TRA CIVIL LAW E COMMON LAW

LUANA FIERRO

LA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE

L'OPPOSIZIONE TRA COMMON LAW E CIVIL LAW

- La comparazione giuridica si imbatte spesso nella contrapposizione tra

common law → tutte quelle esperienze che hanno la loro **radice** nel dir. Inglese medioevale e moderno – Inghilterra, Irlanda, Canada (escluso il Quebec), USA, Australia, Nuova Zelanda

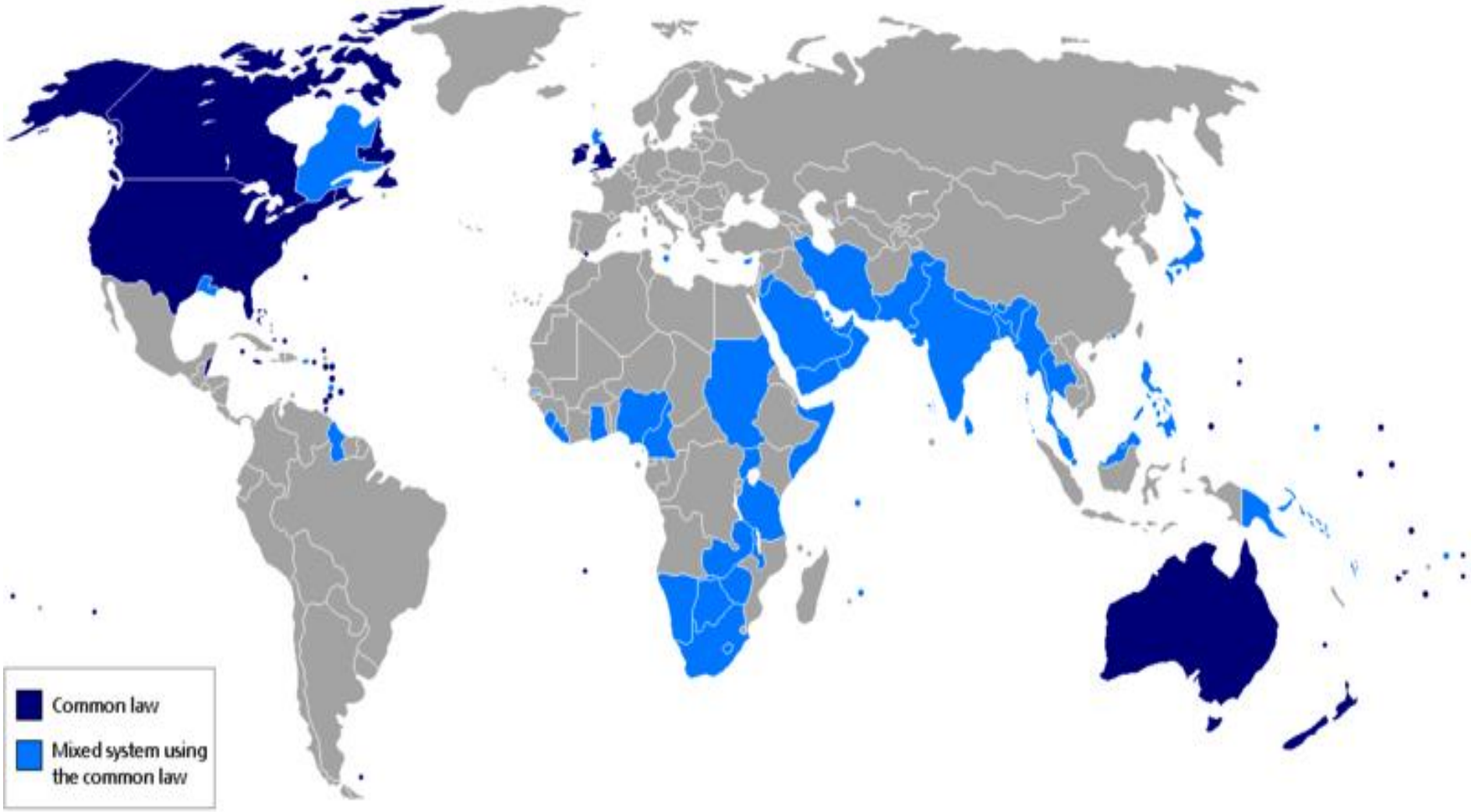
civil law → quelle esperienze germogliate in **epoca medievale nell'Europa Continentale.** Quest'ultime diversamente dalle esp. Common law, in virtù dell'evoluzione subita, si sono differenziate al loro interno

Sottofamiglie

Sono state così creare delle sottofamiglie i cui tratti caratteristici sono la:

- O la tradizione latina
- o " germanica
- o " nordica
- o " post-socialista
- o " latino-americana

Diffusione Common Law



Diffusione globale

Europäischen Vertragsrechts

Reinhard Zimmermann

Nel common law

- La **radice** è data dal diritto sviluppatosi in Inghilterra a partire dal **1066** (battaglia di Hastings e conseguenziale conquista normanna) generato dalle Corti istituite dai re normanni e dai successori

→ ed in seguito questo diritto è stato **trapiantato** in altre parti del mondo, grazie all'opera dei coloni, ed ha subito, a seconda dei territori e degli eventi, evoluzioni differenti

Nel civil law

- La **radice è il dir. Romano**, ma anche la sua riscoperta avvenuta nell'XI secolo grazie alle attività dell'Università di Bologna

difatti la **tradizione romanistica** è rintraccibile sia nelle:

tradizioni giuridiche dell'Europa continentale

- **che in quelle dell'America Latina**

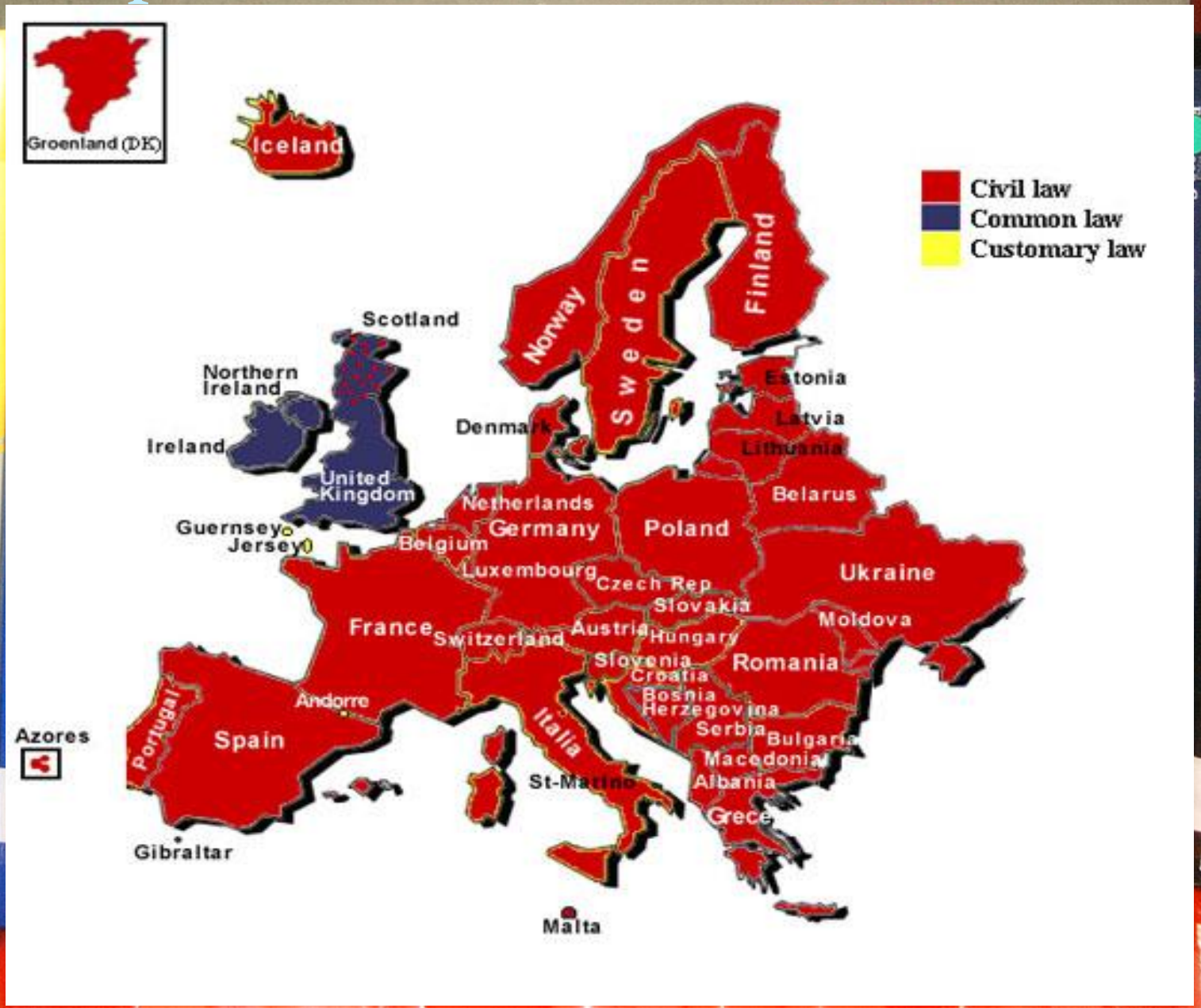
Ma anche in quelle esperienze che in epoca contemporanea hanno preso elementi da modelli europei nell'intento di **modernizzare il proprio** sistema giuridico – Turchia - Giappone

Base comune – medesima civiltà

- Ma guardando alle 2 tradizioni – civil law e common law – ciò che emerge subito è come siano 2 entità perfetta**mente distinte e separate,** ma sono cmq legate

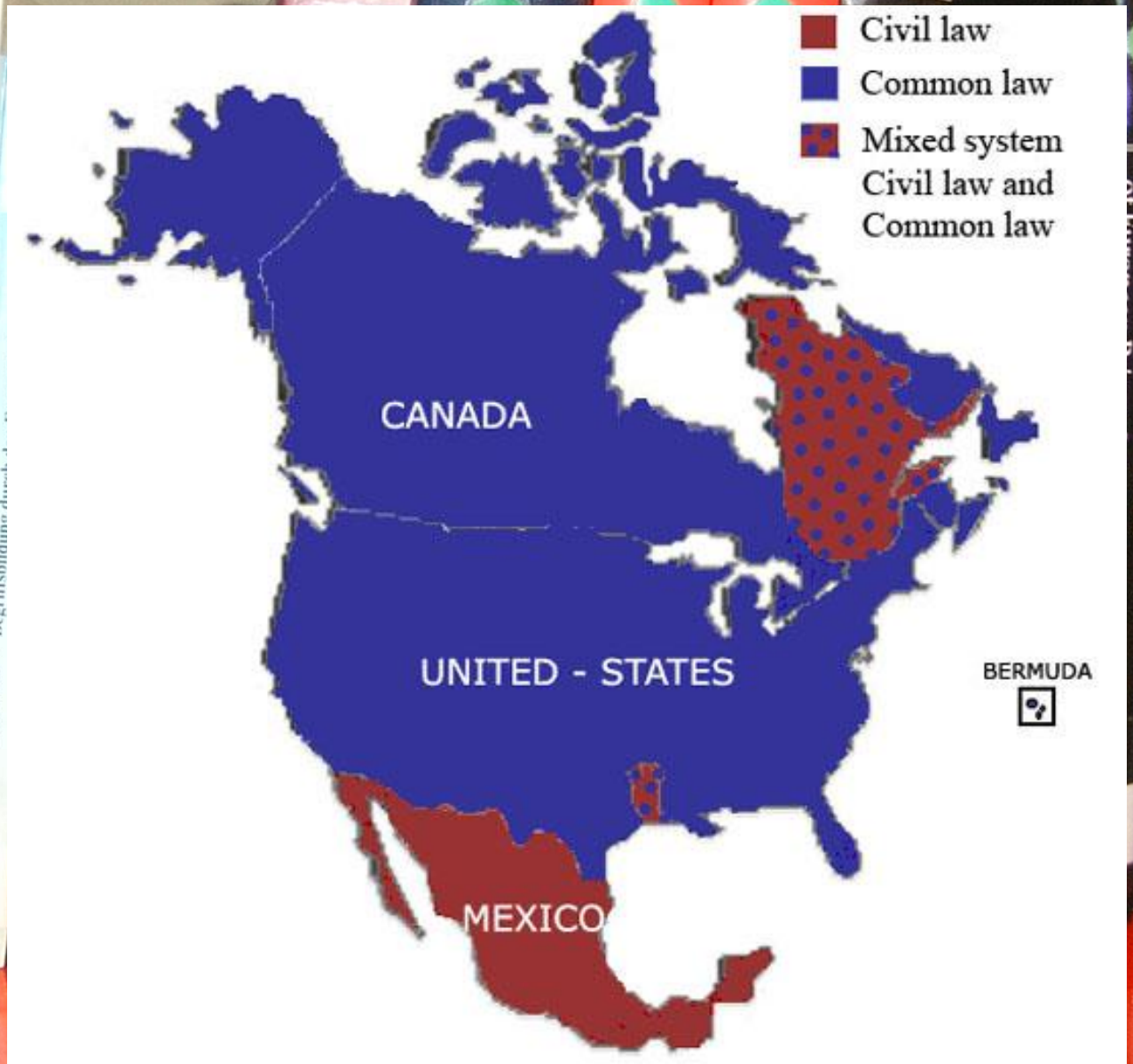
In virtù dell'appartenenza di **entrambe alla civiltà europea-continentale**

Europa – tra Civil Law e Common Law



Europäischen Vertragsrechts
Teil III
Reinhard Zimmermann
The Institutional Framework of European Private Law
Langenbucher (Hrsg.) · Europarechtliche Bezüge des Privat

Nord America



Ci sono COMMON LAW MONOSYSTEMS

- ANGUILLA (UK)
- ANTIGUA AND BARBUDA
- AUSTRALIA (*AU*)
- BRITISH INDIAN OCEAN TERRITORY (UK)
- BRITISH TERRITORIES OF ANTARTICA (UK)
- BAHAMAS
- BARBADOS
- BELIZE
- BERMUDA (UK)
- CANADA (*CD*) (minus QUEBEC)
- CAYMANS (UK)
- COOK ISLANDS (NZ)
- DOMINICA
- FIJI ISLANDS
- GIBRALTAR (UK)
- GRENADA
- GUAM (USA)
- HAWAII (USA)
- IRELAND
- JAMAICA
- KIRIBATI
- MALOUINES/FALKLAND ISLES (UK)
- MAN ISLE OF (UK)
- MARIANA (USA)
- MARSHALL ISLANDS
- MONTSERRAT (UK)
- NAURU
- NEW ZEALAND (*NZ*)
- NIUE ISLAND (NZ)
- NORFOLK ISLAND (AU)
- NORTHERN IRELAND (UK)
- PALAU
- PITCAIRN (UK)
- SAINT HELENA (UK)
- SAINT KITTS AND NEVIS
- SAINT VINCENT AND THE GRANADINES
- SAMOA, AMERICAN (USA)
- SOUTH GEORGIA AND SANDWICH ISLANDS (UK)
- TOKELAU (NZ)
- TONGA
- TRINIDAD AND TOBAGO
- TURKS AND CAICOS (UK)
- TUVALU
- UNITED KINGDOM (*UK*) (minus SCOTLAND, GUERNESEY, JERSEY)
- UNITED STATES OF AMERICA (*USA*) (minus LOUISIANA)
- VIRGIN ISLANDS (UK)
- VIRGIN ISLANDS (USA)

...MIXED SYSTEMS OF CIVIL LAW AND COMMON LAW

- SOUTH AFRICA
- BOTSWANA
- CYPRUS
- GUYANA
- LOUISIANA (USA)
- MALTA
- MAURITIUS
- NAMIBIA
- PHILIPPINES
- PORTO RICO (ASS. USA)
- QUEBEC (CD)
- SAINT LUCIA
- SCOTLAND (UK)
- SEYCHELLES

MIXED SYSTEMS OF CIVIL LAW, COMMON LAW AND CUSTOMARY LAW

- CAMEROUN
- LESOTHO
- SRI LANKA
- VANUATU
- ZIMBABWE

MIXED SYSTEMS OF COMMON LAW AND MUSLIM LAW

- BANGLADESH
- PAKISTAN
- SINGAPORE
- SUDAN

MIXED SYSTEMS OF COMMON LAW AND CUSTOMARY LAW

- BHUTAN
- GHANA
- HONG KONG (CN)
- LIBERIA
- MALAWI
- MICRONESIA
- MYANMAR
- NEPAL
- PAPUA NEW GUINEA
- SAMOA
- SIERRA LEONE
- SOLOMON ISLANDS
- TANZANIA
- UGANDA
- ZAMBIA

LE ORIGINI DELLA CONTRAPPOSIZIONE

- E nell'ambito delle analisi condotte su questi sistemi, è interessante rilevare come, tramite la sistemologia contemporanea, i comparatisti abbiano **provato a raggruppare in famiglie** le diverse esperienze giuridiche

- dopo aver affrontato le difficoltà di individuazione e di scelta dei **criteri** da utilizzare x distinguere in modo appropriato le diverse famiglie giuridiche

- Nei **primi anni del nostro secolo**, e quindi agli inizi della comparazione giuridica moderna,
- dopo aver individuato i **criteri di classificazione**, tra i quali sono stati fondamentali i criteri DEMARCATORI SISTEMOLOGICI, rappresentati da dati emersi dall'analisi dell'assetto delle fonti

si rilevò in modo chiaro la contrapposizione tra la tradizione di common law e la tradizione dell'Europa continentale

E ciò che sembrava essere un significativo elemento di differenziazione sembrava essere la legislazione

Difatti, questo accadeva in un periodo in cui molto era l'interesse rivolto alla codificazione tedesca, legata alla convinzione secondo cui il codice era la **forma principale di legislazione** dei sistemi europei

- Per questo è **chiaro che le differenze tra i due sistemi si notano in modo evidente**

Infatti non si poteva non notare come in quel periodo nei sistemi di common law emergeva all'opposto il rifiuto di ricorrere alla codificazione

- Quindi

da un lato c'erano sistemi di DIRITTO CODIFICATO

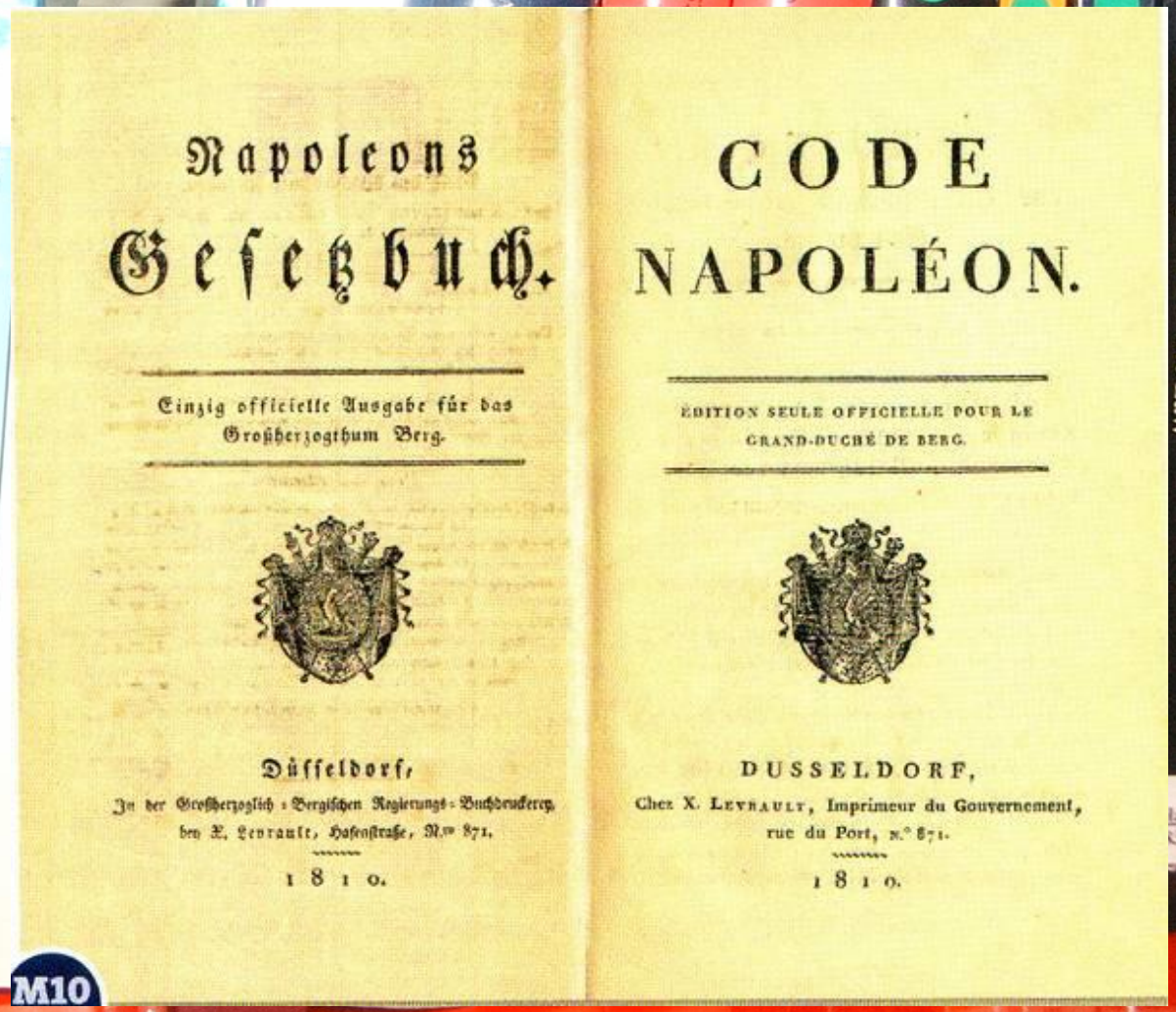
e dall'altro i sistemi che non lo erano

Quindi, nei primi anni del secolo, quando la convinzione maggiormente diffusa era quella secondo cui

l'unica fonte del diritto fosse la legge in senso formale

era incompresibile accettare la vincolatività del precedente, e l'esistenza di un sistema legato alla giurisprudenza

Code Civil o Code Napoleon



Napoleons

Gesetzbuch.

Einzig officielle Ausgabe für das Großherzogthum Berg.

Düsseldorf,

In der Großherzoglich-Bergischen Regierungs-Buchdruckerey, bey X. Levrault, Hafenstraße, N.ro 871.

1810.

CODE NAPOLÉON.

ÉDITION SEULE OFFICIELLE POUR LE GRAND-DUCHÉ DE BERG.

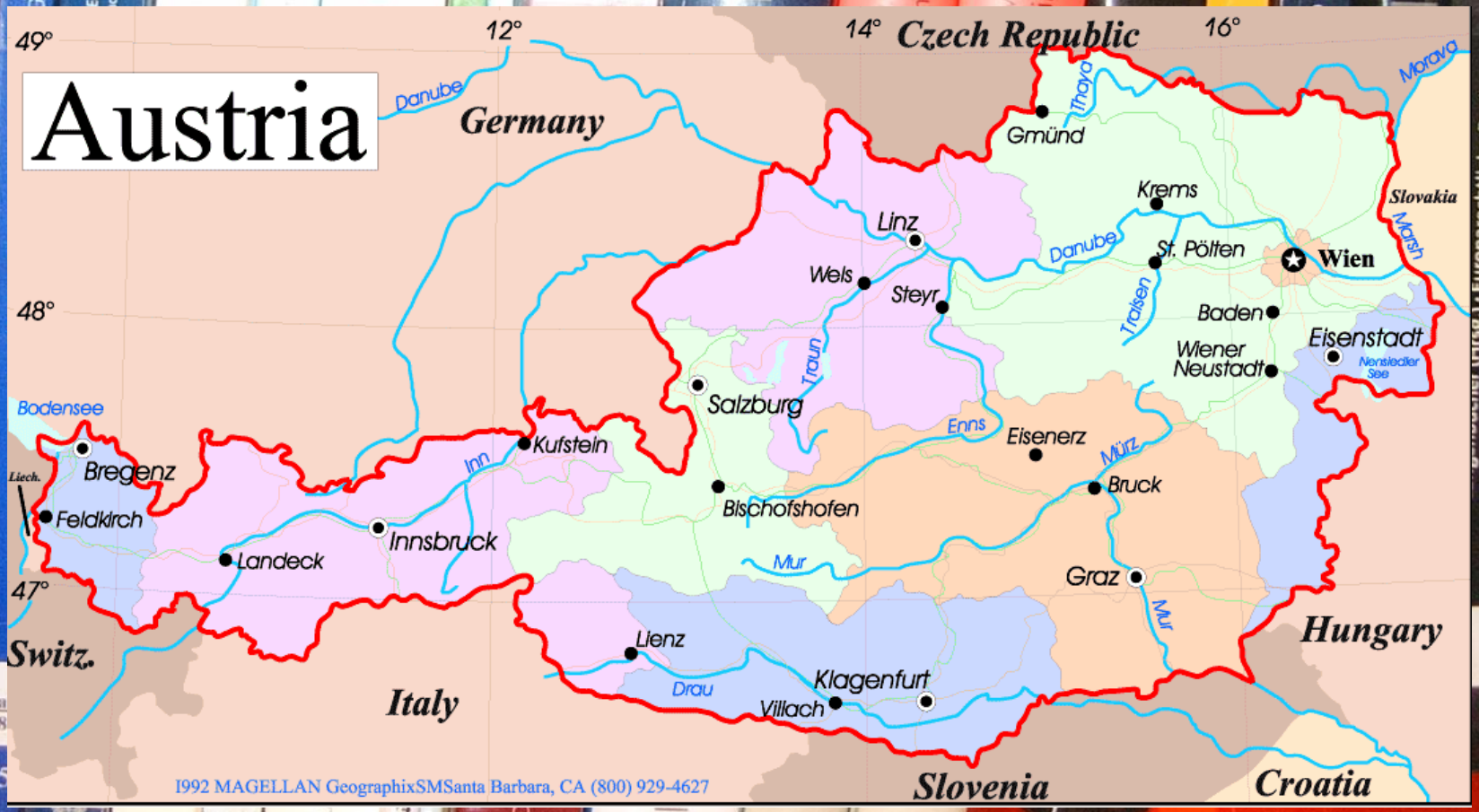
DUSSELDORF,

Chez X. Levrault, Imprimeur du Gouvernement, rue du Port, n.° 871.

1810.

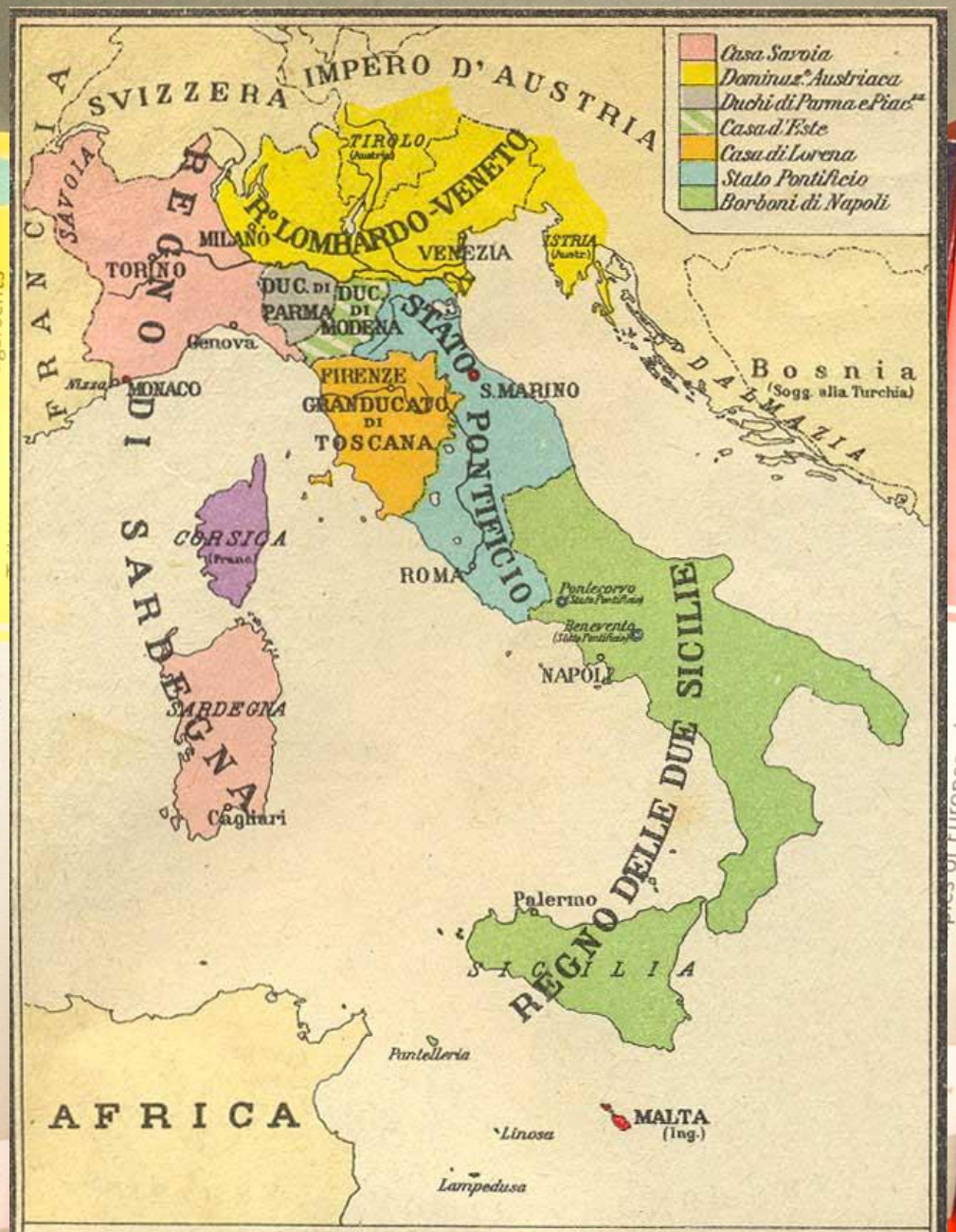
N
N
N
N

1812 – entra in vigore il Codice Austriaco



Europäischen Vertragsrechts

Reinhard Zimmermann



L'Italia nel 1848

Ha⁵ 67

Italia - varie

- Anche in Italia diverse sono le Codificazioni emanate, fino a quella unitaria del 1865

- Ma torniamo ora all'analisi delle differenze esistenti tra common law e civil law

- Seguendo sempre le convinzioni del tempo, il 2° criterio di differenziazione fu individuato partendo dalla convinzione per cui la decisione giudiziale non è creativa di nuove regole del diritto

ma è solo un **evidenziazione di norme consuetudinarie latenti.**

Quindi emerge una differenza che sembra legata al fatto secondo cui

i sistemi di civil law sono sistemi di diritto scritto e quelli di common law sistemi di diritto consuetudinario

- È chiaro però che se guardiamo ai 2 sistemi con la visione attuale queste differenze ci appaiono palesemente false,

basti pensare al fatto che nessuno pensa più che il Codice Civile sia la sintesi di tutti gli elementi strutturali del sistema

E la legge formale non è più considerata l'unica fonte del dir.

Oggi – common law

- Oggi molto è cambiato nei sistemi di common law, basti pensare al fatto che la **produzione di regole non è + frutto esclusivo della giurisprudenza**

ma deriva prevalentemente dalla

- legge emanata dal parlamento e
- dalla legislazione delegata
- al cui finaco ci sono anche codici (es: negli USA)

- Difatti, dopo il successo dell'Uniform Commercial Code, si è portato il giurista americano a familiarizzare con le problematiche legate

all'interpretazione di un corpus di norme sistematicamente organizzato

MA ALCUNI ELEMENTI CONTAMINANO E CAMBIANO…

- E' inoltre da evidenziare come il valore del **PRECEDENTE VINCOLANTE** da un lato potrebbe essere rilevante anche in sistemi che non rientrano nel common law (es: Cassazione in Francia)

- e nel contempo in tutti i sistemi di common law la **teoria dichiarativa della decisione giudiziale è ormai tramontata**

IN SINTESI

- **<u>nessun aspetto</u> del sistema delle fonti**

è idoneo a costituire un demarcatore sistemologico

tra le esperienze di common la w e civil law

3- L'AVVENTO DEL COSTITUZIONALISMO

- **Abbiamo appena visto come il sistema delle fonti non possa essere un elemento utile a differenziare il civil law dal common law**,

- Ma agli elementi appena visti se ne aggiunge un altro, che è venuto meno e non è quindi più idoneo ad essere utilizzato come elemento di demarcazione,

è il principio dell'onnipotenza della legge, che nel corso del 1900 è venuto meno

oggi

- In molti Stati dell'Europa continentale sono state adottate delle **Costituzioni rigide**, che sono quindi assoggettate al sindacato di costituzionalità,

- affidato ad un'apposita Corte Costituzionale, a riconoscimento dell'esistenza di un **livello di legalità costituzionale, che è superiore alla volontà del singolo Parlamento,**

- **che non è più da intendere come volontà suprema della nazione, PERCHE' CI SONO DEI LIMITI: Norme, principi, valori, posti ad un livello superiore , E QUINDI DALLA COSTITUZIONE**

I valori

- Andando poi ad analizzate i **valori**, ciò che si scopre è che essi sono **simili in tutti gli ordinamenti occidentali**, a prescindere dalla distinzione sistemologica tra esperienze di civil law e di common law, questo perché alla base ci sono dei valori che sono comuni a tutta la civiltà occidentale

I valori

- Analizzando ulteriormente i valori, emerge come alcune **regole generali cardinali** che costituiscono la base delle esperienze di common law e quelle di civil law, sono dotate di radici comuni, anche se questo non si riflette poi sulla loro concretizzazione, che può avvenire in forme + o – forti

- Quindi se il sistema di civil law e quello di common law fossero una tela, potremo dire che hanno in comune **molti fili dello stesso colore**

- Difatti, andando ad analizzare le diverse esperienze giuridiche occidentali, ciò che si ritrova è la presenza **di regole generali comuni**

seguite ed applicate in tutte le **esperienze occidentali**, che sono il riflesso degli ideali politici di democrazia, libertà ed eguaglianza

Evoluzione

- E l'evoluzione delle esperienze di civil law e di common law, durante il nostro secolo, ha fatto emergere

- <u>DA UN LATO una similitudine di fondo</u>
- <u>DALL'ALTRO una certa sincronia nelle direzioni di sviluppo</u>
- Emerse in modo palese nella 2^ metà del XX secolo

esempio

- **I grandi movimenti scatenati nell'intento di tutelare i diritti dei lavoratori e delle donne**,

- che sono una mera estrinsecazione del generale principio di eguaglianza,

hanno attraversato i sistemi giuridici occidentali più o meno negli stessi decenni

quindi

- Se da un lato sembrava che tra civil law e common law c'era una notevole differenziazione,

a causa dell'**evoluzione dei tempi**, ed alla luce di **un'analisi approfondita**,

le differenze sembrano ridursi notevolmente

4- La nozione di tradizione giuridica occidentale

- Agli inizi della comparazione giuridica moderna, la contrapposizione tra sistemi di civil law e common law apparve molto netta e

- gli storici di fine ‘800 SI IMPEGNARONO nel **sottolineare ed evidenziare le particolarità di ciascuna esperienza nazionale**

- e la cosa che può sorprendere, è come tra questi storici ci fossero anche gli storici **inglesi**, convinti della insularità della loro esperienza,

quindi inclini a sottolineare la **radicalità della diversità giuridica inglese**, rispetto alle esperienze continentali

Fattori storici - Inghilterra

- L'insieme dei **fatti storici avvenuti in Inghilterra, che era fortemente diverso dai fatti storici avvenuti sul continente europeo**

- Pertanto non poteva che nascere un sistema giuridico totalmente diverso,

- Basti pensare ai fatti storici avvenuti in Inghilterra ed a quelli avvenuti in Francia, due storie totalmente diverse

Apporto indagine storica

- **Se il comparatista interroga la storia, egli cerca di trovare una spiegazione ai dati enigmatici che rintraccia nel suo lavoro**
- e rispetto ai quali la storiografia giuridica ottocentesca non fu in grado di dare risposte, salvo quelle devianti
- **L'unica è l'indagine storica**, la quale solo se condotta da studiosi che sono ben addentrati alle problematiche sistemologiche, è in grado di fornire dati utili

2 ricostruzioni

- A tal fine è utile osservare 2 ricostruzioni storiche

- 1 –la prima parte dall'analisi della ricostruzione secondo cui, **nell'Alto Medioevo (V-XI secolo) in Europa si era creata un'ampia area in cui vigeva il diritto comune,**

- in virtù del quale tutte le **diverse organizzazioni politiche** presenti nel territorio si erano evolute utilizzando gli stessi moduli organizzativi e procedurali

- questo evidenzia come esistesse un DIRITTO COMUNE EUROPEO ALTOMEDIOEVALE, che si è poi evoluto in forme più complesse, in seguito alla fusione dello stesso con

- **Elementi tardo-romano**
- **Elementi germanici**

quindi

- È chiaro che in ragione di questo:
- procedure, legislazioni, linguaggi, forme e formule sono riconducibili a **modelli comuni all'intera Europa cattolica:**
- ossia **l'Europa Occidentale** – nela quale rientrano anche Isole Britanniche, Islanda, Scandinavia – e **le Regioni Centrali** fino alla zona influenzata dalla civiltà bizantino-ortodossa

- E su questo dir. Incidono fonti **ecclesiastiche e laiche, regie e consuetudinarie**

Questo ci dimostra

Come Civil Law e Common Law hanno orgine da un unico nucleo comune altomedioevale,

che ha poi fatto si che tra le due ci fosse una comunanza di valori

2^ ricostruzione

Passiamo ora alla 2^ ricostruzione, la quale si concentra **sulla svolta avvenuta tra XI – XII secolo**

- Ossia, si fa riferimento al passaggio **dall'"alto medioevo" al "basso medioevo" ed alla rinascita economico-culturale dell'Europa (rinascita dell'Anno Mille),**

È difatti particolarmente importante la <u>cesura</u> dell'anno 1000, che è nel contempo un elemento di <u>continuità</u> con i significativi progressi già avviatisi nei secc. IX e X.

2^ ricostruzione

- Essa considera le 2 tradizioni - civil law e common law - come espressioni della **stessa tradizione giuridica di fondo**

- **Essa è la tradizione giuridica occidentale,** che si sviluppa a partire dall'epoca della riforma gregoriana, quale sottoprodotto dello sforzo intellettuale e politico di rifondazione della chiesa di Roma

Nel frattempo in Inghilterra

- Guglielmo I, conosciuto anche come **Guglielmo il Conquistatore**, fu re d'Inghilterra dal 1066 alla sua morte, e fu il 7° signore della Normandia con il nome di Guglielmo II, dal 1035 al 1087,
- Egli fu il primo Re d'Inghilterra della dinastia dei Normanni e regnò dal 25 dicembre 1066 al 9 settembre 1087

Battaglia di Hastings

- Questo dopo la battaglia di Hastings, che ebbe luogo il **14 ottobre 1066**, tra le truppe di **Aroldo II,** re degli Anglosassoni, e **Guglielmo il Conquistatore,** per il controllo dell'Inghilterra.

- L'Inghilterra durante il Medioevo fu per anni territorio di scorrerie e devastazioni dei Vichinghi.
- Le orde vichinghe partivano dalle loro basi tra i fiordi danesi e con i loro veloci Drakkar sbarcavano sulle coste inglesi saccheggiando e distruggendo ogni cosa.

Inoltre in Europa

- I **Normanni** occupano l'Europa, arrivando in Francia, Italia e Inghilterra

- Progressivo e lentissimo fu il **declino del feudalesimo e della vita cortese**: perché nel contempo si afferma lentamente la politica dei Comuni
- Gli Arabi arrivano in Spagna ed in Sicilia
- Con la morte di Basilio II inizia l'ultimo basso Impero, e la lenta decadenza di Bisanzio

In questa visione

- Andando ad analizzare i **caratteri di fondo** della tradizione giuridica occidentale, risultano fermi i seguenti punti:

1 - Il dir.è **relativamente autonomo** rispetto alla religione ed alla politica

2- ed in virtù di questa relativa autonomia, l'amministrazione dello spazio giuridico deve essere affidata ad un **ceto di professionisti,** che svolgono attività legali,

sulla base di una cultura specialistica,

quindi essi usano un proprio linguaggio settoriale,

e sviluppano una propria cultura, oltre che una propria letteratura

Inoltre

- La **tradizione giuridica occidentale** deve essere considerata **parte integrante della civiltà occidentale,** che ha prevalentemente concepito le cose del mondo come un insieme ordinato di fenomeni

- E **le 2 caratteristiche fondamentali** della tradizione giuridica occidentale sono individuabili nelle seguenti affermazioni:

(Le 2 caratteristiche)

1- le singole regole sono chiare solo quando sono collocate nel contesto di procedure ed istituzioni concettualmente **coordinate**

2- la legalità è superiore alla sovranità, e quindi la **volontà politica non può sovvertire l'ordine legale**, il quale si serve di apposite procedure, le quali gli consentono di esprimersi legalmente

E grazie alle procedure

- il cui intento è quello di fornire un canale di **espressione legale della volontà politica**, ne deriva che **la pura volontà soggettiva del sovrano non è sufficiente a fondare una regola di diritto**

- - quindi nella mentalità occidentale il **diritto** prende uno **spazio autonomo, ed è** sovraordinato alla dimensione delle scelte puramente politiche, perché in questa delega c'è il suo bisogno profondo di ordine

Emerge quindi chiaro in questa visione

- Nel rapporto dialettico tra civiltà occidentale e la sua **tradizione giuridica**, la 2^ (quindi la tradizione giuridica) è frutto della 1^, della **civiltà occidentale**

- inoltre tra i pilastri fondamentali della nostra civiltà si colloca anche la tradizione giuridica
- Ma ragionando con tali presupposti si rileva che esistono **valori comuni che sono nel contempo valori di civiltà e valori giuridici**

D'altra parte

- la relativa **autonomia del diritto rispetto alla sfera religiosa e politica** consente di collocare in un quadro di valori etico-politici le **differenze di struttura tecnica, legate alle** categorie ordinanti adottate ed alla nomenclatura specifica, che sono quotidianamente riscontrabili nel dialogo tra civil lawyers e common lawyers.

- E la cosa apparentemente incomprensibile è che questo sia possibile **all'interno della stessa tradizione giuridica, la tradizione giur.occidentale**, proprio perché in tale ambito, **l'autonomia del giuridico è essa stessa un valore fondamentale**

ricostruzione storica

- Ci sono vicende, accadute nei vari periodi storici, che hanno avuto la capacità di trascendere il loro tempo, e diventare fattori influenti di lunga durata

ricostruzione storica

- Ed **in virtù di queste** il diritto inglese è completamente diverso da quello continentale, anche se lo sviluppo storico di queste 2 aree geografiche presenta aspetti comuni, riguardanti la lingua, la storia religiosa, ecc.
- E su questo incidono i recenti sviluppi, come l'ingresso del Regno Unito nell'UE, che restringono il divario tra common law" e "famiglia romano barbarica"

- Alcuni elementi comuni all'Europa, come il diritto romano, il diritto canonico, il diritto germanico, il diritto feudale, ecc., influenzarono in modo diverso le varie aree geografiche, ma cmq lo influenzano
- Quindi furono coinvolte sia aree di common law che di civil law

- Ed anche l'Inghilterra fu influenzata dal diritto dotto, "che costituiva allora il diritto comune d'Europa"

- sia per effetto del diritto canonico applicato nelle Corti Ecclesiastiche della Chiesa cattolica romana e poi anglicana

- sia per effetto del diritto romano insegnato nelle

Università ed applicato nella pratica delle corti speciali”

- **tuttavia**, come accennato in precedenza, il diritto inglese si sviluppò in modo molto indipendente dal diritto romano, ed è per questo che sono individuabili, tra i 2 sistemi, dei tratti di differenziazione