



INSEGNAMENTO DI

DIRITTO PRIVATO COMPARATO

LEZIONE II

“LA CLASSIFICAZIONE DEGLI ORDINAMENTI”

PROF. CATERINA SIANO

Indice

1	La classificazione degli ordinamenti giuridici -----	3
2	I raggruppamenti proposti da René David-----	5
3	Le critiche alla classificazione di David -----	7
4	La contrapposizione tra <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i> -----	9
5	Il superamento della netta opposizione tra <i>Common law</i> e <i>Civil law</i> -----	12
6	Le origini storiche della contrapposizione tra <i>Common law</i> e <i>Civil law</i> e il motivi del suo ripensamento. La nozione di tradizione giuridica occidentale.-----	15



Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1 La classificazione degli ordinamenti giuridici

Appartiene alla tradizionale metodologia del comparatista illustrare le similitudini e le divergenze tra i vari ordinamenti giuridici ripartendoli o raggruppandoli secondo un criterio di classificazione che varia da autore ad autore.

Si tratta di un approccio consolidato, attualmente contestato dal punto di vista scientifico, ma estremamente utile sul piano didattico¹.

Molto importante è la classificazione di René David, illustre comparatista francese, al quale si deve la creazione della categoria concettuale delle “famiglie”, che per lungo tempo ha influenzato la dottrina comparatistica.

Egli muove dall’assunto che ogni ordinamento giuridico è un fenomeno complesso che non si esaurisce in un aggregato di regole, ma costituisce di fatto un “sistema”, nel senso che: utilizza una certa terminologia; raggruppa le norme secondo specifiche categorie; si avvale di particolari tecniche per formulare le regole e di particolari metodi per interpretarle; è legato ad una determinata concezione dell’ordine sociale e così via.

A tali differenze, tuttavia, si contrappone – secondo la sua opinione – un limitato numero di tipi di tecniche di elaborazione, di ragionamento e di interpretazione che, presentandosi come caratteristiche comuni a più sistemi, permettono di raggrupparli.

Accanto ai criteri formali, quali le fonti e la struttura dell’ordinamento, egli considera anche la tradizione, le ideologie, la filosofia sottostante a ciascun sistema, tutti fattori che contribuiscono ad individuare i caratteri di una determinata “famiglia” di sistemi.

Volendo semplificare diremo che le linee-guida della sua classificazione sono: a) la formazione storica; b) la struttura dell’ordinamento, e quindi l’apparato organico su cui esso p è fondato; c) le fonti del diritto.

Su queste basi, dunque, poggia la distinzione fondamentale tra la “famiglia” dei sistemi romano-germanici (o di *civil law*) e la “famiglia” dei sistemi di matrice anglosassone (detti di *common law*); a queste due grandi “famiglie” si affiancano altri raggruppamenti, quali ad esempio la “famiglia dei Paesi socialisti”, o il gruppo dei sistemi a base religiosa, quali ad esempio, il diritto musulmano, diritto indù, diritto ebraico.

La predetta classificazione ha avuto grande seguito nello studio dei sistemi giuridici comparati anche se non è stata del tutto esente da critiche.

¹ Cfr. G. Alpa, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004.

Vi sono stati, infatti, altri studiosi che hanno preferito utilizzare altri criteri classificatori. Tra questi Tito Ravà² che, ad esempio, si è soprattutto affidato alla netta contrapposizione tra formazioni giuridiche europee ed extraeuropee. Di là dalla collocazione geografica e dalla formazione storica e culturale degli ordinamenti, la predetta partizione mette in evidenza anche differenze di altro tipo; si evidenzia, in particolare, che gli ordinamenti europei si contraddistinguono per essere laici ed autosufficienti, a differenza degli ordinamenti musulmani ed induisti che sono, invece, asseritamente di origine rivelata e quindi fortemente intrisi di regole a sfondo religioso.

I giuristi operanti nei Paesi socialisti (oggi ex-socialisti) hanno, invece, adottato un diverso tipo di classificazione. Gyula Eörsi e Viktor Knapp insistono soprattutto sulle origini ideologiche e sugli scopi del diritto quali caratteri portanti della sua formazione. Più specificamente, il primo si preoccupa di distinguere i sistemi sulla base dei rapporti di produzione esistenti nei singoli Paesi, della proprietà dei mezzi di produzione e della distribuzione dei beni all'interno di una società, da cui deriva la divisione tra Paesi di "tipo socialista" e Paesi di "tipo capitalista". Il secondo, invece, utilizza la diversa concezione del ruolo del diritto per addivenire, più genericamente, alla partizione tra ordinamenti socialisti e ordinamenti "borghesi".

Appartiene a Zweigert e Kötz la proposta di indagare sullo *stile* degli ordinamenti e di usare tale criterio come metodo di classificazione di questi ultimi. Secondo costoro, lo stile è dato da un insieme di fattori quali: a) l'origine e l'evoluzione storica di un ordinamento; b) il predominante e caratteristico modo di pensare dei giuristi; c) gli istituti giuridici particolarmente caratterizzanti; d) le fonti del diritto e la loro interpretazione; e) i fattori ideologici. Tali parametri consentono di classificare i sistemi giuridici secondo un ordine più ampio rispetto a quelli fin qui esaminati e, pertanto, essi distinguono: il sistema romanistico; il sistema germanico; il sistema scandinavo; il sistema di common law; il sistema socialista; il sistema dell'estremo Oriente; il sistema islamico; il sistema induista.

² Cfr. T. Ravà, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982.

2 I raggruppamenti proposti da René David

Merita di essere particolarmente approfondita la classificazione operata negli anni '60 dallo studioso francese René David che è stato il primo comparatista ad evidenziare l'importanza di raggruppare gli ordinamenti per "famiglie". Dopo di lui, tutti gli studiosi si sono convinti della necessità di presentare gli ordinamenti secondo le loro somiglianze prima di affrontare qualsiasi analisi di diritto privato comparato.

È così che la "schedatura" degli ordinamenti è diventata una delle opzioni metodologiche più largamente adoperate.

Alcuni studiosi, criticando David, hanno provveduto a creare partizioni basate su criteri differenti; molti altri, invece, hanno direttamente adottato la classificazione del celebre studioso francese.

Quest'ultimo ha contrapposto i sistemi romano-germanici ai sistemi socialisti (allora molto fiorenti ed in espansione, oggi decaduti e perciò indicati come ex-socialisti), ai sistemi imperniati sul *common law* di origine inglese, ed alle altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto, fra cui campeggiano il diritto musulmano, il diritto indiano, i diritti dell'estremo Oriente (Cina e Giappone) e i diritti dell'Africa e del Madagascar.

La famiglia romano-germanica comprende innanzitutto i sistemi che dal XVIII secolo ad oggi, si sono sviluppati nel continente europeo. La più evidente caratteristica di tali sistemi è che essi appaiono codificati. Il loro connotato essenziale, tuttavia, non risiede nella codificazione, propria soltanto di alcune e non di tutte le branche dell'ordinamento; al contrario, esso è invece radicato nelle origini storiche di tali ordinamenti e nel fatto che i giuristi di tale area si sono formati in università in cui il diritto insegnato era un estratto del diritto giustiniano e del diritto canonico. È evidente allora, che il primo elemento della denominazione di tale raggruppamento è dato dall'identica fonte del diritto romano; il secondo, invece, deriva dall'intento di riconoscere il giusto risalto all'importante opera ermeneutica dei giuristi tedeschi, che hanno a lungo studiato ed insegnato il cosiddetto "*ius commune*".

I sistemi così formati hanno avuto nel tempo molti imitatori, sicché l'area in esame si è estesa in molte direzioni e, particolarmente verso l'Est europeo (Ungheria, Polonia, Serbia, Romania, Grecia), verso l'Asia, l'America latina e l'Africa.

I sistemi socialisti, invece, cominciarono ad esistere e ad acquistare contorni nitidi allorché Lenin, impadronitosi del potere in Russia indirizzò il Paese verso un'esperienza socialista. La

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

soluzione socialista implicava la statizzazione dei mezzi di produzione industriali, la collettivizzazione dei mezzi di produzione agricoli e la subalternità del contratto al piano di Stato; essa implicava, inoltre, l'adesione del potere ad una peculiare analisi della società e della storia, garantita dagli insegnamenti di K. Marx e F. Engels. Quest'analisi era chiamata ad ispirare le decisioni pratiche del potere, nonché a controllare la formulazione del dato giuridico. La vita della società si svolgeva in conformità degli impulsi provenienti dalla parte più evoluta dei lavoratori, riuniti nel partito comunista che promuoveva le candidature (uniche) a tutte le cariche politiche, amministrative e giudiziarie.

Il modello socialista si diffuse dall'Unione sovietica a molti Paesi dell'Est Europa, alla Cina, al Vietnam a Cuba; anche alcuni Paesi africani si proposero di imitarlo.

L'Inghilterra è invece la culla della terza grande famiglia, quella dei cosiddetti **sistemi di Common Law**.

Il *Common law*, originariamente formatosi in Inghilterra quale insieme di regole di diritto trasmesso per via consuetudinaria attraverso la ripetizione dei precedenti giudiziari, si è geograficamente diffuso in tutte le colonie inglesi, antiche e recenti. Esso accomuna quindi Gran Bretagna, Stati Uniti, Canada, India, Australia, Nuova Zelanda e molti Paesi africani.

Il giurista di quest'area non si è dunque formato sul diritto romano ma sul *common law*, quale diritto consuetudinario basato sulla regola madre del "precedente vincolante" (o regola dello *stare decisis*). Questa tradizione non è cessata e tuttora connota i sistemi appartenenti all'area in esame, anche se in essi non manca l'abbondanza di norme scritte che caratterizza i nostri tempi.

A livello mondiale, esistono poi alcuni ordinamenti, solitamente indicati come **sistemi "misti"** perché presentano sia elementi di tipo romanistico che di tipo angloamericano (così, ad esempio, il sistema scozzese, quello del) e che, in un certo senso, confermano la supremazia di questi due modelli.

Non bisogna dimenticare, però, che per quanto ampia sia stata la diffusione dei sistemi di tipo romano-germanico o fondati sul *common law*, buona parte del mondo adotta soluzioni di altra origine come, ad esempio, la "šarī'a islamica" che trae fondamento dalle convinzioni religiose. Tutti questi sistemi costituiscono, nella classificazione di David un'unica area a se stante³.

³ Il testo riproduce per larga parte le osservazioni di A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 14 e ss.

3 Le critiche alla classificazione di David

La classificazione di David ha ricevuto varie critiche.

Alcuni studiosi hanno, ad esempio, riconosciuto validità alla sua sistemazione per l'area del diritto privato, negando però che essa abbia un vero significato nell'area del diritto pubblico e specialmente del diritto costituzionale. Altri invece, hanno contestato al comparatista francese il non aver dedicato la giusta attenzione agli ordinamenti latinoamericani che per le loro specificità potrebbero costituire una "famiglia" a parte⁴.

In effetti, la più grande critica allo studio di David riguarda il suo carattere eurocentrico, ovvero, più precisamente il suo essere prevalentemente incentrato su Europa e Stati Uniti.

Si contesta, in pratica, l'aver confinato tutti gli ordinamenti extraeuropei in un capitolo residuale: David, infatti, pur non avendone fatto un'unica famiglia (le enormi differenze fra i vari ordinamenti non avrebbero consentito questa scelta) li ha inseriti nella sua opera in una partizione unica, trascurando di analizzare con maggiore dettaglio le caratteristiche specifiche.

Nel rigetto di questo eurocentrismo, si è proposto di distinguere tutti i sistemi in tre grandi categorie, a seconda che il diritto sia condizionato dal pensiero e dalla precettistica religiosi, filosofici o tradizionali, oppure sia condizionato dal potere di un partito portatore di una certa politica rigida, o infine che evolva in modo autonomo, assoggettando a sé in ugual misura il governato e il potere⁵.

Più di recente, invece, si è particolarmente contestata a David, la contrapposizione tra sistemi a base codificata e di impronta teorico-dogmatica (*Civil law*) e quelli a formazione giurisprudenziale, cioè fondati sulla vincolatività del precedente giudiziario (*Common law*). Questa dicotomia, infatti, non piace più ad una parte della moderna dottrina comparatistica⁶ per una serie di motivazioni: innanzitutto, perché si sono rivalutati i contatti storici tra il diritto inglese e quello continentale; poi, perché numerosi modelli tendono a scorrere dall'area anglo-americana (soprattutto nordamericana) a quella europea; ancora, perché si è notato che avvengono convergenze importanti e si creano continuamente settori di diritto uniforme; infine, perché si è

⁴ Cfr. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986, p. 53.

⁵ Cfr. U. Mattei, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in Studi in onore di G. Gorla, I, Milano, 1994, p. 775.

⁶ L'erosione dello schema tradizionale è incominciato con Gorla che, nella sua opera, ha particolarmente messo in rilievo i parallelismi fra il sistema inglese e quello europeo prerivoluzionario. La conclusione totalmente negativa è raggiunta, invece con Gordley,

preso coscienza del fatto che le divergenze fra il diritto anglo-americano e quello europeo-continentale riguardano più l'apparato concettuale, didattico ed espositivo predisposto per conoscere il diritto che non il contenuto delle norme ed i valori che queste ultime intendono garantire.

In definitiva, dunque, sembra opportuno sottolineare che la distinzione degli ordinamenti in famiglie o aggregazioni più o meno ampie, basate sui vari criteri di classificazione e cioè sulle origini ideologiche, sullo stile ecc., è di fatto una convenzione e pertanto, come tale soggetta ad essere superata.

Bisogna, infatti, considerare che esistono molteplici variabili che possono influenzare l'evoluzione di un sistema fino ad alterarne le caratteristiche di partenza; in altre parole, proprio attraverso la comparazione tra modelli è possibile riscontrare che da differenze intrinseche si sviluppino sostanziali similitudini e viceversa. Le prassi giurisprudenziali, ad esempio, possono alterare profondamente il significato di un testo normativo.

Per meglio comprendere quanto appena affermato, basti pensare alle differenze riscontrabili nel diritto contrattuale tra l'esperienza francese e quella belga che pure erano partite dal medesimo testo del *code civil* (codice civile francese). Per contro, dalla comparazione tra il sistema inglese e quello tedesco è possibile verificare che pur partendo da testi o da regole differenti, quali quelli operanti in Gran Bretagna e in Germania, si può addivenire a soluzioni giurisprudenziali praticamente identiche.

"Common law" v. "Civil law". Una distinzione che va scomparendo?, in Scritti in onore di R. Sacco, Milano, 1994, I, p. 599.

4 La contrapposizione tra *Civil Law* e *Common Law*

La contrapposizione tra Civil Law e Common Law, tra “famiglia” romano-germanica e ordinamenti fondati sul precedente, tra mentalità del *civilian* e mentalità del *common lawyer* costituisce, ancora oggi, uno dei capisaldi della comparazione e, sotto altro aspetto, uno dei principali ostacoli al procedimento di unificazione del cosiddetto “diritto europeo”.

Bisogna dire che a livello europeo un’unità sopranazionale del diritto e della scienza giuridica si è avuta soltanto nel tempo in cui il diritto romano si presentava quale fonte primaria per tutti i sistemi locali.

Da questo quadro, tuttavia, è sempre rimasto sostanzialmente escluso il diritto inglese che ha subito l’influenza della *scientia iuris* del continente europeo soltanto in minima parte.

Nel mondo anglosassone, infatti, si era sviluppata una tradizione giuridica – il cosiddetto *common law* – diversa rispetto a quella dei Paesi continentali, in quanto non basata sul dato normativo e sulla regola scritta ma sul precedente giudiziario.

Il sistema di *common law* è nato nel ‘600 in Inghilterra e si è propagato grazie alle colonizzazioni in America del Nord, in Asia, in India, in Africa, in Australia, Nuova Zelanda ecc.

Successivamente, un’ulteriore espansione di questo sistema si è verificata grazie all’influenza economico-politica degli Stati Uniti.

In linea generale, il *common law* si presenta ancora come un sistema unitario, nel senso che almeno in teoria, un precedente inglese può essere applicato da un giudice statunitense o indiano. Tale unitarietà si è conservata – almeno nelle apparenze – fino ai nostri giorni, grazie al fatto che ai Paesi appartenenti a quest’area è rimasto estraneo, in linea di principio, il dogma della nazionalità del diritto⁷.

Al contrario, l’unità giuridica del continente – data dalla medesima fonte del diritto romano – si è formalmente dissolta con l’inizio delle grandi codificazioni nazionali.

Tale periodo si aprì con l’emanazione – nel XVIII secolo – del codice prussiano, l’*Allgemeines Landrecht* (ALR), ma ha avuto la sua massima espressione nel XIX secolo con l’emanazione del *Code Civil* francese del 1804 – detto anche *code Napoleon* per il ruolo svolto dal

⁷ Di fatto, però, anche il *Common Law* si è progressivamente differenziato nei vari Paesi che hanno solo conservato un comune modo di formare e concepire il diritto. Cfr. F. Galgano, *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1998, p. 4.

grande statista nella fase di preparazione e di promulgazione dello stesso – e del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) tedesco del 1896, entrato però in vigore il 1° gennaio 1900. L'era delle codificazioni si è prolungata anche nel XX secolo con l'emanazione del codice svizzero (ZGB), del nuovo codice civile italiano del 1942 e del nuovo codice civile greco.

Nonostante tale fenomeno di “localizzazione” del diritto abbia così marcatamente contraddistinto le esperienze giuridiche dei Paesi dell'Europa continentale, non si può negare che essi hanno comunque conservato dei fattori comuni che consentono di identificarli in un unico raggruppamento.

Si parla, infatti di sistemi di *Civil law* (contrapposti a quelli di *Common law*) intendendo con tale denominazione indicare tutti i sistemi caratterizzati da un diritto di fonte legislativa, dove le norme giuridiche sono di formazione politica e i giudici hanno solo il compito di applicarle ai casi concreti, deducendo da esse la soluzione della controversia sottoposta al loro giudizio.

Per contro, nei Paesi di *Common Law* il diritto è di formazione prevalentemente giudiziaria; come si è detto, vale la regola dello *stare decisis*, per la quale il giudice, nel decidere il caso a lui sottoposto, è vincolato dai precedenti giudiziari, ossia dalle sentenze rese da altri giudici nel decidere casi analoghi.

In tali sistemi, sono i giudici, e non il legislatore, a creare il diritto e ciò si ripercuote anche sui i metodi di creazione delle regole: il giudice di *common law*, infatti, non crea il diritto con norme generali ed astratte come il legislatore di *civil law*, ma con regole ricavabili dal criterio (*ratio decidendi*) adottato per risolvere il singolo caso.

La reiterata applicazione del precedente vincolante comporta, inoltre, che la vera funzione “creatrice” si realizzi soltanto quando questi riesca a sottrarsi dall'autorità del precedente stesso. A questo scopo, nel sistema inglese sono previste sostanzialmente tre tecniche: 1) si può accusare il principio contenuto nel precedente giudiziario pertinente di essere viziato nella struttura e nel procedimento che ne ha determinato l'emanazione; 2) lo si può ritenere non pertinente al caso di specie (cosiddetta tecnica del ***distinguishing***) e 3) si può, più radicalmente, negare l'esistenza di presupposti che ne giustifichino la sopravvivenza (cosiddetto ***overruling***) espungendo così definitivamente il precedente dal panorama delle fonti.

Non v'è dubbio che un sistema che lasci al giudice, e quindi all'occasione del caso concreto, il compito di creazione del diritto diventi poco efficiente rispetto alle moderne esigenze sociali, economiche e politiche di un Paese. È per questo che anche nell'area di *Common law* ha acquisito progressiva importanza il formante legale.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

Per converso, nei Paesi a diritto legislativo (*Civil law*), i precedenti giudiziari, specialmente degli organi supremi, sebbene non vincolanti formalmente, hanno cominciato ad acquisire maggior peso nelle decisioni (cosiddetta “efficacia persuasiva del precedente”) e non è del tutto sporadica l’eventualità che attraverso il diritto pretorio si dia vita a nuove categorie giuridiche (si pensi, ad esempio, a quanto è accaduto in Italia con il cosiddetto “danno esistenziale”).

Si può, dunque, affermare che il rapporto tra le due grandi famiglie abbia abbandonato i requisiti di una vera e propria contrapposizione, per cui sembra logico tornare a rimarcare l’esistenza di un’unica **tradizione giuridica occidentale** (*Western Legal Tradition*).



5 Il superamento della netta opposizione tra *Common law* e *Civil law*⁸

La problematica attinente al raggruppamento delle diverse esperienze nelle cosiddette “famiglie”, costituisce uno dei punti focali della sistemologia tradizionale. Quest’ultima ha a lungo esplorato l’opposizione tra sistemi di *Civil law* sistemi di *Common law* fondata sul principio che la tradizione del diritto inglese si fosse evoluta su basi totalmente diverse rispetto a quella dell’Europa continentale.

I dati allora usati come criteri di demarcazione concernevano essenzialmente **l’assetto delle fonti**.

Secondo l’impostazione classica della comparazione giuridica, la differenza essenziale tra la famiglia di *Civil law* e quella di *Common law* consisteva appunto nel fatto che i sistemi della prima erano sistemi di diritto codificato mentre i diritti dei Paesi di *Common law* non lo erano. In altre parole, si conferiva particolare enfasi al dato che in questi ultimi la giurisprudenza (e non la legge) fosse pacificamente considerata come la fonte principale del diritto, e che, nonostante la regola del precedente vincolante, si attribuisse ad essa forza creatrice.

L’altra grande differenza tra le due predette “famiglie” si rinveniva, invece, nel fatto che mentre i sistemi di *Civil law* si presentavano come sistemi di diritto scritto, quelli di *Common law* apparivano come sistemi di diritto consuetudinario.

In seguito, la riflessione critica della dottrina più recente ha messo in evidenza che le suddette percezioni non sono più attuali.

Relativamente alle esperienze di *Civil law*, ad esempio, nessuno crede più che il codice civile sia la cifra riassuntiva di tutti gli elementi strutturali del sistema. Allo stesso modo, non è oggi più proponibile, riguardo ad alcun sistema di *Civil law* l’immagine della legge in senso formale quale unica fonte del diritto non essendo più materia di disputa il riconoscimento che il formante giurisprudenziale concorre con altri nella creazione di regole giuridiche.

Per quanto concerne i sistemi di *Common law*, basterà qui ricordare che oggi si percepisce con chiarezza come la loro evoluzione li abbia condotti a basare la produzione di regole sulla legge e non più soltanto sullo slancio creativo di una certa giurisprudenza. Qualificarli come sistemi a diritto consuetudinario sarebbe perciò erroneo. Nemmeno la forma del codice è rimasta

⁸ Il testo ripropone le argomentazioni di A. Gambaro – R. Sacco, Sistemi giuridici

estranea al panorama delle esperienze di *Common law*, da quando alcuni Stati americani si sono dotati di strumenti di questo tipo.

Del tutto peculiare è poi il successo dello *Uniform Commercial Code* attraverso il quale ha preso corpo negli Stati Uniti un diritto commerciale uniforme. Tale sistema normativo è il frutto di un fenomeno di unificazione cominciato attraverso la predisposizione, a livello federale, e l'adozione nei singoli Stati di specifiche leggi uniformi (ad esempio, quella del 1896 sui titoli negoziabili, o quella del 1906 sui titoli rappresentativi di merci e sulla vendita) che hanno via via preso il posto delle eterogenee leggi statali. Elaborato tra il 1943 e il 1952 lo *Uniform Commercial Code* si presenta oggi come legge federale per i rapporti fra soggetti di Stati diversi e, al contempo, modello di legislazione interna quanto ai rapporti fra soggetti di un medesimo Stato. Sotto il profilo contenutistico esso può essere considerato alla stregua di un codice delle obbligazioni e dei contratti⁹ ed ha il grande merito di aver consentito al giurista americano di familiarizzare con la problematica tipica dell'interpretazione di un *corpus* di norme sistematicamente organizzato contribuendo ad accorciare le distanze tra la mentalità del giurista di *Civil law* rispetto a quello di *Common law*.

Neppure le differenze relative al formante giurisprudenziale si presentano oggi così marcate come un tempo. Da un lato, infatti, alcune corti supreme di Paesi di *Civil law*, come ad esempio la Corte di Cassazione francese o quella italiana, sono piuttosto attente al valore dei propri precedenti che influenzano indubbiamente anche le corti di merito; dall'altro, analizzando attentamente i sistemi di *Common law* ci si è resi conto di come il rispetto del precedente giudiziario sia in realtà un vincolo assai elastico.

È chiaro, allora, che tra un sistema che di fatto rispetta le decisioni precedenti ed un altro che, pur dichiarando di volerle rispettare, tuttavia contorni tale principio con una serie di eccezioni, le differenze divengono alquanto sottili.

Quanto appena affermato circa l'inidoneità del sistema delle fonti a fungere da demarcatore sistemologico tra *Civil law* e *Common law* è confermato da un altro dato rilevante: l'**avvento del costituzionalismo**.

Oggi molti Stati dell'Europa continentale – Italia, Austria, Germania, Spagna, Portogallo – risultano dotati di Costituzioni rigide, munite di sindacato di costituzionalità sulle leggi che viene demandato ad un'apposita Corte Costituzionale.

comparati, Torino, 1999, p. 44.

⁹ Così afferma F. Galgano, *Atlante di diritto comparato*, op. cit., p. 40.

Seppur con alcune differenze, questo assetto costituzionale ripete sostanzialmente il modello americano ed implica l'esistenza di un livello di legalità superiore alla volontà del singolo parlamento il quale, quando emana una qualsiasi legge in senso formale, non può essere più concepito come il veicolo di manifestazione della suprema volontà generale della nazione, ma come un organo che nell'esercitare il proprio potere legislativo è vincolato da norme, principi e valori che si collocano ad un livello superiore¹⁰.

La costituzionalizzazione degli ordinamenti attuali ha condotto a scoprire che la scala dei valori di cui essi si fanno portatori e tutori è sostanzialmente comune a tutti i sistemi occidentali a prescindere dalla distinzione sistemologica tra esperienze di *Civil law* e *Common law*.

I fondamenti della democrazia rappresentativa, i grandi principi dell'eguaglianza di fronte alla legge, della libertà di espressione, della laicità dello Stato sono ugualmente presenti in tutti gli ordinamenti giuridici occidentali. D'altro canto, anche sotto il profilo storico, l'evoluzione delle esperienze giuridiche sia di *Common law* che di *Civil law* mostra non solo i segni di una similitudine di fondo ma anche quelli di una certa sincronia nelle direzioni di sviluppo.

Per meglio comprendere quanto appena affermato, si considerino ad esempio i grandi movimenti a favore di una migliore tutela dei diritti dei lavoratori e delle donne: questi ultimi, che altro non sono che l'accentuazione del generale principio di uguaglianza, hanno sicuramente percorso i grandi sistemi giuridici occidentali nel medesimo periodo; del pari è accaduto per il problema di una più accurata tutela dell'ambiente e così via per un vasto numero di tematiche a sfondo sociale ed economico.

Le medesime considerazioni potrebbero, infatti, ripetersi per problematiche più attuali, da quelle tecniche relative, ad esempio, al campo commerciale a quelle legate invece all'universo dei valori, quali ad esempio la bioetica.

¹⁰ Cfr. A. Gambaro – R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1999, p. 47.

6 Le origini storiche della contrapposizione tra *Common law* e *Civil law* e il motivi del suo ripensamento. La nozione di tradizione giuridica occidentale.

Concettualmente si definisce tradizione giuridica l'insieme dei modi di pensare, applicare, insegnare il diritto che siano storicamente condizionati e profondamente radicati nella mentalità giuridica. Questa definizione sottolinea, quindi, la correlazione tra tradizione giuridica e cultura, anzi pone il fenomeno giuridico all'interno di una cultura radicata in una determinata civiltà.

Orbene se si collegano i motivi di critica relativi alla netta contrapposizione tra *Common law* e *Civil law*, ci si avvede che essi segnalano la presenza sia di un sostrato politico-culturale comune che di linee evolutive convergenti verso un'unica meta.

Ciò che differenzia le due esperienze, quindi, è soltanto la base tecnico-giuridica, sostanzialmente riconducibile alla diversa formazione storica delle due esperienze poste a confronto.

Nel quadro della dottrina comparatistica, due sono le ricostruzioni storiche che meritano di essere ricordate in questa sede.

Una prima¹¹ conduce a rilevare come nell'alto medioevo, ovvero tra i secoli V ed XI si sia creata in Europa una vasta area di diritto comune, nel senso che tutte le diverse organizzazioni politiche presenti sul territorio si sono evolute utilizzando i medesimi modelli organizzativi e procedurali. L'importanza di questa ricostruzione si coglie non tanto nella rivendicazione dell'esistenza di un diritto comune europeo altomedioevale, perché questo dato potrebbe essere ricondotto ad un innegabile primitivismo del mondo giuridico di quei secoli, quanto alla sottolineatura del carattere dinamico insito in quella esperienza. Tale carattere si ricollega alla fusione di vari elementi sia tardo romani che germanici, nel senso che, procedure, legislazioni, linguaggi, forme e formule erano largamente riconducibili a modelli comuni dell'intera Europa cattolica; un territorio che abbracciava tutta l'Europa occidentale, comprese le isole Britanniche, l'Islanda, la Scandinavia e le regioni centrali fino al confine con la civiltà bizantina-ortodossa. Il carattere dinamico di questo diritto comune europeo altomedioevale non è derivato solo dalla

¹¹ Cfr. M. Lupoi, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994.

mescolanza di mentalità diverse ma anche dalla natura aperta dei sistemi giuridici il cui contenuto era il continuo frutto della concorrenza fra fonti diverse: ecclesiastiche, laiche, regie e consuetudinarie.

La diversità tra *Civil law* e *Common law* si sarebbe così sviluppata a partire dal ceppo comune altomedioevale, e ciò spiegherebbe la consonanza di valori di fondo con la dissimilitudine di forme tecniche di espressione. In quest'ottica risulta anche agevole scorgere come mentre il diritto inglese non è altro che la prosecuzione in forme organizzative sempre più ricche e complesse di istituti tecnici del diritto comune altomedioevale, la frattura è addebitabile alla diffusione della *scientia juris* la quale ha improntato di sé, delle sue categorie ordinanti e dei suoi metodi scientifici di pensare la tradizione di *Civil law*.

La seconda ricostruzione storica che ha destato interesse¹² concepisce sia la tradizione di *Civil law* che quella di *Common law* come espressioni di una medesima tradizione giuridica di fondo, chiamata appunto **tradizione giuridica occidentale**, ed incentra la sua attenzione principalmente sulla svolta avvenuta tra l'XI e il XII secolo.

In sintesi, tale ricostruzione presenta il pregio non solo di aver individuato le radici comuni della civiltà occidentale ma di aver anche chiarito come la mentalità occidentale abbia assegnato al diritto uno spazio autonomo sopraordinato alla dimensione delle scelte puramente politiche.

Il dato di maggior contatto tra le due diverse esperienze viene principalmente individuato nel fatto che il diritto viene concepito come ambito autonomo rispetto alla politica e alla religione, nel senso che queste ultime possono sì influire sul primo ma non si identificano in esso.

Come conseguenza di questa autonomia, l'amministrazione dello spazio giuridico viene affidata ad un ceto di professionisti i quali svolgono attività legali sulla base di una cultura specialistica, usano un proprio linguaggio settoriale e sviluppano una propria cultura ed una propria letteratura. Il patrimonio di conoscenze e di tecniche idonee ad acquisirle formato da questi specialisti del diritto diviene un formante organizzativo del sistema, nel senso che mentre da un lato tali conoscenze descrivono l'insieme delle regole e delle istituzioni giuridiche vigenti, dall'altro queste ultime divengono percepibili solo attraverso il sistema di concetti che serve per conoscerle professionalmente e, per conseguenza, le regole stesse vengono trasformate in apparato concettuale dei giuristi. Ciò tanto più che nella tradizione giuridica occidentale il diritto viene concepito come un insieme coerente ed organico. Questo *corpus* risulta, inoltre, capace di autosvilupparsi e

¹² Cfr. Barman, *Law and Revolution. The formation of Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, 1983.

comprende al suo interno meccanismi di autoregolazione i quali ne promuovono l'adattamento al mutare delle circostanze esterne.

Sotto altro aspetto, la tradizione giuridica occidentale è parte integrante della stessa civiltà occidentale e non v'è dubbio che anche una conoscenza superficiale della storia europea aiuta a percepire come non sia mai esistita una civiltà inglese separata dalla civiltà dell'Europa continentale.

Da quanto si è indicato discendono, dunque, le due caratteristiche fondamentali della tradizione giuridica occidentale.

La prima consiste nel postulato secondo il quale le singole regole sono intelligibili solo quando siano collocate nel contesto di procedure ed istituzioni concettualmente coordinate.

La seconda consiste invece nel postulato per cui la legalità è superiore alla sovranità, nel senso che la volontà politica non può sovvertire l'ordine legale che, appunto, prevede apposite procedure per consentire alla prima di esprimersi legalmente. Per converso, l'esistenza di tali procedure atte a fornire un canale di espressione legale alla volontà politica implica che la pura volontà soggettiva del sovrano – sia esso singolo ovvero corpo collettivo, come il popolo nelle moderne democrazie – non è da sola sufficiente a fondare una regola di diritto.

L'aspetto più profondo di tale ricostruzione storica consiste, dunque, nell'aver sottolineato con vigore il rapporto dialettico tra la civiltà occidentale e la sua tradizione giuridica, collocando storicamente la seconda come il frutto della prima, ma evidenziando al contempo come la tradizione giuridica sia un pilastro fondamentale della nostra civiltà.

In questa direzione si possono cogliere le radici storiche del dato oggi giorno eclatante della presenza di valori comuni.

D'altra parte la relativa autonomia del diritto rispetto alla sfera religiosa e politica consente di collocare in un quadro di valori tendenzialmente unitari le differenze di struttura tecnica, di categorie ordinanti e di nomenclatura specifica, quotidianamente riscontrabili nel dialogo tra *civil lawyers* e *common lawyers*. Questi ultimi si identificano nella medesima tradizione giuridica, nella quale appunto l'autonomia del "mondo giuridico" è un valore fondamentale.

Tutte le osservazioni che precedono costituiscono motivi di forte perplessità circa la distinzione, che prima appariva così netta ed evidente, tra le due famiglie fin qui analizzate.

D'altra parte, però, rinunciare del tutto ad una demarcazione sistemologica tra *Civil law* e *Common law* non pare una giusta opzione metodologica perché non appena la ricerca comparatistica si spinge ad esaminare la struttura tecnica di qualunque istituto giuridico emergono

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

nuovamente sostanziali differenze. Per questo motivo nel corso delle successive lezioni si continuerà a fare riferimento alle due diverse “famiglie” prevalentemente come termini opposti e disgiuntivi del confronto.



Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1. Civil law e common law (particolare)



1. Legenda

I Paesi di civil law sono indicati in grigio; quelli di common law in azzurro.



Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1. Civil law e common law (particolare)



1. Legenda

I Paesi di **civil law** sono indicati in grigio; quelli di **common law** in azzurro.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1. Civil law e common law (particolare)



1. Legenda

I Paesi di **civil law** sono indicati in grigio; quelli di **common law** in azzurro.

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1. Civil law e common law (particolare)**1. Legenda**

*I Paesi di **civil law** sono indicati in grigio; quelli di **common law** in azzurro.*

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)

1. Civil law e common law



1. Legenda

I Paesi di civil law sono indicati in grigio; quelli di common law in azzurro.

Sommario

- I. Generalità
- II. Il precedente giudiziario nel sistema inglese
 1. Vincolatività interna ed esterna del precedente; 2. Persuasività del precedente; 3. La ratio decidendi; 4. Gli obiter dicta; 5. Le opinions; 6. Il distinguishing e le altre eccezioni allo stare decisis
- III. Stare decisis negli Stati Uniti
 1. Introduzione; 2. Atteggiamenti elastici e rigidi di fronte a stare decisis; 3. Fattori che agiscono sul

rigore dell'obbligo stare decisis; 4. L'organizzazione della giustizia negli Stati Uniti; 5. Le corti statali; 6. Corti federali inferiori; 7. Tecniche di lavoro sul diritto precedente; 8. Anticipatory overruling; 9. Prospective overruling

IV. Stare decisis nel restante mondo di common law

1. Australia; 2. Canada; 3. India; 4. Irlanda; 5. Nuova Zelanda; 6. Scozia; 7. Osservazioni conclusive

V. Il precedente giudiziario in civil law

1. Il diritto di creazione giudiziaria; 2. La «volubile» giurisprudenza continentale

PEGASO
Università Telematica

Attenzione! Questo materiale didattico è per uso personale dello studente ed è coperto da copyright. Ne è severamente vietata la riproduzione o il riutilizzo anche parziale, ai sensi e per gli effetti della legge sul diritto d'autore (L. 22.04.1941/n. 633)