibt.

Wie sie im Abschnitt *Liber enim consensus ad matrimonium est necessarius*³⁾ zeigt, stimmen die Juristen beider Konfessionen darin überein, daß bei einer Frau ein geringerer Grad von Zwang genügt als beim Mann, um die Eheerklärung zu vernichten: *metus minor excusat mulierem quam masculum*, denn, so lautet die Begründung, *foeminae viris sunt timidiore, minusve audent; idque experientia notum est*.

Irrtum des Mannes über die Virginität seiner Braut ist im kanonischen Recht unbeachtlich. Nach reformatorischer Ansicht berechtigt ein solcher *error qualitatis* den Mann zur Auflösung der Ehe. Katholischer- wie auch evangelischerseits wird zugelassen, das Verlöbniß⁴⁾ unter die Bedingung zu stellen, *si virgo inveniaris per aspectum matronarum atque obstetricum*.

Ist dies eine rein theoretische Überlegung? Oder läßt sich eine derartige Bedingung auch in der Urkundenpraxis nachweisen? Waren die Frauen des 16. Jh.s wirklich so tugendhaft, wie es Religion und Recht verlangten? Die Zustände in Frankreich, die uns Alain Decaux⁵⁾ schildert — sie sind der Verfasserin unbekannt —, lassen hieran Zweifel aufkommen. Decaux beschreibt die lockeren Sitten unter dem Kennwort „Le siècle de Brantôme“⁶⁾.

Wie dem auch sei, anders als bei der Frau sind vorheliche Erfahrungen des Mannes nicht nur gesellschaftlich, sondern auch rechtlich ohne Folgen.

5. Der Topos von der Unzulänglichkeit der weiblichen Natur ist es jedenfalls, mit der die unterschiedliche Behandlung der Frau gerechtfertigt wird. Diese Argumentationsweise läßt sich auf vielen Gebieten nachweisen. Die Verfasserin zeigt dies in den Abschnitten über Ehefähigkeit⁷⁾, Wiederheirat⁸⁾, persönliche Ehemwirkungen⁹⁾, Güterrecht¹⁰⁾, elterliche Sorge¹¹⁾, die Rechtsstellung nichtehelicher Mütter und Kinder¹²⁾,

³⁾ S. 19–27.

⁴⁾ Die Verfasserin spricht von Eheverträgen, meint aber wohl *sponsalia de futuris*!

⁵⁾ Histoire des Françaises, I: La soumission, Paris 1972, S. 487 ff.

⁶⁾ Nach Pierre de Bourdeille, Abbé et Seigneur de Brantôme (1538–1614), der in seinen Vies des dames galantes die Sitten seiner Zeit aufleuchten läßt.

⁷⁾ Das man frawen und iunckfrawen zu rechter zeit menner geben soll (S. 25–27).

⁸⁾ *Mulier contenta unico matrimonio est exemplum honestatis* (S. 28–32).

⁹⁾ Vom Ehelichen leben, wie man das füren sol (S. 33–40).

¹⁰⁾ Von Heyratguet und Widerlegung und anderer Handlung zwischen der Eeleut (S. 41–55).

¹¹⁾ *Liberos in potestate sua mulieres non habent* (S. 56–63).

¹²⁾ Die rechtliche Position von Kindern *sine patre iusto* (S. 64–68).

die Teilnahme der Frau am Rechtsverkehr¹³⁾, Zulassung zu Berufen und Berufsausübung¹⁴⁾ und Auftreten vor Gericht¹⁵⁾.

III. 1. Kapitel III befaßt sich mit Normierungen, denen Verfasserin Strafcharakter beimißt. Sie prüft dabei, ob und inwieweit sich geschlechtsspezifische Sonderregelungen auf der Täter- wie der Opferseite finden lassen.

2. Im ersten Abschnitt¹⁶⁾ werden außereheliche Geschlechtsbeziehungen behandelt. Hier ist nicht nur zwischen Mann und Frau, sondern auf der weiblichen Seite auch zwischen Witwen und Ledigen zu unterscheiden.

Sexualbeziehungen zu einer Witwe bleiben für den Mann straflos, das Verhalten der Witwe wird unter dem Gesichtspunkt des Ehebruchs behandelt¹⁷⁾. Zwar erwartet man von ihr noch nacheheliche Treue. Mit Geldstrafen wird die Witwe aber nicht mehr belegt. Auch erhält sie ihre Mitgift von den Erben des Mannes zurück. Nach herrschender, wenn auch nicht unbestrittener Ansicht geht sie auf der Ehe beruhender standes- und vermögensrechtlicher Vorteile nicht verlustig.

Bei Verkehr mit einem unberührten Mädchen wird die vom kanonischen Recht vorgesehene Sanktion, das Mädchen zu heiraten oder ihre verminderten Heiratsaussichten durch Aufstockung ihrer Aussteuer zu erhöhen, sowohl katholischer- wie protestantischerseits gebilligt.

Führte die Frau einen lockeren Lebenswandel oder bedurfte es seitens des Mannes keiner Überredungskünste, so entfiel die Dotierungspflicht. Bei einer *virgo* wird aber Verführung vermutet. In diesem Zusammenhang kommt die Verfasserin auf die schon angesprochene *matrimonia clandestina*-Problematik zurück.

Eigenartig ist, daß katholische und protestantische Kirche die im kanonischen Recht verankerten, über das *duc aut dota* hinausgehenden Sanktionen unterschiedlich praktizieren. Während man sich katholischerseits mit einer geringen, nach richterlichem Ermessen verhängten Geldstrafe begnügt, bestrafen die Reformatoren Männer weit strenger und belegen auch eine für den außerehelichen Verkehr mitverantwortliche Frau, die katholischerseits straffrei bleibt, mit Gefängnis.

3. Hier wie auch an anderer Stelle bleibt bei der Darstellung Elisabeth Kochs manches dunkel. Die Verfasserin breitet eine Fülle von Lesefrüchten aus, läßt es aber an einer strengen Strukturierung fehlen. Auffallend ist vor allem ihre eigenwillige Qualifizierung, die weder den Quellen der Zeit noch unserem Verständnis entspricht. Daß ihre Sicht die des 16. Jh. ist, legt sie nicht dar und wäre in jedem Fall beweisfällig geblieben. Den Quellen ist nämlich eine solche *distinctio* fremd. Legt man unsere heutige Sicht zugrunde, dann müßten Heirats- und Dotierungszwang, Unterhaltspflicht gegenüber außerehelich gezeugten Kindern oder Mitgiftsverlust dem Privatrecht zugeordnet werden. Diese Sanktionen besaßen nach unserem heutigen Verständnis ja keinerlei Strafcharakter und wurden anders als die „eigentlichen“ strafrechtlichen Sanktionen nicht von der weltlichen, sondern von der geistlichen Gerichtsbarkeit verhängt.

¹³⁾ Ob und wie die Weibspersonen beständiglich contrahiren können (S. 69–74).

¹⁴⁾ *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt* (S. 75–83).

¹⁵⁾ *Quod postulare, virile sit officium — masculus plus potest in testimonio quam mulier* (S. 84–90).

¹⁶⁾ Von jungfrauen und witten schenden (S. 91–99).

¹⁷⁾ S. 127 ff.

4. Im strafrechtlichen Teil behandelt die Verfasserin weiter Vergewaltigung¹⁸), Entführung¹⁹), Kuppelei²⁰), Ehebruch²¹), Prostitution²²), Abtreibung²³), Hexerei²⁴) sowie Privilegien und Benachteiligung einer Frau in Strafprozeß und Strafvollzug²⁵).

IV. In Kapitel IV geht die Verfasserin, die sich hier nicht auf Deutschland beschränkt, auf die Stellung der Frau in Lehnrecht und Thronfolge ein²⁶). Gezeigt wird, wie auch in Ländern wie England und Schottland, die weibliche Thronfolge kennen, an der Maxime weiblicher Unfähigkeit zu herrschen, festgehalten wird. Königinnen wie Elisabeth I. und Maria Stuart gelten als Ausnahmegestalten²⁷). Selbst die Verteidiger ihrer Politik können sich nicht dazu durchringen, das Prinzip weiblicher Unterordnung in Frage zu stellen.

V. Ein Schlaglicht auf die Entwicklungsgeschichte des Privatrechts wirft Kapitel V²⁸). Hier legt die Verfasserin überzeugend dar, daß die humanistische Jurisprudenz rechtliche Inhalte weder veränderte noch auf ihre Veränderung hinarbeitete. Einen Wandel erfuhr nur Bearbeitungsmodus und Umgang mit der vorhandenen Stoffmasse. Die Benachteiligung der Frau, die in einer Quellenstelle hervortritt, wird mit einer anderen begründet und umgekehrt. Der Topos von der Inferiorität der Frau dreht sich im Kreise. Die übernommene Vorstellung von der weiblichen Minderwertigkeit wird bei den humanistischen Juristen nur zusätzlich durch Aussagen nichtjuristischer antiker Literatur und christlicher Lehre abgestützt.

VI. 1. Als Titel für Kapitel VI²⁹) wählte die Verfasserin einen Satz von Jean Bodin³⁰): „Le droit gouvernement de la maison (est) le vrai modèle du gouvernement de la République“. Aber nicht nur Bodin, auch seine politischen Gegner sehen in der hierarchischen Familienordnung den Prototyp aller anderen Herrschaftsbeziehungen.

2. Völlig unvermittelt schildert Elisabeth Koch dann die im 16. Jh. häufig erzählte Legende von den ungleichen Kindern Evas³¹), mit der man damals die ständische Gliederung legitimierte!

3. Weshalb unsere Autorin die Legende, die ja die Ungleichheit der Kinder Evas und nicht etwa die hierarchische Sexualstruktur zwischen Adam und Eva zum Gegenstand hat, einführt, zeigt die das Kapitel abschließende Feststellung: Erst das Aufbrechen der alten Ordnung in der französischen Revolution machte es möglich, auch die Geschlechterhierarchie in Frage zu stellen.

¹⁸) *Petrus cognovit Bertam violentem* (S. 100–104).

¹⁹) Ob dann jemandts einen *Raptum* begiebt, das ist ein ehrlich Frauenbild, ... wurde hinweg führen (S. 105–116).

²⁰) „Kuppler und küplerin“ als Initiatoren der Unzucht (S. 110–116).

²¹) Das schändliche Laster des Ehebruchs (S. 117–130).

²²) S. 131–142.

²³) Wann Kinder oder Leibsfrüchte abgetrieben, wie es zustrafen (S. 142–148).

²⁴) Wie mags kommen daß viel mehr Weiber Zaubersche werden als Männer? (S. 149–158).

²⁵) S. 159–165.

²⁶) S. 167–178.

²⁷) Eine Rede, die Elisabeth I. vor dem Parlament hielt, liegt – wie unsere Autorin S. 217 zeigt – genau auf dieser Linie.

²⁸) *Semper idem*: Die Argumentation der Juristen zur Inferiorität der Frau (S. 179–190).

²⁹) S. 191–197.

³⁰) Aus seinem Werk „*Les six livres de la République*“, Paris 1583, I 2, S. 11.

³¹) S. 196.

Mit dieser nicht näher begründeten Behauptung legt Elisabeth Koch ein gesellschaftspolitisches Glaubensbekenntnis ab. Das später zur Erziehung und Ausbildung und zur „querelle des dames“ Gesagte steht damit nicht in Einklang.

VII. Von Erziehung und Ausbildung ist in Kapitel VII³²⁾ die Rede. Reformatoren und Humanisten wollen diese verbessern. Sie bleiben aber beide geschlechtsspezifischen Verhaltensmustern verhaftet.

Auch die Verfasserin erkennt jedoch, daß „im Laufe der Zeit die immer größer werdenden Bildungsmöglichkeiten Veränderungen in Gang setzen, die langfristig zur Infragestellung der komplementären Geschlechterrollenzuweisung führen“³³⁾.

VIII. Selbstdefinition und Selbsteinschätzung der Frau³⁴⁾ lassen erkennen, daß es auch noch im 16. Jh. gelang, den Frauen die Überzeugung ihrer geschlechtsbedingten Nachrangigkeit einzuimpfen. Jedenfalls ist diese Überzeugung fest in ihrem Denken verankert.

IX. 1. Im 16. Jh. bricht aber, von Frauen und Männern geführt, die Diskussion über die intellektuelle und ethische Gleichrangigkeit der Geschlechter auf. Dieser literarische Diskurs über das weibliche Geschlecht wird nicht nur in Frankreich als „querelle des dames (femmes)“ bezeichnet. Ihr widmet Elisabeth Koch Kapitel IX³⁵⁾. Sie unterstreicht hierbei, daß das Pendel zunächst in die andere Richtung ausschlägt. Autoren wie Henricus Cornelius Agrippa von Nettesheim oder Marie de Romieu streiten für die Höherwertigkeit der Frau. Für Gleichheit der Geschlechter tritt³⁶⁾ Marie le Jars de Gournay in ihrer Schrift „L'égalité des hommes et des femmes“³⁷⁾ ein.

2. Nicodemus Frischlinus und Agrippa von Nettesheim fragen auch schon nach dem Grund der gesellschaftlichen Benachteiligung der Frau. Verantwortlich sei deren Erziehung³⁸⁾: *Non naturali, non divina aliqua necessitate aut ratione, sed consuetudine, educatione, fortuna et tyrannica quadam occasione id agente.*

X. Unter dem Motto Rede und Realität³⁹⁾ zieht die Autorin Bilanz. Wenn sich die „querelle des dames“, der Streit um Natur und Wesen der Frau, im 16. Jh. auch noch nicht in Rechtsregeln niederschlägt, so gingen von ihm doch Wirkkräfte aus, die Realität und Normensystem veränderten.

XI. Dies herausgearbeitet und uns das riesige Schrifttum des 16. Jh.s nahe gebracht zu haben, bleibt das Verdienst Elisabeth Kochs, die Frauenforschung im besten Sinn betrieb und den Leser durch ihre Liebe zu Geschichte und Detail bis zum letzten Satz gefangen hält.

Lausanne

Fritz Sturm

³²⁾ *De institutione feminae Christianae*, S. 199–205.

³³⁾ S. 205.

³⁴⁾ Hierüber Kapitel VIII, S. 207–218.

³⁵⁾ S. 219–232.

³⁶⁾ Erstmals?

³⁷⁾ Die Schrift wurde erst nach 1600 verfaßt und ist erst 1622 erschienen. Die Verfasserin macht hierzu keine näheren Angaben und zitiert dieses wichtige Werk, S. 226 Fn. 29, nur aus zweiter Hand.

³⁸⁾ S. 227.

³⁹⁾ Kapitel X, S. 233–245.

Kann sich in der Praxis das Persönlichkeitsrecht auf die Namensführung auswirken?

Von Professor Dr. Dr. h.c. Fritz Sturm, Lausanne

Inhaltsübersicht: I. Der Name ein Persönlichkeitsrecht – II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – III. Persönlichkeitsrecht im FamNamRG – IV. Persönlichkeitsrecht und Umsetzung des FamNamRG in der Praxis – V. Individualistisches Rechtsdenken

I. Der Name ein Persönlichkeitsrecht

1. Der amerikanische Film *Roots*, der nach einem Roman von Alex Haley gedreht wurde, schildert die Schicksale von Schwarzen, die als Negersklaven in die Südstaaten der USA verschifft wurden. Der Sohn eines Stammeshäuptlings wurde tagtäglich ausgepeitscht. Weshalb? Er weigerte sich, auf den ihm verpaßten neuen Namen zu hören. Er heiße Kunta Kinte. Diesen Namen lasse er sich nicht nehmen. Dieser Name gehöre zu ihm wie seine Hand und sein Herz.

2. Name und Person bilden eine Einheit, lassen sich nicht voneinander trennen. Der große deutsche Jurist *Rudolf von Jhering*¹ meinte sogar, nicht der Name werde geschützt, sondern die mit ihm verbundene Identität der Person.

3. Namensverlust, Namenswechsel verlangt Selbstentäußerung, Selbstaufgabe, heißt, alles Bisherige abstreifen, ein neues Gewand anlegen, ein neues Leben beginnen, sich als neuer Mensch voll und ganz in den Dienst einer großen Aufgabe oder einer neuen Familie stellen.

Solche Selbstentäußerung erklärt den Brauch, daß der Papst nach der Wahl und Novizen bei der Einkleidung einen neuen Namen annehmen, was früher auch bei Firmung, Übertritt und Taufe von Heiden und Juden der Fall war. Papst Johannes II. (533–535) legte seinen heidnisch klingenden Namen Mercurius ab. Bruno von Kärnten wird Gregor V.; Mönch Hildebrand Gregor VII., jener Papst, der Kaiser Heinrich IV. nach Canossa zwang. Winfrid von Wessex tritt 719 unter dem Namen Bonifatius in Rom seine Missionsreise nach Hessen und Thüringen an. Die Philosophin Edith Stein wurde als Schwester Theresia Benedicta a Cruce in ihren Orden aufgenommen².

4. In Deutschland war der Name schon vor Inkrafttreten des BGB als Persönlichkeitsrecht anerkannt³. Niederschlag fand dieses Recht in § 12 BGB und der dort verankerten Abwehrklage.

5. Großen Auftrieb erhielten Persönlichkeits- und Abwehrrecht durch Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention. Achtung der Menschenwürde bedeutet auch Schutz der individuellen Persönlichkeit. Jede Normierung des Namensrechts findet Grundlage und Grenze in Art. 2 Abs. 1 GG, der das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistet.

II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. So ist es ganz verständlich, daß das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen zum Namensrecht nicht nur auf den Gleichheitssatz abstellt, sondern auch das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen betont.

In unserem Zusammenhang verdienen vor allem die beiden Entscheide zum Ehenamensrecht Beachtung.

2. Im Beschluß vom 8. März 1988⁴ wird ausgeführt:

Die Verpflichtung der Ehegatten, einen gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen) zu führen, stellt keinen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Ehegatten dar, dessen Name zu weichen hat. Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar an, daß der Geburtsname eines Menschen nicht nur Unterscheidungs- und Zuordnungsmerkmal ist, sondern dem Namensträger auch Identität und Individualität verleiht. Die Karlsruher Richter stehen aber auf dem Standpunkt, daß das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers, dessen Name zu weichen hat, in dreifacher Hinsicht gewahrt wird:

¹ von Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, *Jherings Jahrbücher* 23 (1885) 155 ff., 324 f. = *Gesammelte Aufsätze* Bd. 3 (1886) S. 232 ff., 394 f.

² Vgl. K. Schrod, Namen, in: *Wetzer und Weltes Kirchenlexikon* Bd. 9 (2. Aufl. 1895) Sp. 13 ff.; W. Deinhardt, Name, in: *Lexikon für Theologie und Kirche* Bd. 5 (1962) Sp. 780 ff., 783; F. Krüger, Über die Anfänge und Beweggründe der Papstnamenänderungen im Mittelalter, in: *Römische Quartalschrift für christliche Altertumskunde und Kirchengeschichte* 51 (1956) 148 ff.

An biblischen Vorbildern fehlt es nicht. Vgl. Johannes 1,42: Da ihn Jesus sah, sprach er: Du bist Simon, Jonas' Sohn; du sollst Kephas heißen (das wird verdolmetscht ein Fels); 1. Mose 17,5: Darum sollst Du nicht mehr Abram (= Hoher Vater) heißen, sondern Abraham (= Vater der Menge) soll Dein Name sein; 1. Mose 17,15: Und Gott sprach abermals zu Abraham: Du sollst Dein Weib Sarai nicht mehr Sarai (= meine Fürstin) heißen, sondern Sarah (= Fürstin) soll ihr Name sein.

Die Annahme eines neuen Namens nach der Bekehrung zum Christentum erklärt sich aus dem Sinn, den Paulus, Römer 6,4, der Taufe gab: So sind wir ja mit ihm begraben durch die Taufe in den Tod, auf daß, gleich wie Christus ist auferweckt von den Toten durch die Herr-

lichkeit des Vaters, also sollen auch wir in einem neuen Leben wandeln. Deinhardt a.a.O. führt auf die taufähnliche Wirkung der Profeß auch den Ordensnamen zurück, während Schrod a.a.O. die Aufgabe des bisherigen Lebens und die Eingliederung in die Familie des Ordens hierfür maßgeblich erklärt.

Zu betonen ist, daß nach christlichem Verständnis die Namensgebung keinen Herrschafts- oder Beherrschungswillen ausdrückt, sondern Hingabe an einen Heiligen, der Vorbild, Fürbitter und Beschützer sein soll. Insoweit unterscheidet es sich grundlegend vom antiken Rom, wo Sklaven, die einem neuen Herrn zu gehorchen hatten, regelmäßig umbenannt wurden.

Zum Namenswechsel des Apostels Paulus, der das jüdische „Saulus“ ablegte, vgl. Mommsen, Die Rechtsverhältnisse des Apostel Paulus, in: *Juristische Schriften* Bd. 3 (1907) S. 431 ff., 434 f. Zu Namenswechsel und Nachbenennung in Byzanz vgl. Mitterauer, Ahnen und Heilige (1993) S. 151 ff. Beispiele aus anderen Kulturen gibt Hildegard Krüger in: *Krüger/Bretzke/Nowack, Gleichberechtigungsgesetz* (1958) Einl. Rdnr. 235 S. 160 ff., 162.

³ Vgl. Dernburg/Sokolowski, System des Römischen Rechts Bd. 1 (8. Aufl. 1911) S. 37 f.

⁴ BVerfGE 78, 38 ff. = StAZ 1988, 164 ff., 166.

- durch das Recht, Geburtsnamen oder bisher geführten Namen voranzustellen;
- durch die Pflicht der Paß- und Meldebehörden, einen Berufsamen neben dem Familiennamen in Paß und Personalausweis aufzunehmen;
- durch die Möglichkeit, den bisherigen Namen im täglichen Leben, ja selbst bei Abschluß von Rechtsgeschäften weiterzuführen.

3. Der Beschluß vom 5. März 1991⁵, der die Auffangnorm des § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB für verfassungswidrig erklärt, stellt ausschließlich auf Art. 3 Abs. 2 GG ab, bemüht das Persönlichkeitsrecht aber, um seine Übergangsvorschriften zu rechtfertigen.

§ 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. darf nicht mehr angewandt werden. Andernfalls könnte dies zu weiteren Verfassungsverstößen führen. Das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen würde doppelt verletzt, einmal durch den erzwungenen Namenswechsel, zum anderen durch die Notwendigkeit, einen erneuten Namenswechsel in Kauf zu nehmen, um – aufgrund einer vom Gesetzgeber zu schaffenden Übergangsregel – in den Genuß einer Namensführung zu gelangen, die dem Gleichberechtigungsgrundsatz entspricht.

Ein Namenswechsel – so weiter das Bundesverfassungsgericht – darf nicht ohne gewichtige Gründe verfügt werden. Gemeinwohlbelange, die die Frau zur Aufgabe ihres Namens zwingen, sind aber nicht auszumachen.

4. Mit diesem Hinweis auf Gemeinwohlbelange wird wieder aufgenommen, was die Karlsruher Richter schon im ersten Beschluß betonten: Zwar hat jeder Mann Anspruch auf Achtung und Schutz seines Namens. Dieses Recht wird jedoch nicht uneingeschränkt gewährleistet. Reich- und Tragweite des Namensrechts sind gesetzlich zu normieren, auszugestalten. Zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen kann der Gesetzgeber also in das Namensrecht einer Person eingreifen. Ihre Grenzen finden solche Eingriffe aber am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Nach diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben wollen wir nun zwei Fragen erörtern:

1. Hat der deutsche Gesetzgeber in seiner Novelle – dem Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts⁶ – das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen gewahrt, verstärkt oder geschwächt?

2. Welche zusätzlichen Aufgaben stellt der Schutz des Persönlichkeitsrechts dem Praktiker, der dieses Gesetz umzusetzen hat?

III. Persönlichkeitsrecht im FamNamRG

1. Die Koalitionspartner zerzausten den Regierungsentwurf gründlich⁷, wollten dabei aber gleichwohl fünf auseinanderstrebende – also durchaus nicht gleichlaufende – Ziele nicht aus den Augen verlieren, nämlich:

- Wahrung der Rechtstradition: Der Ehe Name ist im Volksbewußtsein immer noch sehr stark verwurzelt. Diese Tradition sollte nicht angetastet werden.

- Namensmäßige Einheit der Familie: Das Bundesverfassungsgericht sprach in seinem Urteil von 1988 zwar klar aus, daß sich dem Grundgesetz keine Pflicht zur Führung eines einheitlichen Familiennamens entnehmen läßt. Die Karlsruher Richter verboten dem Gesetzgeber aber auch nicht, Normen zu erlassen, die Eltern und Kindern denselben Familiennamen verschaffen, die Mitglieder der Kleinfamilie also einheitlich bezeichnen.

- Gleichberechtigung und Rücksichtnahme auf das Persönlichkeitsrecht: Der Partner, dessen Geburtsname zu weichen hat, darf nicht völlig überspielt werden.

- Kindeswohl: Jedes Kind soll seine Individualität und Identität dadurch ausprägen, daß es sich auch namensmäßig in seine Familie eingliedert und sich in ihr eingebunden fühlt. Dies stärkt das Gefühl des Miteinanders und der Geborgenheit.

- Ordnungsfunktion: Der Familienname soll die Identifizierung der Person ermöglichen oder zumindest erleichtern. Dies liegt im Interesse der Allgemeinheit und des Schutzes aller.

In unserem Zusammenhang ist nur von Bedeutung, ob das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten gewahrt wird.

2. Hinsichtlich der Namensführung der Ehegatten kann dies im wesentlichen bejaht werden.

Keinem Verlobten wird der Familienname des anderen aufgezwungen. Jeder kann den seinen fortführen. Jeder Namensverzicht, jeder Namenswechsel erfolgt freiwillig, ist Ausdruck eines Wunsches des Namens-trägers.

Herkommen und Tradition werden damit nicht angetastet. Der Einheit der Familie kann auch weiterhin durch einen Ehenamen Ausdruck verliehen werden. Ja, jeder Ehegatte kann, wenn sein Geburtsname oder bisheriger Familienname dabei zu weichen hat, diesen voranstellen oder anfügen.

3. Gescheitert sind damit die Kreise, für die Ehe und Familie Feindbilder sind. Unter dem Vorwand, sich für Gleichberechtigung und Persönlichkeitsrecht einzusetzen, kämpfen sie genau besehen für Abschaffung des Ehenamens und Schwächung der Ehe. Verheiratete Paare sollen sich von unverheirateten nicht mehr unterscheiden, das Konkubinat aufgewertet, die Ehe relativiert werden.

4. Das Persönlichkeitsrecht wahren auch die Vorschriften, die die Erstreckung eines Namenswechsels an die Mitwirkung des Betroffenen knüpfen. Bei all diesen Vorschriften geht es darum, das Prinzip namensrechtlicher Selbstbestimmung sicherzustellen. Die Novelle nimmt diesen Grundsatz sehr ernst und setzt ihn als speziellen *ordre public* selbst im Kollisionsrecht durch.

Vernünftig ist, daß nach § 1616 a Abs. 1 Satz 1 BGB ein automatischer Namenswechsel nicht mehr erfolgen soll, wenn das Kind fünf Jahre alt ist, also kurz vor der Einschulung steht.

Verständlich ist auch, daß die Anschlußklärung bei Kindern zwischen fünf und vierzehn Jahren vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bedarf. Ohne richterlichen Entscheid hinge hier ja alles vom Wunsch der Eltern ab, die das Kind vertreten, namensrechtlich mit ihm also beliebig verfahren können. Das Persönlichkeitsrecht könnte hier in der Tat auf der Strecke bleiben, dem Kind ein Name aufgezwungen werden, der

5 BVerfGE 84, 9 ff. = StAZ 1991, 89 ff. = Wagenitz/Bornhofen, Familiennamensrechtsgesetz (1994) S. 393 ff.

6 BGBl. 1993 I S. 2054 ff. Im Bundesgesetzblatt in Klammern als Familiennamensrechtsgesetz – FamNamRG – definiert.

7 Vgl. Sturm, Der Familienname des Kindes nach dem FamNamRG-E, StAZ 1993, 273 ff.; Wagenitz, Grundlinien des neuen Familiennamensrechts, FamRZ 1994, 409 ff.; Diederichsen, Die Neuordnung des Familiennamensrechts, NJW 1994, 1089 ff.; Coester, Das neue Familiennamensrechtsgesetz, FuR 1994, 1 ff.

ihm im späteren Leben Nachteile bringt. Man denke nur an die überall in Europa aufkeimende Ausländerfeindlichkeit.

Freilich kann man sich fragen, ob man die Prüfung nicht besser dem Standesbeamten überlassen hätte. Über die Genehmigung entscheidet nach § 3 Nr. 2 a RpfVG nämlich nicht der Richter, sondern der Rechtspfleger. Weiß er von Namensrecht und Kindeswohl wirklich mehr als der Standesbeamte? Dies mag man mit Fug und Recht bestreiten.

5. Sinnvoll ist ferner, daß die Novelle § 1616 a BGB auch bei Wahl ausländischen Rechts durch binationale Eltern heranzieht und diese Vorschrift sogar auf Ausländerkinder anwendet.

Im Schrifttum⁸ ist dies freilich streitig. Soweit das Problem überhaupt gesehen wird⁹, lehnen *Henrich*¹⁰ und *Wagenitz*¹¹ eine Anwendung auf Ausländerkinder ab. Anders *Heldrich*¹², der mit mir¹³ zu Recht die Gegenansicht vertritt.

Für deutsche Kinder gilt deutsches Namensrecht¹⁴. Der an Art. 10 Abs. 2 EGBGB angefügte Satz 3: Für die Auswirkungen der Wahl auf den Namen eines Kindes ist § 1616 a BGB *sinngemäß* anzuwenden, wäre also überflüssig, gegenstandslos, wenn er sich nur auf deutsche Kinder beziehen sollte. Nicht nur dies! Der genannte Satz wäre sinnwidrig, abwegig. Für deutsche Kinder gilt deutsches Namensrecht ohnehin, und zwar direkt, unmittelbar, nicht *sinngemäß*, analog.

Wer hier anders denkt, mutet dem Gesetzgeber¹⁵ zu, so ängstlich und pingelig gewesen zu sein, daß er ausdrücklich betonen wollte, eine Namensänderung, die aufgrund von Art. 10 Abs. 2 EGBGB erfolgt, sei nicht anders zu behandeln als die nachträgliche Wahl eines Ehenamens nach rein innerstaatlichem Recht.

Aber selbst wenn man den Mitgliedern des Rechtsausschusses solche Übervorsicht unterstellte, ließe sich nicht erklären, weshalb es für Kinder von Ausländern, die in Art. 10 Abs. 2 Nr. 1 und 2 EGBGB ja angesprochen werden, bei Art. 10 Abs. 1 EGBGB, also bei Heimatrecht des Kindes verbleiben und Satz 3 außer Betracht fallen sollte.

Gerade bei Kindern, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen oder für die fremdes Namensrecht gewählt wurde, wird die Frage der Erstreckung einer Namenswahl der Eltern ja zu einem echten Problem, das Heimatrecht überhaupt nicht zu lösen vermag.

Nimmt Heimatrecht der Eltern von der nach deutschem Recht zulässigen Rechts- und Namenswahl

keine Notiz, weil sie ihm unbekannt ist¹⁶, dann wird es natürlich auch keine Erstreckung der Namenswahl auf das Kind anordnen¹⁷. Eltern und Kinder würden dann namensmäßig auseinandergerissen. Das kann doch nicht ratio eines Gesetzes sein, das um Namensseinheit in der Familie bemüht ist und diese zu einem Elternteil stets herstellen will¹⁸.

Erkennt Heimatrecht hingegen die nachträgliche Namenswahl an, dann darf man es nicht dem Heimatrecht des Kindes überlassen, ob und unter welchen Voraussetzungen es zu einer Erstreckung des neuen Elternnamens kommt. Dem Persönlichkeitsrecht des Kindes, Menschenrecht und Grundwert unserer Verfassung, muß in jedem Fall Nachdruck verliehen und zur Durchsetzung verholfen werden.

6. Freilich – das soll durchaus nicht verschwiegen werden – kann die von der Novelle verordnete Einmischung deutschen Rechts hinkende Namensführung nicht verhindern.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:

Der Österreicher Franz Fratzl lebt seit Jahren in München. 1993 heiratet er dort die Italienerin Giuseppina Cioccolattuccia und legitimiert ihr gemeinsames sieben Jahre altes Töchterchen Loredana, das hierdurch nach § 7 a Abs. 1 öst. StbG Österreicherin wird. Nach Inkrafttreten der Ehenamensnovelle wählen die Eheleute den Ehenamen Cioccolattuccia. Nach deutschem Recht ist dies möglich. Daß Österreich und Italien hier nicht mitmachen, braucht den deutschen Standesbeamten nicht zu kümmern.

Wie heißt die Doppelstaaterin Loredana? Für das Kind gilt auch aus deutscher Sicht Heimatrecht – österreichisches oder italienisches? Da das Kind in München aufwächst, ist die Bindung zum deutschen Kulturkreis und zur deutschen Sprache enger als zu Italien. Österreichisches Recht hat also Vorrang. Zur Anwendung kommt folglich § 162 a Abs. 1 Satz 2 ABGB. Das Kind heißt also wie sein Vater Fratzl.

16 So z.B. in Belgien, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Österreich, Spanien und der Schweiz. Anders hingegen im anglo-amerikanischen und im skandinavischen Rechtskreis.

17 Man könnte hier nur mit Analogie zu den Normen über Anerkennung mit Standes- und Namensfolge, Legitimation und öffentlich-rechtliche Namensänderung arbeiten. Diese schlagen nämlich nach vielen Rechten auf alle Abkömmlinge in gerader Linie durch. Vgl. z.B. für die Schweiz *Hegnauer*, Grundriß des Kindesrechts (3. Aufl. 1989) S. 111, und das von mir, StAZ 1993, 278, gegebene Beispiel; für Italien *De Cupis*, Il diritto all'identità personale Bd. 1 1. Halbbd., Il diritto al nome I, Il nome civile (Mailand 1949) S. 63, 70 f. Anders z.B. bei der Legitimation Österreich, vgl. §§ 162 a – 162 d ABGB, und Frankreich, vgl. Art. 332-1 C.c. i.d.F. des FamRAndG vom 8. 1. 1993 und das hierzu ergangene Rundschreiben des Justizministeriums, Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et au droit de l'enfant, 2.3. Nom de l'enfant légitimé, Journal officiel 1993, 4551, 4553. Beim Anerkennnis nach italienischem Recht ändert sich der Name des vom Vater nach der Mutter anerkannten Abkömmlings nur, wenn der Abkömmling dies wünscht (Art. 262 Abs. 2 ital. ZGB). Ist das Kind noch minderjährig, bedarf die Namensänderung der Zustimmung des Richters (Art. 262 Abs. 3 ital. ZGB).

18 Bei getrennter Namensführung können die Eltern auch den erheirateten oder einen aus Familien- und Begleitnamen bestehenden Namensverbund auf das Kind übertragen. Dabei mausert sich, was in der Person des betreffenden Elternteils noch ein Gemisch von echtem Familien- und Begleitnamen war, in der Person des Kindes zum echten Doppelnamen. Man beachte, daß in § 1616 Abs. 2 BGB nicht vom Familiennamen die Rede ist, sondern vom Namen. Überall sonst wird der Übergang des Begleitnamens ausdrücklich ausgeschlossen; vgl. §§ 1617 Abs. 1 Satz 2, 1618 Abs. 1 Satz 2, 1740 f Abs. 2 Satz 3, 1757 Abs. 1 Satz 2 BGB.

8 Die DA schweigt sich aus. Weder §§ 270, 368 noch § 293 d Abs. 2 in Verb. mit §§ 379 b Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, 379 a Abs. 1 Sätze 2 und 3 sowie Abs. 2 helfen weiter.

9 *Diederichsen*, NJW 1994, 1095 und *Coester*, FuR 1994, 7 f. (Fn. 7) sprechen es überhaupt nicht an.

10 *Henrich*, Kollisionsrechtliche Aspekte der Neuordnung des Familiennamensrechts, IPRax 1994, 174 ff., 177 f., der die Frage freilich nur für das Übergangsrecht erörtert.

11 In *Wagenitz/Bornhofen* (Fn. 5) Art. 10 EGBGB Rdnr. 29.

12 Nachtrag zu *Palandt*, BGB (53. Auflage 1994) Art. 10 EGBGB Rdnr. 6.

13 *Sturm* (Fn. 7) StAZ 1993, 278. Die dort von mir geäußerte Kritik an der analogen Anwendung von § 1616 a BGB auf Ausländerkinder halte ich nicht mehr aufrecht. Sie war unberechtigt. Kindeswohl hat Vorrang vor internationalem Gleichklang.

14 Art. 10 Abs. 1 EGBGB gilt ja unverändert weiter.

15 Die Gesetzesmaterialien geben leider zur Frage nichts her. Hat der Rechtsausschuß, der für die Änderung federführend war, die Problematik überhaupt erkannt?

Was soll hier der deutsche Rechtspfleger¹⁹? Er hat zu prüfen, ob es nach deutschem Recht zu einer Namenserstreckung kommt, ob sich deutsches Recht durchsetzt.

Er steht dabei natürlich vor einem Dilemma. Genehmigt er, dann heißt Loredana in Deutschland Cioccolatuccia, in Österreich Fratzl; genehmigt er nicht, dann heißt Loredana in Deutschland und Österreich weiterhin Fratzl. In Deutschland müßte das arme Münchener Kindl dann aber einen anderen Namen führen als seine Eltern.

Ist das wünschenswert? Der Rechtspfleger wird die Eltern also fragen, ob sie in Deutschland bleiben wollen. Wenn ja, ist es sicher besser, daß Loredana in Deutschland so heißt wie ihre Eltern. Die Namensseinheit in der Familie sollte gewährleistet sein.

7. Erleidet das Persönlichkeitsrecht der Verlobten aber nicht dadurch einen Stoß, daß man Verlobten und Ehegatten in der Novelle versagt, einen Doppelnamen zu führen, also Geburtsnamen der Verlobten oder beider Ehegatten zusammenzuspannen?

Der Regierungsentwurf war hier liberaler²⁰ und übernahm insoweit Reformvorschläge, die im Schrifttum seit langem geäußert werden²¹. Beim Sachverständigenhearing im Rechtsausschuß sprach sich jedoch die Mehrzahl der Stellungnahmen gegen einen Doppelnamen von Ehegatten und Kindern aus²².

Hauptargumente:

(1) Der Doppelname stellt den Standesbeamten vor schier unlösbare Aufgaben.

(2) Der Doppelname verfremdet die Namensidentität. Die Hochsprung-Olympiasiegerin Ulrike, die jetzt Nasse-Meyfarth heißt, läßt dazu ein, einen Regenschirm mitzunehmen. Volk-Sturm klingt, wenn man jeden Namen für sich betrachtet, eben anders als Volk und Sturm. Entsprechendes gilt für Wind und Hund, Wind und Beutel.

(3) Die Bestandteile von Doppelnamen verpuffen schon in der nächsten Generation, wenn dort wieder ein Doppelname gebildet wird. Zu endlosen Namensketten darf es ja nicht kommen. Heiratet Susanne Schmitt-Lindheimer Fritz Müller-Hof, dann bliebe bei der Wahl der Doppelnamen Schmitt-Hof oder Hof-Schmitt von den Ursprungsnamen klangmäßig nur wenig übrig.

(4) Im täglichen Leben und der Berufspraxis läuft der Doppelname meist auf getrennte Namensführung oder auf Annahme einer Art Rufnachnamen hinaus. Ein Namensbestandteil wird herausgegriffen, der andere entfällt; dies schon in der ersten Generation. Entscheidend ist nicht Herkunft oder Abstammung, maßgebend sind ganz einfach Wohlklang und Praktikabilität. Das ist schon heute bei Männern und Frauen so, die Begleitnamen führen. Meine frühere Assistentin, Frau Blan-

kenhorn-Billing, wurde immer nur mit Blankenhorn angesprochen. Die Meinungsforscherin Elisabeth Noelle-Neumann blieb trotz ihrer Verheiratung mit Professor Maier-Leibnitz unter ihrem bisherigen Doppelnamen bekannt.

Überzeugen diese gegen den Doppelnamen vorgebrachten Argumente? Man wird diese Frage zu verneinen haben. Autoren, die sich beim Hearing gegen den Doppelnamen aussprachen, betonten gleichzeitig, der Doppelname brächte eigentlich Einheit und Zusammengehörigkeit der Ehegatten am deutlichsten und stärksten zum Ausdruck.

Was berechtigt dann aber den Gesetzgeber, Doppelnamen zu verbannen? Wenn die Novelle hier den Schutz des Persönlichkeitsrechts und die zu seiner Wahrung erforderliche Wahlfreiheit verdrängt, dann läßt sich dies mit der Ordnungsfunktion des Familiennamens und den Bedürfnissen des modernen Geschäftslebens rechtfertigen.

Doppelnamen sind sperrig. Bei Formularen reichen die zur Verfügung stehenden Häuschen nicht aus, um Namensmonster aufzunehmen. Deshalb kürzen sogar Banken ihre Firmenbezeichnungen. Die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank nennt sich schon seit Jahren kurz und bündig Hypobank.

Das Verbannen von Doppelnamen dürfte also noch mit den Erfordernissen vereinbar sein, die das Grundgesetz an die Wahrung des Persönlichkeitsrechts stellt.

Es läßt sich aber nicht ausschließen, daß sich Verfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte noch mit der Zulässigkeit dieses Ausschlusses zu befassen haben.

In Portugal, Spanien und Südamerika sind Doppel- und Mehrfachnamen ebenso gebräuchlich wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis und in vielen Ostblockstaaten, die Doppelnamen für Ehegatten und Kinder großzügig zulassen.

In der Schweiz taucht der Doppelname als gewohnheitsrechtlich anerkannter Allianzname²³ gerade in Schreiben auf, die Gemeinden, Verwaltungs- und Steuerbehörden an In- und Ausländer richten. Der Allianzname wird auch automatisch in Telefonbücher und Postscheckverzeichnisse aufgenommen. Selbst in Todesanzeigen taucht der Allianzname bei Mann und Frau auf.

7. Noch problematischer als die Verbannung von Doppelnamen ist – was Schutz und Wahrung des Persönlichkeitsrechts anbelangt – der Ausschluß von Familiennamen, die ein Verlobter aus einer Vorehe mitbringt.

Bekanntlich drangen auf diesen Ausschluß gerade Kreise, die dem früheren deutschen Adel zugehören. Sie befürchteten wohl nicht ganz zu Unrecht, ihre Namen könnten sich durch Mehrfachheiraten über weite Volkskreise ausbreiten und auch an Personen gelangen, die ihrer unwürdig sind.

Der Regierungsentwurf folgte hier dem Recht der DDR²⁴. Diese hatte hier – logisch konsequent – die Ansicht vertreten, der erheiratete Name dürfe nicht anders behandelt werden als jeder sonst erworbene Name. Wer auf seinen Namen verzichtet und sich mit einem anderen identifiziert habe, müsse diesen Namen

19 Da nach hier vertretener Ansicht § 1616 a BGB ordre-public-Charakter hat, kommt die Anwendung ausländischen Rechts überhaupt nicht in Betracht. Eine Vorlagepflicht an den Richter nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 RpfG scheidet also aus.

20 Vgl. § 1355 Abs. 2 RegE und die amtliche Begründung, abgedruckt bei *Wagenitz/Bornhofen* (Fn. 5) S. 267 ff., 269, 283.

21 Vgl. z. B. *Hildegard Krüger* (Fn. 2) Einl. RdNr. 235; *Ramm*, Familienrecht Bd. 1 Recht der Ehe (1985) S. 164. Wie die Genannten der Regierungsentwurf zum 1. EheRG, BT-Drucks. 7/650 S. 75, 96.

22 Vgl. Stellungnahmen zur Anhörung des Rechtsausschusses zu den Vorlagen zur Neuordnung des Familiennamensrechts – Drucksachen 12/3163 und 12/617 – am 30. Juni 1993 (Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode Rechtsausschuß – Sekretariat – 29. 6. 1993) und Stenographisches Protokoll der 80. Sitzung des Rechtsausschusses vom 30. 6. 1993.

23 Vgl. *Hegnauer*, Zum Allianznamen der verheirateten Rechtsanwältin und Notarin, ZZW 58 (1990) 100 ff.; *ders.*, Zum amtlichen Gebrauch des Allianznamens, ZZW 59 (1991) 271 ff.

24 § 7 Abs. 1 Satz 2 FGB.

auch weitergeben können, nicht nur an Kinder, sondern auch an einen zweiten, dritten oder vierten Ehegatten.

Die DDR setzte sich damit in Gegensatz zum sehr liberalen Namensrecht der nordischen Länder. Alle skandinavischen Staaten verbieten nämlich, einen Ehenamen zu wählen, der aus einer Vorehe stammt²⁵.

War hierfür der Wunsch maßgebend, Namen und Abstammungsverhältnis nicht auseinanderfallen zu lassen? Sicher nicht! Denn an Kinder darf ja bei getrennter Namensführung der erheiratete Name weitergegeben werden. Entscheidender Gesichtspunkt dürfte Menschlichkeit sein: die Rücksichtnahme auf Empfindungen und Empfindlichkeiten der Verwandten eines verstorbenen Partners, die Achtung von Gefühlen des geschiedenen Ehegatten.

Bedenklich ist diese Regelung gleichwohl, und zwar aus drei Gründen:

a) Bei Weitergabe des erheirateten Familiennamens an eheliche und nichteheliche Abkömmlinge, die nicht vom ursprünglichen Namensträger abstammen, scherte und schert sich der Gesetzgeber nicht um solche Gefühle. Er steht auf dem Standpunkt: Name ist Name. Das Persönlichkeitsrecht Dritter kann die Weitergabe eines rechtmäßig erworbenen Familiennamens nicht hindern. Es ist nicht einsehbar, weshalb die beiden Fallgruppen unterschiedlich behandelt werden sollen.

b) Der erheiratete Familienname wird aus Rücksicht auf Belange Dritter heruntergestuft, mit einem Minuszeichen versehen, und dies, obwohl der Erwerb dieses Namens mit einem Verzicht auf den angestammten Namen erkauft wurde.

Der Ausschluß des erheirateten Familiennamens wirkt ebenso diskriminierend wie Art. 157 a des eidgenössischen Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts. Diese Vorschrift versagt es einer Schweizerin, ihr erheiratetes Bürgerrecht in einer Zweitehe mit einem Ausländer an ihre Kinder weiterzugeben.

c) Schließlich wird es geschiedenen oder verwitweten Verlobten, die einen Ehenamen in einer Vorehe erworben, außerordentlich erschwert, in der neuen Ehe einen Ehenamen zu kürten. Sie müssen nämlich unter Umständen auf einen Geburtsnamen zurückgreifen, den sie schon vor Jahrzehnten ablegten. Dies läuft aber der ratio legis zuwider, die doch die Wahl eines Ehenamens erleichtern und begünstigen will.

8. Freilich läßt sich nicht absehen, ob diese Bedenken ausreichen, um in Karlsruhe oder Straßburg die Regel zu Fall zu bringen, daß erheiratete Familiennamen nicht zu Ehenamen erkoren werden können.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte befaßt sich jedenfalls mit dem Namensrecht.

a) Die Schweiz wurde im Februar dieses Jahres verurteilt²⁶. Ihr Namensrecht verstoße gegen die Europäische Menschenrechtskonvention. Dies deshalb, weil es nur der Frau das Recht verleihe, ihren Namen dem gemeinsamen Familiennamen voranzustellen, dem

Mann Gleiches aber verwehre. Das Urteil wird auf Art. 8 und 14 EMRK gestützt, Vorschriften, die Privat- und Familienleben sowie Rechtsgleichheit schützen.

b) Den nächsten Fall dürften Österreicherinnen in Straßburg anhängig machen. Durch den Entscheid des Wiener Verfassungsgerichtshofes vom 18. Dezember 1993 wurden die österreichischen Frauen nämlich ebenso überrascht wie die österreichische Fachwelt. Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht hält der österreichische Verfassungsgerichtshof²⁷ nämlich eine Vorschrift für unbedenklich, die im Zweifel der Frau den Familiennamen des Mannes aufzwingt. In ihr liegt nach Ansicht der Wiener Weisen weder ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz noch ein Eingriff in das Privat- und Familienleben.

Die Vorschriften über die Namensführung regeln nicht nur private Lebensverhältnisse. Sie besitzen – so die Verfassungsrichter – auch eine Ordnungsfunktion. Die Ausgestaltung dieser Normen obliegt im einzelnen dem Gesetzgeber. Jedenfalls ist in der Gründung einer Familie ein derart einschneidender Akt zu sehen, daß an ihn namensrechtliche Folgen für die Beteiligten zu knüpfen sind. Privat- und Familienleben werden zur Genüge beachtet, wenn der bisherige Familienname dem gemeinsamen angefügt werden könne.

Nach diesem kleinen Ausflug nach Österreich und in die Schweiz komme ich zu der Frage, ob und inwieweit das Persönlichkeitsrecht bei Umsetzung der Namensrechtsnovelle zu berücksichtigen ist.

IV. Persönlichkeitsrecht und Umsetzung des Fam-NamRG in der Praxis

1. In meinem Ingolstädter Vortrag²⁸ untersuchte ich, ob Änderungen der Rechtsprechung eine Berichtigungspflicht des Standesbeamten auslösen.

Im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und der personenstandsrechtlichen Praxis war festzuhalten: Vertrauensschutz des Namensträgers hat Vorrang. Eine Berichtigung darf nur erfolgen, wenn der Namensträger dies wünscht und beantragt. Vertrauensschutz ist aber nichts anderes als Wahrung des Persönlichkeitsrechts. Dem Bürger darf der Name, mit dem er sich identifizierte, nicht entzogen, nicht genommen werden.

Bei unserer Novelle stellt sich dieses Problem nicht. Der Gesetzgeber hat es durch zahlreiche Übergangsvorschriften selbst gelöst. Art. 7 der Novelle schafft bekanntlich eine Vielzahl großzügiger Anpassungsmöglichkeiten. Einzelheiten können hier nicht erörtert werden. Sie würden vom eigentlichen Thema abführen. Hinzuweisen ist allerdings auf die relativ knapp bemessene Frist. Sie endet bereits am 1. April 1995. Das Persönlichkeitsrecht wird hiervon im Regelfall nicht berührt. Presse, Rundfunk und Fernsehen informierten Inländer ausreichend über die neuen Vorschriften.

2. Fraglich ist nur, wie Auslandsdeutsche von der Neuregelung Kenntnis erlangen. Rundbriefe, wie sie

²⁵ Vgl. *Sachse*, Anmerkungen zum Namensrecht von Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden, StAZ 1994, 186 ff.

²⁶ Urteil vom 22. 2. 1994 in Sachen *Burghartz gegen Schweiz*. Wird in Veröffentlichungen des Gerichtshofs, Reihe A Band 280-B abgedruckt werden. Berichte über den Entscheid in *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 45 vom 23. 2. 1994 S. 21; *Der Bund* Nr. 45 vom 23. 2. 1994 S. 11; *Heussler*, Namensrechtliche Diskriminierung des Mannes beseitigt, ZZW 62 (1994) 65 f.; *ders.*, Schweiz: Änderung der Zivilstandsverordnung – Neuerungen im Namensrecht, StAZ 1994, 293 ff.

²⁷ Erkenntnis vom 18. 12. 1993. Kurzfassung in ÖStA 1994, 19 ff. Im vollen Wortlaut erschien der Entscheid bisher weder in der amtlichen Sammlung noch in einer anderen österreichischen Zeitschrift.

²⁸ Anwendung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und Berichtigungspflicht des Standesbeamten, Vorträge zur Fachtagung des Fachverbandes der bayerischen Standesbeamten, Ingolstadt 27. bis 29. April 1992, S. 49 ff.

die Schweiz an alle Auslandschweizer versendet²⁹, gibt es nicht. Leider vergaß der Gesetzgeber, ausdrücklich zu bestimmen, daß die bei Rückkehr nach Deutschland vorgesehene Einjahresfrist nur zu laufen beginnt, wenn die Betroffenen durch das Meldeamt der Gemeinde, in die sie zuziehen, oder eine andere staatliche Stelle ausdrücklich belehrt wurden.

Der Satz: Unkenntnis des Gesetzes schützt vor Strafe nicht, kann im Namensrecht keine Geltung beanspruchen; erst recht nicht im internationalen Rechtsverkehr.

Das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers ist nicht gewahrt, wenn man ihm Namensklärungen unter Berufung auf zu kurz bemessene Fristen abschneidet und ihn an eine Namensführung kettet, die der gewünschten und vielleicht tatsächlich geübten nicht entspricht.

Dasselbe gilt für die Zweijahresfrist, die Art. 7 § 5 der Novelle für Erklärungen nach Art. 10 Abs. 2 und 3 Nr. 1 EGBGB vorsieht. Auch diese Frist kann bei Auslandsdeutschen erst von Kenntnis an zu laufen beginnen.

In all diesen Fällen auf den steinigten und dornigen Weg einer Namensänderung zu verweisen, geht nicht an. Soll das Persönlichkeitsrecht deutscher Bürger, die im Ausland leben, wirklich gewahrt werden, dann müssen sie auch in den Genuß der Vorschriften kommen, die zum Schutz dieses Rechts erlassen wurden und von denen sie mangels Unterrichtung durch die deutschen Auslandsbehörden keine Kenntnis erlangen konnten.

3. Wählen Verlobte oder Ehegatten bei der Eheschließung oder später einen Ehenamen, so ist zu berücksichtigen, daß dieser Ehenamen so einzutragen ist, wie er jahrzehntelang gutgläubig geführt wurde. Der Berichtigungsantrag kann in der Tat verwirkt sein.

Nach Ablauf von 40 Jahren – im gemeinen Recht trat hier die sog. *longissimi temporis praescriptio* ein³⁰ – kommt dem Vertrauen des Bürgers mehr Gewicht zu als Registerwahrheit und zutreffender Schreibweise. Jeder Zwang, zur zutreffenden Namensführung zurückzukehren oder ein Namensänderungsverfahren einzuleiten, würde in das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers eingreifen und damit gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen³¹.

Im übrigen kommt ein Namensänderungsverfahren schon deshalb nicht in Betracht, weil mit diesem nur erreicht werden könnte, daß in Zukunft der fälschlicherweise geführte Name zum richtigen wird.

Höchststrichterliche Entscheide liegen insoweit zwar noch nicht vor. Angeführt werden können aber ein Beschluß des LG Essen vom 13. April 1992³² und zwei Entscheide des AG Tübingen vom 28. Januar und vom 30. Juni 1992³³.

Dem LG Essen lag folgender Fall zugrunde: Veit Venedey wurde am 30. Juni 1930 geboren. In seiner Geburts- und Heiratsurkunde sowie in entsprechenden Urkunden seiner vier Kinder wurde der Familienname stets mit Ypsilon geschrieben. Dies deshalb, weil die vom Standesamt Nauheim 1921 und 1923 ausgestellten Geburtsurkunden des Vaters so lauteten. 1991, also nach über 60 Jahren, bemerkt ein findiger Standesbeamter, daß bei einem Eintrag, der 1893 bei Geburt von Veits Vater erstellt wurde, am Schluß des Namens kein y, sondern ein i steht. Der Standesbeamte bringt also einen entsprechenden Randvermerk an. Gegen diesen setzt sich nun Veit zur Wehr.

Das LG Essen gibt ihm recht. § 46 a PStG, der den Standesbeamten an sich ermächtigt, Fehler, die sich aus inländischen Personenstandsunterlagen ergeben, selbst zu berichtigen, ist eine Kannvorschrift, eine Vorschrift, die nach pflichtgemäßem Ermessen auszuüben ist. Das bedeutet, daß gegeneinander abzuwägen sind:

- die Belange der Allgemeinheit, der an Register- und Urkundenwahrheit liegt, einerseits;
- das Interesse des Betroffenen an der Führung eines Namens, mit dem er sich seit vielen Jahren oder gar schon von Geburt an identifiziert und unter dem er bekannt wurde, andererseits.

Ähnlich liegen die Fälle, die das AG Tübingen entschied. Im ersteren wurde seit 1940 der Familienname der Betroffenen mit tz statt mit einfachem z verlautbart, im zweiten seit 1941 ss statt ß geschrieben. Auch in diesen Entscheiden wird zu Recht auf das Persönlichkeitsrecht und Art. 1 und 2 GG abgehoben.

4. Das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers achten heißt weiter, in großzügiger Weise Anfechtung und Wiederholung von Erklärungen zuzulassen, die aufgrund falscher Belehrung oder aufgrund sonstigen Irrtums abgegeben wurden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung befließt sich hier z. T. befremdlicher Enge. Diese gilt es aufzubrechen, wenn Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht wirklich ernst genommen werden sollen.

Erörtern wir die wichtigsten, in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheide.

a) Der Kriminelle Kuno Knacky heiratet die Psychologin Juliane Jubelherz. Zweck der Heirat, nach dem Knast neue Straftaten zu begehen. Knacky erklärt deshalb bei der Eheschließung zur Freude der nichts ahnenden Juliane, so heißen zu wollen wie seine Frau. Unter diesem Schutzschild kann er zunächst unbemerkt weitere Straftaten verüben und sich Kredit verschaffen. Die Ehe wird nach kurzer Zeit geschieden. Juliane ficht ihre Zustimmung zur Namenswahl

fern überwiegt das öffentliche Interesse. Jedoch erhält der Träger des falschen Namens eine gerichtliche Bescheinigung, daß er diesen trotz Registerberichtigung weiterführen darf. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: 1972 war die Geburt eines Italieners als eheliches Kind des Lenzi Vieri und seiner Ehefrau Maddalena D'Aquino beurkundet worden. 1991 stellte sich in einem Strafverfahren heraus, daß es sich hier um eine Falschbeurkundung handelt. Maddalena war nicht Ehefrau des Lenzi Vieri, ihr Sohn nichteheliches Kind, das den Familiennamen D'Aquino zu führen hatte. Im Rahmen des vom Generalstaatsanwalt angestrebten Berichtigungsverfahrens legte das LG Florenz der Corte die Frage vor, ob es mit den genannten Vorschriften der italienischen Verfassung vereinbar ist, daß Maddalenas Sohn, der 21 Jahre gutgläubig einen falschen Namen führte und unter diesem bekannt wurde, diesen aufzugeben und seine nichteheliche Geburt damit zu offenbaren hat.

32 StAZ 1992, 309 f.

33 StAZ 1992, 310 f.

29 Die Schweizer Revue, die in deutscher, französischer, italienischer, englischer und spanischer Sprache mindestens fünfmal jährlich erscheint, wird allen immatrikulierten volljährigen Auslandschweizern unentgeltlich frei Haus geliefert und stellt eine wertvolle Brücke zur Heimat dar. Herausgeber sind das Auslandschweizer-Sekretariat und der Auslandschweizerdienst des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten.

30 Vgl. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 (7. Aufl. 1863) § 325 S. 613 ff.

31 Der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) entschied am 24. 1. 1994, I servizi demografici 13 (1994) 495 ff., daß auch ein irrtümlich zuerkannter falscher Familienname nach Ablauf gewisser Fristen (in casu 21 Jahre) zum wesentlichen und unverzichtbaren Bestandteil der Persönlichkeit seines Trägers werden kann. Die Corte costituzionale entnimmt dies Art. 2 und Art. 22 ital. Verf., die Persönlichkeitsrecht und Namen gewährleisten. Berichtigungsanträge des Generalstaatsanwalts werden zwar nicht unzulässig. Inso-

Knackys wegen arglistiger Täuschung an. Kommt sie mit § 123 BGB zum Ziel?

Das OLG Braunschweig³⁴ hält dies für unzulässig, gestattet Juliane Jubelherz aber eine Unterlassungsklage nach § 12 BGB. Kuno Knacky habe seinen Namen unredlich erworben. Er könne sich also nicht auf ein ihm zustehendes Persönlichkeitsrecht berufen.

b) Dem OLG Celle³⁵ lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor: Im Familienbuch der Eheleute Zucker ist eingetragen, daß Ehefrau Rosmarie erklärte, ihren Geburtsnamen Rohr voranzustellen und den Familiennamen Rohr-Zucker zu führen. Rosmarie beantragt Berichtigung dieses Eintrags. Sie hatte schon wenige Tage später diese Erklärung mit der Begründung angefochten, sie habe sich über deren Tragweite geirrt. Sie sei nämlich irrtümlich davon ausgegangen, daß ihr mit dieser Erklärung gestattet werde, sich entweder Zucker oder Rohr-Zucker zu nennen.

Das OLG Celle läßt eine Anfechtung zu. Rosmarie habe sich über eine wesentliche Eigenschaft des von ihr erworbenen Familiennamens geirrt. § 119 Abs. 2 BGB werde durch das Namensänderungsgesetz nicht ausgeschlossen. Bei einer Erklärung nach § 1355 Abs. 3 BGB liege es anders als bei einer Erklärung nach § 1355 Abs. 2 Satz 1 BGB. Könnte die Wahl des Geburtsnamens der Frau angefochten werden, käme es zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des Mannes. Der Mannesname würde dann nämlich automatisch Ehe-name.

c) Mit einer solchen Wahl hatte sich das OLG Stuttgart³⁶ auseinanderzusetzen. Der Inder Cattamanchi Nagappa Chandrashekhara unterwarf sich deutschem Namensrecht und wählte bei Heirat den Geburtsnamen seiner deutschen Frau Mariandl Marotzke. Seinen Eigennamen Chandrashekhara stellte er voran. Wenige Tage später ficht er seine Erklärung an. Begründung: Sein Heimatstaat erkenne die Namenswahl nicht an und lehne die Eintragung eines Doppelnamens in seinen Paß ab. Auch riskiere er als Hindu, aufgrund dieser Namensänderung aus seiner Kaste ausgeschlossen zu werden. Von all diesen Dingen habe er bei Abgabe seiner Erklärung nichts gewußt.

Das OLG Stuttgart läßt offen, ob die Voraussetzungen für eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 oder 2 BGB überhaupt schlüssig dargetan sind. Es ist wie die Vorinstanz der Ansicht, eine Anfechtung sei ohnehin ausgeschlossen. Nach dem Willen des Gesetzgebers könne ein einmal gewählter Ehe-name nur im Wege einer Namensänderung abgelegt werden. Erklärungen bei der Eheschließung seien Prozeßhandlungen. Sie sind wirksam, gleich ob sie gewollt wurden oder nicht.

d) Ebenso entschied das BayObLG³⁷. Adalbert Adamowitsch heiratet Ende April 1991 Traute Troll. Sie wählten den Ehenamen Adamowitsch. Traute stellte ihren Geburtsnamen voran. In Spalte 10 des Familienbuches wurde eingetragen: Die Eheleute führen den Ehenamen Adamowitsch. Die Frau führt laut Erklärung vom 27. April 1991 den Familiennamen Troll-Adamowitsch. Traute ficht nun wegen Irrtums an und beantragt Berichtigung. Sie macht geltend, bei Bestellung des Aufgebots falsch belehrt worden zu sein.

Der Standesbeamte habe ihr nämlich gesagt, getrennte Namensführung sei unzulässig. Er habe offenbar den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 5. März 1991 nicht gekannt oder falsch gedeutet.

Auch das BayObLG schließt eine Anfechtung generell aus, setzt sich also gar nicht mit der Frage auseinander, ob eine solche überhaupt begründet gewesen wäre.

Was ist zu diesen Beschlüssen zu sagen?

Soweit sie eine Anfechtung ausschließen, überzeugen sie ebensowenig wie der Beschluß des OLG Braunschweig, das Knacky seinen Ehenamen über eine Unterlassungsklage nimmt. Die Eheschließung ist ein privatrechtlicher Vertrag. Der römischrechtliche Satz *Consensus facit nuptias* gilt auch heute noch. Ausgetauscht werden Willenserklärungen. Der Ausspruch des Standesbeamten hat nur deklaratorische Bedeutung. Es mutet deshalb als außerordentlich befremdlich an, anlässlich der Eheschließung abgegebene Erklärungen zum Ehenamen als Prozeßhandlungen zu qualifizieren, die Privatrecht und zivilrechtlichen Normen entzogen sind.

Bei dieser Bewertung handelt es sich um einen Juristentrick. Man will die Namenswahl festschreiben. Hiergegen sprachen sich schon Dölle³⁸ und Rolland³⁹ aus. Mit ihnen wird man eine Anfechtung wegen Willensmängeln zulassen müssen.

Freilich wird diese oft daran scheitern, daß, wie in den Fällen, die das OLG Stuttgart und das BayObLG entschieden, ein beachtlicher Erklärungs-, Inhalts- oder Eigenschaftsirrtum gar nicht vorliegt, sich die Verlobten nur über die Rechtsfolgen nicht im klaren waren, die ihre Willenserklärungen im In- oder Ausland erzeugen, oder nicht alle Wahlmöglichkeiten kannten, die ihnen nach deutschem oder fremdem Recht offenstehen. Heißt dies, daß wir sie eben doch in den meisten Fällen mit einer Namensänderung trösten müssen? Keineswegs!

Meist wird ihr Irrtum auf eine fehler- oder lückenhafte Belehrung zurückgehen. Beide Verlobten gehen von falschen Vorstellungen aus, irren über Umstände, die für ihren Entschluß ausschlaggebend, ja vielleicht sogar unverzichtbar waren, befinden sich in einem Grundlagenirrtum, einem Irrtum über die Geschäftsgrundlage.

Im Schuldrecht ist anerkannt, daß bei einem solchen Irrtum versucht werden muß, die Abrede der Wirklichkeit anzupassen, und falls dies nicht möglich ist, jedem Beteiligten das Recht zuzugestehen, sich von der Vereinbarung loszusagen⁴⁰. Diese Behelfe den Betroffenen bei einem familienrechtlichen Geschäft wie der Namenswahl zu versagen, ist stoßend. Bei familienrechtlichen Geschäften geht es um mehr als um den Verkauf von Heringen, Hosenträgern oder Autos. Hier geht es um Persönlichkeitsrechte. Hier geht es um Identität, um Individualisierung, um Erkennungszeichen, die Menschen ein ganzes Leben lang zu tragen haben.

Welche Folgerungen sind hieraus zu ziehen? Zunächst ist zu prüfen, ob sich die Namenswahl, die nach dem zugrundegelegten Recht nicht möglich ist, nach einem anderen wählbaren Recht halten läßt. Trifft

34 OLG Braunschweig 16. 11. 1978, NJW 1979, 1463 f.

35 OLG Celle 21. 9. 1981, FamRZ 1982, 267 f.

36 OLG Stuttgart 18. 9. 1986, StAZ 1986, 354 f.

37 BayObLG 19. 6. 1992, StAZ 1992, 306 ff.

38 Dölle, Familienrecht Bd. 1 (1964) § 37 I 2 c S. 462.

39 Rolland, Das neue Ehe- und Familienrecht, 1. EheRG (2. Aufl. 1982) § 1355 BGB Rdnr. 6.

40 Vgl. Brox, Allgemeines Schuldrecht (15. Aufl. 1987) Nr. 84 S. 55 f.; Medicus, Bürgerliches Recht (15. Aufl. 1991) Nr. 151 ff. S. 81 ff.

dies nicht zu, dann ist den Betroffenen Gelegenheit zu geben, erneut eine Namenswahl vorzunehmen.

5. Nun zum letzten Punkt, der unter dem Aspekt Persönlichkeitsrecht vielleicht eines Umdenkens bedarf, zu dem geradezu zu einem Dogma erstarrten Satz: Statutenwechsel läßt Vor- und Nachnamen unberührt, dies jedenfalls dann, wenn deutsches Personalstatut fremdes verdrängt.

Dieses Dogma stiftete bekanntlich gerade in der letzten Zeit großes Unheil. Nur das BayObLG⁴¹ brach es auf. Der Bundesgerichtshof⁴² folgte ihm aber nicht, sondern schloß sich einem Entscheid des OLG Zweibrücken⁴³ an, der, begriffsjuristisch begründet, den Belangen der Volksdeutschen nicht gerecht wurde. Bundesweit konnte Aussiedlern nur durch das Kriegsfolgenbereinigungsgesetz und den neuen § 94 BVFG geholfen werden.

Doch weshalb ist das Dogma: „Statutenwechsel läßt aus deutscher Sicht Namen unberührt“ so falsch? Weil hier aus Ordnungsinteresse und zum vermeintlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts der Wunsch des Betroffenen auf Umwelthanpassung mißachtet wird.

In seinem auf Vorlage des OLG Hamburg⁴⁴ ergangenen Beschluß führt der Bundesgerichtshof⁴⁵ aus: „Gegen eine Namensänderung auf Grund bloßen Staatswechsels spricht das allgemeine Ordnungsinteresse an der Kontinuität des Namens sowie die tunlichste Vermeidung einer Namensänderung gegen den Willen des Namensträgers, die eintreten könnte, wenn der Statutenwechsel kraft Gesetzes Einfluß auf die Namensführung hätte“.

Der neugefaßte Art. 10 EGBGB stellt Ehegatten und Eltern eine relativ große Palette von Wahlmöglichkeiten zur Verfügung. Schon dies zeigt, daß die Ordnungsfunktion dem Gesetzgeber nicht so wichtig erschien wie der Wunsch der Betroffenen, ihre namensrechtlichen Vorstellungen ohne Gängelung zu verwirklichen.

Das zweite Argument „Keine Namensänderung kraft Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen“ fällt, wenn man dem Betroffenen – kraft seines Persönlichkeitsrechts – die Befugnis einräumt, nach Erwerb deutschen Personalstatuts seinen Namen deutschem Recht

anzupassen; wenn man ihm gestattet, sich für eine Namensführung zu entscheiden, die deutschem Recht entspricht. Der zum Dogma erstarrte Satz, deutsches Recht erlaube dies nicht, beruht auf Ordnungsdenken, das der Gesetzgeber selbst als überholt opferte, und verstößt überdies gegen Art. 1 und 2 GG.

V. Individualistisches Rechtsdenken

Traditioneller Rechtsansicht nach ist der Mensch Glied einer Kette. Auf einem Holzschnitt Josua Leander Gampp's, der viele Jahre an der Karlsruher Kunsthochschule lehrte, lesen wir: Kein einzelner Mensch ist für sich da. Er ist in das Ganze des Geschlechtes eingewebt, er ist nur Eins für die fortgehende Folge.

Dieser Satz ist uns heute fremd geworden. Die Menschen streben nach Identität. Dabei wird mit dem Wortsinne gebrochen. Es geht nicht um Sich-Gleich-Bleiben oder um Gleich-Sein-mit-Anderen. Es geht um Selbstwerdung, Selbstfindung, Selbstverwirklichung; um Ausbrechen aus Herkommen, Gesellschaft und Familie. Deshalb haben Persönlichkeits- und Namensrecht auch so großes Gewicht, einen so hohen Stellenwert. Deshalb werden Traditionsbewußtsein und Familie so gering veranschlagt.

Sehen wir hier aber nicht nur Negatives. Sehen wir auch die positive Seite: Starke Bindungen können zu Fesseln werden, die unsere freiheitliche Ordnung zu Recht verpönt.

41 BayObLG 21. 11. 1991, StAZ 1992, 9 ff., 11 ff. Ähnlich BayObLG 4. 10. 1979, StAZ 1980, 63 ff., wo der Aufnahme von Aussiedlern rückwirkende Kraft beigelegt und die Vornamensgebung nach deutschem Recht beurteilt wird.

42 BGH 17. 2. 1993, StAZ 1993, 190 ff.; 9. 6. 1993, StAZ 1993, 352 ff.

43 OLG Zweibrücken 12. 10. 1992, StAZ 1993, 11 ff.

44 Der Vorlagebeschluß wurde, soweit ich feststellen konnte, nicht veröffentlicht. Jedenfalls findet er sich weder in der StAZ noch in IPRspr.

45 BGH 16. 10. 1974, BGHZ 63, 107 ff., 112 = StAZ 1975, 11 ff. = IPRspr. 1974 Nr. 60. Der Entscheid ist auch deshalb zu verwerfen, weil die Verträge von Montevideo nicht berücksichtigt wurden. Näheres bei Piltz in seiner Beschluß-Anmerkung, FamRZ 1975, 335 f.

Ze'ev Wilhelm Falk zum siebzigsten Geburtstag

Von Professor Dr. Dr. h.c. FRITZ STURM, Lausanne

I. Gründer und Ehrenvorsitzender

1. Rechtsvergleichung wird heute groß geschrieben. Überall bemüht man sich, einen Blick über die engen Grenzen des eigenen Rechts zu werfen, ja diese Grenzen zu durchbrechen und der großen Ströme und Strömungen gewahr zu werden; die die Welt des Rechts durchziehen, Recht und Gerechtigkeit in neue Bahnen lenken.

2. Verständlich, daß sich der Blick der Juristen zuerst Handels- und Wirtschaftsrecht zuwandte und Familienrecht zunächst nicht im Vordergrund vergleichenden Interesses stand. Der jüdische Gelehrte Ze'ev Falk, den wir mit diesem kleinen Beitrag ehren, hat das große Verdienst, hier grundlegend Wandel geschaffen zu haben: Er gründete 1973 die International Society on Family Law¹⁾, die heute Hunderte von Mitgliedern in der ganzen Welt zählt und mit einer Reihe von Weltkongressen an die Öffentlichkeit trat²⁾. Die jährlich veröffentlichte Survey of Family Law³⁾ ist für jeden Familienrechtler, der nicht im nationalen Sumpf ersticken will, unentbehrlich geworden.

3. Anfang der siebziger Jahre gehörten Mut, Geschick und Einsatzwille dazu, die Familienrechtler aller Welt zusammenzurufen und zu gemeinsamer Arbeit zu ermuntern. Die Welt war ja noch stärker gespalten als heute, und so manches Projekt scheiterte damals daran, daß es politische und religiöse Kräfte gab, die jede wissenschaftliche Zusammenarbeit ihren Imperativen opferten oder für ihre Zwecke auszuschlachten versuchten.

Ze'ev Falk gelang es, ein Höchstmaß an Objektivität, Pluralität und Toleranz zu gewährleisten, war er doch selbst diesen Werten verpflichtet und praktizierte sie in seinem ganzen Leben. Unsere Gesellschaft wählte ihn deshalb 1977 zum Ehrenvorsitzenden⁴⁾.

II. Der Rechtshistoriker

1. Als Falk im Familienrecht hervortrat, hatte er sich schon weltweit als Rechtshistoriker einen Namen gemacht. Seine Darstellung des jüdischen Rechts in biblischer Zeit⁵⁾, sein jüdisches Eherecht des Mittelalters⁶⁾ und seine zweibändige Einführung in das jüdische Recht zur Zeit des zweiten Tempels⁷⁾ sind Standardwerke, an denen niemand vorbeigehen kann, der sich mit jüdischem Recht und jüdisch-christlicher Tradition befaßt.

2. Neben diesen Monographien schrieb Falk nahezu zweihundert Aufsätze, Beiträge, Miszellen und Besprechungen, die in Zeitschriften und Sammelwerken über die ganze Welt verstreut erschienen⁸⁾. Sie alle förderten mit großer Objektivität das Verständnis des jüdischen Rechts und der jüdischen Rechtsgeschichte.

- ¹⁾ Zusammen mit A. Blasz Johnson, W. R. Duncan, J. M. Eckelaar, D. Giesen, H. Krause, A. H. Manchester, Olive Stone, J. N. Turner und anderen.
- ²⁾ The Child and the Law (Berlin 1975); Violence in the Family (Montreal 1977); Family Living in a Changing Society (Uppsala 1979); The Family (Harvard 1982); The Family, the State and Individual Security (Brüssel 1985); Aging in modern Society (Tokyo 1988); Parenthood in a Changing Society (Yugoslavia 1991).
- ³⁾ Laufend herausgegeben von M. D. A. Freeman und veröffentlicht im University of Louisville Journal of Family Law.
- ⁴⁾ Nach dem Ende seiner Amtszeit folgten ihm als Vorsitzende Olive Stone, D. Giesen, S. N. Katz, J. Eckelaar, M. Th. Meulders und A. Agell.
- ⁵⁾ Hebrew Law in the Biblical Times, Wahrman Books, Jerusalem 1964, 179 Seiten.
- ⁶⁾ Jewish Matrimonial Law in the Middle Ages, Oxford University Press, Oxford 1966, 154 Seiten. In hebräisch veröffentlicht von der Hebrew University Faculty of Law, Jerusalem 1961, 140 Seiten.
- ⁷⁾ Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth, I, Brill, Leiden 1972, II, Brill, Leiden 1978, 369 Seiten. Auch in hebräischer Sprache erschienen: Tel Aviv, Mif'al Hashikp'ul 1969-71, 388 Seiten.
- ⁸⁾ Erwähnt seien hier nur The Deeds of Manumission of Elephantine, Journal of Jewish Studies 5 (1954) 114 ff.; Matrimonial property in Jewish and Germanic Laws, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 28 (1960) 70 ff.; Hebrew Legal Terms, Journal of Semitic Studies 5 (1961) 88 ff.; 12 (1967) 241 ff.; 14 (1969) 39 ff.; Forms of Testimony, Vetust Testament

III. Der Familienrechtler

Rechtshistorische Arbeiten und Erfahrungen, die er als Abteilungsleiter im Ministerium für Öffentliche Wohlfahrt sammeln konnte, führten ihn zum Familienrecht. Sein Hauptanliegen war es, die Stellung der Frau zu verbessern und auch der Jüdin zu ermöglichen, die Scheidung zu erzwingen¹⁾. Leider erschienen sein Buch über Scheidungsrechte²⁾ und seine Schrift über die Eheschließung³⁾ nur in hebräischer Sprache.

In deutscher Sprache veröffentlichte er aber seine Artikel Probleme des israelischen Familienrechts⁴⁾, Ehe, Eherecht und Ehescheidung⁵⁾, in englischer Sprache Twenty Five Years Family Law According to Jewish Religious Law⁶⁾, Jewish Family Law⁷⁾, The Legal Position of Children Born Out of Wedlock⁸⁾, A New Scheme of Child Welfare⁹⁾ und The New Abortion Law¹⁰⁾.

IV. Der Rechtsphilosoph

In den letzten Jahren wandte sich Falk in immer stärkerem Maße den religiösen, philosophischen und ethischen Grundlagen des Rechts zu. Zeugnis hiervon legen nicht nur viele Aufsätze ab, die seit 1980 erschienen¹¹⁾. Wichtig sind vor allem seine Bücher Law and Religion, The Jewish Experience¹²⁾ und Religious Law and Ethics, Studies in Biblical and Rabbinical Theology¹³⁾. Jüdische Ethik wird hier im Spannungsfeld von mosaischem Gesetz, rabbinisch-talmudischer Lehre und jüdischer Philosophie erläutert. Das Werk führt uns vom Berge Sinai zur Neuzeit.

V. Der Rabbiner

Ze'ev Falk ist tief im jüdischen Glauben verwurzelt. Prägend für ihn, der auch Hymnen und Gebete verfaßte, sind aber nicht nur Thora und Tefillak, sondern Offenheit anderen Religionen und Weltanschauungen gegenüber. Kennzeichnend für seine Arbeiten ist das Bestreben, die große Tradition des Judentums fortzuführen und zeitgerecht zu interpretieren. Er lehrte auch heute noch am jüdischen Seminar des konservativen Judentums in Jerusalem und war vier Jahre Gastprofessor an der Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg.

VI. Der Rechtslehrer

1. Ze'ev Falk lehrt seit 1964. Von 1964 bis 1970 war er Dozent für jüdisches Recht an der Universität Tel Aviv, von 1970 bis zu seiner Emeritierung im Jahre 1988 Professor für Familien- und Erbrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Jerusalem.

2. Hinzu kommen zahlreiche Gastprofessuren (ich nenne nur die wichtigsten: Philadelphia, New York und Berkeley). Beliebte sind auch seine Gastvorträge. Es dürften an die 100 sein, ganz zu schweigen von den langjährigen Radio- und Fernsehprogrammen über jüdisches Recht und aktuelle Rechtsfragen.

3. Schüler Falks sind der Richter am Obersten Gerichtshof Aaron Barak und Izhak Englund, der an der hebräischen Universität Zivilrecht und Staatsreligionsrecht lehrt und Mitglied der Israel Akademie ist.

VII. Der Deutsche

1. Ze'ev Falk stammt aus Breslau. Sein Vater war dort ein bekannter, wohlhabender Arzt. 1939 gelang seiner Familie die Flucht nach Israel. Für den aus dem Gymnasium in der Oberschule Ausgestoßenen und seine Eltern folgten schwere Jahre.

Gütige Menschen ließen den frommen jungen Mann an einer Talmudschule Rabbiner werden und halfen ihm auch, in

Jerusalem die Rechtsschule zu besuchen. 1951 wurde Falk zur Anwaltschaft zugelassen. 1949 bis 1958 studierte er – bereits als leitender Beamter des israelischen Wohlfahrtsministeriums – an der hebräischen Universität Jerusalem jüdische Geschichte und wurde 1959 zum Dr. phil. promoviert.

2. 1952 heiratete er die ebenfalls aus Deutschland vertriebene Krankenschwester Miriam Strauß, die er in einer israelischen Jugendorganisation kennenlernte, für die er religiöse Vorträge hielt. Das junge Paar adoptierte zwei Kinder, Sohn Chaim, der Jura studiert, und Tochter Orah, die in der Altenpflege arbeitet.

3. Ze'ev Falk wurde wieder Deutscher. Israel gestattet die doppelte Staatsangehörigkeit. Seiner deutschen Heimat, der deutschen Sprache und Kultur fühlt er sich trotz des großen Unrechts, das ihm und den Seinen widerfuhr, verbunden.

Möge ihm vergönnt sein, in Israel und Deutschland noch viele Jahre für deutsch-israelische Freundschaft und in der Welt für Verständnis für jüdisches Recht und jüdische Kultur zu wirken. Möge er sich, wie Jesaja Kapitel 46 Vers 4 sagt, bis ins hohe Alter getragen und errettet fühlen und noch vielen jungen Menschen, wie es einer seiner Lieblingspsalmen (71, 18) ausdrückt, Gottes Arm und Gottes Kraft künden dürfen.

tum 11 (1961) 88 ff.; Zum fremden Einfluß auf das jüdische Recht, Revue int. des droits de l'Antiquité 18 (1971) 11 ff.; Jewish and Medieval Canon Law, Jewish Law Annual Suppl. 2 (1980) 78 ff.; The Underprivileged Child in Israel, Recueil Société Jean Bodin, Bd. 35, Bruxelles 1975, S. 183 ff.; The Jewish Family and Jewish Family Law, Dictionary of the Middle Ages, Charles Scribner's Sons, New York 1983, Bd. 4, S. 605 ff.; Civil Rights in Ancient Israel, Recueil Société Jean Bodin, Bd. 46, Bruxelles 1989, S. 79 ff.

*) Nach jüdischem Recht kann nur der Mann der Frau einen Scheidebrief übergeben. Nur in Ausnahmefällen, deren Voraussetzungen vom Rabbinatsgericht sehr eng ausgelegt werden, kann er dazu gezwungen werden (Verletzung der Unterhaltspflicht, ständige grausame Behandlung, fortgesetzte eheliche Untreue). Andererseits bestimmte schon das jüdische Recht des Mittelalters, daß eine Ehescheidung von seiten des Mannes nur möglich ist, wenn die Frau hierzu ihr Einverständnis erklärt oder wenn das Gericht die Scheidung für gerechtfertigt hält. Bis heute ist die Scheidung noch immer ein Privatakt des Mannes, der dies oft zum Nachteil der Frau ausnützt. Falk versucht, diejenigen Elemente des jüdischen Rechts, die die Transformation der Scheidung in einen Gerichtsakt ermöglichen, herauszuarbeiten. Hierüber Näheres in seiner in Fußnote 10 genannten Monographie.

*) Tevi'at Gerushin nissad ha'ishah bediney israel, Sacher Institut für Rechtsvergleichung, Hebräische Universität Jerusalem, 1973, 123 Seiten.

*) Diney Nissu'in, Verlag Mescharim, Jerusalem 1983, 178 Seiten.

*) Festschrift E. W. Bosch, Gieseking, Bielefeld 1976, S. 153 ff.

*) Theologische Realenzyklopädie, Walter de Gruyter & Co., Berlin/New York 1982, Bd. 9, S. 313 ff.

*) Diney Israel 5 (1974) 7 ff. Diese auch heute noch erscheinende Zeitschrift hat Falk übrigens Ende der sechziger Jahre begründet.

*) International Encyclopedia of Comparative Law, J. C. B. Mohr, Tübingen, und Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1983, Bd. 4, Kapitel 11, S. 64 ff.

*) Israel Reports to the International Academy of Comparative Law, Institute of Comparative Law, Hebrew University Jerusalem, Jerusalem 1974, S. 61 ff.

*) In: F. Bates (ed.), The Child and the Law, Oceana, New York, 1976, 371 ff. – Vortrag auf dem 1. Weltkongress der International Society on Family Law.

*) Israel Law Review 13 (1978), 103 ff.

*) Genannt seien: Werte und Ziele im jüdischen Recht, in: W. Fikentscher (Hg.), Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Verlag Karl Alber, Freiburg/München 1980, S. 355 ff.; M. R. Cohen's Absolutism in Law, Morals and Judaism, Israel Law Review 16 (1981) 324 ff.; Jurisprudence, in: A. A. Cohen/R. Mendes-Flohr (Hg.), Contemporary Jewish Religious Thought, Charles Scribner's Sons, New York 1987, S. 507 ff., sowie in Taschenbuchausgabe bei The Free Press, New York/Collier Macmillan Publishers, London, 1988, S. 509 ff.; Bsp. von J. Rach, The Halakic Process, Conservative Judaism 41, 3 (1989) 79 ff.

*) Mescharim, Jerusalem 1981, 238 Seiten.

*) Mescharim, Jerusalem 1991, 221 Seiten.

HANDWÖRTERBUCH ZUR DEUTSCHEN RECHTSGESCHICHTE

HRG

Wächter, Carl (Joseph) Georg (Sigismund)
(von)

wurde am 24. Dezember 1797 in Marbach am Neckar geboren und starb am 15. Januar 1880 in Leipzig. Als Sohn eines höheren Beamten Alt-Württembergs (→ Württemberg), der 1807 Richter am Kriminalgerichtshof in Eßlingen, 1811 Stadtdirektor Stuttgarts und 1821 Vorsitzender des → Konsistoriums wurde, verbrachte er mit seinen 8 Schwestern eine unbeschwerte Jugend.

An sich wollte W. Medizin studieren. König Friedrich II. bestimmte jedoch, daß der Sohn seines verdienten Beamten ebenfalls Jurist werden müsse. 1815 bedurften Württemberger zum Studium einer besonderen landesherrlichen Erlaubnis, denn Studenten brauchten nicht Soldat zu werden. Freilich wurde auch nur ein Studium an der Landesuniversität Tübingen geduldet, wo W. Schüler Eduard Schraders, eines Mitbegründers der historischen Rechtsschule, wurde. Als 1817 ein Studium „im Ausland“ möglich wurde, hörte W. → Thibaut in Heidelberg.

1818 legte W. eine glanzvolle Fakultäts- und Dienstprüfung ab und wurde 1819 nach ganzen 8 Tagen Referendardienst Assessor am Kreisgericht Eßlingen.

Er blieb aber nicht lange Richter. Seine hervorragenden Examina veranlaßten die juristische Fakultät der Universität Tübingen, den noch nicht 22jährigen unpromovierten Assessor zum Extraordinarius zu ernennen. Zwei Tage vor seiner Promotion (1822) wurde W. Ordinarius. Noch als Extraordinarius hatte er Emilie Baumeister, die Tochter eines angesehenen Hamburger Kaufmanns, geheiratet.

Sonderdruck
1494

In Tübingen las W. Straf- und Strafprozeßrecht, daneben Institutionen, → Pandekten und → württembergisches Landrecht. Trotz seines jugendlichen Alters wurde er 1825 zum Rektor gewählt und 1829 – nach Suspendierung der Rektoratsverfassung – als Vizekanzler eingesetzt. W. war königstreu und – was von einem Burschenschaftler, der Gründungsmitglied der Tübinger Arminia war, erstaunt – liberalem Gedankengut nicht besonders hold. Die Wiederherstellung der Rektoratsverfassung kränkte ihn deshalb zutiefst. So nahm er 1833 einen Ruf auf das Ordinariat für Strafrecht in Leipzig an. Schon 1836 kehrte er aber als „Erster Professor der Rechtswissenschaft“ und Kanzler der Universität nach Tübingen zurück. Damit wurde W. stimmberechtigtes Mitglied der Zweiten Kammer, die ihn 1839 und 1845 zu ihrem Präsidenten wählte.

In dieser Zeit bemühte sich W. vergebens, Privat- und Strafrecht in Bayern, Hessen, Sachsen und Württemberg zu vereinheitlichen. Jedoch gelang es ihm mit Hilfe seiner Kammer, die → Carolina durch ein württ. StGB (1839) und eine württ. StPO (1843) zu ersetzen, die → Patrimonialgerichtsbarkeit aufzuheben und die bäuerlichen Feudallasten zu beseitigen.

Die Revolutionsjahre 1848/49 beendeten indes seine politische Tätigkeit. Als König Wilhelm I. 1848 aus der liberalen Minderheit der Zweiten Kammer eine neue Regierung bildete, legte W. sein Präsidentenamt nieder und schied 1851, was man als Flucht anprangerte, auch als Kanzler aus.

Sein „Vaterland“ Württemberg war ihm verleidet. So nahm er auf → Savignys Rat im Herbst 1851 das ihm angetragene Amt des Präsidenten des → Oberappellationsgerichts der vier → Freien Städte (Hamburg, Bremen, Lübeck und Frankfurt am Main) an.

In Lübeck wurde W. nicht glücklich. Wissenschaft und Lehre fehlten ihm. So folgte er schon 1852 einem von ihm eingefädelten Rückruf nach Leipzig, wo man ihn 1858 zum Rektor wählte. König Johann verlieh ihm zum 82. Geburtstag den erblichen Adel.

Noch als 76jähriger hielt W. Vorlesungen. Obwohl W. aus einem Heft vorlas, waren seine Hörer von der Klarheit seiner Darlegungen begeistert. Lenel und → Zitelmann schrieben, W. habe sie für die Jurisprudenz gewonnen bzw. gerettet. Der Redaktor des Schweizer StGB, Carl Stooss (1849–1934), hörte W. zweimal. „Seine Pandektenvorlesung war für uns ein Ereignis“. Große Verdienste erwarb sich W. auch um Schaffung des Juristentags. Bei dessen erstmaligem Zusammen-

tritt wurde W. unter stürmischem Beifall zum Präsidenten akklamiert.

Auf Wunsch W.s wurde Bernhard → Windscheid Nachfolger auf seinem Lehrstuhl.

Unter den Schriften W.s verdienen besondere Hervorhebung sein Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, 2 Bde., 1825/26; sein *Gemeines Recht Deutschlands*, insbesondere *gemeines deutsches Strafrecht*, 1844; sein unvollendet gebliebenes Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts (Bd 1: Geschichte, Quellen und Literatur, 1. Abt., 1839 (S. 1–693); 2. Abt., 1842 (S. 694–1146); Bd 2: Allgemeine Lehren, 1. Abt., 1842, und seine in AcP 24 (1841) 230 ff., 25 (1842) 1 ff., 161 ff., 361 ff. veröffentlichte Abhandlung: Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, eine Vorarbeit zu seinem Handbuch. Auf dieser Abhandlung, die übrigens keineswegs mit der überkommenen Statutenlehre brach, beruht → Savignys 8. Band. Nisi Wächter wächteriasset, Savigny non savignasset.

F. Elsener: Der Jurist Carl Georg v. Wächter (1797–1880). Sein „Hdb. d. im Kgr. Württemberg geltenden PrR.“ und seine Stellung zur Kodifikationsfrage. Sein Nachleben, in: H. Decker-Hauff u.a. (Hg.) 500 Jahre Eberhard-Karls-Universität Tübingen, FS I: Beiträge z. Gesch. d. Universität Tübingen 1477–1977, 1977, 471 ff., 482 ff.; ders.: Fünfhundert Jahre Tübinger Juristenfakultät, Juristen-Zeitung 1977, 617 ff. (618); ders.: Carl Georg v. Wächter (1797–1880) und die Bemühungen Württembergs um eine Vereinheitlichung des Pr- u. ProzeßR. in d. Zeit d. Dt. Bundes (1847/48), in: K. Ebert (Hg.) FS. H. Bald zum 60. Geb. dargebracht von Fachkollegen und Freunden, Innsbruck 1978, 193 ff.; G. Kleinheyer/J. Schröder: Dt. Juristen aus fünf Jh. 1989, 368; N. Sandemann: Grundlagen u. Einfluß d. internationalprivatrechtlichen Lehre Carl Georg v. Wächters (1797–1880), Diss. jur. Münster 1979; Stintzing-Landsberg: Text 386 ff., 612 ff., 617 ff., Noten 183 ff.; F. Sturm: Savigny u. d. internationale PrR. seiner Zeit, Jus Commune 8 (1979) 92 ff. (hier 97 ff.); O. v. Wächter: Carl Georg v. Wächter, Leben eines dt. Juristen 1891.

F. Sturm

ai giuristi svizzeri, e di dare un contributo per un'auspicata revisione della materia nella Confederazione elvetica.

Ma un'analoga funzione l'opera assume per i giuristi italiani. Anche per essi la lettura sarà di grande profitto e interesse.

GIUSEPPE GANDOLFI

JUS

Rivista di scienze giuridiche

2

Anno XLI maggio-agosto 1994

ESTRATTO



sulla tutela e curatela per i maggiori di età. Così, mentre il primo capitolo dell'opera costituisce un prezioso inventario comparativo alla fine del 1991, il secondo è dedicato alla riforma tedesca e ai propositi di riforma che si vanno manifestando in Svizzera.

Particolarmente proficuo è il metodo con cui, nel primo capitolo, si pongono a confronto le due esperienze, tedesca ed elvetica. Non si considerano separatamente i due ordinamenti per rilevarne, alla fine, le affinità e le differenze. Lo studio giustappone invece i due diritti, collocandoli – vorrei dire – l'uno sopra l'altro come due foglie trasparenti. Ciò che collima e ciò che non coincide si rendono così plasticamente ed istantaneamente percettibili, anche alla luce dell'evoluzione dovuta alla prassi.

Il codice germanico e quello svizzero presentano delle differenze rilevanti di impostazione. Nel primo – osserva l'A. – l'interdizione, come misura radicale e incisiva, si contrappone alla curatela dell'inabile, la quale non ha riflessi sulla capacità di agire nel campo negoziale. Il secondo appresta una più vasta gamma di interventi di natura tutelare e assistenziale, in una scala gerarchica che ha offerto la felice possibilità di una combinazione e di un arricchimento dei vari rimedi, ove ha avuto una parte notevole la giurisprudenza.

Ma in entrambi i Paesi il criterio della «proporzionalità» ha acquistato sempre maggior rilevanza; e, insieme con l'adeguamento dei mezzi apprestabili, ha determinato una compressione dell'interdizione a favore di altra misura meno drastica. Sotto questo profilo, con particolare riguardo alla protezione degli adulti (e prescindendo dalla riforma sovvertitrice, sulla privazione della libertà, che si è avuta nel 1978 in Svizzera) si giunge nell'opera qui recensita alla conclusione che i due ordinamenti si sono l'un l'altro gradualmente avvicinati, sino alla recentissima riforma tedesca.

Istruttivo anche il confronto fra i due Paesi per quanto concerne il momento procedurale: se è palese in Germania l'influenza della Costituzione di Bonn sul piano delle garanzie processuali, in Svizzera gli impulsi sono derivati, in materia, dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

La riforma attuata in Germania e da poco entrata in vigore – e qui passo a considerare il secondo capitolo – non ha trovato le sue radici nelle direttive costituzionali, ma è stata stimolata dall'indagine svolta dalla Commissione per la riforma della volontaria giurisdizione e in particolare dai risultati della cosiddetta «Inchiesta psichiatrica». Si è avvertito che attraverso una modifica degli istituti della tutela e della curatela bisognava migliorare la condizione dei malati e minorati psichici. L'impegno legislativo, che ha ottenuto un largo consenso, ha determinato – osserva l'A. – la sostituzione della tutela e curatela con un unico istituto giuridico avente finalità essenzialmente assistenziali (la *Betreuung*). È, questa, una figura duttile, idoneamente adeguabile alle concrete esigenze del caso singolo, per quanto concerne sia l'assistenza che la rappresentanza.

Solo in quanto necessario è previsto l'assenso da parte di chi esercita la funzione di assistenza (*Betreuer*): perché, di regola, l'assistito può agire in sede negoziale anche se gli sia stato assegnato tale «curatore» (che ha in ogni modo il potere di rappresentarlo). Certo è che in primo piano viene la cura dell'assistito, la quale, al pari dell'aiuto nell'amministrazione del patrimonio, deve essere prestata il più possibile in sintonia con i suoi desideri. Dettagliatamente regolato è inoltre il procedimento di volontaria giurisdizione, teso a salvaguardare le garanzie tipiche dello Stato di diritto ed altresì l'interesse all'autodeterminazione dell'anziano.

Queste, molto brevemente, le linee direttive della riforma tedesca, che l'A. lumeggia con particolare perizia.

Uno degli scopi fondamentali perseguiti dall'A., oltre a quello dell'indagine tipicamente scientifico-comparatistica, è di facilitare la conoscenza del nuovo regime tedesco

to l'atteggiamento dei legislatori costituenti, che non hanno incluso nella Costituzione una norma, quale era stata proposta, per imporre ai figli maggiorenni di mantenere ed assistere «proporzionalmente alle loro possibilità economiche» i genitori vecchi e invalidi e privi dei mezzi necessari. Neppure la riforma del 1975 ha affermato un tale dovere, limitandosi ad introdurre l'obbligo per il figlio di contribuire al mantenimento della famiglia «finché convive in essa».

Ma l'attenzione per gli anziani sembra stia finalmente affermandosi, e non solo attraverso quelle misure di indole culturale e quelle concessioni sul piano amministrativo e tariffario che riservano ad essi uno speciale trattamento. In tema di iniziative di ordine legislativo ho, fra l'altro, davanti agli occhi un disegno di legge presentato nel 1992 il quale, sia pure nell'ambito di una serie di norme piuttosto vaghe, affronta il problema dell'integrazione dell'anziano nella famiglia, e prevede sia dei sostegni economici e degli sgravi fiscali per i nuclei familiari e associativi di cui facciano parte o che accolgano degli anziani, sia l'istituzione di una sistematica assistenza socio-sanitaria dei medesimi a domicilio.

Questa situazione che va maturando raccomanda la lettura, e anzitutto la segnalazione, del libro che vengo recensendo, il quale esamina in modo approfondito, e critico nel contempo, le misure di carattere tutelare-assistenziale a favore degli anziani nell'ambito degli ordinamenti del Centro-Europa e precisamente della Germania e Svizzera.

Devo avvertire subito come dal volume emerga chiara la desolante constatazione che tradizionalmente, nel diritto civile, la condizione dell'uomo carico di anni è purtroppo ignorata. Il che ha indotto il giurista francese Gérard Lyon-Caen a porsi tale problema, derivante da siffatta lacuna, in un saggio intitolato *Una vecchiaia senza diritto*. Si tratta di un silenzio legislativo in effetti di non poca gravità, posto che la nostra è una società «di anziani», o sta ineluttabilmente per diventarla.

Ciò nell'opera qui esaminata risulta dall'attenta e perspicua «introduzione» dedicata agli aspetti di natura demografica, medica e sociologica del fenomeno (con altresì una nitida enunciazione del programma dell'indagine, anche sotto il profilo metodologico). Se ne desume che l'abdicazione normativa aggrava il problema. Il numero degli anziani (e dei molto anziani) cresce continuamente, al pari della loro proporzione rispetto alla popolazione. E, tanto più aumenta la durata della vita del singolo, tanto maggiori diventano per lui il pericolo di soffrire nella tarda età di deficienze fisiche e psichiche, e la necessità dell'altrui aiuto. È un destino al quale va incontro la gran parte di tutti noi.

È dunque meritorio per l'A. aver dedicato un'indagine ad un gruppo sociologicamente così importante, quale quello della «terza età», che gli ordinamenti giuridici hanno per troppo tempo ignorato e per il quale si rendono necessarie delle norme che contemplino espressamente quei soggetti (anziani) i quali per malanni fisici o psichici non possano provvedere convenientemente a se stessi e alle loro faccende.

Una tale esigenza è ormai fortunatamente avvertita in vari Paesi, e ben può dirsi che l'onda della riforma stia invadendo l'Europa occidentale: Francia, Belgio, Olanda, Lussemburgo, Spagna, Svezia, Austria e Germania hanno, in modo più o meno pronunciato, affrontato il problema medesimo. Ma l'A., quale giurista formatasi in Germania e che ora, professando in Svizzera, opera costantemente con i due relativi ordinamenti, ha giustamente preferito – come scientificamente più produttivo – concentrarsi su una comparazione fra i diritti tedesco ed elvetico, anziché prospettare un confronto globale, esteso a tutta l'area europea occidentale, che necessariamente si fermerebbe alla superficie. E c'è anche da avvertire che una siffatta scelta trova una sua ulteriore plausibilità nel fatto che nel 1992 è entrata in vigore in Germania la legge di riforma

RECENSIONI

G. STURM, *Vormundschaftliche Hilfen für Betagte in Deutschland und in der Schweiz*, «Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz», 114, Universitätsverlag, Freiburg (Schweiz) 1992, pp. XXX-163.

Dopo l'entrata in vigore del nostro codice civile, tanto viscoso si è palesato e si va palesando il settore delle obbligazioni e dei contratti, quanto in continuo fermento – ma non ingiustificatamente, né inopportuno – è quello delle persone e della famiglia: che ha risentito e risente della grande evoluzione, in atto da alcuni decenni, nella vita, nel costume e nella stessa coscienza sociale.

Le rilevanti riforme, tanto discusse e avversate, degli anni Settanta non costituiscono, come allora si pensava, una fase di arrivo, bensì soltanto una tappa intermedia. In questi ultimi anni giuristi e politici vanno dedicando un'attenzione del tutto particolare ai minori. E gli *Atti Parlamentari* danno notizia di numerose proposte di legge: in materia di adozione e affidamento (per modificazioni e integrazioni della legge del 1983); di asili-nido (per un adeguamento della normativa di cui alla legge del 1971); di scuola dell'infanzia (per un riordino della scuola materna statale di cui alla legge del 1968); di inserimento nelle scuole elementari dei piccoli nomadi; di assistenza e cura del neonato e del bambino nelle strutture ospedaliere, ed altresì nei consultori familiari (per un miglioramento della legge del 1975 istitutiva di questi ultimi); di visite assistenziali sistematiche a domicilio per i bimbi di età inferiore a tre anni che siano figli di tossicodipendenti, alcolisti, malati di mente, e violenti; di spettacoli rivolti ai minori nonché di impiego in essi dei minori stessi (per un aggiornamento della normativa del 1967); di protezione dei figli minori di genitori che stanno per separarsi, attraverso l'opera di un curatore speciale, denominato «l'avvocato del bambino»; di prevenzione e repressione delle violenze consumate ai danni dei minori (con l'inserimento di una nuova sezione *ad hoc* nel capo dei «Delitti contro la libertà individuale» del codice penale); di violazione degli obblighi di assistenza (estendendo la pena, prevista dal codice penale, al genitore che non adempia l'obbligo di versare l'assegno dovuto in seguito a separazione o a divorzio e a titolo di alimenti) e prevedendo come nuova circostanza aggravante comune, per ogni reato, quella di «aver commesso il fatto in danno o nei confronti di minori di quattordici anni». Ma è stata anche proposta l'istituzione, in ogni comune, di un «tutore pubblico dell'infanzia», con un potere di intervento in caso di danno, abuso, o maltrattamento di un minore di quattordici anni; e alcune senatrici hanno proposto di costituire una commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dell'infanzia e dell'adolescenza che segnali e predisponga le misure necessarie.

Encomiabile è tale sollecitudine: solo che si mediti sul concetto espresso dallo statista Benjamin Disraeli, secondo cui i giovani sono i depositari della posterità, la quale è in pericolo nella misura in cui lo è l'età della giovinezza. Ma una pari sollecitudine è auspicabile a favore dei vecchi e degli anziani invalidi, già alla luce dell'amara riflessione di Johann Wolfgang Goethe, che ravvisava in ogni vecchio un «relitto», quale lo fu il re Lear.

Commemorando lo scorso anno Cesare Grassetti, lo elogiavo per aver egli censura-

Monatsschrift, herausgegeben
vom Schweizerischen Verband
der Zivilstandsbeamten

Zeitschrift für Zivilstandswesen

Publication mensuelle
de l'Association suisse
des officiers de l'état civil

Revue de l'état civil

Pubblicazione mensile
dell'Associazione svizzera
degli ufficiali dello stato civile

Rivista dello stato civile

INHALTSVERZEICHNIS/INDEX/INDICE

- | | |
|--|--|
| Schweizerisches Recht – Namensrecht
Regierungsrat Aargau:
273 «Osceola» und «Ozy» sind im Geburtsregister einzu-
tragen! | Publications officielles
Office fédéral de l'état civil:
288 Circulaire du 25 mai 1994 relative à la révision de
l'Ordonnance sur l'état civil |
| Registerführung – Zivilstandstechnik
Willi Heussler:
277 Hat das Familienregister noch eine Zukunft?
Ergebnisse der Arbeitstagung vom 4. Juni 1994
in Weinfelden TG | Tenue des registres
Willi Heussler:
290 Remariage d'une femme divorcée avec un com-
bourgeois. Inscriptions dans le registre des familles |
| Registerführung – Zivilstandstechnik
Willi Heussler:
279 Eintragung im Geburtsregister mit Anmerkung der
Anderung des Vornamens; Geburtsscheine | Tenue des registres
Toni Siegenthaler:
292 Le feuillet de famille pour des étrangers se trouve
dans une impasse |
| Registerführung – Zivilstandstechnik
Sandro Wettstein:
282 ZIVIS – Informatik für das Zivilstandswesen | Cas de la pratique
Toni Siegenthaler:
293 Lacunes dans le système? Rien n'empêche d'agir à
bon escient |
| Mitteilungen
Toni Siegenthaler:
284 Studienreise nach Ungarn vom 2. bis 8. Mai 1994 | Communications
Mario Gervasoni:
294 Arnaldo Alberti quitte l'état civil |
| Publications officielles
Office fédéral de l'état civil:
287 Changements de noms de communes; caractère obli-
gatoire pour l'inscription dans les registres de l'état
civil | Diritto svizzero – Diritto internazionale privato
Fritz Sturm:
295 Il diritto internazionale del nome in Svizzera |
| | Comunicazioni
Mario Gervasoni:
308 In memoria di Samuele Rivola |

Il diritto internazionale del nome in Svizzera

Conferenza del dr. dr.h.c. Fritz Sturm, professore all'Università di Losanna¹

IAA 311 DIP/381

I. E' da rimpiangere il vecchio diritto?

1. Vent'un anni fa ho pubblicato, in una rivista germanica², un articolo sul nome della donna sposata nel contesto delle norme di conflitto in materia di diritto internazionale privato. Elogiavo la prassi elvetica e mettevo in risalto la semplicità e la chiarezza delle sue soluzioni. Sottolineavo che non esistevano oscuri sottoboschi con serpenti ansiosi di poter velenosamente morsicare le loro vittime più vicine.

A quell'epoca infatti i registri erano esclusivamente tenuti secondo i principi del diritto federale ed era la legge nazionale che si applicava agli Svizzeri all'estero³. Il diritto del nome apparteneva, per così dire, all'Ordine pubblico svizzero⁴.

2. Nel 1978 l'art. 8 della Legge federale sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti (LDD)⁵ fu soppresso quale presagio del nuovo diritto. I nostri studi preliminari sul diritto internazionale privato cominciarono a scartare la legge nazionale dal diritto internazionale privato svizzero. Pure per gli Svizzeri all'estero la legge nazionale fu messa al bando⁶. La parola d'ordine era: prima di tutto e soprattutto la legge del domicilio; essa è poi diventata l'idea direttrice del nuovo diritto internazionale privato del nostro Paese⁷, che si allontanò così dal sistema di tutti gli Stati vicini e pure da quello della Gran Bretagna⁸.

3. Non è forse a torto che noi fustighiamo il legislatore quando rimpiangiamo le soluzioni semplici del vecchio diritto, peraltro qualificate come primitive? Sono i principi del nuovo diritto veramente meno chiari, più complessi, più difficili da applicare? Non favoriscono questi principi ugualmente il diritto svizzero? Non presentano il

vantaggio supplementare, indice di tolleranza, di permettere agli stranieri di imporre nel nostro Paese il loro diritto nazionale?

4. Applicando la legge del domicilio non si voleva in ogni caso creare ostacoli al lavoro degli ufficiali dello stato civile.

Ci si immaginava che, considerato il tutto, nulla cambierebbe realmente per quanto attiene ai risultati. Applicare la legge del domicilio agli stranieri residenti in Svizzera avrebbe quale conseguenza che il loro nome sarebbe retto dalla legge svizzera. Utilizzato per gli Svizzeri all'estero, questo collegamento porterebbe pure all'applicazione del diritto svizzero. Infatti, la maggior parte degli Stati europei⁹ applica al nome la *lex patriae*, la legge nazionale. Il gioco del rinvio, ammesso in questo campo¹⁰, ci consentirebbe di far capo al diritto svizzero. Per il caso eccezionale, nel quale la legge del domicilio non designasse la legge nazionale, ma avesse a dare competenza a sé stessa¹¹, gli Svizzeri all'estero avrebbero sempre la facoltà di optare per la loro legge nazionale, opzione che si voleva inizialmente riservare ai soli Svizzeri¹². Dove sussisterebbero allora problemi? A quale stadio il diritto svizzero sarebbe relegato nel dimenticatoio?

II. I problemi pratici

1. Si sono evidentemente fatti i conti senza l'oste. Considerando il tutto più da vicino sorgono molti problemi.

Prima di scegliere un certo numero di casi e di trattarli – se volessi essere completo, ne avremmo fino a lunedì mattina e l'escursione a Ittingen dovrebbe essere sacrificata – mi preme ringraziare l'avv. Martin Jäger e tutti i suoi colleghi delle autorità cantionali di vigilanza. Mi hanno dato la possibilità di approfittare di numerose suggestioni e di un'abbondante documentazione.

2. Gli esempi che vi esporrò si riferiscono ai seguenti campi:

¹Testo riveduto e completato della conferenza tenuta dal Prof. Fritz Sturm all'assemblea dei delegati dell'Associazione svizzera degli ufficiali dello stato civile di Weinfelden, del 3 giugno 1994; cfr. RSC (1994) 75 ss (78) e Thurgauer Volkszeitung del 6 giugno 1994, pag. 6.

- la celebrazione del matrimonio in Svizzera,
- la celebrazione del matrimonio all'estero,
- l'iscrizione di nascite avvenute in Svizzera,
- l'iscrizione di nascite avvenute all'estero,
- il cambiamento di nome di stranieri in Svizzera e all'estero.

3. Rinuncerò a trattare i casi che sono stati discussi e risolti con la circolare dell'11 ottobre 1989¹². Questa circolare, opera dell'avv. Martin Jäger, ha già reso eccellenti servigi. Essa non abbisogna di ulteriore commento, ma tutt'al più di essere completata in due punti sui quali ritornerò.

4. La polizia degli stranieri e le autorità preposte alle naturalizzazioni si attengono sempre alla legge nazionale. Per esse la legge sul diritto internazionale privato e la citata circolare sono pezzi di carta dei quali non si tiene alcun conto. E' increscioso per le persone interessate e frustrante per gli ufficiali dello stato civile che a fatica si sono familiarizzati con la legge del domicilio straniero.

L'assenza di coordinazione e i risultati contraddittori si spiegano però facilmente. Gli stranieri si identificano per mezzo del passaporto e di documenti che sono loro rilasciati dalle autorità del loro Stato d'origine. Sono le autorità della loro patria e non quelle del Paese del loro domicilio che danno loro un'identità attribuendo loro un nome.

E' ciò che sembra sia sfuggito agli autori del progetto, in maggioranza professori, che hanno elaborato le loro soluzioni nell'astratto, sordi agli avvertimenti della pratica. I problemi di stato civile li hanno meno preoccupati di quelli del diritto commerciale e dell'arbitrato, belle galline dalle uova d'oro.

Passiamo ora all'analisi di alcuni casi che pongono problemi.

III. La celebrazione del matrimonio in Svizzera

1. La cittadina argoviese Rosemarie Rotkabis di Rothrist s'innamora del Tamil Sivapragasam Sivaneswaran, il quale è al beneficio di un diritto d'asilo in Svizzera.

Quale sarà il cognome coniugale dopo il matrimonio?

Il cognome coniugale è retto dalla legge del loro domicilio comune. In applicazione dell'art. 160, cpv. 1 CCS Rosemarie assume il cognome del marito.

Ma come si chiama il suo futuro marito?

In ciò consiste il problema pregiudiziale¹³, problema che va risolto in modo autonomo facendo capo alle norme di conflitto svizzere¹⁴. Va dunque applicato l'ordine giuridico in virtù del quale il Tamil ha assunto il suo cognome o la sua catena di cognomi. Dal profilo del diritto internazionale privato svizzero, è la legge del paese nel quale aveva la sua residenza abituale al momento della nascita¹⁵, quindi la legge dello Sri Lanka o la legge dello Stato alla quale rinviano le norme di conflitto dello Sri Lanka. In altri termini è il diritto indù, che ignora sia i prenomi che i cognomi¹⁶.

Quando tre cognomi figurano nel passaporto, il primo indica il luogo d'origine; il secondo il cognome che porta il padre dell'interessato a titolo personale; il terzo e ultimo il cognome riservato al titolare del passaporto¹⁷.

Quando, come nella fattispecie, sono indicati solo due cognomi, è da ritenere che fa difetto l'indicazione del luogo d'origine¹⁸.

Prima della pubblicazione della promessa di matrimonio occorre quindi far firmare all'interessato una dichiarazione di nome con la quale egli sceglie, fra il suo cognome personale e quello di suo padre, il suo futuro cognome coniugale. A dipendenza della scelta del suo futuro marito, Rosemarie porterà sia il cognome Sivaneswaran, che il cognome Sivapragasam. Se egli si decide per il suo cognome personale, dovrà pure darsi un prenome¹⁹.

Finora, assumendo in ciò la prassi francese²⁰, si è seguita un'altra via. Si è imposto agli indù come ai mussulmani il cognome personale del padre, al quale si conferisce un carattere immutabile. Tuttavia questo modo di procedere non sembra affatto compatibile con la protezione rafforzata di cui beneficia oggi il diritto della personalità.

Segnaliamo ancora che Singh (in italiano leone) e Kaur (in italiano gioiello) non sono nomi, ma ag-

giunte al nome (Namenzusätze). Come un tempo per i prenomi cristiani, e oggi ancora i prenomi ebraici e mussulmani, in queste aggiunte si configura una professione di fede. Esse testimoniano l'appartenenza a una comunità religiosa. Nella fattispecie, esse sottolineano che coloro che le portano sono membri della Confraternita d'armi dei Sikhs²¹. Per questo fatto Singh e Kaur non possono essere trascritti nei nostri registri, e ciò anche se degli stranieri si prevalgono della loro legge nazionale. L'art. 39 dell'Ordinanza sullo stato civile, combinato con l'art. 40 della Legge sul diritto internazionale privato, lo vietano chiaramente²².

2. Di nazionalità germanica e chimico presso la Nestlé, Klaus Klamauk-Macher (questo doppio nome evoca l'idea di un millantatore o di un brontolone che ha fatto molto rumore), nato Klamauk, si è stabilito a Orbe (VD), dove desidera sposare la Ticinese Laura Lanaiola. Che cognome porterà la sua fidanzata Laura dopo il matrimonio, quando dichiara di voler conservare il suo cognome da nubile?

Pure in questo caso occorre esaminare quale cognome di famiglia porta il fidanzato. A questo riguardo è necessario consultare la legge tedesca, ossia la legge dello Stato nel quale il titolare del nome aveva la sua residenza abituale al momento dell'assunzione del nome²³, o la legge alla quale rinviano le norme di conflitto del paese della sua residenza.

Risulta dall'aggiunta «nato Klamauk» che il fidanzato di Laura porta un cognome di famiglia che ha assunto in occasione di un precedente matrimonio. Aveva a quel tempo optato per il cognome di famiglia della prima moglie, Macher²⁴. Klamauk è quindi un cognome che accompagna semplicemente il cognome di famiglia, un semplice nome d'accompagnamento (Begleitname). Esso ha lo stesso carattere del cognome da nubile che la donna svizzera conserva e antepone al suo nuovo cognome coniugale. Esso non viene quindi trasmesso ai figli nati dal matrimonio e si estingue di regola al momento della morte dell'interessata²⁵. Ne consegue che, per effetto del suo matrimonio, Laura si chiamerà Lanaiola Macher e il di lei marito Klaus, semplicemente Macher.

Questo risultato è urtante. La legge nazionale vieta infatti al cittadino germanico di riprendere

come cognome coniugale Macher, nome proveniente dal matrimonio sciolto²⁶. I discendenti della sua prima moglie, o, in caso di divorzio, la sua ex-moglie potrebbero chiedere alle autorità giudiziarie germaniche l'adozione di penalità per mancato adempimento di obbligazioni.

Può la legge svizzera del domicilio esporre uno straniero a un simile rischio? Non potrebbe essere un nuovo caso per Strasburgo?

L'ufficiale dello stato civile suggerirà dunque a Klaus di optare per una delle seguenti cinque soluzioni:

a) d'invocare, in applicazione dell'art. 37, cpv. 2 LDIP, la sua legge nazionale e di optare per il cognome della sua fidanzata²⁷. In questo caso Laura manterrà il suo melodioso cognome di Lanaiola.

b) di prevalersi, in applicazione dell'art. 37, cpv. 2 LDIP della sua legge nazionale, di optare per il cognome della sua fidanzata e di anteporre questo cognome o di farlo seguire da uno degli elementi di cui è composta la sua catena di nomi Klamauk-Macher. Si potrà così in futuro chiamare Klamauk-Lanaiola, Lanaiola-Klamauk, Macher-Lanaiola o Lanaiola-Macher²⁸. In ognuna di queste ipotesi, Laura mantiene il suo bel cognome da nubile.

c) di abbandonare, in applicazione della sua legge nazionale, il suo cognome Macher e di riprendere il cognome assunto alla nascita, ossia Klamauk. In questa ipotesi, Dio ci perdoni, Lanaiola si chiamerebbe Lanaiola Klamauk nata Lanaiola.

d) di rimanere sottoposto alla legge svizzera del suo domicilio e di chiedere, in applicazione dell'art. 30, cpv. 2 CCS, l'autorizzazione di assumere, come futuro cognome coniugale, quello della fidanzata. In questo caso, Klaus si chiamerebbe Lanaiola, come la sua fidanzata.

e) di avviare con la sua fidanzata, come nella variante d), una procedura di cambiamento di nome, conformemente all'art. 30, cpv. 2 CCS, chiedendo di poter anteporre il suo nuovo cognome di famiglia all'elemento della sua catena di nomi che non ha assunto per effetto del suo precedente matrimonio²⁹. In questa ipotesi, Klaus si chiamerebbe Klamauk Lanaiola e Laura resterebbe una Lanaiola.

IV. La celebrazione del matrimonio all'estero

1. La cittadina svizzera Brigit Bircher müesli sposa in Vaticano la ex guardia svizzera Alfons von Altshofen. La coppia intende rimanere in Italia per aprire un albergo sull'Adriatico.

Prima della celebrazione religiosa, Brigit non ha dichiarato che essa intendeva conservare il suo cognome da nubile, di natura quasi pubblicitaria.

Per quanto concerne il cognome coniugale, gli sposi non si sono sottoposti alla legge italiana del loro domicilio, ma alla *lex Helvetica*, loro legge nazionale comune. In effetti l'Italia ha ratificato la Convenzione di Monaco elaborata dalla CIEC³¹, che prescrive l'applicazione della legge nazionale. Siamo quindi in presenza di un rinvio.

Può Brigit dichiarare a posteriori, presso il Consolato svizzero o all'ufficiale dello stato civile del luogo d'attinenza di voler chiamarsi Bircher müesli von Altshofen?

Andreas Bucher, RSC 61 (1993) 342 ss (347), si pronuncia favorevolmente³² e io condivido il suo parere. Occorre infatti dare un'interpretazione lata alle disposizioni del Codice civile e dell'Ordinanza dello stato civile applicabili. La citata circolare dell'Ufficio federale dello stato civile³³ dovrebbe essere completata in questo senso. Alcuni Cantoni seguono già questa via³⁴.

2. Non posso per contro condividere l'opinione del mio collega ginevrino su un altro punto. Andreas Bucher³⁵ postula a favore dell'assunzione in Svizzera dei principi applicati in Germania per i nomi spagnoli. Come noto il secondo «apellido» è stralciato, quando in applicazione delle norme di conflitto germaniche un figlio tedesco assume il cognome del padre³⁶.

Quando Ines Imobersteg sposa lo spagnolo Rodrigo Rodriguez Tempesta e vuol conservare il suo cognome da nubile si chiamerà Imobersteg Rodriguez Tempesta, nata Imobersteg, e non Imobersteg Rodriguez, formula che andrebbe a genio a Andreas Bucher e a certi ispettori cantonali.

Gli apellidos spagnoli sono necessari per identificare i cittadini. Nell'elenco telefonico di Madrid figurano più di 30'000 Fernández e circa 800 Fernández y Fernández³⁷.

D'altra parte non va dimenticato che, una volta maggiorenne, ogni spagnolo è autorizzato e invertire l'ordine dei suoi apellidos³⁸. Non è quindi necessariamente l'apellido proveniente dal lato materno che viene trasmesso alla successiva generazione.

Nel nostro caso il domicilio degli sposi non ha d'altra parte alcuna importanza. Anche se essi vivono in Spagna, la legge nazionale svizzera si applica al nome Ines, perché la Spagna ha pure ratificato la Convenzione di Monaco³⁹.

3. I matrimoni celebrati nel vicino Principato del Lichtenstein possono pure causare problemi per il fatto che il Lichtenstein ha previsto una norma di conflitto sul nome⁴⁰ e dà a questa norma un'interpretazione un po' sorprendente⁴¹.

Quando si legge, senza idee preconcepite, l'art. 45, cpv. 1 della legge sullo statuto delle persone e delle società, si possono dedurre le tre regole seguenti:

- il nome e il modo con cui è portato sono retti dalla legge nazionale;
- bisogna rispettare il rinvio al primo e al secondo grado;
- il cambiamento di nome che risulta da un atto giuridico (matrimonio, riconoscimento, adozione), non è retto dalla legge nazionale. In questo caso il cambiamento di nome soggiace allo statuto che disciplina gli effetti di un tale atto. Al riguardo si terrà pure conto delle norme di conflitto estere⁴².

Tuttavia per quanto attiene questi effetti la giurisprudenza delle autorità del Lichtenstein non ricorre allo statuto degli effetti personali del matrimonio, della filiazione o dell'adozione, ma, ispirandosi ai vecchi articoli 35/37 del Codice civile austriaco⁴³, applica la legge dove l'atto giuridico ha avuto luogo, la *lex loci contractus*.

Dal punto di vista del diritto del Lichtenstein, non è la legge nazionale che regge il cognome coniugale, ma la legge del luogo della celebrazione del matrimonio.

Spieghiamo questa norma con un esempio: la grigione Mina Camenisch, che vive da lungo tempo a Balzers (FL), sposa il cittadino del Lichtenstein Josef Baltliner. I fidanzati dichiarano all'ufficiale dello stato civile di Vaduz di voler assumere quale cognome coniugale il cognome del marito. La sposa dichiara inoltre di voler conservare, secondo la legge del Lichtenstein, il suo cognome da nubile che aggiungerà a quello del marito unendo i due cognomi con un tratto d'unione.

Il cognome coniugale Baltliner-Camenisch può essere iscritto nel registro svizzero delle famiglie?

Secondo l'art. 37, cpv. 1, 2a frase LDIP, va applicato l'art. 45, cpv. 1, della legge sullo statuto delle persone e delle società e l'art. 44, cpv. 1, della legge sul matrimonio, quest'ultimo nella sua ultima versione, pubblicata nel Foglio ufficiale del Lichtenstein 1993, No. 53. La legge sul matrimonio concede ai fidanzati la facoltà di scegliere come cognome coniugale sia il cognome del marito, sia quello della moglie. L'art. 44, cpv. 2 di questa legge concede inoltre al coniuge, il cui nome non è stato scelto, il diritto di dichiarare all'ufficiale dello stato civile di voler conservare il suo cognome attuale formando un doppio nome. Il vecchio nome può essere collocato davanti o dopo il cognome coniugale. Un tratto d'unione unirà i due nomi.

Ne viene che pure in Svizzera Mina si chiamerà Baltliner-Camenisch.

«Piccola cittadina svizzera se vuoi ornare il tuo cognome con un tratto d'unione va nel Lichtenstein, i nostri vicini non dicono di no. Nel gaudito ti sposerai nel tuo costume elvetico e porterai il tuo cognome con un tratto d'unione eretico!»

V. L'iscrizione di nascite avvenute in Svizzera.

Lo spagnolo Tomàs Torrent Torralba sposa, a Acireale in Sicilia, la cittadina italiana Attilia Attucina. I coniugi si stabiliscono a Losanna dove Torrent viene nominato professore di astrofisica. La piccola Tomasina nasce qualche mese più tardi in questa città. Essa possiede la doppia cittadinanza spagnola e italiana⁴¹.

Qual'è il suo cognome?

E' determinante la legge svizzera del domicilio.

La bambina non può eleggere domicilio da nessuna parte perché incapace di discernimento. In luogo e vece di un domicilio occorre prendere in considerazione la sua residenza abituale⁴².

Di principio Tomasina dovrebbe assumere il cognome dei suoi genitori. Essi però non posseggono un cognome comune. Né la legge spagnola, né la legge italiana prevedono un cambiamento di nome al momento del matrimonio. Attilia acquista solo il diritto di aggiungere al suo cognome da nubile quello di suo marito e di chiamarsi Attucina Torrent Torralba; essa non vi è però obbligata. Negli atti di stato civile italiani il cognome del marito non figurebbe d'altronde mai⁴³.

Si potrebbe solo ipotizzare di attribuire ai genitori un cognome coniugale in riferimento ai principi del diritto svizzero. Essi si chiamerebbero allora Torrent Torralba.

Tuttavia la circolare dell'Ufficio federale dello stato civile, già a più riprese citata⁴⁴, si oppone a un tal modo di procedere. Secondo il No. 133 di questo documento, solo il nome del figlio è stabilito al momento dell'iscrizione nel registro delle nascite; quello dei genitori non è ridefinito. Secondo il No. 132 di questo stesso documento, sia il cambiamento di domicilio, sia l'acquisto o la perdita della nazionalità non hanno alcun effetto sul nome.

Ecco sicuramente un secondo punto per il quale suggerirei di modificare la circolare. Non si potrebbe in effetti negare che un cambiamento di domicilio in un altro Paese o di nazionalità provochi una modifica dello statuto personale. Orbene l'interessato deve essere autorizzato – nel silenzio della legge – a conformarsi alla sua legge nazionale o del suo nuovo domicilio. Costringerlo, contro la sua volontà, a conservare il nome assunto in precedenza, così come rinviarlo a una costosa procedura di cambiamento di nome – dal risultato sempre aleatorio – sarebbe come sdraiarlo di forza sul letto di Procuste.

Essendo il tempo a disposizione limitato, non possiamo approfondire qui questa problematica. Ci limitiamo di conseguenza a indicare una soluzione pragmatica. L'ufficiale dello stato civile

competente consiglierà ai genitori di optare o per la legge spagnola o per la legge italiana. Questa scelta gli permetterà di trovare il filo di Arianna che gli consentirà di uscire dal labirinto della nazionalità effettiva⁴⁸.

Se i genitori optano per la legge italiana, fatto questo poco probabile, Tomasina assumerà il cognome di suo padre, Torrent Torralba. Se invece preferiranno la legge spagnola dovremo iscrivere Tomasina con il cognome Torrent Attucina.

VI. *L'iscrizione di nascite avvenute all'estero.*

1. Zoé Zellweger, attinente del Canton Appenzello esterno, dà alla luce a Milano un figlio al quale dà il prenome Montano (colui che discende dalle montagne)⁴⁹. Suo padre è di nazionalità italiana e si chiama Pippo Pettiroso⁵⁰. Egli riconosce per primo il figlio, per cui Montano viene iscritto nei registri di stato civile di Milano con il cognome Pettiroso.

Dopo la nascita Zoé torna con suo figlio a Teufen, dove ha sempre mantenuto il domicilio.

Con che cognome sarà iscritto nei nostri registri Montano, che possiede sia la cittadinanza svizzera, che quella italiana?

Montano non può eleggere un domicilio. Quello della madre non ha alcuna importanza perché la LDIP esclude le disposizioni del Codice civile⁵¹. Occorre quindi riferirsi alla residenza abituale, che corrisponde alla situazione di fatto al momento determinante. Orbene al momento della nascita Montano si trovava in Italia.

Si potrebbe tuttavia considerare che questo soggiorno in Italia era solo previsto per un periodo di tempo molto limitato e che la madre aveva l'intenzione di portare suo figlio in Svizzera non appena possibile.

Torna quindi applicabile la legge svizzera. In virtù dell'art. 271, cpv. 2, CCS. Montano si chiama Zellweger. Il riconoscimento di Pippo non ha quale conseguenza che il figlio divenga un Pettiroso.

Del resto Montano, rappresentato da sua madre, non potrebbe prevalersi della sua seconda nazio-

ionalità per poter assumere, con l'autorizzazione del giudice⁵², il cognome di suo padre. Siccome la sua residenza abituale è a Teufen, è con la Svizzera che egli ha la sua relazione più stretta. E' la cittadinanza effettiva che prevale. E, nella fattispecie, la si può agevolmente accertare.

Questo collegamento, che si è imposto come un dogma, priva d'altronde quasi tutti gli svizzeri all'estero del diritto d'opzione previsto dall'art. 37, cpv. 2, LDIP. A dire il vero, il 70% dei Confederati della quinta Svizzera posseggono pure la cittadinanza del loro paese di residenza⁵³. Le autorità svizzere devono dunque, per quanto concerne la legge applicabile, considerarli come stranieri. La LDIP li costringe a ignorare la loro cittadinanza svizzera⁵⁴.

2. L'Argoviese Stefanie Stüssi convive a Madrid con l'industriale spagnolo José Garcías Gaudí. Nel 1982 e nel 1983 nascono due figli: Carmen e Federico. Il padre, dopo averli riconosciuti in via testamentaria⁵⁵, muore nel 1994. I due figli, che sono ora doppi nazionali⁵⁶, restano in Spagna.

Occorre applicare in questo caso il vecchio o il nuovo diritto internazionale privato?

Ha il riconoscimento testamentario effetto retroattivo al momento della nascita traendosi di un atto che aveva esplicato tutti i suoi effetti al momento dell'entrata in vigore della nuova legge⁵⁷?

Un riconoscimento in via testamentaria non può essere revocato⁵⁸. Secondo la dottrina e la giurisprudenza spagnole⁵⁹, che invocano a questo riguardo l'art. 112, cpv. 1, 2a frase Código civil⁶⁰, il riconoscimento non ha però effetto retroattivo al momento della nascita per quanto concerne la cittadinanza, il nome, la patria potestà e la pensione alimentare.

Secondo gli art. 37 e 73 LDIP torna applicabile la legge spagnola del domicilio. Essa non rinvia alla legge svizzera.

Se è pur vero che la Spagna ha ratificato la Convenzione di Monaco⁶¹, i suoi cittadini, che posseggono ancora un'altra nazionalità, vengono considerati da questo Paese solo come degli spagnoli⁶².

Naturalmente, pure dal punto di vista del diritto svizzero, Carmen e Federico devono essere con-

siderati esclusivamente come cittadini spagnoli. Il loro domicilio spagnolo è preponderante, anche se parlano schwyzerdütsch con la loro madre e frequentano una scuola svizzera. Dal 1994 essi si chiamano quindi García Stüssi.

VII. Il cambiamento di nome di stranieri in Svizzera e all'estero.

1. Quando cittadini stranieri desiderano cambiare il nome in Svizzera, non è indispensabile, ma opportuno suggerir loro di prendere contatto con le autorità dei loro Paesi d'origine. Spesso la loro patria rifiuterà di riconoscere un simile cambiamento di nome. Ne può ad esempio poi risultare che sul loro passaporto figuri un nome diverso da quello del permesso di condurre rilasciato in Svizzera.

2. Cosa capita quando uno straniero domiciliato in Svizzera non si rivolge alle nostre autorità, ma si limita a farsi confermare il suo cambiamento di nome dal consolato del suo paese d'origine?

Penso al seguente caso:

E' presso la Sezione consolare dell'Ambasciata britannica a Berna che Thomas Tappercoom si fa legalizzare la dichiarazione che d'ora innanzi si chiamerà Thomas Tappy¹.

Possiamo accettare questo cambiamento di nome in occasione della procedura di pubblicazione del matrimonio?

Secondo l'art. 39 LDIP, i cambiamenti di nome intervenuti all'estero sono riconosciuti in Svizzera solo se lo Stato d'origine o lo Stato di domicilio del richiedente li approvano.

Le rappresentanze diplomatiche non sono considerate come territorio estero. Esse si trovano su suolo svizzero².

Anche applicando alla lettera l'art. 39 LDIP non dobbiamo però rifiutare questo cambiamento di nome per due motivi:

– da una parte l'art. 39 parla di un richiedente; presuppone quindi una procedura di cambiamento di nome. Far autenticare una dichiara-

zione unilaterale dalla rappresentanza diplomatica del proprio paese d'origine non costituisce una simile procedura. Thomas avrebbe potuto accontentarsi di un annuncio su di un giornale. L'art. 39 LDIP non è quindi applicabile. Occorre riferirsi all'art. 37, cpv. 1 LDIP che designa la legge del domicilio concedendo all'interessato ampia facoltà di prevalersi della sua legge nazionale. Procedendo a una dichiarazione di cambiamento di nome autorizzata dalla sua legge nazionale, Thomas opta implicitamente per quest'ultima³.

– d'altra parte sarebbe peccare di eccesso di formalismo se si esigesse che Thomas avesse a fare una capatina a Costanza per farsi autenticare o legalizzare la sua dichiarazione da un notaio tedesco. Ciò che conta è che il suo paese d'origine l'autorizza a cambiare il nome dappertutto e in ogni momento in qualsiasi posto del mondo.

VIII. Considerazioni finali.

E' con questo caso, risolto dall'avv. Heussler nel senso citato, che voglio concludere la mia elencazione di problemi scottanti che possono presentarsi attualmente nel vostro lavoro.

Possa soprattutto quest'ultima fattispecie farvi prendere coscienza del margine di spazio lasciato con tolleranza e con generosità agli ufficiali dello stato civile e alle autorità di vigilanza malgrado il rigore imposto dalla legge, dall'ordinanza federale sullo stato civile e dalle circolari. A volte l'interpretazione della legge riferita ai bisogni della pratica, si dimostra più sottile e più saggia del legislatore.

Note a pie' di pagina.

¹ FamRZ 1973, 394 ss (404 s.).

² Cfr. Götz, L'enregistrement de l'état civil, in: Traité de droit suisse II, Friburgo 1974, p. 100 ss (123); H.-R. Schnyder, Problèmes actuels de l'état civil, RSC 37 (1969) 354 ss (357 s.); art. 68 OSC (precedente): Il cognome del figlio svizzero si determina conformemente all'art. 270 CCS.

³ Così era pure il caso in Belgio fino al 1984; cfr. Tribunale di Bruxelles, 9 giugno 1956, *Journal des Tribunaux* 1959, 47 ss; Tribunale di Nivelles, 24 ottobre 1967, *Recueil de Jurisprudence di Nivelles* 1969, 71 ss. Nel primo caso il Tribunale aveva sentenziato che il nome di un figlio naturale polacco riconosciuto da suo padre rumeno era retto dalla legge di residenza del figlio, ossia dalla legge belga; nel secondo caso il tribunale aveva accolto l'intervento del ministero pubblico contro i coniugi portoghesi José Maria Alves Martins Gaio e Aurora Gonçalves Fernandes che avevano fatto iscrivere il loro figlio nel registro delle nascite con il cognome Fernandes Gaio, in conformità della loro *lex patriae* comune. In Belgio ogni figlio portava il cognome del padre (Martins Gaio). Il registro delle nascite era esclusivamente tenuto secondo i principi del diritto belga (cfr. Stichelbaudt, *Les patronymes espagnols*, *Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique* 107 (1965) 46 ss. La circolare del ministro della Giustizia belga del 9 febbraio 1971 riprese i precetti di questa decisione e ordinò ai procuratori di assicurarsi che tutti i figli di nazionalità spagnola, nati in Belgio fossero iscritti con il nome del padre. La citata circolare vietava ogni riferimento alle divergenti opinioni della dottrina, perché ciò poteva essere causa di difficoltà insormontabili. Questa circolare fu però sostituita da quella del 5 dicembre 1984, secondo la quale gli ufficiali dello stato civile hanno il dovere di applicare all'iscrizione delle nascite dei figli stranieri la legge nazionale di questi ultimi; cfr. Pintens, *De naam van het kind in de geboortakte*, *De Burgerlijke Stand* 2 (1985) 51 ss (55 s.).

⁴ Cfr. cifra II 1 della legge federale del 25 giugno 1976 sulla modifica del CCS relativa alla riforma del diritto di filiazione, RU 1977, 237 ss (260); questa legge, oggetto di un referendum poi ritirato, è entrata in vigore il 1 gennaio 1978.

⁵ In occasione di una sessione del Consiglio nazionale, Frank Visser, che la Consigliera federale Elisabeth Kopp invitò a parlare a nome del Consiglio federale in contrasto con le regole vigenti, diede tutta una serie di informazioni false. Per maggiori dettagli, cfr. Sturm, *Die Entrechtung der Auslandschweizer in neuen IPR-Gesetz. Ein finsternes Kapitel schweizerischer*

Gesetzgebungsgeschichte, in: *Festschrift Keller*, Zurigo 1989, p. 529 ss (537 s.); dello stesso autore, *Codification et unification des règles de conflit dans la Suisse du XIX s.* in *Liber Memorialis François Laurent (1810-1887)*, Bruxelles 1989, p. 1099 ss. La nuova letteratura sul diritto internazionale privato svizzero ignora questi due articoli. Ci si nasconde volentieri perché ci si vergogna.

⁶ Cfr. il messaggio concernente una legge federale sul diritto internazionale privato (legge del DIP), del 10 novembre 1982. FF 135 (1983) I 255 ss (No. 215.1, p. 306), come pure Sturm, *Zum Geist der Österreichischen und Schweizer IPR-Reform unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Familienrechts*, in: *Festgabe Schwind*, Vienna 1989, p. 147 ss (157 s., 165).

⁷ In diritto inglese, come noto, la perdita del domicilio soggiace a condizioni così rigorose che un «domicil of origin» inglese è praticamente comparabile al diritto di cittadinanza continentale. Certamente il «domicil of origin» può cedere il posto a un «domicil of choice». Ma non lo si perde mai del tutto. Infatti, se si abbandona il domicilio scelto, il «domicil of origin» viene automaticamente ripristinato. I giudici inglesi non ammettono un «domicil of choice» all'estero se non quando ogni legame con l'Inghilterra è rotto, ciò che significa che la persona emigrata non deve né seguire le informazioni inglesi, né leggere i giornali inglesi, né fumare sigarette inglesi. Fintanto che esiste un eventuale «animus revertendi», il «domicil of origin» non scompare. D'altronde è molto difficile, anzi impossibile, di provare che esso non esiste più; cfr. North/Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 12a. ed., Londra 1992, p. 138 ss; Raape/Sturm, *Internationales Privatrecht* I, 6a ed., Monaco 1977, p. 169 ss.

⁸ Il Belgio, la Germania, la Grecia, la Francia, l'Italia, il Lussemburgo, i Paesi-Bassi, l'Austria, il Portogallo, la Spagna, la Turchia, così come tutti gli Stati del vecchio blocco dell'Est. Per la Germania, vedi l'art. 10, cpv. 1 EGBGB; per l'Austria, vedi l'art. 13, cpv. 1 IPRG; per l'Italia, i Paesi-Bassi il Portogallo e la Spagna, vedi l'art. 1, cpv. 1 la frase della Convenzione di Monaco sulla legge applicabile ai nomi e cognomi (ela-

borata dalla CIEC), entrata in vigore il 1 gennaio 1990; per la Romania, vedi l'art. 14, cpv. 1 della legge sul diritto internazionale privato del 22 settembre 1992. Le leggi finlandese e svedese contengono norme speciali. Per la Finlandia, vedi gli art. 25 e ss della legge sul nome di famiglia e per la Svezia, vedi gli art. 50 e ss. della legge sul nome. La Danimarca e la Norvegia applicano la *lex domicilii*. Per il Lichtenstein, vedi sotto IV 3.

* Cfr. l'art. 14, cpv. 1 LDIP, combinato con l'art. 37 della stessa legge. Il «diritto» di cui parla la 2a frase dell'art. 37, cpv. 1, è il diritto al quale rinviano le norme di conflitto dello Stato del domicilio.

¹⁰ Questo caso eccezionale esiste solo negli ordinamenti giuridici anglo-americani, in Brasile, Danimarca, Norvegia e Svizzera, Stati che applicano la legge del domicilio. Gli Stati di La-Plata, Argentina, Paraguay e Uruguay applicano pure la legge del domicilio conformemente all'art. 1 della Convenzione di Montevideo sul diritto internazionale (1940). Per maggiori dettagli, vedi Piltz, nota di giurisprudenza, FamRZ 1975, 335 ss.

¹¹ Nel progetto di legge della commissione di esperti – cfr. legge federale sul diritto internazionale privato (legge sul DIP), *Etudes suisses de droit international*, vol. 12, Zurigo 1978, p. 195 ss, 270 -, l'art. 35, cpv. 3, era del seguente tenore: «Gli svizzeri senza domicilio in Svizzera possono esigere che il loro nome sia retto dal diritto svizzero».

Per tener conto di una richiesta che le autorità di vigilanza sullo stato civile avevano formulato in occasione della procedura di consultazione – cfr. Ufficio federale di Giustizia, Legge federale sul diritto internazionale privato, Presentazione delle risposte nella procedura di consultazione relativa al progetto di legge della commissione di esperti. Berna 1980, No. 326, p. 148 ss -, il messaggio del consiglio federale (cfr. nota No. 6 sopra), No. 225.2, p. 324, 465, bilateralizzò questa norma di conflitto.

¹² Cfr. Determinazione e iscrizione del nome nei registri di stato civile in casi internazionali, RSC 57 (1989) 382 ss; da consultare pure l'articolo fondamentale di Jäger, La legge sul DIP. Sua in-

fluenza sullo stato civile svizzero nel campo dell'iscrizione del nome, RSC 58 (1990) 80 ss, come pure Die Zürcher Beispiele, Teil I: Geburtsregister, RSC 58 (1990) 252 ss; Teil II: Verkündung und Trauung, RSC 58 (1990) 291 ss.

¹³ Un simile problema presuppone un rapporto di diritto pregiudiziale che si configura in una norma di conflitto o in una norma di diritto materiale. La caratteristica di un simile rapporto è che è suscettibile di essere oggetto di una procedura indipendente conclusa da un giudizio di accertamento di diritto.

Il nome appartiene allo stato civile in senso lato e fa parte della personalità protetta dagli art. 28 ss CCS; cfr. Götz (nota No. 2), p. 110; Egger, in Zürcher Kommentar, 2a. ed. Zurigo 1930, art. 28 CCS nota 30, art. 29 CCS note 5 ss e 13 ss.

¹⁴ Cfr. Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 2a. ed., San gallo 1990, No. 447 ss, p. 212 (No. 460 s., p. 215 s.); STF 99 II (1973) 1 ss (4); 102 Ib (1976) 1 ss (6 s.) e incidentalmente 114 II (1988) 1 ss (6).

¹⁵ L'art. 20, cpv. 2, 3a frase, LDIP esclude l'art. 25, cpv. 1 CCS. Secondo l'art. 20, cpv. 2, 2a frase, LDIP, è la residenza abituale che è determinante. Le persone colte da incapacità non potendo costituirsi domicilio, occorre ritenere che non l'hanno; cfr. Keller/Kren Kostkiewics, in: Heini e al., IPRG, Kommentar, Zurigo 1993, art. 20 note 14 e 48. Vedi pure la decisione della Direzione del Dipartimento dell'Interno del Canton Zugo, GVP ZG 1989/90, 187.

¹⁶ Cfr. Horn, Namensrecht in Sri Lanka, StAZ 1984, 53 ss; Sturm, Das Namensrecht der alten Kulturvölker in den Personenstandsbüchern heute, Fachwissenschaftliche Vortragsreihe für Personenstandswesen, Fachverband der Bayer. Standesbeamten, Monaco 1986, p. 22 ss; BayObLG, StAZ 1987, 168 ss (170); LG Stoccarda, StAZ 1992, 346 ss.

¹⁷ Nella catena di nomi. Cattamanchi Nagappa Chandrashekhara, Cattamanchi ha una connotazione geografica e designa l'origine locale della persona in questione; Nagappa è il nome assegnato a titolo personale al padre o al nonno; Chandrashekhara, quello del titolare del passaporto. Segnaliamo che l'origine locale, che a

volte manca, e il nome del padre o del nonno figurano spesso in forma abbreviata nei documenti e negli atti ufficiali. Nella fattispecie ci si accontenterebbe quindi di indicare C.N. Chandrashekhara.

¹⁸ Cfr. nota 17.

¹⁹ Cfr. l'informazione «Nomi di famiglia dei Tamil» pubblicata dal Servizio dello stato civile e della cittadinanza del Canton Berna il 15 febbraio 1991 s/pg. Per contro, secondo la circolare del Dipartimento federale di Giustizia e Polizia, del 16 novembre 1968, annullata il 16 settembre 1993, l'attribuzione di nomi di famiglia a rifugiati tibetani era subordinata a una procedura di cambiamento di nome in applicazione dell'art. 30 CCS. In Germania si procede come a Berna; cfr. per i Pachistani, OLG Colonia, StAZ 1988, 296 ss; per gli Sri Lanka, OLG Stoccarda, StAZ 1992, 346 ss (348).

²⁰ Cfr. l'art. 530, cpv. 4, Istruzione generale relativa allo stato civile, del 21 settembre 1955. Quando, conformemente al suo statuto personale, il padre non ha un cognome, il figlio deve comunque avere in Francia un cognome. Esso sarà costituito dal vocabolo con il quale il padre è conosciuto (prenome, nome di tribù, soprannome).

²¹ La religione sikh fu fondata nel XV secolo da un gourou indù. Suo scopo: conciliare gli indù e i mussulmani; non v'è che un solo Dio, verità suprema; cfr. Sturm (nota No. 16), p. 31 ss e BayObLG, StAZ 1987, 168 ss (170).

²² Cfr. Götz (nota No. 2), p. 122. In Germania su questo punto si seguono altri principi. Si considerano Singh e Kaur come aggiunte di nome che devono essere trattate come nomi intermedi (middle names); cfr. la sentenza della Corte suprema di Baviera (BayObLG) citata alla nota precedente.

²³ Non è necessariamente il momento della nascita, perché il cognome può esser cambiato a seguito di matrimonio, di una legittimazione, di un'adozione o di un cambiamento di nome autorizzato dall'autorità competente o deciso dall'interessato.

²⁴ E' dal 1 luglio 1976 che gli sposi possono scegliere come futuro cognome coniugale quello della sposa. La legge che ha portato le modifiche delle norme relative al cognome coniugale (EheNÄndG) del 27 marzo 1979 ha esteso questa facoltà ai matrimoni celebrati anteriormente senza prevedere un limite di tempo.

²⁵ Cfr. art. 1616, cpv. 1, 1617, cpv. 1, 2a frase, 1618, cpv. 1, 2a frase, 1740 f, cpv. 2, 3a frase, 1757, cpv. 1, 2a frase del Codice civile germanico. Ciò non è però il caso quando gli sposi decidono di conservare il loro cognome. La legge sul cognome di famiglia (FamNamRG), del 1 aprile 1994, permette loro di rifiutare la scelta di un cognome coniugale e di optare per il mantenimento dei due cognomi di famiglia separati. In questa ipotesi, i genitori possono assegnare ai loro figli una catena di nomi composta dal cognome di famiglia del padre o della madre e quello che, in occasione di una precedente unione, è stato collocato davanti o dopo il cognome coniugale. Sottolineiamo che una simile attribuzione provoca una metamorfosi della catena di nomi. Sulla testa del figlio la mescolanza di un vero cognome di famiglia e di un nome, che non fa altro che d'accompagnarlo, si cristallizza in un vero doppio nome. Facciamo osservare che all'art. 1616, cpv. 2 del Codice civile germanico il legislatore ricorre all'espressione «nome» e evita deliberatamente quella di «nome di famiglia».

²⁶ Secondo l'art. 1355, cpv. 2 del Codice civile germanico, gli sposi possono scegliere come cognome coniugale soltanto il cognome di famiglia assunto alla nascita dal fidanzato o dalla fidanzata.

²⁷ Cfr. l'art. 1355, cpv. 2 del Codice civile germanico.

²⁸ Per contro egli non potrà conservare la catena di nomi Klamauk-Macher. Infatti il Codice civile germanico vieta le catene di nomi composte da tre o più cognomi di famiglia (art. 1355, cpv. 4, 3a frase del Codice civile germanico - nuovo). Prima dell'entrata in vigore della FamNamRG il 1 aprile 1994 un simile divieto non esisteva; cfr. Wagenitz/Bornhofen, Familiennamensrechtsgesetz. Kommentar, Frankfurt/Berlin 1994 § 1355 BGB nota 4.

²⁹Secondo l'art. 1355, cpv. 5, 2a frase del Codice civile germanico il vedovo o la vedova, così come il coniuge divorziato sono autorizzati a riprendere il cognome assunto alla nascita o a seguito di un precedente matrimonio.

³⁰Cfr. l'art. 160, cpv. 2 e 3 CCS combinato con l'art. 177a, cpv. 1, 2a frase OSC (nuovo). Per maggiori dettagli, cfr. Comunicato stampa del Dipartimento federale di Giustizia e Polizia, del 25 maggio 1994, RSC 62 (1994) 165; Circolare dell'Ufficio federale dello stato civile, del 21 marzo 1994 alle autorità cantonali di vigilanza sullo stato civile, RSC 62 (1994) 148 ss, 149 s. L'OSC è stata modificata il 25 maggio 1994, RU 1994 II 1384 ss.

³¹Cfr. nota 8.

³²L'applicazione della LDIP allo stato civile, RSC 61 (1993) 342 ss (347 s.).

³³Cfr. nota 12.

³⁴Tutti i cantoni romandi. Il gruppo romando dello stato civile ha infatti deciso di seguire Bucher (cfr. nota 32).

³⁵Cfr. il suo articolo, citato alla nota 32, RSC 61 (1993) 345 ss., Rietmann, Nome secondo il DIP, RSC 58 (1990) 148 ss. si era pronunciato in questo senso.

³⁶BGH, StAZ 1989, 372 ss = IPRax 1990, 120 ss. Questa sentenza della Corte federale di Karlsruhe, applicata a dei Peruviani dalla Corte d'appello di Celle (OLG Celle, StAZ 1991, 192 ss) e a una coppia germano-spagnola dalla Corte d'appello di Colonia (OLG Köln, StAZ 1992, 13 ss), è stata tuttavia oggetto di forti critiche. Le stesse sono purtroppo sfuggite al mio collega ginevrino, che nemmeno sembra abbia preso conoscenza del mio articolo *Spanisches Namensrecht vor dem Forum von Art. 220, cpv. 5 p. 3 EGBGB*, IPRax 1990, 99 ss. Occorre ancora segnalare che il secondo apellido non è sempre soppresso, contrariamente alla vecchia prassi svizzera. Secondo le sentenze citate non si procederà a una simile amputazione se non nel caso in cui, in un matrimonio germano-spagnolo, i genitori attribuiscono al loro figlio o alla loro figlia il cognome di famiglia del genitore spa-

gnolo. Per contro si farà luogo all'iscrizione dei due apellidos quando i fidanzati scelgono come nome coniugale il cognome di famiglia del coniuge spagnolo (cfr. OLG Braunschweig, StAZ 1993, 242 ss). Lo stesso è il caso quando il coniuge spagnolo desidera anteporre al cognome coniugale scelto il suo cognome di famiglia (BayObLG, StAZ 1991, 69 ss), o quando si tratta di determinare il cognome di famiglia di Spagnoli o di stranieri soggetti a una legislazione che si ispira al modello spagnolo. In tutte queste ipotesi, la giurisprudenza germanica mantiene i due apellidos, che saranno dunque tutti e due iscritti nei registri di stato civile.

³⁷Cfr. Schielly, Come registrare i cognomi di famiglia spagnoli?, RSC 46 (1978) 72 ss (75).

³⁸Cfr. l'art. 109, 2a frase Código civil: El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

³⁹Cfr. nota 8.

⁴⁰L'art. 45, cpv. 1 della legge del Lichtenstein sullo statuto delle persone e delle società del 20 gennaio 1926 prevede: Gli effetti degli atti giuridici in materia di diritto della famiglia essendo riservati, il diritto di una persona di portare un nome è retto dalle norme di conflitto dello Stato del quale questa persona è originaria al momento dell'assunzione di questo nome o della sua contestazione.

⁴¹Cfr. la decisione dell'autorità di ricorso del Lichtenstein dell'11 dicembre 1991, LES 1992, 20 ss, che è preceduta dal seguente sommario: Se vien fatta una riserva per gli atti giuridici del diritto di famiglia di cui all'art. 45, cpv. 1 della legge sullo statuto delle persone e delle società, è perché l'articolo in oggetto intende sottomettere gli effetti di un matrimonio celebrato in Svizzera non alla legge nazionale dei cittadini del Lichtenstein, ma alla legge del luogo della sua celebrazione. Il matrimonio deve infatti essere qualificato come atto giuridico. D'altronde il riconoscimento di un simile matrimonio soggiace alle norme di conflitto. L'art. 8 della citata legge lo dimostra in modo perfettamente chiaro. In virtù di questa disposizione, ogni riconoscimento degli effetti di un matrimonio celebrato all'estero deve rispettare i limiti dell'ordine pubblico del Lichtenstein.

All'autorità di ricorso fu sottoposto il seguente caso: a Bischozell, suo comune d'origine, la turgoviese Emma Ermatinger, residente da lungo tempo a Vaduz, sposa il cittadino del Lichtenstein Rupert Ruggell. Al momento della celebrazione del matrimonio, essa dichiara di voler conservare il cognome da nubile. L'ufficiale dello stato civile svizzero iscrive di conseguenza nel registro dei matrimoni «Emma Ermatinger Ruggell nata Ermatinger». La polizia degli stranieri del Principato non rispetta questa scelta e rilascia un permesso di dimora alla signora Emma Ruggell, decisione che sarà impugnata con il presente ricorso, che verrà accolto.

⁴²Cfr. Sturm (nota 1), FamRZ 1973, 395 No. 11.

⁴³Su queste disposizioni, abrogate dalla LDIP austriaca il 1 gennaio 1979, cfr. Schwind, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts, Vienna/New York 1975, p. 306.

⁴⁴Cfr. l'art. 17, cf. 1 Código civil e l'art. 1, cpv. 1, lett. a della legge italiana No. 91/1992, del 5 febbraio 1992. Per maggiori dettagli, cfr. Clerici, La nuova legge organica sulla cittadinanza: prime riflessioni, Riv. dir. int. priv. proc. 28 (1992) 741 ss e Alberti, Nuove prescrizioni sulla nazionalità italiana, RSC 61 (1993) 20 ss.

⁴⁵Cfr. nota 15.

⁴⁶All'estero si ignora spesso il senso dell'art. 143bis del Codice civile italiano. Si parte dall'idea errata che la donna sarebbe obbligata ad aggiungere il cognome di suo marito al suo. In realtà si tratta soltanto di una facoltà e assolutamente non di un obbligo. Nei registri italiani di stato civile e dell'anagrafe le donne sono indicate solo con il loro cognome da nubile. L'art. 20, cpv. 3 dell'ordinanza del 30 maggio 1989 No. 223 (Regolamento anagrafico della popolazione residente) lo dice espressamente: «Per le donne coniugate o vedove le schede devono essere intestate al cognome da nubile». Il cognome del marito che viene aggiunto a quello della moglie è quindi soltanto un nome d'accompagnamento. E' per questa ragione che non vien trasmesso ai figli naturali che dovesse mettere al mondo una vedova.

⁴⁷Cfr. note 12 e 33

⁴⁸Secondo l'art. 123 della circolare citata, si può optare solo per la legge nazionale dello Stato con il quale il plurinazionale ha le relazioni più strette (art. 23, cpv. 2 LDIP). Ma quando il neonato emette i primi vagiti in un Paese straniero, si può immaginare un'intonazione spagnola piuttosto che italiana? Il neonato è italiano o spagnolo secondo che ha riso o che ha pianto alla vista della rispettiva bandiera dei due Stati in questione? E l'ufficiale dello stato civile competente deve egli stesso procedere a un simile esame? Deve interpellare una chiromante per far leggere il futuro del figlio? Tutte queste domande dimostrano già da sole che un concetto teorico è destinato al fallimento. Quando i figli non vivono nel loro Paese è soltanto l'opinione dei genitori che può ritenersi decisiva.

⁴⁹Non concernono il testo italiano

⁵⁰Cfr. nota 15.

⁵¹E' l'art. 52, cpv. 3 del Codice civile italiano che esige una tale autorizzazione. Certamente il padre ha proceduto per primo al riconoscimento formale di suo figlio. E' altrettanto vero che il riconoscimento è intervenuto dopo la nascita del figlio. Orbene pure, agli occhi dei giuristi italiani, la filiazione materna è stabilita al momento della nascita, poco importa che si applichi alla filiazione la sola legge nazionale del figlio o che si cumuli la legge nazionale del figlio alla legge nazionale della madre. La prima soluzione è adottata da Vitta/Mosconi, Corso di diritto internazionale privato e processuale, 5a ed., Torino 1994, p. 244 ss, ai quali si associa il Tribunale federale, STF 118 II (1992) 468 ss (474). La seconda dalla Corte di cassazione italiana, sentenza del 21 marzo 1990, No. 2350, Riv. dir. int. priv. proc. 27 (1991) 734 ss. Il Tribunale federale misconosce che la giurisprudenza italiana non ha assolutamente abbandonato l'esigenza del cumulo delle leggi nazionali. Ne consegue che il riconoscimento del padre è tardivo. Questo riconoscimento ha potuto procurare al piccolo Montano solo la cittadinanza italiana, il consenso della madre essendo sottinteso (art. 250, cpv. 3, Codice civile italiano). Per maggiori dettagli cfr. Ballardore Pallieri, Diritto internazionale privato italiano, Milano 1974, p. 224; Hausmann, Die Anerkennung nichtehelicher Kinder im deutsch-italienischen Rechts-

verkehr, 2. Teil: Das Vaterschaftsanerkennnis im deutschen und italienischen internationalen Privatrecht, StAZ 1982, 121 ss (131. in partic. No. 112); Fritsche, Ist ein Italiener als Vater eines nichtehelichen polnischen Kindes beizuschreiben, wenn seine Vaterschaft durch Urteil eines deutschen Amtsgerichts festgestellt wurde? Familienname des Kindes, StAZ 1993, 153 ss.

⁵³ A fine giugno 1993 il numero degli svizzeri all'estero era di 504'177, di cui 346'242, pari al 68,7%, doppi-nazionali; cfr. NZZ No. 192, del 20 agosto 1993, p. 18.

⁵⁴ Cfr. l'art. 23, cpv. 2 LDIP. Non si è tenuto conto dei miei avvertimenti. Cfr. inoltre gli articoli sopra citati (nota 5), Sturm, Gleichgültigkeit gegenüber Auslandschweizern, NZZ No. 246, del 23 ottobre 1985, p. 35; dello stesso autore, La quinta Svizzera sacrificata da un pericoloso progetto di legge? Mettere la nostra giustizia al servizio degli stranieri, Nouvelle Revue de Lausanne, No. 249, del 25 ottobre 1985, p. 6.

⁵⁵ Cfr. l'art. 9 cf. 4 combinato con l'art. 120, cf. 1. Código civil.

⁵⁶ Cfr. l'art. 17, cf. 1, combinato con l'art. 112, cpv. 1, 2a frase, Código civil.

⁵⁷ Il 1 gennaio 1989.

⁵⁸ Cfr. l'art. 741 Código civil.

⁵⁹ Cfr. Serna Merono, La reforma de la filiación. Madrid 1985, p. 355 ss (356); Tribunal Supremo, Repertorio de Jurisprudencia 1988, No 5117; Dirección General de los Registros y del Notariado, Repertorio de Jurisprudencia 1989, No 5945.

⁶⁰ Questa norma è del seguente tenore: «Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario.»

⁶¹ Cfr. nota 8.

⁶² Cfr. l'art. 9, cf. 9, cpv. 2. 1a frase, Código civil.

⁶³ Il diritto inglese lo ammette: cfr. Josling.

Change of Name, 12e ed., Londra 1980, p. 4; G. Luther, Namensänderungen nach englischem Recht und ihre Beachtung im deutschen Personenstandsrecht, StAZ 1980, 61 ss; Killerby, Précisions sur le droit anglais du nom, in: La nouvelle loi sur le nom, Parigi, 1988, 183 ss.

⁶⁴ Cfr. Meyer-Lindenberg/Seidl-Hohenveldern, Diplomaten, in: Seidl-Hohenveldern, Lexikon des Rechts, Völkerrecht, Neuwied 1992, p. 52 ss (54): «Das Gebäude und die Räumlichkeiten der Mission sind Staatsgebiet des Empfangsstaats und somit nach herrschender Lehre nicht extraterritorial».

La Svizzera non attribuisce competenza alcuna alle rappresentanze diplomatiche estere per celebrare un matrimonio (art. 43, cpv. 1, LDIP) o per documentare un riconoscimento di un figlio (art. 71, cpv. 1, 73 LDIP). Per contro esse sono competenti per procedere a ogni altra autentica o legalizzazione; Cfr. Volken, in Heini (nota 15), art. 43 nota 4.

Bucher, Droit international privé suisse II, Basilea 1992, No 377, p. 141 s., preconizza il riconoscimento di matrimoni celebrati dalle rappresentanze estere in violazione delle norme svizzere. Ma egli manca il bersaglio di una buona causa. Infatti, l'art. 131 CCS non risponde a questo problema: esso torna applicabile quando un ufficiale dello stato civile svizzero viola norme formali in occasione della celebrazione di un matrimonio.

⁶⁵ La legge non esige una dichiarazione esplicita. Inoltre, la professio iuris ammessa dall'art. 37, cpv. 2 LDIP può intervenire non importa dove e quando.

La Germania, che sottopone il nome e i suoi cambiamenti alla legge nazionale, autorizza i cittadini britannici a documentare presso il loro consolato generale dichiarazioni relative al loro nome o a quello dei loro figli. Queste dichiarazioni avranno effetto ex nunc; cfr. Könnecke, Namensführung nach britischem Recht, StAZ 1986, 148 ss.

55.2.98
Sed

RIVISTA DI DIRITTO INDUSTRIALE

INVIATA DA
GIUSEPPE SENA - VINCENZO FRANCESCHELLI

FONDATA DA
REMO FRANCESCHELLI

Anno XLIV (1995) - Parte Seconda



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

tà di un illecito di concorrenza sleale per lesione di norme pubblicistiche, in rapporto ad un nuovo campo di indagine, il settore turistico. Ha offerto, inoltre, l'occasione di affrontare la questione della definizione dell'ambito di azione delle agenzie di viaggio e delle associazioni senza scopo di lucro operanti nello stesso settore, sotto il profilo patologico, ossia dell'esercizio abusivo delle attività di produzione e di organizzazione di viaggi e soggiorni, da parte delle associazioni senza scopo di lucro.

L'ordinanza, infine, si è interrogata sulla opportunità di avvalersi di una tutela apprestata dagli artt. 2596 e ss. c.c. per la repressione degli atti di concorrenza sleale, per esigere il rispetto di norme pubblicistiche che, intervenendo sulla struttura del mercato, fissano i limiti entro cui l'iniziativa economica privata può legittimamente svilupparsi. La validità di una soluzione che impiega il regime della concorrenza sleale come sistema repressivo delle infrazioni a norme pubblicistiche è rimessa al grado di consenso che riuscirà ad accogliere in giurisprudenza.

CHIARA TINCANI
Dottore in Giurisprudenza

II. - GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E DELL'UFFICIO EUROPEO DEI BREVETTI

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

30 novembre 1993: causa n. C-317/91

Pres. O. DUE — Avv. Gen. G. TESAURO

Deutsche Renault AG e Audi AG

Artt. 30 e 36 del Trattato CEE — Diritto di marchio.

Non costituisce un impedimento illecito agli scambi intercomunitari, ex artt. 30 e 36 del Trattato CEE, il far valere in uno Stato membro il diritto di esclusiva su un marchio — ritenuto valido e contraffatto secondo la legge nazionale —, anche se il contraffattore utilizza liberamente lo stesso marchio nel proprio paese ed in altri paesi della comunità e se tale espressione ha in questi paesi un significato descrittivo.

Le condizioni di protezione dei diritti di proprietà industriale e commerciale sono disciplinate dal diritto nazionale e l'esercizio di tali diritti non costituisce, ex art. 36 del Trattato CEE, impedimento illecito agli scambi intercomunitari, sempre che non costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione ingiustificata al commercio fra gli Stati membri ex art. 30, ultima parte, del Trattato CEE.

Non costituisce una discriminazione arbitraria ed una restrizione ingiustificata al commercio intercomunitario, la normativa nazionale che, pur riconoscendo la validità di un marchio costituito da una data espressione, consente ai terzi l'utilizzazione della stessa espressione, non quale marchio, ma in funzione descrittiva, limitando inoltre il giudizio di contraffazione alle ipotesi nelle quali si verifica un rischio di confusione ed un rischio di associazione.

ARRÊT. — Par ordonnance du 17 octobre 1991, parvenue à la Cour le 9 décembre suivant, le Bundesgerichtshof (première chambre civile) a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, une question préjudicielle sur l'interprétation des articles 30 et 36 dudit traité, en vue d'apprécier la compatibilité avec ces dispositions de la protection d'une dénomination consistant en un chiffre transcrit en lettres dans une langue de la Communauté autre que celle de l'État membre d'importation.

Cette question a été posée dans le cadre d'un litige qui oppose Deutsche Renault AG (ci-après « Renault »), filiale allemande d'un constructeur automobile français, à AUDI AG (ci-après « AUDI »), constructeur automobile allemand, à propos de l'utilisation, par Renault, de la dénomination « Quatra ».

Il ressort du dossier que la question a été posée dans le cadre normatif et factuel suivant.

La Warenzeichengesetz (loi allemande sur les marques, ci-après « WZG ») ne permet pas l'enregistrement, à titre de marques, de signes numériques (WZG, article 4, paragraphe 2, point 1), à moins que le signe en question ne se soit imposé dans le commerce en tant que signe distinctif des produits sur lesquels il est apposé (WZG, article 4, paragraphe 3). Par ailleurs, un titulaire de marque ne peut empêcher un concurrent d'apposer sur ses marchandises des mentions décrivant les caractéristiques particulières de celles-ci, à la condition toutefois que l'emploi de ces mentions ne soit pas fait à titre de marque (WZG, article 10). Enfin, une certaine présentation (« Ausstattungs »), considérée dans les milieux commerciaux intéressés comme suffisamment distinctive, jouit d'une protection équivalente, en substance, à celle d'une marque enregistrée (WZG, article 25).

AUDI a fait inscrire au registre allemand des marques la marque « quatre », à deux reprises. Elle vend sous cette dénomination, depuis 1980, des véhicules automobiles à quatre roues motrices. A la mi-mars 1988, Renault a mis en vente sur le marché allemand un véhicule automobile à quatre roues motrices, fabriqué en France et déjà commercialisé dans d'autres pays européens, sous la dénomination « Espace Quadra ».

En mars 1988 Renault a introduit auprès du Deutsches Patentamt (Office allemand de la propriété industrielle) une demande de radiation des deux marques enregistrées par AUDI. Par décisions des 9 août et 11 octobre 1990, la section des marques du Deutsches Patentamt a radié les deux marques « quatre », aux motifs qu'un chiffre, même reproduit dans une autre langue, ne pouvait être enregistré et que la dénomination litigieuse n'avait pas obtenu un degré suffisant de pénétration au moment de l'enregistrement. Le recours d'AUDI contre ces décisions a été rejeté par le Bundespatentgericht qui a toutefois autorisé un pourvoi — « Rechtsbeschwerde ». Le Bundespatentgericht a notamment relevé que le mot « quatre » devait être laissé disponible en tant que mot italien désignant le chiffre quatre, aussi bien pour le commerce interne que, surtout, pour les importations et les exportations dans le secteur de l'automobile et que, par ailleurs, le chiffre « 4 » avait dans la publicité ou pour la description d'une voiture une importance qui ne saurait être comparée à aucun autre chiffre dans le secteur automobile.

Dans le litige qui est à l'origine de la présente demande de décision préjudicielle, AUDI cherche à obtenir que Renault soit condamnée à cesser d'utiliser la dénomination « Quadra » et à lui verser des dommages-intérêts. A cette fin, elle a fait valoir que les dénominations « quatre » et « Quadra » peuvent prêter à confusion et a fondé son action tant sur les droits qu'elle tirerait de l'enregistrement de la marque que sur ceux qu'elle puiserait dans l'article 25 de la WZG, relatif au droit de « présentation » (« Ausstattungsrecht »). En l'espèce au principal, cette dernière disposition est invoquée en ce qu'elle permet, sous certaines conditions, la protection d'une marque non enregistrée.

AUDI a obtenu gain de cause en première instance. Dans sa décision du 30 novembre 1988, le Landgericht München I (7ème chambre commerciale) a notamment relevé l'existence d'un risque de confusion phonétique entre « quatre » et « Quadra », de même qu'un risque de confusion conceptuelle, les deux termes faisant allusion au chiffre « 4 », en relation avec les mêmes marchandises, à savoir des véhicules à quatre roues motrices.

En appel, l'Oberlandesgericht München (6ème chambre civile) a, par un arrêt rendu le 21 septembre 1989 (soit avant les décisions du Deutsches Patentamt auxquelles il est fait allusion ci-dessus au point 6), rejeté le recours de Renault. Il s'est fondé essentiellement sur la protection de la présentation et a notamment estimé que les prétentions d'AUDI à cet égard étaient légitimes et qu'il n'y avait pas lieu de laisser ladite dénomination à la disposition des concurrents. Il a jugé que les sondages que celle-ci avait produits démontraient que la dénomination s'était suffisamment imposée pour être protégée puisqu'il en ressortait que 61,1 % des personnes interrogées (et, plus particulièrement, entre 79,8 % et 87,0 % des titulaires de permis de conduire, des propriétaires de voiture, des conducteurs de voiture, des personnes intéressées par le marché automobile, des personnes pensant acquiescer une voiture) connaissaient la dénomination « quatre » en relation avec les véhicules automobiles et que 51,2 % du public attribuait cette dénomination à un constructeur particulier.

Renault a introduit une demande en « Revision » auprès du Bundespatentgericht (ci-après « BGH »). Contrairement à la juridiction d'appel, celui-ci a estimé que les milieux spécialisés dans la construction automobile ont un intérêt certain à ce que le chiffre « 4 », qui est un signe descriptif important à plusieurs égards dans cette branche, soit laissé à la libre disposition des intéressés, et ce également dans sa version italienne, dont la signification est largement comprise du public en Allemagne. Le BGH considère que le degré de notoriété constaté par la juridiction d'appel ne suffit pas pour créer un droit à la protection de la présentation ou pour remplir la condition d'usage prolongé de la marque et que, dès lors, la dénomination « quatre » ne peut être protégée au titre de la WZG que s'il s'avère, à la suite d'une nouvelle appréciation des faits de la cause par le juge du fond, que celle-ci s'est imposée dans les relations commerciales avec le haut niveau de notoriété requis. A cet égard, le BGH expose qu'un nouveau rapport d'expertise reflétant l'état de l'opinion pourrait éventuellement établir ce haut degré de notoriété.

Le BGH ajoute que, si cette notoriété était établie, il conviendrait d'admettre que la dénomination « quatre » présenterait un fort caractère distinctif et qu'elle nécessiterait par conséquent une protection élargie. Dans cette hypothèse, il faudrait donc constater l'existence d'un risque de confusion avec la dénomination « Quadra » et, par conséquent, interdire à Renault d'utiliser celle-ci comme marque en Allemagne.

Renault ayant soutenu que cette interdiction constituerait une entrave illicite aux échanges intracommunautaires, le BGH a décidé, en vue d'apprécier la nécessité d'un renvoi devant la juridiction du fond, qu'il serait superflu si l'interdiction de la dénomination « Quadra » était illicite au regard du droit communautaire, de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

« L'interdiction faite, dans un État membre A, à une filiale, implantée dans cet État membre, d'un fabricant d'automobiles établi dans un État membre B, d'utiliser comme marque la dénomination "Quadra" que ce fabricant a jusqu'à présent librement utilisée dans son pays d'origine et ailleurs, pour désigner un véhicule à quatre roues motrices, au motif qu'un autre fabricant d'automobiles a fait valoir dans l'État membre A — à juste titre, selon le droit applicable dans cet État membre A — un droit à la marque ("Warenzeichenschutz") et/ou un droit de "présentation" ("Ausstattungsrecht") sur le mot "quatre", bien que ce mot soit un chiffre dans un autre État membre et que dans d'autres États membres encore,

il semble en tout état de cause clairement avoir aussi cette signification et bien que le chiffre " 4 " désigné par ce terme ait un rôle varié et important dans la construction et la commercialisation des automobiles, constitue-t-elle une entrave illicite aux échanges intracommunautaires, au sens des articles 30 et 36 du traité CEE? ».

Pour un plus ample exposé des faits du litige au principal, des dispositions nationales et communautaires applicables, du déroulement de la procédure ainsi que des observations écrites présentées à la Cour, il est renvoyé au rapport d'audience. Ces éléments du dossier ne sont repris ci-après que dans la mesure nécessaire au raisonnement de la Cour.

À titre liminaire, il convient de relever que le délai de transposition de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO 1989, L 40, p. 1) a été reporté au 31 décembre 1992, en vertu de l'article 1er de la décision 92/10/CEE du Conseil, du 19 décembre 1991 (JO 1992, L 8, p. 35). Dès lors, cette directive, qui, par ailleurs, ne vise que les marques enregistrées et non pas le droit à la protection d'une présentation, n'est, en tout état de cause, pas applicable ratione temporis dans la présente affaire, qui doit être examinée exclusivement au regard des articles 30 et 36 du traité.

La question posée soulève le problème de la compatibilité d'une législation nationale telle que celle en cause avec le droit communautaire d'un double point de vue: premièrement, du point de vue de la constitution du droit sur la dénomination, en ce qu'une telle législation permettrait d'accorder une protection au titre du droit des marques à la dénomination « quattro »; deuxièmement, du point de vue de la mise en œuvre du droit, en ce que cette législation permettrait de considérer qu'il existe un risque de confusion entre les dénominations « quattro » et « Quadra ».

Ces deux points doivent être examinés successivement.

Quant à la constitution du droit sur la dénomination « quattro ».

Il y a lieu de rappeler tout d'abord qu'en vertu des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, dont l'article 30, sont interdites entre les États membres les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. L'article 36, première phrase, précise toutefois que ces dispositions ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale.

Aux termes de la deuxième phrase de l'article 36, les interdictions et les restrictions visées par la première phrase, ne doivent « constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

Ainsi qu'il a été jugé l'arrêt du 14 décembre 1979, Henn et Darby (34/79, Rec. p. 3795, point 21), la fonction de la deuxième phrase de l'article 36 est d'empêcher que les restrictions aux échanges fondées sur les motifs indiqués à la première phrase ne soient détournées de leur fin et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard de marchandises originaires d'autres États membres ou à protéger indirectement certaines productions nationales.

Il convient de souligner ensuite qu'en l'absence d'une unification dans le cadre de la Communauté ou d'un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités de protection d'un droit de propriété intellectuelle relève de

la règle nationale, ainsi que la Cour l'a indiqué notamment dans l'arrêt du 14 septembre 1982, Keurkoop (144/81, Rec. p. 3833) et l'arrêt du 5 octobre 1988, Volvo (238/87, Rec. p. 6211), à propos des dessins et modèles, et dans l'arrêt du 30 juin 1988, Thetford (35/87, Rec. p. 3585), à propos des brevets.

Il résulte de ce qui précède que c'est le droit national qui détermine les conditions de protection d'une dénomination telle que « quattro », sous réserve des limites énoncées par la deuxième phrase de l'article 36.

À cet égard, il y a lieu de relever en premier lieu que la législation nationale en cause, dans l'interprétation qu'on donne la juridiction de renvoi, subordonne la protection au titre du droit des marques d'une dénomination telle que « quattro » à des conditions très strictes.

Outre les limitations prévues par la loi à l'enregistrement comme marque d'un signe numérique (voir ci-dessus, point 4), il convient de relever qu'un signe non enregistré n'est de manière générale protégé que s'il s'est imposé dans les milieux intéressés, ce qui signifie que le public allemand doit percevoir le signe comme indiquant que le produit qui en est revêtu provient d'une entreprise déterminée. Tel n'est le cas que lorsque la grande majorité des utilisateurs ont cette perception du signe.

Ce degré de notoriété du signe, exigé par le BGH, doit encore être plus grand, lorsqu'il s'agit d'un signe pour lequel il existe un impératif de disponibilité, comme c'est le cas du chiffre « 4 » dans le secteur automobile. En raison de l'importance de l'impératif de disponibilité, le BGH considère que le degré de notoriété qui a été prouvé jusqu'ici n'est pas suffisant.

En outre, ces règles s'appliquent également, lorsque le chiffre est transcrit dans une langue étrangère, dès lors que cette langue est suffisamment connue en Allemagne.

Enfin, il résulte de l'article 16 de la loi allemande — applicable également, par analogie, au droit de « présentation » (« Ausstattungsrecht ») — que la protection du signe ne saurait empêcher un concurrent d'apposer sur ses produits des mentions décrivant les caractéristiques du produit en question — pourvu que ces mentions ne soient pas employées à titre de marque. Les dénominations descriptives en langues étrangères sont soumises aux mêmes règles. Les juridictions qui ont eu à connaître du litige au principal ont toutefois jugé que la dénomination Quadra n'était pas utilisée de manière descriptive.

Il y a lieu de constater, en second lieu, que le dossier ne fait pas ressortir qu'un producteur d'un autre État membre ne pourrait pas bénéficier dans les mêmes conditions de la protection accordée par le droit allemand à une marque, enregistrée ou non, ou que cette protection varierait en fonction de l'origine nationale ou étrangère des produits revêtus du signe en question.

Par conséquent, une législation nationale telle que celle en cause dans le litige au principal, qui permettrait la constitution d'un droit exclusif à l'utilisation d'une dénomination telle que « quattro », dans les conditions susmentionnées, ne constitue ni une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée du commerce intracommunautaire.

Quant au risque de confusion entre les dénominations « quattro » et « Quadra ».

S'agissant de la mise en œuvre du droit, la Commission fait valoir que la notion de risque réel de confusion doit être interprétée strictement pour ne pas

entraver la libre circulation de marchandises au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des marques. Elle souligne qu'en tant qu'exception à un principe fondamental du marché commun l'article 36 n'admet des restrictions à la libre circulation des marchandises que dans la mesure où ces restrictions sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de la propriété industrielle ou commerciale en question.

Compte tenu de ces arguments, il convient de relever d'abord que l'objet spécifique du droit des marques est de protéger le titulaire de la marque contre des risques de confusion de nature à permettre que des tiers tirent indûment parti de la réputation des produits de ce titulaire (voir arrêts du 31 octobre 1974, *Centrafarm/Winthrop*, 10/74, Rec. p. 1183, point 8 et du 17 octobre 1990, *HAG GF*, dit *HAG II*, C-10/89, Rec. p. I-3711, point 14).

Il convient de relever ensuite que la détermination des critères permettant de conclure à un risque de confusion fait partie des modalités de protection du droit à la marque qui, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (point 20), relèvent du droit national. En effet, ainsi que l'a souligné à juste titre l'avocat général au point 21 de ses conclusions, le droit à la marque, en tant que droit exclusif, et la protection contre les signes présentant un risque de confusion sont en substance les deux faces d'une même médaille: réduire ou étendre la portée de la protection contre le risque de confusion ne signifie rien d'autre que réduire ou étendre la portée du droit à la marque. La réglementation de l'un et de l'autre aspect doit par conséquent procéder d'une source unique et homogène qui, dans la situation actuelle, est l'ordre juridique national.

Il en découle que le droit communautaire n'impose pas un critère d'interprétation stricte du risque de confusion.

Il convient de rappeler toutefois que le droit national est soumis aux limites énoncées à la deuxième phrase de l'article 36 du traité. Or, aucun élément du dossier ne fait apparaître que ces limites seraient enfreintes. En particulier, rien n'indique que les juridictions allemandes se livreraient à une interprétation extensive de la notion de confusion lorsqu'il s'agit de la protection de la marque d'un producteur allemand, mais procéderaient à une interprétation restrictive de cette même notion, lorsqu'il s'agit de la protection de la marque d'un producteur établi dans un autre État membre.

Dans ces conditions, une législation nationale, telle que celle en cause, qui permettrait la mise en œuvre d'un droit exclusif à l'utilisation d'une dénomination telle que « quattro » pour empêcher l'usage d'une dénomination telle que « Quadra », considérée comme créant un risque de confusion avec la première, ne constitue ni une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée du commerce intracommunautaire.

La Commission fait encore valoir que les marques composées doivent être considérées globalement pour l'appréciation du risque de confusion et qu'ainsi, dans la présente affaire, il faut tenir compte de ce que les véhicules en question sont commercialisés sous les dénominations respectives d'Espace Quadra et d'AUDI quattro.

Il convient de relever d'abord que, selon le droit allemand, il y a risque de confusion entre deux signes non seulement lorsque les milieux intéressés peuvent supposer, par erreur, que les produits en cause proviennent de la même entreprise (risque de confusion au sens strict), mais aussi lorsque la supposition erronée porte

sur l'existence, entre les entreprises concernées, de liens structurels ou économiques, tel un accord de licence autorisant l'une à fabriquer un produit présentant les mêmes caractéristiques que le produit de l'autre (risque de confusion au sens large).

La protection, octroyée par un droit national, contre ce dernier risque de confusion ne saurait être censurée sur le fondement du droit communautaire dès lors qu'elle correspond à l'objet spécifique du droit des marques qui, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, est de protéger le titulaire contre le risque de confusion.

Il y a lieu d'observer ensuite que la question de savoir si l'utilisation des mots « quattro » et « Quadra » dans des dénominations composées telles que « AUDI quattro » et « Espace Quadra » suffit à exclure le risque de confusion, en dépit du haut degré de notoriété qui serait éventuellement constaté au sujet de la dénomination « quattro », relève de l'appréciation de la juridiction nationale.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que ne constitue pas une entrave illicite aux échanges intracommunautaires, au sens des articles 30 et 36 du traité CEE, l'interdiction faite, dans un État membre A, à une filiale, implantée dans cet État membre, d'un fabricant d'automobiles établi dans un État membre B, d'utiliser comme marque la dénomination « Quadra » que ce fabricant a jusqu'à présent librement utilisée dans son pays d'origine et ailleurs, pour désigner un véhicule à quatre roues motrices, au motif qu'un autre fabricant d'automobiles a fait valoir dans l'État membre A — à juste titre, selon le droit applicable dans cet État membre A — un droit à la marque (« Warenzeichenrecht ») et/ou un droit de « présentation » (« Ausstattungsrecht ») sur le mot « quattro », bien que ce mot soit un chiffre dans un autre État membre et que dans d'autres États membres encore, il semble en tout état de cause clairement avoir aussi cette signification et bien que le chiffre « 4 » désigné par ce terme ait un rôle varié et important dans la construction et la commercialisation des automobiles.

Sur les dépens.

Les frais exposés par le gouvernement allemand, le gouvernement du Royaume-Uni et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

LA COUR, statuant sur la question à elle soumise par le Bundesgerichtshof, par ordonnance du 17 octobre 1991, dit pour droit:

Ne constitue pas une entrave illicite aux échanges intracommunautaires, au sens des articles 30 et 36 du traité CEE, l'interdiction faite, dans un État membre A, à une filiale, implantée dans cet État membre, d'un fabricant d'automobiles établi dans un État membre B, d'utiliser comme marque la dénomination « Quadra » que ce fabricant a jusqu'à présent librement utilisée dans son pays d'origine et ailleurs, pour désigner un véhicule à quatre roues motrices, au motif qu'un autre fabricant d'automobiles a fait valoir dans l'État membre A — à juste titre, selon le droit applicable dans cet État membre A — un droit à la marque (« Warenzeichenrecht ») et/ou un droit de « présentation » (« Ausstattungsrecht ») sur le mot « quattro », bien que ce mot soit un chiffre dans un autre État membre et que dans

d'autres États membres encore, il semble en tout état de cause clairement avoir aussi cette signification et bien que le chiffre « 4 » désigné par ce terme ait un rôle varié et important dans la construction et la commercialisation des automobiles.

Libera circolazione delle merci e tutela del marchio.

La pronuncia della Corte di Giustizia che si pubblica trae origine da una controversia sorta tra Audi AG, titolare del marchio « quattro » utilizzato dal 1980 per contraddistinguere automobili a quattro ruote motrici, e la Deutsche Renault AG, filiale tedesca della casa automobilistica francese, che nel 1988 ha iniziato la commercializzazione in Germania di una automobile, anch'essa a quattro ruote motrici, fabbricata in Francia e già commercializzata negli altri Stati europei, denominata « Espace Quadra ».

Pregiudiziale alla soluzione di tale controversia è la questione che la Corte Superiore Federale tedesca ha sottoposto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE: se sia compatibile con le norme sulla libera circolazione delle merci (artt. 30 e 36 del Trattato CEE) il divieto posto alla filiale di una casa automobilistica di uno Stato membro (Renault), che da lungo tempo usa il nome « Quadra » nel suo paese ed all'estero, di utilizzare tale nome per commercializzare automobili — a quattro ruote motrici — all'interno di altro Stato membro, ove altro fabbricante di automobili (Audi) abbia richiesto, in accordo con la legge di quello Stato membro, un diritto al marchio o/o un diritto di presentazione sulla parola « quattro » (nonostante tale parola corrisponda ad un numero che nel settore automobilistico svolge un ruolo significativo).

L'art. 30 del Trattato CEE esprime e garantisce il principio fondamentale della libera circolazione delle merci all'interno della comunità europea, vietando agli Stati membri di disporre « restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente ».

A questa regola generale sono tuttavia ammesse alcune deroghe, qualora restrizioni al commercio siano determinate dalla necessità di tutelare interessi ritenuti anch'essi meritevoli di protezione.

L'art. 30 del Trattato consente, ad esempio, di imporre limitazioni alla libera circolazione giustificate da motivi di « tutela della proprietà industriale e commerciale », purché tale deroga non costituisca « un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri ».

Ogniquale volta ci si trovi di fronte ad una restrizione della libera circolazione delle merci è pertanto necessario valutare se si tratti del legittimo esercizio di un diritto di proprietà industriale od invece di una restrizione dissimulata al commercio interstatale.

Nel caso di specie, la soluzione di tale quesito interpretativo ha costretto la Corte di Giustizia ad esaminare la compatibilità della legislazione nazionale tedesca con il diritto comunitario da due punti di vista: in primo luogo dal punto di vista della costituzione di un diritto di marchio, con riguardo alla possibilità di accordare un diritto esclusivo di utilizzazione di una denominazione come « quattro », dotata di una chiara valenza descrittiva;

in secondo luogo dal punto di vista dell'esercizio di tale diritto, con riguardo alla possibilità di consentire al titolare di un diritto sulla denominazione « quattro » di opporsi all'uso del nome « Quadra » per prodotti dello stesso tipo in ragione di un rischio di confusione tra le due denominazioni.

Il Trattato CEE, però, non contiene norme che disciplinino i diritti di proprietà intellettuale nell'ambito comunitario; è quindi parere costante della Corte di Giustizia che, in mancanza di una unificazione ed armonizzazione dell'ordinamento comunitario, tale funzione debba essere svolta dalla legislazione nazionale, alla quale sola spetta definire le condizioni alle quali è subordinato il sorgere del diritto di marchio.

Così come non compete al diritto comunitario definire i criteri di giudizio in ordine alla confondibilità tra segni, né la nozione di rischio di confusione rilevante, costituendo tali due aspetti il riflesso del diritto di marchio la cui determinazione è riservata, come detto, esclusivamente alla legislazione nazionale.

A questo proposito la Corte di Giustizia ha sottolineato che il diritto di marchio, in quanto diritto esclusivo, e la sua protezione contro il rischio di confusione che può derivare dall'utilizzo di segni confondibili per gli stessi prodotti (oggetto specifico del diritto di marchio), sono in sostanza « le due facce di una medesima medaglia ».

Ridurre od estendere la portata della protezione contro il rischio di confusione non significa altro che ridurre od estendere la portata del diritto di marchio.

Questi due aspetti devono quindi essere regolati dalla medesima fonte legislativa che appunto, allo stato attuale dell'ordinamento comunitario, non può che essere la legislazione nazionale.

Sulla base di questi rilievi la Corte ha affermato che la registrabilità e proteggibilità come marchio o sulla base di un « Ausstattungs » di una denominazione numerica descrittiva (« quattro »), secondo quanto ammesso dalla legge nazionale tedesca, consente di opporsi alla importazione in Germania di prodotti dello stesso tipo recanti un marchio (il marchio « Quadra ») ritenuto confondibile perché costituito dalla medesima indicazione descrittiva.

L'attuale legge tedesca sui marchi (« Warenzeichengesetz »), che esclude la registrabilità come marchi dei segni costituiti esclusivamente da numeri (art. 4, paragrafo 2, punto 1), fa infatti salva l'ipotesi in cui il segno in questione si sia imposto nel commercio come segno distintivo dei prodotti sui quali è apposto (art. 4, paragrafo 3).

Inoltre l'art. 25 del WZG, relativo al diritto di « presentazione » (« Ausstattungsrecht »), riconosce una protezione equivalente a quella di un marchio registrato anche ai marchi non registrati ed alle « presentazioni » commerciali dei prodotti che, grazie ad un prolungato e diffuso uso, abbiano acquisito carattere distintivo.

Poiché dunque da un sondaggio di mercato è risultato che il 61,1 % delle persone intervistate collegano la denominazione « quattro » alle automobili ed il 51,2 % del pubblico attribuisce questa denominazione ad un costruttore particolare — per l'appunto Audi —, si deve ritenere che la

denominazione « quattro » (anche se indicativa di determinate caratteristiche tecniche del prodotto che contraddistingue) abbia raggiunto un tale grado di notorietà e si sia a tal punto imposta sul mercato tedesco da godere della protezione garantita dalla « Warenzeichengesetz ».

L'esercizio del diritto di marchio e/o del diritto di « Ausstaffung » sulla parola « quattro » — sulla base di quanto riconosciuto dalla legge nazionale tedesca — non costituisce pertanto, a parere della Corte di Giustizia, impedimento illecito agli scambi intercomunitari.

L'art. 36 del Trattato, infatti, ammette restrizioni alla libera circolazione delle merci in quanto siano indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico della proprietà industriale e commerciale.

L'ultima parte dell'art. 36 sottolinea, però, che, perché siano escluse dal divieto posto dall'art. 30 del Trattato, tali restrizioni non debbono costituire un « mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri ».

La circostanza che sia stato accordato un diritto di esclusiva su una denominazione numerica, a cui è da tutti riconosciuta una chiara valenza descrittiva, non costituisce comunque, secondo la Corte, una discriminazione arbitraria od una illecita restrizione al commercio intercomunitario.

È vero, infatti, che la parola « quattro » assume, nel caso in esame, un significato descrittivo, in quanto espressiva di determinate caratteristiche tecniche del prodotto che contraddistingue (automobili a quattro ruote motrici) e che il numero quattro riveste nell'industria dell'automobile, ad esempio nella pubblicità e nella descrizione di una vettura (si pensi, oltre a quattro ruote motrici, anche al caso di quattro porte, quattro cilindri, ecc.), particolare importanza.

Tuttavia, come si è detto, la normativa nazionale tedesca riconosce la sussistenza di un valido diritto di esclusiva su tale denominazione numerica descrittiva e ciò non osta, secondo la decisione della Corte di Giustizia, a quanto disposto dall'art. 36, ultima parte, del Trattato, purché sia consentito ai terzi di utilizzare tale denominazione in funzione descrittiva.

Detto limite al diritto di esclusiva, in quanto eccezione al divieto di uso del segno da parte del terzo, è previsto anche dalla Direttiva CEE 89/104 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi, che all'art. 6, lettera b) del punto 1, elenca una serie di indicazioni descrittive concernenti il prodotto (ad esempio, « indicazioni relative a ... caratteristiche del prodotto »), che il titolare di un marchio non può impedire — sulla base di esso — ai terzi di usare (analoga disposizione è contenuta nell'art. 12.b del regolamento sul marchio comunitario e nell'art. 1bis.1.b della legge marchi italiana 92/480).

Non sarebbe tuttavia questo il caso della denominazione « Quadra », che nella fattispecie non è utilizzata in funzione descrittiva, bensì quale marchio delle automobili Renault.

In definitiva la Corte di Giustizia, alla quale in assenza di espressioni normative spetta il compito di conciliare gli interessi concorrenti di cui agli artt. 30 e 36 del Trattato, cioè di temperare l'esigenza della libera circolazione delle merci con il rispetto dovuto ai diritti di proprietà industriale e commerciale, ha ritenuto che il verificarsi di discriminazioni

arbitrarie od ingiustificate restrizioni al commercio tra Stati membri — in violazione dell'art. 36, seconda frase, del Trattato — è escluso dalla normativa tedesca, che limita il giudizio di contraffazione alle sole ipotesi in cui si verifichi un effettivo rischio di confusione tra i segni od un rischio di associazione e consente l'uso di espressioni significative non in funzione distintiva, ma in funzione descrittiva.

L'impossibilità evidenziata dalla Corte (punto 14 della decisione) di considerare nel caso in esame il contenuto della Direttiva CEE 89/104 sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di marchio, sembra comunque lasciare aperta la possibilità di un mutamento della posizione espressa dalla Corte, la possibilità cioè di una riconsiderazione dei diversi profili connessi alla materia dei marchi in modo coerente con i contenuti della Direttiva (con particolare riferimento alla valutazione, in chiave comunitaria, del requisito della capacità distintiva del marchio), e del Regolamento sul marchio comunitario (che dispone, ad esempio, all'art. 7.2 una espressa esclusione dalla registrazione come marchi dei segni che abbiano una valenza descrittiva anche soltanto in una parte della Comunità), che dovranno costituire un necessario punto di riferimento per la giurisprudenza degli organi comunitari.

LAURA QUATTINI
Dottore in Giurisprudenza

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno XXXIV - n. 1 — Gennaio-Marzo 1995

Nuova serie de "Il diritto negli scambi internazionali"

Indice - Sommario

ARTICOLI

Maria Gisella Garbagnati - Immigrazione, diritto di asilo e libertà di circolazione delle persone nella prospettiva dell'Unione europea

Pag. 7

Pietro Pustorino - Note sul principio di sussidiarietà

" 47

COMMENTI

Alessandro Adotti - Il valore procedurale dell'art. 93 del Trattato Ce in materia di aiuti statali alle imprese nella giurisprudenza della Corte di giustizia

" 73

Enrica Adobati - Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea

" 91

Massimiliano Montini - La sentenza PCP: il primo caso di applicazione dell'art. 100A n. 4

" 123

Luca Sanfilippo - Clausole onerose e speciale responsabilità dell'impresa dominante: prime riflessioni sulla sentenza Tetra Pak II del Tribunale di primo grado

" 149



La Corte nella sentenza ha messo in evidenza che il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di adottare, in assenza di armonizzazione, misure destinate ad evitare che le facilitazioni create in virtù del Trattato siano utilizzate in maniera abusiva e contraria all'interesse legittimo di tale Stato²⁹. La necessità di proteggere un pubblico, non necessariamente consapevole dei rischi derivanti dall'uso abusivo dei titoli universitari non rilasciati conformemente alle norme previste a tal fine nel Paese dove il titolare del diploma intende avvalersene, costituisce un interesse legittimo tale da giustificare una restrizione, da parte dello Stato membro in causa, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

Si può dunque concludere che secondo la Corte la previsione di una procedura di rilascio di autorizzazioni amministrative preventive all'utilizzazione dei titoli universitari post-laurea ottenuti in un altro Stato membro, nonché quella di sanzioni penali nel caso di inosservanza di tale procedura, non sono incompatibili con gli imperativi del diritto comunitario. Tuttavia per rispettare alcune esigenze di natura comunitaria relative al principio di proporzionalità, la regolamentazione nazionale in oggetto è tenuta a soddisfare alcune particolari condizioni. I giudici comunitari hanno pertanto concluso che gli artt. 48 e 52 del Trattato Ce devono essere interpretati nel senso che permettono ad uno Stato membro di vietare ad un proprio cittadino, titolare di un diploma universitario post-laurea rilasciato da un altro Stato membro, l'utilizzo del titolo sul proprio territorio senza la relativa autorizzazione amministrativa.

La procedura di autorizzazione deve avere unicamente lo scopo di verificare che il titolo universitario post-laurea sia stato regolarmente rilasciato. Inoltre la procedura stessa deve essere facilmente accessibile e non dipendere dal pagamento di tasse amministrative eccessive. Qualsiasi decisione di diniego di autorizzazione deve essere suscettibile di un ricorso di natura giurisdizionale e l'interessato deve essere in grado di conoscere i motivi che fondano tale decisione. Infine le sanzioni previste in caso di inosservanza della procedura di autorizzazione susestata non devono essere sproporzionate alla gravità dell'infrazione.

Enrica Adobati

TUTELA AMBIENTALE E DEROGHE AL PRINCIPIO DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

Corte di giustizia

Sentenza del 17 maggio 1994 in causa n. C-41/93

Repubblica francese c. Commissione europea

Art. 100 A, n. 4 Trattato Ce - Deroga ad una misura di armonizzazione - Conferma delle disposizioni nazionali da parte della Commissione - Artt. 1 e 2 direttiva n. 91/173/Cee - Obbligo di motivazione (art. 190 Trattato Ce) - Ricorso per annullamento ex art. 173 Trattato Ce.

L'art. 100 A, n. 4 consente ad uno Stato membro di applicare una normativa che deroga ad una misura di armonizzazione adottata secondo il procedimento previsto all'art. 100 A, n. 1. Questa facoltà di deroga è assoggettata al controllo della Commissione, la quale deve verificare se le disposizioni nazionali in questione siano giustificate da esigenze importanti, menzionate al primo comma dell'art. 100 A, n. 4, e non costituiscano né un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri.

La decisione con la quale la Commissione conferma le disposizioni nazionali deve soddisfare le prescrizioni dell'art. 190 del Trattato Ce relative all'obbligo di motivazione. Secondo una giurisprudenza costante, l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 190 implica che tutti gli atti considerati contengano un'esposizione dei motivi che hanno indotto l'istituzione ad emanarli, in modo che la Corte possa esercitare il proprio controllo e che sia gli Stati membri sia i cittadini interessati siano posti in grado di conoscere le condi-

²⁹ Cfr. sentenza *Knoors*, cit., punto 25.

zioni nelle quali le istituzioni comunitarie hanno fatto applicazione del Trattato.

L'obbligo di motivazione non deve pertanto ritenersi soddisfatto da una decisione nella quale la Commissione si sia limitata a richiamare, in termini generali, il contenuto e lo scopo della disciplina normativa nazionale e a dichiarare che essa è compatibile con l'art. 100 A, n. 4, senza puntualizzare i motivi di fatto e di diritto per i quali, a suo giudizio, le condizioni poste dall'art. 100 A, n. 4 dovevano nel loro complesso reputarsi soddisfatte nel caso di specie.

(Onissis) In diritto

1. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 9 febbraio 1993, la Repubblica francese ha proposto, ai sensi dell'art. 173, primo comma, del Trattato Cee, un ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 2 dicembre 1992, fondata sull'art. 100 A, n. 4, dello stesso Trattato che conferma la disciplina tedesca relativa al divieto del pentachlorofenolo (Guce n. C 334, p. 8).

2. Il pentachlorofenolo (in prosieguo: «PCP») è una sostanza chimica impiegata come agente nel trattamento del legno, nell'impregnazione dei tessuti industriali e nella sterilizzazione dei pavimenti, come battericida nella concia delle pelli e nell'industria della pasta di legno e come molluschicida nel trattamento delle acque industriali. Il PCP è tossico per l'uomo se assunto oralmente, per le vie respiratorie o per contatto sull'epidermide; esso è inoltre molto tossico per l'ambiente acquatico. Il suo impiego è assoggettato a varie restrizioni in oltre trenta Paesi.

3. Nel 1987, conformemente alla direttiva del Consiglio 28 marzo 1983, n. 83/189/Cee, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (Guce n. L 109, p. 8), la Repubblica federale di Germania notificava alla Commissione un progetto di norma inteso a limitare allo 0,5% il tenore in PCP dei preparati destinati al trattamento del legno.

4. In risposta a tale notifica, la Commissione segnalava che essa stava predisponendo un progetto di direttiva in questa materia e chiedeva al Governo tedesco di ritardare di dodici mesi l'adozione della disciplina in questione.

5. Il 20 aprile 1988 la Commissione presentava una proposta di direttiva del Consiglio recante nona modifica della direttiva n. 76/769/Cee concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi (Guce n. C 117, p. 14). Questa proposta limitava allo 0,1% in massa il tenore in PCP delle sostanze e dei preparati immessi sul mercato, prevedendo deroghe in tre casi tassativamente enumerati.

6. Il 12 dicembre 1989 la Repubblica federale di Germania adottava la Pentachlorophenolverbotsverordnung (decreto relativo al divieto di impiego del pentachlorofenolo, Bundesgesetzblatt, 1989, I, p. 2235), entrata in vigore il 23 dicembre 1989.

7. In forza dell'art. 1, n. 1, di questo decreto, il medesimo si applica al pentachlorofenolo, al pentachlorofenolato di sodio nonché agli altri sali e composti di pentachlorofenolo, ai preparati contenenti complessivamente oltre lo 0,01% di queste sostanze e ai prodotti che, per effetto del loro trattamento con i suddetti preparati contengano queste sostanze in concentrazione superiore a 5 mg/kg (ppm).

8. A norma dell'art. 2, n. 1, dello stesso decreto, è fatto divieto di fabbricare, mettere in commercio o utilizzare a fini commerciali o industriali, nello svolgimento di qualsiasi attività economica o negli ambienti di lavoro, le sostanze di cui all'art. 1, n. 1. Le deroghe a questo divieto riguardano unicamente la fabbricazione e l'impiego del PCP e dei suoi composti usati nella sintesi di altre sostanze che si presentino come prodotto derivato o siano esclusivamente destinate alla ricerca o alla sperimentazione scientifica, qualora sia garantito lo smaltimento senza rischi dei rifiuti e siano state adottate misure di sicurezza sufficienti a proteggere i lavoratori e l'ambiente. Le deroghe in parola sono assoggettate ad autorizzazione amministrativa.

9. Il 21 marzo 1991 il Consiglio adottava, alla stregua dell'art. 100 A del Trattato, la direttiva n. 91/173/Cee, recante nona modifica della direttiva n. 76/769/Cee concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi (Guce n. L 85, p. 34, in prosieguo: la direttiva n. 91/173). Tra le sostanze pericolose menzionate da questa direttiva figura il PCP. Quattro governi, tra cui il Governo tedesco, votavano contro l'adozione della direttiva.

10. L'art. 1 della direttiva n. 91/173 modifica l'allegato I della direttiva n. 76/769/Cee (Guce n. L 262, p. 201), aggiungendovi un punto 23 ai termini del quale il PCP, i suoi sali e i suoi esteri non sono ammessi in concentrazione pari o superiore allo 0,1% in massa nelle sostanze e nei preparati immessi sul mercato. Sono previste delle deroghe, in sostanza, per i prodotti e i preparati destinati ad essere utilizzati nel trattamento del legno, nell'impregnazione di fibre e tessuti pesanti, come agenti di sintesi e/o di trasformazione in processi industriali nonché in trattamenti specifici di edifici facenti parte del patrimonio culturale degli Stati. Secondo la stessa disposizione tali deroghe vengono riesaminate in funzione dell'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche entro un termine massimo di tre anni a decorrere dall'attuazione della direttiva.

11. In forza dell'art. 2 della direttiva n. 91/173, gli Stati membri comunicano alla Commissione al più tardi il 31 dicembre 1991 il testo delle disposizioni essenziali di di-

¹ In argomento v. *infra*, p. 123 ss., il contenuto di Massimiliano Montini.

rito interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla direttiva medesima e mettono in vigore, entro il 1° luglio 1992, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi ad essa.

12. Il 2 agosto 1991 la Repubblica federale di Germania notificava alla Commissione la propria decisione, fondata sull'art. 100 A, n. 4, del Trattato, di continuare ad applicare le proprie norme nazionali in materia di PCP, in luogo della direttiva n. 91/173. Tale comunicazione veniva trasmessa agli altri Stati membri per conoscenza. Il 10 febbraio 1992 la Francia trasmetteva alla Commissione le proprie osservazioni in merito alla disciplina tedesca.

13. Il 12 dicembre 1992 la Commissione adottava la decisione impugnata, con la quale confermava la disciplina normativa tedesca. La decisione veniva notificata a tutti gli Stati membri.

14. A sostegno del proprio ricorso la Repubblica francese argomenta, in primo luogo, che la Commissione ha erroneamente confermato la disciplina normativa tedesca notificata ed è conseguentemente incorsa nella violazione dell'art. 100 A, n. 4, del Trattato.

15. Da un lato, le informazioni trasmesse dalle autorità tedesche non dimostrerebbero affatto che le misure intese a limitare l'impiego del PCP fossero giustificate da preminenti esigenze menzionate nell'art. 36 del Trattato Cee o inerenti alla tutela dei lavoratori o dell'ambiente, né che queste misure fossero in rapporto di proporzionalità rispetto agli ostacoli agli scambi che potevano scaturirne.

16. Dall'altro, il mantenimento in vigore in uno Stato membro di disposizioni più restrittive rispetto a quelle dettate dalle direttive adottate dal Consiglio potrebbe giustificarsi, sotto il profilo dell'art. 100 A, n. 4, soltanto per la considerazione di circostanze peculiari di questo Stato, le quali non sussisterebbero nel caso di specie.

17. In secondo luogo, il Governo francese assume che con la sua decisione la Commissione ha trasgredito l'art. 190 del Trattato Cee, in quanto non ha dimostrato adeguatamente che le condizioni alle quali l'art. 100 A, n. 4, subordina la conferma di siffatte misure fossero soddisfatte.

18. Preliminarmente all'esame di questi mezzi, occorre analizzare il procedimento che ha condotto all'adozione della controversa decisione, ricollocandola all'interno del sistema del Trattato e precisandone obiettivi e modalità.

19. Al riguardo, si deve anzitutto rilevare che, tra le finalità perseguite dalla Comunità, di cui è menzione agli artt. 2 e 3 del Trattato Cee, figura la creazione di un mercato comune. Secondo una giurisprudenza costante della Corte, l'instaurazione del mercato comune mira a rimuovere tutti gli ostacoli frapposti agli scambi intracomunitari, in vista dell'integrazione dei mercati nazionali in un mercato unico, nel quale siano realizzate condizioni il più possibile analoghe a quelle di un vero e proprio mercato interno.

20. L'art. 8 A del Trattato Cee (art. 7 A del Trattato Ce) prevede che il mercato interno venga instaurato gradualmente con misure adottate dalla Comunità in conformità dello stesso articolo e delle altre disposizioni ivi menzionate, tra le quali figura l'art. 100 A.

21. In deroga all'art. 100 e salvo che il Trattato non disponga diversamente, le disposizioni dell'art. 100 A si applicano per la realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 8 A.

22. Questi obiettivi sono attuati, alla stregua dell'art. 100 A, n. 1, con misure tra le quali rientrano le direttive emanate dal Consiglio secondo il procedimento in esso previsto e che hanno ad oggetto l'eliminazione degli ostacoli agli scambi derivanti dalle disparità esistenti tra le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri.

23. Entro questa sistema, l'art. 100 A, n. 4, consente tuttavia ad uno Stato membro, ove siano soddisfatte le condizioni da esso fatte valere, di applicare una normativa che deroga ad una misura di armonizzazione adottata secondo il procedimento previsto al n. 1.

24. Questa facoltà, in quanto costituisce una deroga ad una misura comune che persegue la realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali del Trattato, vale a dire l'eliminazione di tutti gli ostacoli alla libera circolazione delle merci fra gli Stati membri, è assoggettata, in forza dell'art. 100 A, n. 4, al controllo esercitato dalla Commissione e dalla Corte di giustizia.

25. È alla luce di queste considerazioni che occorre prendere in esame il procedimento in base al quale la Commissione deve controllare e, se del caso, confermare le norme nazionali che le sono notificate da uno Stato membro.

26. Anzitutto, lo Stato membro che, come nel caso in esame, intenda continuare ad applicare, dopo la scadenza del termine di attuazione o dopo l'entrata in vigore di una misura di armonizzazione prevista dall'art. 100 A, n. 1, una disciplina nazionale derogatoria, è tenuto a notificare quest'ultima alla Commissione.

27. La Commissione deve quindi assicurarsi che ricorrano tutte le condizioni che consentono ad uno Stato membro di valersi della facoltà di deroga prevista all'art. 100 A, n. 4. In particolare, essa deve verificare se le disposizioni in questione siano giustificate da esigenze preminenti, menzionate al primo comma dell'art. 100 A, n. 4, e non costituiscano né un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata nel commercio tra Stati membri.

28. Il procedimento previsto in questa disposizione mira a garantire che nessuno Stato membro possa applicare una disciplina nazionale che deroghi alle regole oggetto di armonizzazione senza esservi stata autorizzata dalla Commissione.

29. Invero, le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri atte ad ostacolare gli scambi intracomunitari verrebbero rese inoperative se gli Stati membri conservassero la facoltà di applicare unilateralmente una disciplina nazionale derogatoria.

30. Pertanto, uno Stato membro è autorizzato ad applicare le disposizioni nazionali notificate solo dopo aver ottenuto una decisione di conferma da parte della Commissione.

31. Occorre poi esaminare, in primo luogo, se la decisione della Commissione 2 dicembre 1992 soddisfi le prescrizioni dell'art. 190 del Trattato.

32. Sul punto, la Commissione fa rilevare che essa ha soddisfatto tali prescrizioni accertando, nella sua decisione, che la disciplina tedesca perseguiva l'obiettivo della tutela della salute e dell'ambiente, due giustificazioni menzionate rispettivamente nell'art. 36 e nell'art. 100 A, n. 4, del Trattato. In particolare, prosegue la Commissione, essa ha sottolineato come la disciplina normativa tedesca mirasse a proteggere i cittadini contro i rischi di tumori connessi alle diossine.

33. Questo argomento non può essere accolto.

34. Secondo una giurisprudenza costante, l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 190 implica che tutti gli atti considerati contengano un'esposizione dei motivi che hanno indotto l'istituzione ad emanarli, in modo che la Corte possa esercitare il proprio controllo e che sia agli Stati membri sia i cittadini interessati siano posti in grado di conoscere le condizioni nelle quali le istituzioni comunitarie hanno fatto applicazione del Trattato.

35. Nel caso in esame, questi presupposti non sono soddisfatti. Dopo aver succintamente descritto, nei primi tre commi, il contenuto e l'obiettivo dell'art. 100 A, n. 4, la seconda parte della decisione 2 dicembre 1992, recante il titolo «valutazione», si limita, nel quarto comma, a richiamare il contenuto della disciplina tedesca e i pericoli del PCP per affermare, nel successivo capoverso, che il limite fissato da questa disciplina è più elevato e che tale margine di sicurezza è giustificato dalle esigenze menzionate nell'art. 100 A, n. 4. Indi, dopo un richiamo nei commi sesto e settimo, all'obbligo di procedere, dopo quattro anni, al riesame della direttiva n. 91/173, la decisione constata, nell'ottavo comma, che la disciplina tedesca ostacola il commercio. Infine, nel nono comma, la Commissione conclude che il regolamento tedesco è conforme alle prescrizioni dell'art. 100 A, n. 4, secondo comma.

36. È pertanto evidente che la Commissione si è limitata a richiamare in termini generali il contenuto e lo scopo della disciplina normativa tedesca e a dichiarare che essa è compatibile con l'art. 100 A, n. 4, senza puntualizzare i motivi di fatto e di diritto per i quali, a suo giudizio, le condizioni poste dall'art. 100 A, n. 4, dovevano nel loro complesso reputarsi soddisfatte nel caso di specie.

37. Conseguentemente si deve constatare che la decisione, impugnata disattendendo l'obbligo di motivazione prescritta dall'art. 190 del Trattato e va annullata per violazione delle forme sostanziali, senza che sia necessario esaminare gli altri mezzi dedotti dalla ricorrente.

(Omissis)

LA SENTENZA PCP:

IL PRIMO CASO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 100 A N. 4

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il fatto - 3. Il procedimento - 4. Le conclusioni dell'avvocato generale - 5. La sentenza - 6. La portata della sentenza - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il dibattito relativo al rapporto tra la libera circolazione delle merci all'interno del mercato unico europeo e le esigenze di protezione dell'ambiente ed in particolare alla possibilità per queste ultime di giustificare deroghe al principio della libertà di circolazione garantito dall'art. 30 del Trattato¹ si arricchisce di nuovi elementi grazie alla sentenza della Corte di giustizia della Comunità europea del 17 maggio 1994 in causa n. 41/93 sul caso PCP (pentaclorofenolo)². In tale circostanza la Corte è stata per la prima volta chiamata a giudicare sui presupposti e le modalità di applicazione della deroga ad una misura di armonizzazione adottata a livello comunitario prevista dall'art. 100 A, n. 4 a favore di uno Stato membro che intenda applicare in luogo di quella comunitaria una normativa nazionale giustificata da esigenze di maggiore protezione dell'ambiente.

¹ Per una esauriente presentazione del problema v. M. Coleman, *Environmental barriers to trade and European Community Law*, in *European Environmental Law Review*, dicembre 1993, p. 295 ss.

² Il pentaclorofenolo è una sostanza chimica utilizzata come agente di trattamento del legno, di impregnazione dei tessuti industriali e di sterilizzazione dei pavimenti, come battericida nella cura delle peli e nella fabbricazione della pasta di legno ed infine come molluschiocida nel trattamento delle acque di scarico industriali. Il PCP è tossico per l'uomo per via orale, respiratoria ed epidermica. Allo stesso modo è altamente tossico per l'ambiente acquatico.

2. Il fatto

Il caso PCP verte sulla legittimità di una decisione della Commissione della Comunità europea del 2 dicembre 1992³ di autorizzare, ai sensi dell'art. 100 A, n. 4, la Germania a continuare ad applicare la propria normativa nazionale sul divieto di produzione ed utilizzo del pentaclorofenolo, per in presenza di una direttiva Cee che disciplina la materia a livello comunitario.

La vicenda ha origine nel 1987 allorché la Germania notifica alla Commissione un progetto di regolamento riguardante il PCP, che prevede di limitare allo 0,5% la concentrazione di PCP ammissibile nei preparati destinati al trattamento del legname. In risposta a tale notifica la Commissione chiede alla Germania di attendere dodici mesi prima dell'emanazione della normativa nazionale, dal momento che la Comunità europea sta già preparando una proposta di direttiva in tal senso. Infatti il 20 aprile 1988 la Commissione Cee presenta una proposta di direttiva che limita allo 0,1% la concentrazione di PCP ammissibile nelle sostanze e nei preparati messi in circolazione sul mercato europeo.

Il 12 dicembre 1989 però, senza attendere l'approvazione della direttiva comunitaria, la Germania adotta un regolamento ancora più severo, che di fatto pone al bando l'uso del PCP nel territorio della Repubblica federale tedesca⁴.

Finalmente il 21 marzo 1991 il Consiglio della Comunità europea adotta, sulla base dell'art. 100 A, la direttiva n. 91/173/Cee contenente la nona modificazione alla direttiva n. 76/769/Cee riguardante il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative ai limiti alla immissione sul mercato ed all'uso di certe sostanze pericolose. Tra queste sostanze figura anche il PCP che, ai sensi del punto 21 dell'allegato I della direttiva, viene quindi ad essere tollerato soltanto in una concentrazione uguale o inferiore allo 0,1% nelle sostanze e nei preparati di qualsiasi genere immessi sul mercato comunitario⁵.

³Gli elementi essenziali della decisione della Commissione sono riportati in una comunicazione della Commissione pubblicata in *Guce* n. C 334 del 29 dicembre 1992, p. 8. V. in questa Rivista, 1993, p. 441 la nota di A. Gratani.

⁴Ai sensi del regolamento tedesco del 12 dicembre 1989 (pubblicato in *BGBI.*, 1989, I, p. 2235 ed entrato in vigore il 23 dicembre 1989) è vietato per tutte le imprese operanti nel territorio della Repubblica federale tedesca fabbricare, mettere sul mercato o comunque utilizzare a fini commerciali o industriali il pentaclorofenolo, il pentaclorofenolato di sodio e tutti gli altri sali e composti del pentaclorofenolo, nonché i preparati contenenti globalmente più dello 0,01% di tali sostanze ed i prodotti che, a seguito di un trattamento per mezzo di tali preparati, contengono tali sostanze in concentrazione superiore a 5 mg/Kg.

⁵La direttiva n. 91/173/Cee è pubblicata in *Guce* n. L 85 del 5 aprile 1991, p. 34.

Il 2 agosto 1991, ben entro i limiti previsti per la trasposizione della direttiva n. 91/173 nell'ordinamento interno degli Stati membri, la Germania notifica alla Commissione, ai sensi dell'art. 100 A, n. 4, la volontà di continuare ad applicare la propria normativa nazionale in luogo di quella comunitaria.

Solamente il 2 dicembre 1992, dopo ben 16 mesi di attesa, la Commissione decide di confermare la decisione della Germania, riconoscendo fondate le esigenze di protezione dell'ambiente poste dalla Germania a giustificazione della propria iniziativa basata sull'art. 100 A, n. 4.

In data 9 febbraio 1993 la Repubblica francese, che aveva già in precedenza presentato alla Commissione le proprie osservazioni sul tema, a seguito del ricevimento della notifica della decisione di conferma, deposita il proprio ricorso alla Corte di giustizia chiedendo l'annullamento della decisione della Commissione del 2 dicembre 1991 con la quale è stata confermata la decisione della Germania.

3. Il procedimento

Per quanto riguarda la ricevibilità del ricorso fondato sull'art. 173 del Trattato non c'è alcun contrasto tra la Francia da una parte e la Commissione e la Germania dall'altra, dal momento che la decisione della Commissione avverso la quale è stato presentato il ricorso deve considerarsi a tutti gli effetti una decisione ai sensi dell'art. 189 del Trattato, contro la quale è esperibile l'ordinario mezzo di impugnazione previsto dall'art. 173 e non è possibile utilizzare il particolare mezzo di impugnazione previsto dal 3° comma dell'art. 100 A, n. 4 per il caso in cui uno Stato membro faccia un «uso abusivo» dei poteri contemplati dalla disposizione in oggetto⁶.

Per quanto concerne il merito del ricorso, il Governo della Repubblica francese presenta due diversi mezzi di annullamento della decisione. In primo luogo la Francia lamenta la violazione dell'art. 100 A, n. 4, 1° comma, dal momento che la Commissione avrebbe confermato il regolamento tedesco senza essere in possesso di informazioni sufficienti a dimostrare l'esistenza di esigenze importanti nella Repubblica federale tedesca tali da giustificare il mantenimento di una normativa nazionale più severa di quella comunitaria, già basata su un elevato livello di protezione dell'ambiente. In particolare, secondo la Francia, nel caso di specie non sarebbe stata sufficientemente prova-

⁶L'avvocato generale Tesauro sottolinea nelle sue conclusioni che in questo caso non è possibile avvalersi della particolare procedura di infrazione prevista dal 3° comma dell'art. 100 A, n. 4, dal momento che non siamo in presenza di un uso abusivo dei poteri, come invece sarebbe accaduto se ad esempio uno Stato membro avesse continuato ad applicare la propria normativa nazionale malgrado la decisione negativa della Commissione oppure fosse andato oltre i limiti dell'autorizzazione ricevuta.

ta né la presenza di una situazione di pericolo per l'ambiente tale da rendere necessaria la persistenza del regolamento tedesco, né la proporzionalità di tale normativa nazionale al proprio scopo, tenendo conto degli ostacoli alla libertà di commercio intracomunitario da essa causati. Il ragionamento della Commissione sarebbe pertanto da considerare quantomeno superficiale e senza dubbio insufficiente a soddisfare i requisiti di necessità e di proporzionalità di cui alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁷. Inoltre, sostiene ancora la Francia, la Commissione avrebbe in ogni caso violato il disposto del 2° comma dell'art. 100 A, n. 4, non avendo fornito alcuna giustificazione del motivo secondo il quale la normativa nazionale tedesca non costituirebbe uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata tra gli Stati membri.

In secondo luogo la Commissione, sempre secondo la Francia, avrebbe violato l'art. 190 del Trattato dal momento che la controversa decisione di conferma della normativa tedesca conterrebbe una motivazione assolutamente carente. La Commissione infatti anziché indicare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento seguito per arrivare alle proprie conclusioni, si sarebbe semplicemente limitata ad affermare che la suddetta normativa soddisfa i requisiti previsti dall'art. 100 A, n. 4 per la concessione della deroga ad una misura di armonizzazione comunitaria.

4. Le conclusioni dell'avvocato generale

L'avvocato generale Tesaro nelle sue conclusioni davanti alla Corte di giustizia ha esaminato in primo luogo la fondatezza del secondo motivo di annullamento presentato dalla Francia nel proprio ricorso, convincendosi della necessità di accogliere il ricorso stesso stante la carente o addirittura assente motivazione nella decisione presa dalla Commissione.

In particolare l'avvocato generale ha sottolineato che l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 190 a carico degli organi comunitari per tutti i loro atti deve essere interpretato in ragione della natura e del contenuto degli atti stessi. Questo significa che, in linea generale, la motivazione non può in nessun caso evitare di indicare in modo chiaro ed inequivocabile il ragionamento seguito dall'istituzione che ha emanato l'atto, così da permettere agli interessati di conoscere le giustificazioni della misura adottata ed alla Corte di esercitare il suo controllo. Nel caso di specie ciò non vuole dire che la Commissione avrebbe dovuto indicare specificamente tutti gli elementi di fatto e di diritto

⁷I requisiti della necessità e della proporzionalità sono stati sanciti per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cassis de Dijon* (sentenza del 20 dicembre 1979, causa n. 120/78, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649).

sui quali si basa la decisione, ma che avrebbe dovuto perlomeno fornire le indicazioni minime necessarie per permettere ai destinatari dell'atto e a tutti gli altri interessati di verificare la fondatezza di essa. Se per ipotesi, ha rilevato l'avvocato generale, la decisione si fosse inserita nel solco di una giurisprudenza costante e ripetuta, sarebbe potuta bastare anche una motivazione sommaria, ma visto che nel caso considerato si tratta del primo caso di applicazione dell'art. 100 A, n. 4, tenendo anche conto della novità e delle numerose questioni poste dall'interpretazione di tale articolo, sarebbe stata più che mai indispensabile una motivazione appropriata della propria decisione da parte della Commissione, anche per contribuire al chiarimento delle condizioni di applicazione di tale norma. In base alle considerazioni sopra esposte la richiesta dell'avvocato generale alla Corte è stata quella di accogliere il ricorso presentato dalla Francia sulla base del secondo motivo di annullamento, vale a dire l'insufficiente motivazione della decisione del 2 dicembre 1991 con la quale la Commissione ha confermato la normativa nazionale tedesca. L'avvocato generale ha inoltre sottolineato come proprio a causa della lacunosa motivazione della decisione fornita dalla Commissione fosse del tutto impossibile procedere ad un esame del primo mezzo di annullamento posto dalla Francia a fondamento del proprio ricorso, facendo difetto gli elementi indispensabili a garantire alla Corte una esauriente conoscenza delle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato alla decisione stessa.

5. La sentenza

La sentenza della Corte del 17 maggio 1994 non ha fatto luce su tutte le questioni relative all'art. 100 A, n. 4, ma ha comunque contribuito a chiarire per la prima volta le modalità di applicazione della deroga ad una misura comunitaria di armonizzazione che può essere concessa ad uno Stato membro ai sensi di tale articolo del Trattato.

La Corte, nella motivazione della sentenza, ha cominciato con il ricordare che tra gli scopi della Comunità europea (secondo gli artt. 2 e 3 del Trattato) vi è quello di instaurare un mercato comune, all'interno del quale sia assente qualsiasi tipo di ostacolo al commercio intracomunitario. L'art. 8A del Trattato stabilisce che il mercato unico è instaurato progressivamente mediante l'emanazione di misure adottate ai sensi di tale articolo e di altre disposizioni del Trattato specificamente enumerate. Tra queste figura l'art. 100 A, introdotto dall'Atto unico europeo allo scopo di garantire una più rapida ed efficace realizzazione degli obiettivi previsti dall'art. 8A tramite l'adozione, a maggioranza qualificata anziché all'unanimità, di misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati

membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Il sistema previsto dall'art. 100 A concede tuttavia agli Stati membri, a determinate condizioni, la possibilità di applicare disposizioni nazionali che derogano ad una misura di armonizzazione adottata a livello comunitario⁸. Lo Stato membro deve a tal fine notificare alla Commissione la propria intenzione di applicare la normativa nazionale anziché quella comunitaria e la Commissione ha il compito di assicurarsi che siano soddisfatte tutte le condizioni alle quali può essere concessa la deroga prevista dall'art. 100 A. Tutto questo, spiega ancora la Corte, perché se ad ogni singolo Stato venisse lasciata la facoltà di applicare liberamente le normative nazionali in deroga alle misure comunitarie di armonizzazione, senza alcun tipo di controllo da parte degli organi della Ce, la stessa attività comunitaria di armonizzazione sarebbe in breve tempo totalmente vanificata e gli ostacoli alla libertà del commercio diverrebbero probabilmente insormontabili. Nel caso di specie la Commissione non si è però preoccupata di indicare nella propria decisione di conferma né il contenuto né lo scopo del regolamento tedesco e non ha neppure spiegato perché, a suo avviso, risultavano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 100 A, n. 4. Per questi motivi la Corte ha deciso di accogliere in pieno le richieste dell'avvocato generale Tesauro e di annullare la decisione della Commissione per carenza di motivazione, stante l'impossibilità di valutare tale decisione nel merito per mancanza degli elementi essenziali.

6. La portata della sentenza

La più importante conseguenza della sentenza in esame è il fatto che con essa per la prima volta la Corte è potuta intervenire nella dibattuta questione della natura del controllo che la Commissione è chiamata ad operare ai sensi dell'art. 100 A, n. 4 allorché uno Stato membro le notifichi la volontà di «applicare disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti previste dall'art. 36 o relative alla protezione dell'ambiente di lavoro o dell'ambiente» in deroga ad una misura di armonizzazione adottata a livello comunitario⁹. Sia la

⁸ La deroga prevista all'art. 100 A, n. 4 è stata unanimemente vista dalla dottrina come il prezzo pagato per l'abbandono del principio di unanimità a favore del voto a maggioranza qualificata, introdotto dall'Atto unico per tutte le misure relative al ravvicinamento legislativo che hanno ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Si veda ad esempio A. Mattern Ricigliano, *Il Mercato Unico Europeo*, Torino, 1990, p. 168 ss.

⁹ Per una panoramica sulle questioni sollevate dall'art. 100 A n. 4 si vedano A. Mattern Ricigliano, *Il Mercato Unico*, cit., p. 176; J. De Ryck, *L'acte unique européen*, Bruxelles, 1987, p. 166; J. Hynn, *How will article 100 A work? A comparison with article 93*, in *CML Rev.*, 1987, p. 689; B. Langeheine, *Rechtsanwendung unter art. 100 A EWG: Harmonisierung vs. nationale Schutzbestimmungen*, in *EuR*, 1988, p. 257.

Commissione che l'avvocato generale ha riconosciuto che tale controllo non deve avere carattere puramente formale, ma mentre poi la Commissione nella pratica non sembra aver tratto le naturali conseguenze da questa sua affermazione, l'avvocato generale ha invece precisato che tale controllo deve essere strutturato in due fasi. In primo luogo la Commissione deve vedere se l'art. 100 A è stato giustamente invocato, vale a dire se le esigenze sottostanti alla richiesta dello Stato membro rientrano in quelle sopracitate. A tale proposito non è sufficiente per la Commissione limitarsi ad affermare che le disposizioni nazionali considerate sono in grado di assicurare un livello di protezione più elevato, perché deve essere prima accertato che tali disposizioni risultino necessarie e proporzionate in relazione al fine cui tendono. Secondo l'opinione della Corte, questo significa che l'autorizzazione allo Stato membro può essere concessa solo se risulta provato che gli interessi che si vogliono proteggere con le disposizioni in esame sono meritevoli di essere protetti a livello comunitario, e che non esiste una misura in grado di raggiungere il medesimo obiettivo che poteva essere presa con minori conseguenze sulla libertà del commercio intracomunitario¹⁰. In secondo luogo la Commissione deve verificare che le disposizioni in questione non costituiscano uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri, così come previsto dal 2° comma dell'art. 100 A n. 4. Solamente se tale controllo dà esito positivo la Commissione può autorizzare lo Stato membro ad applicare le disposizioni per le quali è stata chiesta la conferma, e deve poi motivare adeguatamente il fatto ed il diritto questa sua decisione pena l'annullamento di essa per violazione dell'art. 190 del Trattato. Dalla visione di tale controllo come una vera e propria autorizzazione discende come logica conseguenza il divieto per lo Stato membro di applicare la propria normativa nazionale fino alla decisione della Commissione. Questa interpretazione appare in linea di principio corretta, a patto che la Commissione non dilati a dismisura il periodo di attesa come è successo nel caso considerato (ben sedici mesi!)¹¹.

Pur senza disconoscere l'importante contributo dato dalla sentenza in esame alla risoluzione del problema della natura del controllo della Commissione, bisogna tuttavia sottolineare che la sentenza PUP ha lasciato aperti alcuni

¹⁰ Si veda a questo proposito la giurisprudenza citata alla nota 6 (par. 6) delle conclusioni dell'avvocato generale.

¹¹ Interessante sul punto la posizione dell'avvocato generale (par. 8 delle conclusioni), secondo il quale malgrado la decisione della Commissione si configuri come una vera e propria autorizzazione in assenza della quale lo Stato membro non dovrebbe applicare la propria normativa nazionale, il ritardo della Commissione non dovrebbe andare a danno dello Stato membro, il quale se, come nel caso considerato, ha notificato tempestivamente la propria intenzione di continuare ad applicare le proprie disposizioni nazionali in luogo di quelle della direttiva non dovrebbe poi essere legato a tale divieto oltre un ragionevole lasso di tempo.

dei più gravi ed assai dibattuti problemi interpretativi relativi a tale norma del Trattato. Primo tra tutti quello di stabilire se uno Stato membro per potersi avvalere della facoltà di deroga ad una misura comunitaria di armonizzazione debba essersi precedentemente opposto ad essa in sede di Consiglio. Parte della dottrina propone infatti un'interpretazione restrittiva dell'art. 100 A, n. 4, sostenendo che la norma in questione è stata inserita dall'Atto unico a garanzia della minoranza soccombente nella votazione e pertanto non è concepibile un suo utilizzo da parte degli Stati che hanno contribuito con il loro voto positivo all'adozione della misura di armonizzazione alla quale si intende derogare¹². Alcuni autori si oppongono però decisamente ad una tale interpretazione restrittiva, basandosi sia su una attenta interpretazione letterale che su motivazioni di tipo più prettamente politico¹³. Purtroppo la Corte nella sentenza in esame non si è pronunciata su questa importante questione, ma d'altra parte nel caso PCP nessuno aveva motivo di sollevare tale questione visto che la Germania si era opposta alla misura di armonizzazione già in sede di Consiglio e risultava pertanto pacifico il suo diritto di avvalersi della deroga prevista dall'art. 100 A, n. 4.

Secondo la nostra opinione si dovrebbe preferire in linea di principio l'interpretazione meno restrittiva sulla base di una valutazione essenzialmente "politica", visto che riconoscere la facoltà di derogare ad una misura di armonizzazione comunitaria solamente agli Stati che si sono opposti alla sua ado-

¹² Di questo avviso è ad esempio A. Matera Ricigliano, *Il Mercato Unico*, cit., p. 179, secondo il quale «la ratio della norma in questione mira ad offrire alla minoranza dissidente la possibilità di invocare taluni diritti legittimi e a non consentire alla maggioranza favorevole di ritrarsi a votazione avvenuta». Della stessa opinione sono anche J. De Rydt, *L'acte unique*, cit., p. 171, e l'avvocato generale Tesauro, il quale nelle sue conclusioni (par. 4) afferma testualmente: «La possibilità accordata ad uno Stato membro di continuare ad applicare la propria disciplina nazionale, nonostante l'intervento di armonizzazione di una materia a livello comunitario, mira ad assicurare una tutela per così dire rinforzata di taluni interessi particolarmente rilevanti e, soprattutto, a dare una risposta alle preoccupazioni manifestate da alcuni Paesi, all'epoca dei negoziati per l'Atto unico, che una eventuale armonizzazione, adottata a maggioranza, possa determinare una diminuzione del grado di protezione garantito a quegli interessi a livello nazionale. La disposizione costituisce, in altri termini, un contrappeso all'abbandono del principio dell'unanimità per l'adozione delle misure necessarie all'istituzione ed al funzionamento del mercato interno, nei casi previsti al n. 1 dello stesso art. 100 A».

¹³ Si vedano F. Francioni, *From sovereignty to common governance: the Ec Environmental Policy*, in *Studi senesi*, III, 1992, par. 4; D. Wyatt - A. Dashwood, *European Community Law*, London 1993, p. 365; L. Daniele, *Il diritto materiale della Comunità economica europea*, Milano, 1991, p. 163. Particolarmente significative risultano le osservazioni di Francioni, il quale da una parte rileva che da un punto di vista strettamente politico una interpretazione restrittiva di tale norma avrebbe come presumibile conseguenza quella di far crescere il numero degli Stati contrari a qualsiasi misura di armonizzazione, dall'altra sostiene che una interpretazione liberale della norma è richiesta anche dalla natura stessa dei rapporti tra la Comunità europea e gli Stati membri in materia di politica ambientale, dato che in molti casi non è assolutamente possibile per gli Stati membri conoscere in anticipo, ossia prima dell'adozione della misura comunitaria di armonizzazione, se in quel determinato settore vi siano esigenze particolari che richiedano l'adozione di una normativa nazionale ancora più severa di quella comunitaria.

zione in sede di Consiglio significherebbe praticamente rinunciare in futuro ad ogni tentativo di armonizzazione legislativa da parte della Comunità europea. Infatti è facile immaginare come in tal caso la maggior parte degli Stati sarebbe portata a votare contro a qualsivoglia misura di armonizzazione per non precludersi la possibilità di adottare in tempi successivi una normativa nazionale più severa. Nell'adottare l'interpretazione più liberale si dovrebbe però limitare la facoltà di deroga per gli Stati membri entro un ben preciso limite temporale per eliminare il rischio di una pericolosa "incertezza del diritto". Detto limite temporale potrebbe ad esempio coincidere con quello stabilito dalla stessa misura di armonizzazione per la sua trasposizione nel diritto interno degli Stati membri.

Oltre a quello appena esaminato, un altro problema rimasto irrisolto è quello legato alla più corretta interpretazione del termine «applicare»: non è infatti per nulla chiaro se la deroga prevista dall'art. 100 A, n. 4 possa essere invocata da uno Stato membro unicamente per continuare ad applicare disposizioni vigenti oppure anche per emanare nuove disposizioni relative ad un settore già sottoposto ad armonizzazione a livello comunitario. Anche in questo caso la dottrina si presenta divisa: da una parte troviamo i sostenitori dell'interpretazione più restrittiva che si basano essenzialmente sull'interpretazione letterale della norma e sui confronti con altre disposizioni del Trattato¹⁴, dall'altra vi sono invece i fautori di una interpretazione più liberale a detta dei quali la ratio della norma non può assolutamente giustificare un eccessivo rigore interpretativo¹⁵.

A nostro avviso anche in questo secondo caso si dovrebbe preferire l'interpretazione meno restrittiva. Se è vero infatti che la lettera dell'art. 100 A, n. 4 sembrerebbe a prima vista volersi riferire al solo mantenimento delle disposizioni nazionali già esistenti, osservando la ratio della norma appare infatti assurdo pretendere di circoscrivere la facoltà di deroga a favore dei soli Stati che al momento dell'adozione della normativa comunitaria possedevano già una legislazione in materia. Anche in questo caso ci sembrerebbe invece più opportuno optare per la soluzione più liberale, limitando tuttavia, come già

¹⁴ Si vedano F. Francioni, op. cit., par. 4, e L. Krüger, *Focus on European Environmental Law*, London, 1993, p. 79. Secondo Francioni una attenta analisi lessicale dell'art. 100 A, n. 4 suggerisce l'interpretazione più restrittiva in base alla quale lo Stato membro può solamente continuare ad applicare le disposizioni nazionali più severe, mentre gli resta in ogni caso preclusa la possibilità di emanare nuove disposizioni nazionali. Dello stesso avviso risulta Krüger secondo il quale l'interpretazione più restrittiva risulta corroborata anche dal confronto lessicale con il testo dell'art. 130 F e della dichiarazione unilaterale del Regno di Danimarca allegata all'Atto unico.

¹⁵ Si vedano A. Matera Ricigliano, *Il Mercato Unico*, cit., p. 180; D. Wyatt - A. Dashwood, *European Community Law*, cit., p. 365; L. De Rydt, *L'acte unique*, cit., p. 171; L. Daniele, *Il diritto materiale*, cit., p. 163. A sostegno della tesi più liberale A. Matera Ricigliano rileva che in caso contrario verrebbero ad essere danneggiati quegli Stati che, in attesa di una determinata normativa comunitaria, si fossero astenuti dal legiferare nella materia in questione.

detto, la possibilità di deroga entro gli stessi limiti temporali previsti per la trasposizione della misura comunitaria nel diritto interno degli Stati membri, così da evitare i rischi di una pericolosa "incertezza del diritto".

Malgrado le questioni interpretative ancora aperte, non deve essere trascurato il contributo che la sentenza *PCP* fornisce al dibattito relativo al rapporto tra la libertà di circolazione delle merci nel mercato unico europeo e le esigenze di tutela ambientale: tale sentenza si iscrive infatti nella tendenza evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia volta ad attribuire una importanza sempre crescente alle esigenze di protezione dell'ambiente. Nel 1985 nel caso *Abdju* la Corte sanciva per la prima volta che «la tutela dell'ambiente costituisce uno dei principali scopi della Comunità»¹⁶. Tre anni dopo nel caso *Danish bottles*, la Corte affermava che «la tutela dell'ambiente costituisce una esigenza imperativa, che può limitare l'applicazione dell'art. 30 del Trattato»¹⁷. Con la sentenza *PCP* la Corte riprende questa sua giurisprudenza ribadendo che le esigenze di protezione ambientale possono giustificare una deroga alle disposizioni legislative comunitarie, pur se questo può causare degli ostacoli alla libertà del commercio, a patto però che tale deroga soddisfi i requisiti posti dall'art. 100 A, n. 4 a garanzia della supremazia del diritto comunitario¹⁸.

7. Conclusioni

In conclusione ci sembra di poter affermare che il principale merito della sentenza *PCP* sia quello di chiarire per la prima volta quali debbano essere le modalità di utilizzo della facoltà di deroga ad una misura legislativa comunitaria prevista dall'art. 100 A, n. 4, facendo finalmente luce sul problema della natura del controllo che la Commissione è chiamata ad operare. La Corte ha stabilito in particolare che tale controllo non deve avere carattere puramente formale, ma deve invece configurarsi come una vera e propria autorizzazione ad applicare in via di eccezione le disposizioni nazionali in luogo di quelle comunitarie. Diversamente, come abbiamo visto, la sentenza non apporta alcun

¹⁶ Sentenza *Abdju*: sentenza del 7 febbraio 1985, causa n. 240/83, *Procureur de la république c. Association de défense des bruleurs d'huiles usagées*, in *Raccolta*, 1985, p. 531.

¹⁷ Sentenza *Danish Bottles*: sentenza del 20 settembre 1988, causa n. 302/86, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1988, p. 4607.

¹⁸ Come abbiamo già visto, i requisiti in questione sono in primo luogo quello della necessità e della proporzionalità allo scopo della normativa nazionale sanciti per la prima volta nella sentenza sul caso *Cassis de Dijon* e poi ripresi nella sentenza sul caso *Danish bottles*. Ed in secondo luogo l'accertamento che le misure nazionali non costituiscono uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata tra gli Stati membri.

contributo alla risoluzione dei gravi problemi interpretativi legati all'art. 100 A, n. 4 che da anni dividono la dottrina.

Ma la sentenza *PCP* si rivela importante anche in riferimento all'art. 190. Infatti, nell'annullare la decisione di conferma della Commissione, la Corte ha affermato che non è sufficiente richiamare in termini generali il contenuto e lo scopo della disciplina normativa nazionale, ma bisogna sempre esplicitare i motivi di fatto e di diritto posti alla base di un atto comunitario. Al bando quindi le motivazioni *per relationem*, in modo da rendere possibile il controllo dell'operato degli organi della Comunità da parte degli Stati membri e di tutti i cittadini.

In conseguenza della sentenza della Corte di giustizia la Commissione è stata costretta ad adottare una nuova decisione di conferma¹⁹. E dal confronto tra le due decisioni è possibile trarre utili indicazioni per comprendere come vada inteso nella pratica l'obbligo di motivazione alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti la Commissione nella seconda decisione ha dovuto riconsiderare e meglio precisare i motivi posti a sostegno della propria decisione di conferma. E per fare ciò si è dovuta basare su una apposita relazione scientifica che dimostrasse la necessità e la proporzionalità allo scopo della normativa nazionale tedesca e verificasse la conformità di essa agli altri requisiti previsti dall'art. 100 A, n. 4²⁰.

Massimiliano Montini

¹⁹ La seconda decisione di conferma, adottata il 14 settembre 1994, è pubblicata in *Gazz. n. L. 316* del 9 dicembre 1994.

²⁰ Nella seconda decisione di conferma risultano finalmente in modo chiaro le esigenze importanti di tutela della salute umana e dell'ambiente idrico che giustificano la richiesta della Germania di continuare ad applicare la propria normativa nazionale in tema di pesticidofenolo. Diversamente non sembrano del tutto fugati i dubbi paventati da diversi Stati membri sugli effetti che il mantenimento della normativa nazionale tedesca potrebbe avere sul commercio intracomunitario. La seconda decisione di conferma della Commissione risolve comunque definitivamente la questione a favore della Germania, anticipando che è attualmente allo studio la possibilità di proporre un divieto totale di produrre e utilizzare il PCP in tutta la Comunità europea, in linea con quanto previsto dalla legislazione tedesca.

55.2.24

164



Programme de l'Union Européenne / Programme of the European Union

ESSAYS ON EUROPEAN LAW AND ISRAEL

edited by

ALFREDO MORDECHAI RABELLO



THE HARRY AND MICHAEL SACHER INSTITUTE FOR LEGISLATIVE
RESEARCH AND COMPARATIVE LAW
JERUSALEM 5757-1996

PRINCIPLES OF ROMAN LAW ABSORBED IN
THE NEW DUTCH CIVIL CODE

by

*Hans Ankum**

First, some information about the development of Dutch private law since its first codification and an explanation of the exact meaning of the words "the New Dutch Civil Code." At the end of this paper, I will make a few remarks on the importance of a good knowledge of Roman private law for the comparison and the unification of private law systems in Europe.

This paper will therefore be divided into the following three parts:

- I. Some data are presented concerning the development of Dutch private law since 1809 and the revision of the Dutch Civil Code since 1947.
- II. Principles, rules and institutions of Roman law, which can be found in the books on Patrimonial Law in General, on Real Rights, on Obligations and on Special Contracts of the Dutch Civil Code, introduced in 1992 are described.
- III. Some observations are made on the value of a good knowledge of Roman private law for lawyers of the 21st century who want to study in a comparative way the European systems of private law and to unify parts of private law in Europe.

* Professor of Law, University of Amsterdam.

165

I. SOME DATA CONCERNING THE DEVELOPMENT OF
DUTCH PRIVATE LAW SINCE 1809 AND THE REVISION OF THE
DUTCH CIVIL CODE SINCE 1947

Before describing the new Dutch Civil Code, and especially the Books 3, 5, 6 and a part of Book 7 which are implemented since January 1st 1992, I will have to give some information about the development of Dutch private law since the first codification of the civil law in 1809.¹

The first code of a part of private law, viz. civil law, the 'Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland,' came into being for the Kingdom of Holland in 1809 by order of King Louis Napoléon, brother of Napoléon. It was partly based on the French 'Code Civil', partly on the old private law of the province of Holland, from which the general community of property as the legal system of matrimonial property and the requirement of delivery for the transfer of ownership, had been taken. From 1811 till the end of 1813 the Netherlands were part of the French Empire. In 1811 the five French codes entered into force. Two of them are relevant for us here: the French 'Code Civil' of 1804 in its version of 1807, called 'Code Napoléon' and the French 'Code de Commerce' of 1807. Four of these five codes, among them the two last mentioned, remained in force until 1838; the

'Code Pénal' was not replaced by a Dutch Penal Code until 1886; the latter is still in force, though many provisions have been modified.

In 1838 the Dutch Civil Code ('Burgerlijk Wetboek') came into force together with the Dutch Commercial Code ('Wetboek van Koophandel'). Parts of the Civil Code, viz. the regulation of the law of successions and the main part of the law concerning special contracts, are still applied today. When it came into force, the 'Wetboek' of 1838 was, roughly estimated a 70% translation and adaptation of the French Civil Code. Important differences came from Roman-Dutch law, e.g. the general community of property between spouses and the rule that ownership was transferred not by contract but by an act of delivery. From the beginning of this century the Civil Code became less and less apt for dealing with the changed and changing social and economic circumstances. It was no longer in accordance with social and political opinions. Many partial changes of the contents of the Code took place. I will only mention a few of them: the introduction of parental instead of paternal authority in 1905, the introduction of an extended, fundamentally different regulation of the labour contract, with numerous rules of *iux cogens* to protect the socially weak labourers, in 1909, the creation of a much better position of the surviving spouse in the law of intestate succession in 1923, the introduction of a regulation of the hire purchase contract (with rules tending to the protection of the hire purchaser) in 1936 and the abolishment of the incapacity of married women and the introduction of adoption both in 1956. All these partial modifications of the Civil Code harmed its consistency.

At the end of last century another important phenomenon came into being for many subjects: particularly but not exclusively, in the fields of intellectual and industrial property many statutes were introduced independently from the Civil Code. Often these statutes contained rules of private law, of procedure, of penal law and of administrative law. An example of this type of statute is the Act concerning the lease of land for agricultural purposes of 1937. As a consequence of these statutes numerous statutory rules of private law on many legal institutions cannot be found in the Civil Code.

Another even more important reason why the Civil Code became less and less the source of the main principles and rules of civil law was the huge

1 See on the history of codified Dutch private law, A.J.M. Kunt in *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*, ed. by D.C. Fokkema, J.M.J. Chorus, E.H. Hondius and E. Ch. Lissers, Deventer 1978, p. 11; E. Holthöfer in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*, III. Band, Das 19. Jahrhundert, 1. Teilband, Gesetzgebung zum Allgemeinen Privatrecht, München, 1982, pp. 1191-1400 and III. Band, Das 19. Jahrhundert, 3. Teilband, Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten, München 1986, pp. 3402-3472; A.S. Hartkamp, The civil code revision in the Netherlands 1947-1992, in *New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law (Property, Obligations and Special Contracts)/ Nouveau Code Civil Néerlandais. Le Droit Patrimonial (Les Biens, Les Obligations, Les Contrats Particuliers)/ Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht (Zakenrecht, Verbiningszakenrecht en Bijzondere Overeenkomsten)*, translated by traduct purf vertaald door P.P.C. Haanappel, E. Mackaay, Deventer 1990, hereafter: *New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law*, 1990, pp. XIII-XIV; J.M.J. Chorus, in *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*, second revised edition, ed. by J. Chorus, P.H. Gerver, E. Hondius, A. Koelkoek, Deventer 1993, hereafter: *Introduction*, 1993) p. 12.; A.S. Hartkamp, Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus Europäischer Sicht, in: *Rechts Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 57 (1993), pp. 665-667.

growth of the number of new rules of law created by decisions of the Supreme Court. Important parts of this judge-made civil law had but a small, if any, point of contact with the Code. Whole branches of civil law were almost totally created and developed by the Supreme Court. I give as examples the law concerning unlawful act (tort), ownership of movables, fiduciary security of movables and natural obligations. Constitutionally this creation of new law by the Supreme Court, especially in cases of political interest, was not without its problems: the judges of the Supreme Court, though not responsible to Parliament, assumed the role of legislator. There were also practical problems: many questions for which the Civil Code did not give a satisfactory solution were not even brought before the Supreme Court.

Finally, there were numerous titles and articles in the Civil Code that were defective. As early as 1928, in a famous paper, Prof. E.M. Meijers (1880-1954) published a list of one hundred points on which the Code was *omnium consensu erroneus*.²

It was Prof. Meijers in particular who maintained, before and after the Second World War, that, for all the reasons mentioned above, a recodification of private law was necessary. The Commercial Code of 1838 too, although parts of it (e.g. the title on insurance law) are still in force had begun to be antiquated already at the end of the last century. In 1896 the law of bankruptcy was taken out of the Commercial Code and put into a special statute, the Bankruptcy Act, which was applicable to merchants and non-merchants alike. Important parts of the Commercial Code were modernized in our century, e.g. the law of transport by sea (1924), the law concerning limited companies (1929) and the law concerning bills of exchange and cheques (1932 and 1933). In 1934 the existing special rules for acts of commerce and for merchants were abolished, and in the opinion of most lawyers there was no longer any reason to have a special Commercial Code. This unity of private law is in accordance with the 17th and 18th century Dutch law, which did not know a separate commercial law. The distinction

between civil and commercial law was introduced in the Netherlands in 1809, under the influence of French law.

After the Second World War Prof. Meijers persisted with his idea that a new Civil Code should be made. By Royal Decree of 1947³ Meijers, professor of civil law at Leyden University from 1910 till 1950, was entrusted with the mandate to make a draft for a new Civil Code divided into 9 books. Since it had to be a "codice unico," as existed in Switzerland and Italy, the rules of commercial law had to be incorporated in the new Code.⁴ Meijers worked seven years on his draft for the new Civil Code. In 1954 the Books 1-4 with Explanatory Commentary were published. Then, unexpectedly Meijers died in June 1954. His work was continued by others. I only will mention here the names of four eminent jurists who drafted parts of the new Code and defended them in Parliament as governmental commissioners: Prof. J. Drion, Meijers' successor as professor of civil law at Leyden University, Dr. G.E. Langemeijer, "Procureur-generaal" at the Supreme Court, Mr. W. Snijders, judge in the Supreme Court (all three the books 3,5 and 6) and professor H. Schadee (book 8). An important part of the work of recodification has also been done by Dr. A.S. Hartkamp, who was a member of the Civil Code Revision Office of the Ministry of Justice for many years (he is now "Advocaat-Generaal" at the Supreme Court and professor of private law at the University of Utrecht). The basis was always a draft made by an individual lawyer or a group of lawyers. Based thereon, bills were presented in Parliament, containing books or parts of books.

According to Meijers the new Civil Code had to consist of 9 Books:⁵

1. Law of Persons and Family Law (including the law of matrimonial property).

³ On the revision of the Civil Code, see A.S. Hartkamp, Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992, in *New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law*, translated by P.P.C. Hoonappel and S. Mackaay, Deventer 1990, pp. XIII-XXVI, and articles by Hartkamp, Hondius and Snijders mentioned in *Introduction*, 1993, p. 440.

⁴ They can now be found in Book 2 (legal persons), Book 7 (special contracts) and Book 8 (law of transport).

⁵ See on the classification of the new Dutch Civil Code, Hondius, in *Introduction* 1993, pp. 33-35, the works mentioned in *Introduction*, 1993, p. 440, and A.S. Hartkamp, Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus Europäischer Sicht, *Rechts Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 57 (1993), pp. 668-670.

² See E.M. Meijers, Het feilloos deel van ons Burgerlijk Wetboek (The faultless part of our Civil Code) in *Weekblad voor Privatrecht, Notarisambt en Registratie*, 1928, nr. 3031, *Verzamelde Privatrechtelijke Opstellen*, I, Leiden 1954, pp. 93-98.

2. Law of Legal Persons.
3. Patrimonial Law in General.
4. Law of Successions.
5. Real Rights.
6. General Part of the Law of Obligations.
7. Special Contracts.
8. Law of Transport.
9. Law of Products of the Mind (Intellectual and Industrial Property).

Books 1-6 and parts of Books 7 and 8 have been enacted.⁶ Book 1 came into force in 1970, Book 2 in 1976; the main part of Book 8 (containing already more than 1830 articles) in 1991 and 1993. The Books 3, 5 and 6 and four titles of Book 7 were implemented in January 1992, three other titles of this Book followed suit on December 31, 1992 and September 1, 1993. Rules on the responsibility of dangerous substances were introduced in February 1995. No work was done concerning Book 9 till the autumn of 1993; recently Professor J.J. Brinkhof was appointed as a governmental commissioner for this Book, and it is possible that some general rules on patrimonial aspects of the institutions of industrial and intellectual property will be drafted. Finally, the possibility of the drafting of a Book 10, containing a codification of rules of private international law is discussed. Though excellent specialists in this field of law are not in favour of such a codification, it seems probable that a draft will be made in the future.

We will now return to the Books 3, 5, 6 and 7; we will go into some more details about them,⁷ since, as we will see, these books are the relevant ones for the subject of this paper.

6 Book 4 on the Law of Successions was enacted already in 1969, but has still not been put into force, because of a dispute between the Ministry of Justice and the public notaries on the intestate position of the surviving spouse.

7 See about the law of these four Books, which were almost entirely put into force in 1992: F. Bydinski, Th. Mayer-Maly, J.W. Pichler (Hrsg.), *Renaissance der Idee der Kodifikation. Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992*, Wien, usw. 1991, pp. 23-157 (articles by D. van Dijk, E.H. Hondius, A.S. Hartkamp and J.B.M. Vranken); chapters 7, 8 and 9 of *Introduction*, 1993, pp. 63-124 and the works mentioned in this book on pp. 440-442, and lastly Hartkamp, *Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus Europäischer Sicht*, in *Rechts Zeitschrift* 37 (1993), pp. 670-684.

Fundamentally new is Book 3, giving rules of Patrimonial Law in General. It is not an "Allgemeiner Teil" in the sense of the German Civil Code, which contains provisions applicable to the whole body of private law, but it contains provisions which are applicable to all subsequent books of the Code. The first title: General Provisions contains definitions and provisions on entries regarding registered property. Decisive for the whole classification of the Code are the definitions of the articles 1 and 2 of Book 3. The Code makes a distinction between "goederen" (property) and "zaken" (things).

According to art. 1 property comprises all things and all patrimonial rights.⁸ Art. 2, defines "things" as "corporeal objects susceptible of human control."⁹ Provisions on "goederen" are incorporated in Book 3, and provisions on "zaken" in Book 5. As in the German BGB, a rather extended title is dedicated to juridical acts. The subjects of the remaining titles of Book 3 are: Procuration (title 3); Acquisition and loss of property (title 4); Possession and detention (title 5); Community (title 6); Usufruct (title 8); Rights of pledge and hypothec (title 9); The right of recourse on property (title 10); and Rights of action (title 11). It has to be noted that the rights of the titles 8 and 9, which were traditionally known as "real rights," are treated separately from the real rights of Book 5. The "absolute rights" of the titles mentioned above, called "restricted rights" in the Code, are regulated in Book 3 since they can be vested in things as well as in patrimonial rights.

Book 5, entitled "Real rights," contains provisions on ownership and the other real rights, viz. servitudes, emphyteusis, the right of superficies and apartment rights. These rights can only have things for their objects.

An enormous amount of profound legal thinking has been invested in Book 6: "General Part of the Law of Obligations." It is divided into five titles: Obligations in general (title 1), Transfer of claims and debts and renunciation of claims (title 2), Unlawful act (title 3), Obligations arising from sources other than unlawful act or contract (title 4), and Contracts in

8 For all provisions which entered into force on the first of January 1992 we use the English translation made by Hazenappel and Mackaay mentioned above in note 1.

9 Our Civil Code was influenced here by the German Civil Code; see § 90 BGB: "Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur Körperliche Gegenstände." To indicate property the German legal terminology uses the word "Güter" or "Gegenstände."

general (title 5). There has been much discussion about the first article of Book 6: "Obligations can only arise if such results from the 'wet,'" Haanappel and Mackaay translate "if such results from the law." The Dutch word "wet" however has the meaning of 'statutory law.' The intention of the legislator was to establish that obligations can only exist in accordance with statute law. This seems too restricted to me. Obligations can certainly arise from international treaties and it seems tenable that they also arise from unwritten law and custom. It is impossible to give here even an impression of the extreme variety of subjects of the five titles of Book 6. Subjects regulated are among others: plurality of debtors or creditors, alternative and conditional obligations, performance of obligations, rights to suspend performance, the effects of non-performance of an obligation, creditor's default, legal obligations to repair damage, obligations to pay a sum of money and compensation.

On the first of January 1992 four titles of Book 7: "Special Contracts" were put into force. These are the titles on sale and exchange, mandate, deposit and suretyship. In Book 7A were incorporated those titles from the old Dutch Civil Code for which no new regulation had been as yet enacted, e.g. hire-purchase, lease, labour contract, undertaking for work, and loan for consumption.

Since January 1, 1992 some new titles have been incorporated into Book 7 and have been put into effect. Since the December 31, 1992 we have a new regulation of the travel contract (title 7A). On the September 1, 1993 the title on "lastgeving" has been replaced by the title on "opdracht," the contract by which one party obliges himself to the other party to perform activities for him not within the framework of labour contract ("dienstbetrekking"); if these activities are legal acts the contract is called "lastgeving" (mandate). Thereafter, on the same date a new title on the contract of settlement ("vaststellingsovereenkomst") was put into force. Finally new rules on the responsibilities for dangerous substances became operative on February 1, 1995.

If we examine the contents of the Books 3, 5, and 6 and of those titles of Book 7 that already have become law, the words of Justinian, come to mind

as they were phrased in the constitution *Tanta*,¹⁰ by which he introduced the Digest in 533: *multa et maxima transformata sunt*. Meijers had the intention to re-codify the law that had developed mainly outside the Code. Since Meijers' death more than forty years have passed, during which excellent lawyers worked continuously on the improvement and modernization of the Dutch civil law. In 1992 and 1993 many important changes of the law were introduced, of which I will only mention the important increase of cases in which someone is held liable for an unlawful act whether it was his fault or not, and the introduction of a new regulation of the law concerning general conditions in contracts, regulations by which persons are protected when stipulations in general conditions are deemed to be unreasonably onerous.

II. PRINCIPLES, RULES AND INSTITUTIONS OF ROMAN LAW WHICH CAN BE FOUND IN THE BOOKS ON PATRIMONIAL LAW IN GENERAL, ON REAL RIGHTS, ON OBLIGATIONS AND ON SPECIAL CONTRACTS, WHICH WERE INTRODUCED IN 1992

We will now examine principles, institutions and rules of Roman law which are absorbed by the new Dutch Civil Code. Before going into this subject, I will put forward some limitations and will make an observation which tends to put the importance of Roman law in this context into perspective.

First of all we will confine ourselves to those Roman principles to be found in the Books 3, 5, 6 and 7 that were recently introduced. I will speak neither about the Books 1 and 2 which are already in force since 1970 and 1976, nor about Book 8. Parts of the new Civil Code which are not enacted or are not yet implemented equally will not be taken into consideration. Furthermore I will only mention new influences of Roman law, which cannot be found at all or at least not expressed in a clear way in the old Dutch Civil Code of 1838. There are of course numerous points on which the old

¹⁰ In § 10 of the constitutio "*Tanta*" Justinian writes: "*multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*" ("many and most important are the things, which have been altered in consequence of the general utility").

and the new Dutch Civil Code are influenced by principles of Roman law; these will not be discussed.

It is certainly striking that in a rather large number of cases legal solutions have been adopted into the new Dutch Civil Code which are more or less identical with those accepted by Roman law. Sometimes rules of Roman law are explicitly invoked in the "Explanatory Commentary." In many other cases no such remarks can be found. If a strong parallelism between the rules of the new Civil Code and those of Roman law can be established, we can suppose that the drafting jurists, consciously or unconsciously, have been influenced by Roman law, because all lawyers who cooperated in the preparatory work concerning the new Civil Code studied law back when Roman law still had an important place in the curriculum. With a last remark however I want to put the importance of Roman law in this context into perspective. In private law the number of possible solutions to legal problems is not unlimited. In many cases the solutions incorporated in the new Dutch Civil Code would probably have been the same even had they not been accepted in the legal system of the Romans.

Now I will begin the examination of the cases in which I have found a clear parallel between provisions of the new Dutch Civil Code and rules of Roman law.¹¹ I cannot guarantee that my list is exhaustive¹² but I think that the most important cases¹³ are mentioned here.

The old Dutch Civil Code contained in art. 1297, paragraph 1 the provision that the fulfilment of a suspensive condition had retroactive effect in the field of obligations. In Roman law a general principle to this effect did not exist. In many texts no retroactive effect was given to the fulfilment of a *condicio*. The new Civil Code provides for juridical acts in art. 3:38, par. 2:

11 See for Roman private law, M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* II², München 1971 and II³, München 1976 and for the Roman law of Obligations, R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer 1993.

12 My friend and colleague Arthur Hankamp sent me a list of cases "in which the new Civil Code causes a change of the law that dates more or less back to Roman law" in a letter of December 16th 1990. When preparing this paper I found several other cases. I express my profound gratitude to Arthur Hankamp, with whom I could also discuss some of the cases mentioned by him.

13 There is also much influence of Roman law in title 4 of Book 5: "Rights and obligations of owners of neighbouring properties."

"The fulfilment of a condition does not produce retroactive effect."¹⁴

With this provision Dutch civil law has come nearer to Roman law.

Roman law has known several cases of what in modern legal systems is called "conversion." I mention as examples the case in which an invalid formal renunciation of a right to claim a debt by a creditor (*acceptilatio*) was considered as an informal renunciation (*pactum de non petendo*) and the case, where an invalid legacy with real effect (*legatum per vindicationem*) was considered as a legacy with only personal effect (*legatum per damnationem*). The new Civil Code does acknowledge conversion in a general way in art. 3:42, that runs as follows:

"Where the necessary implication of a null juridical act corresponds to such a degree to that of another juridical act, which is to be considered as valid, so as to imply that the latter juridical act would have been performed had the former been abandoned because of its invalidity, then the former shall be given the effect of the latter juridical act, unless this would be unreasonable to an interested person not party to the act."¹⁵

In Justinian law¹⁶ creditors were protected against legal acts, made by their debtors though they were not obliged to do so and by which they diminished their patrimony, with the so called *actio revocatoria* or *Pauliana*. As early as in the Middle Ages an enlarged application of the *actio Pauliana* has been defended by Baldus and later Romanists¹⁷ in cases in which there was no question of an adverse effect of the creditor's recourses on the debtors patrimony, but a violation of a duty in relation to a special thing by a solvent debtor. For the Dutch civil law, as based on the Civil Code of 1838, also such an "enlarged *actio Pauliana*" has been

14 For all the articles belonging to the part of the Civil Code introduced on the first of January 1992, I make use of the translation of Haanappel and Mackay mentioned before in note 1.

15 This could be e.g. the person towards whom a unilateral act is addressed.

16 In classical law, in case of *fraus creditorum* the creditors had at their disposal a *restitutio in integrum* and an *interdictum fraudatorium*; the relation between these two legal remedies is not clear.

17 See my dissertation, *De geschiedenis der "Actio Pauliana"*, Zwolle 1962, pp. 182-186.

defended by authors like Eggens and Schoordijk. According to these authors the buyer of a thing could invoke the invalidity of the second sale and the delivery of the same thing made by a seller to a purchaser who knew that the thing had already been sold to someone else. The legislator of 1992 has not followed these authors, but has returned to Roman law, prescribing in art. 3:45, par. 1:

"If a debtor, in the performance of a juridical act to which he is not obligated, knew or ought to have known, that this act would adversely affect the recourses of one or several of his creditors against his patrimony, the act may be annulled..."

In the Roman law texts we find several cases of what we call, in modern legal systems, "convalescence." I will give a few examples. If a buyer of a *res mancipi* has received the possession of a thing by *traditio*, and the seller who was a *non dominus* later on acquired the ownership of the thing because he has been instituted as the owner's heir, the buyer was protected as bonitarian owner by praetorian remedies.¹⁸ If a debtor had constituted a right of *pignus* on a thing not belonging to him and later on he became owner, then the pledge creditor was protected by an *actio Serviana utilis*.¹⁹ Finally, according to an *oratio* of the Emperor Septimius Severus held in 206 AD, a gift between spouses becomes valid if the donor dies without having invoked the invalidity of the gift.²⁰ In these cases the *postfactum* of the acquisition of ownership by the seller and the debtor and of the death of the donor had the result of giving legal effect to a former invalid legal act.

The new Dutch Civil Code contains a general provision for "convalescence" in art. 3:58 par. 1, which runs as follows:

"Where a legal condition for the validity of a juridical act is fulfilled only after its execution, but all directly interested parties who could

have invoked this defect have regarded the act as valid during the period between the act and the fulfilment of the legal condition, the juridical act will thereby have been regularized."

In classical Roman law the delivery of a thing by the transmission of possession (*traditio*) was a "causal"-juridical act: ownership only passed on to the acquirer when the *traditio* was based on a valid title (sale, gift, dowry, etc.). The Justinian legislation is not clear as to the necessity of a *iusta causa*. For the Dutch civil law based on the Civil Code of 1838 the Supreme Court had decided, in May 1950,²¹ that for the transmission of ownership a valid title was necessary. The new Dutch Civil Code has explicitly chosen the rule in force for the *traditio* of classical Roman law in the title on acquisition and loss of "goederen" (corporeal and incorporeal things"). Art. 3:84 par. 1 prescribes:

"Transfer of property requires delivery pursuant to a valid title by the person who has the right to dispose of the property."

In classical Roman law *fiducia cum creditore* and *fiducia cum amico* were frequently used. Both have been abolished by Justinian. These two legal institutions were recognized as valid by the Dutch Supreme Court in this century when the old Civil Code was operative. The new Civil Code banned both forms of fiduciary ownership in art. 3:84, par. 3:

"A juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property in the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute valid title for transfer of that property."

In Justinian's legislation a prescription of three years for movables and of ten or twenty²² years for immovables existed. In the old Dutch Civil Code

21 See Hoge Raad, 5th May 1950, *Nederlandse Jurisprudentie* 1951, nr. 1.

22 For *longi temporis praescriptio* the lapse of a period of ten years was required *inter praesentes* (when the owner and the possessor lived in the same province) and the lapse of a

18 See Pomp. D.21.3.2 and Ulp. D.6.1.72 and D.44.4.4.33.

19 Cf. Afric. D.20.4.9.3 and Paul D.13.7.41. Modestinus proposes even (in D.20.1.22) that an *actio Serviana utilis* ought to be given to the pledge creditor, if the debtor has died and the owner of the pledged thing has become the debtor's heir.

20 Cf. Ulp. D. 24.1.32, pr.-2.

prescription of movable things was unknown. The new Civil Code contains a provision which resembles the Justinian law very much.²³ Art. 3:99 prescribes:

"Rights in movable things which are not registered property [...] are acquired by a possessor in good faith by an uninterrupted possession for three years; other property is acquired by uninterrupted possession for ten years."

Since the end of the Republic Roman law has known the possibility of pledge on any thing without possession of the thing by the creditor. During at least three centuries this right of pledge existed at the side of *fiducia cum creditore*. According to art. 1196 of the old Dutch Civil Code a right of pledge could only be constituted by the transmission of the pledged movable thing into the detention of the creditor or of a third person. In practice there existed a need for real security on movable things remaining in the detention of the debtor. The Supreme Court accepted, in 1929, the possibility of a transmission *fiduciae causa* of a movable thing to the creditor by means of *constitutio possessorium*. As we saw above, in art. 84, al. 3 the new Civil Code does not consider the juridical act which is intended to transfer property for purposes of security as a valid title for the transfer of property any more. It is comprehensible in the light of this prohibition that the new Civil Code recognizes the possibility of a pledge on movable things without transfer of detention to the creditor. Side by side with the right of pledge on a movable thing, that is established by bringing the thing under the control of the pledgee, the new Civil Code recognizes the validity of a right of pledge on a movable thing which remains in the detention of the debtor. Art. 3:237, par. 1 runs as follows:

"The right of pledge on a movable thing [...] can also be established by

period of twenty years *inter absentes* (when owner and possessor lived in different provinces).

23 A difference between the new Dutch law and Justinian law is that a *causa* of the prescription is no longer required.

an authentic deed or a registered deed under private writing, without the thing [...] being brought under the control of the pledgee or of a third person."

The old Dutch Civil code contained no explicit provision about the transfer of possession by means of *constitutio possessorium* and mentioned the possibility of *traditio brevi manu* in art. 667, dedicated to the transfer of ownership of movables. In the new Dutch Civil Code art. 3:115,²⁴ incorporated in the Title on Possession and Detention, recognizes *constitutio possessorium* and *traditio brevi manu* as modes of the transfer of possession, as they were in Roman law.

Professor Meijers explicitly refers to the Roman *Actio Publiciana* in his Explanatory Commentary²⁵ on the last article of the Title on Possession and Detention, art. 3:125. Meijers stresses that there is a need for the protection of the possession by someone towards other persons, "who have, in any case, less to do with the property than he, viz. persons who can neither invoke any right or any possession, or only possession which has been acquired at the cost of the earlier possessor." For the protection of this possessor the new Dutch Civil Code contains the following provision in art. 3:125:

"1. He who has acquired possession of property, can, on the basis of

24 Art. 3:115: "A bilateral declaration without material acts is sufficient for the transfer of possession: a. where the alienator possesses the thing and henceforth detains it for the acquirer by virtue of a stipulation made at the time of the delivery; b. where the acquirer was detainer of the thing for the alienator." The article adds a third case of transfer of possession without material acts, viz. c. "where a third party detains the thing for the alienator and detains it for the recipient after the transfer." This case is called by modern lawyers *traditio longa manu*. In D.46.3.79 Javolenus examines the case in which a thing was put before the eyes of another person and it was stated that it was acquired by him and that *res quodammodo manu longa traditio existimanda est* (that the thing has to be considered as a thing which is transferred by *longa manu traditio*). In textbooks of Roman law this and comparable cases of transfer of possession, in which there is hardly any corporeal element in the acquisition by the acquirer, are considered as examples of *traditio longa manu* and not the case mentioned in art. 3:115 under c.

25 See *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek III, Algemeen Gedeelte van het Vermogensrecht, ed. by C.J. van Zeben and J.W. de Poo with the collaboration of M.M. Olthoff, Deventer 1981, p. 456.

a subsequent loss or disturbance in the possession, institute the same action against third persons to recover the property and remove the disturbance as the titleholder of the property. Nevertheless, these actions must be instituted within the year following the loss or disturbance.

2. The action is rejected if the defendant has a better right than the plaintiff to the detention of the property or if he has performed the disturbing act pursuant to a better right, unless the defendant has taken possession from the plaintiff or has disturbed his possession in a violent or surreptitious way."

Clear differences with the *Actio Publiciana* are that good faith of the plaintiff is no requirement for the success of the action and that the action has to be brought within a period of one year after the loss of the possession or its disturbance. There is also some resemblance with the *interdictum uti possidetis* which had a restitutory function as well as a prohibitory one. In the case of the interdict the defendant had the *exceptio vitiosae possessionis* if the plaintiff had taken possession from him with force or in a surreptitious manner. According to par. 2 of art. 3:125 the plaintiff has a kind of *replicatio vitiosae possessionis*: the action is rejected if the defendant had a better right to the detention of the property, unless he had taken possession from the plaintiff in a violent or surreptitious way.

According to the old and new Dutch Civil Codes a debt can be pledged. In classical and Justinian Roman law a debt could be the object of a right of pledge (*pignus nominis*). The new Civil Code contains an explicit provision on the capacities of the pledge creditor, on which the old Civil Code was not clear. In accordance with Roman law²⁶ the pledgee is — as art. 3:246, par. 1 provides — "entitled to demand the performance of the pledged debt judicially and extrajudicially and to receive payment."

In Roman law ownership was the most comprehensive private right that a person could have on a corporeal thing. For the Dutch civil law under the Civil Code of 1838 some authors — of whom J. Eggers was the most

authoritative — defended that one could also be owner of an incorporeal thing. The new Dutch Civil Code stipulates explicitly in art. 5:1, par. 1 that the object of ownership can only be a corporeal thing. The mentioned paragraph runs as follows:

"Ownership is the most comprehensive right which a person can have in a thing."

As in Book 3, there are numerous principles and provisions of Roman origin in Book 6 of the new Dutch Civil Code.

In Roman law the majority of contracts led to *actiones bonae fidei*; in lawsuits in which these actions were brought the judge had to condemn the defendant to *quidquid dare facere oportet ex fide bona* (all he had to give and to perform in accordance with the requirements of reasonableness and equity). The formation and execution of these contracts was dominated by "good faith." This "good faith" could have a supplementary or limitative, derogating,²⁷ effect. There were several other legal relations, on which *actiones bonae fidei* could be based e.g. the managing of someone else's affairs and the relations between co-heirs and co-owners who wanted the judge to make a partition. The old Dutch Civil Code contained only a provision (in art. 1374, par. 3) according to which contracts had to be performed in good faith. There was, before 1992, a discussion as to the question whether a limitative or derogating effect of good faith could be accepted alongside the supplementary effect. The Supreme Court had the field of "good faith" broadened to some other juridical relations, amongst others those between co-heirs and those between parties still in their pre-contractual period. With its provisions on reasonableness and equity the new Dutch Civil Code lies, concerning field of application as well as to their effects, very near to Roman law. The important role which the Code has given to "redelijkheid en billijkheid" (reasonableness and equity) is one of the most characteristic features of this new Code. A general provision,

²⁶ In Roman law the pledge creditor could bring an *actio in personam* against the debtor of the pledged claim; this action followed the example of the real *actio Serviana*.

²⁷ In relations of *strictum ius* (strict law) the *exceptio doli* had a comparable function. The defendant could oppose the *exceptio doli* with success when bringing an action was unjust in the given situation.

applicable to all obligations, is incorporated in Section 1 (General provisions) of Title 1 (Obligations in General) of Book 6. Art. 6:1.1.2 par. 1 runs as follows:

"A creditor and debtor must, as between themselves, act in accordance with the requirements of reasonableness and equity."

The derogating effect of reasonableness and equity is explicitly acknowledged in art. 6:1.1.2 par. 2:

"A rule binding upon them by virtue of law, usage or a juridical act does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to the standards of reasonableness and equity."

The Code contains special provisions concerning reasonableness and equity for contracts. Art. 6:248, par. 1 is concerned with the supplementary,²⁸ and art. 6:248, par. 2 is concerned with the derogatory effect.²⁹ As a consequence of art. 6:216³⁰ these provisions also apply to other multilateral patrimonial juridical acts, e.g. to the partition of a community. Though they are not identical, there is in this important field of patrimonial law much similarity between Roman law and Dutch law as being in force since 1992.

Several provisions, such as those concerning creditor's default (art. 6:58), "imprévision" (art. 6:258) and the right to suspend performance in case of non-performance by the other party of a synallagmatic contract (art. 6:262) are applications of the principles of reasonableness and good faith. *Mora creditoris*, already existing in Roman law, will not be examined here, since the old Civil Code already contained a provision on

28 Art. 6:248, par. 1: "A contract has not only the juridical effects agreed to by the parties, but also those which, according to the nature of the contract, result from the law, usage or the requirements of reasonableness and equity."

29 Art. 6:248, par. 2: "A rule binding upon the parties as a result of the contract does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to criteria of reasonableness and equity."

30 This article stipulates, that the provisions of the sections 1-4 of title 5 (contracts in general) apply in principle *mutatis mutandis* to other multilateral patrimonial juridical acts.

114
this institution (art. 1440). The *exceptio non adimpleti contractus* of art. 6:262, which has a starting point in Roman law, will be discussed *infra*.

The articles 81-87 give a much better and more extensive regulation of debtor's default (*mora debitoris*) than the old Civil Code and contains numerous reminiscences of Roman law. Art. 6:81 lays down that the debtor is in default during the period that the prestation is not rendered, once it has become exigible and the requirements of articles 82 and 83 have been met. In art. 6:82, par. 1,³¹ the reader will immediately recognize the Roman *interpellatio*. According to art. 6:83a there is, in principle, no necessity to put the debtor into default when the parties agreed on a term for payment.³² This provision is nothing but the principle *dies interpellat pro homine* (the term puts into default instead of the person of the creditor) of the Romanistic tradition.³³ During the default the debtor is strictly liable: even if performance is made impossible for him by an act of God (*vis maior*), this impossibility is imputed to the debtor — if there is no *mora creditoris* — and he must repair the damage.³⁴

Roman law had the same regulation, expressed for the contracts dominated by *strictum ius* by the maxim: *mora debitoris perpetuat obligationem*.³⁵ An exception of this unlimited responsibility of the debtor is made for the case where the creditor would have suffered the damage even if the debtor had performed promptly. The exception is inserted in most

31 Art. 6:82, par. 1: "Default commences when the debtor is put into default by a written warning granting him a reasonable period for the performance and when there is no performance within this period." In Roman law the *interpellatio* was not necessarily a written warning, it could also be an oral warning.

32 Art. 6:83: "Default commences without the formality of putting into default: a. where a term which has been set for payment lapses without the obligation having been performed, unless it appears that the term has another purpose."

33 Cf. D. Liebs, *Latetische Rechtsregeln und Rechtsgrundsätze*,² 1991, D. 39. Though the maxim is of later origin, it voices a principle of Roman law.

34 Art. 6:84: "Every impossibility to perform which has arisen during the default of the debtor and which cannot be imputed to the creditor, is imputed to the debtor; the latter must repair the damage resulting therefrom, unless the creditor would have suffered the damage even in the case of proper and prompt performance."

35 See on the impossibility of performance during the debtor's default in Roman and modern German law the recent article of R. Knütel, *Zum "Zufall" in § 287 S.2 BGB in Neue Juristische Wochenschrift* 46 (1993), pp. 900-901.

modern codes.³⁶ Though it is often thought to have a Roman origin, the texts of the legislation of Justinian³⁷ do not add it to the expression of the principle that the *debtor in mora* is responsible even if he can no longer perform as a consequence of *vis maior*. For the obligation to deliver a thing we even find the statement that the creditor could have prevented suffering the damage by alienating it as an argument for the heavy responsibility of the debtor.

Before 1992 it was disputed, whether in Dutch law *purgatio morae* was permitted. The Supreme Court had not given a decision on this point. In Roman law Celsus' opinion was accepted, who stated "*eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo*" (that the debtor who was in default as to the delivering of slave Stichus, who had been promised by *stipulatio*, could "purge" this default by offering him afterwards).³⁸ The New Dutch Civil Code accepts the possibility of *purgatio* (or *emendatio*) *morae* under the condition that the debtor pays costs and damages to the creditor.³⁹

Some of the articles of the new Civil Code in the field of pluriform causation have their starting point in the Roman *Lex Aquilia* on damage to things and the elaboration thereof by the jurists. In Section 10 (Legal obligations to repair damage) of Book 6 we find the following provision on alternative causation in art. 6:99:

"Where the damage may have resulted from two or more events for

36 See e.g. § 287, S.2 BGB: "Er (viz. the debtor) ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein sollte," and art. 1221 of the Italian Codice Civile: "Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore"; see also art. 6:84 of the Dutch Civil Code quoted above in note 34.

37 Only Sabrinus and Cassius decided, according to Gai. D.16.3.14, that the depositor is freed if the deposited thing perished because of a natural phenomenon after the *litis contestatio* but before the sentence of the judge, *cum interitura esset ea res et si restituta esset auctori* (because the thing would have perished even if it had been rendered to the plaintiff).

38 See Cels.-Jul.-Paul D. 45.1.91.3.

39 See art. 6:86: "The creditor may refuse performance offered after the beginning of the default, so long as the offer does not also comprise the payment of damages which have, in the meantime, become due, as well as costs."

each of which a different person is liable, and where it has been determined that the damage has arisen from at least one of these events, the obligation to repair the damage rests upon each of these persons, unless he proves that the damage is not the result of the event for which he himself is liable."

On the basis of art. 6:102 the persons mentioned in art. 6:99 are solidarily responsible. The experienced Romanist will immediately think of the decision of the Republican lawyers and of Julian, followed by later lawyers, according to which several persons who wounded a slave were all liable for killing him if it could not be established by whose act he died.⁴⁰ As a result of the penal character of the *Actio Legis Aquiliae* in classical Roman law, and the mixed character of this action in Justinian's law, these persons were all cumulatively liable.

The first section (General provisions) of Title 3 (Unlawful act) of Book 6 contains in art. 166, par. 1 a special provision on unlawful acts committed by persons belonging to a group. It runs as follows:

"If a member of a group of persons unlawfully causes damage and if the risk of causing this damage should have prevented these persons from their collective conduct, they are solidarily liable if the conduct can be imputed to them."

Someone who has studied the Digest title 9.2 *Ad legem Aquiliam* will be reminded immediately of the case where a group of persons, playing with javelins, caused the death of a slave. Ulpian examined this case in D.9.2.9.4 and held that all players were liable for the killing of the slave. For the reasons mentioned above in the case of alternative causation we see here a cumulative responsibility of the group of *per lulum iaculantes*.

In Roman law there were legal remedies for the recovering of unjustified enrichment in several particular cases; in Justinian's law these conditions had special names, like *condictio indebiti*, *condictio ob rem dati*,

40 See Inst. D.9.2.51.1 and Ulp. D.9.2.11.2.

condictio ob turpem causam, etc. Numerous authors of the *ius commune* and of natural law, like Hugo Grotius and Ulric Huber, have defended a general enrichment action. For the old Civil Code the Amsterdam professor of civil law M.H. Bregstein was the great defender of such an action. In an even more general way than the German BGB did in § 812 Abs. 1, the new Dutch Civil Code introduced a general remedy for the restitution of an unjustified enrichment in art. 6:212, par. 1:

"A person who has been unjustifiably enriched at the expense of another must, to the extent this is reasonable, make reparation for the damage suffered by that other person up to the amount of his enrichment."

We now come to two fundamental articles of the new Dutch Civil Code which are concerned with synallagmatic contracts. They contain provisions on the right to suspend performance in case of non-performance by the other party (art. 6:262) and on the right in that case to set aside the contract (art. 6:265).

In Roman law the *bona fides* of the *actio empti* and of the *actio venditi* had the result that the seller and the buyer were absolved if the buyer, respectively the seller, did not perform or offer to perform in his turn at the same time. Probably a comparable defense based on the *bona fides* was given to the parties of a contract of *locatio conductio*. The medieval canonists and commentators gave this defense, called *exceptio non adimpleti contractus*, to the party of any synallagmatic contract whose performance was claimed by the other party when the latter party had not yet performed his obligation. The old Dutch Civil Code did not contain a provision on this subject. The Supreme Court recognized the *exceptio non adimpleti contractus* for contracts of sale and for labour contracts. The new Dutch Civil Code followed § 320 of the German BGB and in art. 6:262, par. 1 provided:

"Where one of the parties does not perform his obligation, the other party is entitled to suspend performance of his correlating obligations."

According to art. 1302 of the old Dutch Civil Code, which was an adaptation of art. 1184 Code Civil,⁴¹ the non-performance by one of the parties of a synallagmatic contract was constructed as a resolutive condition with retroactive and real effect; the rescission of the contract had to be asked in court. Roman law never knew a solution like this one. In some cases of *locatio conductio* of a thing one party could bring the contract to an end in case of non-performance by the other party, e.g. if the tenant did not pay the rent or the lessor did not give the use of the house or the land. The new Civil Code abolished the construction of non-performance as a resolutive condition and gave the other party the right to set aside the contract.⁴² The main disposition in this field can be found in art. 6:265, par. 1:

"Every failure of one party in the performance of one of his obligations gives the other party the right to set aside the contract in whole or in part, unless the failure, given its special nature or minor importance, does not justify the setting aside of the contract and the consequences flowing therefrom."

In the regulation of the contract of sale in Book 7 of the new Code several reminiscences of Roman law can be found. The responsibility of the seller for eviction of the buyer has been abolished, and has been replaced by the obligation of the seller to transfer ownership of the thing sold, free of all special charges and encumbrances.⁴³ We find, however, as in Roman law, that on the seller an obligation lies to defend the buyer in a lawsuit in which a real action is brought against him. The Roman buyer of a *res mancipi* to whom the thing had been transferred by a *manipatio* could sue the seller for this help with the *actio de auctoritate*. The Roman buyer to whom the thing sold had been transferred by *traditio* could bring the *actio empti* against the seller to reach the same result. Art. 7:16 contains a similar provision:

41 The origin of this article can be found in medieval canon law and old French law.

42 The new Dutch regulation has been influenced by the provisions about "Rücktritt" in §§ 325-327 BGB.

43 See art. 7:9 and art. 7:15.

"Where an action is brought against the buyer for eviction or for the recognition of a right which should not have encumbered the thing, the seller must be joined in the action in order to defend the interests of the buyer."

Continuing my investigation in the field of sale I find a striking parallel between the so-called *exceptio evictionis imminens* (based on *bona fides*) and art. 7:27 of the Dutch Civil Code. In D.18.6.19 (18).1 it is decided that a buyer who did not yet pay the purchase price cannot be condemned to pay it at all, if someone who asserts to be the owner has brought the *rei vindicatio* against him, unless he offers solvent personal sureties.⁴⁴ The Dutch legislation of 1992 chose the same solution in art. 7:27. This provision runs as follows:

"Where the buyer is disturbed, or has good reason to fear that he will be disturbed by an action for eviction or for recognition of a right which should not have encumbered the thing, he may suspend the payment of the purchase price, unless the seller furnishes sufficient security to cover the loss which the buyer risks suffering."

The title on sale contains a special provision on sale for the purpose of execution. This sale can be compared with the sale effected in Roman law by a pledge creditor whose debtor did not pay his debt. If the creditor sold the pledged thing *iure creditoris*, he was not liable in case of eviction of the thing from the buyer; cf. Julian-Ulpian D.19.1.11.16. The new Dutch Civil Code contains a comparable provision in art. 7:19, par. 1:

"In the case of a sale for the purpose of execution, the buyer may not

44 The compilers have taken this text from the third book of Papinian's *Responsa*. This fragment of Papinian is also transmitted to us by an anthology of texts of classical jurists made in the fourth century called *fragmenta Vaticana*. If we compare *Fragn. Vat.* 12 with D.18.6.19 (18).1 we can establish that the compilers modified Papinian's text. According to this jurist the buyer can even suspend the payment of the price, if the seller offers sureties. The balancing of the interests of the seller and the buyer led Papinian and the compilers to a different result.

invoke the fact that the thing is subject to a charge or encumbrance which should not have encumbered it [...].

At the end of this article the legislator added the words "unless the seller knew of it," and invokes in the Explanatory Commentary⁴⁵ explicitly the last words of the mentioned Digest text D.19.1.11.16: *sed et si ... sciens ... sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus* (but also if he sold the thing knowing that it had not been pledged to him or that it did not belong to the person who had pledged it to him, he will be liable on the basis of the contract of sale, because we have proved that the seller is responsible for *dolus*). The Explanatory Commentary argues that a selling creditor who knows that the thing sold by him did not belong to his debtor ought to be held liable and stresses that Ulpian D.19.1.11.16 was already of the same opinion.

Lastly, on the first of September 1993 the Dutch Civil Code came nearer to Roman law in the field of mandate. The title 7 on mandate *stricto sensu* ("lastgeving") which was in force since the first of January 1992 was abolished and a new title on mandate in a large sense ("opdracht") entered into force. Art. 7:400, par. 1 gives the following definition of the contract of "opdracht":

"The contract of "opdracht" is the contract by which one party, the "opdrachtnemer," obliges himself towards the other party, the "opdrachtgever," to perform activities not within the framework of labour contract, which consist in something else than the making of a work of material character, the keeping of things, the edition of works or the transporting or the having transported of persons or things."⁴⁶

This contract of "opdracht" (mandate in a larger sense) is distinguished from

45 See Explanatory Commentary of the Government to art. 7:19 in *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, invoering Boeken 3,5,6 7, Boek 7, Bijzondere Overeenkomsten Titels 1,7,9 en 14, (Final redaction C.J. van Zeeben), by W.H.M. Reekers and E.R. Slob, Deventer 1991, pp. 131-132.

46 My translation.

the contract of "lastgeving" (mandate *stricto sensu*), which contract is defined in art. 7:414 par. 1 as "the contract by which one party, the mandatory, obliges himself to the other party, the mandator, to perform one or more legal acts at the account of the mandator."⁴⁷

Dutch law comes very near to Roman law here. In Roman law *mandatum* had a large field of application. The contract by which someone obliged himself to do something for someone else could concern just as well legal acts as non-legal acts. The French Civil Code of 1804 and the Dutch Civil Code of 1838 only permitted to form a contract of mandate by which someone obliged himself to perform legal acts for someone else. As to non-legal acts the remembrance of the services of the serf of the "ancien régime" led to the prohibition of a mandate to perform non-legal acts. Now the contents of the contract of "opdracht" are just as broad as those of the Roman contract of *mandatum*.⁴⁸ As in Roman law, the contract has also much practical importance. It covers e.g. contracts with barbers, brokers, advocates and musicians.

We can conclude as follows from this second part of our paper: the legislator of Books 3,5,6 and 7 of the new Dutch Civil Code took inspiration largely from Roman law and the European *ius commune*, based on Roman law, which dated back to the time before the modern national codifications. The drafters of these books of the new Dutch Civil Code have drawn, partly consciously, partly unconsciously, on numerous points, principles, institutions and rules with their origin in Roman law, which had not been accepted (in such a clear way) in the Dutch Civil Code of 1838. That this can be so in the case of a Code which was made nearly fifteen centuries after Justinian's legislation is striking proof of the incomparable richness of legal ideas and solutions of the *Corpus Iuris Civilis*.

47 My translation.

48 A difference with Roman law is that the contract by which someone promised to perform legal or non-legal acts for another person has the same name, *mandatum*, which corresponds with "opdracht." Roman law did not have a special term for the contract concerning the performance of legal acts, as the Dutch "lastgeving."

III. SOME OBSERVATIONS ON THE VALUE OF A GOOD KNOWLEDGE OF ROMAN PRIVATE LAW FOR LAWYERS OF THE 21ST CENTURY

The conclusions to which we have come concerning the importance of Roman law for a good understanding of the newest codification of private law in Europe could already be seen as an element in favour of the thesis that a good knowledge of Roman private law is very useful for European jurists of the coming century. At the end of this paper I would like to add some arguments in favour of that thesis.

Nearly all the older European codifications of civil law — I give as examples the French Code civil of 1804, the Austrian ABGB of 1811, the Spanish Civil Code of 1889, the German BGB of 1900 and the Italian Codice Civile of 1992 — are, to a greater or lesser extent, influenced by Roman legal concepts, rules and principles. As knowledge of Latin is useful to one who wants to learn French, Italian, Spanish or Portuguese, so a good knowledge of Roman law is of great value for the lawyer who wants to orientate himself on one of the systems of private law of which I mentioned the Civil Codes.⁴⁹

At the beginning of the next millennium there will be an urgent need for comparative study of the European systems of private law. For the comparatist who wants to study the numerous points the private law systems of Continental European have in common and the many differences between them, the best way of research seems to me to compare the provisions of the different codifications as well as their later elaborations with the *ius commune* of the great authors on Roman law of the eighteenth and nineteenth century, and with the works of the Pandectists.⁵⁰ If one wants to understand why provisions in modern codes or interpretations of similar provisions are alike or different, historical research is necessary. This is what comparatists expect legal historians to do.⁵¹

49 See on the value of the study of Roman law for comparatists, A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Athens (Georgia) 1991.

50 Knowledge of Roman law is also helpful for the understanding of many systems of private law in countries outside Europe. I mention here Japan, Louisiana, Quebec, South Africa, Sri Lanka and the countries of South and Central America.

51 See H. Kötz, "Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?" in

In the Digest, many maxims, in which legal wisdom and experience has a broader field of application than that of only private law, e.g. about the interpretation of legal sources can be found, especially in the titles 1.3, 50.16 and 50.17. They can still direct and inspire modern lawyers.⁵² As examples I mention only: Celsus' advice to lawyers in D.1.13.17: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* ("Knowing laws is not a matter of sticking to their words but a matter of grasping their force and tendency") and Ulpian's words in D.50.17.134.1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* ("No one is allowed to improve his own condition by his own wrongdoing").⁵³

The systematization of modern Codes is strongly influenced by historical precedents. Some knowledge of the order of Gaius' and Justinian's Institutes and of the works of legal writers such as Donellus, Grotius and Heyse makes the classification of most modern codes easier to understand.

For the reason last mentioned it also seems right if European law schools would all give an introductory course in Roman law on the basis of Justinian's Institutes. The mobility of European law students has to be stimulated. Such an introductory course in Roman law could excellently be followed in another country, and the originating faculty could easily acknowledge the examination passed at the foreign faculty.

In many European countries both older and more recent Codes leave an enormous amount of free discretionary power to the judges in their general clauses. For the new Dutch Civil Code we stressed, in part II, this phenomenon by underlining the great importance of reasonableness and equity. The Supreme Courts especially do elaborate and develop important

52 See on some maxims that have their origin in medieval Roman and canon law and were applied by the "Beschwerdekammer" of the European "Patentamt," R. Knütel, "Rechtseinheit in Europa und römisches Recht," in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1994, pp. 251-255. The importance for modern lawyers of the Roman values of *libertas* and *bona fides* was stressed by G. Beoggin, "Le droit romain et son influence actuelle" in *Vers un droit privé européen commun? Séminaire sur le Godelien Privatrecht*, Hrg. von B. Schmidlin, Basel 1994, pp. 46-123.

53 Numerous maxims both of a general and of a more restricted relevance have been collected and explained by D. Liebs, *Latijnische Rechtszinnen und Rechtsproverbien*,⁵ München 1991.

parts of private law by the so-called method of comparison of cases.⁵⁴ In this method the classical Roman lawyers are masters unequalled. The study of their works is therefore formative for modern private lawyers.

For me the most important contribution of Roman law to the education of today's lawyers is the formation that results from the study of the methods used by the classical Roman lawyers to form the law. It is most instructive to study how jurists as Labeo, Celsus, Julian and Papinian, as well as Paul and Ulpian, interpreted teleologically *leges*, *senatusconsults*, the praetorian edict and imperial constitutions, and how they found the law in refined casuistical decisions, if no rules given by state authorities existed. Often they found a just solution for a new and difficult case by comparing it with a case for which an opinion formed by jurists already existed, sometimes underlining the elements because of which the new case had to be seen in the same way as the previously decided case, sometimes stressing the differences of the new case compared to previously decided cases which caused a new decision to be given. Often they made, both explicitly and implicitly, an excellent evaluation of the interests of the persons involved in a legal situation. Finally, it is fascinating to see how they applied — explicitly and implicitly — social values like *aequitas*, *humanitas*, *benignitas* and *utilitas*. If there had not been any reception of Roman law, this excellent way of lawfinding would have led modern jurists to study the *Corpus Iuris Civilis*. The equity and practicability of the legal solutions applied by the classical Roman jurists are of course the main reason for the reception of the Justinian legislation.

Lastly, my colleagues Reinhard Zimmermann and Rolf Knütel underlined, in several publications,⁵⁵ the role Roman law will be able to play for the unification of European legal science and European private law. Zimmermann writes that the period of one or two centuries during which

54 See for Dutch private law, H.C.F. Schoordijk, "Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding (1972)" in *Verspreid Werk*, Deventer 1991, pp. 177-196.

55 Of these two authors I only mention here R. Zimmermann, "Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage Europäischen Rechts," in *Juristenzeitung* 47(1992), pp. 8-20 and "Civil Code or Civil Law — Towards a European Private Law," in this volume, and R. Knütel, "Rechtseinheit in Europa und römisches Recht," in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1994, pp. 244-276.

national codes exist in Continental European countries is relatively short and that the common basis of all European systems of private law are the Roman-canon *ius commune* and the works of the Pandectists, to which we have to fall back on for the formation of a future European private law and legal science.⁵⁶ For Knütel, who agrees with Zimmermann in this point of view, the antique Roman law is a big reservoir and source of legal experience and just solutions which we will be able to use in the formation of a future unified European law. I do not deny that Roman law, European *ius commune* and German Pandectism can be of importance in this field, but in my opinion their role ought not to be overestimated. In this context I would like to make the three following remarks: A) For those who study the history of private law in Europe *sub specie aeternitatis* the period of one or two centuries of codified legal systems of private law in Europe is certainly short. For modern lawyers however this period of the development of the law in their countries is of crucial importance and nobody can contest that during this period the law changed more than in all the centuries preceding the French revolution. This has the result that side by side with the numerous principles and institutions that the private law systems of continental Europe have in common many cardinal differences do exist. B) The possibility of a 'bridging' role of Roman law is still more problematic, when we take into account that the English Common Law is an important European legal system. Nobody will deny the influence of Roman Civil Law on English jurisprudence and positive law⁵⁷ and Zimmermann rightly

⁵⁶ Zimmermann's approach has been criticized by Pio Caroni, 'Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus', in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), pp. 85-100 and by the authors mentioned by Caroni, i.e. p. 85, note 4. I agree with Caroni on two points. Because the research into the works of the *ius commune* has to serve the aim of creating a new uniform European private law, Zimmermann is inclined to underestimate the differences which exist between authors like Johannes Voet, Brunemannus, Leyser and Pothier. Secondly, Zimmermann's method implies necessarily a large extent of 'abstraction', of isolation from social, economic and ideological phenomena. It will however provide a decrease of the isolation of the work of legal historians from that of modern lawyers.

⁵⁷ See Peter Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, London, etc. 1983. In this volume Peter Stein inscribed 13 papers dedicated to "The influence of the Roman Civil Law in Britain and the USA"; see pp. 151-442. Besides the Roman influence on English jurisprudence there was Roman influence on principles of positive law. So it cannot be accidental that the common law has, for instance, the maxim:

underlined the European character of English law.⁵⁸ It is, however, indisputable that in fields of private law such as the law of contracts, where the results are often rather similar, the reasoning and the concepts are rather different, and that in other fields of private law, such as property law and the law of torts, enormous differences as to rules, institutions and concepts exist. C) A last argument for my supposition that the role which Roman law will be able to play in future unified European law will be rather limited is the following. Many new branches of private law, such as those of industrial and intellectual property and company law, have hardly any link with Roman private law at all. This will certainly hold true for many parts of European private law of the next millennium.

Nevertheless, there are many other good reasons for (future) modern lawyers to study Roman law.⁵⁹

nemo dat quod non habet, which is a striking parallel to the Roman rule *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (cf. Ulpian D.50.17.54).

⁵⁸ R. Zimmermann, 'Der europäische Charakter des Englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law', in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 4-51.

⁵⁹ I want to express my gratitude to my friend and colleague Mex Marijke van Gessel-de Roo, who made valuable remarks as to the contents of this paper and corrected its English style.

55-0-28
 Crescimonte, A.S.

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI
(1955-1968)

E DA

ALBERTO TRABUCCHI
(1968-1998)

DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA
 GIOVANNI GABRIELLI GIORGIO OPPO ANDREA PROTO PISANI
 PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO VINCENZO SCALISI
 PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

REDATTORE CAPO

VITTORIO COLUSSI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
 PADOVA

T R I B U N A

CAPITALE AMAUOTE (*)

1. — « Ah, la belle chose que de savoir quelque chose ». È precisamente ciò che mi sono detto, sulle tracce del borghese gentiluomo di Molière, quando, allo scopo di colmare una delle mie numerose lacune culturali, ho portato a termine la lettura di un piccolo quantitativo di articoli e libri consigliatimi da persone esperte ed aventi ad oggetto il presente e il futuro dell'unificazione europea. Non saranno solo eliminate tutte le barriere tra gli stati attuali, ha assicurato (tra gli altri) un autorevole studioso italiano, ma gli stati stessi diventeranno progressivamente sovrastrutture inutili e quindi finiranno per sparire, a tutto vantaggio di un'Europa sempre meno divisa, sempre meno federalista, sempre più (e soltanto) regionalizzata.

Vorrei esserci anch'io quel giorno, ma temo che ci vorrà un po' più del poco tempo che mi rimane a disposizione. Perciò mi sia concesso di proporre almeno il nome della futura Washington o Brasilia in cui avrà sede il governo centrale dell'Unione.

Amauote, ecco il nome. Magari senza la statua di Pantagruel nella piazza principale (sarebbe un segno troppo marcato di particolarismo a favore del francese Rabelais). Del resto, il nome non è stato inventato dalla mia modesta persona, ma niente meno che da Thomas More, in un opuscolo pubblicato nel 1516 sotto il titolo di *Libellus vere aureus nec minus salutaris quam festivus de optimo rei publicae statu deque nova insula Utopia*.

2. — Forse il mio scetticismo è eccessivo? Si creda pure, sono il primo ad augurarmelo. Tuttavia non so fare a meno di nutrirlo nella mia qualità di giurista, in particolare di storico del diritto, più in particolare di studioso della storia del diritto romano, cioè di un diritto nato fiorito e decaduto nel « *longum aevi spatium* » di almeno tredici secoli (dal sec. VIII a.C. al sec. VI d.C.).

Infatti è ovvio che una salda Unione Europea sarà tale solo se fondata su una salda unità giuridica. Ed è evidente che, oggi come oggi, cioè sul traguardo di partenza (o quasi), gli ordinamenti giuridici degli stati che si avviano ad unificarsi sono sensibilmente diversi tra loro. Diversi sopra tutto se, come società esige, li si consideri al di là delle regole (o delle istituzioni) costituzionali, amministrative e magari anche di repressione dei reati. Se li si consideri cioè a 360 gradi, includendo nel panorama il così detto diritto privato e i modi tipici dell'interpretazione giurisprudenziale (alludo a quella « dottrinale » dei giuristi) e dell'interpretazione giurisdizionale (alludo a quella delle corti di giustizia).

Ove si tenga presente che, al momento, taluni di codesti ordinamenti so-

(*) Questo articolo è destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Gandolfi*.

no tra loro più o meno fratelli o cugini (così quelli che gli anglosassoni chiamano di *Civil Law*), ma che altri (quelli usualmente denominati *breviter* di *Common Law*) sono parecchio dissimili dai primi, il problema che si prospetta è grosso, molto grosso, grossissimo. E non si dica che gli Stati Uniti d'America il problema lo hanno quasi integralmente risolto, conciliando le autonomie locali degli *States* con gli interessi superiori dell'Unione. Sarebbe davvero ardito porre a pari le diversità di regime giuridico intercorrenti tra gli stati nord-americani (tutti, meno in parte la Louisiana, di *Common Law*) e quella che intercorre tra gli stati europei (non tutti di *Civil Law*), tenendo presente il fardello, ingombrante quanto si vuole ma assai difficilmente eliminabile, delle loro storie plurisecolari. Se non erro, mettere stabilmente d'accordo la Francia e la Germania e mettere stabilmente in consonanza il Regno Unito con Francia, Germania e relative nazioni amiche o satelliti non è un risultato che sia stato mai felicemente raggiunto.

Non credo proprio che l'unità monetaria e quella economica, concesso per ipotesi che siano durevolmente attuate, questo risultato potranno assicurarcelo.

3. — Sorvolo, per brevità, sul dato di fatto (praticamente estraneo alla realtà nordamericana) della diversità delle lingue.

Rodolfo Sacco, in un suo suggestivo articolo (*Riflessioni di un giurista sulla lingua*, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 57 ss.), ha proposto di risolverlo adottando come lingua tecnica l'inglese. Ma mi è stato facile replicare che, a parte il fatto della spiegabile ripugnanza degli altri europei a far propria la lingua dei vincitori (non a caso la mia replica, pubblicata in *Labeo*, 43, 1997, p. 70 ss., era intitolata *His master's voice*), la differenza non sta nelle lingue, ma sta nei linguaggi, nei patrimoni culturali delle varie nazioni europee, a cominciare da quella britannica. Patrimoni culturali che non sono, fuorché in minima parte, tra loro assimilabili, né possono ritenersi credibilmente assimilati tra loro solo per effetto di una superficiale verniciatura linguistica.

La verità è, insomma, che i nuclei di tradizioni storiche e quindi giuridiche che contraddistinguono le principali nazioni del mondo civile, differenziandole le une dalle altre, possono e debbono per il bene comune, conoscersi e intendersi ed anche accordarsi, là dove possibile, reciprocamente. Ma nulla di più sul piano del ragionevole. Sicché la scienza che va oggi maggiormente coltivata e potenziata, recuperando la limitata e imperfetta considerazione che di essa si è avuta in passato, è la scienza della comparazione giuridica: sia della comparazione sincronica sia della comparazione diacronica.

Conoscersi sta bene, imitarsi (nei limiti di ciò che si apprezzi e che si abbia la capacità di fare) sta benissimo, ma non più di tanto. Fortuna vuole che, finita del tutto l'epoca delle colonizzazioni (anche se non è del tutto finita, se mai finirà, quella del satellitismo), nessun Procuste ci costringa a stenderci sui suoi due scomodi letti e nessun Mercurio (o per lui Accio Plaute) ci suggerisca di assumere come lui le sembianze del servo di Anfitrione, Sosia.

4. — Non ho certo la pretesa di insegnare ai comparatisti come si debba fare la comparazione sincronica. Ma forse (con la comprensione e l'appoggio del collega e amico Gandolfi, di cui le radici sono giuroromanistiche e sono buone), qualcosa di sensato sulla comparazione diacronica sono in grado di dirlo anch'io, nella mia qualità di storico del diritto romano.

Di questi temi mi sono occupato (tengo a precisarlo) sin dagli anni cinquanta, anzi anche prima, in un corso su *L'ordinamento giuridico romano* (giunto alla quinta edizione nel 1990) ed in articoli e note che ometto di elencare perché sono raccolti (ove vi sia chi voglia perdere il tempo a spulciarli) nelle mie *Pagine di diritto romano* del 1993-95. Se ritorno sugli stessi (brevemente, come è mia consuetudine), è per prendere posizione in ordine ad un rifiorire di interessi, di discussioni e (forse) di confusioni verificatosi a seguito di un ponderoso trattato di R. Zimmermann su *The Law of Obligations* (1992, con il significativo sottotitolo di *Roman Foundations of the Civilian Tradition*) e che è sfociato, da ultimo, in un convegno del 1995 su « Storia del diritto e scienza del diritto europeo » (di cui dà notizia V. Ciuffrè in *Labeo*, 43, 1997, p. 312 ss.) e nella contrapposizione tra un denso articolo di M. Bretonne su *La « coscienza ironica » della romanistica* (ivi p. 187 ss.) e una puntigliosa replica di O. Behrends (*Die Person oder die Sache?*, in *Labeo*, 44, 1998, p. 26 ss.).

Semplificando al massimo i termini della diatriba (e rinunciando, non senza qualche sacrificio, a due o tre citazioni dotte che anche a me vengono purtuttavia alla mente), il problema è questo (ma sì, « that is the question »): se il diritto romano (e in particolare il *ius privatum*) debba venir studiato esclusivamente per sé, punto e basta; o se esso debba esser studiato in funzione dei diritti moderni, dei quali costituisce spesso un precedente e rispetto all'interpretazione dei quali costituisce comunque sempre un importantissimo ausilio.

Ebbene la mia risposta al dilemma è (ed è sempre stata) che la prima tesi (quella del Bretonne) è indiscutibilmente esatta, anche se sostenuta con argomenti non sempre calzanti, ma che anche la seconda tesi (quella del Behrends) è favorevolmente accoglibile. Accoglibile ad una condizione: che il diritto romano (non solo privato, ma anche pubblico) sia messo a contributo non sul piano dell'interpretazione storica del diritto moderno, bensì sul piano ben diverso della comparazione diacronica.

5. — Direi, in altri termini, che non bisogna far confusione tra interpretazione storica dei diritti « vivi » e ricostruzione storiografica dei diritti « morti », tra cui in primissimo luogo l'ottimo (ma trapassato) diritto romano (sul che v. anche il mio scritto *Diritto del presente e diritto del passato*, in *Labeo*, 44, 1998, p. 102 ss.): cosa che forse in qualche modo sfugge sia al citato Bretonne sia, e in maggior misura, al citato Behrends nella loro polemica.

Preciso. L'interpretazione storica non è solo un diritto, ma è addirittura un dovere dell'interprete del diritto vigente. A lui spetta, con puntuale osser-

vanza della metodologia storiografica, accertare il come una norma o un istituto siano venuti in essere e si siano eventualmente evoluti nella realtà sociale, risalendo pertanto sino alle sue così dette origini. Ma di quanto si può retrocedere negli anni e nei secoli sulle tracce sicure o almeno seriamente attendibili del percorso coperto dalla norma o dall'istituto? In materia pubblicistica non di molto (difficilmente a prima della Rivoluzione francese), in materia privatistica solitamente (ma con gravi pericoli di equivoci) un po' di più, ad ogni modo non al di là di qualche altro secolo. Dopo di che le tracce svaniscono e, a volerle ricostruire con l'immaginazione, si possono prendere delle cantonate e si incappa facilmente nel ridicolo.

Non solo. È assolutamente incredibile che i precedenti storici, sia pur nascondendosi alla vista del ricercatore come un fiume carsico, si protraggano sino al primo millennio dopo Cristo. Ecco perché non è possibile dare torto a chi asserisce che il diritto romano non c'entra nulla col diritto moderno e, pur se tradotto in una lingua ed in un linguaggio moderni, è del tutto estraneo al capitolo dell'interpretazione dei diritti dell'oggi.

Sia chiaro, però. Ciò che ho appena detto non significa (questo il mio fermo punto di vista) che il diritto romano (e del pari ogni altro diritto del passato, se ed in quanto ricostruibile storicamente) debba essere lasciato perdere come un relitto inservibile e non possa (io dico debba) essere utilizzato, nelle somiglianze e nelle dissimiglianze, in sede di comparazione diacronica con i diritti moderni. Sarebbe insulso chiudere gli occhi all'esperienza di cui esso è portatore. Tuttavia il compito della comparazione non spetta al giusromaniista, ma compete al comparatista, al cultore di teoria generale del diritto, allo stesso interprete del diritto positivo moderno ed al legislatore che attende alla sua evoluzione.

Essenziale è insomma che le due funzioni, quella dello storico del diritto romano e quella dell'interprete del diritto moderno e dei suoi precedenti storici, non siano commiste tra loro, siano tenute ben separate l'una dall'altra, perché altrimenti si inquinerebbero. Ed ancor più essenziale è che non ci si illuda di poter ricorrere in presa diretta alle analogie del diritto romano per interpretare il diritto moderno, perché si cadrebbe, come è stato giustamente detto, in una sorta di « neo-pandettismo » che oggi sarebbe assolutamente ingiustificato (fuori che in qualche limitatissima plaga residua del mondo civile, come quella sudafricana, in cui il diritto romano privato non è stato ancora totalmente ed esplicitamente sostituito da sistemi normativi moderni).

6. — È appena il caso di aggiungere (o meglio, di rammentare) che, come storico del diritto romano, io sono affezionatissimo alla mia materia e sostengo altresì che essa sia da insegnare nelle facoltà universitarie di giurisprudenza (non in quelle letterarie) e sia da « raccontare » agli studenti (ed agli studiosi) in un linguaggio giuridico il più possibile vicino a quello che viene utilizzato per esporre le discipline giuridiche moderne. Sostengo anzi qualche cosa di più, e cioè che il giusromaniista debba sforzarsi al meglio di proporre

agli studiosi ed ai docenti di materie giuridiche moderne gli spunti più adatti ad una utilizzazione da parte loro del diritto romano (non solo privato, ma anche pubblico) in sede di comparazione diacronica. Mi rendo cioè pienamente conto del fatto che le fonti romane, anche se tradotte in idiomi moderni, possano dar luogo a qualche difficoltà di comprensione, o almeno a qualche ritengo di pigrizia o di noia, in coloro che giusromaniisti non sono.

Ma basta così. Il diritto romano va indagato storicamente esclusivamente come diritto romano, anche là dove non offra (o non sembri offrire) appigli persuasivi per la valutazione dei diritti moderni, e a loro volta i diritti moderni vanno indagati esclusivamente come diritti moderni, senza la pretesa avventata di ricondurli al diritto romano. Solo la comparazione diacronica può tornare utile, se accortamente operata, sia agli interpreti dei diritti moderni sia agli stessi storiografi del diritto romano.

E se una raccomandazione posso ardire di fare ai cultori della comparazione giuridica, essa è di impegnarsi maggiormente nella escogitazione della metodologia appropriata alla comparazione diacronica, con particolare (ma non esclusivo) riguardo all'esperienza di Roma antica.

7. — Dopo di che, facendo ritorno agli Stati Uniti di Europa, mi sia consentito di completare in tutte le lettere la mia tesi.

Se alla possibilità ed all'opportunità dell'unificazione giuridica io non credo, io credo peraltro molto alla opportunità ed alla possibilità di una maggiore conoscenza e di una migliore comprensione dei vari ordinamenti giuridici nazionali. E ciò non sarà agevolato soltanto dalla comparazione sincronica tra gli stessi, ma anche dalla comparazione diacronica tra quegli ordinamenti (siano essi di *Civil Law* o siano pure di *Common Law*) e la vastissima esperienza giuridica romana non solo privata ma anche (tengo a ripeterlo sino all'ossessione) costituzionale, amministrativa, finanziaria, penale e via dicendo.

« *Nullus iurista nisi romanista* »? Ma sì, ma sì. Se anche a pochissimi, o forse a nessuno, riesce in concreto di essere nel contempo l'uno e l'altro, la convergenza può essere ottenuta col « *medium* » della comparazione diacronica. Tenendosi saggiamente lontani da Amsurote, capitale di una repubblica che non esiste.

ANTONIO GUARINO
Prof. emerito
dell'Università Federico II di Napoli

REGOLAMENTO (CEE) N. 3181/78 DEL CONSIGLIO
del 18 dicembre 1978
relativo ad un sistema monetario europeo

IL CONSIGLIO DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'articolo 235,

vista la proposta della Commissione,

visto il parere del Parlamento europeo ⁽¹⁾,

visto il parere del Comitato economico e sociale ⁽²⁾,

considerando che il Consiglio europeo riunito a Bruxelles ha adottato il 5 dicembre 1978 una risoluzione che enuncia le disposizioni relative all'istituzione del sistema monetario europeo, a decorrere dal 1° gennaio 1979;

considerando che in questo quadro, ed entro due anni dall'attuazione del sistema, gli accordi e le istituzioni esistenti sarebbero consolidati in un Fondo monetario europeo; che in attesa è opportuno affidare al Fondo di cooperazione monetaria istituito dal regolamento (CEE) n. 907/73 ⁽³⁾ la gestione del nuovo sistema monetario nella sua fase iniziale;

considerando che, con il regolamento (CEE) n. 3180/78 ⁽⁴⁾, il Consiglio ha adottato l'ECU come unità di conto utilizzata dal Fondo europeo di cooperazione monetaria;

considerando che affinché il sistema inizi a funzionare è necessario prevedere immediatamente la creazione di ECU come contropartita del collocamento di una parte delle riserve delle banche centrali presso il sistema stesso e l'utilizzazione di tali ECU per regolare le operazioni effettuate nel quadro del sistema;

considerando che, in questo quadro, è necessario introdurre l'ECU nelle operazioni del Fondo europeo di

cooperazione monetaria e utilizzarla come mezzo di regolamento per la realizzazione degli obiettivi della Comunità, in particolare per il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri e per il buon funzionamento del mercato comune, nonché per la realizzazione dell'unione economica e monetaria; che i poteri d'azione richiesti per la creazione di tale sistema non sono stati previsti dal trattato,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

Articolo 1

Il Fondo europeo di cooperazione monetaria è autorizzato a ricevere riserve monetarie dalle autorità monetarie degli Stati membri ed a emettere ECU in contropartita di tali riserve ricevute.

Articolo 2

Il Fondo e le autorità monetarie degli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare le ECU come mezzi di regolamento e per le operazioni fra queste autorità e il Fondo.

Articolo 3

Il consiglio di amministrazione del Fondo adotterà le misure tecnico-amministrative necessarie per l'applicazione degli articoli 1 e 2.

Articolo 4

Il presente regolamento entra in vigore il 1° gennaio 1979.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Fatto a Bruxelles, addì 18 dicembre 1978.

Per il Consiglio

Il Presidente

H. MATTHÖFER

⁽¹⁾ GU n. C 296 dell'11. 12. 1978, pag. 62.

⁽²⁾ Parere espresso il 29 e 30 novembre 1978 (non ancora pubblicato nella Gazzetta ufficiale).

⁽³⁾ GU n. L 89 del 5. 4. 1973, pag. 2.

⁽⁴⁾ Vedi pag. 1 della presente Gazzetta ufficiale.

REGOLAMENTO (CEE) N. 3066/85 DEL CONSIGLIO

del 28 ottobre 1985

che modifica l'articolo 2 del regolamento (CEE) n. 3181/78 per quanto concerne l'utilizzazione di ECU da parte di «altri detentori»

CONSIGLIO DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

il trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'articolo 235,

la proposta della Commissione,

il parere del Parlamento europeo⁽¹⁾,il parere del Comitato economico e sociale⁽²⁾,considerando che il regolamento (CEE) n. 3181/78 del Consiglio, del 18 dicembre 1978, relativo ad un sistema monetario europeo⁽³⁾, regola l'emissione di ECU da parte del Fondo europeo di cooperazione monetaria ed il loro uso da parte del Fondo e delle autorità monetarie degli stati membri;

considerando che conviene adottare disposizioni affinché l'ECU possa essere acquistata ed utilizzata da

detentori diversi da quelli di cui all'articolo 2 del regolamento (CEE) n. 3181/78,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

Articolo 1

All'articolo 2 del regolamento (CEE) n. 3181/78 è aggiunto il comma seguente:

« Il Fondo è altresì autorizzato a conferire alle autorità monetarie di paesi terzi e ad istituzioni monetarie internazionali la posizione di «altri detentori» di ECU di cui all'articolo 1 ed a fissare le modalità e condizioni in base alle quali tali ECU possono essere acquistate, detenute ed utilizzate ».

Articolo 2

Il presente regolamento entra in vigore il terzo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli stati membri.

Fatto a Lussemburgo, addì 28 ottobre 1985.

Per il Consiglio

Il Presidente

J. SANTER

⁽¹⁾ Parere reso il 9 ottobre 1985 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*).

⁽²⁾ GU n. C 218 del 28. 8. 1985, pag. 14.

⁽³⁾ GU n. L 379 del 30. 12. 1978, pag. 2.



celex



Retour au sommaire...

1 / 1



Visualiser



Notice



Texte



Tout

▷ 394R3320

- ◀ Regolamento (CE) n. 3320/94 del Consiglio, del 22 dicembre 1994, che
- ◀ codifica la vigente legislazione comunitaria relativa alla definizione dell'ecu a seguito dell'entrata in vigore del trattato sull'Unione europea

GAZZETTA UFFICIALE N. L 350 DEL 31/12/1994 PAG. 0027

EDIZIONE SPECIALE FINLANDESE: CAPITOLO 1 TOMO 3 PAG. 229

EDIZIONE SPECIALE SVEDESE: CAPITOLO 1 TOMO 3 PAG. 229

- Sélectionner l'ensemble des documents citant ce document
- Sélectionner les documents ayant cet acte pour base juridique

Dates:

DEL DOCUMENTO.....: 22/12/1994

DI ENTR IN VIGORE...: 03/01/1995; ENTRATA IN VIGORE DATA DELLA PUBBLICAZIONE
+ 3 VEDI ART 3

DELLA FINE VALIDITA: 31/12/1998; ABROGATO DA 397R1103

Travaux préparatoires:

PROPOSTA COMMISSIONE ; COM 94/0140 DEF ; GU C 130/94 P 7

PROCEDURA DI CONSULTAZIONE ; PARERE PARLAMENTO EUROPEO ; GU C 305/94 P
146

PARERE COMITATO MONETARIO

Matière: DISPOSIZIONI IN APPLICAZIONE DELL' ARTICOLO 235 CEE ; POLITICA DI
CONGIUNTURA ; UNIONE ECONOMICA E MONETARIA ; POLITICA ECONOMICA E
MONETARIA**Code répertoire:** 01601000 ; 10202000**Base juridique:**192E235.....**Citations autres que la base juridique:**375S3289.....192E109G.....378R3181.....380R3308.....392R3813.....393R1068.....192E109L.....378X0724(01).....381X1030(01).....**Actes modifiés:**594PC0140.....ADOZIONE.....378R3180.....ABROGAZIONE...**Modifications ultérieures:**RETTIFICATO-DA 394R3320R(01).....ABROGATO-DA... 397R1103..... DAL 1/1/99

REGOLAMENTO (CE) N. 3320/94 DEL CONSIGLIO

del 22 dicembre 1994

che codifica la vigente legislazione comunitaria relativa alla definizione dell'ecu
a seguito dell'entrata in vigore del trattato sull'Unione europea

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 235,

vista la proposta della Commissione⁽¹⁾,

visto il parere del Parlamento europeo⁽²⁾,

visto il parere dell'Istituto monetario europeo,

visto il parere del Comitato monetario,

considerando che la definizione della composizione monetaria dell'ecu è contenuta in una molteplicità di atti comunitari e che una codificazione mediante regolamento delle disposizioni relative a detta definizione contribuirebbe alla trasparenza del diritto comunitario;

considerando che risultano al momento in vigore i seguenti atti concernenti l'unità di conto delle Comunità europee:

- decisione n. 3289/75/CECA della Commissione, del 18 dicembre 1975, relativa alla definizione ed alla conversione dell'unità di conto utilizzata nelle decisioni, nelle raccomandazioni, nei pareri e nei comunicati nei settori disciplinati dal trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio⁽³⁾;
- regolamento (CEE) n. 3180/78 del Consiglio, del 18 dicembre 1978, che modifica il valore dell'unità di conto utilizzata dal Fondo europeo di cooperazione monetaria⁽⁴⁾;
- regolamento (CEE) n. 3181/78 del Consiglio, del 18 dicembre 1978, relativo ad un sistema monetario europeo⁽⁵⁾;
- decisione del Consiglio dei governatori della Banca europea per gli investimenti, del 30 dicembre 1977, che modifica lo statuto della Banca europea per gli investimenti in seguito all'adozione di una nuova definizione del valore dell'unità di conto;
- regolamento (CEE, Euratom) n. 3308/80 del Consiglio, del 16 dicembre 1980, relativo alla sostituzione dell'ecu all'unità di conto europea negli atti comunitari⁽⁶⁾;

— decisione del Consiglio dei governatori della Banca europea per gli investimenti, del 13 maggio 1981, che modifica lo statuto della Banca europea per gli investimenti in seguito all'adozione, da parte della Banca, dell'ecu come unità di conto;

— regolamento (CEE) n. 3813/92 del Consiglio, del 28 dicembre 1992, relativo all'unità di conto e ai tassi di conversione da applicare nel quadro della politica agricola comune⁽⁷⁾;

— regolamento (CEE) n. 1068/93 della Commissione, del 30 aprile 1993, recante modalità per la determinazione e l'applicazione dei tassi di conversione utilizzati nel settore agricolo⁽⁸⁾;

considerando che la definizione della composizione del paniere dell'ecu in monete degli Stati membri è stata pubblicata nella serie C della *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*⁽⁹⁾ nel quadro di una comunicazione della Commissione e non di un regolamento del Consiglio;

considerando che l'articolo 1 del regolamento (CEE) n. 3180/78 aveva definito l'ecu come la somma di determinati importi di monete degli Stati membri; che tale composizione può essere modificata alle condizioni stabilite dal Consiglio secondo l'articolo 2 di detto regolamento;

considerando che l'articolo 2 del suddetto regolamento non è più applicabile in conseguenza dell'articolo 109 G del trattato che istituisce la Comunità europea che dispone che la composizione valutaria del paniere dell'ecu non sia modificata a partire dall'entrata in vigore del trattato sull'Unione europea e che dall'inizio della terza fase il valore dell'ecu è fissato irrevocabilmente, in conformità dell'articolo 109 L, paragrafo 4 del trattato che istituisce la Comunità europea,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

Articolo 1

Definizione dell'ecu

La composizione del paniere dell'ecu in monete degli Stati membri è la seguente:

⁽¹⁾ GU n. C 130 del 12. 5. 1994, pag. 7.

⁽²⁾ GU n. C 305 del 31. 10. 1994, pag. 146.

⁽³⁾ GU n. L 327 del 19. 12. 1975, pag. 4. Decisione modificata dalla decisione n. 3334/80/CECA (GU n. L 349 del 23. 12. 1980, pag. 27).

⁽⁴⁾ GU n. L 379 del 30. 12. 1978, pag. 1. Regolamento modificato dal regolamento (CEE) n. 2626/84 (GU n. L 247 del 16. 9. 1984, pag. 1) e dal regolamento (CEE) n. 1971/89 (GU n. L 189 del 4. 7. 1989, pag. 1).

⁽⁵⁾ GU n. L 379 del 30. 12. 1978, pag. 2. Regolamento modificato dal regolamento (CEE) n. 3066/85 (GU n. L 290 dell'1. 11. 1985, pag. 95).

⁽⁶⁾ GU n. L 345 del 20. 12. 1980, pag. 1.

⁽⁷⁾ GU n. L 387 del 31. 12. 1992, pag. 1. Regolamento modificato dal regolamento (CE) n. 3528/93 (GU n. L 320 del 22. 12. 1993, pag. 32).

⁽⁸⁾ GU n. L 100 dell'1. 5. 1993, pag. 106. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 547/94 (GU n. L 69 del 12. 3. 1994, pag. 1).

⁽⁹⁾ GU n. C 241 del 21. 9. 1989, pag. 1.

Marco tedesco :	0,6242
Lira sterlina :	0,08784
Franco francese :	1,332
Lira italiana :	151,8
Fiorino olandese :	0,2198
Franco belga :	3,301
Franco lussemburghese :	0,130
Corona danese :	0,1976
Sterlina irlandese :	0,008552
Dracma greca :	1,440
Peseta spagnola :	6,885
Escudo portoghese :	1,393

*Articolo 2***Adeguamento degli atti del diritto comunitario**

1. Il regolamento (CEE) n. 3180/78 del Consiglio è abrogato.
2. La definizione dell'ecu valida ai fini di tutti gli atti comunitari applicabili al momento dell'entrata in vigore del presente regolamento è quella di cui all'articolo 1 del presente regolamento.

Articolo 3

Il presente regolamento entra in vigore il terzo giorno successivo a quello della pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Fatto a Bruxelles, addì 22 dicembre 1994,

Per il Consiglio

Il Presidente

H. SEEHOFER



celex



Visualiser

◀ Notice

◀ Texte

◀ Tout

397R1103

- ▶ ◀ Regolamento (CE) n. 1103/97 del Consiglio del 17 giugno 1997 relativo a
◀ talune disposizioni per l'introduzione dell'euro
Gazzetta ufficiale n. L 162 del 19/06/1997 PAG. 0001

Texte du document:

REGOLAMENTO (CE) N. 1103/97 DEL CONSIGLIO del 17 giugno 1997 relativo a talune disposizioni per l'introduzione dell'euro

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 235,

vista la proposta della Commissione (1),

visto il parere del Parlamento europeo (2),

visto il parere dell'Istituto monetario europeo (3),

(1) considerando che il Consiglio europeo ha confermato nella riunione svoltasi a Madrid nei giorni 15 e 16 dicembre 1995 che la terza fase dell'Unione economica e monetaria avrà inizio il 1° gennaio 1999, come previsto dall'articolo 109 J, paragrafo 4 del trattato; che, conformemente al trattato, gli Stati membri che adotteranno l'euro come moneta unica sono denominati, ai fini del presente regolamento, «Stati membri partecipanti»;

(2) considerando che nella riunione del Consiglio europeo a Madrid è stato deciso che l'espressione «ECU» utilizzata dal trattato per indicare l'unità monetaria europea è un'espressione generica; che i Governi dei quindici Stati membri hanno convenuto che questa decisione costituisce l'interpretazione concordata e definitiva delle disposizioni pertinenti del trattato; che la denominazione della moneta europea sarà «euro»; che l'euro come moneta degli Stati membri partecipanti sarà suddiviso in cento unità divisionali denominate «cent»; che il Consiglio europeo ha inoltre convenuto che la denominazione della moneta unica deve essere la stessa in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea, tenuto conto dell'esistenza di alfabeti diversi;

(3) considerando che per definire il quadro giuridico dell'euro sarà adottato dal Consiglio, sulla base dell'articolo 109 L, paragrafo 4, terza frase del trattato, un regolamento del Consiglio relativo all'introduzione dell'euro non appena saranno noti gli Stati membri partecipanti; che alla data d'inizio della terza fase il Consiglio, conformemente all'articolo 109 L, paragrafo 4, prima frase del trattato adotterà i tassi di conversione irrevocabilmente fissati;

(4) considerando che, nel funzionamento del mercato comune e per il passaggio alla moneta unica, è necessario assicurare ai cittadini e alle imprese di tutti gli Stati membri certezza giuridica in relazione a talune disposizioni riguardanti l'introduzione dell'euro, con notevole anticipo rispetto all'avvio della terza fase; che detta certezza giuridica anticipata consentirà che i preparativi dei cittadini e delle imprese procedano in condizioni soddisfacenti;

(5) considerando che l'articolo 109 L, paragrafo 4, terza frase, che consente al Consiglio, deliberando all'unanimità degli Stati membri partecipanti, di adottare le altre misure necessarie per la rapida introduzione della moneta unica, può essere utilizzato come base giuridica solo quando sia stato confermato, conformemente all'articolo 109 J, paragrafo 4, quali Stati membri soddisfano alle condizioni necessarie per l'adozione di una moneta unica; che pertanto è necessario fondarsi sull'articolo 235 quale base giuridica per le disposizioni che necessitano urgentemente di certezza giuridica; che pertanto il presente regolamento e il summenzionato regolamento del Consiglio relativo all'introduzione dell'euro offrono insieme il quadro giuridico dell'euro, i cui principi sono stati convenuti dal Consiglio europeo di Madrid; che l'introduzione dell'euro riguarda le operazioni quotidiane di tutta la popolazione degli Stati membri partecipanti; che, per assicurare un passaggio

equilibrato, specialmente per i consumatori, occorre prendere in esame disposizioni diverse da quelle contenute nel presente regolamento e in quello che sarà adottato in base all'articolo 109 L, paragrafo 4, terza frase del trattato;

(6) considerando che l'ecu ai sensi dell'articolo 109 G del trattato e secondo la definizione contenuta nel regolamento (CE) n. 3320/94 del Consiglio del 22 dicembre 1994, che codifica la vigente legislazione comunitaria relativa alla definizione dell'ecu a seguito dell'entrata in vigore del trattato sull'Unione europea (4), cesserà al 1° gennaio 1999 di essere definito come paniere di valute e l'euro diverrà una moneta a pieno titolo; che la decisione del Consiglio riguardante l'adozione dei tassi di conversione non modificherà di per sé il valore esterno dell'ecu; che di conseguenza un ecu, definito come composto da un paniere di valute, diverrà un euro; che il regolamento (CE) n. 3320/94 diventa pertanto obsoleto e deve essere abrogato; che per quanto riguarda i riferimenti all'ecu contenuti negli strumenti giuridici si presumerà che le parti abbiano voluto far riferimento all'ecu ai sensi dell'articolo 109 G del trattato e come definito nel suddetto regolamento; che tale presunzione dovrebbe essere confutabile tenendo conto delle intenzioni delle parti;

(7) considerando che è un principio di diritto generalmente accettato che la continuità dei contratti e degli altri strumenti giuridici non è influenzata dall'introduzione di una nuova moneta; che il principio della libertà contrattuale deve essere rispettato; che il principio della continuità dovrebbe essere compatibile con qualsiasi elemento concordato tra le parti in relazione all'introduzione dell'euro; che per rafforzare la certezza giuridica e la chiarezza è opportuno confermare esplicitamente che il principio della continuità dei contratti e degli altri strumenti giuridici si applica tra le ex monete nazionali e l'euro, oltre che tra l'ecu, ai sensi dell'articolo 109 G del trattato e come definito dal regolamento (CE) n. 3320/94, e l'euro; che ciò comporta in particolare che in caso di strumenti a tasso di interesse fisso l'introduzione dell'euro non modifica il tasso d'interesse nominale dovuto dal debitore; che le disposizioni sulla continuità possono conseguire il loro obiettivo di certezza giuridica e di trasparenza per gli operatori economici, specialmente per i consumatori, soltanto se entrano in vigore al più presto;

(8) considerando che l'introduzione dell'euro costituisce un mutamento della normativa monetaria di ciascuno Stato membro partecipante; che il riconoscimento della normativa monetaria di uno Stato è un principio universalmente accettato; che la conferma esplicita del principio di continuità dovrebbe portare al riconoscimento della continuità dei contratti e degli altri strumenti giuridici nelle giurisdizioni dei paesi terzi;

(9) considerando che il termine «contratto» utilizzato per la definizione degli strumenti giuridici comprende tutti i tipi di contratto, indipendentemente dalle modalità della loro stipulazione;

(10) considerando che il Consiglio, deliberando conformemente all'articolo 109 L, paragrafo 4, prima frase del trattato, adotterà i tassi di conversione dell'euro nei confronti di ciascuna delle monete nazionali degli Stati membri partecipanti; che questi tassi di conversione dovranno essere utilizzati per qualunque conversione tra l'euro e le unità monetarie nazionali o tra le unità monetarie stesse; che, per qualunque conversione tra le unità monetarie nazionali, il risultato dovrebbe essere definito da un algoritmo fisso; che l'impiego di tassi di conversione inversi implicherebbe un arrotondamento dei tassi e potrebbe generare notevoli imprecisioni, specie nel caso di importi elevati;

(11) considerando che l'introduzione dell'euro richiede l'arrotondamento di importi monetari; che l'indicazione tempestiva delle regole di arrotondamento è necessaria per il funzionamento del mercato comune e per consentire che venga preparata tempestivamente la transizione senza intoppi verso l'Unione economica e monetaria; che tali regole non pregiudicano altre pratiche, convenzioni o disposizioni nazionali di arrotondamento che offrano un maggior grado di precisione nei calcoli intermedi;

(12) considerando che, per ottenere un grado elevato di precisione nelle operazioni di conversione, conviene che i tassi di conversione siano definiti con sei cifre significative; che un tasso con sei cifre significative consiste in un tasso che, computato a partire da sinistra e dalla prima cifra diversa da zero, è composto da sei cifre,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

134

Ai fini del presente regolamento si intende per:

- «strumenti giuridici»: disposizioni normative, atti amministrativi, decisioni giudiziarie, contratti, atti giuridici unilaterali, strumenti di pagamento diversi dalle banconote e dalle monete metalliche ed altri strumenti aventi efficacia giuridica;
- «Stati membri partecipanti»: gli Stati membri che adottano la moneta unica conformemente al trattato;
- «tassi di conversione»: i tassi di conversione irrevocabilmente fissati che il Consiglio adotta a norma dell'articolo 109 L, paragrafo 4, prima frase del trattato;
- «unità monetarie nazionali»: le unità delle monete degli Stati membri partecipanti, definite il giorno precedente l'inizio della terza fase dell'Unione economica e monetaria;
- «unità euro»: unità della moneta unica definita nel regolamento del Consiglio relativo all'introduzione dell'euro, che entrerà in vigore alla data di avvio della terza fase dell'Unione economica e monetaria.

Articolo 2

1. Qualunque riferimento all'ecu ai sensi dell'articolo 109 G del trattato e secondo la definizione di cui al regolamento (CE) n. 3320/94, contenuto in uno strumento giuridico, è sostituito da un riferimento all'euro ad un tasso di un euro per un ecu. In assenza di tale definizione, si presume, e la presunzione è confutabile tenendo conto delle intenzioni delle parti, che i riferimenti all'ecu contenuti nello strumento giuridico costituiscono riferimenti all'ecu ai sensi dell'articolo 109 G del trattato e secondo la definizione di cui al regolamento (CE) n. 3320/94.
2. Il regolamento (CE) n. 3320/94 è abrogato.
3. Il presente articolo è applicabile a decorrere dal 1° gennaio 1999, conformemente alla decisione di cui all'articolo 109 J, paragrafo 4 del trattato.

Articolo 3

L'introduzione dell'euro non avrà l'effetto di modificare alcuno dei termini di uno strumento giuridico, né di sollevare o dispensare dall'adempimento di qualunque strumento giuridico, né di dare ad una parte il diritto di modificare o porre fine unilateralmente a tale strumento giuridico. La presente disposizione non pregiudica eventuali accordi assunti dalle parti.

Articolo 4

1. I tassi di conversione sono adottati con riferimento ad un euro espresso in ciascuna delle monete nazionali degli Stati membri partecipanti. Tali tassi si compongono di sei cifre significative.
2. I tassi di conversione non vengono arrotondati o troncati all'atto delle conversioni.
3. I tassi di conversione vengono utilizzati per le conversioni delle unità euro nelle unità monetarie nazionali e viceversa. Non si utilizzano tassi inversi derivati dai tassi di conversione.
4. Gli importi monetari da convertire da un'unità monetaria nazionale in un'altra vengono prima convertiti in un importo monetario espresso in unità euro, arrotondato almeno fino alla terza cifra decimale, importo che viene successivamente convertito nell'altra unità monetaria nazionale. Non possono essere utilizzati metodi alternativi di calcolo, salvo se producono gli stessi risultati.

Articolo 5

Gli importi monetari da pagare o contabilizzare, in caso di arrotondamento dopo una conversione in unità euro effettuata conformemente all'articolo 4, sono arrotondati per eccesso o per difetto al cent più vicino. Gli importi monetari da pagare o contabilizzare che sono convertiti in unità monetarie nazionali sono arrotondati per eccesso o per difetto all'unità divisionale più vicina o, in assenza di unità divisionale, all'unità più vicina, ovvero, conformemente alle norme o pratiche nazionali, ad un multiplo o ad una frazione dell'unità divisionale o dell'unità della moneta nazionale. Se l'applicazione del tasso di conversione dà un risultato che si pone a metà, la somma viene arrotondata per eccesso.

Articolo 6

Il presente regolamento entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Fatto a Lussemburgo, addì 17 giugno 1997.

Per il Consiglio

Il presidente

A. JORRITSMA-LEBBINK

- (1) GU n. C 369 del 7. 12. 1996, pag. 8. ...
- (2) GU n. C 380 del 16. 12. 1996, pag. 49.
- (3) Parere espresso il 29 novembre 1996.
- (4) GU n. L 350 del 31. 12. 1994, pag. 27.



celex

