

I. R. C. E. — CENTRO STUDI PER L'AFRICA E IL LEVANTE
COLLANA DI STUDI GIURIDICI

N. 1

ERNESTO CUCINOTTA

CONSIGLIERE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

I CONFLITTI DI LEGGI NELL'AFRICA ITALIANA

SOTTO GLI AUSPICI
DEL MINISTERO DELL'AFRICA ITALIANA



PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. A. MILANI
1943 - XXI

I.R.C.E. — CENTRO STUDI PER L'AFRICA E IL LEVANTE

COLLANA DI STUDI GIURIDICI

N. 1

ERNESTO CUCINOTTA

CONSIGLIERE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

I CONFLITTI DI LEGGI NELL'AFRICA ITALIANA

SOTTO GLI AUSPICI
DEL MINISTERO DELL'AFRICA ITALIANA



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. A. MILANI - PADOVA

1943 - XXI

PROPRIETÀ LETTERARIA

Istituto Nazionale per le Relazioni Culturali con l'Estero
Centro Studi per l'Africa e il Levante

A

LUCIOLA CUCINOTTA

Stampato in Italia - Printed in Italy

OFFICINA TIP. VICENTINA - VICENZA

INDICE - SOMMARIO

PREFAZIONE	pag. XI
BIBLIOGRAFIA	» XIII

INTRODUZIONE

1. Importanza dell' argomento	pag. 1
2. Le diverse categorie di conflitti. Conflitto internazio- nale di leggi	» 2
3. Conflitto di protezione	» 4
4. Conflitto interregionale	» 6
5. Conflitto di annessione	» 10
6. Conflitto coloniale	» 11
7. Conflitto fra la legge italiana e le leggi indigene	» 13
8. Conflitto fra le diverse leggi indigene	» 14
9. Aspetti del conflitto coloniale	» 14
10. Definizione	» 18
11. Precedenti storici	» 20
12. Personalità delle leggi nel medio evo	» 22
13. Teoria degli statuti	» 24
14. Utilità del raffronto	» 26
15. Principii di soluzione dei conflitti di leggi in colonia	» 27
16. Processi di eversione	» 29
17. Necessità dello studio dei conflitti di leggi in colonia	» 31
18. Partizione della materia	» 34

CAPITOLO I

I SISTEMI GIURIDICI NELL'AFRICA ITALIANA

1. Considerazioni generali	pag. 35
2. Leggi d'ordine generale e leggi metropolitane estese al- l'Africa Italiana	» 35

3. I decreti legislativi e le altre norme poste dagli organi dello Stato italiano	pag. 37
4. Leggi straniere nazionalizzate	» 38
5. Il diritto indigeno	» 41
6. Nell'Eritrea ed in altre colonie dell'A.O.I.	» 41
7. Nella Somalia	» 43
8. Nella Libia	» 43
9. Diritto bizantino, ecc.	» 45
10. Recezione ad accertamento del diritto indigeno	» 46
11. I sistemi giuridici esistenti nell'Africa Italiana	» 48
12. Leggi territoriali e leggi personali	» 49
13. Leggi dominanti e leggi subordinate	» 50
14. Momenti di collegamento con i diversi sistemi giuridici	» 53
15. Qualificazione dei rapporti giuridici	» 54
16. Il rinvio	» 56
17. Sfera di efficacia delle leggi italiane	» 57
18. Sfera di efficacia del diritto indigeno	» 60
19. Sua diversità	» 62
20. Lo statuto personale	» 64
21. Limiti dell'applicazione del diritto indigeno	» 66
22. Passaggi da un sistema giuridico all'altro	» 67
23. Limiti all'autonomia della volontà	» 68
24. L'opzione di legislazione	» 70
25. Fatti creativi dell'opzione di legislazione	» 71
26. Suoi effetti	» 73
27. L'opzione di giurisdizione	» 73
28. Fatti creativi dell'opzione di giurisdizione	» 75

CAPITOLO II

IL CONFLITTO INTERNAZIONALE DI LEGGI

1. Ragioni di un'indagine particolare del conflitto internazionale di leggi nell'Africa Italiana	pag. 77
2. Attualità, variabilità e divisibilità dell'ordine pubblico coloniale	» 78
3. Diversità delle norme di soluzione del conflitto	» 80
4. Funzione di talune leggi come diritto comune	» 82
5. Gli stranieri nell'Africa Italiana	» 83
6. Competenza legislativa e competenza giudiziaria per gli stranieri	» 84
7. Gli assimilati	» 85

8. I conflitti in materia di stato e capacità delle persone	pag. 86
9. L'età	» 87
10. Gli impedimenti matrimoniali	» 88
11. La poligamia	» 89
12. Revisione dell'ordine pubblico in tal materia	» 90
13. Il lutto vedovile	» 92
14. Divorzio e ripudio	» 92
15. Effetti giuridici di taluni atti	» 93
16. Inefficacia delle forme indigene nella celebrazione del matrimonio	» 95
17. Altri rapporti di famiglia	» 97
18. Legge regolatrice delle obbligazioni e della forma degli atti	» 97

CAPITOLO III

IL CONFLITTO FRA LA LEGGE ITALIANA ED I SISTEMI GIURIDICI INDIGENI

1. Il conflitto fra la legge italiana ed i sistemi giuridici indigeni. Conflitto coloniale tipo	pag. 101
2. Sua natura	» 103
3. Norme determinatrici della legge applicabile nei rapporti fra cittadini metropolitani e nativi	» 104
4. Prevalenza della legge italiana in caso di conflitto	» 105
5. Considerazioni a sostegno di tal principio	» 107
6. Necessità di un esame dei vari casi di conflitto	» 108
7. Stato, capacità, ecc. delle persone	» 109
8. Acquisto della cittadinanza italiana	» 111
9. Conversione religiosa	» 114
10. Forma degli atti	» 116
11. Forma del processo	» 118
12. Rapporti giuridici di obbligazione	» 119
13. Obbligazioni non contrattuali	» 121
14. Diritto delle successioni	» 122
15. Il diritto indigeno ed il regolamento sostanziale delle successioni dei nativi	» 123
16. Proprietà fondiaria	» 125
17. Continuazione	» 126
18. Conflitti in tal materia	» 128
19. Prescrizione	» 129
20. Servitù	» 130

21. <i>Shufah</i>	pag. 131
22. Fallimento	» 134
23. Leggi penali	» 137

CAPITOLO IV

I CONFLITTI FRA I DIVERSI SISTEMI GIURIDICI INDIGENI

1. Concetti generali	pag. 141
2. Lacune della legislazione coloniale	» 143
3. Norme di soluzione dei conflitti fra i diversi sistemi giuridici indigeni	» 144
4. Prevalenza della legge del convenuto	» 146
5. Professione del rito o sistema	» 148
6. Norme di conflitto in Eritrea	» 149
7. Lacune della legislazione per la Somalia	» 152
8. Sull' applicazione analogica dei principii di diritto internazionale privato	» 153
9. Altre soluzioni sussidiarie del conflitto	» 156
10. Il sistema di soluzione dei conflitti fra consuetudini nell'A. O. F.	» 158
11. Il conflitto fra le diverse scuole di diritto musulmano	» 159
12. Soluzione di tale conflitto	» 162
13. Conflitto fra le leggi dei nativi di diversa religione o stirpe	» 165
14. Forme sporadiche di conflitti	» 168
15. Conflitto fra la legislazione ottomana e la scuola <i>mâlikita</i>	» 169
16. Conflitto fra la legge e le consuetudini degli Ebrei libici	» 171
17. Conflitto fra le diverse scuole di diritto musulmano e le consuetudini delle popolazioni musulmane	» 172
18. Conflitto fra il diritto scritto e quello consuetudinario delle popolazioni abissine	» 176
CONCLUSIONE	» 179

PREFAZIONE

La presente trattazione dei conflitti di leggi nell'Africa Italiana è lo sviluppo dell'istituto del conflitto coloniale che ho esposto la prima volta, nelle sue linee generali, all'Università di Roma, or fanno alcuni anni, come professore incaricato. Sotto questo istituto ho procurato di comprendere qui l'esposizione dei principii fondamentali che regolano il conflitto di leggi in colonia, la classificazione dei vari tipi di esso ed, infine, l'esame dei differenti casi che si sono già verificati o possono verificarsi in tale materia.

Ho posto mano a questo lavoro, convinto come sono non solo dell'interesse scientifico ma dell'utilità pratica ch'esso può avere nell'Africa Italiana, dove vigono tanti e così diversi sistemi giuridici e dove sorgono, quindi, incessanti e svariate occasioni di risolvere questioni di conflitti di leggi. Chi ha dimestichezza con lo studio di tali conflitti può facilmente comprendere quali difficoltà si affaccino a chi voglia farne trattazione a parte per quel che riguarda le colonie, non fosse, fra l'altro, che per la novità dell'argomento, fin qui poco esplorato. Io ho procurato di riuscire chiaro e piano e, pure ponendomi ad osservare da vicino taluni principii metodici generali che, appli-

cati nelle colonie, danno largo campo a dubbi od a discussioni critiche, ho cercato di proposito di non trattenermi in lunghe indagini e di limitarmi a mettere in luce i punti direttivi.

Parecchi dei risultati ottenuti sono nuovi ed io spero di averli sufficientemente dimostrati. Alcuni altri meritano ancora meditazione e può darsi anche che debba giungersi ad una diversa soluzione. Il sagace lettore tenga presenti i diversi capitoli del mio libro, poiché una parte dà luce all'altra e ne riceve.

E. CUCINOTTA

ROMA, gennaio 1943-XXI.

BIBLIOGRAFIA

Una trattazione completa dei conflitti di leggi nelle colonie o, secondo una espressione ormai comune, del conflitto coloniale non è ancora fatta nella nostra letteratura. Il breve scritto di E. CUCINOTTA, *Il conflitto coloniale*, in *L'Oltremare*, 1931, pag. 484-490 e quello che, con notevole forza di pensiero, M. UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, negli *Atti del II Congresso di Studi Coloniali*, Firenze, 1936, vol. V, pag. 327-375 (riprodotto, con qualche leggera variante, col titolo *Notes sur les conflits de lois dans les colonies italiennes* [traduz. L. DEVOGEL], in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, pag. 393-442), ci diede alcuni anni dopo, non costituiscono che saggi iniziali, i quali non sono stati in alcun modo approfonditi da A. SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, Palermo, 1935, parte V, cap. II. Conflitti coloniali, pag. 345-372. Scarse di originalità ed in più di un punto riassuntive dei concetti del CUCINOTTA sono le pagine di P. DE FRANCISCI, *I conflitti di leggi nelle colonie italiane*, in *Rivista di diritto coloniale*, 1941, pag. 125-137, apparse durante la stampa di questo libro.

Non più abbondanti sono le fonti straniere. A J.-P. NIBOYET, *Conflicts entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Paris, 1922, il quale aveva richiamato l'attenzione degli studiosi sul conflitto coloniale, « ce conflit extrêmement curieux et intéressant qui fournirait une mine d'études inédites » (pag. 105), sfuggirono, evidentemente, le precedenti ricerche di L. DUNOYER, *Étude sur le conflit des lois, spécial à l'Algérie précédé d'une étude sur l'irrévocabilité des donations en droit romain*, Paris, 1888, pag. 1-233, e di E. BESSON, *La législation civile de l'Algérie. Étude sur la condition des personnes et sur le régime des biens en Algérie*, Paris, 1894, pag. 130-161 e 313-334. Ma le une e le altre sono ormai antichate. Più recenti sono quelle di P. ARMINJON, *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam*, in *Clunet*, 1912, pag. 698-716 e 1025-1046; 1913, pag. 34-43, 435-443 e 812-823. L'acuta indagine di M. ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflits de souveraineté (Les conflits d'annexion)*, Paris, 1925 non centra a sufficienza il problema dei conflitti di leggi in colonia. Più di proposito ne trattano P. CHAUVEAU e H. SOLUS, il primo in una comunicazione alla Sezione giuridica dei Congressi dell'Istituto di Alti Studi di Rabat (*Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, in *Revue algérienne*, 1928, I, pag. 45-52), l'altro in una relazione all'Istituto Coloniale Internazionale (*La loi applicable aux rapports juridiques*

de droit privé établis entre indigènes et non-indigènes, in *Compte rendu de la XXII Session tenue à Lisbonne les 18, 19 et 20 avril 1933*, Bruxelles, s. d. [1933]), Annexe I, pag. I-XL. Bibliothèque coloniale internationale). Gli scritti di A. BONNICHON, *La conversion au Christianisme de l'indigène musulman algérien et ses effets juridiques (Un cas de conflit colonial)*, Paris, 1931, pag. 62-102 e di M. MORAND, *Le droit musulman et le conflit des lois*, in *Acta Academiae Universalis jurisprudentiae comparativae*, t. I, pag. 321-335 ne considerano alcuni aspetti speciali, i quali sono osservati, più nel campo del diritto musulmano che in quello coloniale, da CH. CARDAHI, *La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (Étude juridique et historique)*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1937, t. II, pag. 511-647.

Per quel che riguarda la letteratura tedesca non può citarsi che il breve scritto di W. WENGLER, *Die Kollisionsnormen im Recht der italienischen Kolonien*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1936, pag. 71-85. Appena poche righe vi dedica C. VON BURGSDORFF, *Die Entwicklung der kolonialen Rechtspflege*, Leipzig, 1911, pag. 75. Data la speciale struttura dell'Impero britannico e la complessità del potere legislativo nelle sue diverse parti manca, a quanto risulta, nella letteratura inglese, un lavoro d'insieme che si occupi dei conflitti coloniali. Le ricerche di R. D. KOLLERON, *Interracial Private Law (The colonial conflicts of Laws)*, Batavia, 1929, considerano, infine, il problema dei conflitti di leggi più dal lato sociologico ed etnografico che da quello rigorosamente giuridico.

Come già in altri lavori si avverte qui che le abbreviazioni (*Giust. Libia*, I, *Giust. Libia*, II e *Giust. Libia*, III), adoperate di frequente nel testo, si riferiscono, rispettivamente, alle note raccolte della giurisprudenza libica del CAFFAREL, del MARTINA e VALENZI e del CASOLI, NIGRO e VALENZI. Tutte le altre abbreviazioni (*Foro it.* per *Foro italiano*, *Clunet* per *Journal de droit international privé*, ecc.) sono di facile comprensione. Per esigenze tipografiche non è stato possibile seguire, per le parole arabe, ecc., il consueto sistema di trascrizione fonetica; così anche, per non alterare le citazioni, si è preferito lasciare i nomi arabi, ecc. delle parti tal quali sono indicati nei repertori, anche se talvolta errati od inesattamente trascritti.

I CONFLITTI DI LEGGI NELL'AFRICA ITALIANA

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Importanza dell'argomento. - 2. Le diverse categorie di conflitti. Conflitto internazionale di leggi. - 3. Conflitto di protezione. - 4. Conflitto interregionale. - 5. Conflitto di annessione. - 6. Conflitto coloniale. - 7. Conflitto fra la legge italiana e le leggi indigene. - 8. Conflitto fra le diverse leggi indigene. - 9. Aspetti del conflitto coloniale. - 10. Definizione. - 11. Precedenti storici. - 12. Personalità delle leggi nel medio evo. - 13. Teoria degli statuti. - 14. Utilità dal raffronto. - 15. Principii di soluzione dei conflitti di leggi in colonia. - 16. Processi di eversione. - 17. Necessità dello studio dei conflitti di leggi in colonia. - 18. Partizione della materia.

1. Nell'accennare alle complicazioni introdotte dai nostri statutori nel campo dei conflitti di leggi GUY COQUILLE diceva già ch'esso somiglia ad un labirinto senza filo, ad un lambicco di cervelli ⁽¹⁾; ed il presidente BOUHIER soggiungeva che la mente più sottile vi corre sempre pericolo di sbagliare ⁽²⁾. Ma se lo studio dei conflitti di leggi è considerato giustamente anche oggi come una delle parti più difficili del diritto, assai più arduo è quello dei conflitti di leggi in colonia, e cioè del così detto conflitto coloniale.

Nella trattazione scientifica del diritto coloniale e nella pratica forense, non vi è forse altro argomento che offra allo studio-

(1) *Les coutumes du pays et comté de Nivernois*, in *Oeuvres*, t. II, Bordeaux, 1703, pag. 1 e segg.

(2) *Oeuvres de jurisprudence de M. Bouhier*, t. I, Dijon, 1787, pag. 354. Su GUY COQUILLE e su J. BOUHIER vedi A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, t. I, Paris, 1888, pag. 297 e segg. e pag. 419 e segg.

so ed al pratico più spinose difficoltà. Materia naturalmente sottile, oltre che per sè stessa perchè fondata sopra casi di collisione spesso completamente diversi da quelli che sorgono nei paesi civili; già messa in falsa direzione da taluni scrittori, i quali, intravedendola appena, hanno ritenuto che potesse essere regolata dalle comuni norme di conflitto; e finalmente complicata dal fatto che la soluzione delle controversie, stante la novità e la molteplicità dei casi, non è dettata da norme speciali ma rimessa spesso al prudente discernimento dei giudici. Ora questa materia non solamente non è stata fino ad oggi esaminata in tutta la sua ampiezza ⁽¹⁾ ma, dato il modo frammentario, col quale è stata talune volte considerata, è rimasta priva di principii giuridici direttivi.

Oggetto delle nostre ricerche è di considerare la figura del conflitto coloniale ⁽²⁾, di approfondire alcuni principii fondamentali e di chiarire le principali controversie che possono sorgere o sono sorte in tal materia nell'Africa Italiana.

2. Per comprendere, meglio che sia possibile, la natura e l'originalità del conflitto coloniale, bisogna prima di tutto segnare con esattezza i confini da cui è circoscritto il campo di questo istituto giuridico.

A far ciò, nonostante il tentativo compiuto di recente dall'ARMINJON ⁽³⁾ ed ora anche da alcuni nostri internazionalisti

(1) Vedi la *Bibliografia* premessa al libro.

(2) L'espressione « conflitto coloniale » ha ormai cittadinanza nella nostra dottrina (cfr. A. SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, Palermo, 1935, pag. 345 e segg.; M. UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, Firenze, 1935, pag. 5 [Estr. dagli *Atti del Secondo Congresso di studi coloniali*]) ed in quella francese (cfr. J. - P. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1930, pag. 17). Divergono appena le espressioni adoperate da E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, 1930, pag. 17 e da M. ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflits de souveraineté (Les conflits d'annexion)*, Paris, 1925, pag. 158, rispettivamente, di « conflit de lois de type colonial » e di « conflit entre lois inégales par rapport à l'idée de civilisation ».

(3) La tesi dell'ARMINJON, da lui esposta nello scritto *Nature et portée des règles de droit international privé, leur place dans la législation*, Paris, 1920, sviluppata maggiormente nei suoi *Précis de droit international privé*, II éd., Paris 1927-29 e consistente nel ritenere, conformemente del resto al concetto del SAVIGNY, che tutti i conflitti di leggi obbediscano alle stesse regole di soluzione ed abbiano la stessa natura, in quanto, fra l'altro, derivano dalla stessa fonte, e cioè dai con-

sti ⁽¹⁾ per abbattere le distinzioni reputate artificiali tra i diversi tipi di conflitti di leggi, bisogna distinguere il conflitto coloniale da tutte le altre figure di conflitti che sorgono nella pratica.

Quando, infatti, si parla di conflitti di leggi la nostra mente ricorre al tipo più comune e diffuso, e cioè al conflitto internazionale di leggi, il quale sorge, com'è noto, allorché due o più leggi differenti, emanate da due o più Stati egualmente sovrani ed indipendenti gli uni dagli altri, si disputano il regolamento di un dato rapporto giuridico. Poiché la legge di uno Stato non può valere, se non ammessa, nel territorio di un altro Stato, la questione si presenta qui sotto due aspetti successivi, l'uno dell'acquisto dei diritti, l'altro del rispetto dei diritti già validamente acquistati ⁽²⁾. Si ha il primo quando, ad esempio, un francese voglia contrarre matrimonio in Italia ed occorra, quindi, stabilire da quale legge debbano essere regolate le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, le formalità delle nozze, ecc. In questo caso, adunque, si tratta sempre di far nascere un diritto a vantaggio di una persona e di determinare quale legge dovrà regolare il rapporto giuridico in formazione.

Può darsi, invece — ed è questo il secondo aspetto che differisce dal primo, il quale solo costituisce il conflitto di leggi propriamente detto — che il diritto sia già stato validamente acquistato e che lo straniero intenda solo avvalersene nel nostro paese. Così, ad esempio, nel caso in cui lo straniero voglia far valere in Italia gli effetti giuridici che derivano dal divorzio legalmente ottenuto all'estero e domandi il riconoscimento e la esecuzione della sentenza già pronunciata. Ma in tutti questi casi vi è un aspetto fondamentale importantissimo, che, cioè, si tratta

flitti sorti fra gli statuti municipali in Italia e le diverse consuetudini francesi, la sostituzione ch'egli fa delle figure di conflitti di sovranità, interregionali, ecc. con quelle di conflitti di sistemi giuridici semplici e complessi, meriterebbe lungo esame, massime in quei punti nei quali non si può non dissentire dall'A. Qui non è il luogo. Per taluni spunti di critica vedi la nota di J. - P. NIBOYET, *A propos d'une étude de M. Arminjon sur la nature, l'objet et la portée des règles de droit international privé*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, pag. 573 e segg.

(1) Cfr. R. ACO, *Teoria del diritto internazionale privato. Parte generale*, Padova, 1934, pag. 205 e segg.; R. DE NOVA, *Natura del diritto interlocale*, in *Riv. di diritto internazionale*, 1940, pag. 11, nota 17, e pag. 29.

(2) Su questo concetto vedi J.-P. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, op. cit., pag. 4 e segg.

sempre di determinare la competenza legislativa e giurisdizionale di diversi Stati fra loro, e di Stati, si è già detto, indipendenti gli uni dagli altri.

Il conflitto internazionale di leggi o, più semplicemente, il conflitto internazionale, dunque, non solo sorge fra leggi che hanno eguaglianza di titolo ed origine ma presuppone necessariamente che uno almeno degli elementi del rapporto giuridico in controversia sia straniero. Perchè nasca bisogna sempre ch'esso sia inquadrato fra due o più Stati. E così è anche un conflitto di sovranità. Ciò non già per il fatto che in tal caso sorga una vera contesa fra due o più sovranità. Gli Stati qui restano nell'ombra, nella *coulisse*, non s'interessano in realtà della controversia. Ogni Stato di più è indipendente nel suo territorio e, prevedendo il caso che dinanzi ai propri tribunali sorgano difficoltà per decidere a quale legislazione, nazionale o straniera, competa di regolare determinati rapporti giuridici, ha esso stesso da solo, senza l'intervento di alcuna autorità superiore o concorrente, inserito nei propri codici le norme che stabiliscano secondo quali leggi siffatte controversie debbono essere risolte dal giudice nazionale ed entro quali limiti possono esser applicate le leggi straniere.

Ma rimane sempre una questione ed è, appunto, quella della scelta, dell'applicazione dell'una o l'altra legge di due o più Stati pienamente sovrani. Questa questione, questo problema, ch'è tutto interno del giudice e che si concreta nel processo, costituisce in fondo il conflitto. Ogni conflitto di leggi è, dunque, un fenomeno puramente soggettivo ed ideale. Non a torto BOULLENOIS ⁽¹⁾ parlava in questo caso di « un combat intérieur, une indécision délibérée sur le choix ».

3. La differenza fra il conflitto internazionale e quello così detto di protezione non è facilmente visibile.

Il conflitto di protezione ⁽²⁾ ha luogo fra le leggi dello Stato protetto e quelle dello Stato protettore. Com'è noto lo Stato pro-

(1) *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes, ou statuts, par forme d'Observations*, Paris, 1766, I, Préface, pag. 2.

(2) Vedine un primo accenno in A. GIRAULT, *La condition juridique des indigènes dans les pays de protectorat. Rapport au Conseil supérieur de législation coloniale*, in *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales*

tetto conserva la sua qualità di Stato, mantiene la propria personalità internazionale ma, per taluni rapporti, consente che lo Stato protettore espliciti una ingerenza nei propri affari esteri ed interni: così avviene necessariamente per quel che riguarda la direzione ed il controllo della politica estera e così anche, ma in varia misura, quanto all'esercizio della sovranità interna.

Ne deriva che tuttoché il protetto conservi la sua autonomia nell'esercizio del potere legislativo, il protettore può riservarsi il diritto di legiferare anch'esso in alcuni casi o materie determinate; non solo, ma che nello stesso territorio, e cioè nello Stato protetto, possano coesistere due giurisdizioni, quella del protetto e quella del protettore, l'una indipendente dall'altra. Questo è il caso della Tunisia, sottoposta, dal punto di vista legislativo e giurisdizionale, alla sovranità beylicale ed, eccezionalmente, anche a quella francese; ed è, a maggior ragione, quello di alcuni altri paesi di protettorato francese (Annam, Tonchino, ecc.) ⁽¹⁾.

Il conflitto fra le leggi francesi e quelle tunisine, ecc. o, più semplicemente, il conflitto di protezione non è, però, un vero e proprio conflitto internazionale.

Il conflitto internazionale, infatti, sorge fra due o più sovranità poste teoricamente sullo stesso piano, quello di protezione, invece, pone in presenza due sovranità, delle quali l'una è in realtà subordinata all'altra: i rapporti e, per così dire, i riguardi dell'una verso l'altra sono diversi. Ne deriva, ad esempio, che la legge tunisina e quella francese in Tunisia, per quanto promanino da due Stati differenti e da due diverse sovranità, non hanno sostanzialmente eguaglianza di titolo. La soluzione del conflitto fra l'una e l'altra è sempre dominata da questa

(Dareste), 1922, II, pag. 7 e segg. Il GIRAULT, pure ammettendo che nei rapporti fra protetto e protettore la norma destinata a risolvere i conflitti di leggi non possa esser dettata di autorità da una o l'altra delle parti, assomiglia del tutto il conflitto di protezione al conflitto coloniale. Lo CHAUVEAU, *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, in *Revue algérienne*, 1928, I, pag. 45 e segg., distinguendolo dal conflitto internazionale, lo accosta, invece, a quello di annessione.

(1) Cfr. la relazione di A. GIRAULT, in *Compte rendu de la Session tenue à la Haye les 7, 8 et 10 juin 1927*, Bruxelles, 1927, pag. 115 e segg. [Institut Colonial International. Bibliothèque Coloniale Internationale]. Vedi anche V. BISMUT, *Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie*, Dijon, 1922.

diversità e conduce assai spesso a far prevalere la legge dello Stato protettore su quella emanata dal protetto (1).

4. Un tipo di conflitto di leggi molto diffuso è, poi, quello così detto interregionale (2).

Esso si verifica anzitutto — ed è il caso in cui i suoi aspetti più somigliano a quelli del conflitto internazionale — negli Stati federali. In tal caso, come, ad esempio, negli Stati Uniti (3), ogni Stato membro ha un ordinamento giuridico originario e, quindi, indipendente per la sua fonte da quello dello Stato federale ed una legislazione autonoma: facili, di conseguenza, i conflitti fra le leggi di uno Stato e quelle degli altri. Identicamente avviene nei rapporti tra i Dominii che fanno parte della Comunità delle Nazioni britanniche (4) e così anche avveniva un tempo, prima del 1900, negli Stati che formavano la Confederazione germanica (5).

Può darsi anche che uno Stato sia politicamente unificato, ma che la legislazione non sia identica per tutte le parti, provincie, ecc. del suo territorio: così accade in tutti gli Stati plurilegislativi od a sistema giuridico complesso. La pluralità di leggi genera inevitabilmente conflitti fra di esse: questo è, appunto, il caso del conflitto interregionale tipo.

Si pensi, a tal proposito, alle condizioni della Francia, allor-

(1) Sulla giurisprudenza in tal senso cfr. H. BATTIFOL, *Chronique de jurisprudence française 1935-1936. Conflit des lois*, in *Revue critique de droit international*, 1937, pag. 420 e segg.

(2) Buon saggio di analisi in A. SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, op. cit., oltre che nell'altro scritto dello stesso A., *De l'existence d'un troisième droit intermédiaire entre le droit interne et le droit international*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1939, pag. 338 e segg. Cfr. anche R. DE NOVA, *Natura del diritto interlocale*, loc. cit.

(3) Vedi la seconda edizione del trattato di A.-V. DICEY, *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, London, 1896, dove è una larga trattazione dei conflitti di leggi negli Stati Uniti a cura di L. B. MOORE e la più recente trattazione di J. P. BARBEY, *Le conflit des lois en matière de contrats dans le droit des Etats-Unis d'Amérique et le droit anglais comparés au droit français*, Paris, 1938.

(4) Cfr., per una trattazione più recente, R. W. LEE, *Lezioni sull'Impero Britannico*, Torino, 1934, pag. 27 e segg.

(5) Cfr. J. KEIDEL, *Le droit international privé dans le nouveau code civil allemand*, in *Clunet*, 1898, pag. 867 e segg.

chè, prima della Rivoluzione, era composta di diverse provincie che formavano quasi tante distinte nazioni e le leggi promulgate dal re sotto il nome di ordinanze, di editti, di lettere patenti, benchè in sè stesse obbligatorie in tutto il regno, non erano, qualora i singoli Parlamenti rifiutassero di registrarle, applicate in tutte le regioni; e di più la maggior parte della legislazione era costituita dalle consuetudini generali o locali e dallo stesso diritto romano. Così anche alle condizioni della Spagna, dove, prima che nel 1889 venisse stabilita, benchè non completamente, l'unità di legislazione, diverse erano le leggi particolari o *fueros* di ciascuna regione e così quelle d'Aragona differivano da quelle di Castiglia, ecc. (1).

Lo stesso può dirsi della Svizzera, nella quale l'unità di legislazione, iniziata nel 1881 per il diritto delle obbligazioni, è stata raggiunta solo nel 1912, ma non per tutti i Codici, eliminandosi gli inconvenienti che derivavano dall'esistenza in un cantone del diritto germanico, in un altro del diritto francese, ecc. (2); così anche della Grecia, nella quale coesistono diverse legislazioni locali o particolari (3) e così, infine, della Romania, dove è ancora in corso il processo di unificazione legislativa per toglier di mezzo i vari codici (austriaco, ungherese, napoleonico, ecc.) vigenti nelle diverse regioni (4). L'uniformità di legislazione non s'incontra, poi, nemmeno in altri Stati: così, ad esem-

(1) Si ricordi qui l'istruttiva memoria di J. PEREZ MARTINEZ, *Los conflictos interregionales segun las disposiciones contenidas en el titulo preliminar del código civil*, in *Revista de derecho internacional y politica exterior*, 1907, pag. 169 e segg. Vedi anche M. DE LASALA LLANAS, *Il diritto civile interregionale in Spagna*, in *Annuario di diritto comparato*, 1937, I, pag. 201 e segg.

(2) Cfr. E. ROCUIN, *Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale*. Commentaire du traité franco-suisse du 15 juin 1869, Lausanne, 1891; M. HUBER, *The intercantonal law of Switzerland*, in *The American journal of international law*, 1909, pag. 68 e segg.

(3) Cfr. M. STASINOPULOS, *I diritti locali in Grecia*, in *Annuario di diritto comparato*, 1938, I, pag. 145 e segg. Si è già provveduto, però, all'unificazione dei vari sistemi territoriali di diritto civile vigenti in Grecia con la pubblicazione di un progetto di codice civile: cfr. in proposito, per quel che qui maggiormente ci riguarda, M. UDINA, *Sulle norme di diritto internazionale privato del progetto di codice civile greco*, Trieste, 1939.

(4) Vedi E. KAUSCHANSKY, *L'unificazione del diritto civile in Rumenia in materia di matrimonio, di diritto di famiglia e di successione*, in *Riv. di diritto civile*, 1931, pag. 253 e segg.

pio, manca nella Jugoslavia ⁽¹⁾, nella Slovacchia ⁽²⁾, in Polonia ⁽³⁾, ecc. Ora poichè il conflitto di leggi nasce dalla diversità di legislazione è facile rilevare come esso sia frequente nei casi e negli Stati or ora ricordati.

Il conflitto interregionale si verifica ancora nel caso in cui e fino a che, in date provincie di uno Stato, si lasci sopravvivere, per circostanze speciali, la legislazione ivi vigente. In questo caso può sorgere conflitto, per determinati rapporti giuridici, fra le leggi principali e generali dello Stato e quelle mantenute in vigore in quelle determinate provincie: così, nell'immediato dopoguerra, è avvenuto in Francia per le leggi sociali d'Alsazia e Lorena ⁽⁴⁾, così da noi per le leggi lasciate in vigore nelle nuove provincie prima dell'unificazione legislativa avvenuta col R. D. 4 novembre 1928, n. 232, così nel Belgio per quelle dei cantoni d'Eupen e di Malmédy, così, infine, in Romania ed in alcuni banati della Jugoslavia per i rapporti giuridici delle popolazioni musulmane ⁽⁵⁾.

Qui il conflitto, benchè possa esser compreso nella cerchia più larga e generale del conflitto interregionale, presenta qualche aspetto caratteristico. Invero, non si tratta tanto di stabilire da quale di due o più diritti locali debba essere regolato un determinato rapporto giuridico quanto di vedere se debba prevalere la legge generale e principale già codificata dallo Stato che esercita ormai la sovranità in tutto il territorio od il diritto lasciato in vigore in una parte di esso. Il diritto locale in tal caso è quasi

(1) Cfr. R. ACO, *Teoria del diritto internazionale privato*, op. cit., pag. 35 e gli autori ivi ricordati.

(2) Cfr. R. ACO, *Conflitti di leggi regionali diverse nella Repubblica cecoslovacca*, in *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari*, 1931, pag. 1 e segg.

(3) Cfr. M. UDINA, *Il diritto internazionale privato nella Repubblica polacca*, in *Riv. di diritto internazionale*, 1927, pag. 187 e segg.; *Id.*, *La legge polacca del 2 agosto 1926 sui conflitti di diritto interregionale privato*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto comparato della R. Università Commerciale di Trieste*, 1929, pag. 3 e segg. Vedi anche L. BABINSKI, *La solution des conflits de lois en Pologne*, in *Clunet*, 1931, pag. 18 e segg.

(4) Per il commento alla legge del 24 luglio 1921 sui conflitti di leggi nell'Alsazia e Lorena vedi J. — P. NIBOYET, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé*, Paris, 1922; *Id.*, *Conflits de lois interprovinciales*, in *Répertoire de droit international*, IV, pag. 623 e segg.

(5) Cfr. M. BECOVITCH, *De l'évolution du droit musulman en Yougoslavie*, Alger, 1930, pag. 3 e segg.

sempre diritto straniero nazionalizzato, come, ad esempio, le leggi tedesche nell'Alsazia e quelle austriache nelle nuove provincie ed il problema che ne deriva per la sua applicazione si riduce in fondo ad un problema di gerarchia fra esso e le leggi generali francesi od italiane imperanti in tutto lo Stato. Nè con ciò può dirsi chiusa la sfera di azione di tal conflitto, perchè, a mano a mano, ad esempio, che le leggi italiane, le leggi generali dello Stato sono state, negli anni scorsi, introdotte nelle nuove provincie, sono sorte e possono ancora sorgere altre questioni per stabilire i limiti d'impero delle leggi stesse e delle leggi locali d'origine austriaca ⁽¹⁾.

Quali che siano gli aspetti del conflitto interregionale od interlocale di leggi esso va, però, distinto completamente da quello internazionale: questo è, come s'è visto, un conflitto di sovranità e le soluzioni additate per risolverlo sono diverse, Stato da Stato. Quello è, invece, un conflitto di leggi generali e locali, nazionali o nazionalizzate, risolto con criteri uniformi per tutto il territorio dello Stato, tendenti a dare alle stesse leggi una maggiore sfera d'applicazione, vuoi che riguardino, ad esempio, lo stato delle persone, vuoi che considerino le successioni, ecc. Taluni concetti, poi, propri del conflitto internazionale di leggi si alterano: così quello della qualificazione dei rapporti giuridici, in quanto che, mancando nel conflitto interregionale qualsiasi conflitto di sovranità, non vi può essere d'ordinario che un solo sistema generale di qualificazione, italiano, francese, ecc. ⁽²⁾. Così anche quello d'ordine pubblico per il fatto ch'esso deve obbe-

(1) Su di esse vedi G. CREMONESI, *Sulle interferenze e collisioni del diritto interlocale*, in *Temi lombarda*, 1927, pag. 737 e segg.; G. DIENA, *Sui conflitti fra le leggi di diritto privato in vigore nelle nuove provincie del Regno e quelle vigenti nelle antiche (Proposte per l'emanazione di una legge per risolverli)*, in *Riv. di diritto civile*, 1921, pag. 60 e segg.; T. PERASSI, *Su l'estensione del diritto internazionale privato italiano alle nuove provincie*, in *Riv. di diritto internazionale*, 1926, pag. 516 e segg.; Z. SALVIOLI, *Sui conflitti di legislazione fra vecchie e nuove provincie del Regno*, in *Archivio giuridico*, 1922, pag. 139 e segg.; M. UDINA, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1933, pag. 102 e segg. oltre agli altri suoi scritti ivi citati; F. VASSALLI, *Questioni di ordine pubblico rispetto a sentenze pronunciate da tribunali del medesimo Stato*, in *Riv. del diritto commerciale*, 1921, pag. 179 e segg.

(2) Ma la presenza di più diritti particolari non dovrebbe escludere, secondo lo SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, op. cit., pag. 286, che un medesimo rapporto litigioso possa essere oggetto di qualificazioni diverse.

dire agli stessi principii in tutto il territorio dello Stato, così, da ultimo, quello del rinvio, il quale suppone una collisione tra due sistemi di conflitti di leggi mentre nel conflitto interregionale non vi è che una sola categoria di norme di conflitto.

5. Il conflitto di annessione può sorgere quando le leggi dello Stato vincitore o cessionario sono estese al territorio annesso. Non è un conflitto di sovranità: se mai le sovranità, come nel caso di obbligazioni derivanti dal trattato di pace, di cessione, ecc., qui intervengono solo successivamente ⁽¹⁾. Più che alla nozione di spazio esso ci riconduce a quella di tempo, sorge fra due leggi successive e s'innesta alla teoria della retroattività delle leggi ⁽²⁾.

Il conflitto di annessione si è presentato, ad esempio, quando nel 1860 la Savoia fu annessa alla Francia e presso di noi poco più tardi quando le provincie romane furono unite all'Italia. In quest'ultimo caso, essendo la legge italiana subentrata a quella pontificia nelle provincie di Roma, nacque questione quanto alla sorte dei matrimoni validi per la legge pontificia ma nulli per la legge italiana. Si ritenne allora che per la successione dello Stato italiano allo Stato pontificio, avvenuta mediante l'annessione, e per la pubblicazione del codice civile italiano, l'originario conflitto ch'era un vero conflitto di annessione tra la legislazione pontificia e l'italiana fosse sparito col subentrare di quest'ultima all'abolizione della prima e che per la fusione dei due Stati in uno Stato, del doppio territorio in un territorio, e per lo stendersi della legge italiana su tutto il territorio italiano, la validità dei matrimoni contratti legittimamente sotto l'impero del diritto pontificio, riconosciuta dal diritto italiano, fosse divenuta validità dei matrimoni secondo il diritto italiano e per tutto l'unico territorio italiano.

Tale conflitto è sorto, in epoca più recente, in occasione dell'introduzione delle leggi francesi nell'Alsazia e Lorena ed è identico anche nel caso in cui i territori annessi siano coloniali perchè si tratta sempre di stabilire quali delle leggi estese o già

(1) Bene intende questo carattere M. ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflits de souveraineté (Les conflits d'annexion)*, op. cit., pag. 191 e segg.

(2) Cfr. H. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, t. II, Paris, 1933, pagina 465 e segg.

in vigore nel territorio annesso debbano esser applicate a determinati rapporti giuridici ⁽¹⁾. Esso differisce, però, profondamente dai conflitti internazionali di leggi perchè spetta solo allo Stato vincitore o cessionario di stabilire le norme del conflitto. Solo nel caso in cui tali norme siano stabilite con un trattato, potrebbe ritenersi che vi sia un conflitto di sovranità indipendenti. Ma in realtà non è così perchè quando successivamente il conflitto sorge ed importa stabilire quale delle due legislazioni deve esser applicata al rapporto in disputa, la determinazione delle norme per la soluzione della controversia non è fatta più dagli Stati, nella loro piena indipendenza, ma è stabilita dal trattato.

6. E veniamo al conflitto coloniale. L'impossibilità di sottoporre ad una legislazione uniforme popolazioni profondamente differenti per razza, per religione e per tradizioni, l'inopportunità di abolire le istituzioni giuridiche indigene per sostituirle con altre e tanto meno, poi, con quelle metropolitane certamente inadatte per le popolazioni di colore hanno quasi sempre, a parte altre considerazioni ⁽²⁾, indotto gli Stati colonizzatori e specialmente il nostro, meno attratto degli altri da tendenze assimilatrici, a lasciare che i nativi continuino, soprattutto per i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, al diritto successorio, ecc., vale a dire per i rapporti strettamente collegati con le loro tradizioni e consuetudini, ad essere regolati dal loro diritto scritto o consuetudinario.

Avviene così che in colonia non v'è una legislazione unica, sola applicabile a tutto il paese, ma diverse sono, nello stesso territorio, le leggi che si applicano ai diversi abitanti: leggi, anzi-

(1) Così, ad esempio, annesso l'Oltre Giuba alla Somalia col R. decreto-legge 7 maggio 1925, n. 720 potevano nascere questioni quanto all'applicabilità delle leggi coloniali inglesi o delle leggi italiane per l'acquisto dei diritti o per il rispetto dei diritti già validamente acquistati. Niuna norma fu allora emanata in proposito. Con l'art. 7 dell'Accordo di Londra fu stabilito solo che le concessioni ed i diritti di proprietà dei cittadini e dei sudditi coloniali, riconosciuti validi dal precedente governo, conservano la loro validità sotto il nuovo, sempre che, però, fossero conformi alle leggi generali ed ai regolamenti che avrebbero avuto vigore nel nuovo territorio.

(2) Di carattere psicologico, religioso, sociale, ecc. Su di esse vedi H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927, pag. 228 e segg. Si badi, dunque, che la personalità delle leggi in colonia non costituisce, come nel medio evo, un fenomeno di dissociazione dello Stato.

tutto, come nell' Africa Italiana, d' ordine generale o di diritto metropolitano appositamente estese od espressamente emanate per i cittadini italiani e gli stessi nativi; leggi straniere per i cittadini stranieri in esse residenti, in tutti quei rapporti giuridici in cui la loro applicazione sia consentita dalle norme di diritto internazionale privato, entro i limiti imposti dall' ordine pubblico coloniale; diritto indigeno, infine, musulmano delle diverse scuole, ebraico, abissino, norme consuetudinarie, statuti scritti e non scritti per i nativi musulmani, ebrei, cristiani monofisiti, ecc., nati nelle nostre colonie od in esse residenti e per gli altri indigeni assimilati ai nativi.

Ma, a differenza di quel che suole verificarsi nelle altre figure di conflitto or ora ricordate, qui non vi sono tante leggi quante le diverse regioni di questa o quella colonia, non v' è alcuna localizzazione geografica del diritto ⁽¹⁾: qui, invece, determinate leggi si applicano a date persone in ragione della loro qualità, secondo che esse professino questa o quella religione, siano cioè musulmane, israelite, ecc. o, quand' anche siano della stessa religione, appartengano ad una gente invece che ad un' altra, facciano parte di questa o di quella tribù, ecc. Le leggi che governano in gran parte i nativi, per i quali il problema presenta gli aspetti più interessanti, sono non territoriali ma eminentemente personali, anteriori alla nostra occupazione o conquista, e si applicano dovunque essi risiedano, in considerazione che dipendono non dal territorio, non da una ripartizione geografica ⁽²⁾ ma dalla religione da essi professata, dalla gente alla quale appartengono, ecc.

Il conflitto che sorge in tal caso non è, dunque, un conflitto di leggi territoriali ma in gran parte di leggi personali o di statuti.

Vari, tuttavia, sono gli aspetti ch' esso può assumere. Già si è visto che ai cittadini stranieri residenti nell' Africa Italiana sono assicurate, quanto al godimento ed all' esercizio dei diritti

(1) Nè la persona stessa risulta localizzata, a causa del suo domicilio, su un punto determinato dello spazio. Il domicilio, almeno per i nativi, non ha, dunque, alcuna importanza.

(2) Non v' è, quindi, nè vi può essere sovrapposizione della carta delle consuetudini e della carta geografica delle diverse circoscrizioni. Ciò si vedrebbe assai bene se si facesse una carta del diritto indigeno nell' Africa Italiana come quella che H. KLIMRATH, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris, 1843, vol. II, fece della Francia consuetudinaria.

civili, quelle stesse guarentigie delle quali godono gli stranieri nel regno. Parrebbe, quindi, che il conflitto fra le leggi italiane in esse vigenti e le leggi straniere non presenti alcun aspetto notevole e possa essere risolto secondo i principii generali del conflitto internazionale di leggi.

Ma non è così. Si consideri, ad esempio, il caso in cui un cittadino egiziano, ecc. di religione musulmana, il quale dopo aver contratto matrimonio nel suo paese dove, secondo il suo statuto personale, la poligamia è ammessa, si rechi in Libia e voglia sposarvi un' altra donna, musulmana come lui, od intenda ottenere il divorzio e contrarre nuove nozze. Se tale proposito fosse manifestato in Italia subito gli si opporrebbe un divieto assoluto, trattandosi di compier atti contrari all' ordine pubblico del regno. In Libia, invece, accade tutto il contrario e poichè gli stranieri musulmani sono regolati dalla legge musulmana al pari dei nativi e diversa è l' efficacia dell' ordine pubblico coloniale, nè il secondo matrimonio e cioè, in altri termini, la poligamia nè il divorzio subiscono per essi divieti di sorta. In questo, dunque, ed in tanti altri casi il conflitto fra le leggi italiane e le leggi degli stranieri presenta in colonia aspetti diversi da quelli che in casi pressochè identici si osservano nel regno.

7. Un conflitto ben più frequente ed interessante è, in secondo luogo, quello che costituisce il conflitto coloniale tipo e che sorge innanzi tutto fra la legge italiana e la legge indigena ⁽¹⁾.

Benchè a tal proposito il nostro legislatore si sia sforzato in più di un punto di stabilire la sfera di efficacia dell' una e dell' altra legislazione, allorchè i cittadini italiani stringono rapporti giuridici con i nativi, i conflitti in tal materia non sono rari. Si supponga, ad esempio, che una cittadina italiana libica stipuli presso un notaio italiano a Tripoli la vendita di una casa, suo bene nuziale (*mahr*), in favore di un cittadino italiano. Poichè l' atto vien concluso secondo la legge italiana e cioè del

(1) Si noti qui, una volta per tutte, che quando si parla di legge italiana s' intendono le leggi d' ordine generale applicabili in colonia, quelle che sono state appositamente emanate per le colonie od estese ad esse ed, infine, quelle richiamate o modificatrici delle leggi stesse. L' espressione legge indigena comprende, poi, tutte le leggi scritte e le tradizioni e consuetudini orali dei vari sistemi giuridici dei nativi.

compratore dovrà richiedersi l'autorizzazione del tribunale o, trattandosi di una questione di capacità, può farsi a meno secondo quanto dispone il diritto musulmano? Si supponga ancora che un cittadino italiano, guidando la propria automobile, abbia investito ed ucciso in Libia un nativo musulmano. In qual guisa si farà luogo alla valutazione ed alla ripartizione dell'ammontare dei danni? si applicherà la legge italiana o non piuttosto il diritto musulmano?

8. Nè basta. Il conflitto, infatti, può sorgere anche fra le stesse leggi indigene, fra gli stessi statuti personali.

Occorre appena ricordare, ad esempio, che i musulmani non appartengono tutti alla stessa scuola o sistema (*madhhab*), che in parte differenti sono le loro leggi secondo i diversi sistemi professati, diverso altresì il diritto consuetudinario dal loro diritto scritto, ad esempio il *destur* dei Somali o le *daraib* dei nativi della Cirenaica dalla *shariah*.

Ora si supponga che un cittadino italiano libico, condomino di un immobile, agisca per l'esercizio del diritto di retratto (*shufah*) e gli si opponga la decadenza del termine relativo: dovrà ritenersi, secondo la scuola *mâlikita*, che il termine per l'esercizio è di due mesi se il condomino era presente alla vendita e di un anno se non vi abbia assistito o non piuttosto, secondo la scuola *hanafita*, ch'egli doveva esercitare la *shufah* non appena avuta notizia della vendita della quota parte dell'immobile a terzo estraneo alla comunione? Si supponga ancora che due coniugi, sudditi eritrei, appartenenti a differente statuto, abbiano consensualmente divorziato e si debba, quindi, far luogo alla divisione dei beni coniugali comuni: se nel giorno della celebrazione del matrimonio non è stato stabilito da quale statuto il matrimonio dovesse essere regolato, quali saranno i criteri di spartizione, dato ch'essi variano secondo i differenti statuti delle tribù?

9. Gli esempi qui appena citati valgono ad additare la novità vera dei conflitti di leggi in colonia. Ma essi permettono già

di esporne gli aspetti essenziali, i quali rimarranno meglio dimostrati via via che si procederà ⁽¹⁾.

Si è visto che il conflitto coloniale è, principalmente, un conflitto non di leggi territoriali ma di leggi personali o di statuti. A differenza del conflitto internazionale di leggi esso, tranne in alcune ipotesi che potrebbero ritenersi estranee e che, tuttavia, occorrerà, a suo tempo, esaminare sia per completezza di trattazione che per il loro aspetto speciale, non deriva dal conflitto di due o più sovranità ma dal fatto che, in virtù di una norma dettata dallo stesso Stato sovrano, coesistono su uno stesso territorio leggi diverse secondo i differenti abitanti: diverse perchè dirette a regolare relazioni giuridiche per molti aspetti sì lontane dalle nostre, per varietà e rudimentalità di precetti, per vetustà di procedura, per struttura di negozi giuridici.

E', dunque, un conflitto di statuti di diritto interno, simile a quello che ancor oggi si verifica in Algeria ⁽²⁾, nella Tunisi-

(1) Gli aspetti del conflitto coloniale, la sua differente natura e l'esistenza di norme particolari di soluzione avrebbero già dovuto condurre al suo isolamento invece che all'incasellamento in categorie generali come ha fatto l'ELIESCO, *op. cit.*, pagg. 158 e 191 e segg., ponendovi a base solo l'elemento della disuguaglianza di civiltà ed accomunandolo con quelli interconfessionali che si verificano nel territorio metropolitano di taluni Stati, e come fa ora anche lo SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, *op. cit.*, pag. 353. Quest'ultimo osserva che « i conflitti coloniali, pure avendo una natura particolare rispetto agli altri conflitti, rientrano nel campo del diritto interregionale perchè sono sempre conflitti di leggi che si verificano dentro il territorio sottoposto ad un medesimo potere legislativo ». E così nè l'uno nè l'altro giungono a svincolare il conflitto coloniale dalle trattazioni generali.

Ma ch'esso sia fondamentalmente diverso da tutti gli altri tipi di conflitto nessuno più dubita: cfr. in questo senso E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, *op. cit.*, pag. 17; P. CHAUVÉAU, *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, *loc. cit.*, pag. 45; H. SOLUS, *La loi applicable aux rapports juridiques de droit établis entre indigènes et non-indigènes*, in *Compte rendu de la XXII Session tenue à Lisbonne les 18, 19 et 20 avril 1933*, Bruxelles, s. d., Annexe I, pag. IX [Institut Colonial International. Bibliothèque coloniale internationale], il quale ultimo osserva che « la similitude qui existe entre le conflit colonial et le conflit de droit international privé est de pure façade. Au fond les deux sortes de conflits diffèrent par leur nature et dans leur essence même ».

(2) Trattazione speciale ma ormai antiquata in L. DUNOYER, *Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie précédé d'une étude sur l'irrevocabilité des donations en droit romain*, Paris, 1888. Cfr. anche E. LARCHER, *Traité de législation algérienne*, III éd., Paris, 1922, vol. II, n. 598; vol. III, n. 989.

sia ⁽¹⁾, in Egitto ⁽²⁾, nella Palestina ⁽³⁾, ecc. e, come tale, le norme che regolano il conflitto internazionale di leggi hanno su di esso assai scarsa efficacia. Esse potranno dare solo qualche filo conduttore ⁽⁴⁾.

Non è un conflitto paritario, nel senso che fra la legge italiana generale e fondamentale e la legge indigena che ha sempre carattere particolare ⁽⁵⁾, non vi è uguaglianza di titoli ⁽⁶⁾ e di

(1) Cfr. R. SCAMAMA, *Essai sur les conflits de lois en Tunisie en matière de droit de famille*, Paris, 1930.

(2) L'Egitto, data anche la molteplicità delle giurisdizioni ivi esistenti, offre in tal materia largo campo d'indagine già percorso da P. ARMINJON, *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam*, in *Clunet*, 1912, pag. 1032 e segg.

(3) Cfr. F. M. GOADBY, *International and inter-religions private Law in Palestine*, Jerusalem, 1926. Sui tribunali speciali istituiti in Palestina per la risoluzione dei conflitti di leggi vedi N. BENTWICH, *The Law and the Courts of Palestine*, in *The Cambridge Law Journal*, 1924, II, pag. 173 e segg.

(4) Certamente P. MARY, *Influence de la conversion religieuse sur la condition juridique des personnes en Algérie*, Paris, 1910, pag. 90, esagera nel ritenere che le norme di diritto internazionale privato debbono senz'altro aver applicazione tutte le volte che sorga conflitto tra le leggi estese in colonia e la legge indigena; ed ugualmente fa A. MACCHIA, *L'ordinamento giuridico coloniale*, in *Riv. delle colonie*, 1940, pag. 1417. L'applicazione, invece, non può assai spesso aver luogo senza una vera alterazione di esse: su cui UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 32. La possibilità del ricorso ai principii vigenti nel campo del diritto internazionale privato per la soluzione dei conflitti coloniali è molto attenuata dallo SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, op. cit., pag. 353. Per la ricerca, in via analogica, di qualche principio cfr., infine, la nota di M. MORAND a « Justice de paix Alger », 2 marzo 1910, in *Revue algérienne*, 1911, I, pag. 76. Ma su questo argomento si ritornerà più avanti.

(5) Questo punto è variamente risolto nella dottrina. Il DUNOYER, *Étude sur le conflit des lois spécial à l'Algérie etc.*, op. cit., pagg. 7 e 41 ritiene che la legge indigena è una legge eccezionale. Benchè formi un sistema a sè essa costituisce sempre un'eccezione rispetto alla regola ch'è il diritto comune o generale posto in colonia dallo Stato colonizzatore. Cfr. in questo senso anche C. CERETI, *Nota alla sentenza 12 marzo 1932 della Corte d'appello per la Libia*, in *Riv. di diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 452 e segg. Il SOLUS, *La loi applicable aux rapports juridiques de droit établis entre indigènes et non-indigènes*, op. cit., pag. XIV, oppone, invece, che la legge indigena ha un titolo d'uguaglianza con la legge metropolitana: le due leggi hanno semplicemente una portata d'applicazione differente, in quanto i soggetti da esse regolati non sono gli stessi. Non v'è che questa sola differenza e per questo motivo la prima non può essere una legge eccezionale.

Importa osservare, però, che la legge indigena ha vigore solo per date persone e non per tutti i rapporti giuridici che le riguardano. Essa è, dunque, una legge più particolare che eccezionale.

(6) Qui occorre distinguere. Se si considera dal lato della statuizione v'è indubbiamente uguaglianza di titoli fra la legge italiana e la legge indigena. L'una

civiltà ⁽¹⁾: spetta al nostro legislatore e, quindi, allo Stato sovrano di stabilire se ed entro quali limiti e per quali rapporti i nativi rimarranno sotto l'impero delle leggi per essi anteriormente vigenti e quale efficacia queste ultime conserveranno nei rapporti misti, e cioè fra italiani o stranieri e nativi, e rispetto alla legge italiana più civile. Il conflitto, in altri termini, ha luogo fra le leggi del sistema giuridico dominante e quelle del sistema giuridico subordinato ⁽²⁾.

e l'altra hanno vigore per un'espressa statuizione da parte del legislatore dello Stato sovrano. Così solo la legge indigena viene assorbita o nazionalizzata, pure rimanendo sempre indigena: su questo punto cfr. R. ACO, *Teoria del diritto internazionale privato. Parte generale*, op. cit., pagg. 91 e 112 e segg. e vedi anche T. COLONIA Eritrea, 5-13 agosto 1931, Amina Becri Sichera ved. el-Gul c. Valeriani, *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 563.

Ma se si guarda dal lato del conflitto di leggi, ch'è quello che qui più interessa, l'aspetto è diverso: « Dans le conflit international de lois — scrive BARTIN, op. cit., pag. 20 — les deux lois entre lesquelles s'élève le conflit sont des lois dont le titre et l'origine sont égaux, parce qu'elles correspondent, l'une et l'autre, à des États différents, à des États également indépendants, bref à des souverainetés différents. Dans le conflit de type colonial au contraire, c'est en vertu d'un acte de souveraineté de la France seule que la coutume musulmane a conservé, *parte in qua*, son empire sur des sujets français musulmans: il n'y a donc plus, entre la loi française et la coutume indigène, cette égalité de titres que suppose le conflit international de lois ».

(1) Bene colgono quest'aspetto peculiare o, quanto meno, permanente, del conflitto coloniale, come conflitto di leggi di civiltà diverse, BARTIN, op. cit., pag. 17; CHAUVEAU, *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, loc. cit., pag. 48; ELIESCO, op. cit., pag. 158; SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, op. cit., pag. 31. E lo accoglie anche, come concetto fondamentale e distintivo del conflitto coloniale da quello internazionale, la giurisprudenza algerina: cfr. A. ALGERI, 12 dicembre 1932, *Clunet*, 1936, 158 e così anche H. BATTIFFOL, *Chronique de jurisprudence française 1935-1936. Conflit des lois*, loc. cit.

(2) Benchè in qualche punto finisca anch'egli per accoglierlo (pag. 12), resiste a questo concetto UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 25, obiettando ch'esso conduce a costituire una specie di gerarchia fra il sistema giuridico locale posto dallo Stato sovrano ed i sistemi giuridici indigeni. Identificamente fa il SOLUS, *La loi applicable aux rapports juridiques de droit établis entre indigènes et non-indigènes*, loc. cit., pag. XV, pure ammettendo ch'esso possa essere esatto quando la legge metropolitana è in disputa con consuetudini primitive; e così, da ultimo, anche lo SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, op. cit., pag. 289.

Ma il concetto, oltre ad essere una conseguenza logica della disuguaglianza di civiltà fra la legge metropolitana e la legge indigena, rispecchia certi principii derivanti dal modo stesso come lo Stato colonizzatore intende le sue relazioni con i nativi. Vi aderiscono: ARMINJON, *Le domaine du droit international*, in *Clunet*, 1922, pag. 923; Id., *Les qualifications légales*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1923, pag. 280; CHAUVEAU, *Le conflit des lois dans l'A-*

Poichè si tratta di un conflitto in massima parte di leggi personali o, come altri sostiene, di leggi interpersonali, fra sistemi giuridici a base personale ⁽¹⁾, diversi risultano per lo più i momenti di collegamento per l'applicazione della legge al rapporto in disputa: non più il domicilio, il luogo nel quale le cose si trovano od il contratto è stato concluso ma la religione, l'appartenenza ad una data gente, l'assimilazione, ecc. E', infine, come vedremo meglio di qui a poco, un conflitto che deriva da uno stato sociale transitorio e destinato, di conseguenza, a perdere d'intensità col tempo.

10. A questo punto si può definire il conflitto coloniale: esso è il conflitto che sorge in colonia fra le leggi italiane e le leggi personali ed eccezionalmente territoriali ⁽²⁾ dei nativi e fra i diversi statuti dei nativi stessi, allorchè si tratta di stabilire da quale legislazione debba essere regolato un dato rapporto giuridico, sia quanto alla sua nascita che al suo svolgimento.

Importa si indugi su tale definizione. Il conflitto coloniale sorge in colonia. Questa formula esclude dalla figura dell'istituto i conflitti che possono sorgere nel regno fra la legge italiana e le leggi personali dei nativi: qualcuno è già accaduto ⁽³⁾ ed essi potrebbero più avanti esser frequenti. Si possono, comunque, costruir facilmente alcune ipotesi che li farebbero nascere: il cittadino italiano libico musulmano conserva, tanto all'estero come in Italia, il suo statuto personale; ma vi potrà ottenere il divorzio o contrarre un secondo matrimonio? Ecco, ad

frique du Nord, loc. cit., pag. 48; ELIESCO, *op. cit.*, pag. 381; NIBOYET, *Conflicts de lois interprovinciaux*, in *Répertoire de droit international*, vol. IV, 1929, pag. 632, ecc.

(1) Concetto del BARTIN, *op. cit.*, pag. 14 ribadito da R. DE NOVA, *Natura del diritto interlocale*, loc. cit., pag. 3.

(2) Aderisco così all'osservazione di UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, *op. cit.*, pag. 6.

(3) Cfr. A. Napoli, 20 novembre 1931, in *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 401, la quale ritenne giustamente che lo statuto personale di una suddita eritrea residente nel regno dovesse essere regolato dalla propria legge, pure cadendo nell'errore che potesse esser applicato il codice civile eritreo, mai, com'è noto, entrato in vigore. Questi conflitti sono assai più frequenti in Francia: vedi, ad esempio, quanto all'applicazione del diritto musulmano della scuola mâlikita alla successione dell'indigeno algerino deceduto in Francia T. Senna, 10 agosto 1893, Fafa Lounès, in *Clunet*, 1894, pag. 348 e così anche, nella stessa causa, A. Parigi, 2 luglio 1896, in *Clunet*, 1898, pag. 1107.

esempio, un caso di conflitto ma esso certamente non è coloniale ⁽¹⁾: sarà, secondo il luogo nel quale sorga, internazionale od interregionale. Il nativo musulmano, presso di noi, non potrà ottenere il divorzio ma soltanto l'esecuzione della sentenza che lo ha validamente pronunciato in colonia; potrà contrarre un secondo matrimonio ma solo dopo che il primo sia stato sciolto legalmente nella colonia stessa. Il principio dell'applicazione dello statuto personale va temperato da quello del rispetto dell'ordine pubblico secondo il disposto dell'art. 31 delle disposizioni preliminari.

Il conflitto si verifica, in secondo luogo, fra le leggi italiane vigenti in colonia e le leggi dei nativi e fra i diversi statuti dei nativi stessi. Perchè la trattazione dell'istituto sia completa non può, però, come già si è visto, rimanerne escluso il conflitto fra le leggi italiane e quelle straniere: taluni aspetti del conflitto internazionale di leggi mutano, infatti, allorchè esso si verifica in colonia. A parte, poi, che taluni stranieri, per quanto sudditi di Stati stranieri riconosciuti, sono in colonia, per il solo fatto della comunanza di religione, del grado di civiltà, ecc., soggetti alle stesse norme stabilite per i nativi.

Il conflitto coloniale, infine, sorge relativamente alla nascita ed allo svolgimento di un dato rapporto giuridico: s'intende di un rapporto di diritto privato. Come già nel conflitto internazionale di leggi ne rimangono, quindi, esclusi i conflitti in materia di leggi penali.

Le ragioni, però, sono diverse. Nel conflitto internazionale di leggi il principio di sovranità, in tal caso più assoluto che mai, esige che le prerogative dello Stato, in materia di repressione, prevalgano su quelle di ogni altro Stato. Uno Stato non applica mai, almeno in principio, una legge penale straniera sul suo territorio. Nel conflitto coloniale, invece, che, si è già detto, non è un conflitto paritario, le leggi del sistema giuridico dominante prevalgono, quanto alla punizione dei reati, su quelle del sistema giuridico subordinato, cioè dei nativi.

Evidenti considerazioni di civiltà inducono a questo principio: il diritto indigeno ha vigore solo per la valutazione delle

(1) Eppure come coloniale lo classifica M. KNAPP, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Mulhouse, 1933, pag. 168, ma a questo, come ad altri concetti da lui esposti in questa materia, non saprei aderire.

circostanze discriminanti, attenuanti od aggravanti, per la determinazione dell'età minore e dell'ammontare del danno e, tranne in qualche caso sporadico ed ormai superato ⁽¹⁾, unicamente rispetto ai nativi. I reati commessi dai nativi in danno di cittadini italiani o stranieri e quelli più gravi da essi commessi in danno di altri nativi sono inoltre giudicati dai giudici togati italiani o da organi giurisdizionali a composizione mista: ne consegue che sono sempre soggetti all'applicazione delle leggi italiane. Le pene tradizionali locali sono sostituite da quelle stabilite dal nostro codice e, qualora nelle consuetudini indigene non esista una specifica sanzione per fatti che sono preveduti come reati dalle nostre leggi, si ricorre al codice penale italiano. L'applicazione di tali principii, quindi, fa sì che i conflitti in materia di leggi penali siano molto rari.

11. Si è già visto che l'istituto del conflitto coloniale si riannoda alla teoria degli statuti, vale a dire al complesso di norme dirette un tempo a risolvere i conflitti che nascevano dalla diversità delle consuetudini e degli statuti personali.

Ora questa teoria è stata ricercata anche nel diritto romano ma, dopo aver constatato ch'era comune il caso, nell'Impero romano, di popolazioni diverse che dipendevano da Roma senza che si confondessero col popolo dominatore e ne seguissero le leggi, conservando, invece, le proprie, non si è riusciti a dar notizia del modo in cui erano risolti i conflitti di leggi che indubbiamente sorgevano dai rapporti fra i vincitori ed i vinti ⁽²⁾. L'indagine senza dubbio è stata troppo rapida, perchè in proposito le notizie non fanno difetto.

Noi sappiamo che anche quando Roma stabiliva ed organizzava il governo provinciale, lasciava alle città conquistate l'impero delle leggi preesistenti e, come prima dell'organizzazione provinciale, consentiva che i *dedicci* fossero governati dalle loro leggi quanto al diritto delle persone, di famiglia e delle

(1) Come avveniva, ad esempio, in Eritrea nel caso di reati commessi fra nativi e cittadini italiani o stranieri, ai quali ultimi, qualora più favorevole, doveva esser applicato il diritto indigeno (art. 12 D. G. 11 luglio 1908, n. 755 approvato con R. D. 11 luglio 1909, n. 620, ora abrogato).

(2) A. LAINÉ, *Le droit international privé en France, considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts*, in *Clunet*, 1885, pag. 132, cita solo la L. 9, de testam., relativa alla forma dei testamenti.

successioni, così anche in seguito, a mano a mano che, oltre che con *leges provinciales*, provvedeva con le *leges datae* all'ordinamento delle nuove regioni, non estendeva di colpo ai paesi conquistati il diritto romano ma lasciava sopravvivere i vari diritti locali: così, ad esempio, nella Sicilia, in Cilicia e nella Bitinia.

Ne veniva, di conseguenza, che non solo accanto il diritto romano sussisteva un diritto privato da esso diverso ma che differente fosse il diritto fra le varie parti della stessa provincia, anche per condizioni speciali, religiose, etniche, ecc. delle popolazioni soggette: così, ad esempio, per gli Ebrei, anche dopo la legge di Caracalla del 212, e per gli antichi Cristiani.

Se consideriamo, poi, la colonia, vale a dire, secondo il linguaggio dell'Impero, quell'accolta di cittadini o di alleati che, facendo parte integrante del dominio romano e trasferendosi in luoghi lontani da quello della loro origine, costituiva, per dirla con le parole di Gellio, un simulacro del popolo romano e, di conseguenza, riproduceva nel proprio ambito le condizioni di diritto già esistenti nel territorio romano, noi vediamo come, oltre ai rapporti di diritto dei coloni con i cittadini romani, altri e più frequenti se ne stringevano fra gli stessi coloni e gli indigeni, i quali ultimi con essi vivevano sullo stesso territorio e conservavano le proprie leggi.

In tali casi sorgeva qualcosa di simile alla teoria degli statuti, si trattava, cioè, di stabilire, nei giudizi tenuti avanti i recuperatori, quale delle due leggi personali vigenti nello stesso territorio dovesse esser applicata al rapporto in disputa. Si sa che ai rapporti personali fra i coloni e gli indigeni doveva applicarsi la legge propria di quella parte che era principale e regolatrice nel rapporto giuridico; alle cose immobili, invece, il diritto territoriale.

Nelle provincie, com'è noto, in un primo tempo oltre il diritto di Roma rimase in vigore quello che già vi esisteva; i cittadini romani convivevano con indigeni e con cittadini di altri paesi dipendenti da Roma; a tutti la legge provinciale garantiva il godimento del proprio diritto; gli indigeni di più, secondo che avessero o non il *commercium* ⁽¹⁾, non obbedivano tutti alla

(1) E, cioè, la facoltà, propria dei latini coloniari, di concludere contratti sotto l'impero delle leggi romane. Su questo punto vedi F. CHARVERJAT, *De l'as-*

stessa legge civile; diversi, infine, i giudici, secondo che si trattava di litigi fra provinciali o fra provinciali e Romani. Facili, quindi, i conflitti fra le diverse norme che regolavano lo stesso rapporto giuridico, chiare le regole dirette, nei vari casi, a scioglierli.

Quanto allo stato delle persone ed ai requisiti personali per la tutela e la cura, infatti, la legge personale prevaleva su quella territoriale; nel conflitto di due leggi personali, come nei rapporti di famiglia e nelle successioni, il rapporto giuridico doveva essere regolato dalla legge personale di colui che nel rapporto stesso figurava come principale e regolatore: così nel matrimonio, nelle successioni e nei rapporti di famiglia la legge da applicare era quella personale del marito, del testatore e del padre, considerati, rispettivamente, come persone principali e determinanti. Quando, invece, si trattava di questioni su cose immobili prevaleva il diritto territoriale; nelle obbligazioni il foro e la legge prevalente eran determinati dal luogo nel quale l'obbligazione era sorta; rimessa, infine, al prudente arbitrio del magistrato la definitiva decisione del conflitto perchè affermasse o declinasse la propria competenza e stabilisse la norma da applicare al rapporto in disputa.

Così si risolvevano i conflitti tra il diritto romano ed il diritto provinciale e si venivano costituendo fin d'allora talune norme della dottrina giuridica romana, alla quale dovevano attingere, anche in tal materia, i giuristi posteriori.

12. Ma dove la personalità delle leggi presenta aspetti per molti lato così simili a quelli che si notano oggi nelle colonie e nei paesi d'Oriente, è nel medio evo ⁽¹⁾.

similation des indigènes dans l'Afrique romaine, in *Revue algérienne*, 1886, I, pag. 45 e segg.

(1) Questo raffronto già fu per il primo rilevato da A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, ecc., op. cit., pag. 60 e segg. e poi dal nostro E. CATELANI, *Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi*, vol. I, Torino, 1895, pag. 197 e segg. Un ampio svolgimento delle materia qui appena adombrata si ha in L. STOUFF, *Etude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XII siècle*, Paris, 1894. Vedi anche la voce *Diritto barbarico* di L. SICILIANO VILLANUEVA, in *Nuovo Digesto Italiano* e, per la storia, l'opera di G. ROMANO e A. SOLMI, *Le dominazioni barbariche in Italia* (395-888), Milano, 1940.

Si pensi al tempo in cui le bande raccoglitricie di Odoacre invadevano l'Italia e vi si accampavano od a quello in cui i Longobardi, accompagnati da tante altre genti, Bulgari, Sarmati, Svevi, Norici, Pannoni, prendevano stanza in Italia senza che togliessero di mezzo le antiche leggi e distruggessero i vecchi istituti ed i Franchi Sali si mescolavano con altri popoli ed i Merovingi, a loro volta, accoglievano genti galliche, franche e germaniche, si ricordi il vasto mosaico di popoli che, con l'estendersi del dominio di Carlo Magno alle Gallie, all'Italia ed alla Germania, si era formato nella nostra penisola, dove, accanto agli indigeni, vivevano Franchi, Turingi, Sassoni, Alemanni, governati tutti dalle proprie leggi, ed allora non apparirà esagerato quel che scriveva Agobardo ai tempi di Lodovico il Pio, cioè che si vedeva sovente conversare insieme cinque persone, fra cui nessuna obbediva alle stesse leggi delle altre.

I Barbari, conservando per sè le proprie leggi, avevan lasciato completamente ai diversi popoli sottomessi le leggi dalle quali essi erano governati in precedenza. Le leggi in tal guisa erano personali, vale a dire, come ci ricorda lo SCLOPIS ⁽¹⁾, non già comprensive di tutte le genti poste sopra un territorio ma ristrette alle singole famiglie e talvolta ai singoli individui, secondo la diversa origine o la professione speciale di ciascuna di esse. Si applicavano di più in tutte le materie, anche ai reati: così il Franco, ad esempio, obbediva in tutti i rapporti giuridici alla legge della sua tribù, alla legge salica od alla legge ripuaria; ed egualmente accadeva per gli appartenenti ad altre tribù barbare, alle genti galliche, alle sveve, ecc.

Quali le cause di questo fenomeno, per cui, succedendo le invasioni alle conquiste e sempre più accentuandosi la varietà delle popolazioni, queste conservassero diversi costumi e leggi differenti, senza che fosse in alcun modo possibile fonderle, ancora si discute, vuoi che, come fa il MONTESQUIEU ⁽²⁾, si cerchi la causa del sistema della personalità delle leggi negli stessi antichi costumi dei popoli della Germania, ai quali essi erano straordinariamente attaccati, dato il profondo sentimento della pro-

(1) *Storia della legislazione italiana*, parte I, Napoli, 1845, pag. 48.

(2) *Esprit des lois*, Paris, 1803, IV, pag. 121 e segg.

pria individualità, vuoi che si ritenga col SAVIGNY ⁽¹⁾ che tale sistema esistette e si sviluppò solo quando le varie nazioni si trovarono insieme frammiste dopo la conquista sopra la stessa terra, vuoi che, come osserva acutamente e con maggior evidenza il nostro CATELLANI ⁽²⁾, se ne trovino le cause precipue nella varietà di elementi delle popolazioni dei domini barbarici, nella loro diversità di fronte al diritto pubblico e nella loro graduazione gerarchica, in tutto quel complesso di vicende, infine, che, rinnovando i fattori della varietà, ritardava in vari paesi la formazione d'una popolazione omogenea.

Un altro elemento, fors' anche, conviene non sia trascurato, come, ad esempio, per le questioni in materia penale, nelle quali, come or ora si è visto, aveva vigore del pari la legge personale: che, cioè, ai barbari invasori mancava la nozione di quell'ente giuridico che noi chiamiamo Stato, come sfuggiva alla loro mente il concetto di quelle norme d'ordine pubblico, come appunto le penali, che, nel territorio di ogni Stato, debbono applicarsi a quanti vi dimorano, senza distinzione alcuna di nazionalità.

13. Così nacque il sistema della personalità delle leggi ⁽³⁾, in virtù del quale, si è già detto, ciascuno era giudicato secondo la legge della tribù o della schiatta alla quale apparteneva e secondo la legge stessa egli disponeva dei propri beni, acquistava, contraeva obbligazioni o veniva regolata la sua successione: in una parola la legge di ciascuna tribù regolava esclusivamente i rapporti giuridici dei suoi membri, senza che in alcun modo vi influisse il luogo della loro residenza.

Ma se questo era il sistema, ormai ben chiaro alla nostra mente, dopo tante ricerche di studiosi italiani e stranieri, gravi eran le difficoltà che si opponevano all'applicazione del sistema stesso e delle regole che ne derivavano ai diversi atti della vita

(1) *Storia del diritto romano nel medio evo*, Firenze, 1844, I, pag. 88 e segg.

(2) *Op. cit.*, pag. 200.

(3) Ma se ne trovano tracce anche altrove. Così i Musulmani, conquistata la Sicilia, consentirono alle popolazioni locali di stringere i loro rapporti giuridici secondo le proprie leggi. Si ebbe in conseguenza anche colà una pluralità di sistemi giuridici fondata sul principio *cujus religio eius lex*. Molte ed estese notizie in proposito si trovano nell'opera di M. AMARI, *Storia dei musulmani di Sicilia*, II ed. con note di C. A. NALLINO, Catania, 1933-38.

civile e molte di esse tornano alla memoria per poco oggi si cerchi di esaminare e risolvere talune questioni intorno al conflitto di leggi in colonia, onde qui ne sorge opportuno il ricordo.

La personalità delle leggi, già si è visto, faceva sì che nello stesso territorio, secondo i diversi individui, vari diritti potessero esser applicati, bavero, burgundico e così via ⁽¹⁾. Ora se niuna difficoltà poteva sorgere quando i rapporti giuridici si svolgevano fra i membri di una stessa tribù, in quanto doveva ricever applicazione soltanto la loro legge personale, il conflitto nasceva quando si trattava di rapporti giuridici fra individui appartenenti a tribù diverse.

In questo caso, infatti, come accade appunto oggi in colonia quando un nativo contratta con un altro nativo di diversa religione o di stirpe differente, si trattava di stabilire quale delle diverse leggi, imperanti egualmente nello stesso territorio sugli individui appartenenti a schiatte diverse, dovesse avere la prevalenza. Anche qui, verificandosi un caso di collisione di statuti, si accoglieva in gran parte il concetto che già si è visto a proposito dei conflitti di leggi nei territori dipendenti dall'antica Roma e, soprattutto, nelle colonie, si applicava, cioè, la legge propria della persona che era considerata come principale nel rapporto giuridico. Così i testamenti erano regolati dalla legge del testatore; le successioni da quella del defunto; la proprietà degli immobili, per quel che riguardava la validità dell'acquisto, da quella del compratore e da quella, invece, del venditore quanto alla validità dell'alienazione; il matrimonio dalla legge del marito; il giuramento dalla legge della parte che lo prestava; le composizioni, infine, dalla legge della parte lesa, ecc. Nei casi dubbi, poi, una norma generale imponeva di seguire la legge personale del convenuto.

Da questa stessa legge dipendevano, nei rapporti misti, i termini, le prove, ecc. e, mentre nelle controversie fra individui della stessa stirpe il giudice apparteneva alla stirpe medesima,

(1) La personalità delle leggi dei Barbari è, quindi, assai differente dalla moderna personalità delle leggi. La prima attiene al conflitto di leggi di un paese sottoposto allo stesso potere, l'altra si riferisce, invece, al conflitto di leggi di Stati sottoposti a poteri distinti ed egualmente sovrani. L'una regola una questione di diritto interno, l'altra una questione di diritto internazionale. Su questo concetto cfr. A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, op. cit., pag. 65.

qualora le parti fossero state di stirpe diversa i giudici dovevano essere delle due stirpi, formandosi in tal guisa un giudizio *de medietate linguae*.

Non sempre, però, avveniva così ed il conflitto non era risolto nella stessa maniera presso le diverse popolazioni. Talvolta, infatti, come nella maggior parte dei rapporti fra gli Ostrogoti ed i Romani, si applicava il diritto romano; tal'altra, invece, prevaleva, nei rapporti misti, il diritto barbarico; tal'altra ancora, come nei rapporti fra Borgognoni e Romani, secondo che un romano fosse attore o convenuto, veniva applicato il diritto borgognone od una specie di diritto territoriale.

Nè con ciò le difficoltà che, in così grande varietà di leggi e di popolazioni, sorgevano d'ogni passo potevan dirsi eliminate ed allora ecco palesarsi, in un primo tempo, la necessità delle professioni di legge, in virtù delle quali le parti, prima di concludere un dato negozio giuridico, facevano conoscere la legge sotto la quale vivevano e le cui norme dovevano, di conseguenza, esser applicate al rapporto medesimo.

Ecco più tardi apparire e farsi strada un sistema del tutto contrario a quello della personalità delle leggi e cioè quello della loro territorialità, in forza del quale l'individuo obbedisce, quanto alla persona ed ai suoi beni, alle norme stabilite dal sovrano feudale, non è più l'appartenenza ad una data tribù ma il domicilio che determina il diritto applicabile e le parti, invece di richiamare in un dato rapporto giuridico la legge personale, si riferiscono ad una determinata legge locale. Ed ecco, infine, attraverso le teorie, coltivate dai postglossatori, degli statuti personali, reali e misti, facile il passo ai principii, fra gli altri, della *lex rei sitae* e del *locus regit actum*, sui quali si poggia tanta parte del moderno diritto internazionale privato.

14. Il richiamo che fin qui si è fatto, a cenni così rapidi, del sistema della personalità delle leggi non ha, rispetto al conflitto coloniale, un valore soltanto storico. Più che il richiamo, il raffronto fra questo sistema, che al DESPAGNET piacque di chiamare « la plus curieuse anomalie que l'on rencontre dans l'histoire » ⁽¹⁾, e la personalità delle leggi in colonia od in taluni paesi

(1) *L'ordre public international*, in *Clunet*, 1889, pag. 5.

d'Oriente, offrirebbe, infatti, campo ad utili osservazioni e darebbe modo di ravvicinare, a tanta distanza di tempo, istituti che presentano identica struttura.

Come i Barbari di un tempo, noi lasciamo, ad esempio, che i nativi delle nostre colonie continuino ad esser governati dalle loro leggi e solo con circospezione cerchiamo di modificarne le consuetudini che più contrastino con i nostri principii di civiltà. Ciò spiega come in taluni casi permettiamo che la personalità delle leggi sussista anche in talune materie che si riferiscono all'ordine pubblico: così, ad esempio, tolleriamo che la poligamia sia legalmente praticata dai nativi di religione musulmana, che la condizione giuridica della donna indigena in Somalia sia, quanto al prezzo del sangue ed alla misura dei diritti ereditari, considerata inferiore a quella dell'uomo.

Così anche lasciamo che i nativi nelle controversie civili fra loro o con gli assimilati siano giudicati dai loro giudici, come, ad esempio, fra l'altro nell'A. O. I., o stabiliamo che nei giudizi di corte d'assise, nei quali alcuno degli imputati sia un nativo od assimilato, seggano come assessori anche due nativi della stessa religione dell'imputato, costituendo in tal guisa uno di quei giudizi *de medietate linguae*, ai quali or ora si è accennato.

15. Se il sistema della personalità delle leggi varia col tempo e con i luoghi e soprattutto col genio dei popoli dai quali viene applicato, in tutti quei paesi nei quali razze di civiltà differente si mescolino insieme, riunendosi, nello stesso territorio, sotto una dominazione comune, diverse sono altresì, in ciascuno di essi, le regole dettate per la soluzione dei conflitti che ne derivano. In tal materia, data la grande varietà di casi e la diversità di norme, non è facile stabilire i principii direttivi. E' tuttavia possibile rintracciare fin d'ora qualche filo conduttore.

In primo luogo, prendendo qui in esame uno dei lati del caso che più ci interessa, e cioè del conflitto coloniale tipo, si riscontra una norma, la quale, ove occorra stabilire la legge chiamata a regolare un rapporto giuridico concluso da indigeni di differente religione o razza e, quindi, di diverso statuto personale, impone che il conflitto debba essere risolto ricorrendosi alla giustizia, all'equità ed alla buona coscienza. E' il principio inglese, adoperato da vecchia data nelle Indie Orientali e di là trapas-

sato ed introdotto anche in alcuni ordinamenti giudiziari recenti.

Un indirizzo più preciso è accolto, invece, dalla legislazione dell'Algeria. Si supponga che un arabo conchiuda colà un negozio giuridico con un indigeno della Kabilia, che un musulmano ortodosso stipuli un contratto con un ibâdita del M'zab, vale a dire che indigeni di stirpe diversa e di differenti scuole entrino fra di loro in rapporti giuridici. Ora quale dei diversi statuti delle parti regolerà il rapporto o l'eventuale controversia che può derivarne?

Vari testi legislativi contemplanò questa materia, ma le norme che se ne ricavano sono abbastanza chiare. L'origine araba o berbera delle parti ha, anzitutto, efficacia limitatamente allo statuto personale, vale a dire in tutti quei casi in cui debba prendersi in esame la capacità generale o speciale dei contraenti. Se si tratta, invece, della forma del contratto, dei suoi elementi e della sua interpretazione, i differenti statuti delle parti, gli usi del loro paese d'origine o del loro rito speciale non hanno più alcuna importanza e bisogna ricorrere alla legge del luogo in cui il contratto fu conchiuso, tranne che le parti abbiano optato per l'applicazione della legge francese. Se, infine, si tratta di un'obbligazione estracontrattuale, derivante da un delitto o quasi-delitto o da un quasi-contratto, allora il conflitto delle leggi indigene sarà risolto secondo la legge del luogo, nel quale è accaduto il fatto che dà vita all'obbligazione.

Come si vede il principio accolto dalla legislazione algerina è conforme, in tal materia, a quello di diritto internazionale privato ⁽¹⁾: tranne che le parti abbiano optato per l'applicazione della legge francese o che si contenda della loro capacità, la preminenza spetta, infatti, alla *lex loci contractus* ed in base ad essa dev'essere sciolto il conflitto, così come, qualora si tratti della proprietà o di altri diritti sulle cose, deve ricorrersi alla *lex rei sitae*.

Ma non mancano altre regole di soluzione dei conflitti coloniali. Si potrebbero ricordare già quelle emanate, or fanno alcuni anni, nell'Africa occidentale francese, le quali sotto taluni aspetti, in quanto, cioè, attribuiscono maggiore efficacia alla legge

(1) Ma genera difficoltà: cfr. A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, V^e éd., Paris, 1931, vol. IV, pag. 357.

della persona prevalente nel rapporto giuridico, richiamano alla memoria il regolamento dei conflitti fra le leggi personali medievali. Accolte successivamente in diversi ordinamenti giudiziari coloniali francesi esse dimostrano di aver già guadagnato un certo credito. Ma non ne mancano altre e ad esse tutte si accennerà via via, nei debiti luoghi.

16. Si è già visto che il sistema della personalità delle leggi è il risultato di uno speciale stato sociale che si è verificato frequentemente nella storia.

L'invasione, la conquista, l'occupazione, il trattato fanno sì che popoli, profondamente diversi per razza, per religione, per usi e per leggi, vivano sullo stesso territorio e che gli invasori, i vincitori, i colonizzatori che non vogliono o non possono, per le esigenze stesse di civiltà, adottare le leggi dei vinti o degli indigeni, non ritengano conveniente o disdegnino d'imporre loro le proprie. Finché questa situazione durerà, la forza stessa delle cose farà sì che vincitori e vinti, coloni ed indigeni vivano, nel campo del diritto privato ed un tempo anche in quello del diritto pubblico, di una vita distinta.

Ma questo stato sociale, oltre che speciale, è anche transitorio. Via via che i popoli si mescolano gli uni con gli altri, accrescono i loro traffici, allacciano rapporti sempre più frequenti, il campo delle leggi, delle quali gli indigeni hanno conservato il godimento, da quasi illimitato qual'era al momento dell'occupazione, viene anch'esso restringendosi senza scosse.

Questi processi di erosione delle leggi indigene, di reciproca assimilazione delle leggi delle diverse popolazioni, che contribuiscono indirettamente ad eliminare le cause dei conflitti di leggi, sono quanto mai interessanti. Conviene cominciare ad osservarli da un punto di vista generale.

Essi si svolgono in vari modi. Innanzi tutto mediante una diretta e progressiva restrizione del campo di efficacia delle leggi indigene. Così in Algeria gli indigeni dal 1830 al 1841 conservano tutte le loro leggi anche in materia penale, pene e giurisdizioni comprese, salvo per i reati commessi in danno di Francesi, ne godono fino al 1873 per quel che riguarda i diritti reali e le successioni immobiliari, le conservano, infine, ancor oggi, ma

soltanto per il loro statuto personale, le successioni mobiliari, le convenzioni e la forma degli atti.

Talvolta, invece, gli Stati colonizzatori, ispirandosi a principii di assimilazione, concedono agli indigeni lo stato di cittadini ed a questi li parificano quanto all' applicazione delle leggi: così bastò che col decreto del 24 ottobre 1870 tutti gli Ebrei della stessa Algeria fossero di un sol colpo assimilati ed assorbiti nella nazionalità francese perchè, non avendo più essi uno statuto personale indigeno e non essendo più soggetti al diritto ebraico, venissero tolti di mezzo tanti conflitti che prima sorgevano, quanto all' applicazione delle leggi, nei loro rapporti con i Francesi o gli stranieri e con gli indigeni di religione musulmana.

Più spesso, invece, gli indigeni sono ammessi ad optare, in un determinato rapporto giuridico, per l' applicazione della legge che regola i coloni, italiana, francese, ecc. che sia: così, ad esempio, nell' Africa Italiana, gli indigeni possono optare, tranne nei rapporti che riguardano il loro statuto personale, ecc., per la legge italiana. In questo caso che costituisce una specie di professione di legge — del tutto volontaria, però — la legge italiana non soltanto regola le condizioni di validità e gli effetti del negozio concluso fra le parti ma impone che, per le eventuali contestazioni, si adisca la giurisdizione italiana, sola competente ad applicare la legge stessa.

Talvolta, ancora, contrariamente a quel che avviene per i cittadini metropolitani, ai quali è dato di diventare stranieri ma non di liberarsi soltanto delle leggi che regolano i loro rapporti di famiglia, gli indigeni sono ammessi a rinunciare al loro statuto personale, a ripudiare, cioè, le leggi e gli usi, dai quali erano prima regolati, ed a sottoporsi a quelle dello Stato colonizzatore, accettando gli istituti giuridici propri di quest' ultimo ed abbandonando quelli già prima seguiti. Questo caso è veramente eccezionale ma se ne hanno tracce tanto nella legislazione per l' India francese che, quanto alla sua ammissibilità, nella giurisprudenza del Madagascar, del Senegal e della Nuova Caledonia ⁽¹⁾. Con effetti ben più larghi di quelli ottenuti mediante l' opzione, la rinuncia allo statuto personale trae seco il pieno assoggetta-

(1) Cfr. H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., pag. 147 e segg.

mento dell' indigeno rinunciatario alle leggi dello Stato colonizzatore; essa opera globalmente ed importa di conseguenza l' applicazione di tali leggi tanto per gli atti che l' indigeno compirà quanto per quelli che ha già compiuto ed in tutta la sfera dei suoi diritti, di famiglia, patrimoniali, ecc.

Per una via o per l' altra gli Stati colonizzatori riescono, dunque, a restringere l' impero delle leggi indigene ed implicitamente a diminuire i casi di conflitto fra le leggi vigenti in colonia: ciò, talune volte, indirettamente, come nel caso della rinuncia allo statuto personale, in quanto sono gli stessi indigeni che cercano di liberarsi dello statuto personale per poter godere a pieno i diritti civili concessi ai cittadini metropolitani.

Il campo del conflitto coloniale viene, d' altra parte, ad essere ristretto e diminuiti altresì i casi di collisioni di leggi, ai quali già si è accennato, permettendo od imponendo che i cittadini metropolitani e gli stranieri siano soggetti all' applicazione delle leggi e delle consuetudini indigene. Così, ad esempio, accade nell' Africa Italiana dove i cittadini metropolitani e gli stranieri, entrando in rapporti con i nativi, possono convenire l' osservanza della legge e delle consuetudini indigene, concludere un negozio giuridico proprio del diritto indigeno e con le forme di tal diritto, seguire, infine, le forme estrinseche dei contratti proprie del diritto degli indigeni; soggetti, d' altro lato, gli stessi cittadini e gli stranieri alle consuetudini locali tutte le volte che, in Libia, si tratti di porre in essere un contratto relativo al commercio carovaniero.

La personalità delle leggi, infine, come quella ch' è il riflesso di uno stato sociale transitorio, perde via via terreno, diminuiscono i conflitti che ne derivano nei rapporti giuridici fra coloni ed indigeni, a mano a mano che le diverse legislazioni si avvicinano, che le razze di colore si evolvono, si mescolano, si confondono, nei territori coloniali, con quelle dei dominatori e si avvera, dove e qualora sia consentita, quella nuova mescolanza che il MAINE ⁽¹⁾ chiama la triturazione delle società. Questa non è l' opera di un giorno: è lenta opera di secoli.

(1) *Early Law and Custom*, London, 1883, pag. 72.

17. Così sommariamente abbozzata, la teoria del conflitto coloniale, sebbene presenti talune analogie con quei tipi di conflitti di leggi senza base territoriale, ai quali si è già accennato, si stacca da tutti per certi suoi aspetti speciali, per la sua stessa natura. Meno che dagli altri, però, dal regolamento dei conflitti fra le varie leggi personali nel medio evo, cioè dalla teoria degli statuti. Così in talune questioni gli antichi trattatisti, BARTOLO⁽¹⁾, HERTIUS, BOULLENOIS ci illuminerebbero tanto quanto alcuni internazionalisti e colonialisti francesi, i soli che con qualche nostro giurista si sono rapidamente occupati di tale materia. Nè ciò costituirebbe una novità, perchè ancor oggi i giudici anglo-americani sogliono invocare, per risolvere taluni conflitti di leggi, la vecchia teoria degli statuti ed in mancanza di norme apposite ricorrono all'opinione di D'ARGENTRÉ od a quelle dei giureconsulti francesi ed olandesi dei secoli scorsi⁽²⁾.

Certo a risolvere tali questioni, ove manchino apposite disposizioni di legge, giova soprattutto il prudente arbitrio dei giudici. L'abbondanza dei casi che si presentano nella materia di cui si è ragionato, la collisione fra leggi ormai quasi millenarie, quali le musulmane e le ebraiche, e le nostre recentissime, la grande varietà degli usi delle popolazioni indigene fanno sì che talvolta manchi non solo la norma ma un principio metodico generale. In tal caso se soccorre l'acume dei giudici, assiste di più l'equità: quell'equità che, a prima vista, sembra censurabile sistema e che tuttavia, considerata più attentamente, può ritenersi, in più di un caso, come il miglior mezzo perchè la giurisprudenza non offenda la giustizia.

Insieme con l'interesse scientifico lo studio del conflitto coloniale presenta, poi, una grande utilità pratica. Il contrasto, in-

(1) Cfr. F. SURVILLE, *La théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin*, in *Clunet*, 1921, pag. 5 e segg.

(2) Curioso è, ad esempio, l'adattamento della vecchia teoria francese degli statuti ai conflitti tra la legislazione inglese ed il diritto della provincia di Québec, ch'è ancora l'antico diritto francese. Si veggia in proposito M. E. LAFLEUR, *The conflicts of laws in the province of Quebec*, Montreal, 1898.

Sull'influenza esercitata da D'ARGENTRÉ cfr. DE LA LANDE DE CALAN, *Bertrand d'Argentré, ses doctrines juridiques et leur influence*, Saint-Amand, 1892 e lo scritto di F. MEILI, *Argentraeus und Molinaeus und ihre Bedeutung im internationalen Privat- und Strafrecht*, in *Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht*, 1895, pag. 554 e segg. Cfr. anche dello stesso MEILI, *Ueber das historische Debüt der Doktrin des internationalen Privat- und Strafrechts*, Leipzig, 1899.

fatti, che di frequente sorge tra la norma di diritto italiano, ecc. e quella di diritto indigeno o tra gli statuti delle diverse popolazioni indigene, lo sforzo che si compie per risolverlo non solo indicano spesso i ritocchi od addirittura i mutamenti che debbono essere apportati all'uno od all'altro sistema legislativo ma, talune volte, additano anche gli ostacoli che le stesse leggi oppongono alla pacifica convivenza delle razze⁽¹⁾. Le soluzioni che ne derivano giovano così indirettamente all'azione politica degli Stati colonizzatori.

Perchè nello studio di una materia tanto sottile ed astratta quanto quella del conflitto coloniale si risponda, più che sia possibile, a questi fini di utilità, bisogna, però, che la teoria non faccia divorzio dalla pratica, che si investighino soprattutto le diverse situazioni di fatto e si considerino le opinioni che si sono formate nella giurisprudenza per risolverle. Così procedendo e saggiando i principii teorici con gli insegnamenti dell'esperienza, non solo si potrà riuscire, meglio che non sia stato qui rapidamente accennato, ad isolare la teoria del conflitto coloniale da quella degli altri tipi di conflitto ma si potranno dirigere tali allettanti ricerche verso uno scopo di applicazione utile e pratica, che è, poi, lo scopo stesso del diritto, scienza attiva e militante,

(1) E' questo l'aspetto sotto il quale i giuristi olandesi ed inglesi considerano più volentieri il conflitto coloniale, vedendovi, con metafore fors'anche esagerate, un *impact* (urto) (ma, in senso più largo, cfr. W. FITZGERALD, *The impact of western civilization on Negro Africa*, in *Geographical Review*, 1936, pag. 77 e segg.) o *clash* (conflitto) *of cultures*, un *clash of peoples*, onde parlano, rispettivamente, di un *intergentiel recht* (cfr. MORESCO, in *Compte rendu de la XXII Session tenue à Lisbonne les 18, 19 et 20 avril 1933*, Bruxelles, s. d., pag. 91 [Institut Colonial International. Bibliothèque coloniale internationale]) e di un *interracial conflict*. Ma il fatto è seguito così attentamente sul terreno giuridico che nella Facoltà giuridica di Batavia, nelle Indie Olandesi, è istituita un'apposita cattedra di Diritto privato interrazziale: vedi in proposito l'opera di R. D. KOLLERON, *Interracial Private Law (The colonial conflict of laws)*, Batavia, 1929 e così anche R. D. KOLLEWIJN, *Interregional en internatiaal privaatsrecht*, Groningen - Batavia, 1938. Non sembri, quindi, esagerato che P. CHAUVEAU, *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, loc. cit., pag. 45 proponga anch'egli un insegnamento speciale di questa materia. Piuttosto è strano come F. MAROI, *I diritti consuetudinari delle genti etiopiche e il diritto coloniale italiano*, Tivoli, 1937, pag. 4 e segg. (Estr. da *Civiltà Fascista*) veda nel conflitto fra le leggi nazionali dello Stato colonizzatore e le consuetudini degli indigeni un problema sociologico, etnologico, morale e di politica coloniale non un problema giuridico.

come diceva DEMOLOMBE ⁽¹⁾, sempre al cospetto dei fatti che ha per missione di governare.

18. Premesse queste considerazioni d'ordine generale, si può ormai tracciare il quadro delle nostre ricerche.

L'esame dei vari tipi di conflitti di leggi che si presentano nell'Africa Italiana richiede siano innanzi tutto determinati e classificati i diversi sistemi giuridici in essa esistenti, stabiliti i relativi momenti di collegamento, considerata la loro sfera di efficacia, osservati i passaggi da un sistema all'altro ed, infine, presi in esame taluni problemi preliminari dell'applicazione del diritto indigeno. Sono tutte indagini fondamentali per le ricerche che saranno via via compiute e costituiranno, quindi, l'oggetto del primo capitolo.

Nel secondo sarà considerato il conflitto internazionale di leggi, limitatamente, però, a quelle particolarità che si osservano in colonia e che lo distinguono dallo stesso conflitto che sorge nel regno. Messo così da parte l'elemento internazionale, l'indagine sarà di proposito rivolta ad esaminare i problemi più importanti ed originali che sorgono negli altri tipi di conflitto ed, in tal guisa, a localizzare ed isolare il vero conflitto coloniale. Il terzo capitolo, quindi, sarà dedicato all'esame del conflitto fra la legge italiana e la legge indigena, in tutte quelle materie nelle quali esso si è già verificato o può presentarsi. Seguirà, nel quarto ed ultimo capitolo, lo studio del conflitto fra le diverse leggi e consuetudini indigene che costituisce un argomento ancor più inesplorato degli altri. Si tratterà, così, di comporre, con queste varie parti, una prima teoria dei conflitti di leggi in colonia.

(1) *Corso del codice civile*, trad. DE FILIPPO, MASCILLI e TUCCI, t. I, Napoli, 1947, pag. VI.

CAPITOLO I

I SISTEMI GIURIDICI NELL'AFRICA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. - 2. Leggi d'ordine generale e leggi metropolitane estese all'Africa Italiana. - 3. I decreti legislativi e le altre norme poste dagli organi dello Stato italiano. - 4. Leggi straniere nazionalizzate. - 5. Il diritto indigeno. - 6. Nell'Eritrea ed in altre colonie dell'A. O. I. - 7. Nella Somalia. - 8. Nella Libia. - 9. Diritto bizantino, ecc. - 10. Recezione ed accertamento del diritto indigeno. - 11. I sistemi giuridici esistenti nell'Africa Italiana. - 12. Leggi territoriali e leggi personali. - 13. Leggi dominanti e leggi subordinate. - 14. Momenti di collegamento con i diversi sistemi giuridici. - 15. Qualificazione dei rapporti giuridici. - 16. Il rinvio. - 17. Sfera di efficacia delle leggi italiane. - 18. Sfera di efficacia del diritto indigeno. - 19. Sua diversità. - 20. Lo statuto personale. - 21. Limiti dell'applicazione del diritto indigeno. - 22. Passaggi da un sistema giuridico all'altro. - 23. Limiti all'autonomia della volontà. - 24. L'opzione di legislazione. - 25. Fatti creativi dell'opzione di legislazione. - 26. Suoi effetti. - 27. L'opzione di giurisdizione. - 28. Fatti creativi dell'opzione di giurisdizione.

1. Dei sistemi giuridici esistenti nell'Africa Italiana possono farsi due grandi partizioni: alla prima appartengono le norme giuridiche emanate dagli organi dello Stato italiano, all'altra il diritto indigeno. Ma possono ammettersi anche alcune divisioni meno larghe ed è bene ch'esse siano fatte per maggior chiarezza.

2. Delle norme poste dagli organi dello Stato italiano fanno parte, innanzi tutto, le leggi d'ordine generale, vale a dire quelle leggi la cui efficacia non solo si estende a tutto il territorio dello Stato e, di conseguenza, anche all'Africa Italiana ma può al-

largarsi anche oltre gli stessi confini territoriali dello Stato: si pensi, ad esempio, a quelle leggi che, in quanto impongono ai nostri cittadini particolari doveri (obbligo della fedeltà, del servizio militare, ecc.) li seguono ovunque essi si trovino, anche se in territorio estero.

Rientra, poi, in questo gruppo tutta la massa di leggi metropolitane che, per effetto di apposita estensione, sono trasportate, proiettate, per così dire, in colonia tali e quali o con leggere modificazioni.

Com'è noto il nostro legislatore, dopo avere superato alcuni tentennamenti e scartato, com'è esplicitamente detto nella relazione al Re sul R. D. 20 marzo 1913, n. 289, la vieta teoria di marca francese, e precisamente algerina, che la legislazione segua la bandiera e che con l'occupazione si importi nelle colonie tutto il bagaglio legislativo della metropoli, dispone che i codici civile, commerciale e penale ⁽¹⁾, quelli di procedura civile e di procedura penale, quello penale per l'esercito e penale militare marittimo e le relative disposizioni complementari in vigore nel regno sono estesi di diritto alla Libia (art. 43 R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012), in essa comprese anche le regioni che costituiscono il Comando militare del Sahara libico, e devono esservi osservati, per quanto è consentito dalle condizioni locali, tenendo conto delle tradizioni e delle consuetudini locali, e salvo le modificazioni ad essi apportate con speciali disposizioni legislative. Le leggi, poi, in vigore nel regno e riguardanti le opere pubbliche, la sanità, le dogane, i monopoli fiscali, i servizi militari, i servizi postali ed elettrici, nonché i relativi regolamenti, sono ugualmente e con gli stessi limiti applicate in Libia e, qualora ne sia fatta espressa menzione (art. 44 R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012), anche nelle regioni che costituiscono il Comando anzidetto, per tutti quei casi in cui la materia non sia già o non venga regolata da speciali disposizioni.

Norme pressoché identiche per l'estensione di diritto dei codici suindicati e relative disposizioni complementari in vigore nel regno, oltre che del codice per la marina mercantile per la Libia, delle leggi e dei regolamenti sullo stato civile vigenti nel regno ed, infine, delle norme legislative e regolamentari richia-

(1) Per la Tripolitania e la Cirenaica era già stato pubblicato un apposito codice per la marina mercantile, approvato con R. D. 22 maggio 1913, n. 902.

mate dalle leggi, dai decreti e dai regolamenti emanati per l'A. O. I. o ad essa estesi, sono, poi, contenute nell'ordinamento per l'amministrazione di quei territori (art. 53 e segg. R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019).

Le leggi metropolitane che siano riconosciute di diritto generale per tutto lo Stato, quelle che siano state appositamente estese, sia pure formalmente, alle colonie, le altre che siano state emanate nel regno a modifica dei codici già estesi alle colonie (art. 44, 3° comma del citato R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012; art. 53 R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019) ed, infine, quelle che siano richiamate dalle leggi, decreti o regolamenti emanati per le colonie od estesi ad esse (art. 44, 4° comma del suindicato R. decreto-legge) costituiscono, dunque, la prima e sostanziale parte del diritto vigente in colonia.

3. Accanto queste leggi che, salvo leggere modificazioni, sono comuni alla madrepatria ed alle colonie non mancano ed anzi abbondano altre norme giuridiche poste sempre dallo Stato.

Anzitutto le norme emanate espressamente per le colonie e, quindi, in senso stretto, di vero diritto coloniale. E' chiaro che il legislatore non solo determina se e quali leggi già vigenti nella madrepatria siano applicabili alle colonie e, con opportune modificazioni, ad esse le estende ma fa di continuo apposite leggi per le colonie. L'instabilità di disposizioni è, infatti, un carattere forse ineliminabile della legislazione coloniale. Appena, poi, occorre qui ricordare che una delle più importanti fonti della nostra legislazione coloniale è costituita dai decreti legislativi, vale a dire dalle ordinanze giuridiche aventi forza di legge ed emanate per le colonie espressamente dal governo in base ad una concessione permanente di potestà legislativa in senso formale, fatta dal potere legislativo.

Vengono, poi, altre norme emanate sia dagli organi statuali della metropoli sia dai governatori generali e dai governatori e così anche dagli enti autarchici territoriali istituiti e funzionanti in colonia. Vere e proprie norme giuridiche possono ritrovarsi, infine, in molti altri atti emanati in colonia: così, ad esempio, nelle ordinanze, nei bandi, nei proclami, nei manifesti, ecc. emessi dalle autorità locali civili e militari in virtù dei poteri *ex officio* o di volta in volta ad esse conferiti.

4. Un secondo gruppo di norme giuridiche è costituito da talune leggi esistenti in colonia prima dell'estensione della potestà d'impero dello Stato italiano.

E' chiaro che poiché la potestà d'impero, per sua natura, si concreta e manifesta in modo diverso nei singoli Stati, lo Stato che consegue legittimamente e definitivamente un aumento territoriale non solo può determinare la posizione del nuovo territorio (colonia, territorio posto in una situazione speciale, ecc.) ma, a parte quelli che derivano ormai da alcune norme di diritto internazionale generale, può regolare e limitare gli effetti giuridici dell'acquisto territoriale conseguito ⁽¹⁾. Ne deriva, fra l'altro, che l'acquisto non ha per conseguenza necessaria ed immediata la sostituzione di una legislazione all'altra: così non è raro il caso di paesi europei (ad es. Alsazia e Lorena, nuove provincie annesse al regno d'Italia, ecc.) o di territori coloniali che, a seguito dell'annessione, ecc., hanno continuato ad essere regolati, per un tempo più o meno lungo, dalle leggi già in essi vigenti.

Non sempre, dunque, lo Stato annettente, ecc. procede all'estensione *in globo* della propria legislazione ai nuovi territori acquistati ed all'abrogazione espressa o tacita delle leggi preesistenti. Qualora, poi, vi provveda riman la questione di distinguere i diritti acquisiti dalle semplici aspettative per operare così una netta divisione tra ciò che la nuova legislazione deve rispettare e quel ch'essa, invece, può liberamente regolare.

Ora nell'Africa Italiana non mancano norme giuridiche che, avendovi avuto applicazione in precedenza, hanno conservato vigore anche dopo l'estensione della nostra potestà d'impero; e ciò non tanto per effetto del principio già ricordato dell'irretroattività delle nuove leggi e del rispetto dei diritti acquisiti quanto a seguito di un'espressa disposizione del nostro legislatore o di ormai concordi decisioni dei nostri giudici.

Queste norme vanno tenute distinte dal diritto indigeno. E' chiaro, infatti, ch'esse sussistono nei territori divenuti colo-

(1) Cfr. A. DE LAPRADELLE, *De l'influence du changement de souveraineté sur la loi territoriale*, in *Revue générale de droit international public*, 1925, pag. 388 e segg.

nie italiane più col carattere di veri e propri atti legislativi stranieri, da noi lasciati in vita ed ormai per così dire italianizzati ⁽¹⁾, che, come ora qui appresso si vedrà, con la qualità di usi o di costumi ch'è in gran parte propria del diritto indigeno; e si differenziano pure dalle norme scritte di antichi diritti confessionali, come, ad esempio, il diritto musulmano, ecc., le quali derivano anch'esse in gran parte da istituzioni consuetudinarie e, successivamente modificate ed emendate, sono state professate come legge dai nativi delle nostre colonie. Conviene richiamare tali norme partitamente.

Nella Libia, mentre gli altri codici ottomani sono stati implicitamente abrogati con l'estensione alla colonia di quelli metropolitani, vige ancora, per determinati rapporti, la *Megellah* ⁽²⁾, vale a dire il codice civile ottomano promulgato per libri o titoli separati mediante *hatti* imperiali o decreti che vanno dal 1287 al 1293 (data turca corrispondente agli anni 1871-1877). La giurisprudenza libica ha ritenuto, infatti, che le norme di quel codice, come più consone al moderno spirito dei tempi, debbono essere applicate al diritto di retratto (*shufah*) ⁽³⁾, an-

(1) Eppure in qualche caso la giurisprudenza libica ritiene il contrario, attribuendo alla preesistente legislazione ottomana valore solo di consuetudine. Ma non sembra che su questo punto essa intenda esattamente l'efficacia di quella legislazione.

(2) La *Megellah*, redatta in turco, doveva venire in soccorso dei giudici dei nuovi tribunali *nizamié* (cioè all'europea), i quali non conoscevano l'arabo, sapevano assai poco il diritto musulmano e non erano, quindi, in grado di trovarne le norme nei trattati ordinari. I *qâdi* continuano, invece, a valersi di questi ultimi. La *Megellah* è stata tradotta per primo da G. YOUNG, *Corps de droit ottoman*, Oxford, 1906, vol. VI, pag. 169-446. A parte quella compiuta a Cipro dai due giudici TYSER e GRIGSBY, traduzione assai migliore è quella di F. H. HOOPER, *The civil Law of Palestine and Transjordan*, Jerusalem, vol. I, 1933; vol. II, 1936.

E' curioso notare come, abrogata in Turchia per effetto dell'emanazione del nuovo codice civile pubblicato il 4 aprile 1926, la *Megellah* sopravvive ancora in alcuni territori ex turchi del vicino Oriente (Palestina, Iraq, ecc.). Giova anche ricordare ch'essa è rimasta per lunghi anni in vigore nelle Isole italiane ed anche ora, dopo l'abrogazione fattane col D. G. 31 ottobre 1931, n. 200, non può dirsi che abbia perduto completamente terreno, almeno per quei rapporti giuridici nei quali debba farsi riferimento alla norma di diritto musulmano (cfr. in questo senso M. COLUCCI, voce *Megella*, nel *Nuovo Digesto Italiano*) o che sono stati espressamente indicati all'atto dell'abrogazione: così, ad esempio, si è fatto quanto all'equiparazione alla firma del sigillo privato apposto negli scritti, documenti, ecc. (art. 1 D. G. 31 ottobre 1931, n. 200).

(3) A. Tripoli, 24-28 aprile 1920, *Meborah Debase c. Simeone Haggiag*, *Giur. Libia*, II, 15.

che nei rapporti fra cittadini metropolitani e musulmani; ed il Supremo Collegio è andato nello stesso avviso ⁽¹⁾. In altri casi la stessa giurisprudenza ha applicato tanto le leggi ottomane relative ai beni *Auqaf*, proclamando espressamente ch'esse non erano state in alcun modo abrogate per effetto della nostra occupazione ⁽²⁾, quanto il codice fondiario ottomano del 21 aprile 1858 ⁽³⁾.

Ancora nella Libia l'art. 27 del R. D. 3 luglio 1921, n. 1207 sull'accertamento e la conservazione dei diritti fondiari stabilisce che, per quanto riguarda la sussistenza e la natura dei diritti preesistenti al R. D. 5 novembre 1911, n. 1247, e cioè all'estensione della sovranità italiana, gli accertamenti debbono essere fatti secondo le disposizioni delle leggi allora in vigore che, come è noto, sono tutte leggi ottomane.

Quanto all'A. O. I., invece, mancano norme di espresso mantenimento in vigore di atti legislativi preesistenti all'estensione della sovranità italiana. Essi sono, del resto, assai scarsi. Quanto all'Eritrea già è stato rilevato ⁽⁴⁾ che i pochi editti dei monarchi etiopici sono stati via via abrogati per desuetudine o per contrarie norme emanate dallo Stato italiano. Appena, poi, può ricordarsi, per quel che riguarda la Somalia, il decreto del Sultano di Zanzibar del 15 gennaio 1876, col quale fu formalmente sanzionata l'abolizione della tratta. Quanto, infine, ai territori dell'ex Impero etiopico è noto che non esisteva un corpo di leggi dei principi del paese e non esistevano neppure editti reali aventi effettiva applicazione in tutto lo Stato: i rapporti giuridici d'ogni natura erano, infatti, regolati da norme tradizionali, variabili da popolazione a popolazione ⁽⁵⁾.

(1) C. Regno, 20 dicembre 1927, Mehdi ben Hag Muhtar, *Giur. it.*, 1928, I, 408.

(2) T. Tripoli, 13 gennaio 1926, Scalia c. Amministrazione beni *Auqaf*, *Giur. Libia*, II, 415.

(3) A. Tripoli, 11 febbraio 1925, De Bono c. Ben Daud, *Giur. Libia*, II, 328. Importa rilevare che in quest'ultima sentenza la Corte erra attribuendo al codice fondiario ottomano (*qânunnâmeh-i erâzî*) la data del 20 aprile 1868 ch'è, invece, del 7 ramadân 1274 eg. (21 aprile 1858). Questo codice è stato tradotto in francese dal BELIN, *Etude sur la propriété foncière en pays musulman, et spécialement en Turquie (rite hanéfite)*, in *Journal asiatique*, 1861, pag. 418 e segg. La versione è stata poi, riprodotta, con l'aggiunta di alcune note nuove, in ARISTARCHI Bey, *Législation ottomane*, Constantinople, 1873, vol. I, pag. 57 e segg. ed in G. YOUNG, *Corps de droit ottoman*, op. cit., vol. VI, pag. 45 e segg.

(4) Vedi M. COLUCCI, voce *Diritto coloniale*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(5) Cfr. C. CONTI ROSSINI, voce *Fetha Nagast*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

Solo alcuni editti più recenti si riferivano al codice penale ⁽¹⁾ annunciato nel 1930 e divulgato al pubblico nel 1932, alle società (1925, n. 761) ed al fallimento (1933, n. 865) ed a qualche altra materia di minore importanza; ma si sa che nemmeno essi avevano avuto applicazione. Tutti risultano ormai implicitamente abrogati per effetto dell'estensione di diritto dei codici metropolitani anche a quei nuovi territori (art. 53 e segg. R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019) e se mai potrà discutersi della loro efficacia nel solo caso in cui l'ammettano il rispetto dei diritti acquisiti od i principii della successione di leggi penali nel tempo ⁽²⁾.

5. Fra le leggi vigenti nell'Africa Italiana ha, poi, largo ed importantissimo posto il diritto indigeno ⁽³⁾, in quanto riconosciuto e riaffermato come norma giuridica in vigore dal nostro legislatore.

L'esame del diritto indigeno, dei vari ed importanti problemi ch'esso solleva esigerebbe lungo discorso. Qui, però, non è il luogo ⁽⁴⁾ ed ai nostri fini basterà darne notizia per i diversi territori.

6. Quanto agli indigeni dell'Eritrea e dei nuovi territori dell'ex Impero etiopico il diritto locale è costituito, per le popolazioni appartenenti alla Chiesa monofisita, dal *Fetha Nagast* o « Diritto dei Re », raccolta di canoni ecclesiastici e civili compilata in arabo, nel 1240-50, per uso dei copti d'Egitto da as Safi Abul-Fadaïl Ibn al Assâl e mal tradotta poscia in etiopico

(1) Letteralmente *ya-wangalannoc maqca daub* (« Editto sul modo di punire i delinquenti »). Addis Abeba, 1923 [etiopico = 1930-31]. Su di esso vedi E. CERULLI, *Il nuovo codice penale etiopico ed i suoi principi fondamentali*, in *Oriente Moderno*, 1932, pag. 391 e segg.

(2) Su quest'ultimo punto vedi il mio scritto, *Della successione delle leggi penali in Etiopia*, in *Riv. delle colonie*, 1937, pag. 963 e segg.

(3) Si potrebbe anche chiamare diritto locale in contrapposto a quello introdotto dallo Stato italiano ma poichè l'espressione « diritto locale » ha riguardo al criterio del territorio su cui la norma deve imperare, mentre qui si tratta di un diritto prevalentemente personale e, quindi, indipendente dal territorio, è preferibile adoperare quella di diritto indigeno, proprio dei nativi.

(4) Rimando su questo punto al mio *Diritto coloniale italiano*, III ed., Roma, 1938, pag. 57 e segg.

per uso dei correligionari abissini ⁽¹⁾ e, quanto alle popolazioni islamiche, dai testi di diritto musulmano e precisamente dai trattati di *fiqh* della scuola (*madhhab*) hanafita, per la maggior parte dei musulmani dell'Eritrea, e da quelli della scuola sciafita per i musulmani della Dancalia, nella stessa Eritrea, e di alcune regioni dell'Etiopia (Gimmâ, Limmu, Harar, ecc.).

Per queste stesse e per tante altre popolazioni, come, ad esempio, Sidama, Galla, ecc. e così anche per gli Ebrei d'Etiopia, quali i Falascià del Semièn e del Tana, il diritto locale, però, è in massima parte consuetudinario, variabile da regione a regione, secondo le stirpi che le popolano, costituito da statuti (*wu-úl*) eccezionalmente redatti in iscritto ⁽²⁾, tutte leggi in massima

(1) Si veggia la traduzione di I. GUIDI, *Il « Fetha Nagast » o « Legislazione dei Re »*. Codice ecclesiastico e civile di Abissinia tradotto ed annotato, Roma, 1899. Traduzioni parziali, con note, sono quelle di F. A. ARNOLD, *Libri aethiopici: Fetha Nagast i. e. Canon Regum, caput XLIV de Regibus*, Halle, 1841 e di J. BACHMANN, *Corpus juris Abessinorum. Pars I. Jus connubii*, Berolini, 1889. Cfr. anche J. BACHMANN, *Das Rechtsbuch der Abessinier*, in *Theologische Studien und Kritiken*, 1892, pag. 342 e segg.; C. CONTI ROSSINI, *Principi di diritto consuetudinario*, Roma, 1916, pag. 52 e segg. Non si dimentichi che il *Fetha Nagast* ha valore più letterario che giuridico: come testo di legge esso è penetrato assai scarsamente nella vita delle popolazioni abissine.

Assai minore importanza, non contenendo, per quel che riguarda il diritto, che un sol capitolo sull'ordine delle giurisdizioni alla Corte reale, ha la *Serata Manghest* o « Regolamento del Regno », tradotta da J. VARENBERGH, *Studien zur abessinischen Reichsordnung*, in *Zeitschrift für Assyriologie und verwandte Gebiete*, 1915-1916, pag. 1 e segg. e da I. GUIDI, *Contributi alla storia letteraria di Abissinia*, in *Rendiconti della Reale Accademia dei Lincei*, 1923, pag. 65 e segg. e pag. 185 e segg.

(2) Un solo statuto fin qui si conosce redatto in iscritto, ed è quello dei Loggo Sarda: vedi C. CONTI ROSSINI, *I Loggo e la legge dei Loggo Sarda*, in *Giornale della Società Asiatica Italiana*, 1904, pag. 1 e segg. Lo stesso CONTI ROSSINI dà notizia di questa e di altre leggi in *Ricordi di un soggiorno in Eritrea*, Asmara, 1903, pag. 59 e segg. [*Leggi Tigrài: I. Legge dei Loggo Sarda, II. Leggi dei Decchi Tascim*]. Ad Asmara sono stati raccolti e dati alle stampe in tigrài gli statuti di varie altre genti eritree del Carnescim, dello Scioatte Ansebà, del Loggo Cenà, del Sahartì insieme con gli editti di Hab Sellùs: cfr. *Serat Karnesem. - Serat nay Hab Sellus. - Waela Sobhätta Ansüba. - Heggí nay Läggon Cewan. - Heggí Sahartén Lamzan Waqartén Damban*, Asmara, 1910. Alcuni altri statuti sono stati raccolti e pubblicati da I. CAPOMAZZA, *Il diritto consuetudinario dello Acchelè-Guzai*, Asmara, 1937; Id., *La legge degli Atechme Melgà. Istituzioni di diritto consuetudinario del Seraé*, Macerata, 1912. Lo stesso A. ha raccolto anche le *Usanze islamiche hanafite di Massaua e dintorni (Massaua, Archico, Otumlo, Moncullo, Zaga ed Emberemí)*, Macerata, 1910. Delle consuetudini penali dell'Hamásen abbiamo notizia in due lavori di G. DE STEFANO, *Il diritto penale nell'Hamásien ed il Fetha Neghest*, Firenze, 1897 e di E. PETAZZI, *L'odierno diritto penale consuetu-*

parte di identico contenuto ma non notevoli varianti, fissate, mediante accordi o patti consacrati da giuramento, in apposite assise delle stirpi o sancite con giudicati o con bandi dei capi, talvolta rivedute ed aggiornate in successive riunioni, affidate solo alla memoria e spesso cristallizzate in aforismi o proverbi giuridici ⁽¹⁾.

7. Nella Somalia il diritto indigeno è costituito dai testi di diritto musulmano della scuola sciafita e da tutte le norme consuetudinarie (*destur*) delle diverse popolazioni di quella colonia, affidate ai capi delle tribù ed agli anziani (*wayêl*) e da essi tramandate, talvolta anche qui fissate e modificate in apposite adunanze ⁽²⁾.

8. La situazione della Libia risulta un po' più complicata. Cessato ormai, tranne che, come già si è detto, per taluni istituti, l'impero del sistema hanafita, il diritto indigeno è costituito, per le popolazioni musulmane, dai testi di diritto musulmano del sistema mâlikita ⁽³⁾ e, per gli eretici ibâditi di Zuara e dei mag-

dinario dello Hamasien (Eritrea), Asmara, 1937. Alcune consuetudini commerciali dei mercati eritrei sono state esaminate da M. D'AMELIO, *I piccoli commercianti nella legislazione commerciale eritrea*, Roma, 1910. Pregevoli sono, poi, le memorie di A. POLLERA, *L'ordinamento della giustizia e la procedura indigena in Etiopia e in Eritrea*, Roma, 1913 ed *Il regime della proprietà terriera in Etiopia e nella Colonia Eritrea*, Roma, 1913. Per altri lavori ancora rimando alle notizie che ne dà C. CONTI ROSSINI, *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, op. cit., pag. 13 e segg.

(1) Cfr. R. CORSO, *Proverbi giuridici abissini*, in *Riv. italiana di sociologia*, 1920, pag. 150 e segg. ed in *Archivio giuridico*, 1936, pag. 133 e segg.

(2) Per i rapporti fra il diritto consuetudinario somalo ed il diritto musulmano, dei quali si dirà a suo tempo, si leggano le considerazioni di E. CERULLI, *Note sul movimento musulmano nella Somalia*, in *Riv. degli studi orientali*, 1923, pag. 32 e segg. Per il diritto consuetudinario vedi i lavori dello stesso CERULLI, *Il diritto consuetudinario della Somalia italiana settentrionale (Sultanato dei Migiurtini)*, in *L'Africa Italiana*, 1918, pag. 120 e segg.; *Testi di diritto consuetudinario dei Somali Marrehân*, in *Riv. degli studi orientali*, 1918, pag. 361 e segg.; di M. COLUCCI, *Principi di diritto consuetudinario della Somalia italiana meridionale. I gruppi sociali. La proprietà*, Firenze, 1924; e così anche i miei scritti *Delitto, pena e giustizia presso i Somali del Benadir*, in *Riv. coloniale*, 1921, pag. 14-41; *La proprietà ed il sistema contrattuale nel « destur » somalo*, *Ibidem*, 1921, pag. 389-405, 443-456 e 493-502.

(3) Per la conoscenza del sistema mâlikita, oltre a D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol. I,

giori centri del Gebel Nefûsah o Gebel tripolitano, anche da quelli del sistema ibâdita ⁽¹⁾, secondo la professione che l'ordinamento giudiziario (art. 214 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) concede ch'esse facciano dell'uno o dell'altro sistema. Costituito di più, massime per talune tribù della Cirenaica ⁽²⁾, nelle quali lo stesso diritto musulmano non ha che un valore di fonte sussidiaria, dagli usi immemorabili (*daraib*) ⁽³⁾ formati col consenso dei componenti di un determinato gruppo, consacrati talvolta in atti scritti, quali le decisioni dei *miaàd* ⁽⁴⁾, e più spesso affidati solo alla memoria.

Quanto, poi, al diritto delle popolazioni israelitiche esso è costituito, oltre che dalle loro consuetudini, massime in tema di

Roma, 1926, si consulti la dotta traduzione del compendio di HALIL (*Il « Muhtasar »*). *Sommario del diritto Malichita di HALIL IBN ISHAQ tradotto dai professori I. GUIDI e D. SANTILLANA*, vol. I e II, Milano, 1914. Vedi anche la voce *Diritto musulmano* di C. A. NALLINO, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(1) Il sistema eterodosso ibâdita è stato fin qui un po' nell'ombra rispetto al sistema mâlikita (per qualche applicazione cfr. A. Tripoli, 6 luglio 1932, Bersciusi c. el Kaal, *Giur. Libia*, III, 231). Di recente, approvandosi col D. G. 4 dicembre 1937, n. 926, l'ordinamento organico del personale giudicante dei tribunali sciaraitici della Libia, si è stabilito espressamente (art. 18) che nelle località dove la maggioranza della popolazione è costituita da musulmani ibâditi il qâdi deve appartenere al sistema ibâdita e si è imposto (art. 22) che delle prove scritte per la nomina a « naib el qâdi » deve far parte anche quella delle fonti del diritto musulmano, con particolare riguardo al *Nil*.

Il *Nil* è il libro fondamentale del sistema ibâdita. Ha per autore ABD EL AZIZ IBN IBRAHIM, nato nel primo terzo del mese di *ragab* 1167 eg. (aprile-maggio 1754) e morto nel 1223 eg. (1808-1809). Il *Nil* è un compendio di parecchie vaste compilazioni, delle quali una (*Kitab al-Id' ah*) è l'opera di Sêh Amer del Gebel Nefûsah. Come il *Muhtasar* di HALIL il *Nil* comprende, in ventidue libri, tutto il diritto religioso (*ibadat*), civile e penale degli Ibâditi ma non ha lo stesso valore di quel compendio. Del *Nil* ci manca una versione completa nè risulta che sia stata compiuta quella che la Corte d'Appello d'Algeri aveva disposto or fanno parecchi anni. Per il matrimonio ed il divorzio può ricorrersi alla traduzione di E. ZEYS, *Droit mozabite. « Le Nil » (Du mariage et de sa dissolution)*, Alger, 1891.

(2) Primi tentativi di ricerche in M. COLUCCI, *Il diritto consuetudinario delle tribù della Cirenaica*, in *Riv. coloniale*, 1927, pag. 24 e segg.; *Id.*, *Il diritto consuetudinario della Cirenaica*, in *Riv. giuridica Medio ed Estremo Oriente*, 1932, c. 37 e segg.; e, per quel che riguarda in special modo la proprietà fondiaria e lo sfruttamento, ecc. delle terre, E. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, parte II, Bengasi, 1928.

(3) Cfr. la voce *Daraib* di M. COLUCCI, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(4) Vedi la voce *Miaàd* dello stesso COLUCCI, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

matrimonio ⁽¹⁾, dal *Talmùd* o « Dottrina », composto, com'è noto, della *Mishnà* e della *Ghemarà* ed, in special modo, dal codice detto *Shulhàn Arùch* ⁽²⁾.

9. Benchè estraneo alla nostra trattazione va qui ricordato, per evidente connessione e per l'applicazione ch'esso può avere anche in Libia, dov'è largo numero di cittadini delle Isole italiane dell'Egeo, il diritto particolare ammesso e riconosciuto in quelle Isole per gli appartenenti alle comunità ortodossa, musulmana, ebraica, ecc. Le disposizioni di quel diritto sono varie quanto mai.

Per gli ortodossi, infatti, vige il diritto bizantino e greco-

(1) Le consuetudini (*minhaghim*) hanno largo posto anche nel diritto degli Ebrei libici. Su di esse vedi M. COHEN e M. M. MORENO, *Gli Ebrei in Libia. Usi e costumi*, Roma, s. d. [1928].

(2) La legge ebraica è contenuta principalmente nel *Talmùd*. Esso si compone di due parti: la *Mishnà* e la *Ghemarà*. Del *Talmùd* esistono due grandi compilazioni: l'una, la più antica e più breve ma incompleta, è conosciuta col nome di *Talmùd di Gerusalemme* o di *Palestina*, perchè elaborata in Palestina verso il principio del IV sec.; l'altra è costituita dal *Talmùd di Babilonia*, così denominato perchè composto, due secoli più tardi, dalle scuole di Babilonia. Quest'ultima versione, ben più completa e perfetta dell'altra, ha, come testo di legge, maggior valore.

Per rendere più agevole la conoscenza dei precetti contenuti in queste varie compilazioni si è provveduto alla redazione di opere rituali e legislative più brevi e più chiare nel loro contenuto. Di esse tutte merita speciale ricordo, anche per gli Ebrei libici, lo *Shulhàn Arùch* o « Tavola imbandita » di J. CARO (1488-1575), il quale non solo raccolse tutti i precetti religiosi e giuridici dell'ebraismo ma mise a profitto il vasto lavoro di esegesi talmudica fin allora compiuto. Il compendio del CARO cominciò a godere, qualche tempo dopo la sua pubblicazione, di grande popolarità ed è ormai generalmente consultato ed osservato come il codice del mondo ebraico: come tale esso è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza libica (cfr. A. Tripoli, 21 febbraio 1932, Barda c. Barda ed altri, *Riv. giuridica Medio ed Estremo Oriente*, 1932, 323). Lo *Shulhàn Arùch* è diviso in quattro parti, delle quali due si occupano di precetti religiosi, feste, rituale, ecc. e due altre, l'*Eben ha-ezer* (pietra dell'aiuto) ed il *Hoshem ha-mmishpât* (il pettorale della giustizia) trattano, rispettivamente, del diritto matrimoniale e del diritto civile e penale.

Tra le traduzioni più accessibili possono qui ricordarsi, quanto all'*Eben ha-ezer*, quella di E. SAUTAYRA e M. CHARLEVILLE, *Code rabbinique. Eben Haezer traduit par extraits avec les explications des docteurs juifs, la jurisprudence de la Cour d'Alger et des notes comparatives de droit français et de droit musulman*, 2 voll., Alger, 1868-1869; e, quanto al *Hoshem ha-mmishpât* quella, anch'essa in francese, di J. DE PAULY, *Code civil et pénal du judaïsme*, Paris, 1896.

romano ⁽¹⁾, costituito da fonti diverse d' *ius scriptum*, e cioè dal Codice, dalle Pandette, dai Basilici e dai manuali ufficiali (Ecloga, Prochiro, Epanoge) e più che altro dall' *Hexabiblos* ⁽²⁾ redatto a Tessalonica, nel secolo XIV, da COSTANTINO ARMENOPULO ed usato fino ai nostri tempi dalle popolazioni greche; vi si aggiungono, poi, numerose disposizioni ecclesiastiche e consuetudini. Per i musulmani ha applicazione il sistema hanafita; per gli Ebrei il *Talmùd*, anche qui nelle sue compilazioni e commenti. Quanto, infine, ai latini cattolici vige il diritto canonico, sempre che non si tratti di cittadini metropolitani, nel qual caso essi sono soggetti, anche in tal materia, alle norme vigenti nel regno.

A parte quanto or ora si è detto per gli ortodossi, non minore importanza delle accennate disposizioni ha nel Possedimento la consuetudine, sia come fonte sussidiaria delle disposizioni stesse sia come norma regolatrice anche in alcuni rapporti di diritto pubblico ⁽³⁾.

10. Problema assai importante è quello di vedere quale veste assuma il diritto indigeno esistente nell'Africa Italiana e che il nostro legislatore, come meglio si vedrà più avanti, ha in così larga misura riconosciuto e conservato in vigore.

Non v'è dubbio che il diritto indigeno, per quanto costituisca un insieme di norme vigenti per forza non propria ma derivata da altre sopraordinate, è legge nelle colonie ⁽⁴⁾ e ad applicarlo sono chiamati tanto i giudici indigeni quanto le autorità italiane, e non solo le magistrature ordinarie, ma anche quelle speciali, come, ad esempio, quelle fondiari in Libia, ed

(1) Vedi la voce *Diritto bizantino* di G. FERRARI DALLE SPADE, nel *Nuovo Digesto Italiano*. Per il diritto delle successioni in special modo cfr. G. MICHAELIDES NOUARGOS, *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin, Justinien et post Justinien*, Paris, 1937.

(2) Editto da G. HEIMBACH, *Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis*, Berolini, 1851.

(3) Sull'importanza della conoscenza e dello studio delle consuetudini nelle Isole italiane dell'Egeo, dove esse prevalgono spesso sulla legge scritta costituente il diritto comune, vedi A. BERTOLA, *Un documento neo-greco sulle consuetudini ereditarie di Patmo*, Firenze, 1932 (Estr. dall'*Archivio delle consuetudini giuridiche agrarie e delle tradizioni popolari italiane*) e la bibliografia ivi citata.

(4) Cfr. M. COLUCCI, *Il concetto del diritto coloniale*, in *Dottrina e politica fascista*, Perugia, 1930, pag. 340.

infine gli stessi funzionari politico-amministrativi, in quanto investiti di funzioni giudiziarie. Per effetto dell'avvenuto riconoscimento esso è stato assorbito condizionatamente, è venuto a costituire un diritto particolare, riconosciuto unicamente per il regolamento di rapporti che sono propri di dati gruppi di nativi, cittadini italiani libici, ecc.

In questo senso può parlarsi di una recezione del diritto indigeno nel diritto coloniale dello Stato ⁽¹⁾ ed, in altri termini, affermarsi che il richiamo che il nostro legislatore ne ha fatto debba intendersi come un richiamo ricettizio ⁽²⁾.

Da questo concetto derivano alcune importanti conclusioni. In primo luogo il problema della conoscenza del diritto indigeno assume un aspetto identico a quello presentato dalla conoscenza del diritto straniero nel campo del diritto internazionale privato, qualora anche qui si accolga la teoria del rinvio ricettizio ⁽³⁾. Il giudice in colonia ha l'obbligo di conoscere il diritto indigeno. In pratica, però, questo principio non può essere rigidamente seguito. L'applicazione del diritto indigeno richiede la conoscenza non solo del diritto musulmano, di quello ebraico ma di numerosi diritti consuetudinari non scritti. Gravi sono, poi, le difficoltà nascenti dalla mancata od imperfetta conoscenza da parte del giudice delle lingue, nelle quali il diritto indigeno è raccolto o vien riferito e così anche dalla necessità di accertare che la consuetudine che si applica sia veramente quella in vigore e non abbia subito mutamenti.

Vi sono, quindi, circostanze di fatto, le quali impongono che l'obbligo del giudice basato sul principio *iura novit curia* sia

(1) Cfr. A. SCRIMALI, *I conflitti interregionali di leggi nel diritto internazionale*, op. cit., pag. 359 e gli autori ivi citati.

(2) [Vedi su questo punto lo scritto di A. MACCHIA, *Consuetudine e legge nel diritto coloniale*, in *Riv. diritto coloniale*, 1941, pag. 158, apparso durante la stampa di questo volume e del quale, quindi, qui non è possibile tener conto].

(3) Sulla teoria del rinvio ricettizio e sui suoi scogli vedi R. ACO, *Teoria del diritto internazionale privato. Parte generale*, op. cit., pag. 91 e segg.; G. BALLADORE PALLIERI, *Il concetto di rinvio formale e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv. diritto civile*, 1929, pag. 441 e segg.; G. DIENA, *La funzione delle norme di diritto internazionale privato e il compito dell'autorità giudiziaria*, in *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 329 e segg.; G. PACCHIONI, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1936, pag. 114 e segg.; M. UDINA, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, 1933, pag. 50 e segg.

piuttosto inteso come un obbligo di procurarsi di volta in volta la conoscenza del diritto indigeno applicabile in concreto. Le norme (ad es. art. 209 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) che autorizzano il giudice in Libia a disporre, anche d'ufficio, i mezzi più idonei per accertare l'esistenza delle norme e consuetudini locali, ad incaricare delle indagini necessarie funzionari civili e militari o ad avvalersi, occorrendo, come nelle Isole italiane dell'Egeo (art. 8 D. G. 15 novembre 1938, n. 324), del parere di persone particolarmente versate nei diritti locali, si ispirano evidentemente a queste esigenze. Vi corrispondono, d'altra parte, le disposizioni che consentono alle parti di provare in qualunque modo l'esistenza delle norme consuetudinarie, delle quali chiedono l'applicazione.

In secondo luogo poiché il diritto indigeno, riconosciuto dal nostro legislatore, è divenuto una fonte di diritto, il giudice deve applicarlo come ogni altra norma di diritto e se la norma gli è, come dovrebbe essergli, nota, non ha bisogno di ricorrere ad alcuna prova.

Per questa stessa considerazione, per il fatto, cioè, che il diritto indigeno deve riconoscersi come una norma giuridica incorporata nel nostro ordinamento, dovrebbe, infine, ammettersi che la retta applicazione di esso sia soggetta al controllo giurisdizionale della Corte Suprema di Cassazione, e ciò non solo per le norme scritte ma anche per le norme consuetudinarie non scritte ⁽¹⁾.

11. L'inventario, fin qui sommariamente compiuto, delle norme giuridiche vigenti nell'Africa Italiana permette già di effettuare un primo incasellamento ai fini delle nostre ricerche.

(1) Soluzione non ancora pacifica. Per la dottrina francese in gran parte contraria (favorevole è E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, op. cit., pag. 293, nota 1) cfr. H. SOLUS, *Du pourvoi en cassation pour violation d'une loi indigène*, in *Recueil Sirey*, 1929, I, 41. Per la giurisprudenza italiana vedi, quanto all'insindacabilità in Cassazione del giudizio sull'esistenza di una consuetudine indigena, C. Roma, 4 aprile 1911, *Zadic, Cass. Unica*, XXIII, 82. Ormai, però, sembra che la Cassazione si orienti nel senso che il potere di controllo da parte sua perfino sull'esistenza del diritto consuetudinario vigente nella madrepatria, diritto che non consisterebbe *in facto*, debba esercitarsi nello stesso ambito e con la stessa profondità del controllo sull'*ius scriptum*. Su questo punto cfr. P. CALAMANDREI, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. diritto processuale*, 1938, II, pag. 120 e segg.

Come primo punto è facile rilevare la coesistenza in ogni provincia o colonia di tanti gruppi di norme diversi tra loro non solo per il contenuto ma per i soggetti, per i quali debbono valere, e spesso anche per gli organi giurisdizionali chiamati ad applicarle. Questi diversi gruppi possono esser considerati come tanti sistemi giuridici ⁽¹⁾. Si possono così distinguere:

a) Le leggi italiane estese od appositamente emanate dal nostro legislatore;

b) Quelle dei cittadini italiani libici e dei sudditi dell'A. O. I. musulmani dei differenti sistemi e scuole;

c) Quelle degli Ebrei cittadini italiani libici;

d) E da ultimo, ma non certamente ultime per il grande numero dei soggetti e la loro importanza, le leggi di tanti altri gruppi di sudditi dell'A. O. I. (Abissino, Galla ⁽²⁾, Afar-Saho, Sidama, Nilotico, Bantù) legati, per effetto prevalentemente della razza, da istituzioni consuetudinarie tipiche e fondamentali.

E' chiaro, però, che questa classificazione non può essere che generale ed approssimativa: un notevole numero di nativi dell'Africa Italiana sfugge, per le loro istituzioni, ecc., ad una precisa attribuzione all'uno od all'altro sistema.

12. Un altro punto che bisogna considerare è quello del carattere di tanti e così diversi sistemi giuridici.

Le leggi italiane sono territoriali: ma ciò non già solo per il fatto ch'esse abbiano efficacia nell'ambito di una o più colonie ⁽³⁾ quanto piuttosto perchè si applicano, normalmente ed in modo generale, a tutte le cose ed a tutte le persone che vi si trovano, prescindendo, quanto a queste ultime, dalla loro origine etnica, dalla religione, ecc. Così può dirsi, ad esempio, per il codice penale esteso in colonia, per le leggi di polizia, per le norme per la conservazione e l'accertamento dei diritti fondiari, ecc.

(1) Sulla nozione di sistema giuridico, dalla quale qui divergo su qualche punto, vedi P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, op. cit., vol. I, pag. 89 e segg. e così anche UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 5.

(2) Per alcune notizie vedi A. MIZZI, *Cenni etnografici galla, ossia organizzazione civile, usi e costumi oromonici*, Malta, 1935.

(3) Carattere tutto proprio dei sistemi giuridici a base territoriale: cfr. R. DE NOVA, *Natura del diritto interlocale*, loc. cit., pag. 42, nota.

Ma le leggi italiane finiscono talvolta con l'essere anche personali: così accade, qualora per gli stessi rapporti da esse contemplati esistano anche leggi particolari, applicabili a titolo di diritto personale ai diversi gruppi etnici esistenti in colonia. Il codice civile italiano, ad esempio, è legge personale per i cittadini italiani metropolitani in colonia, in quanto i nativi per la maggior parte dei rapporti in esso preveduti, rapporti di famiglia, successioni, ecc., sono regolati dal proprio statuto personale.

Le leggi indigene sono, invece, personali: ma ciò anche qui non già per il fatto ch'esse siano relative al diritto delle persone ma perchè hanno per oggetto solo le persone di una data religione, di una data stirpe, ecc. e prescindono del tutto, nella determinazione della loro sfera di applicazione, da qualsiasi elemento territoriale. Si tratta, dunque, di una personalità assoluta e, generalmente, per tutte le materie. A loro volta le leggi indigene, benchè personali, possono avere anche una sfera di applicazione territoriale: così avviene, ad esempio, per le consuetudini in materia di commercio carovaniero, le quali regolano, in Libia, tutte le contrattazioni ad esso relative e si applicano, quindi, a tutti coloro che le pongono in essere (art. 215 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167); e può anche accadere qualora si tratti, come in Eritrea ed in alcune delle regioni etiopiche di nuova conquista, di consuetudini proprie di circoli territoriali indigeni.

Ma queste sono eccezioni determinate da particolari esigenze o da speciali condizioni. Generalmente i sistemi giuridici indigeni non sono mai territoriali. Così, ad esempio, il diritto è unico per tutti i musulmani, ovunque risiedano, da qualsiasi sovrano dipendano, a qualunque razza appartengano: il diritto musulmano non ha alcuna relazione con il concetto di territorialità. Lo stesso può dirsi, in tanti rapporti, anche per il diritto ebraico.

Queste considerazioni valgono, fra l'altro, a dimostrare come il concetto di territorialità, del resto già così discusso ed oscuro nel campo del diritto internazionale privato, assuma un significato diverso nell'ambito delle colonie ⁽¹⁾.

13. Si è già visto che nelle nostre colonie, come già in altri paesi (Algeria, Tunisia, ecc.), si trova sempre un sistema giuri-

(1) Su questo punto assai bene UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 7.

dico territoriale o generale e comune; e si trovano anche diversi sistemi giuridici personali. Di qui l'esistenza di leggi, di giurisdizioni proprie dell'uno e degli altri; di qui anche l'eventualità, per sè stessa evidente, di interferenze e conflitti nei reciproci rapporti.

Ora tutte le volte che una colonia si presenta come un sistema giuridico complesso o composito ⁽¹⁾, e cioè sottoposto a diversi gruppi di leggi, territoriali e personali, generali e particolari, s'impone la necessità di stabilire quale di essi debba prevalere sugli altri e, precisamente, sia chiamato a fornire, fra l'altro, le norme di qualificazione e di collegamento per la soluzione degli eventuali conflitti. E si ritiene che leggi dominanti siano quelle poste dallo Stato colonizzatore, come, ad esempio, quelle francesi in Algeria, le italiane nelle nostre colonie, mentre che le leggi indigene, personali non sono tutte che leggi subordinate ⁽²⁾.

Contro questa distinzione ch'è fondamentale e che può valere, in più di un caso, a sciogliere le più gravi controversie, si è osservato che non è possibile costituire una specie di gerarchia ⁽³⁾ fra il sistema giuridico posto dallo Stato sovrano ed i sistemi giuridici personali, propri delle popolazioni indigene, perchè tanto l'uno che gli altri sono subordinati alle norme generali vigenti per tutto lo Stato ed ai supremi principii del diritto pubblico di esso o della singola colonia; e così si è cercato di

(1) Sui sistemi giuridici compositi in generale vedi I. H. WIGMORE, *A Map of the World's Law*, in *Geographical Review*, 1929, pag. 118.

(2) Distinzione accolta anche da A. SCRIMALI, *De l'existence d'un troisième droit international entre le droit interne et le droit international*, loc. cit., p. 351.

(3) Cfr. UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, loc. cit., pag. 25. Al concetto di gerarchia tra i diversi sistemi giuridici esistenti nelle colonie accennava, invece, già or fanno molti anni, C. BROCHER, *Des rapports de droit international privé avec la France extra-continentale*, in *Clunet*, 1881, pag. 376, così scrivendo: « Il était naturel d'accorder aux populations indigènes quelques garanties pour une bonne application des lois nationales sous l'empire desquelles ils devaient vivre. C'est dans l'organisation judiciaire que cette préoccupation se manifesta le plus directement. Il fallait, toutefois, s'attendre à voir se former une sorte de hiérarchie tendant à consacrer, comme droit principal et commun, l'ensemble des règles applicables aux populations françaises et européennes. Il suffisait de formuler telles exceptions que de droit en faveur des autres éléments ». Vedi anche N. CARDINALE, *Obbligazioni e contratti nel diritto coloniale*, in *Riv. giuridica Medio ed Estremo Oriente*, 1938, c. 187.

respingere il concetto già esposto che il conflitto tra i due sistemi sia un conflitto non paritario.

Come già si è detto non sembra, però, che questi rilievi siano fondati. E' chiaro che il legislatore coloniale potrebbe rifiutare aprioristicamente e sistematicamente il riconoscimento e l'applicazione del diritto indigeno, delle leggi personali ed imporre senz'altro alle popolazioni indigene l'osservanza delle norme da esso poste. Se non lo fa, se rigetta una soluzione così radicale ed assai comoda solo in teoria è perchè tali norme, costituite in gran parte dal diritto metropolitano appositamente esteso, sono assai lontane dagli usi di quelle popolazioni, dalle loro condizioni sociali, dalla loro stessa mentalità, ecc. e, di conseguenza, bisogna temere si vada incontro a gravi difficoltà e si mettano in pericolo le basi dell'ordinamento coloniale.

Ma se il legislatore decide diversamente ed ammette e riconosce, entro i limiti imposti dal rispetto dei principii generali della civiltà od, in altri termini, dall'ordine pubblico coloniale e, quindi, *a priori* condizionatamente, le leggi degli indigeni, non può per ciò solo trarsi la conseguenza che queste siano completamente equiparate alle altre, che l'avvenuto riconoscimento le renda, in altri termini, in tutto e per tutto simili alle norme del nostro diritto positivo ⁽¹⁾.

Innanzitutto occorre considerare che qui si tratta di leggi di civiltà ineguale. Le leggi italiane e le leggi indigene non possono evidentemente essere poste sullo stesso piano: esse emanano da comunità giuridiche assai differenti ⁽²⁾. Non bisogna, poi, dimenticare che i nativi delle nostre colonie, cittadini italiani libici, sudditi dell'A. O. I., ecc. sono tutti sottoposti alla potestà d'impero dello Stato italiano: come tali essi, in principio, non possono sfuggire all'autorità delle leggi italiane. Se, per irap-

(1) Nega tale identificazione anche R. VUOLI, *Note introduttive allo studio del diritto coloniale italiano*, Milano, 1940, pag. 2 (Estr. da *Jus*).

(2) Che la legge italiana, come « legge del popolo dominante e legge più evoluta » debba sempre prevalere sulla legge indigena, a condizione, però, « che non rappresenti sopraffazione o trascuranza delle tradizioni inveterate, delle credenze religiose, dello stato attuale di coscienza e di civiltà » dei nativi, fu già affermato da R. FALCONE, *Del diritto italiano e del diritto indigeno nell'Africa Italiana*, Roma, 1907, pag. 17 e tale principio, come si vedrà più avanti, fu approvato con apposito ordine del giorno durante i lavori del Congresso coloniale italiano in Asmara (settembre-ottobre 1905).

porti relativi al loro statuto personale, al diritto di famiglia, ecc. essi continuano ad esser governati dalle loro leggi e dalle loro consuetudini, è unicamente per effetto di una concessione benevola che lo Stato è libero di modificare o di ritirare ⁽¹⁾. Per tutti gli appartenenti allo Stato italiano nelle nostre colonie, cittadini metropolitani o cittadini italiani libici o sudditi dell'A. O. I., ecc., non v'è, dunque, che una sola legge sovrana, e cioè la legge italiana.

14. Vediamo ora quali sono i momenti di collegamento con i sistemi giuridici esistenti nell'Africa Italiana, e cioè in base a quali criteri i vari rapporti possono essere allacciati alle norme proprie dell'uno o dell'altro di essi.

Tali momenti sono assai diversi, secondo che si tratta delle leggi italiane o delle leggi indigene. Poichè le leggi italiane sono in gran parte territoriali i momenti di collegamento, fermo sempre il concetto già accennato, non possono esser tratti che dal territorio che costituisce l'ambito della loro efficacia, la sfera della loro applicazione.

Quanto, invece, alle leggi indigene, poiché esse sono personali e non hanno alcuna relazione col territorio, i momenti di collegamento debbono essere fissati in base a criteri affatto differenti. I momenti di collegamento più importanti sono:

a) La religione (art. 213 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167; art. 50 R. decreto-legge 1 giugno 1936, n. 1019). Tutti i musulmani dell'Africa Italiana appartengono, ad esempio, allo stesso sistema giuridico, sono regolati da una stessa legge secondo le differenti scuole, hanno i loro giudici. Lo stesso può dirsi per gli

(1) Vedi quanto, su questo punto, scrive E. CLAVEL, *Régime matrimonial. - Mariage contracté devant l'officier de l'état civil français, entre un musulman algérien sujet français et une chrétienne française*, in *Clunet*, 1897, pag. 1006: « Il est certain que si le conquérant a laissé aux peuples annexés leur statut personnel, le droit commun de la France est constitué par l'ensemble des lois contenues dans nos codes. Si telle partie de ces lois est inapplicable à telle ou telle catégorie de sujets français, il est évident que ce n'est qu'à titre d'exception. Lorsqu'il y a conflit entre deux statuts, il semble juste que les lois fondamentales et générales du pays prévaillent sur les lois exceptionnelles. La jurisprudence algérienne a admis le principe de la prépotence du statut français ».

Ebrei ⁽¹⁾. Il principio che vige per gli uni e per gli altri è *cujus religio eius lex*;

b) La razza: così le genti del gruppo Sidama, quelle del gruppo Nilotico, ecc. fanno capo a sistemi propri e sono legati da istituzioni fondamentali e tipiche;

c) L'appartenenza ad una gente, ad una tribù, ecc. (ad es. art. 50 R. decreto-legge precitato). Già si è visto come lo statuto giuridico possa variare da gente a gente. Il regime fondiario è quasi sempre strettamente connesso con la stirpe; da questa dipendono tanti altri rapporti giuridici;

d) Il paese (ad es. art. 50 R. decreto-legge suindicato) ma questo non già, come apparirebbe a prima vista, per un criterio territoriale (*lex loci*) quanto perchè, come in Eritrea, ecc., determinate comunità o gruppi di comunità abitano, di regola, determinati paesi o contigui territori e la legge prende spesso nome dal paese o luogo (posti d'acqua, ecc.) dove è stata convenuta od è seguita;

e) L'assimilazione: così gli stranieri appartenenti a popolazioni che abbiano tradizioni, costumi e concetti giuridici e sociali analoghi a quelli dei sudditi eritrei (art. 2 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649) o somali (art. 2 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638) fanno capo ai sistemi giuridici di questi ultimi, sono soggetti alle stesse giurisdizioni e, qualora non abbiano uno statuto personale proprio, regolati dalle stesse leggi.

15. Il problema della qualificazione dei rapporti giuridici è noto ⁽²⁾. Esso sorge quando un rapporto giuridico non è qualificato, definito nello stesso modo dalle varie legislazioni e si tratta, pertanto, di determinare la legge materiale ad esso applicabile: ad esempio un rapporto per la legge straniera è una que-

(1) Ma già si è visto che alcuni Ebrei di Etiopia sogliono adottare le usanze degli abissini cristiani. Si ha così uno dei più interessanti fenomeni di estensione e trasposizione delle consuetudini non già da un paese dove hanno vigore ad un altro, come qualche volta è stato rilevato (cfr. H. MAUNIER, *Loi française et famille indigène dans l'Afrique du Nord*, in *Bull. Société de législation comparée*, 1932, pag. 175), ma addirittura dagli appartenenti ad una religione a quelli di un'altra.

(2) Cfr. E. RABEL, *Il problema della qualificazione*, in *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 97 e segg.; L. MERIGGI, *Saggio critico sulle qualificazioni*, *Ibidem*, 1932, pag. 182 e segg.

stione di forma mentre invece, per la legge straniera è una questione di capacità. Ora se si tratta di una questione di forma si deve applicare la *lex loci actus* mentre se si è dinanzi ad una questione di capacità non può che ricorrersi alla legge nazionale.

Su questo punto nel campo dei conflitti internazionali di leggi si sono ormai consolidati alcuni principii. La qualificazione dei rapporti giuridici fa parte del diritto internazionale di ogni Stato. Ora il sistema internazionale di ogni Stato non può essere che quello della *lex fori*. La qualificazione dei rapporti giuridici non può, dunque, esser data che dalla *lex fori*.

Il problema della qualificazione, però, si presenta nell'Africa Italiana in modo diverso: non, giova subito avvertirlo, nel campo dei conflitti internazionali di leggi ma nei conflitti propriamente detti coloniali.

In primo luogo esso appare come un problema più di competenza giudiziaria che di competenza legislativa: si tratta, infatti, assai spesso di stabilire la qualificazione del rapporto in virtù della determinazione non già della legge materiale ad esso applicabile ma dell'organo giurisdizionale competente a conoscerne. Nelle nostre colonie, poi, il legislatore ha già fatto una prima generale classificazione dei diversi rapporti giuridici, stabilendo preventivamente da quale legge (legge italiana, diritto musulmano, consuetudinario, ecc.) ciascuno di essi dev'essere regolato. Ciò posto non sembra che la qualificazione dei rapporti collegati con i diversi sistemi giuridici possa farsi in base alla *lex fori*. Giustamente è stato in proposito osservato ⁽¹⁾ che nelle nostre colonie non v'è una sola *lex fori* ma tante *leges fori* quanti i diversi organi giurisdizionali in esse stabiliti. La qualificazione, quindi, potrebbe essere assai diversa ed il principio della *lex fori*, qualora accolto, non creerebbe che confusione.

Occorre, invece, trovare una soluzione più conforme a ragione e la soluzione è che la qualificazione dell'ordinamento giuridico, al quale la questione deve essere sottoposta, spetta alla legge italiana. Che questo avvenga perchè la legge italiana è, come più volte si è visto, la legge dominante ⁽²⁾ o per il fatto che

(1) Così UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 36.

(2) In questo senso vedi anche C. CERETI, *Nota cit.*, in *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 452. Contra cfr. L. MERIGGI, *Conflitto di leggi ed ordine pubblico in tema di qualificazione*, *Ibidem*, 1932, pag. 563.

essa ha già dato un primo indice di classificazione od una qualificazione generale dei rapporti giuridici ⁽¹⁾ può essere oggetto di discussione ma è certo che la soluzione additata è necessaria ed è, d'altra parte, la sola che permetta di risolvere una questione che altrimenti rimarrebbe insolubile ⁽²⁾. Quanto, invece, alla qualificazione di merito è chiaro ch'essa non può dipendere assai spesso che dall'ordinamento giuridico richiamato ⁽³⁾.

La giurisprudenza libica si è decisamente indirizzata per questa via: così, ad esempio, per la qualificazione come statuto reale e non personale dell'istituto della *shufah* ⁽⁴⁾, per quella della clausola penale apposta alla promessa di matrimonio nel diritto ebraico ⁽⁵⁾, ecc.

16. La questione del rinvio non può sorgere nell'Africa Italiana altro che nei conflitti fra le leggi in essa vigenti e le leggi straniere. Questi sono senza dubbio conflitti internazionali ma, per varie ragioni, hanno aspetti particolari. Quando, più avanti, saranno esaminati, si ritornerà su questo punto.

Ma di rinvio non può certo parlarsi nei rapporti fra i diversi sistemi giuridici vigenti in colonia e nei conflitti ch'essi

(1) Cfr. UDINA, loc. cit. e dello stesso A., *La législation et la jurisprudence en matière de droit international privé de 1930 à 1934*, in *Revue critique de droit international*, 1935, pag. 691.

(2) La stessa soluzione è stata accolta, oltre che in Algeria (vedi sulla questione la nota di M. MORAND a T. BONA, 16 febbraio 1929, in *Revue algérienne*, 1930, II, pag. 49 e segg.), per la qualificazione dei rapporti giuridici nei conflitti interregionali: così, ad esempio, nell'Alsazia e Lorena, dove, in mancanza di una apposita norma, si è ritenuto che la qualificazione dovesse esser data dalla legge francese e non dalla legge locale ivi mantenuta in vigore. [Su questi concetti vedi anche le osservazioni che qui non è stato possibile considerare di A. MACCHIA, *Consuetudine e legge nel diritto coloniale*, loc. cit., pag. 162].

(3) Così avviene qualora gli elementi della qualificazione non possano essere ricercati che nella legge indigena perchè propri di essa (ad es. istituti di diritto musulmano, ecc.). In questo avviso è andata anche la nostra giurisprudenza coloniale e per questa parte si può aderire all'opinione della MERIGGI, loc. cit., pag. 566.

(4) A. Tripoli, 24-28 aprile 1920, Meborah Debase c. Simeone Haggiag, *Giur. Libia*, II, 15.

(5) A. Tripoli, 12 marzo 1932, Habib c. Buaron, *Riv. giuridica Medio ed Estremo Oriente*, 1932, 199.

determinano, siano fra le leggi italiane e le leggi indigene, siano, anche, tra le leggi personali dei diversi sistemi indigeni ⁽¹⁾.

In questo caso, infatti, non si è più in presenza di un rinvio: non si tratta di applicare la legge di un paese differente, per effetto del rinvio, ma di lasciare al sovrano, al comune potere statale il compito che gli è proprio di risolvere i conflitti tra le diverse leggi esistenti nel territorio coloniale. Le norme, dunque, che adempiono questa funzione non sono norme di rinvio ma norme di competenza legislativa. D'altra parte il diritto indigeno è stato riconosciuto e mantenuto in vigore come legge materiale per determinati rapporti (statuto personale, diritto di famiglia, ecc.) e non con le norme di conflitto che talvolta di esso sono proprie ⁽²⁾.

Alla stessa conclusione può pervenirsi per il tipo di conflitto assai raro e non coloniale ma interregionale che può verificarsi tra il diritto vigente nella metropoli e quello vigente in colonia: anche in questo caso, infatti, non v'è luogo a rinvio e la norma dettata dal sovrano per risolvere la collisione è sempre norma di diritto interno e non di diritto internazionale ⁽³⁾.

17. Occorre considerare la sfera di efficacia dei diversi sistemi giuridici fin qui esaminati.

Quella delle leggi poste dal nostro legislatore ed estese od appositamente emanate per le colonie od, in altri termini, delle leggi italiane, è facilmente determinabile. Come già si è visto esse si applicano, infatti, a tutti gli individui sottoposti permanentemente alla potestà d'impero dello Stato italiano, tranne che

(1) Di diverso avviso sono R. ACO, *Teoria del diritto internazionale privato. Parte generale*, op. cit., pag. 203 e segg. ed E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, op. cit., pag. 27. Quest'ultimo ammette, però, che il rinvio si presenta nei conflitti coloniali con aspetti diversi. In senso conforme vedi C. GRASSETTI, voce *Rinvio (Teoria del)*, in *Nuovo Digesto Italiano*.

(2) Queste norme di conflitto abbondano, come si vedrà più avanti, nel diritto musulmano, per quel che riguardava un tempo i rapporti tra musulmani e *dimmi* « protetti ».

(3) L'UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 37, esclude in questo caso il rinvio, anche qualora una delle leggi in conflitto sia straniera. Ma è chiaro che se così fosse non si tratterebbe più di un conflitto interregionale ma di un conflitto internazionale. [L'argomento è stato toccato anche dal MACCHIA, op. cit., pag. 165].

per taluni di essi il legislatore coloniale non abbia previsto l'applicazione di una legge diversa a titolo di legge personale.

Una sfera così larga di applicazione non è, però, senza limiti. Principio fondamentale del nostro diritto coloniale è, infatti, che le leggi metropolitane vi sono estese, apportandovi le modificazioni richieste dalle condizioni locali (art. 43 R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012), e possono esservi applicate in quanto le condizioni stesse lo consentano (ad es. art. 86 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649).

Le condizioni locali ⁽¹⁾ possono così determinare, in primo luogo, l'inapplicabilità delle leggi metropolitane. La nostra giurisprudenza coloniale ha lavorato egregiamente per questa via. Intese come limite di applicabilità, le condizioni locali possono essere oggettive, e cioè derivanti dall'ambiente fisico, dalle comunicazioni, dalla mancanza di organi ed uffici, ecc. o soggettive, quali quelle riguardanti la razza, i costumi, la religione ⁽²⁾. Nell'un caso e nell'altro esse hanno efficacia negativa, impediscono che la norma esistente nella legge già emanata per la metropoli ed estesa alla colonia abbia vigore e possa esser applicata.

Questo avviene soprattutto per alcune norme procedurali, per talune formalità anche se essenziali: così, ad esempio, in alcune nostre colonie, fino a che non vi sono stati istituiti gli uffici delle ipoteche, non è stato possibile nè richiedere nè adempiere le formalità della trascrizione per le vendite immobiliari e gli altri atti previsti dal codice civile; così anche nelle località molto lontane dell'interno, qualora non vi fossero sanitari od altre persone idonee, non è stato possibile procedere a perizia od altre

(1) Vedi su di esse il mio scritto, *Le condizioni locali nel diritto coloniale*, in *Riv. diritto coloniale*, 1940, pag. 29 e segg.

(2) La distinzione è stata ammessa da A. RAVIZZA, *La Libia nel suo ordinamento giuridico*, Padova, 1931, pag. 186. Vedi anche nello stesso senso S. CATTANEO, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1932*, Tripoli, 1932, pag. 14. Ritiene, invece, l'UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 18 che la riserva relativa alle condizioni locali abbia carattere soltanto oggettivo e possa portare semplicemente all'inapplicabilità di determinate norme del diritto metropolitano od al loro adattamento alle particolari condizioni derivanti dalla diversità dell'ambiente geografico ed etnico, prescindendo dalle singole persone cui dovrebbero applicarsi. Non sembra, però, che la limitazione posta dall'UDINA sia accoglibile ed il fatto che anch'egli si riferisca all'efficacia delle condizioni derivanti dall'ambiente etnico e, quindi, implicitamente dalle condizioni soggettive, già l'inferma.

indagini e tutto è stato rimesso al giudizio che ne ha dato poi il giudice, anche per la liquidazione dei danni.

Quanto, poi, all'efficacia delle condizioni soggettive sono state dichiarate inapplicabili all'indigeno beduino dell'interno della Libia le sanzioni stabilite dal codice di commercio per i reati di bancarotta ⁽¹⁾; inapplicabili altresì, o quanto meno non applicabili con rigore, le norme di rito, delle quali gli indigeni non possano comprendere il valore etico e giuridico ⁽²⁾; inapplicabile la diminuzione di pena stabilita dall'art. 259 del codice penale del 1889 quanto alla facile riconoscibilità delle monete falsificate, in vista della capacità ambientale della colonia, nella quale la spendita è operata ⁽³⁾; applicabile, infine, la sanzione ma con la diminuzione di pena prevista dall'art. 350 del codice penale del 1889 nel caso di delitto di violenza carnale commesso su donna indigena ⁽⁴⁾.

Talvolta, invece, le condizioni locali non producono l'inapplicabilità delle leggi estese in colonia ma ne impongono l'adattamento. E' questo il caso in cui, ad esempio, il nostro legislatore « qualora concorrano speciali motivi inerenti alle condizioni locali » dà facoltà al giudice di scendere, in Libia, nell'applicazione della pena, al di sotto del minimo fissato dalla legge per il reato commesso (art. 217 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) o, con qualche limite, accorda identico potere anche al giudice nell'A. O. I. (art. 50 capov. R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019). In questo ed in altri casi le condizioni locali non costituiscono più un ostacolo, un limite all'applicazione della legge metropolitana, bensì una base per la sua prudente applicazione, non disgregano più la norma ma ne impongono solo la modificazione.

Bisogna rilevare che il potere di inapplicabilità o di modificazione delle leggi estese alle colonie dev'essere espressamente conferito al giudice coloniale: esso non può derivar mai da un principio generale che pure parrebbe, in questa materia, conforme a ragione. Se, dunque, il legislatore coloniale tace su que-

(1) Vedi C. Regno, 9 novembre 1923, Braka, *Giust. penale*, 1924, 138 ma *contra*, almeno quanto ai commercianti indigeni in generale, A. Tripoli, 27 gennaio 1933, Rubino, *Riv. Penale*, 1933, 777.

(2) C. Regno, 2 febbraio 1931, Aud ben Sceibani, *Foro it.*, 1931, II, 185.

(3) Assise Tripoli, 29 gennaio 1923, P. M. c. Piraino, *Giur. Libia*, II, 436.

(4) Giudice Somalia, 25 maggio 1912, Idris Amedin, *Giust. Somalia*, 64.

sto punto il giudice deve applicare la legge così com'è, anche se contrasti con le condizioni locali a lui non ignote. D'altro lato il potere di modificazione e di adattamento della legge se, in qualche caso eccezionale, può condurre ad applicare una norma od un uso indigeno in luogo della legge introdotta in colonia (1) non autorizza mai a dare a quest'ultima un'applicazione maggiore o più vasta di quella ch'essa abbia nel regno: le condizioni locali, infatti, hanno efficacia dirimente non estensiva.

Vi sono, poi, disposizioni d'ordine pubblico che debbono esser osservate in ogni caso, quali che siano le condizioni locali: così, ad esempio, la Corte di cassazione ha ritenuto quanto ai termini per la dichiarazione d'impugnazione, i quali debbono esser osservati in colonia nonostante le difficoltà locali dei mezzi di comunicazione (2). Infine, poiché il giudice qui si distacca dalla volontà della legge già individuata e concretata, fuori di lui, bisogna che riconosca efficacia alle condizioni locali qualora esse siano non solo indicate dalle parti e sicuramente provate ma giuridicamente rilevanti.

18. Quanto alla sfera di applicazione dei sistemi giuridici personali, del diritto indigeno, si può ricordare, per quel che riguarda, in primo luogo, la Libia, che l'art. 213 di quell'ordinamento giudiziario (R. D. 27 giugno 1935, n. 2167), confermando il principio del rispetto delle religioni e delle consuetudini locali già accolto nell'ordinamento organico (art. 41 R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012), dispone che i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, al diritto successorio ed alle pratiche religiose, per i cittadini italiani libici e gli stranieri musulmani, sono regolati dalla legge sciaraitica (3);

(1) Così, ad esempio, non potendosi sempre in colonia dare pubblicità alle sentenze di condanna all'ergastolo nel modo stabilito dal codice penale, l'affissione è stata sostituita con altri mezzi consuetudinari di diffusione orale: cfr. Assise Tripoli, 19 gennaio 1925, P. M. c. Nassari ben Nassari, *Giur. Libia*, II, 441. Ai bandi orali si ricorre anche in altri casi e talvolta l'uso di essi è espressamente autorizzato dalla legge: ad es. art. 88 R. D. 15 novembre 1937, n. 2708.

(2) C. Regno, 28 aprile 1930, Messaud, *Giust. penale*, 1931, II, 675.

(3) Così espressamente nell'ordinamento giudiziario ma è dizione impropria e tautologica. La *Shariah* è legge, legge religiosa islamica e comprende il *fiqh*, del quale fanno parte, fra l'altro, il diritto delle persone, di famiglia e di successione, il diritto patrimoniale (inclusi i beni *Auqaf* o fondazioni pie), il diritto giudiziario e quello penale. Meglio, dunque, sarebbe dire legge musulmana.

e dalle loro tradizioni e consuetudini regolati gli stessi rapporti, eccettuati quelli relativi al diritto successorio, per i cittadini italiani libici israeliti.

Le tradizioni e consuetudini locali debbono, poi, essere seguite nelle contrattazioni relative al commercio carovaniero (art. 215 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167 (1), per la valutazione delle circostanze discriminanti, attenuanti od aggravanti per qualsiasi reato commesso dai cittadini italiani libici (art. 216), per la liquidazione dei danni (art. 219) qualora essi siano offesi o danneggiati e così anche per lo svolgimento dei giudizi sia avanti ai tribunali rabbinici (art. 204) che avanti ai tribunali sciaraitici (art. 193), rispetto a questi ultimi, però, per quanto non previsto nell'ordinamento giudiziario. Rientra, infine, nello statuto personale la determinazione dell'età maggiore dei cittadini italiani libici (art. 218), anche (2) ai fini della legge penale.

Identicamente provvede l'ordinamento organico per l'A. O. I. (R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019). Fermato, infatti, anche qui il principio del rispetto delle tradizioni locali di tutti quei nostri sudditi (art. 31), si dispone che ad essi si applica la legge propria della loro religione, del loro paese e della loro stirpe, secondo le norme stabilite dagli ordinamenti giudiziari (art. 50), e quanto ai musulmani, già così trascurati sotto il vecchio regime etiopico, si precisa (art. 31) che le loro controversie debbono esser giudicate dai *qâdî* secondo la legge e le loro consuetudini locali.

Quanto agli ordinamenti giudiziari così espressamente richiamati e che son quelli per l'Eritrea e per la Somalia, estesi (art. 63 R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019), con qualche modificazione (R. D. 21 agosto 1936, n. 2010), ai governi dell'A-

(1) Quest'assoluto impero della legge indigena, la quale da personale e per giunta in un rapporto giuridico di obbligazione diventa territoriale e generale è spiegato, nella *Relazione al Re sul primo ordinamento giudiziario libico* (*Boll. Uff. Ministero delle Colonie*, 1913, pag. 115 e segg.), col fatto che « il contratto di trasporto carovaniero, la società di fatto costituita dalla carovana, i privilegi delle merci in carovana, la responsabilità dei conduttori non possono essere regolati dalla legge italiana. Le ingegnose consuetudini che vigono da secoli in materia e che sono osservate in tutti gli Stati che la carovana attraversa, devono aver vigore anche di fronte al colono che conchiude un contratto di trasporto carovaniero ».

(2) E, quindi, non solo in materia civile, per quel che riguarda la capacità, ecc., ma anche in materia penale.

mara e dello Scioa e, rispettivamente, a quelli dei Galla e Sidama e dell'Harar, giova ricordare che l'ordinamento per l'Eritrea (R. D. 20 giugno 1935, n. 1649) dispone (art. 86) che le cause in cui siano interessati esclusivamente sudditi coloniali od assimilati debbono esser giudicate secondo le norme del diritto consuetudinario indigeno e del diritto musulmano, salvo i casi di eccezione stabiliti dallo stesso ordinamento, ed aggiunge (art. 88) che i rapporti giuridici tra i sudditi coloniali si presumono conclusi secondo le norme di quegli stessi diritti, salvo anche qui la prova del contrario con ogni mezzo; stabilisce (art. 156), infine, che i testamenti degli indigeni, sudditi coloniali od assimilati, debbono essere regolati dalle consuetudini locali.

Tranne quest'ultima s'incontrano identiche disposizioni nell'ordinamento giudiziario per la Somalia (art. 59 e 61 R. D. 20 giugno 1935, n. 1038) e tanto nell'uno che nell'altro (art. 91 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649; art. 91 R. D. 20 giugno 1935, n. 1038) si ritrova, con qualche attenuazione, una disposizione, alla quale or ora si è accennato a proposito della Libia, per quel che riguarda l'efficacia delle consuetudini e delle tradizioni locali nella valutazione delle circostanze discriminanti, attenuanti od aggravanti dei reati commessi da sudditi coloniali od assimilati ⁽¹⁾.

(1) Giova anche qui ricordare che nelle Isole italiane dell'Egeo con l'art. 1 del D. G. 31 ottobre 1931, n. 200 erano state conservate le norme colà in vigore in materia di statuto personale e di eredità, sia per quanto riguardava il diritto da applicare, sia per quanto concerneva la costituzione di speciali organi giurisdizionali. Trasferita ora ai tribunali civili di Rodi e di Coo la competenza che in materia di statuto personale era prima affidata a quegli organi giurisdizionali, e cioè ai tribunali sciaraitici, spirituali ortodossi e rabbinici (art. 2 D. G. 15 novembre 1933, n. 324) si è confermato il principio che per la decisione delle cause concernenti i diritti di famiglia di quei cittadini sono applicate per i musulmani la legge sciaraitica, per gli ebrei la legge ebraica e per gli ortodossi il diritto bizantino scritto e consuetudinario vigente in quelle Isole.

Importa, però, rilevare che l'art. 7 del ricordato D. G. 15 novembre 1933, n. 324 parla espressamente di « diritti di famiglia » mentre l'art. 1 dello stesso decreto detta egualmente che sono conservati gli statuti personali « in quanto riguardano i diritti di famiglia ». La norma differisce così dall'art. 1 del D. G. 31 ottobre 1931, n. 200, nel quale, abrogandosi i codici ottomani già in vigore nelle Isole italiane dell'Egeo, era stato mantenuto in vita il diritto delle diverse comunità « in materia di statuto personale e di eredità ». Essa andrebbe, dunque, legislativamente chiarita. Per altri dubbi quanto alla sua applicazione cfr. A. BERTOLA, *L'abolizione delle giurisdizioni religiose nelle Isole dell'Egeo*, in *Riv. diritto pubblico*, 1939, pag. 568 e segg.

19. Occorre si indugi ancora sulla determinazione della sfera di applicazione del diritto indigeno.

Non sempre, infatti, si è rilevato che la sfera di applicazione del diritto indigeno è assai diversa secondo che si tratti dell'A. O. I. o della Libia. L'ordinamento organico dell'A. O. I. (R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019), disponendo, come s'è visto, che ai sudditi di quelle colonie si applica la legge propria della loro religione, del loro paese e della loro stirpe (art. 50) e stabilendo che le controversie fra sudditi musulmani sono giudicate dai qâdi secondo la legge islamica e le consuetudini locali delle popolazioni musulmane, non fa alcuna distinzione fra questo o quel rapporto giuridico. Nè v'è distinzione negli ordinamenti giudiziari dell'Eritrea e della Somalia, ai quali quell'ordinamento in tal materia espressamente si riferisce. Dal diritto consuetudinario indigeno e dal diritto musulmano sono, dunque, regolati in principio tutti i rapporti giuridici fra i sudditi dell'A. O. I.

La sfera di applicazione di tali diritti è, pertanto, amplissima. Del resto essa era stata stabilita tal quale anche con precedenti disposizioni: così l'art. 3 della legge 5 luglio 1882, n. 857 per Assab stabiliva che per gli individui della popolazione indigena sarebbero stati regolati con la legislazione consuetudinaria fino allora per essi vigente il loro stato personale, i rapporti di famiglia, i matrimoni, le successioni e tutte le relazioni di diritto privato; così anche l'art. 3 della legge 23 maggio 1903, n. 205 dettava che lo stato personale degli indigeni e le loro relazioni di diritto erano regolate secondo le consuetudini locali, le religioni e le razze ed estendeva l'efficacia delle consuetudini indigene anche al diritto penale speciale.

La sfera di applicazione delle leggi personali è, invece, assai più ristretta in Libia, in quanto la legge musulmana, a parte taluni altri rapporti collegati, ai quali già si è accennato, regola solo i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, al diritto successorio ed alle pratiche religiose per i cittadini italiani libici musulmani e gli stranieri musulmani e le tradizioni e consuetudini ebraiche regolano gli stessi rapporti, eccettuati quelli relativi al diritto successorio, per i cittadini italiani libici israeliti (art. 213 R. D. 27 luglio 1935, n. 2167). Ogni

altra materia, dunque, come, ad esempio, quella dei rapporti giuridici di obbligazione, vi è sottratta, almeno in quanto non sia toccata da norme di statuto personale ⁽¹⁾.

Giova, poi osservare che vi sono atti o negozi giuridici che non sempre è facile ricondurre all'una od all'altra delle materie suindicate. Così accade nel diritto musulmano o, per essere più precisi, nel *fiqh*, nel quale, dato il suo fondamento etico-religioso, vi sono rapporti che, per quanto abbiano un proprio tipo, resistono, per il loro contenuto, ecc., ad un preciso incasellamento.

La questione ha una grande importanza perchè si riconnette alla competenza. Nella giurisprudenza libica, ad esempio, si è discusso a lungo sulla natura giuridica dell'istituto dei beni *Auqaf* per stabilire se esso appartenesse al diritto di famiglia o successorio oppure se dovesse esser compreso nello statuto reale, e ciò per decidere se le controversie relative alla sua costituzione dovessero essere attribuite alla cognizione del *qâdi* o tribunale sciaraitico o non piuttosto ai giudici ordinari.

Il concetto da essa ormai concordemente seguito ⁽²⁾ e conforme, del resto, a quello già accolto dai tribunali di altri paesi è che l'istituto dei beni *Auqaf*, come quello le cui norme riflettono il regime dei beni, fa parte dello statuto reale e che, di conseguenza, le controversie relative agli atti costitutivi, per quel che riguarda la loro esistenza, validità, ecc., debbono essere sottoposte ai giudici istituiti per i cittadini italiani mentre spetta al *qâdi* la competenza in materia di amministrazione e, quindi, per le contestazioni per la nomina di amministratori (*mutawalli* o *nazir*), rendimento di conti, sorveglianza, ecc. ⁽³⁾.

20. Bisogna di più chiarire l'espressione statuto personale. Com'è noto essa trae origine dalla teoria degli statuti, nella

(1) Vedi nello stesso senso F. VALENZI, *La giustizia sciaraitica in Libia*, in *Riv. diritto coloniale*, 1940, pag. 14.

(2) Sulle questioni sorte al riguardo, anche per un'errata disposizione del R. D. 27 agosto 1923, n. 2484 sull'ordinamento giudiziario della Cirenaica, ormai abrogato, cfr. F. VALENZI, *Su alcune norme del nuovo Ordinamento giudiziario della Cirenaica*, Roma, 1925, pag. 7 e segg. (Estr. dalla *Rivista coloniale*).

(3) Siffatta competenza del *qâdi* è conforme anche a precise disposizioni di legge emanate col R. D. 2 ottobre 1917, n. 1656 ed ora anche col R. D. 9 gennaio 1939, n. 1295.

quale le leggi erano distinte secondo che avevano per oggetto le persone (statuti personali), le cose (statuti reali) o le une e le altre insieme (statuti misti). Gli statuti personali, quindi, erano esattamente le *leges quae personae alicujus statum determinant et de ejus habilitate vel inhabilitate quid edicunt*. Via via, però, il senso primitivo cominciò ad alterarsi e così vennero considerate come statuto personale le leggi in vigore nel domicilio della persona. Infine e di recente questa espressione è stata adoperata per indicare le leggi che, dal punto di vista internazionale, seguono le persone dovunque esse si trovino ed hanno, quindi, efficacia estraterritoriale.

Nelle colonie, invece, l'espressione statuto personale acquista un senso diverso ed è adoperata in modi differenti. In primo luogo in colonia per le leggi tanto territoriali che personali non ha rilevanza la loro efficacia territoriale od estraterritoriale: quel che importa è la loro sfera d'efficacia all'interno di ciascuna colonia ⁽¹⁾. Il senso della dizione introdotto di recente nel diritto internazionale privato non vi trova, quindi, posto.

L'espressione statuto personale vi è, poi, accolta in senso assai più largo: essa comprende, infatti, non solo lo stato e la capacità delle persone ma anche, in pratica, i rapporti di famiglia e le successioni ⁽²⁾. Quanto a queste ultime si ritiene che esse sono una dipendenza dello stato delle persone ed un aspetto dell'organizzazione della famiglia e costituiscono, quindi, una modalità particolare dello statuto personale che deve essere sottoposta alla stessa legge delle altre.

(1) Così giustamente UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 7.

(2) Cfr. in questo senso E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, op. cit., pag. 25. La materia dello statuto personale è pressoché identica (matrimonio, rapporti tra coniugi, ripudio e divorzio, filiazione, patria potestà, ecc.) tanto nel progetto algerino del codice di statuto personale, così detto codice MORAND (*Projet de codification du droit musulman*. Texte de l'avant projet du Code adopté par la Commission de codification. Livre I. Statut personnel, Alger, 1909), che in quello pubblicato in Egitto nel 1937 in conformità dell'art. 36 del Regolamento di organizzazione giudiziaria (*Code du statut personnel et des successions d'après le rite hanafite* [KADRI PACHIA], in U. PACE, *Répertoire permanent de législation égyptienne* ma non vi comprende la capacità. Amplissima è, poi, la materia dello statuto personale quale prevista nell'art. 28 del Regolamento di organizzazione giudiziaria mista annesso alla Convenzione di Montreux dell'8 maggio 1937. Vedi anche M. BOCHDADI, *Origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte*, Le Caire, 1937.

Talvolta, però, essa appare più nel senso speciale e tecnico di legge regolatrice dello stato e della capacità delle persone che in quello generale di leggi ad esse applicabili ⁽¹⁾. Ciò spiega come in qualche luogo, ad esempio nell'art. 213 dell'ordinamento giudiziario della Libia (R. D. 27 giugno 1935, n. 2167), essa sia adoperata distintamente ed accanto quella di diritto di famiglia benchè, com'è chiaro, i rapporti di famiglia concorrono a determinare lo stato delle persone e siano ad esso strettamente connessi. Ma in questo caso l'espressione può spiegarsi più come una derivazione dal diritto internazionale privato che come un'eccezione all'ampiezza dello statuto personale in colonia.

21. L'applicazione del diritto indigeno non è assoluta ma espressamente condizionata e sottoposta ad alcuni limiti.

Se, infatti, si riprendono in esame le disposizioni legislative già ricordate, si vede che in tutte il mantenimento delle usanze e delle istituzioni giuridiche indigene è garantito purchè esse « non contrastino con l'ordine pubblico e con i principii generali della civiltà » (art. 31 R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019) o, semplicemente, « con lo spirito della legislazione italiana » ⁽²⁾ ed, in altri termini, con l'ordine pubblico coloniale.

L'ordine pubblico coloniale ha in questa guisa una funzione negativa; nel senso di escludere l'applicazione di questo o quell'istituto dei sistemi giuridici indigeni. La nostra giurisprudenza si è largamente esercitata in questo campo. Così, ad esempio, in materia di *shufah* non sono stati ammessi alcuni espedienti (*hiyal*) ⁽³⁾, con i quali nelle tradizioni e consuetudini libiche, oltre che, in generale, in quelle musulmane, si mira ad impedire l'esercizio del retratto. Poiché, com'è noto, il retratto non può esser fatto valere se non rimborsando al compratore l'in-

(1) Si ricordi in proposito il dissenso tra la Corte d'appello di Algeri e la Corte di cassazione francese, la quale accolse sempre il concetto che in materia di statuto personale il senso tecnico deve prevalere su quello generale. Per le decisioni relative cfr. *Dalloz*, 1865, 482; 1874, 299.

(2) Cfr. su questo punto il mio *Diritto coloniale italiano*, op. cit., pag. 67.

(3) Su questi sotterfugi, non ignoti alla scuola hanafita e ad altri sistemi, vedi le interessanti osservazioni di J. SCHACHT, *Die arabische hiyal-Literatur*, in *Der Islam*, 1926, pag. 235 e segg. Cfr. anche J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, Paris, 1938.

tero prezzo da lui pagato si usava stabilire per prezzo la somma di monete contenute in una borsa o nella mano dell'acquirente, senza che se ne indicasse l'ammontare, oppure una somma nota, alla quale si aggiungeva un'altra somma non nota contenuta in una busta od involto consegnata all'acquirente, senza anche qui che ne fosse indicato l'ammontare nell'atto ⁽¹⁾. In tal modo il prezzo non poteva più esser esattamente determinato ed allora si riteneva che il retratto non potesse aver luogo. Ma la giurisprudenza libica ha reagito contro queste frodi, dichiarandole *contra legem* e come tali inammissibili e prive di efficacia sull'esercizio del diritto di retratto ⁽²⁾.

Così anche non è stata ammessa la clausola penale apposta alla promessa di matrimonio nel diritto ebraico, per il fatto che quell'istituto fa parte del diritto delle obbligazioni e come tale va disciplinato dalla legge italiana ⁽³⁾. Al riconoscimento di taluni istituti propri dei sistemi giuridici indigeni la giurisprudenza, poi, è giunta solo dopo più o meno lunghe dispute ⁽⁴⁾.

22. I sistemi giuridici esistenti nell'Africa Italiana, per quanto distinti l'uno dall'altro, non possono essere considerati come tanti compartimenti stagni, non vi sono dappertutto frontiere invalicabili fra l'uno e l'altro. I continui contatti che i cittadini metropolitani hanno con i nativi, le esigenze dell'azione colonizzatrice, i bisogni del traffico, ecc. fanno sì che una legge comune tenda a legare le diverse persone che pongono in essere un negozio giuridico e che si possa passare dall'uno all'altro sistema.

Talune volte l'impone lo stesso legislatore: così in Libia, si è già detto, le norme consuetudinarie riguardanti il commercio carovaniero debbono essere seguite anche dai cittadini italiani o stranieri che contrattino con i cittadini italiani libici.

(1) Sono le così dette vendite ad involto (*firagh es-sorra*) o vendite a mucchio (*firagh el-ginza*): sulle quali vedi E. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, op. cit., pag. 189.

(2) A. Tripoli, 24-28 aprile 1920, Sneborah Debase c. Simeone Haggiag, *Giur. Libia*, II, 15.

(3) A. Tripoli, 12 marzo 1932, Habib c. Buaron, *Riv. giuridica Medio ed Estremo Oriente*, 1932, 119.

(4) Cfr. il mio *Diritto coloniale italiano*, op. cit., pag. 66, nota 2.

Talune altre il legislatore consente che le parti scelgano ed indichino la legge regolatrice dei loro negozi giuridici. L'autonomia della volontà ha qui largo campo di esplicazione ma non è assoluta e va incontro a limiti precisi.

Come principio generale il campo dell'autonomia è limitato, infatti, da quello vicino dell'ordine pubblico che lo circonda. L'individuo si muove in un certo cerchio che gli è tracciato dal legislatore e non può uscirne se non qualora gli sia consentito.

In colonia avviene qualcosa di simile a quel che si verifica nella legislazione vigente nel regno. Vi sono anche in essa, ma con funzione in parte diversa, leggi imperative e leggi non propriamente interpretative o suppletive ma in un certo senso facoltative. Le prime s'impongono a tutti coloro che appartengono ad un dato sistema giuridico ed essi non possono derogarvi: non possono abbandonarle sfuggendo per la tangente del cerchio del quale or ora si è detto. Ve ne sono altre, invece, che sono interamente subordinate alla volontà degli individui appartenenti all'uno od all'altro dei diversi sistemi giuridici. Esse hanno un carattere puramente facoltativo sia per i cittadini metropolitani che per i nativi: si offrono alla loro adesione, non s'impongono alla loro condotta. Bisogna indugiare come si conviene su questo punto.

23. Vi sono materie che non possono in alcun modo esser abbandonate, anche in colonia, all'autonomia della volontà. L'ordine pubblico coloniale si oppone a che si possa passare da un sistema giuridico all'altro: i due cerchi sono impenetrabili.

E' chiaro, ad esempio, che lo stato e la capacità, il diritto di famiglia, ecc. dei cittadini metropolitani è e dev'essere sempre regolato, anche in colonia, dalle leggi italiane. E', infatti, concetto prevalente nella nostra legislazione coloniale ch'essi abbiano in colonia le stesse guarentigie che loro assicurano le leggi del regno. Questo principio è stato accolto dal nostro legislatore fin dal momento in cui furono emanati i provvedimenti per la colonia di Assab (art. 3 legge 5 luglio 1882, n. 857). In altri vecchi ordinamenti, invece, come in quello per la Somalia (art. 4 legge 5 aprile 1908, n. 161), la parità di condizione dei cittadini metropolitani è stata assicurata, vietandosi espres-

mente, con una norma identica a quella già adottata dalla legge organica per l'Eritrea (art. 3 legge 24 maggio 1903, n. 205), che le modificazioni richieste dalle condizioni locali ed apportate ai codici ed alle leggi del regno, all'atto della loro estensione alla colonia, riguardino lo stato personale e le relazioni di famiglia degli Italiani.

Quel ch'è una guarentigia costituisce d'altra parte un obbligo: un cittadino metropolitano non può rinunciare al suo statuto personale per adottare quello indigeno, non può professarsi musulmano per praticare impunemente la poligamia. Qui si è in materia d'ordine pubblico e la volontà dell'individuo non ha alcun valore. Stratagemmi e frodi per modificare il proprio stato, come quelli della conversione religiosa, sono in ogni caso respinti.

Lo stesso può dirsi per i cittadini italiani libici, i sudditi dell'A. O. I., ecc., per quel che riguarda il loro statuto personale, il diritto di famiglia, ecc. Il legislatore non consente che in queste materie essi possano abbandonare le loro leggi personali e raccogliersi sotto l'impero delle leggi italiane.

Lo statuto personale, ecc., tuttoché rappresenti un regime di concessione, di favore, è indelebile, non può essere rinunciato od abbandonato anche nel caso in cui muti la condizione giuridica degli individui che vi sono soggetti ⁽¹⁾: così, ad esempio in Libia, qualora i cittadini italiani libici musulmani acquistino la cittadinanza italiana speciale (art. 4 R. decreto-legge 9 gennaio 1939, n. 70).

Vi sono, invece, materie, nelle quali la determinazione della legge applicabile dipende dalla volontà di chi compie l'atto, dall'opzione ch'essi ne fanno.

L'opzione richiama alla mente le *professiones iuris* medioevali: se ne distingue, però, perchè mentre quelle consistevano in dichiarazioni con le quali si indicava la legge secondo

(1) La nostra legislazione coloniale non ammette la rinuncia allo statuto personale, nè come modo di acquisto di diritti civili e politici nè come mutamento di legislazione. Accade diversamente in quella francese: cfr. in proposito H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., pag. 136 e segg. Ignoti sono alla nostra legislazione gli istituti dell'*immatriculation* congolese e delle *lettres d'exemption* in uso nel Natal. Su di essi vedi H. ROLIN, *Du respect des coutumes indigènes dans l'Afrique australe et centrale*. [Rapport à l'Institut Colonial International], Bruxelles, 1921, pag. 68 e segg.

la quale si viveva e dalle cui disposizioni doveva, di conseguenza, essere regolato un dato negozio giuridico ⁽¹⁾, l'opzione costituisce un diritto di elezione, di scelta delle disposizioni di uno anzichè di un altro sistema giuridico esistente in colonia. Come le professioni di legge l'opzione ovvia, tuttavia, alla confusione, almeno in talune materie, fra le diverse leggi vigenti in colonia ed evita che sorgano conflitti fra di esse. Per questo suole essere considerata anche come un mezzo di eversione dei conflitti coloniali.

24. In forza dell'opzione di legislazione è consentito alle parti di dichiarare al momento della nascita, della conclusione ⁽²⁾ di un negozio giuridico da quale legge esso sarà regolato, e cioè se dalle leggi italiane o dalla legge e dalle consuetudini indigene.

L'opzione nasce dal concorso di più volontà ed ha quasi sempre luogo nei rapporti misti, cioè quando cittadini metropolitani e cittadini italiani libici o sudditi, ecc. pongono in essere un negozio giuridico. Può anche aver luogo quando i rapporti giuridici si svolgono esclusivamente tra indigeni; mai, però, qualora i contraenti siano tutti cittadini metropolitani.

L'ordinamento giudiziario per la Libia dispone, infatti, che nei rapporti fra i cittadini metropolitani o gli stranieri ed i cittadini italiani libici l'applicazione della legge e delle consuetudini indigene è obbligatoria solo quando il cittadino metropolitano o lo straniero ne abbia convenuto l'osservanza, o abbia concluso un rapporto che sia proprio del diritto indigeno e con le forme di tal diritto (art. 210 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167); ed aggiunge ch'è in facoltà dei cittadini metropolitani e degli stranieri nei rapporti con i cittadini italiani libici di

(1) Le professioni di legge, però, avevano luogo non solo in occasione di singoli atti giuridici ma anche su apposita interpellanza della pubblica autorità. Si ricordi, in proposito, l'editto di Clotario, dell'824, che invita il popolo romano a dichiarare la legge sotto la quale intende vivere: « Volumus etiam ut omnis senatus et populus romanus interrogetur quali vult lege vivere, ut sub ea vivat; eisque denuntietur quod procul dubio, si offenderint contra eandem, eidem legi quam profitebantur dispositione Domni Pontificis et nostra omni modis subjacebunt ». Cfr. M. WALTER, *Corpus iuris germanici antiqui*, vol. III Berolini, 1824, pag. 252.

(2) Nulla vieta, però, che la dichiarazione sia fatta, invece che nel negozio giuridico originario, in un atto conchiuso successivamente.

seguire le forme estrinseche dei contratti propri del diritto degli indigeni (art. 211).

Si supponga, ad esempio, un negozio giuridico dei più comuni, cioè un contratto di locazione fra un cittadino italiano libico ed un cittadino metropolitano: in questo caso quest'ultimo può liberamente convenire con l'altra parte che il contratto sarà regolato dalle norme stabilite dal diritto musulmano o dalle consuetudini locali per la locazione (*igarah*) di case (*bêt*) o di altri beni invece che da quelle del codice civile italiano ⁽¹⁾. Può di più convenire che la manifestazione di volontà consacrata nel contratto riceva un'apparenza esterna mediante un segno, una forma estrinseca propria del diritto indigeno anzichè della legge italiana.

Identiche disposizioni si trovano anche negli ordinamenti giudiziari in vigore nell'A. O. I. (art. 87 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649; art. 60 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638), i quali stabiliscono di più che negli atti e contratti stipulati fra cittadini italiani o stranieri e sudditi coloniali ed assimilati il pubblico ufficiale rogante deve indicare la legge che le parti intendono seguire.

Nell'A. O. I., inoltre, vero è che i rapporti giuridici tra i sudditi coloniali si presumono conclusi secondo le norme del diritto consuetudinario indigeno e del diritto musulmano ma questa presunzione può essere vinta dalla prova del contrario (ad es. art. 88 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649). Non si esclude, dunque, che i sudditi coloniali possano far regolare un negozio giuridico dalle norme della legge italiana anzichè da quelle del diritto indigeno: occorre solo che la parte che afferma l'esistenza dell'opzione della legge italiana ne dia la prova per eliminare la presunzione legale ch'è a favore dell'altro contraente. Egualmente avviene anche in Libia, dove nulla vieta (R. decreto-legge 21 febbraio 1938, n. 1053) che, ad esempio, due cittadini italiani libici musulmani si rechino dal notaio anzichè dal *qâdî* e facciano stipulare un contratto proprio della legge italiana.

Per i cittadini metropolitani, invece, non v'è disposizione di sorta e, nel silenzio della legge, deve ritenersi che, qualora essi

(1) Cfr., anche sotto altri aspetti, A. Tripoli, 23 gennaio 1924, Gbellali c. Onorato, *Giur. Libia*, II, 263.

conchiudano un negozio giuridico con altri cittadini metropolitani, non possano optare per la legge o le consuetudini indigene. La legge del contratto è, in tal caso, sempre la legge italiana.

25. Resta a vedere da quali fatti può risultare l'opzione di legislazione.

E' chiaro che in questo caso sorge una questione d'interpretazione della volontà delle parti: spetta al giudice di valutarla liberamente. Nel caso di rapporti misti tra cittadini metropolitani e cittadini italiani libici le parti possono con ogni mezzo provare di avere convenuto l'osservanza del diritto e della consuetudine indigena (art. 210 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167). Quanto, poi, ai contratti stipulati nell'A. O. I. tra cittadini italiani o stranieri e sudditi coloniali od assimilati già si è visto che il pubblico ufficiale rogante è tenuto ad indicare la legge che le parti intendono seguire.

L'opzione può, dunque, essere espressa, e cioè derivare da dichiarazioni dell'ufficiale rogante e delle parti, o tacita, come nel caso in cui risulti da fatti concludenti. Tali fatti, però, non sempre sono chiari. Di solito, ad esempio, si ritiene che il fatto che gli indigeni facciano raccogliere i loro atti dai notai istituiti per i cittadini italiani o stranieri anzichè dal qâdî equivalga ad una opzione tacita per la legge italiana non pure, com'è evidente, sotto l'aspetto della forma, ma della sostanza dell'atto.

Per poco, però, si rifletta che l'ordinamento del notariato in Libia (R. decreto-legge 21 febbraio 1938, n. 1053) consente che i notai possano raccogliere anche atti in cui le parti siano cittadini italiani libici, il significato del fatto rimane dubbio e va interpretato alla luce di altri elementi, quali la dichiarazione delle parti, la sostanza dell'atto, ecc. Si aggiunga ancora che nella stessa Libia il cittadino italiano libico può, preferendo la forma italiana alla forma sciaraitica, testare dinanzi al notaio italiano ma le sue disposizioni non cessano per questo di essere regolate, come debbono, dal diritto musulmano. La forma dell'atto, dunque, non può significare opzione di legislazione. In Algeria per togliere di mezzo ogni questione in proposito si è dovuto provvedere legislativamente, stabilendosi, con l'art. 3 del decreto 10 settembre 1886, che la soggezione alla legge francese risulta, in mancanza di una dichiarazione contraria, dalla

stipulazione dell'atto davanti ad un pubblico ufficiale francese (1).

Esistono, poi, altri fatti giuridici non meno oscuri: così, ad esempio, l'iscrizione nei registri fondiari, alla quale, in Libia, sono tassativamente soggetti determinati atti, indipendentemente dal fatto che siano stati raccolti dai notai o dai qâdî. L'iscrizione, infatti, non costituisce prova sufficiente per stabilire l'opzione e la determinazione della legge applicabile deve risultare anche qui dalla dichiarazione delle parti. Lo stesso potrebbe dirsi per l'assoggettamento dell'atto alla tassa sugli affari, ecc.

L'interpretazione dell'opzione tacita rimane, dunque, un grave compito del giudice: spetta a lui d'interpretare la volontà delle parti, d'indagare, caso per caso, se esse, come, ad esempio, accade spesso fra gli indigeni, abbiano avuto lo scopo di assicurare maggiormente la prova dei loro atti anzichè quello di sostituire la propria con un'altra legge.

26. Gli effetti dell'opzione sono chiari. Essa non può valere mai a modificare la condizione giuridica degli indigeni. Se così fosse sarebbe un troppo facile surrogato dell'acquisto della cittadinanza speciale, ecc. e dovrebbe essere respinta se non altro per la sua estrema semplicità di forme.

L'opzione, invece, tocca solo la legge del contratto, non ha altro risultato che l'applicazione della legge scelta dalle parti al negozio giuridico, per il quale la scelta risulta sia stata fatta: non è escluso, però, che si abbiano effetti anche sulla giurisdizione, come qui appresso si dirà. La legge scelta regola da allora in poi tutti gli effetti del negozio, per quel che riguarda non solo la forma ma la sostanza. Qualche requisito dell'atto giuridico, tuttavia, vi sfugge: così deve ritenersi per la capacità delle parti, la quale, rientrando nello statuto personale, non costituisce materia che possa esser modificata o rinunciata.

E' ovvio che una volta scelta una legge diversa dalla propria, le parti non possono più abbandonare la legge preferita:

(1) La questione presentava un aspetto diverso nel caso del matrimonio degli israeliti algerini celebrato dall'ufficiale di stato civile francese invece che dal rabbino. In questo caso, infatti, l'intervento del pubblico ufficiale non riguardava soltanto la forma ma toccava anche la sostanza dell'atto. Eppure anche qui il dissidio nella giurisprudenza durò a lungo prima che si finisse con l'ammettere nel fatto un'opzione tacita per la legge francese.

se si accordasse una simile concessione si avrebbe un'incertezza perpetua della legge applicabile, in quanto basterebbe alle parti fare opzioni successive per cambiare leggi ed eventualmente giurisdizione, secondo i loro capricci od il loro interesse.

27. Il mutamento della legge applicabile agli indigeni può essere determinato anche dall'opzione di giurisdizione.

Com'è noto i sudditi dell'A. O. I. ed i cittadini italiani libici musulmani possono derogare alle speciali giurisdizioni per essi stabilite e portare le loro liti alla cognizione dei giudici che amministrano giustizia per i cittadini italiani: quanto ai primi per tutti i rapporti, tranne che si tratti di contestazioni relative allo statuto personale e familiare (art. 33 R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019), e quanto agli altri unicamente per le controversie relative allo statuto successorio (art. 58 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167).

L'opzione di giurisdizione non è altro che una proroga di giurisdizione, un mezzo consentito agli indigeni e ad essi soltanto ⁽¹⁾ per sottoporre determinate loro controversie a giudici che per la loro cultura, imparzialità, ecc. meglio li assicurino della tutela delle loro ragioni. Normalmente, quindi, essa non dovrebbe produrre il mutamento della legge applicabile al rapporto ch'è oggetto della lite.

Questo è stato il concetto accolto dalla legislazione algerina e seguito anche da quella giurisprudenza ed, infatti, già fin dall'ordinanza del 10 agosto 1834 che per prima introdusse quell'istituto si fermò il principio che l'opzione di giurisdizione non significava, necessariamente e salvo apposita dichiarazione delle parti ⁽²⁾, opzione di legislazione e che, di conseguenza, il giudice francese investito di una contestazione vertente tra sudditi musulmani su materia regolata dal diritto musulmano, dovesse fare applicazione solo di questo diritto, perchè, senza dubbio, le parti indirizzandosi a lui per ottenere giustizia avevano inteso

(1) Come principio generale i cittadini metropolitani, nell'Africa Italiana, non possono adire mai le giurisdizioni stabilite per gli indigeni. Lo vieta il prestigio di razza. Diversamente accade in alcune colonie straniere (ad es. nella Somalia Francese).

(2) Non mancano contrarie disposizioni nella legislazione coloniale francese ma sono considerate come affatto eccezionali. Su di esse vedi H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., pag. 290.

unicamente aver la garanzia della sua integrità e della sua dottrina ma conservare il beneficio delle loro leggi. Solo successivamente col decreto 13 dicembre 1866 (art. 2), pure confermandosi il principio che la controversia dovesse nel merito esser decisa secondo il diritto musulmano, si stabilì che lo svolgimento del giudizio avesse luogo a norma della procedura francese.

Identico concetto è stato accolto dall'ordinamento giudiziario per la Libia: almeno in tal senso, infatti, va applicato il ricordato art. 58 che non fa alcun richiamo alle leggi italiane ed egualmente è stato interpretato dalla giurisprudenza ⁽¹⁾.

L'ordinamento dell'A. O. I., ispirandosi evidentemente anche su questo punto ad un principio di assimilazione legislativa, dispone, invece, tassativamente (art. 33 precitato) che, nel caso in cui optino per le giurisdizioni stabilite per i cittadini italiani, i sudditi di quelle colonie sono soggetti alle leggi italiane quali sono applicate nell'A. O. I. Tuttavia ai rapporti giuridici costituiti in base ad un determinato diritto non possono, evidentemente, essere applicate che le norme del diritto stesso.

28. L'opzione di giurisdizione, come quella di legislazione, può essere espressa o tacita.

Le parti possono convenire con atto scritto che la cognizione di una determinata controversia sia portata, invece che dinanzi ai propri giudici (qâdî, ecc.), dinanzi alle giurisdizioni stabilite per i cittadini italiani. L'attore di più può citare il convenuto dinanzi a queste giurisdizioni, dichiarando che intende rinunciare alle proprie. In questo caso se il convenuto compare e non si oppone, la giurisdizione italiana si ha per accettata; se, invece, non compare o comparendo dichiara, prima di ogni altra istanza o difesa, di non accettare la proroga di giurisdizione, la causa è rimessa alla cognizione del giudice competente ⁽²⁾.

(1) A. Tripoli, 15 maggio 1918, Salem Dumsan, *Giur. Libia*, I, 148. Non si dimentichi che concorre soprattutto a tale interpretazione la dichiarazione fatta dal legislatore nella *Relazione al Re* (loc. cit., pag. 117) sul primo ordinamento giudiziario libico (R. D. 20 marzo 1913, n. 289) che conteneva (art. 27) una disposizione presso che identica a quella dell'art. 58 del vigente ordinamento giudiziario.

(2) Così stabilisce l'art. 57 dell'ordinamento giudiziario per la Libia (R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) ma mancano disposizioni in quello per l'Eritrea e nell'altro per la Somalia. La dichiarazione di proroga può essere fatta anche all'udienza:

E' chiaro, in tal guisa, che all' opzione di giurisdizione deve concorrere il consenso espresso o tacito di tutte le parti. Le disposizioni già ricordate, tanto dell' ordinamento dell' A. O. I. che dell' ordinamento giudiziario per la Libia non stabiliscono, infatti, una prevalenza delle giurisdizioni stabilite per i cittadini italiani ma consentono solo una certa prorogabilità dei limiti delle giurisdizioni indigene ⁽¹⁾. Occorre, quindi, che la volontà della proroga sia comune a tutte le parti ⁽²⁾.

L' opzione di giurisdizione può derivare anche, indirettamente, dall' opzione di legislazione. Qui ritorna alla mente l' esempio già citato, nel quale due sudditi, invece di concludere un negozio giuridico dinanzi alle autorità per essi appositamente stabilite (qâdi, ecc.) e secondo il loro diritto, lo stipulino dinanzi ad un notaio e secondo la legge italiana, sia per la forma che per la sostanza. In questo caso è chiaro che qualsiasi controversia derivante dall' atto stesso non può più essere decisa dal giudice indigeno, assolutamente ignaro della legge italiana, ma deve essere sottoposta alle giurisdizioni stabilite per i cittadini italiani.

cfr. Giudice dei Galla e Sidama, 26 ottobre 1939, Muzein c. Fancasa, *Riv. diritto coloniale*, 1940, 99. Sulla validità del consenso prestato col silenzio serbato fin dall' inizio delle difese sul merito vedi T. Addis Abeba, 7 agosto 1937, Mohamed Ibrahim c. Seh Ferid Bodi, *Ibidem*.

(1) Ne deriva un' interessante considerazione, cioè che la competenza *ratione personae* degli organi giurisdizionali delle colonie non è d' ordine pubblico.

(2) Cfr. in questo senso C. Regno, 5 agosto 1940, Saleh bin Alui c. Saleh bin Salem Naghib, *Foro it.*, 1941, I, 165.

CAPITOLO II

IL CONFLITTO INTERNAZIONALE DI LEGGI

SOMMARIO: 1. Ragioni di un' indagine particolare del conflitto internazionale di leggi nell' Africa Italiana. - 2. Attualità, variabilità e divisibilità dell' ordine pubblico coloniale. - 3. Diversità delle norme di soluzione del conflitto. - 4. Funzione di talune leggi come diritto comune. - 5. Gli stranieri nell' Africa Italiana. - 6. Competenza legislativa e competenza giudiziaria per gli stranieri. - 7. Gli assimilati. - 8. I conflitti in materia di stato e capacità delle persone. - 9. L' età. - 10. Gli impedimenti matrimoniali. - 11. La poligamia. - 12. Revisione dell' ordine pubblico in tal materia. - 13. Il lutto vedovile. - 14. Divorzio e ripudio. - 15. Effetti giuridici di taluni atti. - 16. Inefficacia delle forme indigene nella celebrazione del matrimonio. - 17. Altri rapporti di famiglia. - 18. Legge regolatrice delle obbligazioni e della forma degli atti.

1. E' tempo ormai di cominciare ad esaminare il primo dei casi di conflitti di leggi che si verificano nell' Africa Italiana, e cioè quello che sorge fra le diverse leggi in essa vigenti e le leggi straniere. In questo caso le leggi fra le quali nasce conflitto non sono state poste o riconosciute dallo stesso legislatore ma emanano da Stati diversi. Si tratta, dunque, di un conflitto nello spazio fra leggi di paesi interamente sovrani, di un conflitto internazionale di leggi.

Dato questo carattere, per sè stesso evidente, del conflitto qui preso in esame, sorge dubbio se esso possa esser oggetto delle nostre ricerche. Si è, infatti, osservato ⁽¹⁾ che l' espressione conflitto coloniale non potrebbe comprendere i conflitti di leggi collegati con ordinamenti estracoloniai o, peggio, internazionali

(1) Cfr. UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 5.

e dovrebbe esser limitata esclusivamente ai conflitti che nascono tra le leggi italiane vigenti in colonia e l'uno o l'altro dei sistemi giuridici indigeni ivi mantenuti in vigore oppure tra questi stessi diversi sistemi giuridici. I conflitti esorbitanti dall'ambito puramente coloniale dovrebbero essere esclusi.

Non mancano, però, ragioni, le quali consigliano che il conflitto internazionale di leggi in colonia, per quanto non dissociato o dissaldato da quello che si verifica nel regno, sia considerato a parte, non fosse che per porne meglio in luce i diversi aspetti e le norme che lo governano. Ad alcuna di esse già si è accennato e si potrebbe aggiungere che a questa conclusione dovrebbe pervenirsi anche per l'evidente connessione che il conflitto internazionale di leggi presenta con gli altri conflitti di leggi che sorgono in colonia. Ma vi sono altre e più gravi considerazioni, sulle quali conviene che si indugi.

2. In primo luogo non sempre si è avvertito ⁽¹⁾ che le norme di conflitto subiscono un adattamento all'ambiente coloniale.

Si è posto mente che l'ordine pubblico è quasi sempre in funzione del tempo, dell'epoca, ch'esso è essenzialmente attuale e che, quindi, non varia soltanto da un paese all'altro ma nello stesso paese varia a diverse epoche d'intervallo ⁽²⁾. Si è anche, altrettanto giustamente, osservato che se il mantenimento dell'ordine pubblico è necessario in ogni Stato, i mezzi adoperati per assicurare tale mantenimento sono assai variabili sia in fatto che per quel che concerne il diritto, perchè questa parte della legislazione, come del resto qualsiasi altra, si modella sullo spirito, le usanze, il carattere, in breve gli aspetti particolari della nazione alla quale è destinata. Ma, così posti in luce i due aspetti salienti dell'ordine pubblico, e cioè l'attualità e la variabilità, non si è rilevato ch'esso è estremamente variabile nelle diverse parti di uno stesso Stato, e cioè in madrepatria e nelle colonie. Se l'ordine pubblico è stato acutamente paragonato ad

(1) Cfr. UBINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 25.

(2) Ne deriva che, qualora si tratti di stabilire se una legge appartenga o no alla categoria delle leggi d'ordine pubblico, l'interprete deve esclusivamente prendere in esame l'ordine pubblico del tempo attuale, non già perchè gli sia dato di decidere secondo le sue tendenze personali ma nel senso che la determinazione deve essere ispirata alla legislazione ed allo stato sociale del momento in cui la questione gli è sottoposta.

un cerchio ⁽¹⁾ non sempre ed anzi assai di rado accade che la madrepatria e le colonie facciano parte dello stesso cerchio ed appartengano in tutti i rapporti alla stessa comunità giuridica.

L'ordine pubblico è diverso ed è variabilissimo nelle colonie perchè svariate sono le circostanze e mutevole l'opinione degli uomini intorno a quella che può o dev'essere concepita come la normalità della vita sociale in colonia, dove vivono popolazioni così differenti da noi e di così diverse razze e costumi. E' inoltre divisibile, e cioè può avere una funzione negativa o repulsiva solo per una parte di un dato istituto, di un diritto acquisito: così in alcune nostre colonie si ammette il prezzo del sangue ma non si consente ch'esso sia per la donna inferiore della metà a quello stabilito per l'uomo.

Non bisogna, poi, dimenticare che il concetto di ordine pubblico trascende quasi sempre l'ordine giuridico ed è un concetto politico, nel significato più largo di questa parola. Ora l'elemento politico impone, più che altrove in colonia, che l'ordine pubblico sia quanto mai elastico e variabile. Ciò spiega come all'ordine pubblico, astrattamente inteso e riferito alla normalità della vita sociale in colonia, possa non ripugnare la poligamia e neppure la coesistenza di diversi regolamenti giuridici del medesimo istituto, come, ad esempio, il matrimonio che l'ordine pubblico italiano esige indissolubile nella metropoli ma permette dissolubile tra i musulmani, ecc. delle colonie ⁽²⁾.

Le leggi d'ordine pubblico subiscono, dunque, una certa deformazione in colonia e così accade che, come nei casi ora indicati, non vi abbiano talvolta efficacia non solo le leggi d'ordine pubblico assolute soggettivamente ma non oggettivamente, e cioè le leggi che benché fondate su idee generali ed assolute là dove sono ammesse non sono ammesse dappertutto, ma anche le leggi d'ordine pubblico assolute oggettivamente e soggettivamente, universalmente note come *leges cogentes*, tali, cioè, da costituire una verità assoluta e dappertutto osservata.

Ora, data questa diversa intensità dell'ordine pubblico nella madrepatria e nell'Africa Italiana, ne deriva che le norme di

(1) Da J. - P. NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, op. cit., pag. 560.

(2) Questa diversa funzione dell'ordine pubblico non era sfuggita a E. LAR-CHER in nota ad una sentenza della Corte d'appello di Algeri, in *Revue algérienne*, 1909, II, pag. 249.

confitto non possono essere importate tali e quali dall'una all'altra. Debbono, invece, subirvi e difatti vi subiscono i necessari adattamenti e ad essi si accennerà via via, nei debiti luoghi.

3. Le norme per la soluzione del conflitto di leggi internazionali sono, poi, in parte diverse, secondo che si tratti della madrepatria o dell'Africa Italiana.

Già non è escluso in principio che le colonie possano avere in tale materia un sistema proprio di soluzione. Il nostro legislatore, ad esempio, nel dettare col R. D. 5 maggio 1892, n. 270 le norme per l'esercizio della giurisdizione in Eritrea, ne aveva posto anche alcune per la soluzione dei conflitti internazionali di leggi (art. 7 a 10), ricalcandole, però, tutte su quelle contenute nel titolo preliminare del codice civile del 1865, ed esse vi ebbero vigore fino a che non furono abrogate con l'art. 103 del R. D. 9 febbraio 1902 n. 51 che provvide al riordinamento giudiziario di quella colonia ⁽¹⁾.

E' noto, poi, che le norme per la soluzione dei conflitti internazionali di leggi, benché tutte interne, possono essere poste dal legislatore italiano unilateralmente od in dipendenza di accordi internazionali. Si annoverano tra le prime, abrogato ormai, anche per questa parte, il codice civile del 1865, gli art. 17 a 31 delle disposizioni preliminari del nuovo codice civile e così anche talune altre disposizioni che si trovano nello stesso od in altri codici od in leggi speciali.

Ma non tutte hanno o possono ricevere applicazione in colonia. Indubbiamente i ricordati art. 17 a 31 vi hanno vigore anche in mancanza di apposita estensione, non solo quali norme modificatrici del codice civile già esteso alle colonie (art. 44, terzo comma R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012; art. 53 R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019) ma anche perchè costituiscono il sistema di diritto internazionale privato di tutto lo Stato italiano ⁽²⁾. Egualmente può ritenersi per l'art. 16 che di-

(1) Il CATELLANI, *Les possessions africaines et le droit colonial de l'Italie*, Bruxelles, 1895, pag. 46 (Estratto dalla *Revue de droit international et de législation comparée*), attribuisce a quelle norme il carattere di una vera codificazione di diritto internazionale privato.

(2) Per una prima illustrazione delle norme di diritto internazionale privato del nuovo codice civile vedi G. BALLADORE PALLIERI, in M. D'AMELIO, *Codice civile*.

spone sul trattamento dello straniero, salvo le disposizioni contenute in leggi speciali e, quindi, anche in quelle eventualmente emanate in colonia in determinate materie (ad es. per le concessioni fondiari); e così anche, infine, può dirsi per gli art. 796 a 805 del nuovo codice di procedura civile che regolano, anche in colonia, l'efficacia delle sentenze straniere e l'esecuzione degli altri atti di autorità straniera. Ma vi sono altre disposizioni, come quelle che riguardano il matrimonio degli stranieri, la cui esecuzione rimane subordinata all'efficacia dei diversi sistemi giuridici vigenti in colonia.

Quanto, d'altra parte, alle norme interne poste dal legislatore italiano in dipendenza di accordi internazionali, bisogna mettere in dovuto rilievo il fatto che le leggi con le quali è stata data esecuzione nel regno alle Convenzioni di diritto internazionale privato dell'Aja, e precisamente la legge 7 settembre 1905, n. 524 che diede esecuzione alle tre Convenzioni del 12 giugno 1902 relative al matrimonio, al divorzio ed alla separazione personale ed alla tutela dei minori e la legge 27 giugno 1909, n. 640 che diede esecuzione alle tre Convenzioni del 17 luglio 1905 relative ai rapporti personali e patrimoniali fra coniugi, all'interdizione ed alle misure di protezione analoghe ed alla procedura civile non hanno applicazione nell'Africa Italiana ⁽¹⁾. Per le tre prime Convenzioni del 1902 lo esclude, infatti, la norma contenuta nelle Convenzioni stesse ed in forza della quale esse si applicano soltanto ai territori europei degli Stati contraenti. Quanto, poi, alle tre Convenzioni del 1905, nelle quali, pure stabilendosi l'applicazione di pieno diritto di quelle Convenzioni solo ai territori europei, ne era prevista l'applicazione facoltativa, mediante notifica seguita da dichiarazione affermativa, alle colonie e possedimenti degli Stati contraenti, non risulta che una notifica siffatta abbia fin qui avuto luogo.

La condizione dei cittadini degli Stati aderenti alle une ed alle altre Convenzioni per quel che riguarda la determinazione della legge applicabile, ecc., è, dunque, diversa secondo che essi si trovino nel regno o nell'Africa Italiana.

Libro primo (Persone e famiglia). Commentario, Firenze, 1940, pag. 43 e segg. e la bibliografia ivi citata.

(1) Cfr. su questo punto il mio scritto *L'applicazione dei trattati internazionali alle colonie*, Rocca S. Casciano, 1934, pag. 2 (Estratto dalla *Riv. delle colonie italiane*).

4. Nella madrepatria, infine, qualora sorga un conflitto internazionale di leggi, si parla assai spesso di legge nazionale. Essa è invocata e presa in esame quale legge regolatrice dello stato e della capacità delle persone, dei loro rapporti di famiglia, ecc. e consiste, com'è noto, nella legge dello Stato del quale l'individuo è cittadino.

Nei conflitti internazionali di leggi che nascono, invece, nell'Africa Italiana e che riguardano assai spesso cittadini di Stati vicini o confinanti, la legge invocata è di frequente più che una vera legge nazionale la legge propria dei seguaci d'una data religione, dovunque essi si trovino e da qualunque Stato dipendano, degli appartenenti ad una data razza, ecc. Negli Stati ai quali quei cittadini appartengono hanno vigore le più diverse norme di diritto privato e talvolta il diritto che in essi si applica si ritrova anche di là dalle loro frontiere: non può, dunque, parlarsi di leggi nazionali ⁽¹⁾. Così, ad esempio, avviene per i musulmani: il diritto per essi è unico e, come già si è detto, non ha alcuna relazione con il concetto di nazione o di Stato; esso non è e non può costituire una legge nazionale ma il « diritto comune » di tutto il mondo islamico.

Questo fatto non avrebbe un gran valore nella madrepatria. La legge invocata, sia essa particolare, nazionale od universale, è sempre una legge personale, fa parte dello statuto personale dell'individuo. E', comunque, per noi una legge straniera ⁽²⁾ e la questione si riduce, come nel caso di qualsiasi legge straniera, nel vedere se essa possa esser applicata per quel dato rapporto per il quale è fatto valere.

Nell'Africa Italiana, data la speciale composizione della popolazione, la questione si presenta, invece, un po' diversa. Poiché, infatti, nei suoi diversi territori può aver vigore, perchè ammesso e riconosciuto dal legislatore coloniale, quello stesso sistema giuridico al quale lo straniero appartiene, può senz'altro

(1) Si ricordino su questo punto le osservazioni di VON BAR, *Du conflit entre la loi du domicile et la loi de la nationalité*, in *Clunet*, 1895, pag. 22 e segg.

(2) La stessa legge, però, può essere nazionalizzata o straniera: così, ad esempio, accade per il diritto musulmano, secondo che, per una determinata controversia, venga importato nel regno da una colonia o dall'estero. Su questi casi vedi Corte di Cassazione francese, 18 luglio 1904, *Dalloz*, 1909, 1, 393.

manca la ragione stessa del conflitto di leggi, la quale consiste, com'è chiaro, nel collegamento con due o più sistemi giuridici: l'identità del sistema giuridico elide il conflitto. A questo proposito può osservarsi che quasi tutte le nostre colonie, per quel che riguarda il sistema giuridico dei musulmani, fanno parte, insieme con altri paesi o colonie finitime, della stessa comunità giuridica.

Se, poi, si tratta di un rapporto collegato con due scuole dello stesso sistema giuridico, come, ad esempio, di un rapporto collegato da una parte col diritto musulmano della scuola hanafita e dall'altra con quello della scuola mâlikita, il conflitto non è in sostanza internazionale ma si confonde con quello coloniale, interno tra leggi personali. Si vedrà, a suo tempo, secondo quali dettami il giudice può sentenziare in tali casi.

Può darsi, infine, che il conflitto benché riguardi uno straniero non sia deciso dall'autorità giudiziaria per i cittadini italiani o stranieri ma dai giudici istituiti per i nativi. Di qui un altro punto ed è quello di vedere quali sono gli stranieri nell'Africa Italiana, quali gli assimilati, e di esaminare se e quale peso abbia la loro condizione nel campo dei conflitti internazionali di leggi. Si tratta di un problema distinto ma preliminare a quello del conflitto di leggi ed occorre che qui sia esaminato.

5. Nell'Africa Italiana, come del resto nel regno, straniero è colui che non gode della cittadinanza italiana in forza della legge 13 giugno 1912, n. 555 sulla cittadinanza e che non sia cittadino italiano delle Isole italiane dell'Egeo o cittadino italiano speciale (art. 4 R. decreto-legge 9 gennaio 1939, n. 70) o cittadino italiano libico o suddito dell'A. O. I. od, infine, apolide.

Il godimento dei diritti civili da parte dello straniero è regolato anche in colonia dal canone generale contenuto nell'art. 16 delle disposizioni preliminari. Quelle stesse guarentigie, dunque, e quegli stessi diritti di cui godono in colonia i cittadini italiani sono assicurati anche allo straniero in essa residente, a condizione, però, di reciprocità ⁽¹⁾.

(1) La condizione di reciprocità, non diplomatica ma di fatto, introdotta solo ora nella nostra legislazione, impone in principio che lo straniero non possa godere in Italia e nelle colonie di un diritto di cui il cittadino italiano non potrebbe godere nello Stato al quale lo straniero appartiene. L'interpretazione di tale espressione comincia ad essere controversa. Sui primi disaccordi in dottrina vedi P. LA

Come nel regno lo straniero in colonia non ha diritti politici; ha sí diritti pubblici, quali il riconoscimento della propria personalità giuridica, la libertà di culto, ecc., il diritto di entrare e risiedere nel territorio delle colonie, sottoponendosi, però, a quelle norme di polizia di sicurezza, alle quali, per altro, vanno in gran parte soggetti anche i cittadini metropolitani e salve sempre le speciali disposizioni dettate col R. decreto-legge 7 settembre 1938, n. 1381 quanto all'immigrazione degli ebrei stranieri, oltre che nel regno, in Libia e nelle Isole italiane dell' Egeo ed alla loro permanenza in quei territori.

Per quel, poi, che riguarda l' esercizio dei diritti così pubblici che privati lo straniero incontra qualche restrizione: così quanto all' esercizio professionale che gli è vietato, tranne che non siano intervenuti appositi accordi con efficacia anche per le colonie; così anche lo straniero non può ottenere concessioni di terreni a scopo agricolo, minerario, ecc.; così, infine, le vendite e le cessioni totali o parziali, a favore di stranieri, di navi mercantili iscritte nelle matricole delle navi o nei registri dei galleggianti della Libia e, ad eccezione dei sambuchi, dell' Eritrea e della Somalia (R. D. 8 maggio 1933, n. 639) nonché la costituzione a favore di stranieri di diritti reali sulle navi e sui galleggianti predetti sono subordinate ad apposita autorizzazione del ministro per l' Africa Italiana o dei governatori di colonia da lui delegati. Gli atti che per avventura fossero stipulati in frode a tali disposizioni sono nulli e non debbono essere ricevuti dalle autorità marittime o consolari, alle quali fossero presentati per la trascrizione.

6. Lo straniero anche in colonia ha diritto di adire i giudici italiani per la tutela dei suoi diritti e può convenirvi un altro straniero. Può esservi egli stesso convenuto, qualora si verta in uno dei casi previsti dall' art. 4 del nuovo codice di procedura civile. Vero è che quell' articolo parla di straniero convenuto « davanti ai giudici del regno » e non delle colonie ⁽¹⁾ ma in questo caso si tratta di norme che riguardano la competenza ge-

TERZA, *Il diritto privato internazionale nel nuovo codice civile italiano*, Napoli, 1940, pag. 6 e segg. e così anche A. BALLADORE PALLIERI, *Commentario*, op. cit., pag. 46 e segg.

(1) Sulla differenza fra regno e colonie vedi il mio scritto, *Territorio coloniale e prodotti coloniali*, Roma, 1934 (Estr. dal *Foro italiano*).

nerale dei tribunali italiani rispetto allo straniero e che, quindi, per il fatto dell' estensione automatica del nuovo codice alle colonie, debbono aver vigore anche in esse, indipendentemente dalla loro particolare organizzazione giudiziaria.

Come principio generale in colonia i giudici che amministrano giustizia per i cittadini italiani sono competenti anche per gli stranieri. Nemmeno a questi ultimi è, poi, consentito di adire i giudici istituiti per gli indigeni. Il concetto del prestigio di razza è così egualmente tutelato.

Nonostante, però, questa competenza generale identicamente stabilita per i cittadini italiani e gli stranieri vi sono casi nei quali la competenza legislativa reagisce sulla competenza giudiziaria. Così avviene, ad esempio, qualora un cittadino di Stato estero od uno straniero in genere, nelle materie di statuto personale, di rapporti di famiglia e di successioni, invochi nell' A. O. I. la legge musulmana. In questo caso egli non è più sottoposto alle giurisdizioni stabilite per i cittadini italiani ma a quelle per i sudditi coloniali (art. 2 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649). Così anche in Libia, per i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, al diritto successorio ed alle pratiche religiose, gli stranieri musulmani sono regolati dalla legge musulmana e sottoposti ai tribunali sciaraitici (art. 37 e 213 R. D. 27 giugno 1935, n. 1649), salvo, anche per essi, la proroga di giurisdizione per le controversie relative allo statuto successorio.

Si può, dunque, fermare il concetto che anche per lo straniero musulmano v' è indivisibilità tra la legge ed il giudice sciaraitico.

7. Taluni stranieri possono, però, avere in colonia una condizione pari a quella dei sudditi dell' A. O. I., ecc. ed esser, quindi, ad essi assimilati.

Sono considerati come assimilati gli stranieri appartenenti ad una popolazione, la quale abbia tradizioni, costumi, concetti giuridici e sociali diversi da quelli cui si connettono attualmente gli ordinamenti, i codici, le consuetudini in Italia e presso la maggior parte delle nazioni occidentali. Questa è la definizione adottata, per la loro identificazione, dall' ordinamento giudiziario della Libia (art. 225 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) ed essa s' incontra anche negli ordinamenti giudiziari delle colonie del-

l'A. O. I. (art. 2 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649; art. 2 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638), con la differenza che il criterio per l'assimilazione è dato dall'affinità delle tradizioni, dei costumi, ecc. degli stranieri a quelli dei sudditi dell'A. O. I. e che sono compresi fra gli assimilati anche i sudditi e protetti coloniali di Stati esteri.

Il fatto che dell'assimilazione si occupano gli ordinamenti giudiziari già spiega come essa non abbia altro valore che agli effetti degli ordinamenti stessi. L'assimilato, se straniero o suddito e protetto coloniale di Stato estero, rimane sempre uno straniero: l'assimilazione, infatti, vale solo per determinare la giurisdizione competente e la legge applicabile. L'una e l'altra sono in principio quelle stabilite per i cittadini italiani libici e per i sudditi dell'A. O. I.

Può darsi, però, che l'assimilato abbia uno statuto personale proprio o sia di religione diversa da quella del giudice per i cittadini italiani libici, ecc. E' chiaro che lo straniero assimilato, non musulmano nè ebreo, non potrebbe in Libia essere sottoposto al tribunale sciaraitico od a quello rabbinico ed assoggettato inevitabilmente all'applicazione di una legge diversa dalla propria. In questo caso deve, dunque, prevalere anche per gli assimilati la giurisdizione dei tribunali istituiti per i cittadini italiani e stranieri. Ugualmente avviene anche nelle colonie dell'A. O. I., dove non manca qualche espressa disposizione regolatrice della competenza nel caso in cui le parti siano di diversa religione (ad es. art. 32 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649).

A questa conclusione bisogna pervenire per il fatto or ora rilevato che nei tribunali sciaraitici, rabbinici, ecc. che sono giurisdizioni essenzialmente confessionali la legge applicabile e la giurisdizione sono indivisibili. Il sistema seguito dinanzi ai tribunali per i cittadini italiani e stranieri è, invece, diverso. Poiché, infatti, la competenza giudiziaria e la competenza legislativa di tali tribunali sono, in principio, indipendenti l'una dall'altra ne deriva che la loro competenza non determina necessariamente, per quel che riguarda la sostanza del rapporto, l'applicazione della legge italiana.

8. Vediamo ora come il sistema di norme di diritto internazionale privato in vigore nell'Africa Italiana funziona per la de-

cisione dei conflitti internazionali di leggi, e per primo di quelli in materia di stato e capacità delle persone. Appena occorre avvertire che l'indagine qui va diretta non già a riesaminare tutti i problemi che in tal campo sorgono nel regno ma a considerare unicamente l'aspetto particolare che alle volte essi assumono in colonia.

Anche in colonia vige in materia di statuto personale la regola fondamentale contenuta nell'art. 17 delle disposizioni preliminari del nuovo codice civile. Lo stato, la capacità di agire ed i rapporti di famiglia dello straniero sono regolati, dunque, dalla legge dello Stato al quale egli appartiene.

Tranne che per determinati rapporti, per i quali la deroga non ha luogo, lo straniero anche incapace secondo la sua legge nazionale a compiere determinati atti è, però, considerato capace se tale sia ritenuto per quegli atti secondo la legge italiana: così, ad esempio, a prescindere da ogni altra considerazione derivante dai limiti dell'ordine pubblico coloniale, uno schiavo saudiano che per avventura si trovi, com'è assai facile, in Eritrea può contrarre matrimonio anche senza il permesso del padrone (*malik*) o di chi ne dispone (*al-mutasarrif bih*) e così anche può contrarre obbligazioni in nome proprio, attivamente o passivamente.

9. Poiché lo stato e la capacità dello straniero sono regolati dalla sua legge nazionale debbono in base ad essa essere decisi i conflitti di legge relativi all'età maggiore, alla tutela, all'interdizione, ecc. In questi ultimi rapporti interviene a dare efficacia alla legge nazionale anche l'art. 21 delle disposizioni preliminari ma non vi trovano applicazione, per quanto riguarda i cittadini degli Stati aderenti, le Convenzioni dell'Aja, le quali, come già si è detto, non sono state estese alle nostre colonie.

Anche qui possono sorgere limiti derivanti dall'ordine pubblico coloniale. Ma per quel che riguarda soprattutto l'età maggiore sono abbastanza rari. Il fatto è facile a giustificare: la capacità è in qualche modo parte integrante della persona; ogni legge sulla capacità dell'individuo è, almeno in principio ⁽¹⁾, il risultato dell'esperienza, della maturità acquistata, delle parti-

(1) E, difatti, non mancano eccezioni. Vedi la dimostrazione datane da G. FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1921, pag. 581.

colari condizioni di sviluppo di un popolo. Per questo merita di essere maggiormente rispettata.

D'altra parte, quanto alle nostre colonie, il legislatore che pure aveva fissato nel vecchio codice civile ed ha mantenuto nel nuovo la maggiore età al compimento del ventunesimo anno ha disposto (art. 218 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) che per i cittadini italiani libici essa si determina, invece, anche ai fini della legge penale, secondo lo statuto personale; ed è noto che per i musulmani essa è stata stabilita, dalla giurisprudenza libica, a diciotto anni. Le leggi straniere, come, ad esempio, quelle di alcuni Stati musulmani (Arabo - Saudiano, ecc.), le quali fissano la maggior età (*sinn arrushd*) ⁽¹⁾ al compimento del diciottesimo anno lunare, trovano così preciso riscontro in norme appositamente emanate per le nostre colonie od in decisioni giurisprudenziali e non possono dar luogo a conflitti di sorta.

La questione dell'età non ha, poi, importanza per quel che riguarda il matrimonio. L'art. 116 del nuovo codice civile che assoggetta, per motivi di ordine pubblico, il matrimonio dello straniero a talune limitazioni non vi comprende, infatti, quella relativa all'età degli sposi. D'altra parte quanto agli stranieri musulmani che celebrassero le loro nozze in colonia può ricordarsi che per la legge musulmana sono capaci di contrarre matrimonio il maschio e la femmina puberi, sani di mente ed abili a consumare il matrimonio. Un'età determinata a rigore non è imposta e solo ora comincia ad essere fissata in alcuni paesi (ad es. Egitto), soprattutto per le donne, per evitare i gravi inconvenienti che si sono verificati in questa materia.

10. La questione degli impedimenti matrimoniali si presenta diversa secondo che il matrimonio dello straniero sia celebrato nel regno o nell'Africa Italiana.

L'art. 116 del nuovo codice civile dispone che lo straniero che vuole contrarre matrimonio nel regno è soggetto alle disposizioni contenute negli art. 85, 86, 87, nn. 1, 2 e 4, 88 e 89. Ciò significa che per questa parte lo straniero dev'essere capace non solo secondo la sua legge nazionale ma secondo la legge italiana. Un'eccezione ha luogo solo per i cittadini degli Stati aderenti

(1) Nei libri di *fiqh* la minore età è detta *sighar*; la maggiore età *bulugh*.

alla Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902 per regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio, per i quali l'art. 4 di quella Convenzione stabilisce che la legge del luogo della celebrazione può vietare il matrimonio solo nei casi in essa espressamente previsti.

Qualora, dunque, uno straniero vincolato da un precedente matrimonio (art. 86) domandi di contrarre un nuovo matrimonio nel regno, non può che avere un rifiuto, anche se egli ne sia capace in forza della sua legge nazionale. La morale italiana e la legge penale italiana (art. 556 cod. pen.) condannano la poligamia. Ugualmente accade (art. 89) qualora una donna straniera desideri passare a nuove nozze prima che siano trascorsi trecento giorni dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente. In questo caso si tratta di impedimenti che hanno o che si ritiene abbiano carattere di ordine pubblico internazionale e dei quali, quindi, si esige l'osservanza anche dagli stranieri. Le nozze in tali condizioni non possono assolutamente essere contratte.

In colonia, invece, accade diversamente e si consente ch'esse abbiano luogo, almeno per talune categorie di stranieri. Il conflitto internazionale viene così ad essere risolto in senso affatto contrario alla soluzione ch'esso ha nel regno ⁽¹⁾. La ragione è semplice ma conviene che sia posta bene in luce.

11. La ragione di così grave disparità di soluzioni trova innanzi tutto sostegno in una precisa disposizione di legge.

Quanto alla Libia, ad esempio, l'art. 213 di quell'ordinamento giudiziario (R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) dispone che i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, ecc. per i cittadini italiani libici musulmani e gli stranieri musulmani sono regolati dalla legge musulmana. I libici musulmani e gli stranieri musulmani sono, dunque, completamente equiparati per quel che riguarda i rapporti suindicati. Ne deriva che poiché la poligamia è un istituto ammesso dalla legge islamica gli stranieri musulmani, siano essi Egiziani, Marocchini, Tunisini, ecc. pos-

(1) Su questi aspetti dell'applicazione delle leggi personali nei rapporti internazionali vedi H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les rapports de la sanction pénale et de la sanction civile en droit international*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1938, pag. 391 e segg.

sono, tanto quanto i loro correligionari libici, prevalersi della legge stessa e sposare in Libia più donne. Lo stesso può dirsi per le colonie dell'A. O. I., in quanto anche colà i cittadini di Stati esteri e gli stranieri in genere musulmani possono, nelle materie di statuto personale, ecc., invocare la legge islamica (ad es. art. 2 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649).

Si potrebbe osservare che in questa guisa la legge italiana autorizza anche gli stranieri a praticare nelle nostre colonie un istituto che contrasta con un principio d'ordine pubblico ammesso da tutti i popoli civili. Ma, d'altra parte, bisogna porre mente che la poligamia, del resto scarsamente praticata, costituisce un istituto profondamente radicato nelle tradizioni delle popolazioni musulmane; che la grande diversità delle popolazioni delle nostre colonie, della loro razza e dei loro costumi impone che l'ordine pubblico sia in esse più cedevole, più compiacente, se così può dirsi, che nel regno; che poiché in fondo l'ordine pubblico è una nozione spontanea e locale, non può assumere la stessa forza in tutti i paesi e le differenze ch'esso presenta sono talvolta giustificabili.

12. La funzione non negativa che l'ordine pubblico del tempo attuale assume in colonia rispetto all'istituto della poligamia potrebbe, però, essere diversa.

A questo proposito giova ricordare che anche negli stessi Stati musulmani, come, ad esempio, in Egitto, l'istituto della poligamia comincia ad essere toccato e sottoposto a revisione. Giustamente si è osservato che la poligamia ch'era autorizzata dalla legge musulmana unicamente per ragioni d'interesse superiore ha finito per essere causa di liti, di rottura dei legami famigliari ed, in una parola, di torbidi sociali; e si è, quindi, ravvisata la necessità che occorra controllarla e consentirla solo a quegli individui che siano in condizioni di praticarla e che, praticandola, non diano luogo ad alcun inconveniente sociale. A tal fine in Egitto era stato, nel 1928, predisposto un progetto di legge la cui parte fondamentale, in aggiunta a talune riforme in materia di statuto personale, consisteva nel divieto di prendere più di una moglie senza il consenso del qâdi.

Questo progetto, però, sollevò una grande controversia tra i giureconsulti musulmani e la maggior parte di essi, con a capo

lo Sêh dell'Università d'el-Azhar ed il Gran Muftî d'Egitto, lo attaccarono in modo così aspro che la parte relativa alla poligamia fu stralciata ed abbandonata.

Bisogna, tuttavia, riconoscere che il progetto non meritava così viva opposizione. I musulmani ortodossi temevano che con esso si volesse abolire l'istituto della poligamia che, a loro avviso, costituisce un diritto che può essere esercitato in ogni momento e da qualsiasi individuo, mentre in realtà non è che un diritto eccezionale che non può essere accordato se non nel caso in cui lo esiga l'interesse generale: ciò che trova conferma non solo nella ragion d'essere della poligamia nell'Islam ma nell'esegesi ponderata che alcuni stessi giuristi musulmani hanno fatto del terzo versetto della quarta *Surah* del Corano, dal quale l'istituto ha origine. Il progetto, invece, aveva per oggetto non l'esistenza di tal diritto ma la sua limitazione e, difatti, senza che in alcun modo lo intaccasse, ne restringeva l'esercizio al solo caso in cui il marito fosse in grado di provvedere al mantenimento delle mogli e di compiere nei loro confronti i suoi doveri coniugali.

Sull'argomento della poligamia in Egitto si è ritornato anche in seguito ed in senso tendente sempre alla revisione di tale istituto. Si aggiunga, sebbene con minor forza, che in altri paesi, come, ad esempio, in Jugoslavia, dove una certa parte della popolazione segue la religione musulmana, non solo la poligamia è combattuta con provvedimenti fiscali, imponendo una forte tassa ai musulmani già sposati che prendano una seconda moglie (legge 25 ottobre 1923), ma gli stessi qâdi non usano celebrare un nuovo matrimonio se non quando il marito adduca una scusa plausibile, quale, ad esempio, una malattia o la sterilità della prima moglie. Nella stessa Jugoslavia, poi, taluni giureconsulti musulmani hanno additato più volte la necessità che la poligamia, se non abolita, sia almeno ristretta, limitando a due il numero delle mogli, imponendo al marito l'obbligo legale di giustificare il bisogno di prenderne una seconda e riconoscendo alla prima moglie il diritto di ottenere il divorzio qualora non consenta alle nuove nozze ⁽¹⁾.

(1) Cfr. M. BEGOVITCH, *De l'évolution du droit musulman en Jugoslavie*, op. cit., pag. 37 e segg. Quanto alla funzione pretoria affidata, in materia di bigamia,

Intorno all'istituto della poligamia v'è, dunque, un certo movimento d'idee anche negli stessi paesi musulmani ed esso potrebbe indurre a rivedere ed uniformare per questa parte, nelle nostre colonie, il concetto di ordine pubblico: ma questo è compito proprio più del legislatore che del giudice ⁽¹⁾.

13. La stessa soluzione ch'è stata accolta per la poligamia dev'essere seguita, quanto allo straniero musulmano, anche nel conflitto di leggi che riguarda il lutto vedovile.

Ai musulmani non è ignoto il principio della *turbatio sanguinis* che si vuole evitare impedendo alla vedova, ecc. di contrarre nuove nozze prima che sia decorso un dato termine dalla morte del marito o, comunque, dallo scioglimento del precedente matrimonio. Alle donne, infatti, dopo lo scioglimento del loro matrimonio od il divorzio è vietata la conclusione di nuove nozze durante la così detta *Iddah*, il « tempo di attesa ». Ma mentre il tempo di lutto, stabilito anticamente per le vedove in un anno intero, fu poi ridotto a quattro mesi e dieci giorni, la *Iddah* dopo il divorzio dura solo tre periodi di purità (*Kuru'*) ed in taluni casi tre mesi. V'è, dunque, una differenza notevole fra il termine stabilito dall'art. 89 del nuovo codice civile e quello così consentito dalla legge e dalle tradizioni musulmane.

Ma nel caso di matrimonio celebrato da una straniera musulmana nelle nostre colonie il conflitto non può essere risolto che in senso favorevole allo statuto personale della donna. La condizione richiesta dalla legge italiana ha sí un carattere negativo ma non lo esplica rispetto a determinate categorie di indigeni delle nostre colonie. Come le altre musulmane che vi risiedono la straniera può, dunque, contrarvi un nuovo matrimonio nonostante l'impedimento stabilito dalla legge italiana.

14. Identicamente, infine, avviene per il divorzio o ripudio.

E' noto che i tribunali del regno non possono, per ragioni di ordine pubblico, pronunciare il divorzio tra stranieri anche

al qâdi in Jugoslavia vedi anche la nota di G. H. BOUSQUET, *Le droit musulman en Yougoslavie et son évolution d'après un livre récent*, in *Revue algérienne*, 1930, I, pag. 204.

(1) Come osserva F. DESPAGNET, *L'ordre public en droit international privé*, in *Clunet*, 1889, pag. 19 e segg.

se la loro legge nazionale lo ammetta; e ciò anche se gli stranieri appartengano a Stati aderenti alla Convenzione dell'Aja del 1902 in materia di divorzio e separazione perchè essa consent. (art. 1) che il divorzio possa essere domandato solo quando sia ammesso tanto dalla legge nazionale dei coniugi quanto dalla *lex fori*.

Nelle colonie italiane vi sono, però, alcune *leges fori* o leggi personali, da noi riconosciute, le quali ammettono il divorzio: così avviene per i cittadini italiani libici, ecc. musulmani, per i quali la loro legge consente non solo che il marito ripudi la propria moglie (*Talak*) ma che la moglie essa stessa compri il ripudio dal proprio marito mediante un certo compenso fissato con lui d'accordo (*Fasch*); così anche per i cittadini italiani libici, ecc. israeliti, ai quali è consentito il ripudio della moglie mediante la consegna del così detto atto di ripudio (*Get*) ⁽¹⁾. Egualmente può dirsi per tante altre popolazioni dell'A. O. I., ecc.

Se, dunque, uno straniero musulmano domanda in colonia che il qâdi od anche il proprio console ⁽²⁾ prenda atto del ripudio della moglie da lui validamente pronunciato non v'è ostacolo di sorta. L'ordine pubblico non si oppone. Lo stesso può affermarsi per il ripudio manifestato dall'israelita straniera: vero è che questi in Libia non potrebbe adire, quanto alle controversie per la validità, ecc. del ripudio, il tribunale rabbinico, dato che la giurisdizione rabbinica per gli stranieri si limita solo alle questioni religiose (art. 46 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167), ma nulla vieta che il ripudio sia da lui manifestato dinanzi ai prescritti testimoni e che successivamente ne sia presa nota.

E' chiaro che il divorzio non può essere chiesto in colonia da tutti gli altri stranieri che non siano musulmani, israeliti, ecc. e ciò perchè non è ammesso dalla legge territoriale italiana, dalla *lex loci* che in tal caso riprende nei loro confronti il sopravvento.

15. La questione degli effetti giuridici che si vogliano fare scaturire da uno degli atti già indicati, divorzio, ecc., qualora

(1) Come, ad esempio, potrebbe accadere per un egiziano in forza della legge sull'ordinamento consolare egiziano (art. 16, n. 3 Decreto-legge 5 agosto 1925).

(2) Cfr. F. DAICHES, *Divorce in Jewish Law*, in *Journal of Comparative Law and International Law*, 1926, pag. 215 e segg.

validamente conchiusi all'estero, si presenta presso che identica tanto nel regno che nell'Africa Italiana.

Già quanto all'efficacia del divorzio validamente pronunziato all'estero tra stranieri, anche se non cittadini di Stati aderenti alla Convenzione dell'Aja, l'accordo è ormai unanime nel senso che tale efficacia debba essere riconosciuta. In questo caso, infatti, si tratta non già di applicare una legge straniera contraria all'ordine pubblico del regno ma di prender atto d'una situazione giuridica legalmente formata all'estero, di riconoscerne gli effetti.

Lo stesso può osservarsi anche per un rapporto più delicato, quale quello della poligamia. Se uno straniero musulmano poligamo muore in Italia lasciando due figli nati dalle sue due mogli come dovrà essere regolata la successione? i due figli sono legittimi o dovrà il secondo di essi esser considerato come adulterino e subirne le conseguenze? E' chiaro che quest'ultima conclusione è inammissibile. Contratta all'estero l'unione poligamica non urta più contro l'ordine pubblico italiano nè da parte nostra v'è alcun interesse a considerarla come non avvenuta, ad infliggere ai figli che ne sono nati le stimmate d'una filiazione adulterina; legalmente formata l'unione ha determinato tra padre e figli alcuni rapporti giuridici perfettamente leciti che debbono essere decisi in base alla legge nazionale, allo statuto personale ed il giudice italiano non può rifiutarsi di darvi riconoscimento. Queste considerazioni che inducono a misurare strettamente all'interesse nazionale la preponderanza della legge locale sulla legge personale dello straniero valgono a maggior ragione per le nostre colonie, nelle quali, come si è visto, la legge islamica ha, anche per gli stranieri musulmani, espresso riconoscimento in materia di poligamia.

Il dubbio può sorgere sotto altri aspetti, per i quali l'applicazione del concetto di divisibilità dell'ordine pubblico sia discutibile: così, ad esempio, nel caso in cui lo straniero musulmano poligamo domandi di far valere non i diritti patrimoniali e di successione basati sulla poligamia ma i diritti personali, familiari. Com'è noto vi è, infatti, una differenza tra gli effetti personali e quelli patrimoniali.

Il FIORE ⁽¹⁾ si pose, a suo tempo, il dubbio in un'ipotesi assai curiosa, e cioè per il caso in cui lo straniero poligamo, pretendendo avvalersi dei diritti conferitigli rispetto alle sue mogli dalla legge nazionale e tenerle recluse nel suo *harîm*, domandasse alle autorità italiane di prestargli man forte per ricondurvi quelle che se ne fossero allontanate. Ma subito lo respinse, osservando giustamente che la domanda dello straniero non potrebbe in tal caso essere soddisfatta ostandovi in pieno l'ordine pubblico.

E' questa una vera questione accademica, una *Doktorfrage*. L'efficacia repulsiva dell'ordine pubblico sarebbe senza dubbio diversa in colonia, dove la poligamia è ammessa. Ma per altre considerazioni, quali quelle dell'incompetenza delle nostre autorità in materia di matrimoni musulmani, l'intervento della forza pubblica sarebbe ugualmente negato ⁽²⁾.

16. Quanto al modo di celebrazione del matrimonio non v'è dubbio che gli stranieri possano contrarlo, nell'Africa Italiana, dinanzi al podestà od al residente con funzioni di ufficiale di stato civile e così anche, secondo la religione professata, dinanzi al parroco od al missionario cattolico, al pastore di una missione, al rabbino, ecc. Il matrimonio contratto dagli stranieri in una di queste forme è per noi regolare e sarà riconosciuto valido anche nello Stato al quale essi appartengono, dato il principio generalmente ammesso dalle diverse legislazioni che il matrimonio celebrato all'estero secondo le forme locali è valido dappertutto.

Sempre che la loro legge nazionale lo ammetta gli stranieri possono contrarre matrimonio anche dinanzi ai loro consoli. Com'è noto quasi tutti gli Stati danno facoltà ai consoli di celebrare i matrimoni tra nazionali ma, qualora uno degli sposi sia straniero, la limitano a determinati paesi o la subordinano all'autorizzazione del proprio ministro degli affari esteri ⁽³⁾.

(1) Nel suo scritto, *Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne*, in *Clunet*, 1887, pag. 156.

(2) Come in qualche caso consimile si è verificato: cfr. S. CATTANEO, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1933. Anno XI*, Tripoli, 1933, pag. 20.

(3) Si consultino, ad esempio, su questo punto: per i consoli francesi l'art. 170 cod. civ. fr.; per quelli inglesi l'art. 1 del *Foreign Marriages Act*, 1892, 55 e 56

Lo straniero, però, non può mai contrarre nozze, con native o non, secondo il diritto indigeno e le forme di esso, rinunciando al proprio statuto personale. Il matrimonio in tal caso non sarebbe valido ⁽¹⁾ e nè la legge italiana nè quella nazionale dello straniero potrebbero riconoscerne gli effetti. Si aggiunga che il principio *locus regit actum* è ormai concordemente respinto qualora si tratti di atti conclusi in paesi africani, in mezzo a popolazioni barbare e primitive ⁽²⁾.

Non mancano precedenti giurisprudenziali in proposito. Nel 1878 un inglese che era ufficiale della gendarmeria africana fu nominato residente presso Montsioa, capo della tribù dei Baralong nel Beciuanaland. Poco tempo dopo la nomina fu annullata, ma l'inglese che aveva preso gusto alla vita semi-selvaggia dei Baralong vi rimase. Gli venne allora l'idea di passare a nozze e sposò, secondo gli usi indigeni, Teepoo, la nipote di Montsioa. Passati alcuni anni l'inglese fu ucciso in un combattimento con i Boeri ed alcuni giorni dopo sua moglie diede alla luce un bambino. Ora questo bambino aveva diritto all'eredità dell'inglese?

Prima di morire costui aveva fatto una specie di testamento col quale lasciava a Teepoo ed al nascituro le sue armi, le sue munizioni, il suo bestiame, i suoi cavalli ed altri beni; ma, avendo egli ereditato già in Inghilterra una proprietà di valore considerevole, nacque controversia se essa dovesse o no essere attribuita al figlio di Teepoo. I collaterali del defunto si erano, infatti, opposti, pretendendo che il matrimonio da lui concluso con l'indigena non era valido.

L'Alta Corte di giustizia inglese, dinanzi alla quale la questione fu dibattuta, diede loro ragione, dichiarando che il matrimonio contratto in Africa da un suddito inglese con una don-

Vict. ch. 23 ed il Foreign Marriages Order in Council, 1913; per quelli tedeschi l'art. 13 della legge consolare dell'8 novembre 1867 ed, infine, per quelli egiziani l'art. 16 del decreto-legge 5 agosto 1925 sull'ordinamento consolare. Cfr. per tali disposizioni A. H. FELLER e M. O. HUDSON, *Diplomatic and Consular Laws and Regulations*, vol. I e II, Washington, 1933.

(1) Salvo sempre le sanzioni stabilite dalla legge 29 giugno 1939, n. 1004 anche per lo straniero di razza ariana che continuasse a mantenere una relazione d'indole coniugale con persona nativa dell'Africa Italiana.

(2) Cfr. F. DESPAGNET, *L'ordre public en droit international privé*, loc. cit., pag. 217.

na indigena, conformemente agli usi della sua tribù, non poteva essere riconosciuto dalle legge inglese. Più di recente andò nello stesso avviso anche la Corte di cassazione francese, negando effetto al matrimonio concluso, anche qui secondo gli usi locali, da un funzionario francese con due sorelle indigene in una colonia africana.

17. Tanti altri rapporti di famiglia cadono anche in colonia sotto l'impero della legge nazionale: così quelli che si riferiscono ai diritti e doveri personali dei coniugi ed al regime matrimoniale dei beni o che derivano dalla filiazione, legittima e naturale, e dalla legittimazione.

Le questioni che in tale materia si presentano e che possono riguardare la determinazione della legge applicabile qualora i coniugi non abbiano entrambi la stessa cittadinanza o non abbiano stipulato un contratto di matrimonio o, come nel caso della filiazione, la legge nazionale sia diversa non hanno, nell'Africa Italiana, un aspetto particolare e la loro soluzione dipende dagli stessi principii di diritto internazionale privato che sono seguiti nel regno e che le disposizioni preliminari del nuovo codice civile hanno reso ancora più chiari. Se mai la soluzione potrà variare per una diversa valutazione dei limiti di ordine pubblico fissati dalla legge territoriale.

Ma su questo punto si è a lungo indugiato e non conviene più fermarsi.

18. Piuttosto giova considerare, da ultimo, i conflitti di legge che possono sorgere quanto alla legge regolatrice delle obbligazioni e della forma degli atti.

Per quel che riguarda le obbligazioni convenzionali il principio seguito dal legislatore nell'art. 25 delle disposizioni preliminari è quello del mantenimento dell'autonomia della volontà ma limitato al solo caso in cui le parti abbiano indicato manifestamente la legge dalla quale intendono far regolare il contratto; in ogni altro caso prevale, infatti, come regolatrice del rapporto la legge nazionale dei contraenti, se tutti appartengano allo stesso Stato e siano, quindi, legati da una legge nazionale comune o, in caso diverso, quella del luogo di conclusione del

contratto. Quanto, poi, alla forma degli atti tra vivi e degli atti di ultima volontà l'art. 26 delle stesse disposizioni stabilisce che essa è regolata dalla legge del luogo nel quale l'atto è compiuto o da quella che regola la sostanza dell'atto, ovvero dalla legge nazionale del disponente o da quella dei contraenti, se è comune; e ciò salvo sempre l'impero della *lex rei sitae*, qualora si tratti delle forme di pubblicità degli atti di costituzione, trasmissione ed estinzione dei diritti sulle cose.

Ne deriva che qualora le parti non si siano riferite ad una legge determinata o non siano legate da una legge comune applicabile in via sussidiaria, la legge regolatrice del rapporto e della forma di esso è la *lex loci actus*. Nell'Africa Italiana, però, diversamente da quel che accade nel regno, non v'è, anche in tal materia, una sola *lex loci* ma tante leggi personali proprie dei sistemi giuridici in esse esistenti od almeno di taluni di essi. Si tratta quindi, di determinare quale di esse debba aver applicazione in mancanza della legge scelta dalle parti o della loro *lex patriae*.

Questa legge evidentemente è la legge italiana estesa ed applicata in colonia. Noi non abbiamo, è vero, nella nostra legislazione coloniale una disposizione identica a quella che si trova nella legislazione algerina (art. 37 dell'ordinanza del 27 settembre 1842) e che chiama la legge francese a regolare in ogni caso i contratti e le controversie tra Francesi e stranieri. Ma il nostro legislatore, lasciando in vigore le leggi dei nativi per quel che riguarda i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, ecc., ha sottratto al loro impero, ad eccezione di qualche contratto speciale, tutta la materia delle obbligazioni, come quella per la quale non concorrono le considerazioni d'ordine religioso, politico, ecc. che hanno imposto il rispetto delle altre leggi e diritti consuetudinari.

Sempre che, dunque, non si tratti di rapporti misti e cioè di rapporti tra stranieri e nativi e lo straniero, in tal caso, non abbia convenuto l'osservanza della legge e delle consuetudini indigene od abbia concluso un rapporto giuridico che sia proprio del diritto indigeno e con le forme di tal diritto, la legge regolatrice delle obbligazioni e della forma degli atti non può che

essere la legge italiana ⁽¹⁾. A parte le questioni di capacità e d'incapacità dei contraenti, che rimangono soggette sempre all'impero della loro legge nazionale, la legge italiana regola la validità intrinseca, la sostanza e gli effetti del rapporto obbligatorio: quanto a questi ultimi soprattutto quelli (modi di pagamento, ecc.) che più che veri effetti costituiscono modalità di esecuzione dell'obbligazione.

(1) Attenuata talvolta per effetto delle condizioni locali: così, anche nei contratti fra stranieri ed indigeni, non sono ammessi taluni rigorismi di forma. Per l'inapplicabilità dell'art. 1341 vecchio cod. civ. vedi A. Tripoli, 6-13 giugno 1923, Calcedonio c. Amor ben Fadel, *Giur. Libia*, II, 241.

CAPITOLO III

IL CONFLITTO FRA LA LEGGE ITALIANA ED I SISTEMI GIURIDICI INDIGENI

SOMMARIO: 1. Il conflitto fra la legge italiana ed i sistemi giuridici indigeni. Conflitto coloniale tipo. - 2. Sua natura. - 3. Norme determinatrici della legge applicabile nei rapporti fra cittadini metropolitani e nativi. - 4. Prevalenza della legge italiana in caso di conflitto. - 5. Considerazioni a sostegno di tal principio. - 6. Necessità di un esame dei vari casi di conflitto. - 7. Stato, capacità, ecc. delle persone. - 8. Acquisto della cittadinanza italiana. - 9. Conversione religiosa. - 10. Forma degli atti. - 11. Forma del processo. - 12. Rapporti giuridici di obbligazione. — 13. Obbligazioni non contrattuali. - 14. Diritto delle successioni. - 15. Il diritto indigeno ed il regolamento sostanziale delle successioni dei nativi. - 16. Proprietà fondiaria. - 17. Continuazione. - 18. Conflitti in tal materia. - 19. Prescrizione. - 20. Servitù. - 21. *Shufah*. - 22. Fallimento. - 23. Leggi penali.

1. Nel conflitto internazionale di leggi che fin qui abbiamo considerato nell'Africa Italiana abbiamo sempre rilevato un elemento straniero, sia che i soggetti del rapporto giuridico in disputa abbiano una diversa cittadinanza sia che i beni oggetto del rapporto siano situati in un altro paese sia, infine, che il rapporto implichi un atto giuridico ch'è stato già compiuto o deve compiersi in paese straniero. Abbiamo visto di più come il contatto del rapporto con diverse leggi produca senz'altro la difficoltà di determinare la legge applicabile e come la soluzione in questo caso possa ricercarsi, salvo gli adattamenti imposti dall'ordine pubblico coloniale, ecc., nei canoni generali contenuti nelle disposizioni preliminari del nuovo codice civile e dettati dal legislatore per risolvere lo stesso conflitto nel regno.

Nell'Africa Italiana, però, sorge assai più di sovente un altro conflitto non più fra le leggi italiane e le leggi straniere ma fra le diverse leggi in esse vigenti. Esso si presenta a due facce, secondo che il conflitto avvenga fra la legge italiana vigente in colonia e l'uno o l'altro dei sistemi giuridici indigeni ivi esistenti ⁽¹⁾ oppure fra i diversi sistemi giuridici indigeni. E' questo il conflitto coloniale vero e proprio o conflitto coloniale tipo. Qui per ora se ne considererà solo il primo aspetto.

Come già altra volta si è detto, questo conflitto va, innanzi tutto, tenuto distinto dal conflitto internazionale perchè il rapporto non contiene alcun elemento straniero, rimane sempre puramente nazionale. Qui non v'è una difficoltà d'ordine internazionale ma d'ordine interno, non si tratta di delimitare l'impero della legge italiana e di quella straniera ma di stabilire l'impero della legge italiana, del diritto musulmano, di quello ebraico, ecc. su persone sottoposte allo stesso potere politico. Al di sopra delle leggi poste o riconosciute dallo stesso legislatore esiste, in questo caso, un potere sovrano, unico, al quale spetta d'impiegare la propria autorità per stabilire e fare rispettare una specie di *modus vivendi* fra le diverse norme in contrasto.

Questo stesso potere non manca, è vero, per la soluzione del conflitto internazionale ma in quel caso si attua con gli scrupoli e le esitazioni imposte dalla necessità di non minare eccessivamente l'autorità delle leggi straniere e di conciliare, invece, nel miglior modo il rispetto della legislazione nazionale con quello delle legislazioni estere nelle relazioni giuridico-private fra cittadini e stranieri.

Il conflitto coloniale non dev'essere, poi, confuso col conflitto che può verificarsi nell'Africa Italiana fra le leggi della metropoli e le leggi italiane od indigene in essa vigenti, perchè in questo caso si tratta di un conflitto fra leggi applicabili in circoscrizioni territoriali distinte, per quanto soggette all'autorità di uno stesso Stato e, quindi, di un conflitto interregionale non

(1) Quest'aspetto del conflitto sfugge completamente ad A. Tripoli, 12 marzo 1932, Habib c. Buaron, *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 452. Per una giusta critica di quella sentenza vedi M. UDINA, *La législation et la jurisprudence italiennes en matière de droit international privé de 1930 à 1934*, loc. cit., pag. 690; così anche L. MERICCI, *Conflitto di leggi ed ordine pubblico in tema di qualificazione*, loc. cit.

coloniale. Vero è che anche in colonia può aversi un conflitto fra le leggi personali delimitate territorialmente e le leggi meramente personali ma questo conflitto, del resto assai raro, non esorbita in alcun modo dall'ambito di esso proprio e rimane sempre coloniale. Ugualmente dovrebbero essere ritenuti coloniali i conflitti, anch'essi rarissimi, fra le leggi vigenti nelle diverse colonie.

2. Il conflitto coloniale non è un conflitto soltanto fra leggi personali.

Esso ha questo carattere unicamente quando sorge fra i diversi sistemi giuridici indigeni, come, ad esempio, fra il diritto musulmano delle diverse scuole ed il diritto ebraico, fra le norme proprie di questa o quella stirpe, ecc.; ed anche per questa parte non mancano eccezioni. Lo assume anche qualora la legge territoriale comune, per il fatto di essere applicata ad un solo aggruppamento etnico in una materia per la quale esistano anche leggi particolari applicabili a titolo di diritto personale ai diversi aggruppamenti esistenti in colonia, si presenta come una legge personale ⁽¹⁾: così il codice civile italiano è indubbiamente nelle nostre colonie una legge territoriale comune, applicabile in tutto il loro ambito, ma poichè per i rapporti di famiglia, ecc. è applicato solo ai cittadini italiani mentre per i musulmani, per gli ebrei, ecc. vige per gli stessi rapporti il diritto musulmano, ebraico, ecc. finisce col costituire anche una legge personale.

Ma il conflitto coloniale sorge anche, assai spesso, fra leggi territoriali e leggi personali. Così avviene, ad esempio, nella Libia, qualora una norma di diritto musulmano o consuetudinario propria di una stirpe, ecc. e relativa al godimento delle terre od alla qualificazione di un bene sia in contrasto con una legge d'ordine generale territoriale, quale l'ordinamento fondiario di quelle provincie. E può avvenire anche, qualora il contatto si verifichi fra una legge imperativa e tale, quindi, da avere un'applicazione assolutamente generale, in tutto il territorio coloniale, ed una legge personale: questo è il caso della collisione fra le norme relative all'imputabilità contenute nel codice penale ita-

(1) Cfr. UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 7.

liano e, quindi, in una legge eminentemente imperativa e territoriale, e quelle che nella stessa materia sono accolte dalle tradizioni e dalle consuetudini locali e che il legislatore coloniale ha risolto dando prevalenza a queste ultime.

3. Il nostro legislatore ha sentito il bisogno di regolare con apposite norme il conflitto coloniale e l'ha fatto unicamente per quello che sorge fra la legge italiana e l'uno o l'altro dei sistemi giuridici esistenti in colonia.

Quanto alla Libia l'art. 210 di quell'ordinamento giudiziario (R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) dispone che nei rapporti fra i cittadini metropolitani o gli stranieri ed i cittadini italiani libici, l'applicazione della legge e delle consuetudini indigene è obbligatoria solo quando il cittadino metropolitano o lo straniero ne abbia convenuto l'osservanza od abbia conchiuso un rapporto giuridico che sia proprio del diritto indigeno e con le forme di tal diritto; e stabilisce altresì che in questo caso le parti possono con ogni mezzo provare di avere convenuto l'osservanza del diritto e della consuetudine indigena. Disposizioni identiche sono contenute, quanto all'A. O. I., negli ordinamenti giudiziari dell'Eritrea (art. 87 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649) e della Somalia (art. 60 R. D. 20 giugno 1935, n. 1038).

Da queste prime norme di conflitto è facile rilevare che nei rapporti misti, e cioè nei rapporti giuridici fra i cittadini italiani ed i nativi, non si ammette in principio altra legge regolatrice che la legge italiana. L'applicazione del diritto indigeno costituisce solo un'eccezione, in casi tassativamente determinati. Là dove l'eccezione non può essere invocata il principio generale riprende il suo impero.

La prima eccezione si verifica qualora il cittadino italiano abbia convenuto l'osservanza del diritto indigeno. Questa facoltà di scelta del diritto indigeno, anche per un rapporto che non sia proprio di quel diritto, è stata consentita unicamente in considerazione che in tal modo si favoriscono le contrattazioni con i nativi e si soppesano le loro diffidenze di fronte ad un diritto, quale il nostro, sostanzialmente ad essi ignoto e tecnicamente evoluto, tale da prestarsi con le maggiori formalità che

richiede a possibili facili insidie ai danni dei nativi (1). Il nostro legislatore ha avuto, quindi, di mira che di siffatta facoltà si possa far uso solo nel campo delle obbligazioni (2).

La seconda eccezione ha luogo qualora il cittadino italiano ponga in essere un rapporto giuridico proprio del diritto indigeno (3). In questo caso l'assoggettamento del rapporto al diritto indigeno, sia per la forma che per la sostanza, è imposto dal fatto che le norme che lo regolano non possono trovarsi altro che in quel diritto (4).

L'applicazione del diritto indigeno nei rapporti misti ha luogo, infine, qualora il cittadino segua le forme estrinseche dei contratti proprie del diritto degli indigeni (art. 211 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167). E' chiaro che in quest'ultimo caso l'applicazione del diritto indigeno riguarda solo la forma e non la sostanza del rapporto.

4. Le norme or ora ricordate valgono unicamente a determinare la legge applicabile nel caso di rapporti giuridici misti, cioè fra cittadini italiani e nativi. Ma ve ne sono altre che regolano in special modo i conflitti fra la legge italiana e la legge indigena.

(1) Cfr. N. CARDINALE, *Obbligazioni e contratti nel diritto coloniale*, loc. cit., c. 190.

(2) Così risulta dalla *Relazione al Re sul primo ordinamento giudiziario libico* (R. D. 20 marzo 1913, n. 289), loc. cit., pag. 122. Ciò che non toglie efficacia al principio d'ordine generale che il diritto delle obbligazioni per i nativi sia, in parte e massime per i contratti ignoti generalmente ad essi (contratto di assicurazione, prestito a cambio marittimo, conto corrente, ecc.) e per i quali è più facile la semplice forma dell'adesione, il diritto della metropoli: vedi su questo punto R. FALCONE, *Del diritto italiano e del diritto indigeno nell'Africa Italiana*, op. cit., pag. 15.

(3) Cfr. A. Tripoli, 23 gennaio 1924, Ghellali c. Onorato, *Giur. Libia*, II, 263.

(4) Così, ad esempio, per taluni contratti agrari relativi alla coltivazione delle terre, propri dei nativi libici: precari di terre per semina (*īāra*), *mzāraa*, ecc. Su di essi vedi E. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, op. cit., pag. 171 e segg.

Si noti, però, che l'opzione della legge indigena non trae mai seco, nella nostra legislazione coloniale, la competenza dei tribunali indigeni. La competenza, rispetto ai cittadini metropolitani o stranieri, degli organi giurisdizionali per essi stabiliti è sempre d'ordine pubblico ed, in ogni caso, inderogabile. Diversamente avviene in alcune colonie francesi: sul qual punto cfr. H. SOLUS, *La loi applicable aux rapports juridiques de droit privé établis entre indigènes et non-indigènes*, loc. cit., pag. XXXIV.

Già il primo ordinamento giudiziario per la Tripolitania e la Cirenaica aveva disposto (art. 72 R. D. 20 marzo 1913, n. 289) che nei rapporti fra i cittadini italiani o gli stranieri e gli indigeni prevaleva la legge italiana o la straniera, quando questa avesse dovuto applicarsi a norma degli articoli 6 a 9 delle disposizioni preliminari del codice civile allora in vigore. E' chiaro che il sistema di diritto internazionale privato contenuto in quelle disposizioni era richiamato per il conflitto internazionale di leggi e non per quello coloniale vero e proprio, per il quale si stabiliva soltanto il principio della prevalenza della legge italiana ⁽¹⁾. Ma questo principio è stato oscurato negli ordinamenti giudiziari successivi (art. 196 R. D. 25 ottobre 1928, n. 3497; art. 210 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167), ponendo in maggior rilievo l'elezione che il cittadino italiano o lo straniero può fare del diritto indigeno.

Una disposizione assai più chiara si trova, invece, negli ordinamenti giudiziari per l'Eritrea (art. 86 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649) e per la Somalia (art. 59 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638), i quali dettano espressamente che nei casi di conflitto di leggi prevale la legge italiana, salvo che la natura del rapporto giuridico implichi l'applicazione di una legge diversa.

Il conflitto di leggi, al quale qui la norma si riferisce, è quello fra la legge italiana ed il diritto indigeno non fra i diversi sistemi giuridici indigeni: ciò che si rileva dall'ubicazione stessa della norma dopo che, con le precedenti disposizioni, è stata delimitata, nello stesso articolo, la sfera di applicazione delle leggi italiane e, rispettivamente, del diritto musulmano e consuetudinario indigeno.

Perchè il principio della prevalenza della legge italiana, in caso di conflitto, venga meno occorre che la natura del rapporto giuridico implichi l'applicazione di una legge diversa: così, ad

(1) Come si rileva dalla più volte ricordata *Relazione* su quell'ordinamento giudiziario (*loc. cit.*, pag. 122), la quale così espressamente dice su questo punto: « La coesistenza della duplice legislazione italiana e indigena nella colonia può dar luogo naturalmente a conflitti, specie quando i rapporti d'affari dei cittadini italiani con le popolazioni locali diventeranno, come è da augurarsi, sempre più frequenti. Nel conflitto deve prevalere evidentemente la legge italiana. Tale principio, però, deve essere applicato con qualche temperamento, perchè gli scambi fra le genti indigene e i coloni sarebbero ostacolati se dovessero sempre ed assolutamente essere regolati dalle leggi italiane.

esempio, può accadere nel caso di un istituto proprio del diritto musulmano, di un rapporto in tema di beni *Auqaf*, ecc.

5. Ad alcune considerazioni generali che suffragano il principio così accolto della prevalenza della legge italiana già si è accennato. La legge italiana posta al cospetto della legge indigena, spesse volte primitiva ed informe in tutte le sue parti, deve, in primo luogo, prevalere perchè è la legge più evoluta e più civile ⁽¹⁾; e non può, poi, cedere il passo perchè è la legge dello Stato colonizzatore.

Ma non mancano anche altre considerazioni. Il SOLUS, nella ricordata sua relazione sui rapporti giuridici di diritto privato fra indigeni e non indigeni ⁽²⁾, dopo aver rilevato che alla determinazione della legge regolatrice delle condizioni di validità e degli effetti dei rapporti giuridici misti non giova il ricorso alle norme di diritto internazionale, le quali non possono costituire che una « source d'inspiration, assez lointaine d'ailleurs », e dopo avere scartato alcune soluzioni sistematiche di portata generale, quali l'uso dell'equità lasciato libero al giudice, l'applicazione della legge indigena in ogni caso o l'applicazione della legge metropolitana quando sia più favorevole al non indigeno, ritiene anch'egli che il conflitto di leggi debba, in tal caso, essere senz'altro risolto in favore della legge metropolitana. Ma le ragioni a sostegno di tale opinione derivano, a suo avviso, dalla necessità che, nei rapporti di famiglia, il non indigeno resti sottoposto alle prescrizioni d'ordine pubblico interno della propria legge in vigore in colonia e che, nei rapporti patrimoniali, si favorisca lo sviluppo della colonizzazione e si assicurino i negozi giuridici misti.

La prevalenza della legge metropolitana deriverebbe così da considerazioni d'ordine pubblico interno o coloniale e dalle necessità stesse della colonizzazione. Nè può opporsi, almeno

(1) Giustamente è stato osservato che la prevalenza della legge indigena condurrebbe assai spesso ad una specie di regresso contrario ai fini stessi della colonizzazione. Aderisce a questo concetto, in materia di prove, la giurisprudenza libica: cfr. A. Tripoli, 27 giugno - 6 luglio 1916, Ahmed Zaarugh c. Abdallah Bughir, *Giur. Libia*, I, 73. Per il principio dell'attrazione verso la legge più civile, come mezzo di soluzione del conflitto, vedi M. COLUCCI, voce *Diritto consuetudinario locale*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(2) Cfr. *La loi applicable aux rapports juridiques de droit privé établis entre indigènes et non-indigènes*, loc. cit., pag. XI e segg.

quanto a quest'ultimo punto, che in tal guisa si consacrì cieca-mente l'interesse dei cittadini metropolitani a tutto scapito dei nativi perchè l'applicazione della legge metropolitana assicura ugualmente, nei rapporti giuridici, la protezione e la sicurezza di entrambe le parti ⁽¹⁾.

Il principio della prevalenza della legge metropolitana estesa in colonia, infine, è accolto ormai non solo dalla nostra legislazione coloniale ma anche dalla legislazione e dalla giurisprudenza coloniale francese ⁽²⁾ oltre che da quella belga ⁽³⁾.

6. I concetti fin qui accennati, le norme che, almeno quanto alle colonie dell'A. O. I., sono state appositamente emanate dovrebbero render facile la soluzione dei conflitti fra la legge italiana ed il diritto indigeno. Se nei rapporti misti il diritto indigeno non può essere seguito ed applicato che in casi espressamente determinati e se qualora sorga conflitto fra il diritto indigeno e la legge italiana quest'ultima deve prevalere v'è già più di un sistema non solo per stabilire la legge applicabile a tali rapporti ma per eliminare le eventuali collisioni.

Se non che le norme che stabiliscono la prevalenza della legge italiana sono state emanate solo per l'A. O. I. Esse non possono soccorrere in Libia che per via di estensione analogica.

(1) Al principio della prevalenza della legge metropolitana sono, però, dallo stesso SOLUS, *op. cit.*, pag. XLI, apportate alcune eccezioni: così quella, conforme, del resto, alla nostra legislazione coloniale, dell'applicazione della legge indigena qualora i cittadini metropolitani abbiano optato per la legge indigena od abbiano concluso un contratto proprio del diritto indigeno; così ancora nel caso in cui sia stata emanata una speciale legislazione a protezione dei nativi o mista d'ordine generale, e cioè applicabile tanto ai cittadini metropolitani che ai nativi od, infine, si tratti di successioni e debba, quindi, applicarsi la legge metropolitana o la legge indigena secondo lo statuto del *de cuius*.

(2) Cfr. P. CHAUVEAU, *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, loc. cit., e così anche la sua nota in DALLOZ, 1932, II, 113. Giova qui ricordare che in un recente progetto di legge per regolare i conflitti fra la legge francese e lo statuto indigeno algerino in materia di stato delle persone si è fermato, ancora una volta, il concetto che il diritto francese presenta una superiorità incontestata sulle consuetudini musulmane e che, quindi, deve avere la prevalenza su di esse specialmente nei conflitti di statuti che risultano dal matrimonio. Su questo progetto cfr. *Revue algérienne*, 1929, I, 171.

(3) Per la dottrina belga vedi, in senso contrario, M. HALEWYCK, *La Charte coloniale. Commentaire de la Loi du 18 oct. 1908 sur le gouvernement du Congo belge*, t. Ier, Bruxelles, 1910, pag. 165. Ma sono già sorti nuovi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali: Cfr. *Les Nouvelles. Droit colonial. t. Ier. Les habitants et leurs droits*, Bruxelles, 1932, n. 68.

Vi sono, poi, casi dubbi nei quali l'applicazione dei principii anzidetti incontra qualche difficoltà e va temperata; e ve ne sono altri, nei quali la soluzione deve essere orientata in senso affatto diverso. Tutto induce, quindi, ad esaminare i differenti casi di conflitto per vedere se e fino a qual punto i principii già esposti trovino conferma.

7. I conflitti fra la legge italiana ed il diritto indigeno in materia di stato, di capacità e di rapporti di famiglia sono assai rari.

Ciò avviene perchè le interferenze fra lo statuto personale dei cittadini italiani e quello dei nativi non sono ammissibili ed è, quindi, difficile che s'incontri in tal materia un rapporto collegato con l'una e con l'altra legge. I provvedimenti per la difesa della razza italiana, d'altra parte, vietano ormai definitivamente che si possano stringere rapporti di famiglia (matrimonio, ecc.) fra i cittadini italiani ed i nativi; così, anche le norme relative ai meticci (Legge 13 maggio 1940, n. 822) impediscono che il meticcio possa essere riconosciuto dal genitore cittadino e che nativi e meticci possano essere adottati od affiliati da parte di cittadini.

Giova tuttavia passare in rassegna alcuni rapporti. Nel conflitto fra la legge italiana ed il diritto indigeno, lo stato e la capacità delle persone non obbediscono alla legge nazionale perchè ciascuna delle parti appartiene allo stesso Stato e non v'è, quindi, una legge nazionale propria di ciascuna di esse; non alla legge del domicilio perchè non si tratta di un conflitto interregionale e non v'è, quindi, una legge propria di questa o di quella provincia. Debbono obbedire, invece, alla legge personale di ciascuna delle parti (legge italiana, diritto musulmano, ecc.). La legge italiana, benché territoriale e comune, in quanto si applica in tal caso unicamente ai cittadini italiani, finisce con l'essere anch'essa una legge personale. Il meticcio, considerato ormai nativo a tutti gli effetti, è regolato, quanto allo stato ed alla capacità, dalla legge personale del genitore nativo.

Le condizioni di validità del matrimonio sono regolate anch'esse dalla legge personale dei coniugi. Appena occorre avvertire, però, che i matrimoni misti, fra cittadini italiani e nativi, non sono più ammessi. I nativi, e cioè i cittadini speciali di cui

all' art. 4 del R. decreto-legge 9 gennaio 1939, n. 70, i cittadini italiani libici ed i sudditi dell' A. O. I. (cfr. art. 1 legge 13 maggio 1940, n. 822), sono generalmente di razza diversa da quella ariana e, quindi, il matrimonio con essi del cittadino italiano è proibito (art. 1 R. decreto-legge 17 novembre 1938, n. 1728 ⁽¹⁾).

I conflitti in materia di filiazione sono stati semplificati di molto dalle norme relative ai meticci (legge 13 maggio 1940, n. 822). Il meticcio è sottoposto alla legge personale del genitore nativo, non può essere riconosciuto dal genitore cittadino, non può pretendere il mantenimento a carico di quest' ultimo. Non solo, quindi, egli non può far valere contro il genitore cittadino i diritti che gli deriverebbero dalla filiazione illegittima secondo il codice civile ma non può nemmeno invocare quelli accordatigli per avventura dalla propria legge personale. Quel che la legge ammette è unicamente il trapasso dallo statuto personale indigeno allo statuto personale italiano, ciò che può verificarsi per i meticci, ai quali, avendo superato dodici anni di età all' entrata in vigore della legge ed essendo in possesso di determinati requisiti, sia stata attribuita la cittadinanza italiana.

Tutte le questioni, infine, che sorgono, nel conflitto internazionale, quanto alla legge regolatrice dell' adozione cadono del

(1) Il matrimonio può avvenire soltanto fra i cittadini metropolitani ed i cittadini delle Isole italiane dell' Egeo, i quali hanno la cittadinanza italiana senza il godimento dei diritti politici, pure conservando il proprio statuto personale (R. decreto-legge 15 ottobre 1925, n. 1854): anche per essi, però, vige il divieto di cui sopra qualora uno degli sposi non appartenga alla razza ariana.

Nel caso di matrimonio misto fra cittadini metropolitani e cittadini delle Isole italiane dell' Egeo il conflitto può sorgere assai facilmente per quel che riguarda i rapporti patrimoniali. I coniugi sono tutti e due cittadini italiani, distinti solo quantitativamente, per quel che riguarda il godimento dei diritti politici, ma assai spesso non hanno lo stesso statuto personale. Eppure non è ammissibile che siano, quanto ai loro rapporti, regolati da due leggi personali: bisogna, invece, che la legge sia unica.

Non sembra, tuttavia, che, seguendo il concetto accolto nel conflitto internazionale od interregionale, si possa far ricorso alla legge personale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio. Se così fosse la legge italiana dovrebbe assai spesso cedere il campo a questa o quella legge personale vigente in quelle Isole. Ma si tratta di cittadini italiani: bisogna, quindi, che i coniugi siano regolati esclusivamente dalla legge italiana, ciò che corrisponde anche al concetto ormai largamente diffuso della prevalenza del diritto metropolitano nei rapporti misti tanto d' ordine personale che, con minore intensità, d' ordine patrimoniale. Cfr. su quest' ultimo punto UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, loc. cit., pag. 30, nota 54.

tutto nel conflitto coloniale. Se, infatti, al cittadino non si consente l'adozione di nativi e di meticci (art. 7, legge 13 maggio 1940, n. 822), tanto meno può consentirsi a questi ultimi l'adozione di cittadini: lo vieta lo stesso principio della difesa della razza italiana che la legge qui intende tutelare. La legge, però, non si occupa della tutela e delle altre misure di protezione degli incapaci. In proposito, tuttavia, giova ricordare che l'art. 253 del codice civile per l' Eritrea che non ebbe, com' è noto, applicazione, disponeva che per i figli nati da genitori dei quali uno fosse cittadino e l' altro suddito coloniale, il tutore, protutore, ecc. non potessero, in nessun caso, essere sudditi coloniali, e ciò per evidenti ragioni di prestigio di razza.

Queste stesse ragioni concorrono maggiormente per il minore od incapace figlio di cittadini italiani, massime, poi, se di razza ariana (cfr. art. 348 nuovo cod. civ.): poiché il tutore, ecc. deve, in ogni caso, esser cittadino italiano, la legge della tutela è unica per quel che riguarda sia l'apertura, l'esercizio, ecc. della tutela (legge personale del minore) sia l'incapacità e la dispensa dall'ufficio tutelare (legge del tutore). Quanto, poi, alla tutela dei nativi è chiaro ch' essa fa parte dello statuto personale e che, quindi, dev' essere regolata, tanto per la sua organizzazione che per il suo funzionamento, dalla legge personale dell' incapace.

8. Non più frequenti sono i conflitti derivanti dall' acquisto da parte dei nativi della cittadinanza metropolitana.

Innanzi tutto l' ordinamento organico dell' A. O. I. non prevede in alcun modo la concessione della cittadinanza metropolitana a quei sudditi: la mancanza di un' apposita disposizione non costituisce più una lacuna della legge, come poteva dubitarsi in passato, quanto, invece, la manifestazione della nostra politica coloniale nettamente antiassimilatrice. L' art. 37, poi, della legge organica per l' amministrazione della Libia (R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012) che concerneva l' attribuzione della cittadinanza metropolitana, comprendente il godimento dei diritti politici, ai nativi libici che ne avessero fatto domanda e che si fossero trovati in determinate condizioni è stato espressamente abrogato dal R. decreto-legge 9 gennaio 1939, n. 70.

I nativi libici musulmani che siano anche qui in possesso di determinati requisiti e ne facciano domanda possono ormai acquistare solo la cittadinanza italiana speciale, la quale conferisce loro il godimento di un'ampia somma di diritti civili e politici, ma lascia intatto il loro statuto personale e successorio. Ne deriva che per questi rapporti essi continuano ad essere regolati dalle loro leggi e sottoposti ai loro giudici.

I conflitti in materia di cittadinanza, dunque, possono, se mai, sorgere unicamente per quei cittadini libici che, prima dell'entrata in vigore del ricordato R. decreto-legge 9 gennaio 1939, n. 70, abbiano acquistato la cittadinanza metropolitana ⁽¹⁾.

E' chiaro che l'acquisto su domanda della cittadinanza metropolitana da parte del cittadino libico ha posto quest'ultimo nella stessa condizione del cittadino metropolitano e gli ha conferito il godimento di tutti i diritti a costui concessi in una con i doveri relativi. Ma poiché in forza di tale acquisto è venuta ad esser modificata la condizione di cittadinanza, ne è rimasto mutato altresì lo statuto personale: il cittadino libico divenuto cittadino metropolitano con pienezza di diritti è ormai assoggettato alla legge italiana e può invocare a suo favore l'applicazione tanto dei codici italiani quanto delle leggi speciali che concernono i diritti accordati dal nostro legislatore ai cittadini metropolitani. Ne consegue anche che i suoi rapporti di famiglia debbono ormai esser governati dalle disposizioni del codice civile italiano: egli, quindi, non può più nè domandare nè ottenere lo scioglimento del matrimonio in forza del divorzio che fosse stato ammesso dalle leggi che regolavano prima il suo statuto personale e, qualora celibe, non può contrarre nozze che nelle forme prescritte dalla legge italiana.

Questa, però, non può toccare i diritti acquisiti ed i rapporti validamente costituiti sotto l'impero del preesistente statuto personale. E' chiaro, infatti, che l'acquisto della cittadinanza metropolitana non può avere, nei suoi vari aspetti, effetto retroattivo. Il matrimonio già concluso conformemente alla

(1) Deve tralasciarsi qui l'esame degli eventuali conflitti derivanti dall'acquisto della cittadinanza metropolitana da parte dei cittadini delle Isole italiane dell'Egeo, a norma del R. decreto-legge 19 ottobre 1933, n. 1379. Su di essi vedi A. BERTOLA, *Confessione religiosa e statuto personale dei cittadini italiani dell'Egeo e libici* (A proposito del R. D. L. 19 ottobre 1933, n. 1379), in *Riv. di diritto pubblico*, 1934, pag. 104 e segg.

legge musulmana continua, dunque, ad esistere, nè possono essere annullati gli effetti patrimoniali ch'esso ha prodotto prima dell'acquisto della cittadinanza metropolitana. Quanto, infine, al diritto delle successioni, da quel che già fin qui si è detto è facile rilevare che la successione del cittadino libico divenuto cittadino metropolitano dev'essere ormai regolata dal codice civile, anche se fra le persone chiamate a succedere vi siano musulmani non cittadini, ecc. Anche in questa materia, poi, vale il rispetto dei diritti regolarmente formati od acquisiti: così, ad esempio, dovrebbe essere riconosciuto valido il testamento già fatto verbalmente ed alla presenza di testimoni, conformemente alle tradizioni locali.

La questione si complica sotto altri aspetti ⁽¹⁾. E' dubbio, infatti, se l'acquisto della cittadinanza metropolitana da parte del cittadino libico sia limitato solo alla sua persona o se abbia effetto collettivo sulla moglie ed i figli minori.

Il ricordato R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012 tace su questo punto. La questione, però, non è nuova: essa è già sorta in Algeria quanto all'acquisto della cittadinanza francese da parte degli indigeni musulmani e non ha avuto ancora una soluzione definitiva ⁽²⁾. Se in questo caso, quanto, ad esempio, ai cittadini musulmani, si negasse l'effetto collettivo dell'avvenuto acquisto della piena cittadinanza si creerebbe una situazione veramente anormale e si darebbe luogo a conflitti inestricabili. Divenuto cittadino metropolitano, il marito sarebbe, anche per i suoi rapporti di famiglia, regolato dalla legge italiana, ma la moglie rimarrebbe sotto l'impero del suo statuto personale, della legge musulmana. Ugualmente avverrebbe per i figli minori.

Si comprende facilmente come siffatta situazione non solo non assicurerebbe l'unità della famiglia ma sarebbe fonte di

(1) Un esame, ormai vecchio ma sempre acuto, per quel che riguarda i vari aspetti della questione qui accennata si trova in L. HAMEL, *De la naturalisation des indigènes musulmans de l'Algérie*, in *Revue algérienne*, 1890, I, pag. 19 e segg.

(2) La più recente giurisprudenza algerina fa derivare dall'acquisto della cittadinanza francese da parte dell'indigeno musulmano algerino anche quello della moglie e dei figli minori. La Corte di cassazione francese intende estenderne gli effetti solo a questi ultimi ma la soluzione viene criticata come illogica. Sulla questione vedi A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, op. cit., V ed., t. IV, pag. 366 e segg.

continui conflitti fra la legge indigena e la legge italiana. L'identità di legislazione nella famiglia, invece, s'impone; e poiché, d'altra parte, non è possibile conciliare, quanto al matrimonio ed agli altri rapporti famigliari, le disposizioni della legge musulmana con quelle del codice civile, è ovvio che, nel conflitto che si determina, la legge italiana debba prevalere. Per assicurare tale prevalenza non può che ricorrersi per analogia al concetto dell'effetto collettivo già accolto dal nostro legislatore in materia di acquisto della cittadinanza da parte dello straniero (art. 11 e 12 Legge 13 giugno 1912, n. 555). A partire, dunque, dal giorno in cui il cittadino libico ha acquistato la cittadinanza metropolitana anche la moglie ed i figli minori di lui debbono esser considerati cittadini metropolitani e come tali sottoposti, in tutti i loro rapporti, alla legge italiana.

9. Nei conflitti di legge derivanti dalla conversione religiosa sorge ⁽¹⁾ assai spesso una questione preliminare: quella di vedere se la conversione del cittadino metropolitano o del nativo ad una religione diversa da quella dall'uno o dall'altro già professata sia sincera o no.

Può accadere, infatti, che un cittadino metropolitano abbandoni la religione cattolica e si converta, ad esempio, alla religione musulmana non già per soddisfare un bisogno della propria coscienza ma per un motivo ben diverso, quale quello di sottrarsi all'impero della legge italiana a fine di ottenere il divorzio o di evitare la corresponsione degli alimenti in favore dell'altro coniuge ⁽²⁾.

Questa conversione non ha, evidentemente, alcun valore per la legge italiana. Il convertito non può prevalersi del suo nuovo statuto personale. Non si può ammettere, infatti, che si cambi religione per un fine meramente patrimoniale o per altro

(1) Su questi conflitti ampia trattazione, oltre che in P. MARY, *Influence de la conversion religieuse sur la condition juridique des personnes en Algérie*, op. cit., in E. LARCHER, *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie*, in *Clunet*, 1908, pag. 375 e segg., riprodotto, con un aggiornamento della giurisprudenza e della legislazione, in *Revue algérienne*, 1910, I, pag. 1 e segg. Per un'indagine più recente vedi A. BONNICHON, *La conversion au Christianisme de l'indigène musulman algérien et ses effets juridiques (Un cas de conflit colonial)*, Paris, 1931.

(2) Questi casi sono assai frequenti nei paesi del Vicino Oriente (Egitto, Siria, ecc.) e già cominciano a verificarsi anche nelle nostre colonie. La giurisprudenza vi resiste dichiarandoli fraudolenti.

scopo non plausibile e non si può prestar mano a chi mostra già di volere sottrarsi ad ogni costo alla legge alla quale è sottoposto e manca di ogni sincerità nell'accettazione della nuova. Inficiata di frode in modo ancor più manifesto che non appaia nell'acquisto, allo stesso fine, della cittadinanza straniera o nel mutamento del domicilio, la conversione non può, dunque, in tal caso produrre alcun effetto: *Fraus omnia corrumpit*.

D'altra parte importa riflettere che il cittadino metropolitano, nonostante la conversione alla religione musulmana, non perde per ciò solo il suo stato di cittadino e non cessa, quindi, di essere sottoposto alla legge italiana ed alla giurisdizione dei tribunali ordinari. Egli, quindi, non potrebbe domandare il divorzio e se anche l'ottenesse dal qâdi non potrebbe mai passare a nuove nozze. Il secondo matrimonio lo porrebbe, infatti, in condizione di bigamia ed identicamente avverrebbe per la nuova moglie, qualora essa fosse a conoscenza che il coniuge convertito era già legato da un precedente matrimonio valido. I rapporti patrimoniali eventualmente costituiti dalle nuove nozze sarebbero, in ogni caso, frustrati dalla legge italiana, alla quale il coniuge convertito continua ad essere sottoposto.

La conversione, dunque, del cittadino metropolitano ha efficacia meramente religiosa, non vale a modificare la legge regolatrice dello stato e della capacità, dei suoi rapporti di famiglia, ecc. Questa è e rimane sempre la legge italiana ed in favor suo deve essere risolto il conflitto che eventualmente sorgesse con altre leggi ⁽¹⁾.

La questione si presenta in parte diversa per i nativi delle nostre colonie. Per essi vige il principio largamente diffuso in tutti i paesi del Vicino Oriente, secondo il quale la conversione produce il mutamento dello statuto personale e, quindi, non solo della competenza legislativa ma anche, assai spesso, di quella giurisdizionale. L'israelita, ad esempio, che si converta alla religione musulmana non soggiace più al diritto ebraico ma alla legge islamica; così anche non è sottoposto più al tribunale rabbinico ma a quello sciaraitico. Quanto, invece, anche qui al conflitto che sorge per quel che riguarda gli effetti del matrimonio contratto dal convertito prima dell'abiura non sembra che, sia

(1) Cfr. A. Tripoli, 31 agosto 1928, Bubacher ben Humeda, *Giur. Libia*, III, 267.

pure per altre considerazioni, la soluzione possa essere differente da quella or ora prospettata per il cittadino metropolitano.

Se, infatti, il coniuge non convertito non intende rinunciare ai diritti derivanti dal matrimonio a suo tempo validamente contratto secondo la religione comune nè, tanto meno, consentire al ripudio od al divorzio, il matrimonio continua ad essere regolato dallo statuto personale del coniuge stesso, non può essere sciolto, ecc. ⁽¹⁾. Vero è che con questa soluzione, come è stato osservato ⁽²⁾, verrebbe praticamente a frustrarsi, nei confronti dei convertiti, il principio che lo statuto personale dei nativi è regolato, fra l'altro, dalla loro religione e si arrecherebbe coartazione alla loro libertà di coscienza, ma questi inconvenienti non possono indurre ad una diversa opinione. Il caso qui è diverso da quello dell'acquisto della cittadinanza, dove pure soccorre una norma applicabile in via analogica. Fino a che non intervenga apposita disposizione legislativa il principio che deve regolare questa materia è che il coniuge non possa, con un atto unilaterale, ledere i diritti già acquisiti dall'altro coniuge ed imporre, per effetto solo della conversione, lo scioglimento del vincolo coniugale.

10. Quanto alla forma degli atti già si è visto che in Libia i cittadini metropolitani hanno facoltà di seguire, nei rapporti con i cittadini italiani libici, le forme estrinseche dei contratti proprie del diritto degli indigeni (art. 211 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167). Le forme estrinseche del diritto indigeno sono quasi sempre assai più semplici di quelle stabilite dalla legge italiana:

(1) Questa è stata sempre la soluzione adottata dal pubblico ministero in Libia nel caso della donna israelita che, vincolata da regolare matrimonio con un correligionario, abiuri la propria religione e si converta all'islamismo per unirsi con un musulmano, invocando a tal fine il principio coranico (Cfr. Th. W. JUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano*, op. cit., pag. 140), il quale vieta le nozze fra la donna musulmana ed un uomo di un'altra religione e domandando che il qâdî pronunzi la nullità della precedente unione.

Giustamente non si è mai consentito a tali ripieghi e si è vietato che il qâdî pronunzi in tal senso e possano essere celebrate nuove nozze contro la volontà del coniuge non convertito. Vedi in proposito le *Relazioni* di A. MARONGIU, *Per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1918*, Tripoli, 1918, pag. 37 e segg. e *Per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1919*, Tripoli, 1919, pag. 26 e segg.

(2) Vedi A. BERTOLA, *Il regime dei culti nell'Africa Italiana*, Bologna, 1939, pag. 109 e segg., il quale propugna una tutela, forse esagerata, della libertà di coscienza del coniuge convertito a tutto scapito di quello non convertito.

consentendo ch'esse siano seguite nei rapporti misti non solo si agevola di molto la conclusione dei contratti ma si tolgono di mezzo i conflitti fra le due leggi.

Questo diritto di opzione delle forme del diritto indigeno dev'essere, però, esattamente delimitato.

In primo luogo esso può essere esercitato nel solo campo dei rapporti giuridici di obbligazione. La legge parla di contratti e non d'altro. Non per tutti i contratti, poi, possono essere seguite le forme proprie del diritto degli indigeni. L'opzione non può aver luogo per la forma degli atti traslativi del diritto di proprietà sugli immobili o costitutivi di diritti reali.

In questo caso non si è più in materia di forme estrinseche ma di statuto reale. Così, ad esempio, secondo le consuetudini indigene, la vendita immobiliare in Libia era perfetta senza la formalità dell'atto scritto, come le altre obbligazioni contrattuali. Ma la giurisprudenza reagì subito contro questo sistema ⁽¹⁾, dichiarando che in tal materia lo scritto diventava anche fra gli stessi indigeni una solennità essenziale per l'esistenza giuridica del consenso, il quale non è legittimamente manifestato se non per atto pubblico o per scrittura privata; e vi intervenne, poi, lo stesso legislatore, stabilendo espressamente (art. 6 R. D. 31 ottobre 1919, n. 2117) che tutti gli atti di alienazione di immobili debbono essere stipulati in Libia dinanzi al notaio od al qâdî oppure con scrittura privata autenticata nelle firme ⁽²⁾. Il regime della proprietà immobiliare, ch'è la principale base dell'economia coloniale, per essere stabile non può essere organizzato, in un dato territorio, che nello stesso modo e nei confronti di tutti.

Il fatto, poi, che in un dato rapporto siano state seguite le forme dei contratti proprie del diritto indigeno non altera le norme di competenza stabilite per la stipulazione degli atti: trattandosi di un contratto fra cittadini metropolitani e cittadini italiani libici l'atto, qualora occorra, dev'essere stipulato non dal qâdî ma dinanzi al notaio (art. 214 R. D. 27 giugno 1935, n.

(1) Cfr. A. MARONGIU, *Per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1918. Relazione statistica*, Tripoli, 1918, pag. 111.

(2) Vedi ora anche l'art. 81 dell'Ordinamento fondiario per la Libia (R. D. 3 luglio 1921, n. 1207), il quale, assoggettando all'iscrizione nei registri fondiari gli atti costitutivi, modificativi, traslativi, ecc. di diritti reali gravanti sull'immobile, fa obbligo ai notai ed ai qâdî di presentare tali atti per l'iscrizione.

2167). I qâdi non possono disimpegnare funzioni notarili che per i soli indigeni. La soluzione qui esposta è identica a quella già additata, nel campo della competenza giurisdizionale, per il caso che sia conchiuso un rapporto giuridico proprio del diritto indigeno.

La facoltà, infine, di seguire le forme del diritto indigeno può convertirsi, in qualche caso, anche in obbligo. Così avviene, ad esempio, qualora, tanto nella Libia che nelle colonie dell'A. O. I., i cittadini metropolitani conchiudano con gli indigeni un rapporto giuridico proprio del diritto indigeno. In questo caso anche la forma estrinseca dell'atto è soggetta alla legge che regola la sua sostanza. La disgiunzione dei due elementi non è ammessa.

11. Le forme del processo sono regolate tutte dalla *lex fori*.

Poiché nelle liti miste, fra cittadini metropolitani e cittadini italiani libici, ecc., la giurisdizione competente è solo quella italiana, le forme del processo non possono, dunque, essere regolate che dalla legge italiana, dalla legge della giurisdizione investita della lite. Su questo punto non può sorgere alcun dubbio.

Il conflitto può nascere in materia di prove. Quanto ai procedimenti probatorii è chiaro che nelle liti miste, essi non possono essere regolati che dalla legge italiana. Ma può darsi che le parti abbiano convenuto l'osservanza del diritto o della consuetudine indigena o che, in un dato rapporto, abbiano seguito le forme estrinseche proprie di quel diritto. In questo caso i mezzi di prova saranno quelli stabiliti dalla legge italiana o gli altri ammessi dal diritto indigeno?

Per quel che riguarda la prova delle forme estrinseche essa non può essere che quella stabilita dalla legge stessa che regola la forma, dalla legge indigena. E' noto che la prova di un atto è soggetta alla legge che regola la sua forma estrinseca. La separazione dei due elementi anche qui non è ammessa. Quanto, poi, all'osservanza del diritto indigeno e, quindi, della stessa sostanza del rapporto tutti gli ordinamenti giudiziari delle nostre colonie sono concordi nell'ammettere che la prova possa essere data con ogni mezzo e, quindi, anche con quelli che non siano propri della legge italiana.

12. I conflitti di legge nei rapporti misti in materia di obbligazioni sono i più importanti: essi, infatti, hanno per oggetto lo svolgimento degli affari fra i cittadini metropolitani e gli indigeni.

Anche per questa parte i principii seguiti per il conflitto internazionale non possono soccorrere in alcun modo. Le obbligazioni nascenti da contratto fra cittadini metropolitani ed indigeni, vuoi per la sostanza (se civile o naturale, ecc.), vuoi per tutti quanti gli effetti (ad es. le azioni che ne nascono, le cause di scioglimento, ecc.) non possono essere regolate da una legge comune, perchè ciascuno dei contraenti è soggetto alla propria legge e segue di più tipi propri di contratto; non dalla legge del luogo in cui il contratto è stato conchiuso perchè in colonia non esiste una vera e propria *lex loci contractus*. Ma poiché occorre che il contratto sia imperativamente soggetto ad una sola legge il legislatore ha sciolto il conflitto fra il diritto indigeno e la legge italiana dando prevalenza a quest'ultima. I contratti misti, fra cittadini metropolitani ed indigeni, sono regolati dalla legge italiana.

Questo principio è limitato, però, da quello della autonomia, in guisa che si riduce ad una presunzione che può essere distrutta in taluni casi dalla dimostrazione di una diversa volontà.

Innanzi tutto vi sono obbligazioni contrattuali che soggiacciono imperativamente al diritto indigeno: così in Libia le contrattazioni relative al commercio carovaniero sono regolate in ogni caso dalle consuetudini locali. Il cittadino metropolitano, poi, può convenire l'osservanza della legge e delle consuetudini indigene o conchiudere un rapporto giuridico che sia proprio del diritto indigeno. In questo caso tutto il contratto è regolato dal diritto indigeno: gli ordinamenti giudiziari delle nostre colonie che prevedono siffatta opzione del diritto indigeno non distinguono fra le condizioni di validità del contratto, e cioè la sua formazione, e gli effetti di esso. Per evitare ogni difficoltà il legislatore consente al cittadino metropolitano di assoggettarsi completamente al diritto indigeno.

Il principio dell'autonomia non è, però, assoluto. Esso è sottoposto ad alcune restrizioni. In primo luogo occorre che il rapporto sia di mero diritto privato, che non soggiaccia, sotto

qualche aspetto, a considerazioni di diritto pubblico. Non mancano nelle nostre colonie contratti, nei quali l'autonomia della volontà quanto alla scelta della legge regolatrice è attenuata od esclusa del tutto: già si è accennato alle forme dei contratti che trasferiscono proprietà d'immobili, ecc. e potrebbero ricordarsi anche i contratti di lavoro e d'impiego, ecc. In questi casi la legge italiana regola taluni elementi o tutti quanti gli effetti del rapporto. E' chiaro, poi, che il diritto indigeno del quale il cittadino metropolitano abbia convenuto l'osservanza od il rapporto giuridico indigeno da lui conchiuso deve rispettare l'ordine pubblico coloniale. Questa è una condizione essenziale tanto per gli atti degli stranieri che per quelli dei nativi, ai quali si intenda dare effetto in colonia, e deve spiegare efficacia anche nei rapporti misti.

V'è un punto nel quale i contratti misti resistono all'azione della legge comune, regolatrice del rapporto, sia essa la legge italiana o quella indigena. E' quello della capacità dei contraenti.

La capacità non può dipendere che dalla legge personale di ciascuno di essi. Così, ad esempio, la donna musulmana maritata può alienare in favore di un cittadino metropolitano i beni che essa possiede a titolo di dono nuziale (*mahr*) senza che le occorra il consenso del marito come è, invece, richiesto per l'alienazione della dote e delle ragioni dotali della moglie cittadina italiana ⁽¹⁾. Così anche, secondo il diritto consuetudinario della Cirenaica, i capi dei gruppi, i capi famiglia, ecc. hanno di diritto la rappresentanza dei membri dei gruppi stessi, delle persone tutte che compongono la famiglia patriarcale od individuale: ciò spiega come il capo famiglia, il capo della *bet* o dell'*àila* possa vendere in favore del cittadino metropolitano la terra indivisa o comune tribulizia senza che occorra un mandato speciale da parte dei singoli interessati, valendosi, invece, del mandato gene-

(1) Non si confonda, però, come spesso avviene (cfr., ad es., E. BESSON, *La législation civile de l'Algérie*, Paris, 1894, pag. 153), il prezzo nuziale con la dote o le ragioni dotali della moglie nel nostro regime matrimoniale, non fosse altro per il fatto più appariscente ch'esso non è apportato dalla moglie al marito ma è corrisposto da questi alla moglie che ne acquista la proprietà e ne può disporre come d'ogni altra cosa che si trovi nel suo patrimonio. Per i vari e controversi aspetti del *mahr* vedi D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, op. cit., pag. 169 e segg.

rale di rappresentanza che gli è riconosciuto per effetto della nomina o delle funzioni ch'esso esercita nel gruppo ⁽¹⁾.

13. Meritano un cenno a parte le obbligazioni non convenzionali. Nel conflitto internazionale è accolto il principio che le obbligazioni nascenti da delitto e da quasi-delitto sono in sè ed in tutte le loro conseguenze regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano. La *lex loci* prevale in questo caso su qualsiasi altra legge.

Ma, nelle nostre colonie, nelle quali manca, anche in questi rapporti, una *lex loci*, la legge italiana può prevalere sul diritto indigeno? e, per fare un caso pratico più ristretto, qualora un atto illecito od un reato sia stato commesso in Libia da un cittadino metropolitano contro un cittadino italiano libico, ecc., quale legge deve essere seguita per il risarcimento dei danni? E' noto che il risarcimento del danno nel diritto e nelle consuetudini indigene ha natura affatto diversa da quella ch'esso presenta nella legge italiana. Fra le due legislazioni v'è in tal materia un abisso. Il nostro legislatore ha risolto, tuttavia, il conflitto (art. 219 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167), decidendo che in questo caso il giudice deve liquidare i danni secondo le consuetudini indigene.

La giurisprudenza libica ha dato talvolta un'interpretazione restrittiva di tale disposizione, accogliendo il concetto ch'essa non può avere altro scopo se non di tener conto delle particolarità del diritto familiare indigeno, musulmano od israelitico, e delle speciali ripartizioni fra coeredi, senza che possa introdurre qualche norma che sia in contrasto con lo spirito della nostra civiltà e della nostra legislazione ⁽²⁾.

La disposizione, invece, riguarda non solo la ripartizione dell'ammontare dei danni ma la valutazione di essi.

(1) Questa norma consuetudinaria era applicata sotto la dominazione ottomana in materia di immobili tribulizi ed è stata seguita anche da noi nell'acquisto di terre per i coloni, evitando il rilascio di centinaia di procure e semplificando così immensamente le formalità per la conclusione dei contratti di compravendita. Cfr. S. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, op. cit., pag. 185.

(2) La questione nacque a proposito dell'art. 76 del primo ordinamento giudiziario libico (R. D. 20 marzo 1913, n. 289) che conteneva una disposizione identica a quella dell'art. 219 suindicato. Cfr. A. Tripoli, 8 agosto 1917, Khalil-Buaron, *Giur. Libia*, I, 125.

Il concetto, però, è esattissimo per il resto. E' certo che il giudice deve tener presente che le consuetudini in materia di liquidazione di danni sono, in più di un caso, incompatibili con lo spirito della civiltà patria. Mai, quanto ai musulmani, l'istituto della *Dijah*, del prezzo del sangue tradizionale, potrebbe esser invocato nei confronti dei cittadini metropolitani responsabili di lesioni colpose, ecc. (1). Si deve, invece, rimanere sul terreno affatto distinto del risarcimento dei danni. Questo, di conseguenza, può essere stabilito in misura superiore e così anche inferiore all'ammontare, fisso ed invariabile, del prezzo del sangue. La nostra giurisprudenza coloniale comincia ormai a mettersi giustamente per questa via anche nel caso di reati commessi fra nativi (2) ed il concetto deve esser accolto *a fortiori* nei rapporti misti.

Giova qui ricordare che l'applicazione del diritto indigeno può avere eccezionalmente luogo anche in materia di infortuni sul lavoro. In questa materia non v'è che una *lex loci* unica. La stessa legge territoriale ed identiche forme assicurative regolano in Libia tanto i lavoratori cittadini metropolitani che, con qualche limitazione, i lavoratori cittadini italiani libici, ecc. (R. D. 2 aprile 1939, n. 2243) ma l'assegnazione ed il riparto delle indennità spettanti a questi ultimi avvengono, in caso di morte, in conformità al diritto di famiglia e successorio indigeno, secondo lo statuto personale del defunto (3).

14. Il concetto accolto dal legislatore italiano quanto alle successioni dei nativi è in principio quello del carattere familiare della successione. Il diritto delle successioni ha lo stesso carat-

(1) Identicamente la questione è stata risolta in Tunisia, nel caso di omicidio colposo commesso da un europeo in danno di un indigeno tunisino musulmano. Cfr. T. Tunisi, 11 gennaio 1897, *Revue algérienne*, 1899, pag. 208.

(2) Vedi Assise Addis Abeba, 27 febbraio 1939, Damiè, *Foro it.*, 1939, II, 190.

(3) Ma non tutte le ipotesi sono state previste. Cfr. su questi problemi, almeno quanto ai musulmani, J. THOMAS, *L'Algérie et la loi sur les accidents du travail*, in *Revue algérienne*, 1907, I, pag. 83 e segg.

Giova ricordare che nelle Isole italiane dell'Egeo è seguito, invece, un diverso sistema: l'indennità dovuta nel caso di morte dell'infortunato non costituisce cespite ereditario e però non è soggetta alle comuni norme di diritto successorio, secondo lo statuto personale dell'assicurato. Essa è assegnata e ripartita, invece, secondo le norme della legge sugli infortuni (D. G. 12 agosto 1928, n. 139).

tere del diritto di famiglia ed è, quindi, necessariamente regolato della stessa legge ch'è la legge indigena.

Questo concetto è stato seguito per i cittadini italiani libici musulmani, per i quali l'art. 213 del R. D. 27 giugno 1935, n. 2167 dispone espressamente che i rapporti relativi al diritto successorio, come quelli concernenti lo statuto personale, il diritto di famiglia e le pratiche religiose, sono regolati dalla legge islamica; e deve ritenersi adottato anche per tutti i sudditi dell'A. O. I., ai quali si applica, senza alcuna esclusione di rapporti, la legge propria della loro religione, del loro paese e della loro stirpe secondo le norme stabilite dagli ordinamenti giudiziari (art. 50 R. decreto-legge 1° giugno 1936, n. 1019).

Non egualmente avviene per i cittadini italiani libici israeliti. Quanto a questi ultimi l'art. 71 del primo ordinamento giudiziario libico (R. D. 20 marzo 1913, n. 289), nel disporre che per i loro rapporti di diritto dovevano esser osservate le tradizioni e le consuetudini locali, non faceva alcuna eccezione per il diritto delle successioni. La legge organica per l'amministrazione della Tripolitania e della Cirenaica (art. 56 legge 26 giugno 1927, n. 1013) sottrasse, però, le successioni degli israeliti libici all'impero delle loro tradizioni, assoggettandole alla legge italiana. Identicamente dispose la legge organica del 1934 (art. 28 R. decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012) e così il principio trovò conferma tanto nel penultimo (art. 199 R. D. 25 ottobre 1928, n. 3497) che nell'ultimo ordinamento giudiziario per la Libia (art. 213 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167). Tale disparità di trattamento che, com'è chiaro, spiega efficacia non solo sulla competenza legislativa ma anche su quella giurisdizionale, è stata giustificata con il concetto, fors'anche rivedibile, dell'affinità esistente fra i nativi israeliti e le popolazioni metropolitane (1).

15. A parte le eccezioni or ora indicate il regolamento sostanziale delle successioni dei nativi è interamente sottoposto al diritto indigeno, alla legge personale del defunto. Sono, dunque, regolate, fra l'altro, da questa legge:

(1) Cfr. A. BERTOLA, *Confessione religiosa e statuto personale dei cittadini italiani dell'Egeo e libici*, loc. cit., pag. 101, nota 6.

- 1° La capacità di disporre per testamento e l'intrinseca validità delle disposizioni testamentarie;
- 2° La capacità di ricevere degli eredi e legatari. Perchè gli uni e gli altri possano ricevere per testamento occorre che la legge personale del defunto riconosca loro tale qualità. Il diritto musulmano, com'è noto, consacra, fra l'altro, il principio che l'erede che abita un paese differente da quello abitato dal defunto non è capace di succedergli. E' il principio dell'*Ihtilaf Dar*, applicabile solo ai non musulmani ⁽¹⁾. Così anche non ammette che il non musulmano possa ereditare dal musulmano e viceversa: l'uno o l'altro non può essere che legatario e limitatamente al terzo dell'asse ereditario. Questa materia ha costituito largo campo di conflitti ma non ancora nelle nostre colonie ⁽²⁾;
- 3° L'ordine di succedere, la porzione disponibile e la misura dei diritti successori;
- 4° La successione dello Stato, la divisione dell'eredità ⁽³⁾, ecc. Per questa parte giova ricordare che in Libia, in mancanza delle persone chiamate a succedere ai cittadini italiani libici musulmani oltre il 12° posto, l'eredità non si devolve al patrimonio dello Stato o della colonia ma al *bait al-mâl*, e cioè ad un ufficio speciale (D. G. 15 dicembre 1913, s. n.) che si può considerare come il rappresentante legale dello Stato nelle successioni dei cittadini italiani libici musulmani ⁽⁴⁾.

Le norme del nuovo codice civile italiano (art. 586) hanno,

(1) Su questo principio vedi N. VON TORNAUW, *Le droit musulman exposé d'après les sources* (traduz. francese di ESCHBACH), Paris, 1860, pag. 255; così anche E. R. SALEM, *Du droit des étrangers de recueillir par succession en Turquie*, in *Clunet*, 1899, pag. 964.

(2) Appena occorre avvertire che siffatta incapacità di ricevere, come quella ch'è basata unicamente sulla differenza di religione, non sarebbe tollerata dal nostro ordine pubblico. La Corte di cassazione francese ha deciso qualche volta in questo senso (Cass. Req. 18 febbraio 1913, *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales [Daresté]*, 1913, III, 140) ma la questione non è ancora pacifica. Su di essa vedi G. H. BOUSQUET, *La législation française et son influence sur le droit de famille indigène*, in *Revue algérienne*, 1930, I, pag. 195.

(3) A. Tripoli, 27 dicembre 1932, Kadigia el Gallan c. Halil el Gallan, *Giur. Libia*, III, 255.

(4) Cfr. la voce *Bait al-mâl* di C. A. NALLINO, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

quindi, ceduto il campo a quelle dell'istituto musulmano del *bait mâl al-muslimîn*, « la casa dei beni musulmani ».

L'impero della legge personale del defunto non è, però, assoluto. In primo luogo essa può trovare ostacolo nei limiti d'ordine pubblico coloniale posti dalla legge italiana. Così in Libia si è ammessa la validità del testamento verbale dei nativi musulmani ⁽¹⁾ ed israeliti ⁽²⁾ conformemente alle loro consuetudini, si è riconosciuto il diritto nel patrono di succedere al liberto ⁽³⁾ ma si è resistito a consentire che le donne in regime tribulizio non possano concorrere alla eredità sui beni immobili ⁽⁴⁾.

La legge della successione deve tener, poi, conto della *lex rei sitae*, della legge generale italiana per quel che riguarda determinate formalità. La trasmissione della proprietà del *de cuius* agli eredi o legatari non ha luogo, a parte le altre condizioni stabilite dalla legge personale, se non siano adempiute le formalità imposte dalla *lex rei sitae*. Questo è il caso, nella Libia, dell'ordinamento fondiario, il quale dispone (art. 81, n. 2 R. D. 3 luglio 1921, n. 1207) che i passaggi di proprietà a causa di morte degli immobili accertati sono soggetti alla iscrizione nei registri e libri fondiari e non hanno efficacia se non dalla data dell'avvenuta iscrizione.

16. In ciascuna delle nostre colonie non v'è un unico statuto immobiliare. Di proposito il legislatore italiano, nell'emanare un definitivo ordinamento fondiario per la Libia (R. D. 3 luglio 1921, n. 1207), si è astenuto dalla formazione di un vero e proprio codice della proprietà che desse un unico statuto immobiliare a quelle provincie senza distinzione di razza, e ciò non solo perchè fatto esperto del risultato dei tentativi compiuti in altri paesi musulmani da nazioni europee che avevan condotto o

(1) A. Tripoli, 18 maggio 1921, al-Huti c. al-Huti, *Giur. Libia*, II, 83.

(2) A. Tripoli, 13 giugno 1922, Berrebbi c. Nahum, *Giur. Libia*, II, 169. Identica soluzione è stata adottata in Francia nel caso di un testamento verbale fatto da un israelita algerino a Gerusalemme: vedi M. COLIN, *De la forme que doivent revêtir les testaments rédigés à l'étranger par des Français*, in *Clunet*, 1897, pag. 87.

(3) Sopravvivenze dell'istituto islamico di patronato (*ualâ*): A. Tripoli, 6 settembre 1916, Sciubana, *Giur. Libia*, I, 88.

(4) Cfr. E. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, op. cit., pag. 198.

all'insuccesso o ad una più insistente differenziazione dei due statuti, dell'occupante e degli indigeni, ma anche perchè ha ritenuto che fosse meglio lasciar libero il campo alle istituzioni della metropoli ed a quelle indigene di misurarsi fra loro e di saggiare la propria forza di espansione e di resistenza ⁽¹⁾. Identicamente si è fin qui fatto per la Somalia (R. D. 8 giugno 1911, n. 695) e per l'Eritrea (R. D. 7 febbraio 1926, n. 269) ⁽²⁾.

Gli ordinamenti fondiari delle nostre colonie non mirano, dunque, che ad una prima generale classificazione e qualificazione giuridica dei beni in esse esistenti ed, in quanto sono norme costitutive ed organizzatrici di rapporti giuridici, attengono alla forma ed alla tutela più che alla sostanza del diritto.

Ne deriva, quanto a quest'ultima, il rispetto ed il mantenimento in vigore, secondo i casi e le diverse colonie e subordinatamente sempre alle esigenze della colonizzazione, sia del diritto fondiario musulmano ed abissino, vigente in Eritrea ed in Etiopia prima dell'occupazione italiana, sia della costituzione fondiaria indigena somala poggiata su norme consuetudinarie anzichè su disposizioni del diritto musulmano, sia, da ultimo, delle forme di proprietà fondiaria musulmana ed ottomana esistenti in Libia e riconoscimento altresì dei titoli traslativi della proprietà o di altri diritti reali validamente acquistati ⁽³⁾.

17. Difficile è stabilire la sfera di applicazione, in materia fondiaria, di tante e così diverse leggi indigene e, rispettivamente, della legge italiana. La difficoltà si attenua solo in qualche caso. Così in Eritrea le terre, sulle quali gli indigeni godono diritti conformemente alle antiche consuetudini locali, sono sottoposte al regime giuridico consuetudinario (art. 9 R. D. 7 febbraio 1926, n. 269); le terre, invece, e gli altri immobili ed i relativi diritti, dovunque spettanti al demanio, a cittadini e stranieri, od a chiunque appartenenti entro le zone edilizie, sono soggette al regime giuridico italiano, salvo le speciali disposizioni

(1) Cfr. la *Relazione* al Re sul R. D. 3 luglio 1921, n. 1207, in *Gazz. Ufficiale*, 21 novembre 1921, n. 272.

(2) Così anche per le Isole italiane dell'Egeo (D. G. 1° settembre 1929, n. 132).

(3) Ne rimane così allargata, almeno quanto alla Libia, la sfera di efficacia del diritto musulmano quale prevista dall'ordinamento giudiziario vigente (art. 213 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167).

stabilite nell'ordinamento fondiario. La determinazione della legge applicabile agli immobili deriva, quindi, dal carattere del diritto su di essi goduto o dallo *status* del loro proprietario o dal luogo dove essi si trovano.

Ma, a parte queste speciali disposizioni per l'Eritrea, può tentarsi di fissare qualche principio generale. La legge italiana, ch'è in questo caso, in gran parte, una norma speciale coloniale con efficacia territoriale (ordinamento fondiario, ecc.), regola:

- 1° La classificazione giuridica dei beni esistenti in colonia. Questo elemento, ch'è il presupposto e la base degli accertamenti fondiari e, quindi, indirettamente dello sviluppo economico di ogni colonia, non può essere sottoposto che ad una legge unica, alla legge italiana. Ma la legge italiana, per questa parte, deve anche tener conto delle diverse leggi indigene o di quelle straniere preesistenti (ad es. diritto ottomano in Libia, ecc.). Gli ordinamenti fondiari si limitano a raccogliere in categorie le principali forme nelle quali il diritto sugli immobili si manifesta in colonia, a darne la definizione, non codificano tutto il diritto fondiario locale nè abrogano consuetudini indigene vigenti in materia ⁽¹⁾. Nei casi dubbi o qualora vi sia contraddittorietà di titoli spetta all'interprete di fare appello alla norma, anche consuetudinaria, prevalente nel luogo (cfr. art. 28 R. D. 3 luglio 1921, n. 1207);
- 2° La materia degli accertamenti fondiari, dalle domande alle prove, alle istruttorie, alle opposizioni ed alle decisioni;
- 3° La conservazione della proprietà accertata e le sue garanzie. Per quest'ultima parte in Libia ⁽²⁾ s'incontra, com'è noto, l'istituto dell'iscrizione, del tutto diverso da quello della trascrizione vigente nella legislazione metropolitana: mentre, infatti, l'iscrizione nei registri fondiari costituisce la prova legale dei diritti sugli immobili e delle successive loro modificazioni senza che contro il contenuto dei registri stessi possa esser data prova contraria, la trascrizione non è una prova della proprietà ma unicamente una formalità essenziale perchè l'atto abbia efficacia rispetto ai terzi;

(1) Vedi in quest'ultimo senso A. Tripoli, 4-24 gennaio 1923, el-Areibi c. el-Darrat, *Giur. Libia*, II, 207.

(2) Così anche nelle Isole italiane dell'Egeo.

- 4° La proprietà e gli altri diritti reali acquistati in base al codice civile italiano ed alle leggi speciali emanate per le colonie in materia di concessioni. Così anche determinate categorie di beni (demanio pubblico e beni patrimoniali);
- 5° Gli atti che importino trasferimento di proprietà o di diritti reali immobiliari, ecc. intervenuti fra cittadini metropolitani e nativi. In questo caso, salvo le eccezioni considerate nei debiti luoghi, non può non aver vigore il principio generale della prevalenza della legge italiana.

Il diritto indigeno, invece, regola:

- 1° Il contenuto della proprietà e degli altri diritti di godimento delle terre da parte dei nativi. Il regime della proprietà fondiaria nel diritto musulmano, nel diritto abissino ed, in special modo, nelle consuetudini locali ha una fisionomia ed un contenuto tutto particolare. Essendosi riconosciuti ai nativi, anche in materia di proprietà, i diritti acquisiti, rimane salvo, anche per questa parte, l'impero del diritto indigeno, almeno fino a che non si provveda a definire con apposite norme, colonia per colonia, lo statuto immobiliare dei nativi;
- 2° La prova dei diritti immobiliari dei nativi;
- 3° I rapporti giuridici su immobili conchiusi esclusivamente fra nativi, tranne che la legge italiana imponga, come già si è visto, l'adempimento di determinate formalità.

18. La delimitazione fin qui fatta della sfera di applicazione della legge italiana e del diritto indigeno quanto alla proprietà fondiaria nelle nostre colonie non vale ad eliminare il conflitto fra l'uno e l'altro. Le due leggi rivali entrano assai spesso in contatto e si disputano il campo.

Si supponga, ad esempio, il caso in cui in Libia un immobile di proprietà libera iscritto nei libri fondiari sia venduto da un cittadino metropolitano ad un cittadino italiano libico. Come qualsiasi altro rapporto giuridico misto questo trasferimento di proprietà è regolato dalla legge italiana. A parte la capacità di agire del nativo ch'è in ogni caso regolata dalla propria legge, gli altri elementi del rapporto, la natura e gli effetti del contratto, il consenso delle parti, la garanzia, l'azione di risoluzione e di rescissione, ecc. sono soggetti tutti al codice civile italiano.

L'atto dev'essere di più sottoposto alla iscrizione nei libri fondiari perchè abbia efficacia anche fra le parti dalla data dell'avvenuta iscrizione (art. 81 R. D. 3 luglio 1921, n. 1207).

Fin qui l'impero della legge italiana è assoluto. Ma si continui a supporre che l'immobile così acquistato dal cittadino italiano libico sia in seguito da lui venduto ad un altro nativo. La legge italiana non accompagna più l'immobile nel corso dei suoi trasferimenti successivi e, posta in contatto col diritto indigeno, deve cedergli il passo. L'iscrizione nei libri fondiari, infatti, non nazionalizza l'immobile. Essa costituisce solo la prova legale dei diritti sugli immobili e delle successive loro modificazioni. Manca nella nostra legislazione coloniale una norma che, come la legge algerina del 26 luglio 1873, proclami la sovranità della legge territoriale italiana in materia immobiliare, che sottoponga ad essa non solo il regime ma il trasferimento della proprietà fondiaria e dei diritti reali. Ne deriva che, una volta nelle mani del proprietario nativo, l'immobile perde, tranne che per la formalità della trasmissione ⁽¹⁾, il beneficio della legge italiana, è sottoposto alla legge indigena, può essere oggetto di questo o quel contratto consuetudinario, essere costituito in *waqf* e così via.

La mancanza di uno statuto immobiliare unico implica in questo caso il conflitto fra l'una e l'altra legge e la diversità di esse nelle successive fasi dell'esistenza giuridica dell'immobile.

19. La mancanza di una codificazione del diritto sostanziale quanto alla proprietà complica in Libia anche i conflitti in materia di prescrizione.

Un bene di proprietà libera è stato iscritto nei libri fondiari a favore del suo proprietario, nativo musulmano. Ma un terzo è rimasto sull'immobile, lo ha posseduto pacificamente, pubblicamente come proprietario per lunga serie di anni al punto che invoca la prescrizione. Quale legge regolerà la prescrizione? il codice civile italiano od il diritto musulmano?

Il primo ordinamento fondiario libico taceva del tutto su tale argomento. Il conflitto si accendeva così non solo fra la leg-

(1) Su questo punto cfr. A. Tripoli, 6-13 giugno 1923, Calcedonio c. Amor ben Fadel, *Giur. Libia*, II, 241.

ge italiana ed il diritto musulmano ma fra le diverse scuole di questo diritto. La prescrizione, infatti, ch'è ora per noi decennale, è anch'essa di dieci anni, secondo il sistema *mâlikita*, allorchè si abbia giusto titolo e buona fede, ma è di quindici anni secondo il sistema *hanefita* e la *Megellah* ottomana (art. 1660) ⁽¹⁾. L'ordinamento fondiario del 1921 (art. 97 R. D. 3 luglio 1921, n. 1207) ha ora risolto la questione unicamente nei riguardi del libro fondiario, ammettendo la prescrizione acquisitiva dei diritti immobiliari iscritti e stabilendo per i beni di proprietà libera il termine di quindici anni dall'ultima iscrizione.

In ogni altro caso il conflitto fra la legge italiana ed il diritto indigeno dev'essere risolto in favore di quest'ultimo. Così avviene per la prescrizione degli immobili di proprietà libera non iscritti, per i quali le norme del sistema *mâlikita* debbono cedere il campo a quelle del sistema *hanafita* e della *Megellah*, stante la prevalenza che generalmente viene a queste ultime attribuita in Libia in materia fondiaria.

Quanto, poi, ai diritti reali afferenti sui beni *Auqaf* e sui beni tribulizi lo stesso ordinamento fondiario dispone che la prescrizione è regolata dalle leggi e consuetudini locali. Rispetto ai primi la *Megellah* stabilisce che la prescrizione della proprietà utile si matura in quindici anni (art. 1660) ed in trentasei quella della nuda proprietà (art. 1661). Quanto, invece, agli immobili a regime tribulizio dalle notizie che si hanno, almeno quanto alla Cirenaica ⁽²⁾, risulta che la prescrizione è di dieci anni se si tratti di beni di proprietà privata, individuale, indivisa o consorziata e si abbia giusto titolo e buona fede; di trentasei anni se manchi un giusto titolo o fra parenti o condomini; ed è, infine, di cinquanta anni se si tratti di immobili comuni tribulizi occupati da gruppi estranei o di territori di gruppi emigrati che non vi abbiano espressamente rinunciato.

20. Il concetto di servitù è assai controverso nel diritto musulmano. Per alcuni giureconsulti non vi sono che servitù legali

(1) Cfr. su questo punto E. CARUSI, *Usucapione e interversione del possesso nel diritto musulmano di Libia*, Roma, 1924 (Estr. da *La Corte di Cassazione*), in nota ad una sentenza della Cassazione ov'è una curiosa trasposizione della questione dal campo del diritto musulmano a quello del diritto romano.

(2) Cfr. E. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, op. cit., pag. 203.

ed esse si accostano ai limiti legali della proprietà, soprattutto a quelli che per noi costituirebbero il così detto diritto di vicinato. Secondo altri, invece, non mancano le servitù volontarie e deve ammettersi ch'esse possano esser costituite anche per l'utilità di una persona determinata. La diversità di opinione fra gli uni e gli altri è grave ma qui non è dato esaminarla.

Qui basta rilevare che la questione delle servitù si è presentata in Libia sotto due aspetti: del rispetto dei diritti acquisiti e del conflitto fra la legge italiana ed il diritto indigeno. Nel primo caso si trattava di una servitù di scolo di acque pluviali costituita secondo la legislazione ottomana ed effettivamente esercitata ancor prima dell'occupazione italiana. Poteva essere riconosciuta ed, in caso affermativo, da quale legge doveva essere regolata? Evidentemente la questione non poteva essere risolta che applicando il principio del rispetto dei diritti acquisiti e giustamente si è ritenuto in proposito che la servitù doveva esser mantenuta e regolata dalla *Megellah*, dalla legge vigente al momento della costituzione ⁽¹⁾.

Nel secondo caso, invece, veniva in contestazione una servitù di luce praticata dopo l'occupazione italiana ma su immobili di pertinenza di nativi. Doveva essere regolata dalle norme della stessa *Megellah* o da quelle del codice civile italiano? Qui si trattava di un vero e proprio conflitto di leggi ed il contrasto è stato sciolto facendo prevalere la legge italiana ⁽²⁾.

21. L'istituto della *shufah* ⁽³⁾ ha dato luogo in Libia ad un conflitto assai interessante.

La *shufah* può definirsi un diritto reale, trasmissibile agli eredi, in virtù del quale si ha la facoltà, entro un dato termine, di sostituirsi, mediante il rimborso del prezzo e delle spese, all'acquirente della quota indivisa di un immobile od anche di un immobile confinante. Questo diritto di retratto che non è proprio soltanto del diritto musulmano ma che s'incontra anche

(1) A. Tripoli, 17 dicembre 1924, Hassan Juda c. Hattab Seemaon, *Giur. Libia*, II, 313. Vedi anche A. Tripoli, 14 marzo 1926, Rizzo c. Banco Roma, *Giur. Libia*, III, 1.

(2) A. Tripoli, 1° agosto 1923, Zeglam c. el-Freik, *Giur. Libia*, II, 254.

(3) Vedi la mia voce *Scefaa*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

nel diritto romano, nel bizantino e nell'ebraico è profondamente radicato nelle tradizioni e consuetudini della Libia. Ma per quanto sicuramente contrario al buon governo della proprietà immobiliare è parso ch'esso non sia in contrasto con l'ordine pubblico coloniale e così, come già accolto nella *Megellah*, ha trovato domicilio in talune disposizioni complementari del primo ordinamento giudiziario libico (art. 55 R. decreto-legge 15 aprile 1917, n. 939) ed in quell'ordinamento fondiario (art. 89 R. D. 3 luglio 1921, n. 1207).

La giurisprudenza libica e quella della Corte di cassazione, chiamate ben presto ad occuparsi sia della *shufah* del vicino, ammessa da lungo tempo dalle tradizioni della Cirenaica, che di quella del condomino, la sola riconosciuta dalle consuetudini della Tripolitania più rispondenti ai principii del sistema *mâlikita*, hanno ritenuto anch'esse, dopo qualche incertezza, che tale istituto non sia, almeno nella forma ammessa nella Tripolitania, incompatibile con lo spirito della nostra legislazione ⁽¹⁾.

E' parso, infatti, che mentre il retratto a favore del condomino ha lo scopo di preservare la particolare costituzione morale-economica della famiglia musulmana, basata sul mantenimento del patrimonio familiare con la esclusione di estranei, specialmente se di razza e di religione diversi ed, accogliendolo, si possono contemperare le esigenze della famiglia musulmana a quelle della libera contrattazione, il retratto a favore del proprietario del fondo confinante con quello venduto non solo non è giustificato dall'anzidetta finalità ma costituisce nella pratica un vero inceppo ai trasferimenti di proprietà. E' ovvio che il ripudio di tale ultima forma dell'istituto, ammessa, come or ora si è detto, dalle norme tradizionali e dalle consuetudini locali della Cirenaica, che il legislatore vuole espressamente siano rispettate come tutte le altre, in tanto può farsi in quanto si ritenga che contrasti col nostro ordine pubblico coloniale.

La questione si presenta più grave nei rapporti misti, fra cittadini metropolitani e cittadini italiani libici musulmani. Poiché l'istituto della *shufah* è sconosciuto alla legge italiana e ne nasce discordanza fra essa e quella consuetudinaria locale, si è

(1) Cfr., per la più recente giurisprudenza. A. Tripoli, 4 gennaio 1937, Nahum c. Buhnik e Dabuse, *Riv. diritto coloniale*, 1938, 73.

sostenuto che i rapporti fra cittadini e nativi dovrebbero essere in materia regolati con prevalenza della legge italiana, escludendo di conseguenza l'azione di *shufah* contro il cittadino. La Corte di appello di Tripoli è andata, però, almeno fin qui, in diverso avviso ⁽¹⁾.

Si è osservato, infatti, che la mancanza dell'istituto nella legislazione italiana non porta affatto alla conseguenza invocata, giacché il fondamento dell'azione di *shufah* è un diritto reale sul fondo, nel senso che ogni comproprietario pro quota ha diritto di preferenza nell'acquisto delle altre, e cioè un diritto *in re* esperibile *erga omnes*. Ne consegue che il terzo che comperi una delle quote acquista cosa gravata da quel diritto fin da quando era nel dominio del venditore: di modo che il cittadino metropolitano acquirente, se è convenuto in *shufah*, non si trova minorato nel suo diritto di proprietà perchè è principio fondamentale che nessuno può acquistare diritti maggiori di quelli trasmessigli dal suo dante causa. Si è affermato, dunque, ch'è fuori luogo allegare la tutela degli interessi del cittadino e dei suoi diritti secondo la legge patria per venire alla conseguenza di negar forza, in questa materia, al diritto consuetudinario locale; e si è aggiunto che, del resto, una conferma legale dell'esperibilità della *shufah* anche contro i cittadini metropolitani si ha nel ricordato art. 55 del Decreto luogotenenziale 15 aprile 1917, n. 939 sull'esecuzione forzata in Libia che dà facoltà di esercitare quel diritto sull'immobile subastato senza che distingua se l'agjudicatario sia cittadino metropolitano o nativo.

Il ragionamento della Corte sembra fondato. La configurazione ch'essa ha fatto della *shufah* come di un diritto reale esperibile *erga omnes* dovrebbe, però, condurre logicamente a consentire la relativa azione in favore dei cittadini metropolitani contro i nativi musulmani ⁽²⁾. La Corte, invece, di recente ha ritenuto ⁽³⁾ che pure essendo la *shufah* un istituto di diritto

(1) Cfr. 23 gennaio 1926, Onorato c. Bescir Ghellali, *Giur. Libia*, II, 420.

(2) E così la Corte di appello di Tripoli aveva deciso con sentenza 24-28 aprile 1920, Meborah Debase c. Simeone Haggiag, *Giur. Libia*, II, 15.

(3) A. Tripoli, 3 dicembre 1930, Sammartano c. ben Garsa, *Giur. Libia*, III, 147. Lo stesso concetto è stato da quella Corte tenuto con sentenza 4 gennaio 1937, Nahum c. Buhnik e Dabuse, *Riv. diritto coloniale*, 1938, 73.

reale, dati i presupposti famigliari e gentilizi che lo giustificano, l'esercizio non può esserne consentito ai nostri nazionali.

Ora se si pone mente non alla sua natura ma al vero scopo della *shufah* che, come già si è visto, è quello di preservare la costituzione della famiglia musulmana e di evitare che immobili e terre cadano nelle mani di estranei o di persone non gradite, non sembra si possa dissentire da quest'ultima decisione, la quale è conforme, d'altra parte, ai principii tradizionali del diritto musulmano. Quelle ragioni, infatti, che possono, se mai, giustificare l'esercizio della *shufah* da parte dei nativi mancano del tutto nei rapporti dei cittadini metropolitani.

Resta, però, un fatto ed è l'evidente contrasto fra le due soluzioni e la disparità di trattamento che viene a formarsi a tutto svantaggio dei cittadini metropolitani, data l'affermata prevalenza, in ogni caso, del diritto musulmano e consuetudinario. La soluzione, invece, dovrebbe esser unica e se si riflette che i rapporti fra cittadini metropolitani e nativi vanno sempre più sviluppandosi anche in materia immobiliare, segnatamente nei centri urbani in conseguenza dello sviluppo edilizio, che i nativi cedono di sovente i loro immobili ai nostri nazionali sia in locazione che in vendita, con più e più casi di condominio, essa dovrebbe consistere ormai nel respingere in tali rapporti misti la applicazione delle norme tradizionali e delle consuetudini locali in materia di *shufah* e nel sottoporli in ogni loro parte all'impero della legge italiana (1).

22. Nell'istituto del fallimento la prevalenza della legge italiana sulla legge indigena è assicurata in vari modi.

Quanto alla Libia poiché quell'ordinamento giudiziario dispone che i tribunali sciaraitici conoscono, nei riguardi dei cittadini italiani libici musulmani, solo delle controversie relative allo statuto personale, al diritto di famiglia ed a quello successorio ed alle pratiche religiose ed in parte identicamente provve-

(1) Bisognerebbe così fare un passo più avanti di quel ch'è stato già compiuto nei rapporti di condominio fra cittadini italiani e nativi, sottoponendo la *shufah* alle modalità di azione ed ai termini stabiliti dalla *Megellah* che, com'è noto, obbedisce a criteri più restrittivi e più moderni di quelli accolti dal diritto musulmano. La giurisprudenza libica ha già cominciato, in più di un caso, a mettersi per questa via.

de quanto alla competenza dei tribunali rabbinici per i cittadini italiani israeliti, è chiaro che la procedura fallimentare, quale che sia il fallito, è attribuita sempre alla cognizione del tribunale ordinario e soggetta, quindi, all'applicazione della legge italiana (1). Le disposizioni del codice di commercio italiano sono state dichiarate inapplicabili solo in qualche caso, nel quale si è ritenuto ch'esse trovassero ostacolo nelle condizioni locali soggettive: così, ad esempio, nel caso di applicazione ad un nativo beduino dell'interno delle sanzioni stabilite per il reato di bancarotta (2).

La questione di un conflitto fra la legge italiana e la legge indigena nella procedura fallimentare è sorta, invece, in Eritrea. In quella colonia, infatti, si era seguito per lungo tempo il concetto che non soltanto lo statuto personale dei nativi ma tutte le loro relazioni di diritto privato dovessero essere regolate secondo le consuetudini locali, le tradizioni e la razza, in quanto non fossero incompatibili con l'ordine pubblico ed il buon costume. Quindi anche il fallimento non poteva essere sottratto all'impero della legge indigena.

Ma fin da quando furon posti allo studio appositi codici per l'Eritrea giustamente fu osservato che l'anzidetto canone fondamentale non poteva disciplinare tutti i rapporti creati dall'esercizio del commercio indigeno, il quale spesso si svolge in confronto degli europei; che quotidiane ed innumerevoli eran le relazioni d'affari commerciali fra i coloni e la popolazione locale; che se quel canone fosse stato confermato, il commerciante indigeno sarebbe stato soggetto ad un duplice regime, quello consuetudinario e quello legislativo italiano, fra i quali sussisteva un conflitto irriducibile, massime, poi, in materia fallimentare, nella quale si sarebbe creato l'assurdo di veder un commerciante indigeno, dichiarato fallito per le obbligazioni commerciali assunte con i coloni, reputato, invece, non fallito di fronte

(1) Vedi C. Regno, 9 novembre 1923, Braka, *Giust. penale*, 1924, 138.

(2) Si ricordi che, anche sotto la dominazione ottomana, le procedure fallimentari, come le controversie commerciali, erano attribuite in Libia alla cognizione del tribunale commerciale (*Maglis tigari*) e non del tribunale di diritto canonico islamico (*Máhkamat as-shariah*) e come tali erano soggette al codice di commercio ottomano.

ai suoi creditori e debitori, che fossero sudditi coloniali ed assimilati.

Fu accolto così il concetto saggiamente sostenuto dal D'AMELIO (1) che, dovendo l'esercizio commerciale degli indigeni svolgersi sotto un unico regime ed essendo insufficiente quello delle consuetudini locali, nè questo potendo estendersi ai rapporti con gli Europei, non restasse che applicare agli indigeni la legge italiana, debitamente modificata. Si ispira in parte a questo concetto l'art. 3 del vigente ordinamento giudiziario di quella colonia (R. D. 20 giugno 1935, n. 1649), il quale dispone che sono di competenza delle autorità giudiziarie per i cittadini italiani le controversie fra sudditi coloniali ed assimilati in materia di commercio, quando attore o convenuto siano da reputarsi commercianti, in base alle norme vigenti in colonia (2), e tutte le procedure relative alle società commerciali ed ai fallimenti. Ne deriva, quanto a questi ultimi, che quale che sia lo *status* del fallito e quali che siano i creditori, l'intero processo è sottoposto alla legge italiana (3).

La questione si presenta diversa nella Somalia, nella quale l'ordinamento giudiziario (art. 6 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638) attribuisce al qâdi la cognizione di tutte le controversie civili e commerciali tra sudditi coloniali od assimilati. Il fallimento del suddito coloniale musulmano non può, dunque, che essere soggetto alla legge islamica, almeno fino a che il collegamento del rapporto avvenga unicamente con questa legge (4). Qui il principio diverge dalle considerazioni or ora poste in luce oltre che da un concetto fondamentale in questa materia, quale quello che

(1) Vedi la sua *Relazione al Consiglio coloniale* [Codice di commercio eritreo]. Roma, 1909, pag. 8.

(2) Tali sono, ad esempio, coloro che risultino iscritti presso l'Ufficio coloniale dell'economia corporativa od altro pubblico ufficio.

(3) Ma non si esclude che in altri rapporti (mandato, società, ecc.) l'autorità giudiziaria possa applicare anche il diritto musulmano. Le controversie in materia di commercio sono state, infatti, affidate ai giudici togati anche perchè più retta potesse essere l'applicazione di quel diritto. Vedi in proposito l'*Ordinamento giudiziario per l'Eritrea. Relazione e progetto*, Roma, 1934, pag. 7.

(4) Il diritto musulmano stabilisce per ogni debitore insolvente, commerciante o non, una incapacità di amministrazione dei propri beni, pure lasciandogli l'esercizio dei diritti personali. L'incapacità deve esser pronunciata dal giudice, su domanda dei creditori; dopo di che i beni dell'insolvente sono venduti a profitto dei creditori ed egli può essere imprigionato.

la liquidazione fallimentare tocca in sommo grado la tutela del credito e non dovrebbe, di conseguenza, esser abbandonata ad una legge indigena. La procedura fallimentare anche se, com'è assai difficile, restasse del tutto ristretta all'ambiente del commercio indigeno, non può essere ritenuta di mero carattere privato, come spesse volte i qâdi la considerano. Essa costituisce, invece, un vero processo concorsuale, di polizia commerciale, organizzato dallo Stato e dovrebbe, in tutte le nostre colonie, essere sistemata nello stesso modo e sottoposta alla stessa legge (1).

23. Se v'è una legge eminentemente territoriale questa è la legge penale: territoriale non solo nel senso ch'è fatta esclusivamente per il territorio del sovrano ma anche per il fatto che si applica a tutti i reati commessi nello Stato, nel quale è stata emanata.

Il codice penale italiano esteso a tutte le nostre colonie non ha, però, in esse un'efficacia così assoluta ed illimitata. Già quanto alla valutazione delle circostanze discriminanti, attenuanti od aggravanti dei reati commessi dai nativi è principio generale della nostra legislazione coloniale ch'essa sia fatta a norma delle tradizioni e delle consuetudini locali; di queste si tien conto anche per quel che riguarda la determinazione dell'età maggiore dell'imputato e la liquidazione dei danni; e così anche, infine, è previsto che il giudice possa, nell'applicare la pena, scendere al di sotto del minimo fissato dalla legge per il reato commesso (ad es. art. 216 a 219 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167). In tutti questi casi, come del resto in tanti altri, le condizioni locali agiscono sull'efficacia della legge penale in colonia.

Può accadere ancora che il codice penale italiano si trovi in contrasto con la legge penale dei nativi. Questo è uno dei pochi casi di conflitto che sorgono in colonia fra la legge italiana territoriale e la legge personale dei nativi e s'incontra soprattutto in Somalia e nei nuovi territori, ai quali è stato esteso l'ordinamento giudiziario di quella colonia (2).

(1) Si modernizza il diritto commerciale anche negli Stati musulmani non europeizzati, come il Regno Saudiano. L'unico codice colà emanato di recente è il codice di commercio (*an-nizam at-tigari*), sia pure ricalcato sul codice di commercio ottomano.

(2) Ma può incontrarsi anche altrove. Si pensi, ad esempio, all'interdizione legale che nel sistema penale italiano costituisce una pena accessoria (art. 19, n. 3

A differenza delle altre colonie, nelle quali i giudici per i nativi non amministrano giustizia in materia penale, il qâdî nella Somalia giudica i reati commessi dai sudditi coloniali ed assimilati, tranne che siano stati consumati in danno di cittadini italiani o stranieri od appartengano alla cognizione della corte di assise e del tribunale regionale (art. 11 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638). Ora il qâdî come giudice musulmano non conosce altra legge che quella islamica, ignora del tutto la nostra dottrina e le disposizioni del codice penale italiano intorno ai reati in generale, alle diverse figure di essi, alle pene, ecc.

Il sistema penale islamico ⁽¹⁾ segue principii affatto diversi da quelli accolti dal nostro, non conosce che tre categorie di azioni punibili e di pene, e cioè gli atti illeciti contro il corpo e la vita, che danno luogo al taglione (*Kisas*) od alla composizione (*Dijah*) per il risarcimento del danno, i delitti per i quali è stabilita nella legge una pena fissa immutabile (*Hadd*) e tutte le altre trasgressioni a precetti di Dio che sono punite con una pena (*Tazir*) lasciata all'apprezzamento del giudice, ed, infine, stabilisce pene che non sono in alcun modo compatibili non solo con i principii del diritto penale italiano ma con quelli della patria civiltà.

Grave, quindi, è il conflitto che sorge in Somalia fra il codice penale italiano e la legge penale islamica ⁽²⁾. Esso non può essere risolto che col principio generale contenuto nell'art. 59 dell'ordinamento giudiziario di quella colonia (R. D. 20 giugno 1935, n. 1638), dando prevalenza alla legge italiana.

Nella pratica, però, il sistema non è di facile attuazione e conduce assai spesso ad una specie di compromesso fra la legge italiana e quella islamica. I qâdî della Somalia conoscono ormai che non è possibile applicare negli atti illeciti contro il corpo e la vita e, quindi, praticamente nei reati di lesione personale attribuiti alla loro cognizione, la rappresaglia (*Kisas*) e che occor-

cod. pen.) mentre per i musulmani determina solo l'incapacità di testare e di donare. Il condannato a pene anche gravi non sarebbe un incapace in diritto musulmano. Eppure qui il codice penale deve prevalere sulla legge islamica.

(1) Cfr. TH. W. IUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita*, op. cit., pag. 183 e segg.

(2) Sui problemi, in generale, dell'applicazione dei codici penali europei nei paesi musulmani vedi F. M. GOADBY, *Commentary on Egyptian Criminal Law and the related Criminal Law of Palestine, Cyprus and Iraq*, Cairo, 1924.

re, invece, condannare il colpevole ad una pena detentiva ed inoltre al risarcimento del danno; sanno di più che per gli atti illeciti sottoposti ad una pena *Hadd* (rapporti sessuali illeciti, calunnia, ubbriachezza, furto e brigantaggio) non sono ammissibili le gravi pene corporali (lapidazione, taglio degli arti, ecc.) per essi stabilite. Ma poiché non hanno che una assai lontana conoscenza del nostro codice penale è ben difficile ch'essi vi dia-no applicazione, anche per tutti gli altri reati, e che risolvano così il conflitto in favore della legge italiana.

Tutto si riduce, invece, a ricorrere al *Tazir* e, cioè, ad irrogare al colpevole, secondo il proprio apprezzamento, una pena detentiva, condannandolo inoltre al risarcimento del danno ⁽¹⁾.

In realtà, dunque, in questa materia può parlarsi, almeno fin qui, più di un adattamento e di una iniziale e parziale applicazione del codice penale italiano che di una sua piena prevalenza, quale, forse, del resto sarebbe esclusa o non sarebbe consigliabile in vista delle consuetudini e tradizioni locali e delle stesse condizioni dei nativi.

(1) Cfr. il mio scritto *Delitto, pena e giustizia presso i Somali del Benadir*, loc. cit.

CAPITOLO IV

I CONFLITTI FRA I DIVERSI SISTEMI GIURIDICI INDIGENI

SOMMARIO: 1. Concetti generali. - 2. Lacune della legislazione coloniale. - 3. Norme di soluzione dei conflitti fra i diversi sistemi giuridici indigeni. - 4. Prevalenza della legge del convenuto. - 5. Professione del rito o sistema. - 6. Norme di conflitto in Eritrea. - 7. Lacune della legislazione per la Somalia. - 8. Sull'applicazione analogica dei principii di diritto internazionale privato. - 9. Altre soluzioni sussidiarie del conflitto. - 10. Il sistema di soluzione dei conflitti fra consuetudini nell'A. O. F. - 11. Il conflitto fra le diverse scuole di diritto musulmano. - 12. Soluzione di tale conflitto. - 13. Conflitto fra le leggi dei nativi di diversa religione o stirpe. - 14. Forme sporadiche di conflitti. - 15. Conflitto fra la legislazione ottomana e la scuola mâlikita. - 16. Conflitto fra la legge e le consuetudini degli Ebrei libici. - 17. Conflitto fra le diverse scuole di diritto musulmano e le consuetudini delle popolazioni musulmane. - 18. Conflitto fra il diritto scritto e quello consuetudinario delle popolazioni abissine.

1. Resta ad esaminare il conflitto che si verifica fra i diversi sistemi giuridici indigeni. E', senza dubbio, il conflitto più interessante, in quanto ricorda più di ogni altro i conflitti che, durante il periodo delle invasioni germaniche nei territori dell'Impero romano, nascevano fra le leggi delle diverse popolazioni; ma poichè mancano apposite norme per il suo regolamento giuridico, è anche, in pari tempo, quello di più difficile soluzione.

Come un tempo in Italia nello Stato barbarico così anche oggi nelle nostre colonie v'è un grande miscuglio di popolazioni e di leggi. I nativi musulmani della Libia sono mâlikiti ma in alcuni centri seguono il sistema ibâdita; i musulmani dell'Eri-

trea sono, invece, sciafiti ed in parte anche mâlikiti e hanafiti; sciafiti sono tutti i musulmani della Somalia e di talune altre regioni dell'A. O. I. (Gimmâ, Limmu, Harar, ecc.); i nativi ebrei sono, a loro volta, regolati dal diritto ebraico; essi tutti, infine, e tante altre popolazioni delle nostre colonie obbediscono alle loro tradizioni e consuetudini.

Vige, dunque, anche qui il sistema della personalità delle leggi. Lo Stato riconosce esplicitamente la coesistenza di più diritti nel territorio delle proprie colonie, quante sono le popolazioni delle diverse religioni, delle diverse stirpi, ecc. a noi soggette, per modo che ciascuno di questi diritti ha valore identico come diritto riconosciuto e mantenuto in vigore dallo Stato. Non v'è fra di essi un diritto dominante perchè nessuna delle popolazioni o delle stirpi viventi nelle nostre colonie ha potuto elevarsi sulle altre od è stata capace di imporre la propria legge; ma tutti sono direttamente subordinati al diritto comune propriamente dominante sul territorio coloniale ch'è la legge italiana.

Se tante e così diverse leggi vigono le une accanto alle altre facile è il conflitto fra di esse. Non è possibile immaginare che popolazioni che si trovano a vivere sopra uno stesso territorio, per quanto diverse di religione, di razza e di diritto, non entrino fra di loro in contatto, non stringano rapporti giuridici. Accade, invece, molto spesso tutto il contrario ed ogni qualvolta ciò si verifica s'impone il problema del regolamento giuridico del rapporto. Si supponga, ad esempio, che un musulmano mâlikita conchiuda in Libia un negozio con un eretico ibâdita od entri in rapporti di affari con un israelita, che un nativo di una stirpe vanda in Eritrea, sul pubblico mercato, merci o bestiami ad un nativo di un'altra stirpe. Quale legge regolerà il rapporto, quale norma determinerà la prevalenza dell'una sull'altra e varrà a sciogliere il conflitto?

Anche qui il problema si presenta nello stesso modo che per gli altri conflitti fin qui studiati. In fondo si tratta di stabilire egualmente la legge applicabile o prevalente, traendola, per quanto possibile, dai sistemi giuridici in contatto. Ma la risposta non può essere identica. La questione qui è più complessa sia per l'incertezza che la domina sia per la molteplicità delle leggi in

contrasto e non è, quindi, facile trovare una regola uniforme di soluzione (1).

2. Il legislatore italiano non si è occupato gran che della questione.

Ispirandosi ad un principio tanto ovvio quanto profondamente seguito nella pratica degli Stati colonizzatori, quale quello del rispetto e del mantenimento delle tradizioni e consuetudini indigene, entro i limiti dell'ordine pubblico coloniale, e compreso delle differenze profonde di religione, di lingua e di costumi che impedivano qualsiasi fusione delle popolazioni a noi soggette e la formazione di un diritto unitario, il nostro legislatore ha mirato unicamente a tener fermo, per la maggior parte dei rapporti delle popolazioni stesse, l'uso dei loro diritti originari e delle loro consuetudini ed a determinarne la sfera di efficacia. Basta ricordare in proposito quel che, a suo tempo, si è detto quanto ai sistemi giuridici esistenti nelle nostre colonie. Il diritto indigeno è stato, dunque, considerato dal nostro legislatore come un problema più di conservazione e di coesistenza che non d'interferenza di leggi.

Ciò è dipeso probabilmente, in un primo tempo, da un'inesatta od incompleta conoscenza della varietà e della grande importanza del diritto indigeno scritto o consuetudinario, delle differenziazioni di taluni istituti, della possibilità o della difficoltà della sua recezione da una popolazione all'altra. Ma vi ha anche influito il fatto che, essendo le cause in cui sono interessati esclusivamente i nativi attribuite alla cognizione dei loro giudici, è mancato il mezzo di seguire, altro che nell'esercizio di determinati poteri giurisdizionali di controllo (2), il contatto e l'urto fra i diversi sistemi giuridici indigeni.

Non v'è stata estranea, infine, un'altra circostanza ed è che i giudicati dei diversi giudici indigeni sono stati assai spesso trascurati ed ignorati; manca, almeno fin qui, una raccolta di essi

(1) Cfr. N. CARDINALE, *Obbligazioni e contratti nel diritto coloniale*, loc. cit., c. 198 e segg.

(2) Così nelle colonie dell'A. O. I. mediante la revisione delle sentenze pronunziate dai residenti, dai tribunali sciaraitici, ecc. nei confronti dei sudditi ed assimilati: su di che vedi il mio scritto *Sull'istituto della revisione governatoriale*, in *Riv. diritto coloniale*, 1940, pag. 135 e segg. Così anche in Libia mediante l'istituto del visto delle sentenze pronunziate dai tribunali sciaraitici e rabbinici.

ed è così sfuggita al nostro esame l'apprezzabile ed ampia materia ch'essi indubbiamente avrebbero fornito per lo studio dei conflitti di legge. Gli scarsi elementi che possono trarsi in proposito dalle sentenze delle autorità giudiziarie istituite per i cittadini italiani, nei pochi casi di rapporti misti che sono stati sottoposti al loro esame, danno appena una pallida idea dell'importanza e della frequenza di tali conflitti e più si stenta a conoscere il regolamento che, sia pure in via equitativa ed in tanti altri rapporti, i giudici indigeni vi hanno dato.

Può farsi ancora una singolare osservazione ed è che il nostro legislatore dopo avere, nei suoi primi atti, regolato con apposite norme, almeno in alcune colonie ed in generale o limitatamente a taluni sistemi giuridici, il conflitto fra le leggi indigene, non ha più ripetuto le norme stesse, negli ordinamenti giudiziari successivi, e le ha, quindi, implicitamente abrogate.

Il fatto è davvero inspiegabile. Indubbiamente esso si è verificato non perchè a mano a mano sia venuto meno il contrasto fra i diversi sistemi giuridici indigeni e si sia delineata qualche tendenza verso la fusione di alcuni di essi o verso l'applicazione territoriale di questa o quella legge. La situazione, infatti, è rimasta sempre tale quale ed il nostro legislatore ha tenuto di più a confermare, negli ordinamenti organici più recenti, il principio del rispetto dei diritti personali delle popolazioni indigene fin qui mantenuti in vita. E' da ritenere, invece, che il fatto trovi ragione se non giustificazione nello scarso interesse destato dalla personalità delle leggi nelle nostre colonie e nella voluta procrastinazione del regolamento giuridico di tutti i conflitti che ne derivano.

3. Benché la maggior parte di esse non siano state riprodotte nei provvedimenti con i quali il legislatore ha riordinato la stessa materia e debbano, quindi, intendersi implicitamente abrogate, conviene siano qui ricordate talune norme emanate per la soluzione dei conflitti fra i diversi sistemi giuridici indigeni. Si tratta, infatti, di norme che hanno già informato il sistema positivo del nostro diritto coloniale ed alle quali, pertanto, qualora manchino apposite disposizioni può ricorrersi come a principii generali.

Una prima norma è quella che nei conflitti fra leggi indi-

gene fa prevalere la legge del convenuto. Essa s'incontra in Libia ma unicamente per il conflitto fra le diverse scuole o sistemi di diritto musulmano. Nella Libia, benché i nativi musulmani nella loro quasi totalità, ad eccezione, cioè degli eretici ibâditi, fossero mâlikiti, il governo aveva imposto l'osservanza del sistema hanafita ch'era il sistema ufficiale di tutto il vasto Impero ottomano.

Dopo l'occupazione italiana, col decreto 30 luglio 1912 del generale Caneva, comandante in capo del corpo di spedizione, sull'amministrazione della giustizia venendosi incontro al desiderio manifestato da quei nativi di veder ristabilito il loro sistema o rito accanto al hanafita dei Turchi, si dispose espressamente (art. 19) che sarebbe stata consentita l'applicazione della legislazione consuetudinaria ⁽¹⁾ fin allora vigente, secondo il doppio rito mâlikita o hanafita, per le contestazioni fra indigeni musulmani riferentisi al loro statuto personale e successorio, al diritto di famiglia ed alla proprietà immobiliare, in quanto, però, le consuetudini stesse non fossero contrarie alla morale ed all'ordine pubblico od altrimenti abrogate da espressa disposizione; e si aggiunse che se le parti appartenessero a riti diversi e non concordassero altrimenti si sarebbe osservato il rito del convenuto.

Venne, poi, il Trattato di Losanna del 18 ottobre 1912, col quale fu stabilito ⁽²⁾ che il qâdî supremo della Libia sarebbe stato nominato dal Sultano e sarebbe stato, quindi, implicitamente del sistema ufficiale hanafita e che tale qâdî avrebbe nominato a sua volta tutti gli altri qâdî o *nâib* del territorio, scegliendoli tra gli *ulamâ* locali. Tale disposizione mise in allarme i nativi, i quali temevano che per questa via avrebbe nuovamente ripreso vigore il solo sistema hanafita ⁽³⁾. Col R. D. 20 marzo 1913, n. 289 sull'ordinamento giudiziario della Tripolitania e

(1) Ma non si trattava proprio di una legislazione consuetudinaria quanto del diritto musulmano delle due scuole. Su questo errore vedi TH. W. JUYNEBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita*, op. cit., pag. 18, nota 2.

(2) Precisamente col firmano del 17 ottobre 1912 del Sultano ai popoli della Libia e, poi, col R. decreto di pari data.

(3) Su questo punto vedi la voce *Cudî* di C. A. NALLINO, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

della Cirenaica si dettò, quindi, all' art. 71 che i rapporti di famiglia e quelli di successione per gli indigeni e gli stranieri musulmani sarebbero stati regolati dallo statuto personale, secondo il rito al quale appartenevano le parti e che se le parti appartenessero a riti diversi sarebbe stato osservato quello del convenuto.

La norma della prevalenza, in caso di conflitto, del sistema del convenuto non fu più riprodotta nell' ordinamento giudiziario libico del 1928 (R. D. 25 ottobre 1928, n. 3497), nel quale si dispose unicamente (art. 199) che i rapporti relativi allo statuto personale, al diritto di famiglia, al diritto successorio ed alle pratiche religiose per i cittadini libici musulmani e gli stranieri musulmani sono regolati dalla legge sciaraitica. Non riapparve nemmeno nell'ultimo ordinamento giudiziario (R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) che, quanto alla legge applicabile ai nativi musulmani, riporta alla lettera (art. 213) la stessa disposizione dell'ordinamento precedente. Esso introduce, però, una nuova norma quanto alla determinazione del rito o sistema che le parti intendono seguire. Questa disposizione ha un valore diverso ed appare anche di dubbio significato. Merita, dunque, di esser posta in giusto rilievo ma prima occorre che si indugi sull'anzidetta norma di conflitto.

4. La norma della prevalenza, in caso di conflitto, della legge del convenuto, benché limitata alla collisione fra i diversi sistemi o scuole di diritto musulmano e, nella nostra legislazione coloniale, ormai implicitamente abrogata, ha una portata assai più vasta e costituisce un principio generale di soluzione dei conflitti fra i diversi sistemi giuridici indigeni.

Essa s' incontra, infatti, con questa forza anche in altri paesi. Nell' Impero Indiano il Regolamento del 1827 per la Presidenza di Bombay dispone che, qualora una controversia fra i nativi non possa esser decisa con un atto del Parlamento od un regolamento del Governo o secondo gli usi del luogo nel quale l'azione è sorta, deve farsi ricorso alla legge del convenuto ⁽¹⁾. Egualmente dispongono i Regolamenti di altre Presidenze (Calcutta, Madras, ecc.). Così anche nell'Africa occidentale francese

(1) Cfr. P. ARMINJON, *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam*, loc. cit., 1913, pag. 43.

il Decreto 3 dicembre 1931 sul riordinamento della giustizia indigena ⁽¹⁾ stabilisce che nelle materie che non si riferiscono al diritto di famiglia, al diritto successorio, alle donazioni ed ai rapporti giuridici di obbligazione i conflitti di tradizioni e consuetudini debbono essere risolti secondo le consuetudini del convenuto.

Il principio della prevalenza, in questi casi, della legge del convenuto è oscuro. Qui non ricorrono le giustificazioni che la regola *actor sequitur forum rei* trova nei rapporti sì interni che internazionali. L'azione può esser considerata *a priori* infondata, dappoiché essa tende a modificare uno stato di fatto che, fino a prova contraria, dev'essere ritenuto conforme a diritto. L'attore non può, dunque, imporre al convenuto spese e spostamenti costosi e, salvo che la legge disponga altrimenti, deve citarlo dove costui ha la residenza od il domicilio.

Siffatto principio può, forse, spiegarsi qui con la posizione di maggior favore che nella lite suole riconoscersi al convenuto di fronte all'attore: anche nel nostro processo l'attore per primo ha l'onere della prova; il convenuto ha nell'azione di rivendica il *commodum possidendi* ed il contegno dell'uno e dell'altro sono quasi sempre valutati diversamente. Ma può darsi anche che abbia radici più profonde ed inesplorate.

E' certo, però, che il principio della prevalenza della legge del convenuto non solo dà luogo a gravi difficoltà ma non assicura nemmeno una retta soluzione dei conflitti che con esso si vorrebbero regolare. Alcuni rilievi sono stati già esposti ⁽²⁾. Difficile è in primo luogo fissare il momento, al quale bisogna riferirsi per stabilire chi tra più aventi causa successivi possa assumere la veste di convenuto, e cioè se il momento in cui è stato conchiuso l'atto che ha dato vita al rapporto in controversia od il momento in cui ha inizio la lite o nell'intervallo tra l'uno e l'altro.

La questione ha una grande importanza nel caso in cui il diritto originario sia stato trasferito ad altre persone, massime, poi, se di altra razza o religione. Il rapporto originario non può

(1) Che ha abrogato quello del 22 marzo 1924. Per il testo cfr. *Annuaire de documentation coloniale comparée*, 1931, vol. II, pag. 485 e segg. [Bibliothèque Coloniale Internationale].

(2) Cfr. P. ARMINJON, *op. cit.*, 1913, pag. 41.

subire mutamenti di sorta quanto alla legge regolatrice. Nessuno può trasmettere più o diversamente da quel ch'egli abbia: ne deriva che, rispetto alla legge regolatrice del rapporto, non si può considerare come convenuto colui di fronte al quale si propone attualmente la domanda ma la persona dalla quale egli trae i suoi diritti. Per stabilire qual'è la legge del convenuto bisognerebbe, dunque, risalire al momento in cui è nato il diritto ch'è oggetto della lite. Sembra, poi, che far dipendere la legge applicabile al rapporto da un fatto tanto contingente quanto l'inizio della lite su domanda di una parte o dell'altra è come affidarsi al caso, senza che sia tenuto conto dell'intenzione dei contraenti, degli effetti del rapporto giuridico, ecc.

Si potrebbero aggiungere altre considerazioni. La posizione di attore o di convenuto è tutta propria della lite, del rapporto processuale. Essa non può influire e tanto meno determinare la legge applicabile al rapporto sostanziale che è oggetto della controversia. Se così fosse verrebbe meno il concetto fondamentale dell'autonomia dell'azione e dell'indipendenza del rapporto processuale dal rapporto sostanziale. Può, di più, aversi nel processo pluralità di parti: così, ad esempio, nel litisconsorzio passivo si trova un attore contro più convenuti, ognuno dei quali, almeno nel conflitto di leggi qui preso in esame, può essere soggetto ad un sistema giuridico diverso (mâlikita, hanafita, ecc.) non sottratto, tuttavia, alla cognizione dell'unico organo giurisdizionale. In questo caso evidentemente il conflitto si moltiplica dapoiiché non si tratta solo di far prevalere la legge del convenuto su quella dell'attore ma di scegliere fra le leggi dei diversi convenuti, forse anch'esse in contrasto, quella che, sciogliendo il conflitto, deve regolare il rapporto.

Tutto induce, quindi, a ritenere come fra le norme di soluzione dei conflitti tra i diversi sistemi giuridici indigeni quella che dà la prevalenza alla legge del convenuto non sia la meno scevra d'inconvenienti.

5. Per ovviare alla confusione fra i diversi sistemi di diritto musulmano il legislatore italiano, nel ripudiare la norma di conflitto or ora esaminata, ha disposto, tuttavia, tanto col penultimo (art. 200 R. D. 25 ottobre 1928, n. 3497) quanto con l'ultimo ordinamento giudiziario libico (art. 214 R. D. 27 giugno

1935, n. 2167), che negli atti e contratti stipulati secondo il diritto indigeno il pubblico ufficiale stipulante deve indicare il rito ⁽¹⁾ che le parti intendono seguire.

Rivive così nella nostra legislazione coloniale il sistema delle così dette professioni di legge che, introdotto in Italia nell'età franca, ebbe poi così frequenti e caratteristiche manifestazioni sulla fine del periodo barbarico e più ancora durante il successivo periodo feudale ⁽²⁾. La legge non determina i sistemi dei quali la professione è consentita ma se si pone mente che i sistemi mantenuti in vita in Libia sono ormai il mâlikita e quello ibâdita deve ritenersi che la scelta non possa aver luogo che per l'uno o l'altro di essi e, difatti, in tal senso la norma è stata autorevolmente interpretata ⁽³⁾.

La professione deve farsi dinanzi al qâdî od al notaio all'atto di costituire il negozio giuridico e può aver luogo in tutti i rapporti nei quali la legge consente l'applicazione del diritto musulmano. La professione dell'uno o dell'altro sistema non solo determina la legge applicabile al rapporto ma produce lo spostamento di competenza delle eventuali controversie dal qâdî mâlikita a quello ibâdita o viceversa. Com'è noto in Libia vi sono qâdî mâlikiti e, nelle località dove la maggioranza della popolazione sia costituita da musulmani ibâditi, esclusivamente qâdî ibâditi (art. 18 D. G. 4 dicembre 1937, n. 926). S'incontra anche qui, dunque, uno di quei casi nei quali la competenza legislativa influisce sulla competenza giurisdizionale.

6. Si è ritenuto ⁽⁴⁾ che il codice civile per l'Eritrea, promulgato con R. D. 28 giugno 1909, n. 589 ma, com'è noto, non

(1) Espressione impropria ma comunemente usata: dovrebbe dirsi sistema o scuola.

(2) E vi riecheggiano le antiche formule: *iuxta legem meam in qua nata sum*, matrimonio contratto ad uso dei Romani, *legem sacra romana vivo*, ecc. Sulle professioni di legge vedi G. PADELLETTI, *Delle professioni di legge nelle carte medievali*, in *Archivio storico italiano*, XVII, pag. 1004 e segg. e così K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück: Die Geltung des Stammesrechte in Italien*, München, 1901, pag. 50 e segg.

(3) Cfr. C. A. NALLINO, voce *Diritto musulmano*, loc. cit., pag. 1112, nota 3. Ma la giurisprudenza libica inclina a ritenere che la scelta possa cadere anche su altri sistemi di diritto musulmano: cfr., ad esempio, A. Tripoli, 25 maggio 1920, *Mnè bent Mohamed el Scerif c. el Mahgith ben Salah Ghebaili*, *Giur. Libia*, II, 32.

(4) Cfr. UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 43.

entrato in vigore, contenga negli articoli 6 a 12 delle disposizioni preliminari vere e proprie norme di conflitto coloniale tanto nei rapporti fra cittadini metropolitani e sudditi coloniali, quanto, e soprattutto, fra questi ultimi.

A ben guardare non sembra, però, che sia proprio così. Le disposizioni, infatti, ch' erano state formulate in appositi capoversi negli articoli 6, 7, 8 e 9 del disegno primitivo di quel codice preparato dalla Commissione in Eritrea tendevano unicamente a stabilire, in relazione ai singoli gruppi di materie di cui si occupavano quegli articoli, le norme giuridiche da applicarsi ai nativi ed alcune regole per risolvere eventuali conflitti fra le norme medesime e le leggi italiane, nel caso di rapporti fra nativi ed italiani. Esse riguardavano, quindi, i rapporti misti non quelli esclusivamente tra nativi, ciò che era anche in armonia al concetto fondamentale di quel codice, il quale era estraneo ai rapporti che si svolgevano esclusivamente tra i nativi e doveva regolare quelli che avevano luogo fra gli italiani ed i sudditi coloniali.

Successivamente di più la Commissione nominata dal Consiglio Coloniale per l' esame dei progetti dei vari codici ebbe a rilevare che il codice civile non avrebbe potuto dipartirsi dal concetto fondamentale accolto nella legge 24 maggio 1903, n. 205 sull' ordinamento dell' Eritrea, il quale stabiliva (art. 3, penultimo capoverso) che lo stato personale degli indigeni e le loro relazioni di diritto privato erano regolate secondo le consuetudini locali, le religioni e le razze; e così ritenne che fosse più semplice e più ossequente limitarsi a riprodurre integralmente la detta disposizione generale nell' art. 6 del codice, aggiungendovi solo il limite dell' incompatibilità con l' ordine pubblico. Invano, dunque, si cerca in quell' articolo e negli altri che lo seguono una norma che espressamente risolva i conflitti fra le diverse leggi indigene.

Norme del genere furono, invece, introdotte nel regolamento giudiziario approvato con D. G. 24 maggio 1926, n. 437 in esecuzione dell' ordinamento giudiziario eritreo allora vigen-

nota 81. La *Relazione sul codice civile per la Colonia Eritrea* (V. SCIALOJA), Roma, 1909, pag. 8, dichiara, invece, espressamente che gli articoli suindicati mirano a risolvere gli eventuali conflitti fra il diritto consuetudinario indigeno e le leggi italiane.

te (R. D. 7 febbraio 1926, n. 342) ⁽¹⁾. Queste norme che fanno parte del titolo III di quel regolamento, il quale dispone sui giudizi per i sudditi coloniali ed assimilati, costituiscono il primo ed ampio regolamento giuridico dei conflitti fra le leggi indigene. Esse dispongono che:

a) Le successioni legittime e testamentarie, sia quanto all' ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successori e la intrinseca validità delle disposizioni sono regolate dalla legge o dalla consuetudine del paese a cui appartengono le persone della cui eredità si tratta, di qualunque valore sieno i beni ed in qualunque luogo si trovino (art. 97);

b) Le forme estrinseche degli atti tra vivi sono determinate dalle consuetudini tradizionali del luogo in cui gli atti sono compiuti. E', però, in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire la forma tradizionale del loro paese, purchè questa sia comune a tutte le parti e da esse sia stata espressamente accettata (art. 98);

c) La validità e gli effetti delle donazioni e delle obbligazioni si reputano regolati dalle consuetudini dei paesi dei contraenti. E' permessa in ogni caso la dimostrazione che le parti hanno convenuto di seguire altre norme (art. 99);

d) I mezzi di prova delle obbligazioni sono determinati dalla consuetudine del luogo cui appartengono le parti. Se queste appartengono a diverse regioni, in cui vi siano diverse consuetudini, le prove sono quelle ammesse nel luogo in cui l'atto fu compiuto (art. 100);

e) Le consuetudini che si applicano per la valutazione delle circostanze scusanti, minoranti od aggravanti sono quelle della stirpe alla quale appartiene l'imputato. Per la valutazione del danno in caso di mancata conciliazione deve, invece, trarsi norma dalle consuetudini della stirpe alla quale appartiene la parte lesa;

f) Le forme del giudizio, infine, sono regolate dalle consuetudini del luogo in cui il giudizio si svolge e dai precetti della religione professata dalle parti. Se queste appartengono a diverse religioni il giudice fa osservare le consuetudini secondo equità.

(1) Pubblicato nel *Boll. Uff. Colonia Eritrea*, 1926, n. 10.

E' facile vedere che queste norme non sono in gran parte che una parafrasi dei principii di diritto internazionale privato sanciti nelle disposizioni preliminari del codice civile italiano. Vi manca di più l'adattamento a taluni speciali elementi (razza, ecc.) della personalità delle leggi in colonia ma, in ogni modo, esse costituiscono già un primo passo verso la sistemazione di un istituto così importante e dibattuto.

Giova, però, rilevare che le norme anzidette non possono più essere ritenute in vigore. Già è da dubitare che la facoltà concessa al governatore dell'Eritrea con l'art. 129 dell'ordinamento giudiziario del 1926 per emanare le disposizioni necessarie per l'esecuzione di quell'ordinamento comprendesse poteri così vasti quanto alla determinazione dell'applicazione delle leggi indigene in colonia. In realtà la funzione regolamentare qui ha esorbitato dai limiti ad essa imposti. D'altra parte poiché il legislatore col nuovo ordinamento giudiziario per l'Eritrea (R. D. 20 giugno 1935, n. 1649) ha ritenuto di modificare l'ordinamento del 1926 « per porlo in armonia con i nuovi istituti adottati nel Regno e per dare più organica disciplina alla materia » e lo ha espressamente abrogato ne deriva l'abrogazione indiretta anche del regolamento del quale si tratta. Le disposizioni di esso risultano, infatti, per la maggior parte incompatibili con le nuove disposizioni legislative.

7. Se se ne toglie quella che nell'ultimo ordinamento giudiziario (art. 59 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638) riguarda la soluzione dei conflitti di leggi nei rapporti misti mancano, quanto alla Somalia, apposite norme di conflitto coloniale nei rapporti tra nativi.

La disposizione contenuta nell'art. 3 dell'ordinamento giudiziario ormai abrogato (R. D. 8 giugno 1911, n. 937 modificato con l'art. 1 del R. D. 20 dicembre 1923, n. 3036) ha, forse, un contenuto più vasto di quello che vi si suole riscontrare quanto alla determinazione della sfera personale di applicazione del diritto indigeno ⁽¹⁾. Se, infatti, le cause in cui siano interessati esclusivamente sudditi coloniali od assimilati sono giudicate « se-

(1) Si veda in proposito UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 44.

condo le norme del diritto musulmano (*sceria*) in quanto non sia modificato dalla consuetudine (*testur*) », parrebbe che quest'ultima debba avere una certa prevalenza sull'altro nel caso in cui, in un dato rapporto, ne discordi e l'abbia modificato. Evidentemente qui al legislatore non era sfuggito il vivo contrasto ch'è in Somalia fra il diritto musulmano e le consuetudini locali. Su di esso si ritornerà di qui a poco.

Il nuovo ordinamento giudiziario, però, ha posto sullo stesso piano tanto le norme del diritto musulmano quanto quelle del diritto consuetudinario locale e, come or ora si è detto, ha ritenuto di regolare solo i conflitti che sorgono nei rapporti misti, non quelli che nascono nei rapporti tra gli stessi nativi e che sono forse i più gravi.

8. Come già si è detto le norme fin qui ricordate non possono fornire che qualche principio generale. Un regolamento giuridico dei conflitti fra le leggi indigene manca ancora nella nostra legislazione.

A colmare la lacuna l'UDINA ⁽¹⁾ ritiene che possano esser applicati in via analogica, e in quanto consentito dalla diversità dei presupposti di fatto, i principii fondamentali del diritto internazionale privato contenuti nelle disposizioni preliminari del codice civile, estese a tutte le colonie come legge territoriale, e quelli complementari dedotti da una dottrina e giurisprudenza uniformi, oltre che dai principii generali, in materia. In mancanza di norme apposite i conflitti fra le leggi indigene dovrebbero essere regolati, dunque, dal sistema generale di diritto internazionale privato ammesso nel regno.

Non si può nascondere che a prima vista questa trasposizione di principii e soprattutto di norme dal campo del conflitto internazionale in quello del conflitto coloniale ripugna. I canoni fondamentali contenuti negli articoli 17 a 31 delle disposizioni preliminari del nuovo codice civile hanno lo scopo di stabilire l'impero delle leggi nei rapporti internazionali e, di conseguenza, di fissare la sfera della rispettiva sovranità degli Stati. Sono norme di sovranità: come tali esse fanno parte non solo del diritto internazionale privato ma, a rigore, anche del diritto

(1) Loco or ora cit., pag. 32.

internazionale pubblico ed, indipendentemente dal luogo dove hanno sede, nel codice civile od altrove, sono la emanazione della sovranità internazionale dello Stato che le ha poste.

D'altra parte il sistema di diritto internazionale privato che s'è formato in Italia fin dal codice civile del 1865 ed è stato ora ammodernato nel nuovo sembra, nella maggior parte, inadatto alla soluzione delle questioni sollevate dal conflitto coloniale. Costruito in vista di conflitti che sorgono fra leggi di Stati differenti e che rivelano il contrasto di sovranità legislative distinte esso non può essere applicato senza gravi modificazioni per regolare un conflitto di tutt'altro genere che non è di sovranità ma di leggi interne o locali, di statuti.

Vi sono, dunque, difficoltà d'ordine teorico e pratico che si oppongono all'accennata trasposizione. Bisogna, però, riconoscere che l'adattamento, sia pure come misura sussidiaria, delle norme regolatrici del conflitto internazionale ad altre figure di conflitto non è nuovo. Quanto ai conflitti interregionali, ad esempio, la legge 24 luglio 1921 sul regolamento dei conflitti tra le leggi francesi e quelle locali nell'Alsazia e Lorena dispone (art. 15) che le norme di essa possono esser completate, qualora occorra, con i principii del diritto internazionale privato ammesso in Francia e, quindi, non solo con altre norme legislative ma con la dottrina, la giurisprudenza, ecc. Quanto, poi, ai conflitti fra le leggi indigene in Algeria si è qualche volta ritenuto ⁽¹⁾ che, in mancanza di apposite disposizioni, possano essere risolti ricorrendo agli stessi principii ⁽²⁾.

D'altra parte il sistema generale di diritto internazionale privato italiano e le norme che ne fanno parte non mancano di una forza propria di espansione e di adattamento, la quale bene

(1) Cfr. la nota di M. MORAND a Giudice di pace di Algeri, 2 marzo 1910, in *Revue algérienne*, 1911, II, pag. 76 e segg.

(2) Ma si tratta sempre di un ricorso eccezionale, non normale. Questo punto già fu trattato da E. LARCHER in una nota ad una sentenza della Corte di Appello di Algeri, 31 marzo 1908, in *Revue algérienne*, 1909, II, pag. 249, il quale così conchiude: « Non v'è alcun motivo di pensare che le norme di diritto internazionale privato debbano applicarsi ai conflitti tra riti o consuetudini. Ma se si pensasse di fare intervenire i principii ammessi nel diritto internazionale privato per risolvere i conflitti fra la legge musulmana e le consuetudini kabile, ciò non potrebbe avvenire che in quanto siano principii generali di diritto o formule che soddisfino la ragione e l'equità ».

utilizzata potrebbe servire, in qualche caso, al regolamento del conflitto fra le leggi indigene che non è stato previsto dal legislatore. Potrebbe così ricorrersi al procedimento per analogia e cercare di attingere, per quanto è possibile, alla forza latente di quel sistema i principii regolatori del nuovo rapporto.

Le difficoltà, però, si fanno assai gravi non appena si cerchi, in pratica, di applicare le norme del sistema suindicato al conflitto in esame. L'adattamento, infatti, non è possibile senza la trasformazione delle norme stesse e spesso ancora non si tratta tanto di modificare la norma vecchia quanto di creare *ex novo* una norma diversa. Quanto a taluni rapporti, come, ad esempio, quelli che si riferiscono allo stato ed alla capacità delle persone, ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, alle successioni, alle donazioni, ecc. (articoli 17 a 21 e 23 a 25) può intendersi facilmente sostituita alla legge nazionale quella che costituisce lo statuto personale delle persone di quella data religione, stirpe ecc.

Il caso è assai diverso, invece, qualora si tratti della legge regolatrice della proprietà, ecc., delle obbligazioni, della forma degli atti e del processo (articoli 22, 25, 26 e 27). Poiché il diritto indigeno ha carattere essenzialmente personale e non territoriale, l'elemento del territorio non vi ha alcuna efficacia, non può quasi mai esser introdotto o prevalere nel conflitto. Le soluzioni della *lex loci contractus*, della *lex rei sitae* e della *lex fori* debbono, dunque, essere scartate. Questo è il difetto insito nelle norme di conflitto coloniale che si ispirano al concetto di territorialità: così, ad esempio, può dirsi del Decreto 29 agosto 1874 sull'amministrazione della giustizia in alcune regioni (« Kabylie ») dell'Algeria, il quale dispone che nei rapporti personali e patrimoniali il giudice deve applicare la *lex loci contractus* ed in quelli relativi alla proprietà, ecc. la *lex rei sitae*; ed egualmente può osservarsi per il successivo Decreto del 17 aprile 1889 che non esclude, anche per quel che riguarda lo statuto personale e le successioni degli indigeni musulmani, l'elemento territoriale (legge del paese d'origine) e solo in via sussidiaria ammette le consuetudini del sistema speciale da essi seguito ⁽¹⁾.

(1) Cfr. A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, V éd., t. IV, Paris, 1931, pag. 356 e segg. Per i testi suindicati vedi A. CARPENTIER,

Ma trovare altre soluzioni non è facile. Quanto alla forma degli atti ed alle obbligazioni potrebbe ricorrersi, in luogo della *lex loci actus* o *contractus*, al criterio della legge personale del pubblico ufficiale stipulante. Già è stata rilevata, a suo tempo, la tendenza a non dissociare la legge che regola l'atto da quella del notaio, ecc. D'altra parte la professione del sistema imposta in Libia ai nativi negli atti e contratti da essi stipulati secondo il diritto musulmano vale, come già si è visto, ad eliminare in proposito ogni difficoltà. Quanto, poi, alla legge regolatrice della proprietà ed in genere dei diritti sulle cose immobili la *lex rei sitae* potrebbe essere sostituita da quella generalmente seguita dalle persone che risiedono nel territorio, nel quale i beni sono situati. Per quel, infine, che riguarda il processo può considerarsi come *lex fori* quella del sistema giuridico indigeno, al quale fa capo l'organo giurisdizionale chiamato a conoscere della lite.

9. Non mancano altre soluzioni sussidiarie per il regolamento dei conflitti fra le leggi indigene ma sono in gran parte sterili o pericolose.

La proposta di sciogliere il conflitto mediante il collegamento del rapporto controverso al sistema più confacente alla sua natura ⁽¹⁾ non può che dar luogo ad incertezze. Ritornano qui alla mente il pensiero e l'errore di SAVIGNY. Anche SAVIGNY ⁽²⁾, posto, nel campo del diritto internazionale, di fronte al conflitto fra due diverse leggi personali o nazionali ed all'impossibilità di sceglierne una *a priori* o di considerarle entrambe egualmente inapplicabili, ritiene che in tal caso occorra esaminare minutamente e nella sua intima natura il rapporto giuridico. Compiuto quest'esame spetta alla natura propria ed essenziale del rapporto di indicare la legge applicabile. Poiché il prin-

Codes et lois pour la France, l'Algérie et les colonies, XVIII éd., Paris, 1914, pag. 947.

(1) Così UDINA, *Sui conflitti di leggi nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 32. Non manca qualche precedente giurisprudenziale in tal senso ma unicamente per il conflitto fra legge italiana e legge indigena: cfr. T. Colonia Eritrea, 5-13 giugno 1931, Amina Becri Sichera ved. el-Gul c. Valeriani, *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 1932, pag. 563.

(2) Cfr. *Sistema del diritto romano attuale* (traduz. V. SCIALOJA), vol. VIII, Torino, 1898, pag. 132 e segg.

cipio della personalità in tal caso non soccorre più, bisogna applicare la legge imposta dalla natura del rapporto giuridico; e ciò in considerazione che come ogni persona fa capo ad una legge in forza della sua origine così anche ogni rapporto giuridico appartiene, per la sua natura, ad un principio positivo di diritto da ricercare.

Ora la natura del rapporto è una nozione vaga che non conduce ad alcuna soluzione precisa. E' chiaro che ognuno ha o si forma della natura di un rapporto giuridico, come, del resto, della natura delle cose in genere, un concetto tutto proprio. Ciò spiega come i seguaci della scuola di SAVIGNY, valutando diversamente la natura del rapporto giuridico abbiano, ad esempio, potuto stabilire come legge regolatrice dello statuto personale alcuni la legge nazionale ed altri, invece, la legge del domicilio. Non sembra, dunque, che questo sistema, come quello che condurrebbe inevitabilmente a soluzioni assai spesso divergenti, possa essere accolto ⁽¹⁾.

Dà migliori risultati ma è ritenuto pericoloso il ricorso ai principii di equità. Già si è visto, quanto all'Impero Indiano, che il Regolamento IV del 1827 dispone, come ultimo criterio sussidiario, che la soluzione dei conflitti fra le leggi indigene avvenga conformemente a giustizia, ad equità ed a buona coscienza (« justice, equity and good conscience ») ⁽²⁾. Identicamente l'art. 3 del Decreto 6 febbraio 1929, n. 16474 per le colonie portoghesi dell'Africa continentale stabilisce che i giudici di diritto debbano decidere *ex bono et aequo* le questioni d'ordine civile e commerciale fra indigeni e non indigeni e, quindi, a maggior ragione anche quelle che sorgano esclusivamente fra indigeni ⁽³⁾. Secondo equità e rispettando le consuetudini disponeva, infine,

(1) Ma lo propugna, come sistema generale di soluzione, anche E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, op. cit., pag. 191.

(2) La stessa formula, per via dei consueti trapassi della legislazione anglo-indiana nel continente africano, s'incontra nella *Civil Justice Ordinance* per il Sudan, parte II, art. 5 (cfr. *The Laws of Sudan*, vol. III, London, s. d., pag. 26 [Sudan Government]). Il ricorso all'equità è previsto anche dall'Ordinanza n. 45 del 20 agosto 1924 per l'amministrazione della giustizia civile e penale nei territori del Ruanda-Urundi (cfr. *Législation et Règlements du Ruanda-Urundi*, Bruxelles, s. d., pag. 123 e segg.).

(3) Cfr. *Annuaire de documentation coloniale comparée*, Bruxelles, 1929, vol. I, pag. 528 [Bibliothèque Coloniale Internationale].

che fossero decise, qualora il caso rimanesse dubbio, le controversie fra indigeni musulmani o fra indigeni musulmani e cristiani l'art. 6, ultimo capoverso del R. D. 5 maggio 1892, n. 270 sull'esercizio della giurisdizione in Eritrea.

In proposito, però, si può osservare che poiché manca la norma di conflitto l'equità qui non è invocata come mezzo per correggere la rigidità della norma stessa e renderla adattabile ai casi concreti. Dovrebbe, invece, esser adoperata come mezzo per supplire le lacune della legislazione, per ovviare alla mancanza della norma di conflitto ed allora questo, a rigore, non è ufficio dell'equità ma dell'analogia o del ricorso ai principii generali. L'equità ha funzione correttiva del diritto non creatrice. Il pericolo, poi, di queste soluzioni è che l'equità non rettamente adoperata può tramutarsi assai spesso in una convinzione meramente soggettiva ed arbitraria del giudice. Questo rischio dell'arbitrio individuale non sfuggì all'ARMINJON, il quale osservava già, a proposito della norma suindicata del Regolamento indiano del 1827 ⁽¹⁾, ch'essa lasciava le parti nell'oscurità più completa quanto agli effetti dell'atto da essi conchiuso, effetti che sarebbero stati tal quali li avesse voluti l'arbitrio del giudice, non legato, del resto, che dai risultati dell'arbitrio più o meno logico e coerente dei suoi predecessori, e cioè dai così detti precedenti.

10. Un sussidio forse migliore, benché anch'esso non perfetto, può rintracciarsi nel già ricordato Decreto del 3 dicembre 1931 sull'amministrazione della giustizia indigena nell'Africa occidentale francese ⁽²⁾. Nell'art. 6 di quel Decreto si trova un regolamento giuridico quasi completo dei conflitti fra le leggi indigene. Le norme adottate sono di una precisione scientifica che non è facile incontrare nella legislazione coloniale: vero è che qualcuna arieggia anche qui i principii di diritto internazio-

(1) Cfr. *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam*, loc. cit., 1913, pag. 41.

(2) Lo stesso sistema introdotto nell'Africa occidentale francese col Decreto del 22 marzo 1924, sostituito, poi, con quello del 3 dicembre 1931, s'incontra nell'Africa equatoriale francese (Decreto 29 aprile 1927: cfr. *Annuaire de documentation coloniale comparée*, 1927, Bruxelles, 1928, pag. 327 [Bibliothèque Coloniale Internationale]) ed ora anche nella Somalia francese (Decreto 4 giugno 1938, in *Recueil général de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales et maritimes* (Penant), 1939, III, pag. 76.

nale privato ma tutte sono redatte, tranne che in qualche luogo (lett. d), con una maggiore aderenza a quelli propri del diritto coloniale. Giova qui ricordarle.

Fermato il principio che in materia civile e commerciale le giurisdizioni indigene applicano esclusivamente le consuetudini delle parti, il Decreto dispone che, nel caso di conflitto fra le diverse consuetudini, il giudice decide:

a) Nelle controversie che hanno per oggetto il matrimonio, il divorzio o l'affidamento dei figli e la sorte della moglie in caso di scioglimento del matrimonio per divorzio, ripudio o morte di uno dei coniugi, secondo le consuetudini in base alle quali è stato conchiuso il contratto di matrimonio o, qualora non vi sia contratto, secondo le consuetudini della donna;

b) Nelle controversie relative alle successioni per causa di morte secondo le consuetudini del defunto;

c) Nelle controversie relative alle donazioni secondo le consuetudini del donante;

d) Nelle controversie che hanno per oggetto tutti gli altri contratti, all'infuori di quello del matrimonio, secondo la consuetudine generalmente seguita nel luogo nel quale è stato conchiuso il contratto;

e) In tutte le materie, infine, secondo le consuetudini del convenuto.

11. E' tempo ormai di osservare più da vicino i vari casi di conflitti fra le leggi indigene. Lo scopo delle nostre indagini e la molteplicità di tali leggi non consentono, però, di estendere l'esame ai diversi rapporti che risultano o possono essere collegati con due o più sistemi giuridici indigeni. Bisogna, invece, che esso sia limitato ad un primo incasellamento dei conflitti che si verificano tra l'uno e l'altro sistema, alla ricerca delle loro caratteristiche ed all'indicazione dei criteri, ai quali si può fare ricorso per la loro soluzione.

Il conflitto, in primo luogo, fra i diversi *madhhab* di *fiqh*, e cioè fra i diversi sistemi, scuole o riti di diritto musulmano, ha un aspetto a sè. Esso si ricollega ad un fenomeno tutto proprio dell'islamismo, nel quale s'incontra una duplice personalità del diritto: una, fondamentale, derivante dal fatto di pro-

fessare la religione musulmana; l'altra dipendente dall'appartenere ad una piuttosto che ad altra delle quattro scuole ortodosse od eterodosse (1). Già si è detto, quanto alla Libia, che tal conflitto può aver luogo fra la scuola mâlikita e quella ibâdita, dappoiché solo queste due scuole vi sono riconosciute e vi hanno ormai applicazione; e si è anche visto che la professione della scuola, ovviando alla confusione tra l'una e l'altra, vale anche ad eliminarne i conflitti.

Importa, però, rilevare che la professione della scuola è stata imposta in Libia solo con il penultimo ordinamento giudiziario (R. D. 25 ottobre 1928, n. 3497) e non è richiesta per tutti quei negozi che i nativi usano ancora concludere, secondo le loro consuetudini, oralmente. Vi sono, dunque, atti e contratti, anteriori o posteriori a quella data, per i quali la professione della scuola non ha avuto e non ha luogo. Lo stesso conflitto sorge di più anche nell'A. O. I.: così, ad esempio, in Eritrea tra la scuola hanafita e quella sciafita e mâlikita ivi seguite dalle diverse popolazioni musulmane. Esso ha, dunque, un'importanza assai maggiore di quella che a prima vista gli si suole riconoscere.

Tutt'altro che minime sono, poi, le divergenze fra le quattro scuole sunnite od ortodosse e fra queste stesse e le scuole ortodosse dalle quali il conflitto ha origine; nè si possono paragonare alle singole discrepanze fra i vari codici europei derivanti dal codice napoleonico, nel quadro unico del diritto romano (2). Esse sono, invece, importanti e spesso assai gravi. Basta considerare, ad esempio, alcuni istituti fondamentali: il diritto di re-tratto (*shufah*) è concesso dai hanafiti anche al vicino mentre i mâlikiti e gli sciafiti lo limitano al condomino; diversa è per gli uni e gli altri la divisione di tal diritto (per capita e per quote) nel concorso di più condomini; nella società (*shirkah*) i hanafiti decidono che i lucri debbano dividersi fra i soci secondo quanto è convenuto nel contratto e le perdite ripartite per quote mentre i mâlikiti ritengono che tale regola non può esser ammessa a pena di nullità; la donazione è revocabile per i hanafiti mentre è irrevocabile per i mâlikiti e gli sciafiti salvo tra

(1) Cfr. per questo carattere C. A. NALLINO, voce *Diritto musulmano*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(2) Cfr. in questo senso M. M. MORENO, *La dottrina dell'Islam*, II ed., Bologna, 1940, pag. 63.

ascendenti e discendenti; la prova può farsi per i mâlikiti e gli sciafiti anche mediante un testimone più il giuramento dell'attore mentre i hanafiti richiedono sempre due testimoni, ecc. (1).

Quanto, poi, alla gravità di talune divergenze si può ricordare quella sorta in Libia dopo che col D. G. 21 aprile 1922, s. n. era stata ristabilita la scuola mâlikita, eccetto nelle località in cui avesse vigore altro sistema: i nativi invocavano, infatti, che fosse loro concesso, come in passato, di poter costituire *waqf* secondo la scuola hanafita, ciò che avrebbe permesso al fondatore di riservarsi le rendite, in tutto od in parte, vita natural durante. In proposito fu presentato un voto dal Consiglio di amministrazione dei beni *Auqaf* della Tripolitania ma il Governo, basandosi su un parere della Corte di appello, decise diversamente.

Principio di diritto, non concordemente ammesso, è che il musulmano possa passare da una ad altra scuola sunnita (2). Il passaggio avviene di solito nel caso in cui si abbandoni la regione o paese nel quale si vive e si vada in un'altra, dove domina una scuola diversa ma può anche accadere in occasione di matrimonio o per altre circostanze: così, ad esempio, qualora il musulmano trovi che il nuovo sistema è più chiaro, più logico, più facile ad esser compreso e ricordato di quello da lui seguito; così anche eccezionalmente, qualora egli lo ritenga più favorevole o più confacente ai suoi interessi.

Quest'ultimo è il caso, appunto, della costituzione del *waqf* secondo la scuola hanafita assai più favorevole al costituente, per il quale solo si ammette il principio dell'autonomia della volontà e, quindi, la libertà di scelta della scuola dalla quale il *waqf* sarà regolato; e ciò spiega come la facoltà di opzione del costituente abbia fatto sì che la maggior parte degli *Auqaf* costituiti dai musulmani mâlikiti dell'Africa mediterranea siano, invece, regolati dalle norme della scuola hanafita. Lo stesso rapporto giuridico dev'essere, però, regolato da una sola legge: così non

(1) Molte altre divergenze sono indicate da TH. W. JUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita*, op. cit., *passim*.

(2) Mediante il procedimento del *taklid*, e cioè del rivestire di autorità una scuola diversa dalla propria: su di esso vedi TH. W. JUYNBOLL, op. cit., pag. 20. Cfr. anche, per quel che riguarda i musulmani libici, U. SODDU, *Statuti libici personali e reali*, Gaeta, 1924, pag. 39 e segg.

è consentito, anche in materia di *waqf*, che alcune clausole dell'atto di costituzione siano regolate dal sistema hanafita ed altre da un sistema diverso, nè è consentito che, iniziato un affare secondo una scuola, questa sia abbandonata nei successivi svolgimenti.

12. Vediamo ora come si svolge e può essere risolto il conflitto fra le diverse scuole. Nella Libia, come già si è detto, i qâdî sono mâlikiti ed, in talune regioni, anche ibâditi; in Eritrea, a quanto risulta, i qâdî di Cheren e di Agordat applicano il sistema mâlikita, quello di Massua l'hanafita e quella di Assab lo sciafiita.

Ora, data questa situazione e dato anche che nei paesi musulmani a popolazione mista, vale a dire dove il popolo aderisce a distinti sistemi o scuole di diritto, vige il principio che giudici diversi, mâlikita e sciafiita, ecc., ortodosso ed eterodosso, possono esercitare il loro ufficio nel medesimo luogo ed è lasciato alla scelta delle parti contendenti d'intentare la propria azione avanti il tribunale dell'uno o quello dell'altro ⁽¹⁾, il conflitto appare subito come un conflitto non solo di competenza legislativa ma anche di competenza giurisdizionale. Qualora, infatti, le parti siano seguaci di scuole diverse e non si mettano fra loro d'accordo sulla scelta del giudice, si tratta, in primo luogo, di stabilire dinanzi a qual qâdî l'istanza può essere promossa.

Per quel che riguarda questo primo punto è ammesso il principio che, quando in una circoscrizione giudiziaria esistono diversi giudici e le parti non sono d'accordo per sottoporre la controversia all'uno od all'altro di essi, si deve dar la preferenza al giudice indicato dall'attore ⁽²⁾.

(1) Cfr. E. SACHAU, *Il diritto ereditario musulmano secondo la dottrina degli Arabi ibaditi di Zanzibar e dell'Africa Orientale* (trad. I. GUIDI), Roma, 1906, pag. 6 (Estr. dalla *Riv. coloniale*).

(2) Il pensiero di HALIL (cfr. *Il « Muhtasar » o Sommario del diritto malechita di Halil ibn Ishaq*, vol. II (traduz. D. SANTILLANA), op. cit., pag. 594 è chiaro su questo punto. La scelta del giudice spetta all'attore. Qualora ognuno dei contendenti sia allo stesso tempo attore e convenuto o quando ciascuno pretenda di essere attore, l'affare spetta al giudice il cui messo abbia per primo recato la citazione; in caso diverso si ricorre alla sorte per decidere il conflitto di giurisdizione, come anche per decidere chi debba assumere la qualità di attore. Ma la questione non è del tutto pacifica: vedi la nota di M. MORAND alla sentenza della

Il problema si complica assai più quanto alla determinazione della legge applicabile al rapporto controverso.

Nell'Algeria si è ritenuto per lungo tempo che i qâdî mâlikiti, nelle località dove non vi erano qâdî di altre scuole, dovessero applicare alle parti contendenti le norme del sistema di diritto da esse seguito. Avveniva così che i qâdî mâlikiti applicassero assai spesso le norme della scuola hanafita invocate dalle parti ⁽¹⁾. La Corte di appello di Algeri è andata nello stesso avviso e ciò in considerazione che non v'è un vero divieto a che il giudice applichi alle controversie che gli sono sottoposte le norme di una scuola ortodossa in luogo di quelle di un'altra scuola: se alle parti stesse è concesso di seguire per il regolamento di un dato rapporto giuridico le norme di un sistema anziché quelle di un altro, anche se estranee al sistema di esse proprio, a maggior ragione dev'essere concesso al giudice di usare della stessa facoltà nell'interesse superiore della giustizia, a condizione che il suo atto d'investitura non glielo proibisca ⁽²⁾. Il principio, però, ha suscitato qualche critica soprattutto da parte dei giuristi più ortodossi, i quali ritengono che il qâdî non si dovrebbe mai allontanare dalla scuola per la quale amministra giustizia ed è stato ufficialmente nominato.

Quanto alla Libia importa rilevare in proposito che, abrogata ormai la norma in forza della quale se le parti appartenevano a riti diversi doveva osservarsi il rito del convenuto, vige il principio introdotto nei tribunali sciaraitici con l'art. 2 del D. G. 21 aprile 1922, s. n., il quale dispone che il qâdî giudica secondo il rito mâlikita, eccetto nelle località in cui vige altro rito e nelle quali è stato ora istituito (art. 18 D. G. 4 dicembre 1937, n. 926) il qâdî ibâdita. Poiché, dunque, l'autorità non riconosce

Corte di Appello di Algeri, 6 giugno 1904, in *Revue algérienne*, 1906, II, pag. 59 e segg.

Importa ricordare che per sciogliere ogni conflitto in proposito in Libia comincia ad introdursi il sistema che determinati qâdî abbiano giurisdizione unicamente sulle popolazioni berbere ibâdite o su quelle musulmane del sistema mâlikita: cfr., ad esempio, in proposito, il R. D. 24 agosto 1939, n. 1572.

(1) Cfr. E. CLAVAL, *Droit musulman. Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites Hanafite et Malékite)*, vol. I, Le Caire, 1896, pag. 277.

(2) Vedi in questo senso G. H. BOUSQUET, *La législation française et son influence sur le droit de famille indigène*, loc. cit., pag. 195. Per quel che riguarda le esitazioni dei giudici pedissequi (*muqallid*) vedi HALIL, op. cit., pag. 610, nota.

che queste due sole scuole il giudice deve attenersi all'una od all'altra di esse anche nelle contese fra seguaci di scuole diverse (1). Ciò non vieta, però, che il qâdi possa decidere la controversia e sciogliere il conflitto anche secondo la dottrina di un'altra scuola, a condizione che la parte o le parti gli presentino una *fatwâ* (2) d'un *muftî* di quella scuola e di nota autorità, nella quale il caso rientri in modo evidente (3).

La mancanza di una raccolta dei giudicati dei tribunali sciaraitici libici (4) non ci offre, purtroppo, il modo di vedere quali principii siano stati applicati in questa materia.

La giurisprudenza della Corte d'appello libica si accosta a quella algerina. Benché il sistema hanafita sia stato ormai ufficialmente sostituito in Libia dal sistema mâlikita, la Corte ha ritenuto che, nel conflitto fra i due sistemi, debba, per taluni istituti, esser dato prevalenza al primo.

Quanto al diritto di retratto (*shufah*) è ormai principio concorde (5) ch'esso debba continuare ad aver vigore secondo le norme e le modalità (termini, ecc.) della scuola hanafita che sostituì in gran parte durante il dominio ottomano quella mâlikita preesistente, e ciò non solo perchè le norme di quella scuola rappresentano un diritto più evoluto e fanno capo ad una concezione più moderna del diritto di proprietà e della libertà e delle garanzie delle contrattazioni ma anche perchè si ritiene ch'esse facciano ormai parte delle consuetudini locali. La consuetudine prevarrebbe, dunque, per questa parte, sul diritto musulmano. Questo punto è assai importante e vi si ritornerà di qui a poco.

Quanto, poi, al *waqf* la facoltà accordata al fondatore di

(1) L'obbligatorietà del sistema riguarda, quindi, il qâdi non le parti. Si ricordi in proposito che la giurisprudenza libica ha più volte affermato che, pure essendo in Libia prevalente il rito mâlikita, non è vietato ai musulmani di seguire qualsiasi rito, non escluso quello eterodosso degli ibâditi. Cfr. da ultimo A. Tripoli, 11 febbraio 1925, Smaui c. Siala, *Giur. Libia*, II, 330.

(2) Sulla *fatwâ* o responso giuridico astratto vedi il mio scritto *In tema di beni auqaf*, in *Foro it.*, 1940, I, 419 e segg. e gli autori ivi citati.

(3) Cfr. la voce *Diritto musulmano* di C. A. NALLINO, loc. cit., pag. 1114.

(4) A. Tripoli, 15-21 gennaio 1920, Ahmed ben Abdalla c. Kazala bent Iusef, *Giur. Libia*, II, 1.

(5) A. Tripoli, 30 dicembre 1938, Nahum c. Buknik, *Riv. diritto coloniale*, 1939, 125. Per l'applicazione nei rapporti misti vedi A. Tripoli, 12 giugno 1929, Halil Abdelkafi c. Zeraffa, *Giur. Libia*, III, 89.

costituire *waqf* secondo il sistema hanafita diverso da quello mâlikita seguito dalla quasi totalità delle popolazioni musulmane della Libia è conforme al principio dell'autonomia della volontà, il quale, come già si è detto, è ormai pacificamente accolto per quest'istituto (1).

13. Il conflitto fra le leggi di due o più nativi di diversa religione o stirpe non è frequente. Esso può verificarsi, tuttavia, nel caso in cui, ad esempio, sorga controversia tra un ebreo ed un musulmano ed il rapporto che n'è oggetto non sia regolato da una sola legge ma risulti collegato con i sistemi giuridici dell'uno e dell'altro contendente.

In questo caso la controversia determina anzitutto uno spostamento di competenza. Le giurisdizioni per i nativi hanno quasi sempre carattere confessionale: esse presuppongono in Libia la coesistenza di due elementi, costituiti dalla materia speciale (statuto personale, diritto di famiglia, ecc.) e dalla condizione di musulmani od israeliti in tutti i contendenti. Nell'A. O. I., invece, basta un solo elemento: religione, stirpe, ecc. Ora quando questi elementi mancano o le parti siano di diversa religione od anche, come in Eritrea (art. 32, n. 1 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649), appartengano a diversi paesi o tribù o comunque dipendano da diversi capi, la cognizione della controversia non è più attribuita ai loro giudici ma passa ai giudici italiani (ad es., in Libia, art. 37 e 46 R. D. 27 giugno 1935, n. 2167) (2).

Avveniva ugualmente un tempo nei paesi musulmani e, difatti, HALIL, facendo l'ipotesi di una controversia fra un cristiano ed un ebreo, dice che poiché in questo caso nessuno dei due *dimmi* (3) può citare l'avversario avanti il proprio foro, la

(1) A. Tripoli, 25 maggio 1920, Mnè bent Mohamed el Scerif c. el Mahgith ben Salah Ghebaili, *Giur. Libia*, II, 32.

(2) Ugualmente accade qualora in una data controversia non sia pacifica l'applicabilità del diritto musulmano od ebraico (cfr. A. Tripoli, 29 luglio 1925, Hadib Juda c. Nahum Juda, *Giur. Libia*, II, 388); così anche nel caso in cui le consuetudini indigene presentino lacune od insufficienze ed occorra, quindi, applicare la legge metropolitana estesa in colonia. Su quest'ultimo punto vedi E. BESSON, *La législation civile de l'Algérie*, op. cit., pag. 147 e, meglio ancora, H. SOLUS, *Condition privée des indigènes*, in P. DARESTE, *Traité de droit colonial*, vol. II, Paris, 1932, pag. 395 e segg.

(3) Così detti perchè, essendosi sottomessi all'autorità musulmana ed avendo pagato un tributo generale (*gizyah*), erano liberi di praticare il loro culto e godevano protezione nelle persone e negli averi.

competenza spetta al giudice musulmano, e cioè al giudice dello Stato ⁽¹⁾.

Si presenta, poi, ed è assai grave la questione della legge applicabile. Certamente non per quel che riguarda la capacità delle parti e la forma del processo: il giudice è tenuto a seguire per quest'ultima la *lex fori*, la propria legge personale ed applica, quanto all'altra, la legge personale di ciascuna delle parti. Così anche se la controversia ha per oggetto un rapporto ch'è sottratto all'applicazione del diritto musulmano, ebraico, ecc. ed in genere della legge indigena o per il quale è permessa l'opzione della legge italiana può non esservi luogo a conflitto. L'applicazione della legge italiana può dipendere, infine, dall'attitudine delle parti durante il processo: se esse non domandano espressamente l'applicazione della loro legge personale e se risultano d'accordo a che sia applicata la *lex fori*, il loro silenzio può essere interpretato come accettazione di quest'ultima, della legge italiana, anche per il regolamento del rapporto sostanziale. Non occorre che l'autonomia della volontà sia simultanea alla formazione dell'atto o del contratto; può essere anche successiva.

Il conflitto sorge qualora queste ipotesi non si verificano. Le parti non hanno scelto o non hanno potuto scegliere alcuna legge, perchè si tratta di materia non abbandonata all'autonomia della volontà. Il rapporto controverso è collegato con diverse leggi ed occorre scegliere quella che lo regoli in tutti i suoi effetti.

I giuristi musulmani scioglievano con una soluzione assai comoda la questione: HALIL osserva anche qui che il giudice deve applicare la propria legge, la legge musulmana. Che questo, secondo quanto egli ed altri autori affermano ⁽²⁾, dovesse avvenire

(1) *Op. cit.*, pag. 599. L'ortodossia islamica non conosce, infatti, che una sola giurisdizione ed un solo giudice. La competenza del qâdi è generale ed assoluta. Questa è la teoria del puro diritto musulmano. Per la dottrina sui conflitti di leggi in paese d'Islam cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, op. cit., pag. 84 e segg. Vedi anche E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, t. Ier, Paris, 1938, pag. 151 e segg.

(2) Su questo punto vedi C. CARDAHI, *La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (Etude juridique et historique)*, Paris, 1938, pag. 96 (Estr. dal *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*). Ma la questione non sembra del tutto pacifica: cfr., ad esempio, per quel che riguarda le successioni dei seguaci della scrittura (*kitabi*), il *Muhasar* dello stesso HALIL (traduz. SANTILLANA), op. cit., pag. 840.

nire nel campo penale è facilmente spiegabile: se un cristiano commetteva un delitto in danno di un ebreo rettamente il giudice musulmano, solo competente, applicava la propria legge sia quanto alla pena che per la liquidazione dei danni. In questo caso, infatti, il reato aveva turbato l'ordine pubblico, aveva causato un disordine e, di conseguenza, la punizione doveva aver luogo secondo la legge musulmana. Benché personale la legge musulmana assumeva in tal caso una funzione territoriale. Ma nel campo dei rapporti privati il principio non trova applicazione.

Prescindendo dalle opinioni dei giuristi musulmani, i quali, del resto, si riferiscono in gran parte ad una condizione di cose ormai sorpassata, la questione qui dev'essere risolta diversamente. Non manca, è vero, chi sostiene che nel conflitto fra due leggi personali straniere, il giudice chiamato a decidere il conflitto debba applicare la propria legge nazionale, italiana, francese, ecc. ch'è la legge normale per tutto ciò che si svolge sul proprio suolo, che può più o meno bene adattarsi al rapporto controverso e che, infine, ha il titolo incontestabile di essere la legge del giudice, in casa propria ⁽¹⁾. Questo concetto potrebbe valere a maggior ragione nelle colonie, nelle quali la legge del giudice investito della controversia, del conflitto fra i sistemi giuridici indigeni è la legge dello Stato colonizzatore, la legge dominante. Ma è noto come questa teoria ch'è la negazione di tutta l'elaborazione scientifica del diritto internazionale privato sia stata ormai concordemente ripudiata.

Bisogna, quindi, ricorrere ad altre soluzioni. Poiché le norme proprie del conflitto internazionale (*lex loci contractus*, *lex rei sitae*, ecc.) non possono, come già più volte si è detto, esser in generale adoperate per la soluzione di un conflitto tanto più complicato quanto quello fra i diversi sistemi giuridici indigeni, l'indagine qui dev'essere, in primo luogo, rivolta a stabilire se le due diverse leggi personali in contrasto possano per caso esser applicate separatamente alle parti contendenti. Se l'applicazione disgiuntiva non è possibile e se le due leggi hanno tra di loro punti di contatto o di somiglianza allora dovrebbe

(1) Cfr. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, vol. II, Paris, 1898, pag. 153 e segg.

prevalere la legge più restrittiva della libertà delle parti ⁽¹⁾. In ogni altro caso il conflitto rimane insolubile e non può essere sciolto che mediante l'applicazione della legge italiana ⁽²⁾ o con criteri in gran parte empirici, come quelli di convenienza, d'interesse, ecc.

Poche decisioni s'incontrano su questo conflitto ed unicamente nella giurisprudenza libica. Al principio della *lex fori*, come legge regolatrice del processo nelle cause fra israeliti e musulmani, dà conferma un giudicato nel quale si è ammessa la validità del giuramento deferito nelle forme stabilite dall'art. 1362 cod. civ. ⁽³⁾.

Una questione assai più grave è sorta quanto all'istituto della *shufah*, per decidere se nei rapporti delle parti di religione israelitica esso debba esser regolato dalle norme della scuola hanafita o da quelle ebraiche dello *Shulhàn Arùch*, e precisamente di quella parte di esso (*Hoschen ha-mmishpàt*) che, com'è noto, ammette anche quell'istituto. La Corte di appello di Tripoli ha ritenuto ⁽⁴⁾ che la legge ebraica non può trovare applicazione in materia in luogo di quella musulmana. Anche se prima dell'occupazione italiana israeliti timorati e fedeli alle loro leggi abbiano sottoposto ai tribunali rabbinici questioni di *shufah* è certo ch'essi, quali sudditi tributari (*dimmi*), non potevano adirli che per le questioni di statuto personale e religioso e per tutte le altre controversie dovevano, invece, rivolgersi ai tribunali laici ottomani ed erano sottoposti alle leggi ottomane o musulmane. Non può, dunque, essersi formata una tradizione israelitica in contrasto o sopraffattrice di quella musulmana.

14. Vi sono conflitti che non sorgono in realtà fra i diversi sistemi giuridici indigeni ma hanno un tipo a sè.

(1) E' il sistema indicato da A. PILLET, *Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, in *Clunet*, 1895, pag. 508.

(2) Così, ad esempio, in Libia, prima dell'occupazione italiana, la legge ottomana regolava i rapporti fra i nativi di religione diversa: cfr. in questo senso A. Tripoli, 30 agosto 1916, el Ghezzani c. Naim, *Giur. Libia*, I, 84.

(3) Cfr. A. Tripoli, 30 agosto 1916, el Ghezzani c. Naim, *Giur. Libia*, I, 84.

(4) Con sentenza 24-28 aprile 1920, Meborah Debase c. Simeone Haggiag, *Giur. Libia*, II, 15. Per l'esercizio della *shufah* da parte degli Ebrei libici vedi anche A. Tripoli, 4 gennaio 1937, Nabum c. Buhnik e Dabus, *Riv. diritto coloniale*, 1938, pag. 73.

Il conflitto fra la legislazione ottomana ed il diritto musulmano in Libia appariva un tempo come un conflitto tra norme di diritto comune o generale e norme di diritto personale. La legislazione ottomana composta dai codici e da leggi speciali viveva in tutto il territorio di quelle provincie dell'Impero ottomano ed aveva, quindi, carattere territoriale; il diritto musulmano della scuola hanafita costituiva, invece, almeno in materia di statuto personale, la legge dei seguaci della religione musulmana. Il conflitto sopravvive oggi solo per alcuni rapporti e la nostra giurisprudenza tende a darvi un aspetto diverso.

Nell'ambito di uno stesso sistema giuridico si svolgono, poi, i conflitti fra il diritto scritto e le consuetudini delle popolazioni musulmane e così anche quelli fra il diritto etiopico scritto e le consuetudini delle popolazioni abissine ed, infine, fra il diritto e le tradizioni locali degli Ebrei libici. Il diritto scritto e le consuetudini costituiscono il diritto personale di queste popolazioni ma, guardando più da vicino, il primo appare come un diritto comune mentre le altre si presentano come norme particolari che hanno talvolta vigore solo in determinati aggruppamenti etnici. Il conflitto qui è diverso perchè meramente personale ma ricorda quello che nel campo della territorialità si verifica tra le norme di diritto comune e quelle di diritto locale e che si risolve in favore di queste ultime almeno nella circoscrizione nella quale esse hanno vigore.

Tutte queste forme sporadiche di conflitti presentano non minore interesse delle altre e talvolta sono anche più importanti. Convienne, quindi, considerarle partitamente.

15. L'Impero Ottomano aveva imposto in Libia l'osservanza non solo del sistema musulmano hanafita ma della legislazione e dei codici ottomani. Dopo l'occupazione italiana la legislazione ottomana non fu abrogata con atto esplicito: solo i codici lo furono implicitamente con l'estensione alla colonia di quelli metropolitani. V'è parte, però, di quella legislazione, come, ad esempio, il codice fondiario o delle terre, e parte anche di taluni codici, come, anche qui, della *Megellah*, per quel che riguarda determinati beni o categorie di essi ed alcuni istituti, che sono state espressamente richiamate (ad es. art. 97 R. D. 3 luglio 1921, n. 1207) od alle quali la giurisprudenza attribuisce ef-

ficacia per il fatto di non essere state abrogate o sostituite dalle leggi italiane ⁽¹⁾. Benché leggi straniere esse possono, dunque, esser considerate ormai nazionalizzate e poste sullo stesso piano del diritto indigeno che, per altra via, è stato riconosciuto e mantenuto in vigore.

La giurisprudenza libica inclina, però, a considerare queste parti sopravvissute della legislazione ottomana come consuetudini. Essa ritiene che la *Megellah* fin da quando fu introdotta in Libia si è sovrapposta per taluni istituti alla scuola *mâlikita* in guisa da formare una tradizione, una consuetudine che il nostro legislatore ha inteso rispettare e che vale come un'altra legge. La *Megellah*, quindi, sarebbe decaduta come legge perché abrogata con l'introduzione della legislazione italiana ma avrebbe tuttora una certa efficacia in taluni istituti come testo facilmente consultabile della tradizione giuridica e della consuetudine formatasi sotto il suo impero ⁽²⁾. Siffatta degradazione della *Megellah* è, senza dubbio, difforme non solo dall'efficacia che essa ha avuto in Libia ma dalla natura reale della legge, la quale, concretata in un atto solo ed emanata dalla volontà dello Stato, non discende e non può discendere alla condizione di consuetudine.

Ciò non ha impedito, tuttavia, che in qualche caso il conflitto fra il diritto della scuola *mâlikita* e la *Megellah* sia stato risolto in favore di quest'ultima. La *Megellah*, in quanto, per questa parte, immedesimata con la scuola hanafita, prevale per quel che riguarda il diritto di riscatto (*shufah*) sul sistema *mâlikita* ⁽³⁾. Nella *mohaia*, ch'è una specie di godimento per turno dei beni indivisi da parte dei condomini, in luogo della *Megellah* si applica, invece, il sistema *mâlikita*, e ciò perché si ritiene che le norme di quest'ultimo debbono prevalere come quelle che sono più conformi oltre che ai principii generali del diritto musulmano a quelli del nostro diritto che proibisce l'uso della cosa comune contro le ragioni dei comproprietari ⁽⁴⁾.

(1) Cfr. M. COLUCCI, voce *Diritto coloniale*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(2) Giurisprudenza ormai concorde: cfr. A. Tripoli, 15-21 gennaio 1920, Ahmed ben Abdalla c. Kazala bent Insef, *Giur. Libia*, II, 1; 24-28 aprile 1923, Meborah Debase c. Simeone Haggiag, *Ibidem*, 15; 27 giugno 1923, ben Halim c. ben Hatua, *Ibidem*, 243.

(3) Cfr. la sentenza A. Tripoli, 15-21 gennaio 1920 ora citata.

(4) Vedi la sentenza già ricordata del 27 giugno 1923, loc. cit.

Appena occorre avvertire che l'una e l'altra decisione non sono determinate da una precisa norma di conflitto ma dai criteri contingenti, ai quali il giudice si è ispirato nel suo prudente arbitrio, e ch'esse non intaccano il principio, già altre volte ricordato, del pieno vigore della *Megellah* e di altre leggi ottomane per quanto riguarda la sussistenza e la natura di taluni diritti reali preesistenti alla nostra occupazione.

16. Merita un cenno il conflitto fra la legge scritta e le consuetudini degli Ebrei libici.

Come tutti gli altri correligionari essi sono innanzi tutto tenuti a seguire i precetti della legge scritta (*Torà she-bbi-chtàb*) e, quindi, tutte le norme contenute nella *Mishnà* e nel suo commento, la *Ghemarà*, che, s'è detto, costituiscono insieme il *Talmùd*. Il loro testo di legge è lo *Shulhàn Arùch*. Ma accanto le norme scritte vige in Libia, come del resto in altri paesi, la legge orale (*Torà she-bbe-al-pè*), composta in gran parte da consuetudini che, pur non poggiando sulla Bibbia nè emanando da un'autorità riconosciuta, hanno per sè il comune consenso ⁽¹⁾. Queste consuetudini sono dette *minhaghìm*. E' noto, infatti, che gli Ebrei libici, mentre applicano integralmente delle quattro parti o *turìm*, nelle quali è diviso lo *Shulhàn Arùch*, quella che contiene le norme del diritto civile (*Hoshen ha-mmishpàt*), se ne discostano per quel che riguarda taluni usi liturgici (*Orah hajjim*) ed il diritto matrimoniale (*Eben ha-ezer*).

Le divergenze, per quest'ultima parte, sono spesso assai gravi: così mentre il diritto ebraico comune stabilisce che il marito eredita tutti i beni della moglie premorta, secondo le tradizioni degli Ebrei libici il marito non eredita dalla moglie; così anche la vedova non può vendere i beni ereditari per procurarsi gli alimenti senza l'intervento del tribunale rabbinico ed, infine, contrariamente agli usi degli Ebrei d'Europa, quelli libici conservano il diritto di rimandare o ripudiare la moglie anche non consenziente e possono praticare la poligamia.

Ora qual'è il valore di queste e di tante altre consuetudini locali di fronte al diritto ebraico classico? Se hanno il comune

(1) Cfr. M. COHEN e M. M. MORENO, *Gli Ebrei in Libia (Usi e costumi)*, op. cit., pag. 17.

consenso esse prevalgono sulla legge ⁽¹⁾. Ma perchè ciò avvenga è necessario che le consuetudini non soltanto siano consacrate da una pratica generale e costante ma siano anche approvate e sanzionate dal Consiglio delle diverse comunità. Solo gli anziani possono darvi valore e questo avviene con apposite deliberazioni (*haskamà*) trascritte nei registri delle comunità stesse.

17. Un conflitto assai più interessante è quello fra i diversi sistemi o scuole di diritto musulmano e le consuetudini delle popolazioni musulmane.

Esso è il risultato della resistenza che, non soltanto in Libia ma in tutta l'A. O. I., le consuetudini locali oppongono alla legge musulmana e del contrasto che viene a determinarsi fra le une e l'altra. I nostri studiosi hanno ormai messo in piena luce questo fatto ⁽¹⁾. Dalle loro ricerche noi sappiamo che in Libia accanto le norme della scuola *mâlikita* vigono, nelle popolazioni musulmane, consuetudini, usi tradizionali da esse tenacemente seguite: sono le *daràib* ⁽²⁾ non scritte ma affidate alla tradizione orale, proprie di una vasta area etnica o particolari ad un determinato gruppo, con efficacia non soltanto in materia penale (vendetta del sangue, *dijah*) ma in tanti altri rapporti di diritto privato (matrimonio, successione ereditaria, proprietà della terra ⁽³⁾, ecc.), miste talune di norme musulmane e di norme di puro diritto gentilizio, derivanti altre solo da quest'ultimo e spesso in aperto contrasto con quelle.

Quanto, poi, alla Somalia indagini recenti dimostrano come la distinzione tra diritto musulmano (*shariah*) e consuetudine somala (*destur*) che, accolta nel primo ordinamento giudiziario

(1) Ma, più che in forza di un principio generale, per effetto di una norma d'interpretazione della volontà delle parti. In questo senso vedi I. JACQUEY, *Du régime matrimonial des israélites non citoyens français et en particulier des israélites marocains, mariés en Algérie*, in *Revue algérienne*, 1886, I, pag. 65.

(1) Vedi in proposito E. CERULLI, *Note sul movimento musulmano nella Somalia*, in *Riv. Studi orientali*, 1923, pag. 32 e segg.; M. COLUCCI, voce *Diritto consuetudinario coloniale*, nel *Nuovo Digesto Italiano*; E. SAVARESE, *Le terre della Cirenaica secondo la legislazione fondiaria ottomana e le consuetudini delle tribù*, op. cit., pag. 151 e segg.

(2) Cfr. M. COLUCCI, voce *Daraib*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

(3) Così avviene che la legge territoriale italiana, quale l'ordinamento fondiario, si trovi in contrasto con le consuetudini, in materia di terre, di talune tribù della Cirenaica: cfr. su questo punto E. SAVARESE, op. cit., pag. 163.

del 1911, ha avuto nuova conferma nell'ultimo (art. 59 R. D. 20 giugno 1935, n. 1638) trova riscontro nelle numerose e gravi differenze che il diritto locale presenta col diritto musulmano: nei rapporti di famiglia, anche qui, e nel matrimonio (istituto del *masafo*, ecc.), nel regime delle successioni, almeno quanto ai beni immobili, nelle questioni di prezzo del sangue, ecc. Non a torto, per rilevare maggiormente queste differenze, si è osservato che il diritto somalo, con la costituzione delle tribù, è proprio nello stadio iniziale da cui parte il diritto musulmano.

Grave si presenta, dunque, il problema del contatto fra il diritto musulmano e le consuetudini locali e della soluzione dei conflitti che inevitabilmente ne derivano. Esso ha un aspetto di politica legislativa ed un aspetto prettamente giuridico.

Sotto il primo punto così intimamente connesso con l'altro qui basta osservare che il problema si presenta tal quale è sorto anche in altre colonie straniere (Algeria, Senegal, ecc.), nelle quali il diritto musulmano coesiste od è chiamato a coesistere con le consuetudini delle popolazioni musulmane. Ora tutte le volte che si è voluto far prevalere il diritto musulmano sulle consuetudini dei nativi anch'essi musulmani non si sono avute che critiche e lagnanze. Il così detto « islamizzazione », massime se totale, dà luogo assai spesso ad inconvenienti e non è accetto nemmeno agli stessi musulmani. L'applicazione ai nativi algerini di un diritto strettamente musulmano, la formazione di giudici indigeni mediante l'insegnamento dei principii di quel diritto, il richiamo in vigore di autori, di scritti o di teorie ormai dimenticate o sorpassate, hanno esercitato, a giudizio dei più, una non benefica influenza su quei nativi: essi sono stati « islamizzati » di nuovo e non v'è dubbio che, socialmente, sono oggi, forse, più lontani dal popolo colonizzatore di quanto non lo fossero al tempo della conquista.

Importa, poi, considerare che, vivendo a contatto col diritto musulmano, le consuetudini dei nativi musulmani lo hanno a poco a poco modificato ed, in taluni punti, anche migliorato: se esso dovesse, quindi, prevalere integralmente sulle consuetudini, i nativi verrebbero assai spesso privati dei miglioramenti così via via conseguiti e subirebbero inevitabilmente un arresto nell'evoluzione delle loro istituzioni. E' chiaro che questa osservazione vale per alcuni istituti che, massime nel campo delle obbligazioni,

sono stati, sotto la spinta dei bisogni del traffico o dell'agricoltura e dei cresciuti rapporti con i cittadini metropolitani e stranieri, profondamente ammodernati: non per taluni altri, come, ad esempio, avviene nella Somalia, i quali erano e sono rimasti così addiettrati da poter facilmente essere assomigliati ai resti di norme preislamiche che il diritto musulmano ci presenta in alcuni casi.

Il problema giuridico, per quel che attiene al conflitto, risulta diverso dal modo in cui esso sorge, nei rapporti tra legge e consuetudine, nella legislazione patria. Le leggi dei nativi, siano scritte o consuetudinarie, sono poste dal nostro legislatore sullo stesso piano, non v'è una gerarchia fra esse e costituiscono entrambe il diritto indigeno riconosciuto e mantenuto, entro dati limiti, in vigore. Le consuetudini, poi, sono in gran parte autonome e spesse volte non hanno subito l'influenza nè hanno contribuito all'applicazione del diritto musulmano o di altri diritti scritti. Le distinzioni e le regole che, nelle fonti del nostro diritto, si fanno di una consuetudine *secundum legem*, di una consuetudine *praeter legem* o *contra legem*, dunque, mal si attaglierebbero alla questione. Essa va qui risolta in altro modo.

Nella Libia, nelle popolazioni ad ordinamento tribulizio o beduine, la consuetudine è qualcosa di più di una fonte di diritto parallela ed indipendente dalla legge musulmana. E' la norma unica o principale e la stessa *shariah* è fonte sussidiaria. Qui il sistema, dunque, è capovolto ed invano potrebbe invocarsi la *shariah* contro la consuetudine: alla *shariah* può ricorrersi solo quando manchi la consuetudine da applicarsi o quando più consuetudini siano in contrasto tra loro ed occorra trovare la norma per dirimerle ⁽¹⁾. Quanto, invece, alle consuetudini formatesi presso altre popolazioni o nei centri urbani, dove più stretto e più frequente è stato ed è il contatto col diritto musulmano, il conflitto fra il diritto musulmano e le consuetudini può essere sciolto secondo gli stessi concetti che i giuristi musulmani accolgono in questa materia.

La consuetudine (*urf*, *adah*) è da essi distinta in generale (*urf amm*) od in particolare (*urf hass*), cioè particolare ad un dato luogo: la prima è fonte di diritto, l'altra unicamente una base o norma, sulla quale il giureconsulto si può fondare purchè

(1) Cfr. la già ricordata voce *Daraib* del COLUCCI, loc. cit.

la regola non abbia nulla di contrario alla legge divina ⁽¹⁾. Importa, però, rilevare che la giurisprudenza musulmana si indirizza sempre più ad una tendenza liberale volta a considerare la consuetudine come fonte sussidiaria del diritto, a legittimarla indipendentemente dalle discrepanze ch'essa possa presentare o non col diritto classico.

Questo indirizzo è largamente applicato dalla scuola *mâlikita* e ciò spiega come nella pratica s'incontrino, anche in Libia, molti contratti (*igiaratein*, *khelù el-intifaa*, *inzal*, *mugarasah*, ecc.), i quali sono ignoti ai trattati classici. Sono contratti basati soltanto sulle consuetudini locali ⁽²⁾ e pertanto respinti come illegali da tutti i giuristi *mâlikiti* relativamente antichi; solo i posteriori, cedendo all'autorità dell'uso, cominciarono ad ammetterli sulla base dell'interesse generale della comunità, onde la loro esposizione si trova solo in trattati piuttosto recenti. Lo stesso potrebbe dirsi per tanti altri rapporti obbligatori, diritti reali, ecc. V'è, dunque un diritto nuovissimo di molta importanza pratica ⁽³⁾ ch'è formato, nella sua quasi totalità, di consuetudini.

Quelle stesse ragioni di necessità, di utilità, ecc. che secondo i giureconsulti musulmani consigliano l'accoglimento della consuetudine e la sua stessa prevalenza sulla legge, tranne che non urti contro i principii fondamentali di essa, dimostrano, quanto alla Somalia, come il conflitto fra il diritto musulmano e quello consuetudinario locale non possa nemmeno qui essere risolto con criteri uniformi. Vi influiscono di più speciali considerazioni di ordine politico, sulle quali qui non è il caso di indugiare ⁽⁴⁾.

Vi sono istituti di diritto somalo, massime nei rapporti di

(1) Vedi D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, op. cit., pag. 38.

(2) Per questo carattere cfr. anche A. Tripoli, 28 maggio 1924, Mustafà ibn el Hag Abdullah ben Dan c. Consolato d'Inghilterra in Tripoli, *Giur. Libia*, II, 282. Cfr. anche per il *khelù el-intifaa*, A. Tripoli, 27 giugno 1926, Onorato c. Hag Muhtar Drera, *Giur. Libia*, III, 13.

(3) Cfr. D. SANTILLANA, op. cit., pag. 39 e così anche H. KRAMERS, *Droit de l'Islam et droit islamique*, in *Archives d'histoire du droit oriental*, t. I (1937), pag. 412 e segg.

(4) Cfr. E. CERULLI, *Note sul movimento musulmano nella Somalia*, loc. cit., pag. 36. Quanto alla conservazione delle consuetudini vedi anche le considerazioni d'ordine generale, delle quali è cenno in F. MAROI, *I diritti consuetudinari delle genti etiopiche e il diritto coloniale italiano*, loc. cit., pag. 7 e segg.

famiglia, ecc. per i quali il diritto musulmano risulta così evoluto che non è possibile che in caso di contrasto vi ceda il passo. Ma ve ne sono tanti altri, nei quali la consuetudine ha maggior valore del diritto musulmano teorico, è tenacemente seguita e non v'è, quindi, ragione alcuna perchè, in caso di conflitto, non debba esser preferita. Mutare quanto è già entrato nelle abitudini del luogo non sarebbe nè prudente nè conveniente; e ciò deve osservarsi soprattutto per quelle consuetudini del commercio e dell'agricoltura che risultano ormai consacrate da una pratica generale, costante e diuturna.

Il conflitto qui in esame è difficilmente visibile nella giurisprudenza ⁽¹⁾. Ci mancano le sentenze dei qâdî e nulla sappiamo di quelle dei residenti in Eritrea, i quali, come già si è detto, sono chiamati a conoscere di tutte le cause tra sudditi coloniali, nelle quali le parti siano di diversa religione od appartengano a diversi paesi o tribù o comunque dipendano da capi diversi. Giova, d'altra parte, rilevare, quanto alla Somalia, che il conflitto sfugge in pratica all'accertamento per un'altra ragione: i nativi, infatti, per evitare il rischio che la consuetudine da essi seguita non sia riconosciuta o debba cedere il campo al diritto musulmano usano sottoporre le loro controversie anziché al qâdî ai loro capi ed anziani. Accanto il procedimento ufficiale per *shariah* si ha così in Somalia l'arbitrato (*muslâ*), nel quale si applica unicamente la consuetudine locale. Egualmente nelle popolazioni libiche viventi in tribù, massime in Cirenaica, si suole ricorrere invece che al tribunale sciaraitico al *miaad* ⁽²⁾ dell'*âila*, specie di tribunale gentilizio, ordinario o speciale, composto di capi o notabili che decide anche qui secondo le tradizioni locali.

18. Identico a quello or ora studiato è, infine, il conflitto che sorge nell'A. O. I. fra il diritto scritto e quello consuetudinario delle popolazioni abissine.

Il diritto scritto abissino è costituito, nella sua quasi totalità, dal *Fetha Nagast*: pochi, s'è già detto, sono gli editti reali e quelli che conosciamo non hanno mai carattere generale ma

(1) Scarsissimi i giudicati in materia della Corte d'Appello di Tripoli e l'unico che ci è noto non scioglie il quesito: cfr. A. Tripoli, 20 luglio 1921, Berrebbi c. Gianab, *Giur. Libia*, II, 119.

(2) Cfr. M. COLUCCI, voce *Miaad*, nel *Nuovo Digesto Italiano*.

si riferiscono a materie speciali, prevalentemente ecclesiastiche e religiose. Le condizioni del paese, l'ordinamento dei suoi abitanti, le frequenti ribellioni, la scarsa autorità dei governatori e, soprattutto, la grande diversità delle popolazioni, dissomiglianti per razza, per origine, per religione, ecc. sono state causa della scarsa attività legislativa dei re abissini ed hanno impedito non solo che si formasse un diritto d'applicazione generale ma che almeno si potesse imporre una certa uniformità di usi ⁽¹⁾. Il *Fetha Nagast* che, s'è già detto, è la sola raccolta scritta di leggi civili e penali oltre che ecclesiastiche si trova così a competere solo con una grande massa di consuetudini autonome proprie di questo o quell'aggruppamento etnico, constatate quasi sempre per statuti locali, accettate per giuramento ed affidate unicamente alla memoria.

Nel conflitto fra le norme scritte del *Fetha Nagast* ed il diritto consuetudinario delle diverse genti prevale assai spesso quest'ultimo. Non v'è una norma precisa, in forza della quale la consuetudine debba prevalere sul precetto scritto, ma il fatto che le controversie fra i sudditi coloniali siano sottoposte ai capi indigeni fa sì che questi siano condotti con una certa frequenza a riconoscere più le consuetudini concordate nei loro statuti generali o particolari che non le disposizioni di una raccolta tanto vecchia quanto il *Fetha Nagast*, da essi considerato come un libro sacro, spesso nemmeno conosciuto e comunque estraneo alla loro vita. Il diritto contenuto nel *Fetha Nagast* ha carattere precisamente culturale ed aulico ⁽²⁾. Del resto della prevalenza dell'uso sul *Fetha Nagast* non mancano esempi anche nei giudizi celebrati dinanzi agli ecclesiastici, i quali si suppone che dovessero più degli altri prestarvi ossequio ⁽³⁾ e così anche in quelli tra sudditi coloniali che, in taluni casi (art. 32, n. 1 R. D. 20 giugno 1935, n. 1649) hanno luogo, invece che dinanzi ai capi indigeni, avanti i nostri commissari di governo o residenti.

Il conflitto non può verificarsi in tante altre popolazioni dell'ex Impero etiopico e così anche eritree, nelle quali, per es-

(1) Cfr. C. CONTI ROSSINI, *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, op. cit., pag. 50.

(2) Vedi A. POLLERA, *L'ordinamento della giustizia e la procedura indigena in Etiopia e in Eritrea*, Roma, 1913, pag. 17.

(3) Cfr. C. CONTI ROSSINI, op. cit., pag. 57.

sere assai lontane dai centri di residenza del sovrano, per la loro speciale costituzione, religione, ecc., il diritto scritto abissino non ha fatto alcuna presa ed esistono solo consuetudini giuridiche di lontano tipo abissino o del tutto diverse ed indipendenti. In quelle popolazioni il conflitto non può aver luogo che fra consuetudini e, qualora si verifichi, perchè manca uno statuto generale che regoli le varie comunità vicine o consociate nei rapporti delle une con le altre, non può essere risolto che con i criteri che già sono stati indicati a proposito del conflitto fra consuetudini.

CONCLUSIONE

Giunti al termine delle nostre ricerche, è bene dare uno sguardo alla via già percorsa.

Una prima osservazione che può farsi è che manca ancora, nella nostra legislazione, un sistema di norme che regoli i diversi conflitti di leggi nell'Africa Italiana. Se si tolgono quelle che sono state introdotte nei recenti ordinamenti giudiziari dell'Eritrea e della Somalia, estesi ormai a tutta l'A. O. I., e che regolano i conflitti fra la legge italiana e le leggi indigene, non v'è alcuna norma sia per il conflitto internazionale di leggi che per quello, assai più importante, che sorge fra i diversi sistemi giuridici indigeni. Quanto, poi, alla nostra giurisprudenza le sentenze rese in questa materia o sulle stesse questioni non sono ancora così abbondanti perchè ne possano essere osservate le tendenze e scoperti i legami che le uniscono e le differenze che le separano.

Non è, quindi, possibile prenderle a base, sia pure come decisioni di apparenza empirica, per cercare di costruire un sistema fondato in diritto e che possa essere il punto di partenza di nuove soluzioni. Alcuni principii, però, risultano ormai consolidati, tanto nella nostra giurisprudenza che, ugualmente, in quella straniera, e sono stati via via esposti, nei debiti luoghi.

Il problema dei conflitti di leggi nell'Africa Italiana, sotto l'aspetto legislativo, rimane, dunque, ancora in parte insoluto. Esso non è stato in alcun modo toccato dalle disposizioni preliminari del nuovo codice civile, le quali regolano i casi di diritto

internazionale privato, dei quali i giudici italiani debbano conoscere, e non il conflitto coloniale. Il compito a provvedervi rimane così sempre al legislatore coloniale ⁽¹⁾. Se il nostro legislatore s'indurrà un giorno a porvi mano, certamente converrebbe che lo facesse con un' unica legge speciale sui conflitti coloniali ⁽²⁾, la quale regoli, cioè, non solo il conflitto internazionale di leggi ma anche i conflitti fra la legge italiana e le leggi indigene e quelli fra i diversi sistemi giuridici indigeni. Occorrerebbe di più, perchè essa fosse completa, che prevedesse pure alcuni casi di conflitti interregionali, quali quelli che possono sorgere nella madrepatria fra le leggi metropolitane e le leggi personali dei nativi ed, eccezionalmente, fra le leggi coloniali e quelle metropolitane in colonia. Quanto al primo punto, e precisamente alla sfera di autorità dello statuto personale dei nativi nella madrepatria, taluni concetti che pure sembravano consolidati già cominciano ad alterarsi e vanno sottoposti a revisione ⁽³⁾.

Fino a che questo sistema di norme di conflitto mancherà conviene che il giudice abbia un largo potere di apprezzamento nella scelta delle diverse soluzioni che sono state esaminate ⁽⁴⁾. Siffatto potere suscita, è vero, vive apprensioni. Occorre vincerne: in una materia così duttile come quella della legislazione coloniale, sottoposta di continuo all' efficacia delle condizioni locali, ecc., il prudente arbitrio del giudice dev' essere, in fondo, accettato.

Se si vuole veramente mantenere la coesistenza di tanti e così diversi sistemi giuridici bisogna che, qualora manchi una precisa disposizione di legge, il giudice ricorra, per decidere il conflitto, all'analogia ed ai principii generali di diritto, non di-

(1) Ed è suo proprio. Già H. ROLIN ammoniva che, anche in questa materia, « la suprême sagesse des juristes c' est de renoncer à poser des règles »: cfr. *Compte rendu de la XXII Session tenue à Lisbonne les 18, 19 et 20 avril 1933*, op. cit., pag. 105.

(2) Aderisco così al concetto di UDINA, *Sui conflitti di legge nelle colonie italiane*, op. cit., pag. 46.

(3) Vedi, da una parte, A. CHAUSSE, *Du rôle international du domicile*, in *Clunet*, 1897, pag. 11 e, dall'altra, quel che ora osserva, a proposito di talune deviazioni della giurisprudenza francese, H. BATIFFOL, *Chronique de jurisprudence française 1935-1936*. *Conflit des lois*, loc. cit., pag. 426.

(4) Cfr. in questo senso anche MORESCO, in *Compte rendu de la XXII Session tenue à Lisbonne les 18, 19 e 20 avril 1933*, op. cit., pag. 103.

sgiunti da quelli che, scritti o non, presiedono alla colonizzazione ed, ove anche questi sussidi siano insufficienti, si valga dell' equità. Che in tal caso non vi sarebbe posto per l' equità, che per supplire al silenzio della legge non sarebbe dato, nel sistema del nostro codice, ricorrere all' equità suppletiva s' è già visto; ma in colonia tale concetto non può essere rigidamente seguito, massime nel conflitto fra i diversi sistemi giuridici indigeni. Occorre che anche l' equità abbia il suo posto e se si teme che una certa anarchia è inevitabile inconveniente dell' intervento dell' equità nell' amministrazione della giustizia, non si può, di rimando, dimenticare che molta anarchia è disordine ma un po' di anarchia è progresso ⁽¹⁾.

Questo lavoro incessante della giurisprudenza sulla materia viva dei casi pratici sarà, a fianco delle nuove leggi e dell' opera della dottrina, una delle fonti più feconde dell' arricchimento e del progresso, in questo come in altri campi, del diritto coloniale contemporaneo.

(1) Osservazione di J. CRUET, *La vie du droit et l' impuissance des lois*, Paris, 1908, pag. 84.

INDICE ANALITICO

(I numeri indicano le pagine del presente volume)

- ACTOR *sequitur forum rei*, 147.
Adah, 174.
Aila, 120, 176.
Algeria, 15, 28, 29, 51.
al - mutassarif bih, 87.
Alsazia e Lorena, 8, 10, 38, 56, 154.
an nizam at - tigari, 137.
Assimilati, 85.
Auqaf, 40, 60, 64, 161.
- BAIT *al - mâl*, 124.
Bait mâl al muslimin, 125.
Bet, 120.
Belgio, 8.
Bibliografia, XIII.
Bigamia, 13.
- CAPACITÀ, 109.
Caracalla (Legge di), 21.
Carta delle consuetudini, 12.
Cittadinanza italiana, conflitti in caso di acquisto, 111.
Clash of cultures, 33.
Clash of peoples, 33.
Clausola penale apposta alla promessa di matrimonio, 56, 57.
Clotario (Editto di), 69.
Conflitto coloniale, 11 - conflitto coloniale tipo, 13, 101 - aspetti e natura, 14, 103 - definizione, 18 - precedenti storici, 20.
Conflitto di annessione, 10.
Conflitto di leggi in colonia, principi di soluzione, 27.
- Conflitto di protezione, 4.
Conflitto fra consuetudini indigene, 158, 165.
Conflitto fra i diversi sistemi giuridici indigeni, 141 - norme di soluzione, 144.
Conflitto fra il diritto scritto e quello consuetudinario delle popolazioni abissine, 176.
Conflitto fra la legge italiana ed i sistemi giuridici esistenti in colonia, 104.
Conflitto fra la legge scritta e le consuetudini degli Ebrei libici, 171.
Conflitto fra la legislazione ottomana e la scuola mâlikita, 169.
Conflitto fra le diverse scuole di diritto musulmano, 159.
Conflitto fra le diverse scuole di diritto musulmano e le consuetudini delle popolazioni musulmane, 172.
Conflitto fra le leggi dei nativi di diversa religione o stirpe, 165.
Conflitto fra le leggi penali, 137.
Conflitto internazionale di leggi, 2 - diversità delle norme di soluzione, 80.
Conflitto interregionale, 6.
Commercio carovaniero, 60.
Commercium, 21.
Commodum possidendi, 147.
Competenza legislativa e giudiziaria per gli stranieri, 84.

- Condizioni locali, 57.
 Consuetudini indigene, conflitto, 158, 165 - sindacabilità in Casazione, 48.
 Convenuto (Prevalenza della legge del), 146.
 Convenzioni di diritto internazionale privato dell'Aja, 81.
 Conversione religiosa, 114.
Cujus religio eius lex, 24, 53.
- DARAIB, 14, 44, 171.
 Decreti legislativi, 37.
 Dediticii, 20.
Destur, 14, 43, 153, 173.
Dijah, 122, 138, 172.
Dimmi, 165, 168.
 Diritto bizantino, 45.
 Diritto comune del mondo islamico, 82.
 Diritto indigeno, nell'Eritrea ed in Etiopia, 41 - nella Somalia, 43 - nella Libia, 43 - recezione ed accertamento, 46.
 Divorzio, 92 - del cittadino libico musulmano nel regno, 18.
- EBEN *ha - ezer*, 45, 171.
 Ebrei, in Algeria, 30 - in Etiopia, 53 - in Libia, 45, 171.
 Egitto, 16.
 Equità, 154, 157, 180.
 Età, 87.
 Eupen e Malmédy, 8.
 Eversione delle leggi indigene, 29.
- FALLIMENTO, 134.
Fasch, 93.
Fatwâ, 164.
Fetha Nagast, 41, 175, 177.
Fiqh, 42, 60, 63, 159.
Firagh el - ginzaf, 66.
Firagh es - sorra, 66.
 Forma degli atti, 97, 116.
 Forme del processo, 118.
 Forme indigene nella celebrazione del matrimonio, 95.
- Francia, 7.
Fraus omnia corrumpit, 115.
- GET, 93.
Ghemara, 45, 171.
Gizyah, 165.
Giudizi de medietate linguae, 26, 27.
 Grecia, 7.
- HADD, 138, 139.
Harim, 95.
Haskamâ, 172.
Hatti imperiali, 39.
Hexabiblos, 46.
Hiyal, 66.
Hoshen ha - mmishpat, 45, 168, 171.
- IARA, 105.
Iddah, 92.
Igarah, 70.
Igiaratein, 175.
Ihtilaf Dar, 124.
Immatriculation, 69.
Impact, 33.
 Impedimenti matrimoniali, 88.
 Infortuni sul lavoro, 122.
 Insolvenza del debitore musulmano, 136.
Interracial conflict, 33.
Intergentiel recht, 33.
Inzal, 175.
- JUGOSLAVIA, 7, 8.
Jura novit curia, 47.
- KABILIA, 28.
Khelu el - intifaa, 175.
Kisas, 138.
Kitabi, 166.
Kuru, 92.
- LATINI coloniari, 21.
Leges cogentes, 79.
Leges datae, 21.
Leges provinciales, 21.

- Leggi dominanti e leggi subordinate, 50.
 Leggi d'ordine generale, 35.
 Leggi straniere nazionalizzate, 38.
 Leggi territoriali e leggi personali, 49.
Lettres d'exemption, 69.
Lex fori, 54, 55, 93, 118, 155, 156, 166.
Lex loci, 54, 98, 121, 122.
Lex loci actus, 28, 54, 155, 156, 167.
Lex patriae, 98.
Lex rei sitae, 26, 28, 98, 125, 155, 156, 167.
Locus regit actum, 26, 96.
 Lutto vedovile, 92.
- MADHHAB, 14, 42, 159.
Maglis tigari, 135.
Mahkamat as - shariah, 135.
Mahr, 13, 120.
Malik, 87.
Masafo, 173.
 Matrimonio, 110.
Megellah, 39, 130, 131, 132, 134, 170, 171.
 Meticci, 110.
Miaad, 44, 177.
Minhaghim, 45, 171.
Mishnâ, 45, 171.
Mohaia, 170.
Mufti, 164.
Mugarasah, 175.
Muqallid, 163.
Muslà, 177.
 Musulmani in Sicilia, 24.
Mutawalli, 64.
Mzab, 28.
Mzraa, 105.
- NAIB, 145.
Nazir, 64.
Nil, 44.
- OBBLIGAZIONI, 97, 119.
- Obbligazioni non contrattuali, 121.
 Oltre Giuba, 11.
 Opzione di giurisdizione, 73.
 Opzione di legislazione, 70.
Orah hajjim, 171.
 Ordine pubblico coloniale, 78.
- PALESTINA, 16.
 Passaggi da un sistema giuridico all'altro, 67.
 Personalità delle leggi, in colonia, 11 - nel medio evo, 22, 142.
 Poligamia, 89, 94.
 Polonia, 8.
 Prescrizione, 129.
 Prevalenza della legge italiana in caso di conflitto, 105 - della legge del convenuto, 146.
 Principii di diritto internazionale privato, applicazione analogica, 153.
 Professione del rito o sistema, 148.
Professiones juris, 69.
 Prove, 107.
 Proverbi giuridici, 43.
- QANUNNAMEH - *i erâzi*, 40.
 Qualificazione dei rapporti giuridici, 54.
- RAPPORTI di famiglia, 109.
 Rinvio, 56.
 Romania, 8.
- SERATA *Manghest*, 42.
 Servitù, 130.
 Sfera di efficacia, delle leggi italiane, 57 - del diritto indigeno, 60.
Shariah, 14, 60, 171, 174, 176.
Shirkah, 160.
Shufah, 14, 39, 56, 66, 131, 132, 133, 134, 160, 164, 168, 170.
Shulhân Arûch, 45, 168, 171.
Sinn arrushd, 88.

- Sistema giuridico dominante e sistema subordinato, 17.
 Sistemi giuridici nell'Africa Italiana, 48.
 Sistemi giuridici, momenti di collegamento, 53.
 Slovacchia, 8.
 Spagna, 7.
 Stati Uniti, 6.
 Stato, 109.
 Statuti (Teoria degli), 24.
 Statuti delle genti eritree, 42.
 Statuto personale, 64 - immobiliare, 125.
 Stranieri nell'Africa Italiana, 83.
 Successioni dei nativi, 122.
Surah, 91.
 Svizzera, 7.
- TAKLID, 161.
Talak, 93.
 Talmud, 45, 46, 171.
Tazir, 139.
Torà she - bbe - al - pè, 171.
Torà she - bbi - chtab, 171.
 Trasposizione delle consuetudini, 53.
 Tunisia, 15.
Turbatio sanguinis, 92.
- ULAMA, 145.
Urf, 175.
- WAKF, 129, 161, 162, 164, 165.
Wayêl, 43
Wuûl, 42.

Finito di stampare il 31 Gennaio 1943-XXI
 coi tipi dell'Officina Tipografica Vicentina.