# Appunti del corso di
# Sistemi Giuridici Comparati

**del Prof. Mosco**

**a cura di Alessandra Lumaca**

*Secondo trimestre A.A. 2006 – Università LUISS Guido Carli*

# - Sistemi giuridici comparati -

*Prima parte: introduzione sul common law più analisi del common law inglese*

Studiare la materia ''Sistemi giuridici comparati'' risulta essere molto importante in quanto ci permette di analizzare e mettere a confronto sistemi giuridici diversi, con l'obbiettivo di coglierne differenze ed analogie.

Ma prima di addentrarci nella materia, conviene rispondere a tre domande introduttive.

i. **Per quale motivo facciamo tale comparazione?**
ii. **Concretamente che metodi utilizziamo per compararli?**
iii. **Qual'è l'oggetto effettivo della comparazione?**

**[ i.]** Le funzioni delle comparazione giuridica sono molteplici.

1. **VISIONE DISINCANTATA**
   In primo luogo, attraverso la comparazione stessa, guardiamo al nostro **sistema giuridico**, *inteso come un insieme di norme , istituzioni e procedimenti applicativi,* con occhi meno disincantati, iniziando a conoscere anche altre possibili soluzioni. Bisogna comprendere che non esiste un'unica prospettiva( *relatività del diritto*) e che niente è casuale, basti pensare che l'introduzione di una determinata norma è pur sempre espressione di un'evidente scelta di politica amministrativa.
2. **MIGLIORAMENTO**
   In secondo luogo, questa ci permette di migliorare il nostro ordinamento, analizzando gli aspetti positivi degli altri ed individuando la migliore delle soluzioni possibili.
3. **FUNZIONE INTEGRATIVA**
   In terzo luogo, da tale comparazione è possibile impostare *un'interpretazione del diritto,* la quale consente di trovare una tutela riguardo ad una certa materia, magari non esistente in Italia, ma presente in altri ordinamenti.
4. **ARMONIZZAZIONE**
   In quarto luogo, questa è funzionale per trovare dei punti di contatto fra i vari ordinamenti, compiendo un processo di *uniformazione del diritto* e di *armonizzazione.*

**[ ii. ]** Partendo dal fatto che, oggi, ci siano più di duecento sistemi giuridici vigenti, risulta assolutamente necessario trovare dei metodi per cercare di compiere una sintesi, altrimenti la nostra comparazione implicherebbe una fatica estenuante. Inoltre la questione è ancora più complessa, in quanto, per raggiungere il nostro obbiettivo, non dobbiamo limitarci a confrontare solo le norme dei diversi ordinamenti, ma anche parole e metodi, cercando di giungere a coordinarli ed interpretarli.
I due metodi scelti per facilitare il nostro lavoro sono:

i. **cercare di restringere il numero di sistemi giuridici** attraverso l'individuazione di archetipi, modelli e tratti comuni,
ii. e **concentrarsi limitatamente a quelli dei soli paesi occidentali** ( continentali e non continentali), scegliendo di comparare solo i sistemi giuridici di un'area orientativamente più omogenea.

Attraverso queste operazioni, in fin dei conti, tutti i sistemi giuridici esistenti, da noi presi in considerazione, possono farsi rientrare in **due grandi famiglie:**

**a)** la FAMIGLIA ROMANO-GERMANICA

Questa prima famiglia si connota per la forte presenza ed influenza del **diritto romano canonico** e successivamente, del **diritto germanico ,** per il rilievo marcato della **legge scritta** e dopo, Napoleone, della legge organizzata attraverso i codici. Il diritto che abbiamo fin qui delineato viene chiamato dagli Inglesi, **civil law.**

**b)** la FAMIGLIA DEL COMMON LAW

Questa seconda famiglia nasce come diritto inglese, iniziando il suo tragitto in Inghilterra, all'indomani della conquista normanna del **1066**, diffondendosi, poi, dagli Stati Uniti al Canada all'Australia a molti paesi di Africa ed Asia. Si tratta di un sistema che si basa su un **diritto consuetudinario** e **giurisprudenziale** , nel quale chi detta regola, non è il legislatore, ma il giudice e le sue sentenze, in quanto il *common law*, nasce nelle aule di giustizia ed è applicato da persone pratiche (*risoluzione pratica).* Originariamente, si trattava di un diritto più barbaro, il diritto del Far West, basato principalmente sul buon senso ed un insieme di regole procedurali, ma oggi risulta essere una soluzione alquanto valida. Per concludere, il *common law*, quindi non è un diritto che fornisce leggi astratte e generali, ma regole dettate dal *giudice*, per risolvere una fattispecie concreta; un diritto creato non dal giudice stesso, ma dedotto ed estratto da quel *comune sentire* degli uomini che aleggia nell'aria.

**[ iii. ]** Per quanto concerne l'oggetto della comparazione dei diversi sistemi giuridici, questo ricomprende sia

il **diritto costituzionale**, sia quello **privato**, con maggiore attenzione verso quest'ultimo.

Quindi ciò che dobbiamo confrontare sono:

i. **COSTITUZIONI FORMALI** vs **MATERIALI**

le costituzioni, *materiali* o *formali*, di due o più sistemi.

-Per **costituzione formale**, s'intende propriamente il documento scritto nel quale sono contenute le norme costituzionali.

-Per **costituzione materiale**, come diceva Mortati, s'intende quel **nucleo essenziale** di **forze** e di **fini** che caratterizzano ogni ordinamento giuridico positivo.

Le costituzioni materiali e formali di un qualsiasi sistema giuridico, possono divergere in parte o completamente, ed in tal caso occorrerà eliminare il motivo del contrasto, modificando la costituzione formale ed adattandola a quella materiale; divergenza che, il più delle volte, scaturisce da un mutamento nella considerazione dell'assetto dello Stato da parte delle forze politico-sociali.

ii. **LEGGE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA**

i **tre formanti** dell'ordinamento, *la legge, la dottrina e la giurisprudenza*, i quali sono gli stessi per tutti gli ordinamenti; in effetti, ciò che cambia è solo il modo in cui sono combinati.

iii. **CRIPTOTIPI**

ma anche prima dei formanti, abbiamo altri elementi che indirizzano ed influenzano, i **criptotipi**, i quali molte volte, vengono trascurati, ma in realtà sono fondamentali, in quanto, rappresentano le nostre radici ed usanze che mutano per via dell'evoluzione condizionando tutti e tre i formanti.

iv. **MENTALITA'**

come oggetto di comparazione, assume rilievo anche la **mentalità** di chi applica o crea il diritto, la quale modella sistema, seppur, alcune volte, possa non essere evidente o si cerchi di nasconderla.

Inoltre, effettivamente, la comparazione rileva su **due livelli diversi:**

**a) un livello generale**, che conduce verso la **MACROCOMPARAZIONE**, ossia un'analisi che ci permette di individuare lo *stile* e lo *spirito* che anima due o più sistemi.

**b)un livello specifico**, attraverso il quale si osserva il modo in cui i diversi sistemi affrontano determinati problemi giuridici o regolano particolari aspetti del vivere sociale ed economico, compiendo quella che si chiama **MICROCOMPARAZIONE.**

**N.B.** Micro e Macrocomparazione non sono due livelli del tutto indipendenti od autonomi; in effetti, in qualche modo si sovrappongono e si completano. Anche se noi, ci concentreremo, in particolare, sulla **Macrocomparazione**.

Un esempio di comparazione a **livello generale**, può essere quella che presentiamo qui di seguito fra *sistema americano* e *sistema italiano*.

| Sistema Americano | Sistema Italiano |
|---|---|
| 1. Sistema giuridico misto e federale | 1. Sistema unitario |
| 2. **Costituzione scritta** ma con un numero di articoli alquanto limitati rispetto a quella italiana( *sette articoli e ventisei emendamenti);* costituzione che non crea i diritti ma si limita a codificare quelli già esistenti nel *sentire comune*, tutelando solo i casi incerti. | 2. **Costituzione scritta**, caratterizzata da una sovrabbondanza di articoli e leggi speciali, nel tentativo di regolare tutti gli aspetti della vita. (*particolarismo giuridico*) |
| 3. **Corte Suprema** | 3. **Corte Costituzionale** |
| 4. Sistema di **common law** | 4. Sistema di **civil law** |
| 5. Lo **Stato** non ha una posizione di supremazia rispetto al **cittadino**, tant'è che, in America, **non** esiste un **diritto amministrativo**. | 5. In Italia, esiste il **diritto pubblico** come espressione di una maggiore rilevanza dello **Stato** rispetto al **cittadino.** |
| 6. [ **stile delle sentenze**] In America, le sentenze sono ampie, motivate, molto complesse, presentano uno stile letterario prestando molta attenzione alle questioni di fatto e possono presentare anche opinioni contrastanti di due o più giudici. In effetti, le sentenze, soprattutto delle corti superiori, hanno **natura personale** e sono il concorso individuale di ciascun membro del collegio. Non esiste dunque la ''decisione della corte'' anonima ed impersonale che generalmente caratterizza le pronunce dei giudici di civil law. | Le sentenze italiane seguono lo stile rotale, quello adottato originariamente dai tribunali ecclesiastici, il quale riferendosi sempre all'analisi di testi scritti, risulta essere uno stile di motivazione che spiega ogni passo che ha condotto alla determinata decisione; stile estremamente **prolisso** che permette di ricostruire l'intero **iter logico** della sentenza. |
| 7. In America, vige il principio del **precedente giurisprudenziale vincolante** (*stare decisis*), per il semplice fatto che nei sistemi di *common law*, ha un ruolo fondamentale il **formante giurisprudenziale** (*diritto consuetudinario- fermezza del diritto*). | 7. Invece, in Italia, e più in generale, nei paesi di *civil law*, il rilievo preminente è quello della **legge scritta**, del **codice**, ossia un insieme di leggi organiche formulate, almeno teoricamente, per principi( *diritto scritto e tendenzialmente codificato).* |

## PRIMA PARTE DEL CORSO

coglieremo soprattutto le differenze fra i diversi sistemi giuridici, anche se non bisogna ignorare gli aspetti comuni fondamentali, i quali rientrano nella *tradizione giuridica occidentale*.

Per *tradizione giuridica occidentale*, s'intende "*l'insieme delle norme e degli atteggiamenti rispetto al diritto, ossia rispetto alla natura ed all'origine*

*del diritto stesso".*

Fra gli aspetti comuni, ritroviamo sicuramente, per esempio:

- il *principio di uguaglianza,*

-la *laicità dello Stato*

-ed il *profilo della tutela delle libertà individuali*.

# -La tradizione di common law-

capitolo iii pag. 247

## 1.Common law/ civil law

Nell'ambito degli ordinamenti di **common law**, rilievo eccezionale è assunto, sicuramente, dal **formante giurisprudenziale** basato sullo *stare decisis,* anche se, in maniera meno spiccata negli ultimi anni, tanto che anche l'idea di common law come *diritto consuetudinario preesistente alla giurisprudenza stessa e legato ad usi immodificati*, si è ormai attenuata. Al tempo stesso, invece, la **legge scritta**, quella propriamente formale, rimasta del tutto marginale per molti secoli, specialmente nell'ambito del diritto privato, sta divenendo determinante quasi quanto da noi. In particolare, in Inghilterra, per quanto concerne la **legge**, ritroviamo un vero e proprio **approccio formalista**, consistente nel prediligere l'interpretazione letterale, la cosiddetta **literal rule**, favorita dallo stile casistico e dettagliato in cui è redatta la legge, che deliberatamente vuole lasciare poco spazio ad un'interpretazione di ampio respiro. Diverso è il caso dell'ordinamento **americano** in cui il giudice non rifugge da un atteggiamento più coraggioso ed innovativo dinanzi al testo scritto. Mentre, negli ordinamenti di **civil law**, erroneamente da come si penserebbe, si ha una maggiore attenzione allo *spirito* della regola.

Attraverso un'evoluzione inversa, invece, negli ordinamenti di **civil law**, a partire dagli anni '70, il ruolo del **giudice** è divenuto sempre più importante al fine di adattare la legge alla realtà. In effetti, quest'ultimo da iniziale applicatore della legge è divenuto una **figura di fonte**, un **formante**. Per cui, attualmente stiamo assistendo allo sviluppo della giurisprudenza, prima del tutto arretrata, sebbene non si è ancora e forse non si arriverà mai ad una situazione identica ai paesi di common law. Inoltre, osserviamo anche una crescente importanza degli **usi**,, da cui, deduciamo che la legge scritta non è più vista come l'unica soluzione, non è più considerata indiscutibile ed invalicabile come nell'ottocento( **positivismo**), ma ormai non è più totalmente esauriente.

Quanto detto sopra rispetta l'esigenza largamente diffusa, di **evitare la secca contrapposizione** fra civil law e common law e di considerarle come due aspetti di una medesima grande tradizione giuridica occidentale. Nonostante ciò, comunque delle **differenze importanti**, permangono e non sarebbe giusto trascurarle. E' importante, inoltre, sottolineare, nell'ambito del **common law**, che tra i vari ordinamenti vi possono essere delle differenze notevoli e che queste si vanno accentuando sempre più soprattutto se si considerano le due principali esperienze di questa famiglia: Inghilterra e Stati Uniti. Comunque, seppur esistano queste differenze, ci sono pur sempre alcuni **fattori particolari** che conferiscono una certa omogeneità agli ordinamenti di common law. Per esempio,1. la loro **natura giurisprudenziale** e 2.il loro carattere di''**sistemi aperti**'';si pensi alla discrezionalità concessa al giudice nella ricerca di regole di diritto concretamente applicabili in presenza di casi nuovi o dubbi ed alla possibilità di tener presenti, con autorità persuasiva, precedenti decisioni su fattispecie analoghe pronunciate da corti superiori di altri paesi nell'area di common law. 3.L'**assenza di codificazioni** a carattere nazionale del tipo di quelle conosciute sul continente europeo a partire dal Code civil. 4. Infine, la **comunanza linguistica**, che favorisce l'omogeneità e la completa interscambiabilità di categorie e concetti giuridici.

### IL COMMON LAW INGLESE

## Il ''diritto inglese''

Il common law affonda dunque le sue radici nel **diritto inglese**, nel diritto elaborato dalle **corti di Westminster** a partire dalla conquista normanna del **1066**, quando **Guglielmo** di Normandia sconfisse ad **Hastings** l'ultimo sovrano sassone.

**N.B.** Il diritto inglese è il diritto dell'**Inghilterra** e non della Gran Bretagna, in quanto questa comprende sia il regno d'Inghilterra sia quello di Scozia, il quale, anche dopo l'unione del 1707, ha conservato il proprio ordinamento giuridico, influenzato dalla concezione romana e continentale del diritto.

*Struttura unitaria della monarchia normanna*

Guglielmo, cercò di concentrare il potere nelle sue mani:

i)controllando il territorio, per evitare che venisse cacciato( **garantismo**)

ii)ricompensando i cavalieri che avevano combattuto con lui ed in questa maniera, trovando dei sostenitori.

Tale sistema di ricompensa rientrava nell'ambito del sistema feudale; in effetti, il re, per ricompensarli, diede ai cavalieri delle terre, ottenendo al tempo stesso un secondo risultato, quello di spazzare via la classe dominante inglese e sostituirla con i normanni. Lo schema feudale normanno comprendeva il **re** , i **Lords** e i **sub-tenants**. I primi erano legati al sovrano sia per ciò che riguardava il godimento dei fondi sia per ciò che riguardava il profilo politico militare; i **sub-tenants** erano legati ai **Lords** per quanto riguarda la terra, il suo godimento e la sua conduzione, ma erano legati anch'essi direttamente al sovrano per quanto concerne il profilo politico-militare. In ogni caso, sebbene quella normanna fu una **monarchia feudale**, a differenza delle altre non si arrivò mai ad una feudalizzazione delle funzioni pubbliche che separassero il re dai suoi sudditi. In effetti, il re agì in modo da evitare che i feudatari divenissero più forti di lui, concedendogli solo piccolissimi feudi che non gli permettessero di aspirare alla corona, mentre gli unici feudi un po' più grandi erano lasciati al confine, così da potersi difendere da un possibile attacco scozzese. Quindi, la monarchia normanna si caratterizzò per una **struttura unitaria**, sancita dall'obbligo primario di **fedeltà** al re, il **Lord paramount**, proprietario della terra per investitura divina.

*La centralizzazione delle corti*

La struttura unitaria dello Stato si manifestò precocemente anche nell'**amministrazione della giustizia** e nella sua organizzazione. Originariamente, il sistema feudale introdotto da Guglielmo, prevedeva un diritto non comune, suddiviso feudo per feudo. In effetti, inizialmente, era il signore locale a decidere quale diritto bisognasse applicare ad una determinata controversia, stabilendo, egli stesso, chi aveva torto e chi aveva ragione. Questo sistema comportava un rafforzamento dei poteri locali ed un potenziamento delle fonti di ricchezza, ma non rispondeva a tutta una serie di interessi. E proprio in questo contesto si inserì il re, il quale anche nell'ambito della giustizia cercò di affermare il proprio potere a discapito dei feudatari. Quest'ultimo, inizialmente, poteva intervenire se veniva toccato nei suoi diritti ed in campo penale. Inoltre, era lui che doveva intervenire quando c'era una lite fra i vassalli o quando un feudatario non rendeva giustizia, essendo, egli stesso, l'ultimo regolatore della giustizia.

Proprio attraverso 1)l'**affermazione delle corti regie**( **curia regis**), 2)la **giustizia itinerante** e 3)il **sistema di writs** si realizzò il processo di **accentramento regio** e si venne a creare, così, un **diritto regio comune a tutto il regno;** comune, in quanto, il diritto attraverso una condivisa applicazione, si presentava come **legge comune**.. **N.B.** La common law nacque come diritto regio ma ben presto si affrancò dallo stesso re, venendo ad assumere caratteri tali di sofisticatezza e di imparzialità, che gli consentirono di sopravvivere a gravissime crisi civili e politiche.

*Le corti regie di Westminster*

Le antiche corti londinesi di common law si chiamavano **corti di Westminster**, o **curia regis**. La **curia regis** era un **organo centrale**, in quanto, le competenze dell'organo erano una diretta emanazione del re, e sarà considerata tale, anche quando per via dell'aumentare del lavoro, sarà suddivisa in commissioni diverse, senza la presenza del re e talvolta lontana dal luogo della sua corte. La curia regis era la corte feudale per i **grandi vassalli**, ma si ricorreva a quest'ultima anche nei casi di **violazione della pace del regno**. Gradualmente, si specializzano all'interno della corte regia **tre organismi**, l'**Exchequer,** il **Common Pleas** e il **King's bench,** che prima operarono come commissioni della curia ed in un secondo momento come vere e proprie corti autonome (**County Courts** dal 1846).

**i)L'Exchequer** (corte della scacchiera)

la scacchiera rappresenta simbolicamente la contabilità pubblica, in effetti, questa curia, poi divenuta corte, nacque per occuparsi dell'**amministrazione del tesoro reale** e della **raccolta delle entrate**. I membri della corte avevano dignità di **baroni**, i quali con Edoardo I, oltre ad essere giudici a tempo pieno, dovevano anche essere formati come giuristi. La corte aveva **giurisdizione soprattutto fiscale**, ma da questa base inglobò anche molte altre questioni di carattere debitorio per mezzo di **finzioni**; la più comune è quella della **Quominus.** Secondo questa finzione poiché un credito non soddisfatto può impedire al creditore il pagamento dei tributi, la **Court of Exchequer** interveniva con un apposito **writ**, ossia un ordine che autorizzava l'attore a convenire l'inadempiente avanti i suoi giudici in modo da ottenere l'esazione del credito, che gli consente immediatamente il pagamento di tributi.

**ii)La Court of common pleas**

è la corte delle udienze comuni, competente a conoscere le liti fra commoners, i privati, irrilevanti per l'ordine pubblico. I costi di tale processo erano però assai più elevati, sia per le parcelle degli avvocati sia per le tasse giudiziarie, e la procedura era assai complessa. Si trattava tuttavia della **corte principale dell'Inghilterra**.

**iiii)Il King's Bench**

La Corte del Banco del Re, era in origine presieduta dal sovrano e lo seguiva nelle sue peregrinazioni. Il King's Bench affermò comunque precocemente la propria indipendenza del re ed a partire dalla fine XIV secolo iniziò ad avere sede fissa a **Westminster**.. Se in primo grado la competenza della corte era limitata al luogo in cui si trovava e per il tempo in cui vi si trovava, in secondo grado il King's Bench era titolare di una ''supervisory jurisdiction'' su tutta la **giustizia penale**, che esercitava mediante alcuni importanti strumenti processuali quali il **writ of certiorari** (avocazione di una causa in corso presso una corte inferiore, che non garantiva un processo giusto o non possiede una competenza adeguata), il **writ of error** (indirizzato contro sentenze di primo grado palesemente viziate) e la più tarda **motion for new trial** (intesa ad ottenere la rinnovazione del processo). Il **King's Bench** era anche competente in materia civile, per quanto concerne la **turbativa della pace del regno** ed era soprattutto competente a giudicare dei casi di **trespass**, ovvero di illecita e violenta invasione nella sfera giuridica personale o patrimoniale di un soggetto. Dai casi di trespass, estese la propria competenza, sia pure in concorrenza con la Court of common pleas, ai casi di risarcimento del danno derivante da inadempimento da contratto.

*La giustizia itinerante*

Al declino delle corti locali contribuì in maniera determinante l'istituzione della **giustizia itinerante** che certamente aveva tra i suoi scopi quello di avvicinare al popolo la giustizia reale. Il sovrano normanno non istituiva corti nelle province del regno che avrebbero potuto arrogarsi pericolose autonomie, ma vi si recava con i suoi giudici, o li inviava, a rendere giustizia. Un'altra figura di cui si serviva il re al fine dell'affermazione della giurisdizione regia, era lo **sheriff**, il quale durava in carica un anno (carica elettiva) doveva controllare ed ispezionare che tutto procedesse regolarmente.

*Il sistema dei writs*

Il **writ** (o breve) era un **ordine** del sovrano, redatto in forma di lettera, scritto in latino, su pergamena, munito del **sigillo reale**. Si trattava di uno strumento autoritario, un comando diretto allo **sheriff** o al **Lord** che presiedeva una corte, volto a sottrarre la trattazione di una causa ai signori feudali o alle corti locali. Il **writ** era uno strumento imprescindibile per la tutela del diritto, tant'è che nella common law un **diritto soggettivo** poteva dirsi esistente in quanto c'era un writ che lo rendeva **azionabile**.; inoltre, ad ogni writ corrispondeva un certo processo ed una determinata **form of action**, la quale andava assolutamente rispettata e per questo, gli avvocati che la utilizzavano dovevano essere esperti. Si comprende allora che si creavano nuovi writs per tutelare nuove situazioni si otteneva l'affermazione di nuovi diritti e la conseguente espansione del common law. Questo avvenne in Inghilterra fino al **1258**, anno in cui il sistema entrò in crisi. Bisogna anche sottolineare che i **writs** non venivano concessi spontaneamente, ma bisognava pagare una certa somma di denaro che andava ad

arricchire il tesoro reale. Inoltre, inizialmente, la concessione di questi writs era considerata **eccezionale** ( **writs of grace**), invece successivamente si elaborò un registrò di writs e si creò una vera e propria casistica. I writs comportavano molti vantaggi come la possibilità di servirsi di un processo più efficiente, dove c'erano giuristi e persone più colte e valide ed il sistema delle prove non era arcaico ed irrazionale come quello feudale, bisognava convincere la **jury** (la giuria) presentata come unità base del processo, la quale emetteva il **verdetto**, ossia l'accertamento dei fatti.

*I destinatari del writ*

Il writ come abbiamo accennato, poteva avere due destinatari:1)lo **sheriff** il quale era tenuto ad eseguire l'ordine del re, consistente, per esempio nel provvedere che una certa persona restituisca qualcosa all'attore oppure che si presenti avanti la corte regia a spiegare le ragioni della sua disobbedienza, 2)il **lord** titolare di una corte feudale, con l'invito a rendere giustizia all'attore avvertendo che in caso contrario la questione sarebbe stata risolta presso le corti reali. L'inosservanza dell'ordine contenuto nel writ era considerata un'**offesa diretta al sovrano** e poteva comportare l'imprigionamento del responsabile.

*I tipi di writ*

Esistevano **due tipi** di writ:i)**i writs ordinari** (**writs of course**) quelli consolidati nella prassi giudiziaria, annotati in un apposito **registro**( register of writs) tenuto presso la cancelleria a disposizione degli acquirenti, ii)**i writs straordinari** (**writs of grace**), a causa del loro **carattere eccezionale**, erano ottenuti dai poveri per concessione gratuita o dietro il pagamento di un prezzo altissimo. Tali writs potevano passare nell'altra categoria se si consolidavano nella pratica. Con questo sistema il numero dei **writs** diventò piuttosto ampio. Vi fu, però, una **forte e comprensibile opposizione dei nobili verso un aumento della giurisdizione regia a scapito della loro.** L'opposizione dei baroni all'aumento del potere delle corti regie si manifestò in **tre documenti fondamentali** per la storia delle istituzioni inglesi: la **Magna Charta** del 1215, attraverso la quale anche il re divenne **soggetto di diritto**; la **Provisions of Oxford** del 1258, nella quale si disse al re ed ai giudici che non potevano creare più writs, se non con l'approvazione del consiglio del re; lo **Statute of Westminster** del 1285 che permetteva l'utilizzo dei writs nei casi analoghi.

*La crisi del sistema dei writs*

La **Magna Charta** rappresentò il primo documento con cui i baroni riuscirono a porre un argine al potere del re disponendo, nelle clausole 60 e 61, che il diritto esistente avrebbe vincolato allo stesso modo il re ed i vassalli . Mentre, in altre clausole, come la 34 e la 39, erano volte a tutelare i baroni contro l'ingerenza del sovrano rispetto alle loro specifiche prerogative giudiziarie.

Il secondo documento, il **Provisions of Oxford**, produsse, in particolar modo, la cosiddetta **cristallizzazione del sistema dei writs**. Venne infatti negato al cancelliere il potere di emettere nuovi writs straordinari o atipici se non con l'approvazione esplicita del re e del suo gran consiglio.

*Il superamento della crisi e l'evoluzione del writ of trespass*

Lo **Statute of Westminster** assunse carattere compromissorio in quanto realizzò una sorta di intesa tra re e baroni pur mantenendo il divieto di nuovi writs, salvo se autorizzati dal Parlamento, consentì tuttavia alla cancelleria di utilizzare le formule conosciute per ammettere nuove azioni ''in consimili casu''.

*Dal trespass al trespass on the case*

Il **writ of trespass** era concesso inizialmente a chi aveva subito una **illecita** e **violenta invasione** della sua sfera giuridica personale o patrimoniale Nel XII secolo se ne conoscevano **tre tipi**: **to person, to goods, to land**.. Successivamente, interpretando in modo estensivo il **writ of trespass**, i giudici cominciarono a offrire tutela per i danni causati da **responsabilità indiretta** o **colposa** per giungere infine alla **tutela contrattuale**, elaborando il **writ of trespass on the case**; in questo modo, divenne irrilevante l'allegazione dell'uso formale della forza mentre acquistava rilievo il dato sostanziale che l'attore, personalmente o con riferimento ai suoi beni, fosse stato vittima di un danno causato dal comportamento negligente o doloso di un altro soggetto.

*L'assumpsit: origine della tutela contrattuale*

L'estensione del trespass on the case continuò e cominciò a differenziarsi una particolare forma volta alla concessione del rimedio per un danno rilevante dalla **non corretta condotta contrattuale** della controparte. Nel **writ of trespass on the case in assumpsit**, l'attore allegava che il convenuto si era assunto l'obbligo di fare qualcosa, ma non avendola adempiuta o avendola adempiuta inesattamente, aveva con ciò arrecato danno alla persona o ai beni dell'attore. A causa dell'inadempimento l'attore soffriva un danno per essersi affidato alla promessa del convenuto e la situazione era tutelata sia nel caso di non adempimento( **non-feasance**) sia nel caso di non corretto inadempimento( **mis-feasance**). Con questi writs che si rifacevano all'originario trespass, il quale comportava l'imprigionamento del responsabile o il risarcimento del danno, si otteneva il risarcimento, mentre estranea era la possibilità dell'esecuzione forzata in forma specifica.

**N.B.** Quante similitudini ci siano fra il **sistema di common** law e quello di **diritto romano** (pag 267).

## 2. Common law/equity

Se la contrapposizione esaminata ha valore sistematico, quella tra **common law** ed **equity** è di natura storica ed è interna allo sviluppo del diritto inglese. La **common law**, in senso stretto è infatti quel ramo del diritto inglese elaborato, caso dopo caso, dalla giurisprudenza delle **corti di Westminster** a partire dalla conquista normanna **1066**. L'**equity** è invece il ramo del diritto inglese, anch'esso di origine giurisprudenziale, sviluppato dalla **corte di cancelleria** fin dal XIV secolo e caratterizzato da rimedi processuali estranei al rigore della common law.

Il diritto inglese non si preoccupava di parlare in generale ed in maniera astratta, in effetti, erano i **rimedi** che precedevano i **diritti**, e non viceversa. Si aveva un diritto, quindi, quando un determinato obbligo o divieto era stato violato. Da cui, per esserci un diritto sostanziale doveva essercene uno processuale. Questo sistema di giustizia nacque moderno rispetto alle corti feudali, ma con il passare del tempo, si irrigidì e si cristallizzò in quanto si evolveva con grande lentezza, nonostante la tecnica dell'elaborazione di nuovi **writs in consimilibus casibus** e l'affermazione di nuove **actions on the case**.

*Concetto di equità*

i)Per **Aristotele,** l'**equità** si presentava come **integrazione della legge**, la quale andava integrata in quanto era insufficiente esprimendosi in termini generale ed astratti. Lo stesso filosofo, la presentava come una vera e propria **fonte del diritto** che si poneva accanto alla norma permettendone l'integrazione e al tempo stesso, fornendo anche un canone d'interpretazione.

ii)Il **diritto romano** presentò l'**equitas** come **manifestazione del principio di giustizia**, o dello *ius naturale,* superiore alla legge stessa. L'**equitas**, concretamente, veniva utilizzata dal **pretore** per rendere lo *ius civile* capace di rispondere alle nuove esigenze presentatesi.

iii)Nell'ambito dell'**esperienza inglese**, a partire dal 1300, l'**equity**, come *diritto sviluppato e creato dalla corte di cancelleria*, si affiancò al sistema di common law, imprimendo all'ordinamento inglese quel **carattere dualista** che non è scomparso neppure oggi. Come abbiamo già accennato, l'**equity** scaturì indirettamente 1.dall'**irrigidimento del common law** e dei **writs**, i quali non furono più in grado di soddisfare molte delle esigenze richieste. I **writs** da più di 500 si ridussero a 50-70 ed in tal modo, il re non era posto nelle condizioni di amministrare la giustizia nell'ambito del privato. In più, nelle corti, il **common law** assunse una **procedura sempre più formalistica,** al punto che era frequente la perdita della causa per motivi squisitamente tecnici, per esempio, la parola sbagliata nella formula. Da ciò deduciamo che, 1.non solo c'era una grande difficoltà nell'accedere alla giustizia del re, ma anche 2.difficoltà nell'utilizzarla. Quindi, man mano che il common law evolse, oltre all'irrigidimento, questo iniziò ad essere amministrato in nome del re dai suoi collaboratori e ciò comportò un **allontanamento dal re.** Ma proprio questa **crisi delle corti di Westminster** spinse i cittadini che non trovavano giustizia a rivolgersi direttamente al re, quale titolare e fonte di giustizia, attraverso delle **petizioni.** La petizione veniva rivolta innanzitutto al cancelliere che, in quanto ''keeper of the King's coscience'', se lo riteneva opportuno, lo trasmetteva al re perché adottasse la sua decisione in seno al consiglio

della corona. Quando, poi, a partire dalla **guerra delle Due Rose**, divenne sempre più difficile che il sovrano riuscisse a riunirsi con il suo consiglio, e così venne a svilupparsi una **giurisdizione autonoma del cancelliere**, che cresce rapidamente in poteri e sviluppa presto un ampio corpo di regole e principi, che si applicavano quando il common law era mancante o quando un diritto, seppur riconosciuto dal common law, appariva contrario alla coscienza del re e che costituivano, per l'appunto, l'equity. Però, con il passare del tempo, anche questa iniziativa venne procedimentalizzata rivolgendosi, ormai, esclusivamente al cancelliere, che di solito era un ecclesiastico, il quale per via del pesante carico di lavoro, costituì a sua volta, una propria corte. Quindi l'**equity** divenne un sistema parallelo al common law, processuale e sostanziale, fornendo tutele sostanziali e creando nuovi diritti.

*Caratteristiche essenziali dell'equity*

Da quanto sopra detto è indubbia la **complementarietà** dell'equity al common law, resa palese dall'adagio ''**equity follows law**''. In ogni caso, propria da questo carattere di complementarietà, bisogna capire che l'equity che, fin dalle origini, si caratterizzò per una grande 1)**inorganicità** e **asistematicità**, non poteva, e non può, considerarsi un sistema autosufficiente tant'è che non regola compiutamente nessun istituto. Altro elemento caratterizzante l'equity è 2)la **discrezionalità**., il potere decisionale, ossia la possibilità del cancelliere di concedere o non concedere l'azione. Questa discrezionalità si riflette propriamente sul **modello processuale** dell'equity; in effetti, il cancelliere, in quanto keeper of the King's conscience e confessore del re, per lungo tempo è stato un ecclesiastico, il quale, per la gestione delle pratiche giudiziarie molto numerose, si avvaleva di chierici che conoscevano bene il diritto canonico e le sue procedure. Per cui, se il processo che si svolgeva presso le **corti di Westminster** era caratterizzato fin dalle origini dalla **pubblicità**( processo avente carattere **accusatorio**), dall'**oralità** e dalla presenza della **giuria**, il **processo di equity** si presentava come **segreto, scritto, inquisitorio** e **senza giuria**.

Con il passare del tempo, però, iniziarono a diffondersi delle **massime di equity** ( come per esempio:''*l'equity guarda all'intenzione e non alla forma*'') le quali, poi, vennero pubblicate facendo acquisire all'equity stessa, un carattere di **sistematicità**, che originariamente non possedeva. Per cui, un po' alla volta l'equity si avvicina al common law nel suo *stare decisis*, ossia nella necessità di rispettare il precedente considerato vincolante. Infine, nel seicento, le decisioni di equity vennero poste sotto il controllo della **camera dei lords** e questa scelta portò all'**unificazione delle corti.** Anche oggi, in effetti, ritroviamo un'unica corte, la quale, ha al suo interno, una sezione di common law ed equity. Così, anche l'equity, in fin dei conti, non fu più in grado di rendere giustizia; si era giunti, ormai, ad una situazione nella quale, sia il common law che l'equity si erano procedimentalizzate e fossilizzate legandosi al precedente. Ed a questo punto, la terza via venne offerta dalle **leggi**( **statute law**: diritto di creazione legislativa, nel quale gli *Statutes* sono, ed erano, le leggi del **Parlamento**) ed in tal modo, la responsabilità di creare nuove regole passò al Legislatore. Tutto ciò, può sembrare paradossale, in ogni caso, questo ricorso alla legge scritta, non si presentò mai come il nostro, in quanto operava in un contesto, nel quale, la legge scritta era vista come un'eccezione e la tendenza all'astrattismo e alla ricerca dei principi generali era del tutto assente.

N.B. La contrapposizione fra 3.**common law /statute law** (pag 251)

## 2.1.Le grandi riforme della seconda metà del XIX secolo

Prima di parlare delle riforme sopra menzionate, ricapitoliamo quanto detto finora. Abbiamo parlato di:
i)**corti di common law** che richiedevano l'ottenimento del **writ**.
ii)**corti di equity** che potevano essere utilizzate quando non si riusciva ad arrivare alla sentenza con il writ, per via di un errore anche formale , o per il semplice fatto che non esisteva un writ per il caso determinato, quindi, in conclusione, per via delle **lacune** presenti nel **common law.**
Indipendenti dalla giurisdizione ordinaria e dalle corti di common law, si affermarono precocemente in Inghilterra tribunali dotati di una **giurisdizione speciale**, che svilupparono un diritto di **derivazione**

**romano-canonica** :
iii)le **corti ecclesiastiche** che giudicavano in base al diritto canonico i reati fra i quali la bestemmia, l'eresia ed alcune questioni testamentarie e patrimoniali.
iv)le **corti mercantili** le quali applicavano invece la **lex mercatoria**, ossia il diritto comune della pratica dei commerci.
v)le **corti marittime** o **di ammiragliato**, che applicando un diritto fondato in larga misura nello ius gentium e nelle relazioni internazionali si occupavano di tutelare il **diritto della navigazione.**
In ogni caso, questa tendenza all'accentramento inizia a venir meno, fin dal **1361**, quando nasce la tradizione di decentramento del **sistema penale** per quanto concerne i reati meno gravi nell'ambito della **Justice of the Peace**( ossia i giudici di pace), la quale darà poi vita alla struttura più moderna delle **Magistrate Courts**. La stesso cambiamento non si presenterà al tempo stesso nella giustizia civile, tant'è che bisognerà attendere la nascita delle **County Courts** ( corti di contea) nel **1846** e la riforma del **1899** che cambiò l'assetto del sistema inglese cercando di favorire l'accesso alla giustizia( l'**access to justice**). Nel **1846**, venne introdotta, come accennato, una rete di **corti locali**( county courts) distribuite in cinquecento distretti, raggruppati in circa sessanta circuiti, ciascuno dei quali faceva capo ad un giudice togato, scelto e nominato dal Lord Chancellor fra gli avvocati con almeno setti anni di esperienza professionale. Da non dimenticare furono anche le **riforme processuali** del 1832, il **Uniformity of Process Act**, il quale prevedeva l'uniformità delle citazioni in tutte le corti di common law ed il **Real Property Limitation Act** del 1833che ridusse il numero delle azioni reali da sessanta a tre. Più incisive furono le riforme adottate nel decennio **1850-1860**. In particolare, in base al **Common Law Procedure Act** del 1854, si tentò di fondere gli aspetti processuali tipici e più utili di common law ed equity; le parti divennero autorizzate a rinunciare l processo con la giuria ed il convenuto poteva avvalersi sempre delle eccezioni di equity, mentre alle corti di common law era attribuito il potere di ordinare la discovery dei documenti e di emettere injunctions. Ma la più grande riforma è quella dei **Judicature Acts**( 1873-1875) la quale comportò una **riorganizzazione delle corti;** venne abolita la distinzione fra corti di common law ed equity e le numerosi corti concorrenti vengono tutte ricomprese in un'unica **SUPREME COURT OF JUSTICE** la quale si articolava su due livelli di giurisdizione:
**In prima istanza,**
la 1)**High Court of Justice**, in materia civile per le cause importanti.
Attualmente le divisions della **High Court of Justice** sono la 1. **Queen's Bench**, la **Chancery** e la **Family**.
la **Crown Court**, in materia penale.
**In seconda istanza,**
la 2)**Court of Appea**l avente due divisioni:
2.2.1.the **civil division**
2.the **criminal division**
Nella **Court of Appeal**, si seguiva l'idea che il giudizio di appello si dovesse caratterizzare come un riesame della causa a seguito della quale la corte può sostituire la propria decisione a quella impugnata, così come ordinare un nuovo processo.
Ed in fine
la 3)**House of lords**, venne creata in quanto si iniziò, ben presto, a sentire l'esigenza di una corte superiore. Corte della quale faceva parte una speciale suddivisione, l'**Appellate Comitee**, composta dal Lord Chancellor ed i suoi predecessori e nove giudici, componenti dell'house of lords chiamati **Law Lords.** Quest'ultimi, quindi, seppur facendo parte dell'**House of Lords**, ossia di una delle due camere del Parlamento, non partecipavano alla funzione legislativa ma sedevano con **funzioni giudiziarie.** La **House of Lords** costituiva la massima istanza non solo per l'Inghilterra ma anche per la Scozia e l'Irlanda del Nord che, per il resto, avevano un'organizzazione giudiziaria indipendente. Come **corte suprema** la **House of Lords** rilevava sia per l'autorità delle sue pronunce che avevano efficacia

vincolante per tutti i giudici inferiori, sia per il numero esiguo di ricorsi che tale corte doveva decidere. In effetti, per il semplice fatto che le sentenze delle corti di primo grado avevano un valore esecutivo e definitivo, nel diritto inglese, non esisteva un diritto di accesso alla massima istanza( l'appello era facoltativo), ma un **sistema di 'leave'** per cui si richiedeva, per accedervi, il permesso della corte che aveva pronunciato la sentenza impugnata( il **giudice a quo**) o, in mancanza di questo, un permesso dalla stessa House of Lords( per cui, al **giudice ad quiem**). Per quanto concerne le corti inferiori, ossia le **magistrates' Court** e le **County Court**, si prevedeva il diritto di accesso ad una corte di grado superiore, mentre la concessione degli altri gradi di giudizio era a discrezione del giudice( *schema pag.369*). Solo in casi eccezionali era previsto il salto dalla High Court alla **House of Lords**,. In ogni caso, tralasciando i particolarismi, il meccanismo della **House of Lord** era alquanto favorevole, per il fatto che permetteva di concentrarsi sulle questioni realmente importanti e controverse e renderle dunque decisioni idonee a guidare la giurisprudenza inferiore. Il vertice della giurisdizione inglese è stato modificato con un'importante legge del **2005**: il **Constitutional Reform Act**. A causa soprattutto della contiguità tra il potere legislativo e giudiziario che scaturivano dal ruolo di giudice di ultima istanza dell'Appellate Committee della House of Lords, questa è stata sostituita da una nuova **Supreme Court**, del tutto separata ed indipendente dal Parlamento, composta da **dodici giudici**. La funzione della **Supreme Court** è rimasta inalterata, mentre diversa è la procedura per le successive nomine: qualora si verifichi una vacanza, il Lord Chancellor la **Selection Commission** in modo da scegliere un candidato. Il nome dello stesso viene comunicato dal Lord Chancellor al Primo Ministro che raccomanda alla regina la nomina di tale persona. Altri cambiamenti hanno colpito la figura del **Lord Chancellor**, il quale, originariamente era il **presidente del Commonwealth,** membro del governo che restava in carica finché il Gabinetto godeva della fiducia del Parlamento**, speaker della House of Lords** in sede legislativa e **giudice** sempre della House of Lords.
Egli indicava gli altri giudici, optando per gli avvocati più prestigiosi, fra i **barristers**. ed i **solicitors** che avevano il right of audience ed almeno dieci anni di esperienza professionale, i quali poi venivano nominati dalla regina Mentre, attualmente, egli non è più né speaker, né giudice, tant'è che è stata creata una **Judicial Appointments Commission**, che seleziona i candidati per ciascun posto che si renda vacante presso qualunque corte o nomina direttamente la persona scelta o la raccomanda per la nomina alla Regina. Il Lord Chancellor può comunque opporsi alla proposta della commissione o chiederle di riconsiderarla. Si tratta di una commissione composta da **15 membri ,** scelti fra i barristers e i solicitors aventi il right of audience, nominati dalla Regina su proposta del Lord Chancellor tenendo conto dell'elemento della **''diversity''** fra le persone che vengono scelte per rispondere all'esigenza di una magistratura maggiormente rappresentativa.

*L'amministrazione congiunta di common law ed equity*

Connessa alle riforme introdotte dai **Judicature Acts**, venne introdotta l'amministrazione ''congiunta'' di common law ed equity. In tal modo, c'era la possibilità di richiedere rimedi diversi ad uno stesso giudice, anche se la differente natura dei due rami del diritto inglese veniva conservata; in effetti, il rimedio di equity, risentiva ancora della sua natura ''eccezionale'' e dunque la sua concessione rientrava fra i poteri discrezionali della corte, ossia veniva accordato solo ove si dimostrasse l'inadeguatezza del rimedio di common law.

*Riforma nel sistema dei writs*

Il sistema dei writs fu notevolmente semplificato. Tutti i numerosi writs vennero sostituiti da un unico ''**writ of summons**'' che ha rappresentato l'**atto introduttivo del giudizio** fino al 1999, anno in cui, si decise di rinnovare tutta la terminologia giuridica che ricordava gli antichi istituti per favorire l'accesso alla giustizia ed il termine ''writ of summons'' venne sostituito da **''claim form''**.

## 2.2.Il ceto dei giuristi e la magistratura laica in Inghilterra

*Barrister e Solicitors*

Con il consolidarsi del potere delle corti regie ed il graduale complicarsi e formalizzarsi del sistema di writs diventò sempre più difficile per i litiganti stare in giudizio di persona. Così, questi iniziarono a rivolgersi sempre più frequentemente agli **attorneys,** professionisti che ricevevano la loro formazione giuridica attraverso la **pratica**. All'attorneys si affiancarono presto i **narrators** , provvisti di una superiore dignità professionale e maggior prestigio. In ogni caso, l'apprendimento del diritto avveniva attraverso la pratica, mentre l'insegnamento delle scuole e delle università era tenuto in scarsa considerazione. In particolare, la preparazione per la professione giuridica si svolgeva nella **Inns of Court**, ove gli apprendisti erano istruiti, anche attraverso la **simulazione di processi**, dai membri più anziani ed esperti della professione, ossia i **benchers** ed i **readers**. Inizialmente anche gli **attorneys** facevano parte delle **Inns** annesse alle corti regie, ma nel tardo medioevo ne furono esclusi e si ritirarono nelle **Inns of Chancery** insieme ai **solicitors**, comparsi nel XV secolo, con compiti essenzialmente amministrativi, e trasformatosi poi in giuristi praticanti soprattutto nelle corti di equity. Al di sopra di tutte queste categorie di pratici vi era quella prestigiosa dei **serjeants at law**, eredi dei narratores e scelti fra i migliori readers. Nel corso del XVII secolo iniziò un graduale processo di trasformazione che portò alla definitiva affermazione, con l'esclusione delle altre categorie, dei **barristers** e dei **solicitors** , eredi delle funzioni, rispettivamente, dei **serjeants** e degli **attorneys**. L'istruzione dei **solicitors** è affidata alla **Law Society** e consiste nella pratica in uno studio legale per cinque anni, cui si aggiunge l'obbligo di sostenere alcuni esami presso una **Law School** riconosciuta dalla Law Society. Tradizionalmente il lavoro dei solicitors consiste in prevalenza nel tenere i rapporti con i **clienti** e la loro capacità di stare in giudizio innanzi alle corti superiori è limitata, mentre è da sempre riconosciuta la possibilità di stare in udienza di fronte alle **county courts** ed ai **giudici di pace**. Inoltre, i solicitors oltre ad occuparsi solo di alcune materie, preparano il materiale informativo e probatorio e tutta la documentazione che serve al barrister per le argomentazioni da sostenere di fronte alle corti superiori.

L'istruzione dei **barristers** avviene invece ancora in piccola parte nelle **Inns of Court**. Entrare in una **Inn** è costoso e attualmente richiede una **laurea** riconosciuta ed il superamento di un esame. Tradizionalmente i barristers esercitano **attività di consulenza** , e soprattutto di patrocinio di fronte alle **corti superiori** e non hanno contatti con i clienti. Il sistema appena accennato che poteva essere costoso in quanto richiedeva la presenza di **due figure legali** diverse è stato, in parte, riformato dal **Courts and Legal Services Act**( 1990) e dall'**Access to Justice**( 1999). Con la prima riforma, il **right of audience** è stato concesso, a determinate condizioni ai **solicitors**, mentre i **barristers** hanno acquistato la possibilità di avere rapporti direttamente con i clienti.

*La magistratura laica*

Nella magistratura laica rientrano i giudici non togati( barristers), ossia i **giudici di pace** chiamati anche i ''great unpaid'', i membri laici degli **Special Tibunals** e la presenza della giuria nel processo civile.

*Gli Special Tribunals*

Gli Special Tribunals sono organi giurisdizionali indipendenti ed estranei alle corti ordinarie, di **maggiore accessibilità** in quanto sono poste a risoluzione della maggior parte delle controversie fra stato e cittadini, o fra i privati cittadini, di **minori costi** e **minore durata dei procedimenti**. Nell'ambito di questa amministrazione secondaria, si ha sempre la garanzia di un ricorso ad una corte di grado superiore, alla **supervisory of the High Court**.

*Le linee essenziali del modello adversary di processo*

Nell'ambito del processo inglese ed anche quello americano abbiamo la netta distinzione di **due fasi:** il **pre trial** , ossia la fase predibattimentale ed il **trial**, il dibattimento.

i)Il **pre trial** si conclude con l'avvio del dibattimento, è la fase in cui gli avvocati delle parti hanno la più ampia possibilità di dimostrare la propria abilità ed esperienza nella causa. In questa fase sono rarissimi gli interventi del giudice e qualora si presentino gravi difficoltà, interviene il **master**, ossia un

funzionario della corte.
Le **funzioni fondamentali** del **pre trial** sono essenzialmente tre:
1)la **preparazione della causa** per il dibattimento.
In questa fase si individuano le **parti** della causa e si definisce la ''**cause of action**''. Inoltre si scambiano le memorie attraverso cui le parti definiscono con chiarezza e precisione le questioni realmente controverse. Si svolge inoltre la **disclosure** che consiste nello scambio degli elementi che possono costituire **prove** per il dibattimento; si tratta dello scambio di documenti, prove materiali, affermazioni di testimoni.
2)**la decisione della causa** senza dibattimento
3)l'**adozione di provvedimenti provvisori** e cautelari in attesa del dibattimento.
Il dibattimento pur rappresentando il momento culminante del processo civile inglese, in realtà finisce per costituire un evento del tutto eccezionale. Nella fase pre trial, inoltre, è possibile richiedere al **giudice**, l'emanazione di una **interlocutory injunction ,** consistente in un ordine di non fare che trovò origine nell'equity, volta ad ottenere una tutela rapida ed immediata tendente ad assicurare lo status quo ante.
*Il trial*
Solo l'1% delle controversie giunge al **trial**, il quale si caratterizza per l'**oralità**, la **concentrazione** e l'**immediatezza**. Le prove vengono assunte oralmente davanti al giudice nel dibattimento e davanti alla giuria, la quale se nel processo inglese è presentata come virtuale( '' *l'atmosfera di un'aula giudiziaria inglese è dominata da una giuria assente ed invisibile*"), in quello americano è prevista dal **VII emendamento** della Costituzione. Il dibattimento, in cui si attua l'interrogatorio ed il controinterrogatorio dei testimoni, si dice **concentrato** perché tende a risolversi in una sola udienza o in più udienze in stretta successione fra loro. Il processo inglese si presenta come un **libero scontro** fra i contendenti che nel rispetto delle regole si sfidano davanti ad un **giudice passivo**. Corollari di questa idea di processo sono la **party presentation** e **party prosecution**. In base al primo, spetta alle parti il potere di andare alla ricerca delle prove, nonché di elaborare gli argomenti giuridici a sostegno delle proprie pretese. In base al secondo, sono le parti ad iniziare il procedimento fissandone l'oggetto, ed a farlo proseguire fino alla sua conclusione.
*Le riforme recenti*
Fra le riforme intese a rendere il sistema di amministrazione della giustizia inglese più economico, efficiente ed accessibile, ricordiamo:
i)Il **Courts and Legal Services Act** del 199o, il quale ampliò entro certi limiti il right of audience dei solicitors rompendo il monopolio dei barristers per ciò che atteneva il patrocinio delle corti superiori, rendendo possibile una diminuzione dei costi del processo.
ii)Il **County Courts Jurisdiction Order** del 1991, che ampliando le competenze delle county courts, produceva un notevole alleggerimento del lavoro della High Court ed una semplificazione delle procedure più semplici nelle county courts. Attualmente le county courts possono giudicare controversie di valore fino a £25.000 e hanno competenza esclusiva nei casi di **lesioni personali**. Inoltre, dopo la ricerca di Lord Woolf, presidente della Court of Appeal, commissionatagli dal Lord Chancellor, ci fu un radicale cambiamento di prospettiva che condusse all'idea del **case management**. Secondo tale idea, il giudice doveva svolgere un ruolo ''attivo'' in tutte le fasi del processo e doveva far sì che vi fosse proporzione fra l'importanza e la complessità della controversia da un lato e gli strumenti processuali con i relativi costi dall'altro. In fine con l'**Access to Justice Act** del 1999 venne introdotto 1)un nuovo sistema di assistenza legale per i meno abbienti basato su strumenti di finanziamento alternativi a quello pubblico, 2)un accordo, il **conditional fee agreement**, secondo il quale, in caso di vittoria, l'onorario dell'avvocato potrà essere maggiorata di una ''success fee'' non superiore al 100%della fee normale; 3)infine ci fu una riforma nell'ambito del sistema delle impugnazioni, riconoscendo il diritto a ricorrere alla Court of Appeal e la necessità dei giudici la cui

decisione veniva impugnata di rilasciare il leave.

## *Sezione III* – LE FONTI DEL DIRITTO

### *3.2. La gerarchia delle fonti e la nozione inglese di costituzione.*

| |
|---|
| 1.la **Costituzione**; o meglio **diritto costituzionale** senza Costituzione. |
| 2.*il diritto comunitario;* |
| 3.la legge; |
| 4. i precedenti; |
| 5. le consuetudini. |

Questa gerarchia potrebbe apparire molto simile a quello Continentale, invece di differenze ce ne sono molte a partire dall'idea stessa di costituzione. Nel Regno Unito, ancora oggi, **non** è presente una costituzione intesa come **documento scritto** di rango **superiore** alla legge ordinaria del Parlamento. Esiste tuttavia un '**diritto costituzionale**' un **insieme di regole** che disciplinano i **rapporti** tra i **poteri** dello **Stato** e contribuiscono a definire la **forma** di **governo**, ricavabili da atti di varia epoca e da fondamentali convenzioni. Secondo l'insegnamento Classico, dunque, non esiste nel Regno Unito alcuna 'legge superiore' e non è ammissibile alcun tipo di controllo giurisdizionale di costituzionalità, ma vige, invece, il **principio** della **supremazia** del **PARLAMENTO**.

### *3.3. La giurisprudenza e il principio stare decisis.*

Nei paesi di common law, ma tenendo conto delle importanti differenze esistenti fra Inghilterra e Stati Uniti, vige la **doctrine of blinding precedent**, ossia la regola secondo la quale i **precedenti giudiziari** sono **vincolanti** e devono essere **seguiti** per i successivi casi simili. Nella sua accezione più rigida, espressa anche con il brocardo dello **stare decisis**, indica l'**obbligo** per il giudice chiamato a decidere una controversia di non discostarsi dal precedente scaturito dalla decisione di un caso analogo, anche nell'ipotesi in cui dovesse considerare detta decisione sbagliata o ingiusta.

*L'affermazione della regola stare decisis*.

La **regola del precedente vincolante** si impose in modo rigoroso dopo la **prima metà** del **XIX** secolo, quando il **bisogno** di **certezza** crebbe in Inghilterra. Possiamo dire, precisamente, che la **teoria** del **precedente** è **antica**, mentre la **rigida affermazione** del principio **stare decisis** è invece relativamente **recente**.

Ponendo la **case law**, il diritto giurisprudenziale, nell'ampio contesto che le è proprio, si possono meglio comprendere le **cause** che condussero, nella **seconda metà** del **XIX** secolo, all'**irrigidimento** della regola **stare decisis**.

Fra le varie cause ritroviamo:

- le **riforme** dell'amministrazione della **giustizia** introdotte dai **Judicature Acts** 1873-1875; in effetti un sistema di corti organizzato in modo rigoroso e gerarchico risponde al buon funzionamento della regola dello **stare decisis**, il cui enunciato essenziale prevede che le corti inferiori si considerino vincolate dalle decisioni di quelle superiori.
- Il **perfezionamento** del sistema di **repertoriazione** delle **sentenze**. Raccolte affidabili e prontamente aggiornate sostituirono gli antichi Yearbooks e i Nominative Reports; in effetti, iniziò un lavoro di razionalizzazione delle raccolte inglesi e di compilazione dei **Law Reports**, contenenti una selezione dei più importanti casi decisi dalle corti superiori, i quali si imposero immediatamente come **preziosi strumenti** di **lavoro**.

- L'imposizione della **concezione scientifica** nell'ambito delle discipline sociali, da cui non rimane escluso il diritto. Nell'Europa continentale questa spinta si concretizza nei codici; mentre, in Inghilterra l'idea della codificazione non riesce ad attecchire, essendo troppo distante dalla concezione del common law come diritto giurisprudenziale. Ma l'esigenza di dare un **assetto sistematico** e **coerente** al diritto si manifesta nell'**irrigidimento** della **doctrine** of **precedent**.
- L'affermazione della **teoria dichiarativa**; secondo la quale il **precedente giudiziale** è giuridicamente **vincolante** in **modo assoluto**, in quanto ciò che viene enunciato nella decisione precedente è propriamente la **verbalizzazione** di una **regola** di **diritto consuetudinario**.

  Bisogna precisare che il vincolo del rispetto del precedente non è previsto in alcun atto legislativo, emergendo piuttosto da una **scelta degli stessi giudici**.

*Teoria e prassi della regola stare decisis.*

*Operatività verticale ed orizzontale della regola del precedente.*

In modo molto schematico si ricorda che:

| | |
|---|---|
| **-I grado** di giudizio-<br>per le cause civili di scarso valore economico.<br><br>Per i reati di minore allarme sociale. | **COUNTY COURTS**<br><br>**MAGISTRATE'S COURT** |
| **-I GRADO** di giudizio-<br>competenza generale in prima istanza | **HIGH COURT**;<br>[materia civile]<br>**CROWN COURT**<br>[materia penale] |
| - **II GRADO** di giudizio- | **COURT OF APPEL** |
| - III GRADO di giudizio-<br>massima istanza | **SUPREME COURT** |

In modo altrettanto coinciso si può dire che l'**operatività verticale** della regola si esprime tra **corti di grado diverso**, mentre l'**operatività orizzontale** si esprime tra **corti di pari grado**.
Il fondamento della regola è differente nei due casi: per i **giudici inferiori** si tratta di un **corollario** della **gerarchia** delle **corti**; i **giudici superiori** trovano invece nella dottrina del precedente in senso orizzontale un **modo per perpetuare** la propria influenza.
La **Supreme Court** deve ormai rispettare le decisioni della Corte di giustizia Europea in tema di interpretazione delle leggi comunitarie, ma **vincola tutte le corti inferiori**, a meno che la sua pronuncia non sia 'abrogata' da una legge successiva o sia stata emessa omettendo di osservare una contraria norma di legge o un diverso precedente.
Prima la **Supreme Court** era sottoposta all'**osservanza** dei **suoi precedenti**; ma nel **1966** con la **practice statement**, dichiarò che per il futuro non si sarebbe più sentita vincolata ai propri precedenti quando ciò fosse apparso conveniente. In ogni caso, la Supreme Courts si è servita molto cautamente del potere attribuitasi con il **practice statement**, ma nonostante ciò, questo dichiarazione ha legittimato formalmente la concezione secondo la quale i giudici svolgono un **ruolo notevole** nella **creazione del diritto**, superando la teoria dichiarativa del common law.

Le decisioni della **Court of Appeal** vincolano **tutte le corti inferiori** e dunque la regola dello stare

decisis opera efficacemente in **senso verticale** mentre l'operatività in senso orizzontale è stata oggetto di discussione. Secondo Lord Denning, la Court of Appeal avrebbe dovuto eseguire l'**esempio** della **Supreme Court**, a quei tempi chiamata House of Lords, e occasionalmente sottrarsi all'obbligo di seguire i propri precedenti. Da ciò, però, deriva un'osservazione; mentre l'abbandono del principio dello stare decisis da parte della House of Lords, si giustifica con la circostanza che, altrimenti, per rimuovere un precedente obsoleto, sarebbe necessario l'intervento del legislatore; nell'ambito delle decisioni della Corte d'Appello è ammesso il ricorso alla House of Lords che, se opportuno, elimina la sentenza scomoda, senza creare problemi di certezza del diritto. La questione, in ogni caso, ancora oggi non è pacifica.

La **High Court vincola solo le corti inferiori**, mentre le decisioni di quest'ultime non vincolano alcuno e non hanno nemmeno efficacia persuasiva.

*La distinzione tra ratio decidendi e obiter dictum*

Precisiamo fin dall'inizio che ciò che vincola il giudice successivo non è l'intera decisione ma solo la sua **ratio decidendi.** La **ratio decidendi** è la **ragione** della **decisione**, il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti, ha determinato quel particolare risultato.

E' il giudice successivo a determinare la **ratio decidendi** del caso e nel fare ciò ha il potere il operare **distinzioni** in considerazione degli elementi di fatto. Se il giudice successivo considera i fatti ad un livello di estrema **concretezza**, difficilmente la ratio potrà essere estesa, in quanto è sempre possibile trovare elementi divergenti tra la situazione passata e quella presente ed allora l'**interpretazione** sarà **restrittiva**. Se invece i fatti vengono ricostruiti ad un alto livello di **astrazione**, in essi si potranno classificare un gran numero di fattispecie concrete e quindi la ratio potrà avere un'**interpretazione estensiva.**

Diversa dalla **ratio decidendi** è l'**obiter dictum**, ossia il **commento incidentale** fatto dal giudice, che non risulta necessario per la definizione della controversia. Questo aspetto, però, sebbene l'apparente semplicità della definizione, rimanda al particolare stile ed al carattere letterario delle sentenze inglesi. Le **sentenze inglesi**, in effetti, sono formate dalle **singoli opinioni** dei giudici che compongono l'organo collegiale.

Le varie opinioni possono concordare fra loro interamente o solo sul **risultato** della **decisione**( judgement) e non sui motivi( reasoning) e in questo caso si parla di **opinioni concorrenti.**

Se le opinioni sono in disaccordo sia rispetto al judgement, sia rispetto ai reasoning, allora si parla di **opinioni dissenzienti.** Se la presenza di **più opinioni concorrenti** rende assai difficile la determinazione della ratio decidendi, l'**opinione dissenziente** costituisce senz'altro un **obiter dictum**.

Inoltre, possiamo dire che la **forza del precedente** può derivare da diversi fattori:

- il **numero** e il **tipo di opinioni** contenute nella decisione precedente.
  Una decisione cui sono presenti numerose **opinioni concorrenti** o addirittura **dissenzienti** ha senz'altro un'autorità minore rispetto ad una decisione unanime.
- L'**età del precedente**. Sia l'eccessiva anzianità, sia l'eccessiva giovinezza indeboliscono il precedente.

Diverso dal **distinguishing** è l'**overruling**, consiste nell'**abrogazione della regola giurisprudenziale vincolante** e in particolare indica il potere di una corte di discostarsi da un precedente altrimenti non distinguibile. Nella **prospettiva verticale**, le **corti superiori** possono **overrule** i precedenti delle corti inferiori, mentre nella **prospettiva orizzontale** solo la Supreme Court, può **overrule** i suoi stessi precedenti.

*3.4. La legge e la sua interpretazione.*

Con l'inizio del **XX** secolo, il Parlamento, organo complesso costituito dalla House of Lords, dalla House

of Common e dal Sovrano, depositario del **potere legislativo**( il quale vide affermare la sua **supremazia** nel **1688** con il **Bill of Rights**), intraprese una **consistente attività legislativa** al fine di eliminare alcune delle caratteristiche più antiche del common law. Dobbiamo, però, ricordare che fino ad allora il diritto si era identificato con la **common law dichiarata dai giudici**, e proprio per questo c'era una certa riserva ed ostilità nei confronti dell'utilizzo degli atti legislativi. Riserva che man mano andò svanendo, fino ad arrivare al **secondo dopo guerra**, definito provocatoriamente, 'l'**età** degli **statuti**'.
Apparentemente dunque il ruolo della legge nell'ambito delle fonti del diritto inglese è chiaro: **gli statutes**, **qualitativamente e quantitativamente ormai rilevantissimi, sono da porsi al vertice della gerarchia,** dopo il **diritto costituzionale** e il **diritto comunitario**. Nonostante, però, una supremazia formale della legge si percepisce una sua inferiorità sostanziale rispetto common law; in effetti, nonostante l'enorme produzione legislativa, la parte più fondamentale del diritto inglese resta la **common law**.

Altre considerazioni che possono giustificare, almeno in parte, il permanere di una **certa prevalenza** del **case law** sullo **statute law**, sono queste:

- il condizionamento compiuto dalle **sentenze** nei confronti della **leggi**; leggi le quali acquistano validità solo quando sono applicate dalle corti e nell'ambito del circuito giurisprudenziale. Sebbene, il Parlamento attraverso una formulazione **puntigliosa**, **analitica**, **casistica**, delle sue disposizioni, accompagnate anche da leggi di interpretazione, cerchi di lasciare meno spazio possibile all'interpretazione del giudice.
- Il conservarsi di una data realtà culturale, che ancora influenza il sistema di educazione giuridica e la percezione che il common lawyer ha del proprio diritto.

*La codificazione*

In Inghilterra non è stata possibile una **codificazione** generale del common law, tuttavia questa idea non è completamente estranea all'ordinamento inglese. L'esplicazione più compiuta dell'**esperienza di codificazione inglese** si può osservare principalmente in materia **processuale**; per esempio le **nuove Civil Procedure Rules** si definiscono espressamente '*a new procedural code*'.
Ciò che continua a distinguere la tradizione di common law attiene all'atteggiamento rispetto al codice. I common lawyers, in effetti, non condividono l'idea che il codice rappresenti una cesura con il passato, né condividono l'idea di completezza del codice e della sua centralità.

*Lo stile della legge e la sua interpretazione*

Nell'ambito delle leggi inglesi valgono le seguenti regole:

i. la **literal rule**,
secondo la quale l'interprete deve innanzitutto attribuire ad una determinata disposizione il **senso** reso palese dal **tenore letterale** delle parole. Questo atteggiamento riesce ad esprimere omaggio alla supremazia del Parlamento e contemporaneamente testimonia il **carattere eccezionale** della legge. La rigidità di tale impostazione si è tuttavia alquanto smussata..
Le altre due regole che presenteremo vengono in rilievo solo qualora attraverso quest'ultimo non sia possibile giungere ad un risultato soddisfacente:

ii. la **golden rule**;
consente di discostarsi dal significato più naturale della norma se questo porti ad esiti assurdi e di scegliere, invece, il significato che conduca ad un risultato ragionevole.

iii. la **mischief rule** (modernamente **purposive approach**);
la quale ammette di interpretare la norma in modo tale da rimuovere effettivamente la specifica carenza; ossia si pone come una sorta interpretazione teleologica, consentendo di cercare, in casi speciali, lo scopo della norma. Questa nuova apertura verso l'interpretazione teleologica si è manifestata dal 1992 ed è dovuta al contatto con il diritto comunitario, il quale ha portato l'approccio dei giudici ad allontanarsi dai canoni ermeneutici classici( ingresso Gran

Bretagna nella Comunità Europea, **1972**).

*3.5. La consuetudine.*

La consuetudine svolge ormai un **ruolo assai limitato** nell'ordinamento inglese. Quello che piuttosto è utile ancora ribadire, è che il diritto inglese **non è un diritto consuetudinario**.

*3.6. Il ruolo della dottrina.*

La **dottrina** oggi influenza in misura notevole lo sviluppo del diritto inglese; in effetti l'**accresciuto rilievo dell'accademia** in Inghilterra testimonia il fatto che il lavoro dei giudici è sempre più influenzato dall'insegnamento e dagli scritti dei giuristi, nonostante l'originaria diffidenza. Inoltre il notevole aumento della produzione legislativa richiede ormai l'assai importante opera di chiarificazione e sistematizzazione della dottrina, soprattutto nei settori nei quali la common law non offre schemi concettuali adeguati.

# - Sistemi giuridici comparati -

*seconda parte: la common law negli Stati Uniti (sezione I V.)*

*4.2. La recezione della common law nelle colonie e l'indipendenza*.

I primi insediamenti inglesi nel continente nordamericano risalgono agli inizi del XVI I secolo, quando furono create le colonie americane. Il diritto che si applicava nelle colonie originariamente non rimandava al common law inglese, in quanto questo era un diritto tecnico sviluppatosi nelle corti per opera di giuristi sofisticati; mentre nel nuovo mondo, oltre all'assoluta mancanza di corti adeguate, non c'erano neanche persone dotate di una qualche educazione giuridica. La situazione iniziò a cambiare, all'inizio del XI I I secolo, con l'**aumento** degli **scambi commerciali** tra le varie colonie e l'Inghilterra; il common law cominciò a farsi strada sia perché emerse un ceto di giuristi, sia grazie alla diffusione di alcune opere inglesi, utilizzate come facile breviario.
Verso la seconda metà del XVI I I si affermò il movimento per l'indipendenza, e quanto la situazione fosse cambiata può essere testimoniato che molti dei cinquantasei firmatari della **Dichiarazione d'indipendenza** sono giuristi. Ma quel che è importante è che nella Dichiarazione d'indipendenza, scritta in buona parte da **Jefferson**, e approvata il 4 luglio del 1776, si manifesta in modo chiaro l'**intenzione** dei padri fondatori di dotare la nuova nazione di **ideali universali** imperniati sul **riconoscimento** e sul **rispetto** delle **libertà fondamentali**. Le **tredici colonie**, staccandosi dalla madrepatria, sono diventati **stati sovrani**. Questi in **Congresso**, dichiararono la loro **indipendenza**, e nel **1871** elaborarono gli **Articles of Confederation**m ratificati nel 1782. Gli Articles riconobbero la piena sovranità degli Stati membri dell'Unione, sottraendo loro solo quei poteri politici che vengono attribuiti espressamente al Congresso, composto da un rappresentante per ciascuno stato. Al fine di rafforzare questa unione prevista dagli Articles of Confederation, alcuni uomini politici decisero di convocare nel **1787** una **Convenzione a Filadelfia.**
La **Convenzione di Filadelfia** redisse in breve tempo un progetto di **costituzione** che venne sottoposta al voto degli stati per la **ratifica**, che avvenne stato per stato. La ratifica della costituzione si presentò come un procedimento non semplice, perché il contrasto tra gli avversari e i sostenitori di uno stato federale forte era piuttosto acceso. A favore della ratifica della costituzione intervennero alcuni profondi ed illuminati di articoli di giornale, poi raccolti in un libro, 'The Federalist'.

Gli articoli originari della costituzione (pag 323)

La **costituzione americana** , la prima costituzione moderna di uno stato federale, è un documento apparentemente semplice, ma in realtà piuttosto complesso. Ciò è dovuto in parte al fatto che la costituzione venne ratificata dai **tredici stati** da poco indipendenti in un momento di transizione, ed è il risultato di un **compromesso** che rifletteva le notevoli tensioni fra i **federalisti**( sostenitori di uno stato unitario forte e dotato di ampi poteri) e gli **antifederalisti(** che temevano che un'unione troppo solida avrebbe sacrificato i diritti e la sovranità dei singoli stati). Queste due posizioni trovarono un punto d'incontro ed equilibrio ritagliando alcune competenze ed attribuendole agli stati federali. Gli articoli originari della costituzione sono **sette**, a cui si aggiungono nel corso del tempo **26 emendamenti**, nei quali risiede la parte più forte della costituzione, in particolare nei primi **dieci emendamenti** approvati nel 1791che costituiscono **Bill of rights**, ossia la carta dei diritti fondamentali. Fra gli emendamenti che si collocano fra il 1791 ed il 1992, sono molto importanti quelli adottati a seguito della guerra civile volti ad abolire la schiavitù e ad estendere la tutela dei diritti fondamentali rispetto all'attività dei singoli stati. Quindi, in sintesi, la **struttura federale ,** il **principio di costituzionalità** ed il ricorso ad una **costituzione scritta**, **rigida,** modificabile esclusivamente attraverso gli emendamenti, allontanano il common law americano dal tradizionale common law inglese( l'Inghilterra è la terra della tradizione, basta pensare a perché gli inglesi tengono la destra).

**L'impianto formale della costituzione** riflette la classica **tripartizione dei poteri:** l'art.1 disciplina il **potere legislativo,** l'art.2 quello **esecutivo** e l'art.3 il **giudiziario;** ma deve essere detto subito che, in considerazione del sistema istituzionale americano, all'idea della separazione si affianca quella di ''**cheecks and balances**''.

Gerarchia delle fonti nei paesi di common law

(discorso generale)

i. **diritto costituzionale**
   (si parla di diritto costituzionale in quanto nel diritto inglese non abbiamo una carta costituzionale; mentre in America, diversamente, ritroviamo una **costituzione scritta** e **rigida**).
ii. **diritto comunitario**
   (solo per quanto concerne il diritto inglese)
iii. **leggi e regolamenti**
iv. **giurisprudenza e consuetudini**

* Per quanto riguarda il **diritto inglese**, facciamo un piccolo accenno: ci troviamo in un **sistema orizzontale** nel quale non abbiamo una gerarchia delle leggi, anzi quest'ultime vengono tutte considerate **leggi ordinarie**.; fra le leggi definite **ordinarie** rientrano, oltre le leggi in senso stretto, la giurisprudenza, le consuetudini e gli atti normativi solenni ed antichi( la Magna Charta, il Bill of Rights, etc.). Le **leggi ordinarie** più importanti da ricordare sono:

i)1998, le **leggi di devolution,**

ii)1998, lo **Human Rights Act**, il quale ha posto fine ad un lungo dibattito sul ruolo della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Inghilterra, prima fra gli stati membri del Consiglio d'Europa, fin dal 1951.

iii)2005, il **Constitutional Reform Act,** il quale ha ristretto le competenze del Lord Chancellor per evitare conflitti fra i poteri legislativi ed esecutivi che rimandavano alla sua persona.

Inoltre, un altro a spetto rilevante, nell'ambito del diritto inglese, è la **supremazia del parlamento.**

Riprendiamo il discorso dell'ultima lezione, ossia la **Costituzione Americana**, analizziamo i suoi articoli.

Articolo I

'' *Tutti i poteri legislativi conferiti col presente atto sono delegati ad un Congresso degli Stati Uniti, composto da un Senato e da una Camera dei Rappresentanti*''.

Tutti i poteri legislativi sono divisi fra i **singoli stati** e la **federazione**, il **Congresso** degli **Stati Uniti**( tale principio lo ritroviamo nel X emendamento:*"i poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati, ovvero al popolo"*). Il Congresso è un **organo bicamerale** costituito dal **Senato** , composto a sua volta da due rappresentanti per ogni stato membro che vengono rinnovati per un terzo ogni due anni, e dalla **Camera** dei **Rappresentanti ,** formata su base nazionale, in modo proporzionale alla popolazione degli stati, da deputati con mandato biennale. Bisogna, però, sottolineare, che il Congresso ha **competenza legislativa solo per le materie espressamente previste:**

i. moneta,
ii. tasse,
iii. difesa,
iv. diritto d'autore,
v. poste

Per quanto concerne il **diritto commerciale** , in America con tale denominazione, s'intende limitatamente il **diritto dei contratti commerciali,** il quale è oggetto di **disciplina federale** solo per quanto riguarda alcuni aspetti:

i. il commercio fra i singoli stati( interstate commerce),

ii. il commercio con l'estero,
iii. il fallimento,
iv. la proprietà industriale,
v. il brevetto.

Mentre il **diritto societario** cambia da stato a stato, come anche la maggior parte del **diritto privato**( diritto di famiglia, successioni, responsabilità civile, contratti).
Il Congresso oltre ai poteri espressamente conferitegli ha anche quello di **promulgare le leggi** ''**necessarie ed adatte**'' grazie alla ''**necessary and proper clause**''ed altre competenze che gli sono state attribuite dall'''**interstate commerce clause**''. Queste due clausole, hanno portato con il tempo grazie ad un'interpretazione estensiva che la Corte Suprema federale ha compiuto, ad un ampliamento dei poteri del Congresso.

## Articolo II

*"Il Presidente degli Stati Uniti d'America sarà investito del potere esecutivo. Egli rimarrà in carica per il periodo di quattro anni.."*

Il **potere esecutivo** è attribuito al **Presidente degli Stati Uniti** il quale non solo è insieme **capo dello stato** e **capo dell'esecutivo**, ma deve essergli riconosciuto sul piano politico una posizione di marcata preminenza nella determinazione dell'indirizzo di governo in virtù del fatto di aver ricevuto una **diretta investitura nazionale del corpo elettorale** , attraverso un **sistema indiretto**; in effetti, il Presidente degli Stati Uniti viene eletto dai **grandi elettori**, a loro volta eletti dai cittadini. Il presidente è eletto per **quattro anni**, rinnovabili una sola volta.
Il Presidente ha questi poteri:

i. è **titolare delle forze armate.,**
ii. ha il potere di dichiarare **guerra,**
iii. ha il potere di **stipulare trattati internazionali,**
iv. può nominare gli **ambasciatori,** i **consoli** e gli altri **rappresentanti diplomatici**,
v. nomina i **giudici della Corte Suprema** e tutti gli altri **pubblici ufficiali** degli Stati Uniti.

Il Presidente può essere rimosso dall'incarico solo con un procedimento di **impeachment** , che prevede la messa in stato di accusa da parte della Camera dei rappresentanti e il giudizio di condanna del Senato presieduto in quell'occasione dal **Chief Justice** della Corte suprema.

## Articolo III

*"Il potere giudiziario sarà affidato ad una Corte Suprema degli Stati Uniti e a quelle Corti di grado inferiore che il Congresso potrà di volta in volta creare e costituire".*

1.Ma quali controversie decidono le **corti statali?** 2.E quali quelle **federali ?**
**1.**Le **corti statali** decidono riguardo:

i. il **diritto statale**
ii. e quello **societario.**

2.Le **corti federali** si occupano:

i. di tutelare i contratti stipulati fra cittadini di stati diversi, applicando il diritto statale corrispondente( **diritto internazionale privato**). Per cui, dell'applicazione del **diritto statale** nei casi di ''**diversity of citizenship**''.

Questa competenza federale però si rivelò pericolosa, in quanto i giudici federali ben presto si presero numerose autonomie. Solo dopo il caso **Swift v. Tyson**( 1842, pag 425), i giudici federali furono tenuti a rispettare il **precedente giudiziario** nell'ambito delle **leggi statali.** E solo a partire dal 1938, tale obbligo da parte delle corti federali si estese anche alla **giurisprudenza statale**.

## Articolo IV-VII

Gli articoli successivi al terzo sono **norme molto eterogenee**. Si ricorda che alcune disposizioni sono volte a garantire i **diritti individuali** mentre altre sono meramente **organizzative**. In più di due secoli di applicazione è intervenuto a **modificare il testo costituzionale**, un numero piuttosto esiguo di emendamenti, tuttavia, alcune trasformazioni, si sono realizzate sia attraverso numerose leggi ordinarie di esecuzione e di completamento, sia per l'opera di interpretazione giudiziale, sia per l'affermarsi di molte norme consuetudinarie e convenzionali.

## Il Bill of Rights

I dieci emendamenti alla costituzione rappresentano il **Bill of Rights**, ossia la **carta dei diritti fondamentali dei cittadini americani**. Il Bill of Rights rientra nell'ambito dello scontro fra i federalisti e gli antifederalisti, in effetti, diciamo che rappresenta il **frutto dei timori**, mai sopiti, degli antifederalisti rispetto alla nascita del nuovo stato centrale. I primi dieci emendamenti ribadiscono la natura pur sempre limitata dei poteri trasferiti al 'federal government' e per cui, approvati in **brevissimo tempo e già in vigore dal 1791**, possono in fondo considerarsi una vittoria degli antifederalisti. Molte delle garanzie contenute nel Bill of Rights fanno parte del patrimonio del common law:

1-il **due process**;

La materia relativa al 'due process' è una materia molto complessa e suscettibile di interpretazioni assai controverse, all'interno della quale la teoria americana ha tradizionalmente individuato una non semplice distinzione: **procedural due process** e **substantive due process**.

Il **procedural due process**, si riferisce ad un **giudizio 'fair'** sotto il profilo tecnico-processuale. Ed infatti, la libertà, la vita, la proprietà di chiunque non possono subire restrizioni senza una serie importante di **garanzie formali** quali, per esempio, il **diritto al contraddittorio**, ad una **giuria rappresentativa** della società, ad un **giudice terzo** e **imparziale**.

Nell'ambito del **substantive due process,** la Corte suprema ha tentato di impiegare la formula del due process come **garanzia** dei **diritti sostanziali** e di **libertà**.

2-il **diritto alla giuria** nel processo civile;

Ciò che è innovativo del Bill of Rights è la **completezza** dell'elenco dei diritti che unitamente all'idea di **rigidità**, conduce ad un'**efficace tutela delle libertà individuali**, che si svolge attraverso il **controllo giudiziario** di **costituzionalità delle leggi** affermato in via definitiva nel 1803 con la sentenza Marbury v. Madison.

Il contenuto essenziale del Bill of Rights

La maggior parte delle tutele previste riguardano le **modalità che le procedure per l'attuazione della giustizia federale penale e civile devono rispettare**. Il Bill of Rights include anche **importanti garanzie estranee al campo processuale**. Di particolare importanza è sicuramente il **X emendamento** che ci riporta al **federalismo**. Negli Stati Uniti sono infatti presenti i problemi posti dal complesso e non sempre stabile equilibrio tra potere centrale e potere dei singoli stati. Il **X emendamento** permette di aggiungere un principio generale e importantissimo: la **competenza legislativa degli stati è la regola , e la competenza federale è l'eccezione**. Il **diritto federale nasce dunque limitato** ma **superiore al diritto statale**. Tuttavia i rapporti tra competenze federali e statali non sono facilmente risolvibili attraverso una formula e sono complicati dal fatto che **anche nelle materie di competenza del Congresso, la competenza degli Stati non è esclusa ma residuale e dunque concorrente**. Prima di stabilire, però, quale diritto è applicato nelle varie corti, uno dei 'nodi' del diritto americano, è preferibile avere presente l'**organizzazione giudiziaria**.

*L'articolo III della costituzione e l'organizzazione politica.*

**Alla disciplina del potere giudiziario federale la costituzione degli Stati Uniti dedica l'art. III.**

Il I PARAGRAFO:

-istituisce la **Corte Suprema**;
-conferisce al **Congresso** il potere di creare **corti federali inferiori;**
-determina le **garanzie di indipendenza** dei giudici.
Il II PARAGRAFO:
-individua le **competenze** delle corti, che nascono dunque dotate di **limited jurisdiction**.
A fianco dell'organizzazione federale sono presenti le **corti di ciascuno stato**: si pone dunque un **dualismo perfetto tra giudiziario nazionale e locale**.

## Le corti federali

I **giudici** che compongono queste corti godono delle ampie garanzie previste dall'art.3, ossia rimangono in **carica a vita** potendo essere destituiti solo attraverso il procedimento dell'**impeachment**, e la loro retribuzione non può essere diminuita finché essi sono in carica.

| | |
|---|---|
| I GRADO | **U.S. DISTRICT COURTS**<br>Sono 94. Vi appartengono più di 600 giudici. In ciascuno Stato è presente almeno una **District Court**, che opera generalmente come **organo monocratico.** Le District Courts risolvono più di 300.000 casi all'anno la metà dei quali, sono **decisi dalla giuria.** |
| II GRADO | **U.S. COUTS OF APPEAL**<br>Sono 13, svolgono la funzione di corte di appello contro le decisioni di corti specializzate e contro le decisioni di numerose agenzie amministrative. La Court of Appeals è un **organo collegiale**, formato da **3 giudici**, e talvolta le sue decisioni sono prese a **sezioni unite**. |
| III GRADO | **U.S. SUPREME COURTS**<br>E' l'unica corte prevista espressamente dall'art.3 ed è composta da **8 Associate Justices** e da un **Chief Justice**. L'appellativo di **Justice** è riservato limitatamente ai membri della Corte Suprema. Manifestazione dell'idea dei 'checks and balances' è che l'istituzione della Corte Suprema è stabilita dalla **Costituzione**; mentre il numero dei suoi giudici è determinato dalla nomina del **Presidente** con il **consenso** del **Senato**.<br>L'art.3 **prevede due ipotesi di competenza della Corte Suprema:**<br>- **original jurisdiction**, (competenze in primo grado)<br>nel caso di controversie in cui sia parte uno **stato** e di controversie riguardanti **rappresentanti diplomatici**;<br>-**appellate jurisdiction**( competenza in grado di impugnazione)<br>contro le decisioni sia delle corti federali d'appello sia delle corti supreme statali, nelle ipotesi di **controversie** in cui si applichi il **diritto federale**, o di **controversie** dei **cittadini** appartenenti a **stati diversi** dell'Unione.<br>Il ruolo iniziale della Corte Suprema fu alquanto modesto, soltanto sotto la lunga presidenza di **John Marshall**, la Corte Suprema si impose come **fondamentale giudice** della **costitutività delle leggi** e come sostegno importante per il **primato** del **diritto federale**.<br>Inoltre, si tratta di una Corte che opera discrezionalmente una **severa selezione delle questioni trattate** e lo strumento tecnico attraverso cui svolge questa selezione è il **writ of certiorari**.<br>Per quanto concerne la **proceduta seguita dalle corti federali**, l'anno di svolta è il 1934, quando la Corte Suprema viene incaricato dal Congresso di redigere norme di **procedura civile valide** per tutto il sistema federale,. Questo compito dà vita alle **Federal Rules of Civil Procedure**, approvate nel 1938 e poi varie volte emendate. Queste si ispirano alla **procedura di equity** e tendono alla **deformalizzazione** del **processo** in funzione di un suo snellimento e di una |

| | |
|---|---|
| | riduzione dei costi. |

## Le corti statali

In ciascuno degli stati sono presenti **tre gradi di giurisdizione**, mentre la varietà delle denominazioni ed il prestigio dei giudici è molto diverso da Stato a Stato. Inoltre, in molti stati sono presenti organi giurisdizionali specializzati come le family courts e le small claims courts.

### I giudici federali.

La scelta dei **giudici** che conformano la **U.S. Supreme Court** segue un **iter particolare**, in cui l'**impronta del Presidente è molto forte**. Trattandosi di una scelta politica importante e delicata, la scelta del presidente è rivolta naturalmente a persone del suo **stesso orientamento ideologico ;** inoltre, il Presidente tiene anche conto di **considerazioni di 'equilibrio'**, cercando di evitare che tutti i Justices provengano dalla medesima area geografica ed almeno tendenzialmente, un giudice ebraico sarà sostituito da un altro giudice ebraico, un giudice nero da un nero, un giudice donna da un'altra donna. Però, sebbene il nome del futuro Justice sia sempre proposto dal Presidente, il **ruolo del Senato non deve essere sottovalutato**.

I **giudici federali** sono **nominati a vita** e possono essere rimossi dalla carica esclusivamente attraverso il **processo di impeachment**.

Oltre alle garanzie formali previste dall'art.3, i giudici federali sono circondati da una **grande tradizione di autonomia** e **prestigio**.

La Corte Suprema è presieduta dal **Chief Justice** il quale svolge un ruolo piuttosto importante ed infatti la storia della massima istanza federale può essere distinta in periodi che prendono il nome proprio dal Chief Justice.

Bisogna inoltre precisare che mentre il Presidente degli Stati Uniti è direttamente coinvolto nella scelta dei Justices, delega invece questo potere all'**Attorney General**, quando si tratta degli altri giudici federali. In tali casi svolgono un ruolo molto importante i senatori dello stato in cui deve essere coperta la vacanza.

Un nominare un alto numero di giudice per il Presidente è molto importante perché questi saranno i **portatori della sua ideologia** oltre il suo mandato; egli li può scegliere i **giudici federali delle corti inferiori**, fra i **professori** delle facoltà, fra i **public officers**.

### I giudici statali

I giudici statali possono essere reclutati:

- attraverso un modello che si basa sul principio dell'**elezione popolare** ove naturalmente notevole è l'influenza dei **partiti politici**. L'elezione popolare è ancora il **sistema più frequente** per le **corti inferiori** e la durata della carica può variare dai **sei** ai **dieci anni**.
- attraverso un modello che ricalca quello federale, e che prevede la **nomina da parte del governatore previo consenso del Senato**.
- attraverso un **sistema misto**, affermatosi negli ultimi anni in alcuni stati. Possono individuarsi due varianti. Secondo il **California Plan** il **governatore** sottopone il **nome** di un candidato alla **Commission on Qualifications**; se il nome è approvato, il candidato si considera nominato per un **anno**, trascorso il quale si presenta all'**elettorato** per la **conferma**; se confermato rimane in carica **12 anni**.

  Secondo il **Missouri Plan**, invece, una **commissione mista** di **giudici**, **avvocati** e **laici** scegli tre candidati per ogni posto vacante; il **governatore** deve nominare uno dei tre, il quale, dopo il primo anno di carica, si presenta all'**elettorato** per ottenere il mandato regolare che può essere di **sei** o **dodici** anni.

## 4.5.Marbury v. Madison e il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi (pag 339)

Nel **1804** si riunì la **Corte suprema** degli Stati Uniti per decidere il caso Marbury v. Madison, ma prima giungere a tal punto conviene capire come scaturì questa controversia. **Marbury** venne nominato **giudice di pace** dal Presidente federalista **Adams,** poche ore prima che scadesse il suo mandato. **Madison**, funzionario della nuova amministrazione **Jefferson** ( antifederalista), non completò la procedura di notificazione dell'incarico a Marbury, profittando del fatto che, nella fretta degli ultimi giorni di gestione del potere, l'amministrazione di Adams non aveva fatto in tempo a portarla a termine. A tal punto, **Marbury** considerando la notifica un atto dovuto, agì in giudizio presso la **Corte suprema** , presieduta fra l'altro, da **Marshall**, appartenente al suo stesso partito, per un **writ of mandamus** , volto ad obbligare Madison a notificargli la nomina. La domanda proposta da Marbury si fondava sul **Judiciary Act** del 1789 che attribuiva alla Corte suprema il potere di ''emettere writs of mandamus nelle ipotesi previste dai principi e dalla prassi giudiziaria a favore di ogni corte o di ogni persona che esercitava un potere per autorità degli Stati Uniti''. La Corte suprema era all'epoca un organo ancora piuttosto debole e si trovava dunque fra la scelta di accogliere la domanda del ricorrente, rischiando di apparire schierata con l'opposizione e rischiando quindi di aprire un contrasto istituzionale, e la scelta di respingere la domanda apparendo tuttavia ubbidiente al volere del governo. Il dilemma venne risolto risolto brillantemente dal **giudice Marshall**; quest'ultimo pose infatti la questione del rapporto fra il **Judiciary Act** e la **costituzione** concludendo che la disposizione del primo, che conferiva a Marbury il diritto di accesso alla Corte suprema, era **incompatibile** con la distinzione fra le competenze in primo grado ed in grado d'impugnazione prevista dalla seconda. L'**art. 3** della costituzione elencava esplicitamente i casi in cui la Corte suprema era competente di **primo grado**, ed essendo chiaro che il caso di Marbury non rientrava fra questi poiché egli non era né un **ambasciatore**, né un **rappresentante diplomatico** e nemmeno un **console**, la legge votata dal Congresso non poteva consentirgli di adire direttamente la massima istanza federale. Marshall dunque riconobbe un contrasto fra la norma della legge e quella della costituzione, dando torto al compagno di partito e vedendo il **giudizio di costituzionalità delle leggi**, da lui introdotto, come un corollario dell'obbligo del giudice di decidere un caso. A Marshall si debbono non solo molte delle decisioni che hanno rafforzato il ruolo della **Corte suprema** , ma anche la prassi, che ha grandemente contribuito all'evoluzione di redigere ''**l'opinion of the Court**'' come sentenza della corte e non dei singoli giudici, secondo la tradizione inglese. La sentenza Marbury v. Madison oltre ad aver posto in modo definitivo il **sindacato di costituzionalità delle leggi,** tant'è che il potere di ogni giudice federale di disapplicare una norma di legge ritenuta in contrasto con la costituzione( potere di **judicial review**), da allora, non è mai stato in serio pericolo, ha conseguenzialmente affermato il **primato della costituzione**.

### *4.6. La complessità del federalismo americano e il rapporto tra giurisdizione federale e statale*.

Si deve ricordare che l'art.**3** prevede la **competenza federale in due ipotesi fondamentali**:
1)la prima trova origine nella natura della **controversia** e il **giudice federale** è competente quando debba essere applicata la **costituzione** o una **legge federale**( **federal question jurisdiction**).
2)la seconda trova origine nelle **persone dei ricorrenti** e il giudice federale è competente quando parte in causa sono gli **Stati Uniti d'America**, i rappresentanti **diplomatici stranieri** e quando la controversia sorge tra cittadini appartenenti a **stati diversi** dell'Unione. Quest'ultima ipotesi, nota come **diversity jurisdiction**, è molto importante quantitativamente ed è dovuta, in prospettiva storica, alla ricerca di un **giudice imparziale** ritenendosi che quello federale offra le migliori garanzie in ogni circostanza. Raramente, però, tale competenza è esclusiva. Apparentemente dunque la distinzione tra giurisdizione statale e federale è chiara, ma la situazione si complica se si considera che in alcune ipotesi, e principalmente nei frequenti casi di **diversity jurisdiction**, le corti federali sono chiamate ad applicare il **diritto statale**.

*4.7. Fattori di semplificazione e uniformazione del diritto americano*.

Da quanto detto in precedenza si può prendere immediatamente consapevolezza della **complessità e della frammentarietà del diritto americano**. A fronte della sua notevole complessità, sono tuttavia presenti nell'ordinamento americano **alcuni importanti fattori unificanti** i quali, tra l'altro, mettono in luce la peculiarità del sistema rispetto a quello inglese. Si tratta:

- della **presenza** delle **law schools** e della conseguente **importanza** della **dottrina** .
- della presenza di **leggi uniformi** come lo **Uniform Commercial Code**.

## Le law schools e la dottrina

Negli Stati Uniti, diversamente dall'Inghilterra, l'**università non ha avuto concorrenti** nell'educazione giuridica e l'**importanza dell'accademia** ha lasciato tracce notevoli anche sullo **stile delle sentenze americane**, che sono simili agli articoli pubblicati sulle riviste giuridiche, corredate di **ampie note** e **riferimenti bibliografici**. Inoltre, i **giudici** delle **corti superiori** sono spesso reclutati tra le file dei **docenti** delle **migliori università**.

Le law schools so dunque fondamentali nella formazione del giurista americano.

Le università, soprattutto le più prestigiose, tendono infatti ad insegnare non solo il **diritto statale**, ma anche i '**principi generali del diritto**', ossia i **principi comuni del diritto americano**. Per cui, possiamo concludere che, l'Università negli Stati Uniti svolge un **ruolo unificante**; chi si laurea a Harvard riceve un'educazione quanto ai contenuti analoga a quello che si laurea a Yale o a Stanford.

Le law schools non sono state, però, sempre quelle che oggi siamo abituati ad immaginare. Queste iniziarono ad assumere importanza quando nel **1860 Christopher Colombus Langdell** sostenne la necessità di un **insegnamento scientifico del diritto** ed iniziò il suo lavoro come preside presso l'**Harvard Law School** :

-la durata dei corsi venne portata a **tre anni**;

-venne introdotto un rigido controllo tramite **esami**;

-venne posta come **requisito per l'ammissione** la frequenza di un **corso di studi superiori**.

-venne rinnovato il **corpo accademico**.

-ma soprattutto, venne introdotto il **case method** , un metodo di insegnamento **socratico** e quindi **dialogico**, il quale portò con sé un nuovo e importante genere letterario, il **casebook** , ossia un manuale in cui si offre allo studente una raccolta selezionata di casi.

**Langdell**, in effetti proponeva di **studiare i casi della giurisprudenza**, **cercando di scorgervi i principi di diritto che essi esprimono** per arrivare, in ultima analisi, ad **ordinare i principi così reperiti in un sistema logico e coerente**.

Il nuovo metodo ha un enorme successo e gli studenti accorrono a Harvard numerosi.

Il modello di Harvard, poi si diffuse nelle altre università e così, con il fiorire delle stesse università si affermo un **nuovo ceto di giuristi** rappresentato dai **professori**.

Langdell può considerarsi il principale esponente del **formalismo giuridico** in America, in quanto intese formulare **teorie** di tale ampiezza da coprire vaste aree del common law e razionalizzare giustificandole le più vistose differenze.

Il superamento del formalismo giuridico

Il formalismo giuridico si superò quandosi iniziò a porre l'accento sugli **effetti concreti** delle regole e si cominciò a ritenere il diritto un **mezzo per ordinare gli interessi sociali**. Secondo questa linea di pensiero, il giurista deve anche essere **sociologo**, economista e scienziato della politica. Quello che abbiamo presentato rimanda alla **Scuola Sociologica** di cui fondatore fu Pound. Le dottrine della Scuola

Sociologica furono rielaborate e portate alle estreme conseguenze dal **Realismo giuridico**( Riferimento a Llewellyn, Frank ed aHolmes).
Mentre con il formalismo giuridico assistiamo ad un **irrigidimento della regola del precedente**; con il realismo le tecniche di manipolazione del precedente si affinano per far sì che la soluzione del caso sia sempre adeguata al contesto sociale ed economico. Inoltre, dal **case book** si passa al '**cases and materials**'.
Le law schools e la professione legale
In America, per ottenere la qualifica di **lawyer** è previsto un preciso curriculum. Innanzitutto è necessario un **diploma** conseguito in una delle **law schools** accreditate dall'**American Bar Association.** Per essere ammessi in una di queste scuole occorre aver superato un **esame** amministrato su scala nazionale: i primi classificati avranno la possibilità di accedere alle università più prestigiose e ciò è garanzia di successo professionale.
Inoltre per ottenere il **patrocinio nelle corti**, occorre superare il **bar exam** che pur tenendo conto delle leggi di ciascun stato, verte sui **principi generali del diritto americano**.

## Il Restatement e l'idea di codificazione

Fra i **fattori unificanti** del diritto americano vi è il **Restatement**, importante ed originale prodotto della **dottrina**, il cui fine è di dare un po' d'ordine in alcune delle principali aree del diritto di competenza dei singoli stati. Nel 1923 venne istituita l'**American Law Institute**, formata da un gruppo di giudici, avvocati e professori con lo scopo di promuovere una **semplificazione** e **chiarificazione** del diritto e di incoraggiarne l'**approccio scientifico**. Il compito dell'**ALI** consiste nell'esporre il diritto nella sua forma vigente e non nel correggerlo o nel modificarlo in dei **restatements** . Talvolta però accade che ove le regole dei vari stati divergono, viene scelta che pur essendo magari minoritaria, appare comunque la migliore.
I **restatements per la costruzione sistematica e la redazione astratta delle regole, ricordano i codici continentali**, tanto che si parla di 'unofficial codification'.
Inoltre, nell'ambito della codificazione, è importante parlare di **David Dudley Field**, un avvocato di successo che predispose un **progetto di codice di procedura civile**, il quale unifica le giurisdizioni di common law e di equity, adottato a New York nel 1848, ed il progetto di un **codice civile**, che invece non ebbe la stessa fortuna.
Bisogna però ricordare che nei paesi di common law non gode della centralità tipica di quelli continentali, ma si presenta come una legge ordinaria che deve fare i conti con il common law.

## Lo Uniform Commercial Code

Il compito di elaborare leggi uniformi le quali disciplinano settori piuttosto circoscritti appartiene alla **National Conference of Commissioners on Uniform State Laws**.
Ma il risultato più importante si è ottenuto attraverso lo **Uniform Commercial Code** , codice che ha permesso un'unificazione giuridica nel campo dei diritto commerciale fra i vari stati, alla cui redazione ha partecipato anche l'**ALI**. Questo codice disciplina esclusivamente il **diritto dei contratti commerciali** e della **vendita commerciale**.
Lo **UCC** presenta struttura sistematica e contenuti tipici del codice ma oltre a ciò, fondamentale è il ruolo che investe in considerazione dei canoni ermeneutici che impone.

## La regola stare decisis

**Negli Stati Uniti la regola stare decisis ha un'efficacia meno rigida rispetto all'Inghilterra.**
Analizziamo sotto la regola del precedente sotto le sue due portate: quella verticale ed orizzontale.
Negli Stati Uniti le **decisioni delle corti superiori** vincolano senz'altro le corti inferiori appartenenti

alla medesima giurisdizione, dunque sotto la portata **verticale** del precedente, non c'è alcuna differenza rispetto alla madrepatria.
Le differenze sussistono, invece, in considerazione della portata orizzontale del precedente.

- Innanzitutto la **Corte Suprema federale**, **diversamente dalla House of Lords, non si è mai sentita legata alle proprie decisioni**. L'atteggiarsi relativamente flessibile del principio del precedente vincolante è dovuto anche al fatto che il **procedimento per emendare la costituzione è altamente complesso** e talvolta l'unica per il cambiamento passa proprio attraverso i Justices.
- In secondo luogo, rileva la **struttura federale dell'ordinamento** e la sua **pluralità di giurisdizioni**. Le corti federali di pari grado non sono fra loro vincolate, così come non lo sono, tra loro, le corti supreme statali. Ciò non toglie, però, che tali sentenze possano avere una **grande efficacia persuasiva**.
- Ad attenuare la forza del precedente, inoltre, partecipano anche altre fattori, il particolare l'**overruling** ed in particolare, il **distinguishing** , che aiuta il giudice ad ampliare o a restringere il raggio d'azione della ratio decidendi. Inoltre, le corti americano, da un lato meno legate alla teoria dichiarativa del common law e dall'altro più permeabili al realismo giuridico, hanno sviluppato **tecniche nuove quali il prospective overruling e l'anticipatory overruling**, che rendono il sistema più flessibile. Nel primo caso, il cambiamento di giurisprudenza opera solo per il futuro, mentre nel secondo caso un **giudice inferiore** disattende il precedente vincolante di un giudice sovraordinato nella convinzione che questo è comunque sul punto di mutare giurisprudenza.
- Un altro fattore che ha comportato un meno rigido modo di operare della regola del precedente, può ritrovarsi del **numero delle sentenze elevatissimo** e nei **reports onnicomprensivi**.
- Un fattore culturale che ha reso meno rigida la regola del precedente rimanda allo **sviluppo dello studio dottrinale del diritto nelle law schools**.

Gli statutes sia in America che in Inghilterra( pag 355 + appunti del professore)

**Premessa.** La legge scritta nei sistemi di common law ha un ruolo diverso da quelli di civil law. Originariamente, in Inghilterra, le leggi scritte erano rarissime; oggi, invece, gal punto di vista quantitativo, il ricorso alla legge scritta nei paesi di common law è analogo a quello dei paesi di civil law, mentre la diversità di ruolo è comunque conservata.
Bisogna comprendere, in **primis**, che gli **statutes** non costituiscono un sistema legale autonomo, ma risultano rilevanti nel loro **affiancarsi**, come si dice in Inghilterra, o **inserirsi**, come si dice in America, al sistema di common law che resta **giurisprudenziale**. In un sistema così costruito, sono sempre i **giudici** che consentono alla legge scritta di entrare nel common law, richiamandolo nelle loro **opinions**. Da ciò deduciamo, che senza il **case law**(=il diritto giurisprudenziale) non ci sarebbe un diritto basato sulla legge scritta( stesso rapporto del common law e dell'equity). Questa concezione, naturalmente, si ripercuote sullo **stile diverso delle leggi**, presente quasi esclusivamente in America, le quali sono estremamente **lunghe, complesse, dettagliate** e **ripetitive**; dovendo ogni volta ridisciplinare il tutto senza possibilità di rinvio ad altre leggi. Sono leggi che ricordano più la specificità di quelle finanziarie piuttosto che i nostri codici. Inoltre, la concezione sopra citata, si ripercuote anche nell'ambito **d'interpretazione delle leggi**, e proprio in questo punto, ritroviamo le principali differenze fra il sistema americano di common law e quello inglese.

Per quanto concerne l'**Inghilterra**, questa è sicuramente più tradizionalista, fortemente arroccata sul case law e di conseguenza, in ambito interpretativo, si predilige l'**interpretazione letterale**. Il significato deve essere palese ed è del tutto eccezionale la possibilità di un'interpretazione teleologica. Non conta quello che voleva dire il legislatore, ma cosa ha letteralmente detto. Una posizione meno rigida venne ammessa solo nel 1992, quando la **camera dei Lords**, ammise in alcuni casi questo secondo

tipo d'interpretazione. In effetti, il giurista inglese ragiona cercando di individuare quale lacuna il legislatore ha voluto colmare ed in quest'ottica, non ha senso indagare l'intenzione del legislatore. Inoltre, nell'interpretare una legge bisogna attenersi alla **razionalità**( *golden rule*). In tale contesto, il **processo analogico** è possibile soltanto per quegli statutes che si limitano a richiamare **principi di diritto** già elaborati dal common law.

Per quanto concerne l'**America**, anche qui prevale l'**interpretazione letterale** ma non si è mai messo in dubbio la possibilità del giudice di indagare l'intenzione del legislatore. Anzi, per i giudici americani, tale ricerca non è solo possibile ma doverosa. Quello che è fondamentale è capire la **policy**, ossia ciò che include l'insieme delle intenzioni che hanno portato ad una determinata scelta politica. Questo, insieme allo strumento della **judicial review of legislation**, dà una più grande libertà al giudice americano. Inoltre negli Stati Uniti, abbiamo una grande varietà di leggi, un sistema dinamico e complesso costituito sia da **leggi federale** che statali, fra le quali è molto complesso stabilire quali siano innovative e quali no e proprio per questo, in America, tutte le leggi hanno la medesima portata e l'**interpretazione analogica** è sempre possibile.

| | |
|---|---|
| In **Inghilterra**, più rigida e tradizionalista, le leggi scritte, ancora oggi, sono viste come **estranee** al sistema di common law ed **eccezionali**. | Negli **Stati Uniti**, probabilmente per il ruolo della **costituzione**, ci si è abituati a considerare gli **statutes** come una parte del **common law**. Inoltre, il **giudice** ha sempre avuto la possibilità di allargarsi di più verificando la **costituzionalità delle leggi** e dovendo indagare l'**intenzione** del legislatore. |

# - Sistemi giuridici comparati -

*terza parte: la tradizione di civil law.*

## 1.1.La formazione storica.

Si può parlare di **tradizione giuridica di civil law** a partire dalla fine del XI secolo, inizi XII. Proprio in questo periodo, in effetti, vennero istituite le **prime università**. In particolare, nel **1147**, **Eugenio III** emanò una **bolla** per riconoscere ufficialmente la prima università, quella di **Bologna**; sottoponendo il titolo di **doctor** ad un riconoscimento da parte del **vescovo**. Questa università era sorta nel **1088** per iniziativa degli stessi studenti di giurisprudenza che avevano iniziato a pagare con il proprio denaro dei doctores affinché gli insegnassero il diritto.
**Prima del XII secolo**, la situazione non era delle migliori. Ormai da molti secoli era caduto l'**impero romano d'Occidente** e con esso, c'era stato un progressivo decadimento del **diritto romano**, del quale si conservava limitatamente il ricordo. Il **diritto romano** che non faceva più parte dell'ordinamento giuridico era stato sostituito da un **diritto volgare**, spontaneamente applicato, **orale**, **consuetudinario**( consuetudini delle singole popolazioni, precetti della Chiesa, usi dei mercanti) e **non centralizzato**.
L'**oralità** dominava perché nessuno sapeva più leggere o scrivere tranne che gli ecclesiastici e proprio per questo, il **diritto** fondato sui **precetti del cristianesimo**, assume una rilevanza predominante; rimettersi al giudizio di Dio era l'unica cosa che si poteva fare. La stessa consapevolezza dei diritti soggettivi si era perduta ed esplicativa è la frase di **San Paolo**:'' *la carità deve prendere il posto del diritto e della giustizia".*
La legge dominante era quella del **più forte**, ciò che vinceva era l'**uso della spada** o la pratica di rivolgersi al **vescovo** o all'**arbitro** e non a chi applicava il diritto**.** Rimaneva, però, il ricordo delle **compilazioni giustinianee**, pubblicate fra il **529** ed il **534** d.C., ma che non avevano la forza di affermarsi in quanto risultavano troppo dotte. Quindi, in conclusione, **il contesto in cui inizierà a formarsi la tradizione di civil law si caratterizzava per la sua fisionomia disorganica, e lo stato di arretratezza in cui versava il diritto**.

## Il rinascimento giuridico.

La scienza giuridica rifiorì in stretto collegamento con la situazione storica nel suo complesso. Nel **1183**, la **Pace di Costanza** indusse **Federico Barbarossa** a riconoscere l'**autonomia dei comuni**. In questo, in men che non si dica, aumentarono i **traffici commerciali** e la **ricchezza**, ed aumentando la ricchezza, si sentì l'esigenza di occuparsi della propria cultura e del diritto. In effetti, è comprensibile che le società più ricche siano più complesse. In una società più evoluta, emerse l'idea che solo il **diritto**, e non più gli ideali cristiani, potevano assicurare l'**ordine** e la **sicurezza** di cui il progresso necessitava. '' *La società deve essere governata dal diritto, non dal mero arbitrio".* Quindi, in sintesi, **Rinascimento giuridico vuol dire essenzialmente riconoscimento dello studio del diritto romano.**

## Quale diritto? Perché il diritto romano?

Il diritto che venne ripreso in considerazione fu il **diritto romano**, per il semplice fatto che se n'era conservato il ricordo presentandosi come **patrimonio comune** ed idea di **pace** e **serenità**. Però, sebbene il **diritto romano** fosse dotato di un **grande prestigio**, quest'ultimo non era facilmente accessibile, in quanto non si capiva per la lingua e risultava un diritto troppo **alto** per la sua costruzione, **raffinato** ed **astratto**, troppo lontano dalla gente.
Da ciò deduciamo perché gli studenti bolognesi di giurisprudenza si rivolsero ai **doctores**, i quali erano in grado di leggere e scrivere sia in italiano che in latino e di interpretare il diritto.

## Il ruolo e la struttura delle università.

Così nacquero l'**Università di Bologna**, quella di **Salerno**, la **Sapienza** e la **Sorbonne.**, tutte assimilate

dal fatto che i studenti si riunivano ed ingaggiavano i doctores, pagandoli, per farsi spiegare il testo ed in tal modo, dopo **cinque anni** di studio, conseguivano un diploma e ce ne volevano altri **tre** per divenire **doctores**.. Gli studenti erano organizzati in **corporazioni** e questo rappresentava un vantaggio, in quanto gli permetteva di contrattare più efficacemente con le autorità locali e con i professori, e di dominare l'organizzazione delle scuole. Dal canto loro, i professori costituirono la propria associazione, il **Collegium Doctorum**, che aveva il diritto di esaminare ed ammettere i candidati al dottorato e di imporre relative tasse. Ma questo era tutto il potere che avevano. In effetti, se gli studenti ritenevano che un professore non adempisse ai suoi doveri, boicottava la sua classe, e si rifiutavano di pagarlo, oppure gli imponevano il pagamento di multe. L'**insegnamento** era di tipo **teorico** e **concettuale**, In Italia, si studiava il principio astratto del diritto andandolo a ritrovare nel **Corpus juris civilis** di Giustiniano ed adattandolo alla realtà attuale. Si insegna astrattamente qual'è la soluzione giusta, le regole da applicare non come applicarle. Quindi ciò che bisognava fare e non ciò che in pratica si faceva. La regola si ricavava prendendo Giustiniano, leggendolo, traducendolo ed interpretando scrivendo al margine del testo delle brevi note, le **GLOSSE.**. Per cui, le **glosse** erano una sorta di sintesi dell'intero processo che fornivano una spiegazione non tipo letterale, ma **sistematico**. **Glossa** significa propriamente ''annotazione interlineare o marginale a un testo della tradizione biblica o giuridica''. Ma la glossa non era, però, solo un'opera di chiarificazione del testo, i **glossatori** miravano anche a stabilire le connessione fra le fonti, i **similia**, e a conciliare le contraddizioni, i **contraria** ed infine, si cercava la **distinsio**, ossia un punto di sintesi, un'interpretazione compiuta. Per cui, possiamo affermare che i **glossatori** sono coloro che hanno fondato le radici del diritto continentale. Man mano, l'opera dei glossatori divenne alquanto conosciuta ed importante prima con **Irnerio**, fino a raggiungere il **suo culmine alla metà del XIII secolo** con la **Magna Glossa** di **Accursio**, comprendente circa 96.000 glosse. In particolare, soprattutto in Francia, si iniziò a sentire l'esigenza di staccarsi dal diritto romano per far aderire il diritto giustinianeo alla realtà del regno. In conclusione, il **diritto romano** diveniva solo il punto di riferimento iniziale che, però, andava necessariamente aggiornato ed applicato al caso concreto e così facendo si venne a creare un **diritto nuovo**.

I glossatori divenuti **commentatori** videro aumentare la loro autorevolezza e la principale fonte del diritto divenne la **comune opinione dei doctores**, i quali, prima rintracciavano la regola specifica nel diritto romano, successivamente questa veniva consacrata dalla **comune opinione dei doctores** ed adeguata alla realtà.

Questo nuovo sistema giuridico, per, presentava sia dei **pregi** che dei difetti. Il **pregio** era quello che la controversia non si risolveva più attraverso l'arbitrio o l'uso della forza, ma con una **regola di diritto**. Il **difetto** riguardava la **comune opinione dei doctores**, la quale veniva tirata da tutte le parti con la conseguenza che chi pagava di più riusciva, infine, quella che più gli conveniva.

Così per essere sicuri che l'opinione citata fosse comune, i **commentatori** iniziarono a citare le opinioni delle personalità più rilevanti come per esempio **Bartolo**. Ma questa abitudine portò ad una seconda conseguenza negativa: quella di ostinarsi a guardare indietro senza osare innovando. In questo modo, ci fu un 1.**indebolimento del nuovo diritto,** 2.un ridimensionamento dei doctores, i quali non erano più capaci di far avanzare la dottrina e di creare un diritto uniforme, 3. ed un **recupero del diritto canonico** ritornando alle costruzioni del cristianesimo.

In sintesi, si fermò la spinta evolutiva dell'università e questo portò all'**emersione del formante giurisprudenziale**. I tribunali locali senza la forza di una conoscenza del diritto e senza quella di un principe iniziarono a rivolgersi ai **doctores** ed in particolare in **Italia**, dal **1500** cominciarono ad esserci alcuni stati consolidati e politicamente riconoscibili, i quali istituirono dei **tribunali supremi** . Questi tribunali erano costituiti dal principe che chiamava a farne parte tutti i giuristi più famosi, i grandi avvocati che si erano formati nell'università. Così la dottrina si spostò all'interno dei tribunali ed i giudici, in tal modo, svolgevano un ruolo di tipo amministrativo ed inoltre, erano **corte giudicante**, in base al diritto. Il rischio che si temeva era la possibilità che lo **ius commune** si frammentasse, che i

tribunali seguissero ognuno una propria strada; ma così non fu per molteplici ragioni.
1)Per la **comune formazione** dei giudici, i quali continuavano a giudicare sulla base della **comune opinione dei doctores** affrancata dal conflitto d'interesse. Tutto ciò portò, in breve tempo, la giurisprudenza dei grandi tribunali a prendere il posto della comune opinione, quale fonte del diritto.
Quindi, il diritto divenne **diritto giurisprudenziale** come il common law, ma con la differenza che si trattava pur sempre di un **diritto concettuale**. Anche nella giurisprudenza dei tribunali si fece strada uno **stare decisis** , ma non in maniera netta come il common law, eppure comunque riconoscibile. Il precedente iniziò ad avere una sua forza alla quale contribuì notevolmente la pubblicazione di **raccolte complete** delle decisioni giurisprudenziali dei grandi tribunali. Il **richiamarsi a principi comuni**, la **comune formazione** e la possibilità dei giudici di andare a leggere in altri tribunali, portarono alla **formazione di uno IUS COMMUNE**, più di quanto si sperava. I Grandi Tribunali diventeranno in Italia, le **corti di Cassazione**, le quali precedentemente erano cinque per poi esser ridotte ad un'**unica** corte di cassazione a partire dal **900**.
Alla formazione del **diritto comune** contribuirono, in maniera rilevante, anche la **Chiesa** ed i **mercanti**.

## I Canonisti

Immaginando la situazione del **medioevo,** ritroviamo pochi Stati Nazionali, la Francia, l'Inghilterra, il Sacro Romano Impero, molteplici forze locali più o meno volute, ma la figura che risalta per la sua autorevolezza è la **Chiesa**. La Chiesa si dedicò sempre allo **studio delle arti liberali**, applicandole alla Bibbia, al Vangelo ed ai **''Canones''**, le decisioni dei consigli ed avvalendosi dei **decretali** del **Papa.** Nel **medioevo**, la **Chiesa** si presentava come un'**istituzione fortemente gerarchica**, forte del prestigio del Cristianesimo, dotata di un'**organizzazione centralizzata** ed **efficiente**, votata per la sua natura **sopranazionale** in un mondo feudale fatto di istituzioni politiche frammentate. Dal suo carattere sopranazionale derivava un **diritto comune**, il **diritto canonico** che si sviluppava come risultato di un continuo riferimento al **diritto romano** adeguato alle strutture della Chiesa stessa. Così facendo la Chiesa elaborò un humus di base del quale si nutrirono la gran parte dell'università.
In sintesi, il contributo della Chiesa fu fondamentale sotto **tre aspetti**:
**1)**La Chiesa si presentava come un'**istituzione** che anche nei tempi bui era sempre esistita affermando la forza della **legge** e reggendosi sul **diritto**. Proprio per il fatto che si trattava di una struttura complessa, il diritto al quale si riferiva la Chiesa era necessariamente **scritto** e riguardava aspetti fondamentali anche di **tipo privatistico**. Per esempio, le corti che applicavano il diritto canonico avevano larghe competenze per quanto concerne il **matrimonio**, la **filiazione** e le **successioni**..
**2)**Importantissima fu anche la **rivisitazione del diritto romano** ad opera della Chiesa, la quale vi inserì i **profili religiosi** ed **i precetti etici** del **cristianesimo** introducendo anche il rilevo degli elementi soggettivi.
**3)**La Chiesa, inoltre, aveva la necessità di poter controllare l'**imparzialità** dei giudici che applicavano il diritto canonico in terre lontane. Il giudice ecclesiastico giudicava sotto un altro potere temporale che poteva esercitare una forte influenza. Questo portò ad un processo sempre basato sul **diritto scritto**, il quale, però, necessitava pur sempre, di **regole procedurali scritte ,conseguenziali** e di **sentenze ben motivate**. Quindi, il processo che nacque con il **diritto canonico**, offrì un modello processuale **non arbitrario** ed **analizzabile** in ogni suo passaggio. Ed il processo della Chiesa è quello che, generalmente, troviamo anche oggi, nei **paesi continentali**.

## La lex mercatoria.

Il contributo dei mercanti fu un **contributo destrutturato** che partendo dal basso arrivò verso l'alto, quindi contrario a quello della Chiesa, imposto dall'alto. Nonostante ciò, anch'esso, era dotato di una ragione **sopranazionale** in quanto, ben presto, la **lex mercatoria** divenne un **diritto commerciale**

**comune** a tutta l'Europa. Quindi, si trattava di un diritto che nacque dal basso, non attraverso regole sistematiche, ma con l'affermarsi di **pratiche** e **consuetudini** via via raccolte negli **statuta mercatorum**, spesso confermate dal sigillo reale( esempio della **lettera di credito**). Così facendo, i mercanti offrirono ai glossatori un'occasione eccezionale di applicare il diritto romano fuori dal suo contesto originario, modernizzandolo e traslandolo sul piano **concreto**. Proprio per questo motivo, lo **ius mercatorum** ebbe sempre una connotazione di libertà e creatività maggiore; si trattava, in effetti, di un **diritto più aperto** alla **libertà contrattuale, agile**, amministrato da **corti speciali** secondo procedure meno costose, lente e complicate.

## 1.3.Premesse storiche della **codificazione.**

Sebbene il diritto romano esercitò una notevole influenza, questo, diversamente dal common law non riuscì a schiacciare i particolarismi locali, tant'è che l'organizzazione giuridica dell'**Europa continentale** si caratterizzò fino alla Rivoluzione Francese per la **molteplicità di fonti giuridiche** (diritti locali, consuetudini, interventi del sovrano, norme del diritto comune, diritto canonico, lex mercatoria). Quindi, la caratteristica più saliente di questo periodo, nonostante la forza di penetrazione del diritto romano, è il **particolarismo giuridico** e la mancanza di **certezza del diritto**.
Il libro fa l'esempio della Francia, nettamente distinta in due aree, i **pays de droit écrit** a sud, sensibilmente influenzati dal diritto romano e, i **pays de droit coutumier** a nord, fedeli al diritto consuetudinario. In secondo luogo, il diritto era diverso a seconda dell'**ordine sociale** a cui si applicava. Molte volte poteva esserci l'intervento del **diritto canonico** o delle **consuetudini locali**, soprattutto per quanto concerne il regime patrimoniale,mentre il **diritto penale** si fondava su principi poco chiari e puniva non in relazione alla determinata azione illecita, ma tenendo conto delle qualità della persona autrice del reato, del bene danneggiato della persona lesa. Tale situazione era sostenuta dagli **ecclesiastici**, dai **giuristi** e dai **signori feudali**, ai quali si contrapponeva la **borghesia nascente**, le persone dedite all'industria ed al commercio.

## 2.1.Premessa: l'epoca delle **codificazioni.**

In questa sezione, ci occuperemo delle **grandi codificazioni civilistiche** che percorrono tutto il XIX secolo.

1. **ALR ,** il codice civile **prussiano** del **1974**
   - l'unico non più in vigore-
2. **CODE CIVIL** del **1804**.
3. **ABGB**, il codice civile **austriaco** del **1811**.
4. **BGB**, il codice civile **tedesco** del **1900**.
5. **ZBG** , il codice civile **svizzero** del **1912**.

## 2.3.L'**ALR** prussiano del **1794.**

L'**ALR** fu la prima codificazione prussiana, la quale differiva da tutte le altre, in quanto aspirava a raccogliere **tutto il diritto**, disciplinando nel dettaglio ogni possibile fattispecie con i suoi **17 000 paragrafi** (i paragrafi corrispondono ai nostri articoli). Inoltre, il codice civile prussiano si presentava come espressione del **diritto della ragione**, per il suo scopo politico di **rafforzamento del potere del sovrano** , ma anche per il suo **scopo educativo**: uno **spirito paternalistico** spingeva il legislatore a non limitarsi ad un'opera di chiarificazione, ma a disciplinare il suddito anche negli aspetti più intimi della propria vita; per esempio 3 paragrafi erano dedicati ai precisi doveri di moglie e marito con riferimento ai **rapporti sessuali** e ed uno di questi consentiva espressamente alla moglie che allattava di sottrarsi al debito coniugale.

Il codice civile prussiano entrò in vigore sotto l'imperatore **Federico Guglielmo II**, il quale riprese decisamente l'idea di un progetto di codice che già era stata di **Federico Guglielmo I**.
Il codice prussiano si articolava, in un'**introduzione** che conteneva le norme di più evidente **matrice giusnaturalista** e di **due parti**. La **prima parte** era dedicata ai **Diritti reali** e, la **seconda parte** alle **Associazioni**.
Molti critici, per via della disomogeneità delle materie disciplinate nell'ARL, preferiscono collocarlo fra le **raccolte di leggi del '700** più che fra le modificazioni moderne. D'altro lato, però, la **concisione** dei suoi precetti, la **buona formulazione**, il **buon collegamento**, lo avvicinano moltissimo alle **codificazioni moderne**.
I **limiti** di questo codice si ritrovavano: 1.nella **acritica fede** nella **ragione**, 2. nella **sfiducia** nei confronti dell'**autoresponsabilità** dei **cittadini**, ancora vista come articolata in classi.

## 2.2.Il Code civil des français del 1804.

Il code civil può considerarsi il **primo vero codice dell'età moderna**; un codice che rappresenta una **svolta** non solo perché riformula i rapporti civile e obbedisce a scelte sistematiche, ma perché assume il **modello garantistico** a guida di una coerente organizzazione del diritto. Esso segna il trionfo dei **gruppi borghesi**, usciti vittoriosi dalla rivoluzione, e ne recepisce con fedeltà il programma ideologico.
Il codice civile, in effetti, ''vuole essere un atto di rottura con il passato'' e una proiezione verso il **futuro**. Con il codice, il diritto non proviene più dal basso, ma si pone dall'alto e si consuma inoltre il passaggio dalla extrastatualità del al **diritto nazionale**. La **matrice giusnaturalistica** del codice porta alla fiducia nella possibilità di individuare regole eterne e immutabili. Si passa dal **droit** alla **loi**.. La legge diventa ormai l'univa fonte capace di esprimere la volontà generale ed il principe esprime con la legge, lo spirito della nazione. Insomma, il codice tende presuntuosamente verso tre direzioni: **unità, completezza** ed **esclusività**. Il Code civil non è, però, solo la conseguenza degli eventi rivoluzionari del 1789 e della volontà di Napoleone. Alle sue spalle ci sono secoli di storia che culminano nella Rivoluzione, intesa anche come complesso di nuove forze intellettuali, nuovi modi di concepire l'uomo, la società, l'economia e lo stato. Due principalmente sono i nomi di particolare importanza: **Domat** e **Pothier**. Il primo, Domat, fu un grande sistematico e riordinò nella sua opera *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, il diritto romano secondo i bisogni del tempo e alla luce delle nuove idee giusnaturalistiche. Il secondo, Pothier, maestro sia del diritto romano sia del diritto consuetudinario, esercitò una grande influenza sui redattori del Code civil.
Un primo progetto di codice fu predisposto da Cambacérès, nel 1793, in 697 articolo, ma fu respinto perché troppo **complesso**; un secondo nel 1794, in 297 articoli, fu anch'esso respinto perché troppo **sintetico**; un terzo nel 1976, infine, ma le discussioni su di esso furono interrotte dalla presa del potere da parte di **Napoleone**, nel **1799**. Fu da allora che le vicende relative al codice presero un corso rapido. Napoleone nominò subito una nuova commissione che in **soli quattro mesi** terminò i lavori. La commissione era composta da **quattro membri**; due erano rappresentanti dei paesi del nord, a prevalenza di diritto consuetudinario e due, erano anche i rappresentanti dei paesi del sud, a prevalenza di diritto scritto. Il progetto predisposto dalla commissione insediata da Napoleone, doveva essere approvato da vari organi, fra i quali il Tribunato, dove tuttavia sedevano ancora alcuni oppositori di Napoleone che lo costrinsero a ritirare il progetto. Quando napoleone, chiese di nuovo l'approvazione, nel 1803, dopo aver rinnovato la composizione del Tribunato, il progetto fu approvato senza alcuna resistenza, con il nome ''Code civil de Français'' che entrò in vigore il 1°gennaio 1806. Si tratta, dunque, di una ''codificazione vera e propria, originale'', in quanto riflette **tre condizioni fondamentali**:
a) un potere politico deciso a volere la codificazione;
b)una scelta rivolta a regole d'insieme di largo respiro, a carattere non casistico, non frammentario e non provvisorio.
c)una matura elaborazione di queste regole d'insieme ad opera di una dottrina affiatata e prestigiosa.

Stile e struttura del Code.

Per quanto riguarda lo **stile**, il code civil presenta uno **stile letterario**, semplice ed elegante. Caratteristica di un certo stile è anche il modo in cui la norma è formulata. Il codice, con le sue ''regole d'insieme di largo respiro'', si colloca a metà fra i principi generali e le regole casistiche. Per quanto riguarda la struttura il Code civil si compone di **2281 articoli** distribuiti in un titolo introduttivo e **tre libri**, i quali sono rispettivamente dedicati alle **persone** (art.7-515), ai **beni** e alle **varie modifiche della proprietà** (art.516-710), ai **diversi modi acquisto della proprietà** (art.711-2281).

Il primo libro.

Si segnala l'art.**8**, secondo il quale titolare dei diritti civili è ''tout français'', qualsiasi cittadino francese, ciò, a sottolineare il **forte carattere nazionale della codificazione**. Un altro aspetto che si denota per la **centralità dell'individuo**; non c'è posto per i gruppi intermediari, tranne che per la **famiglia patriarcale**.

Il secondo libro.

Il secondo libro ruota intorno al dogma della **proprietà** , ''il diritto di gioire e di disporre dei beni propri della maniera più assoluta(art.544).

Il terzo libro.

Il terzo libro contiene la disciplina di una serie assai poco omogenea di istituti (donazione, successioni, risarcimento del danno), tutti funzionalmente collegati dal fatto che si tratterebbe di diversi modi di acquisto della proprietà.

Come si è più volte detto, il codice Napoleone costituisce una **sintesi fra esperienza giuridica del nord della Francia, a base consuetudinaria, e quella del sud, a base romanistica**.

Il processo di adeguamento del Code.

Dalla struttura del codice, emerge chiaramente che esso è **l'archetipo dei codici borghesi** emanati nel corso del XIX secolo, e in quanto tale, riflette la struttura economica e sociale del suo tempo. Eppure questo codice ha da poco compiuto il secondo secolo di vigenza. A questo punto sorge spontaneamente una domanda: ''come può sopravvivere un codice entrato in vigore due secoli fa?''. Prima di tutto bisogna considerare che, per via della sua influenza in tutto il mondo, le Code civil deve ritenersi un **monumento della cultura francese**. Qualche tentativo di affrontare organicamente la riforma è stato fatto, ma è fallito. Naturalmente, però, molti sono strati gli **interventi adeguatori** del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina.

Il legislatore.

In molti settori è stato il legislatore a modificare il testo del code civil. Il **diritto di famiglia**, per esempio, è stato interamente e profondamente riformato per rispondere alle esigenze prospettate dal riconosciuto **nuovo ruolo** della **donna**. Anche in materia di **diritto dei contratti** è intervenuto il legislatore limitando sempre più l'autonomia contrattuale.

La giurisprudenza.

Anche la giurisprudenza ha contribuito in modo notevole ad adeguare le norme del Code civil alle nuove esigenze attraverso una **interpretazione evolutiva favorita dal particolare livello semantico di alcune disposizioni** del codice.

La dottrina.

Anche al dottrina ha contribuito in maniera crescente all'adeguamento del codice. Nei primi decenni successivi alla sua entrata in vigore, la dottrina visse un periodo positivistico e poco fertile in cui si limitò ad effettuare un'esegesi grammaticale e logica del testo legislativo, e ad ignorare le decisioni giudiziarie. In Francia si affermò l'idea del monopolio del legislatore a discapito degli interpreti e della dottrina. Le lacune del codice, però, esistono e devono essere colmate, e allo scopo provvedono giudici e dottrina. In ultima istanza, verso la fine del XIX secolo, l'esegesi non è stata più in grado di fornire ai giudici gli strumenti sufficienti per far evolvere il Code, ormai troppo ancorato a principi superati. Si approda, così, alla **scuola della libera ricerca scientifica** e si favorisce, dunque, un'interpretazione

che tenga conto dell'esigenza di una società in continua trasformazione.
La diffusione del modello Code civil.
Come è noto, le armate napoleoniche ma anche il suo valore intrinseco hanno favorito una larghissima circolazione del modello Code civil. A parte il cammino autonomo, seguito da Austria, Germania, e Svizzera, molti paesi europei ed extraeuropei seguono, nel corso del XIX secolo, il modello francese. Quando l'Italia codifica, raggiunta l'unificazione politica, il modello cui fortemente si ispira il codice del 1865, è ancora una volta, quello francese. Il codice civile spagnolo del 1889, tuttora in vigore, si basa essenzialmente sul codice francese, soprattutto per quanto riguarda il diritto delle obbligazioni. Per la sua chiarezza, e per il suo collegamento con l'ideologia della Rivoluzione, il codice Napoleonico esercita una grande influenza sui passi del **centro** e del **Sud America** nel momento in cui, nei primi decenni del XIX secoli questi si sottraggono al dominio spagnolo(Cile, Argentina, Brasile, Messico, Bolivia). Inoltre, l'influenza del codice francese è intuibile in quei paesi africani ed asiatici che sono stati oggetto di dominazione francese, ma anche in Egitto, dove tale occupazione non c'è stata, è in vigore dal 1949 un codice ''francesizzante'' a testimonianza del prestigio della Francia e della sua cultura giuridica.

## 2.4.Il codice civile **austriaco**, l'**ABGB** del **1811.**

Il codice civile austriaco venne introdotto da un progetto **Maria Teresa** , la quale regnò fra il 1740 ed il 1780, ed è ancora oggi in vigore, in Austria, sia pure in forma parziale. L'opera di codificazione iniziò nel **1753**, con la nomina di una commissione incaricata di redigere un codice del **solo diritto privato** che tenesse conto del **diritto romano** e del **diritto della ragione**, e che, contrariamente al codice civile prussiano, **unificasse** il soggetto di diritto. Il codice venne promulgato solo nel 1° giugno del **1811**, dopo la nomina di tre commissioni, ognuna respinta per un diverso motivo e prese il nome di ''Codice civile generale per i **territori ereditari** di **lingua tedesca**''.
La **matrice Kantiana** dell'**ABGB** è chiaramente visibile nella preferenza verso forme di governo che assicurano una **legislazione comune** sancendo l'uguaglianza dei cittadini fra di loro e nei confronti dello stato, e nella peculiare concezione dell'**individuo** e dell'**autonomia** che irrinunciabilmente gli compete. L'**ispirazione garantistica**, unita alla **fiducia** che la **certezza del diritto** derivi dalla **conoscibilità delle norme**, si manifesta fin dal Preambolo, mentre l'importanza che ancora riveste il **giusnaturalismo** è notevole nel **paragrafo 7** secondo il quale:''In caso di **lacune legislative**, bisogna appellarsi ai **principi del diritto naturale**, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate''. Grande, proprio in analogia del **code civil**, è il rilievo attribuito alla **proprietà** nel paragrafo 534:''La proprietà considerata come diritto è la **facoltà di disporre a piacimento** e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili d'una cosa''.
L'**ABGB** si compone di **1502 articoli**, è un codice **breve, chiaro** ed intellegibile. La **brevità** è causa di lacune, che verranno colmate da **tre novelle**, specialmente concernenti il **diritto dei contratti**.
Il codice si articola in **tre parti**, precedute da un'**introduzione: 1.Diritto delle persone**, **2.Diritti sulle cose**, **3.Disposizioni comuni**.
In conclusione, sebbene l'**ABGB** è un codice **illuminista**, molto più razionale di quello prussiano, alla stregua del **code civil**, questo si presenta in stridente **contrasto** con la **realtà sociale dell'Austria** del 1811( esempio dei diritti innati e contrapposizione con il protrarsi della **servitù della gleba** fino al **1848**).
I cambiamenti iniziarono ad intravedersi con l'**ondata rivoluzionaria del 1848** che provocò l'**abolizione della servitù della gleba** e la **diffusione** delle idee di **libertà di stampa**, **di impresa** , di **partecipazione** della **borghesia** alla **vita pubblica**. Purtroppo, però, la restaurazione portò ad alcuni passi indietro e

perciò, si dovettero aspettare gli anni **70** ed **80** perché l'**ABGB** con i suoi ideali di **libertà** e **individualismo**, si mettesse in sintonia con la realtà economica e sociale della vita austriaca**.**

## 2.5.Il codice civile tedesco del **1900** (**BGB**)

**Premessa**

La codificazione tedesca fu tarda in quanto la situazione politica e giuridica della **Germania medievale**, caratterizzata dalla **debolezza del potere imperiale** e dalla **mancanza di un ceto di giuristi imperiali influente**, si protrasse per lungo tempo. Ancora nel **1815**, all'indomani del Congresso di Vienna, la Germania era divisa in **39 stati sovrani** nei quali venivano applicati i diritti più vari. Il **diritto romano**, poi, manteneva la sua posizione di supremazia, essendo la fonte principale in alcuni stati e comunque, sussidiaria, in tutti gli altri. Inoltre, in Germania la **funzione unificante** tocca alla **dottrina** , alla stessa **scienza giuridica,** spinta dall'ideale dell'unità culturale giuridica tedesca, favorita dall'università.

La ''scienza giuridica'': la Scuola storica e la Pandettistica.

La **scienza giuridica** si sviluppò attraverso il sorgere di due scuole, quella **storica** e quella **Pandettistica**. La **scuola storica** di cui suo fondatore fu **Friedrich Carl von Savigny**, si fondava sulla **nuova idea romantica del diritto**, in quale non era più visto come il prodotto di un legislatore razionale, ma come **diritto consuetudinario**, i cui i portatori devono essere il **popolo** e, come suoi rappresentanti, i **giuristi**. Partendo da questa concezione, **Savigny** era portato a considerare il **diritto** come prodotto incessantemente mutevole della vita sociale, prodotto dello **spirito del popolo**, come la lingua, il quale non poteva e non doveva essere cristallizzato nelle formule di un codice. La non accettazione del codice da parte di **Savigny**, dipendeva anche dalla sua posizione sociale; egli era un aristocratico, contrario allo spirito egualitario dei codici, alla loro fede nella ragione e alla rottura che essi sottolineano con la storia. La **scuola storica**, quindi, definì la **consuetudine** come la fonte primaria dell'ordinamento e riversò, inoltre, grande attenzione anche nei confronti del **diritto romano** ed in particolare, per il **diritto romano delle fonti giustinianee**. Il **diritto romano antico** veniva visto come espressione di un **mondo spirituale** e concettuale superiore e **più puro**, di valore eterno, suscettibile di essere adottato come diritto vigente, una volta riordinato in maniera sistematica e dogmatica. Lo sforzo di elaborare un ordine, un sistema fu elaborato dai successori di Savigny, gli aderenti alla **scuola Pandettistica** che aveva come suo unico obbiettivo ''l'elaborazione sistematica e dogmatica del materiale giuridico''. Compito del giurista tedesco non doveva più essere quello di creare regole giuridiche al fine di colmare le lacune normative, quanto di predisporre gli strumenti di conoscenza del diritto, ristrutturando il diritto civile tedesco, e di definire i concetti giuridici.

Il metodo seguito dal giurista tedesco si ispira a quello della matematica e delle altre scienze esatte:

-**concettuale** – identificazione dell'elemento concettuale costitutivo in presenza del quale le ipotesi da considerarsi, rientrano nella categoria oggetto di definizione, e in assenza del quale, le ipotesi non rientrano nella categoria.

-**dogmatico** – i concetti così definiti, come in matematica, non ammettono eccezioni, sono **dogmi**.

-**sistematico** – in presenza di più definizioni, la definizione corretta è quella che si armonizza bene con le altre del sistema, in omaggio al principio di coerenza.

Il processo di codificazione. Struttura del **BGB**.

Impulso alla codificazione dipese dall'**unificazione politica** della Germania nel **1870**, seguita da un **emendamento costituzionale** che nel 1873 assegnò all'imperatore, la competenza a legiferare sul diritto privato nel suo insieme. Dopo un lungo lavoro progettuale di due successive commissioni, il **codice civile tedesco**, entrò in vigore il **1° gennaio 1900**. Esso è il **frutto maturo della pandettistica tedesca**, che trova consacrazione nel **libro 1**. Il **BGB** abbandona lo schema delle istituzione gaiane e si suddivide invece in **cinque libri**, seguendo la partizione del diritto privato in cinque materie operata dai pandettisti, per complessivi **2385 articoli**. La **Parte generale** contiene i caratteri concettuali comuni

dei rapporti giuridici. Qui si trovano le **norme generali sulle persone** fisiche e sulle persone giuridiche, alcune definizioni riguardanti i **beni**, e soprattutto il concetto di **negozio giuridico**. Dunque, tutta la parte generale è **astratta** e certamente il culmine dell'astrattezza lo si raggiunge proprio con quella sezione III dedicata al **negozio giuridico**, concetto amplissimo in cui rientra tutto dal contratto al testamento al matrimonio.
Il **secondo libro**, sulle **obbligazioni**, concerne i rapporti obbligatori e pertanto la disciplina nascente dai contratti e quella delle obbligazioni nascenti da atto illecito.
Il **terzo libro** è dedicato ai **Diritti sui beni** e contiene la disciplina della proprietà.
Il **quarto libro** disciplina il **Diritto di famiglia**, ispirato ad una **concezione conservatrice** e **patriarcale** analoga a quella del Code civil, con una forte subordinazione della donna ed una netta discriminazione fra figli legittimi e naturali.
Il **quinto libro**, infine, regola le **Successioni**.

Filosofia del BGB

Possiamo considerare il **BGB**, rappresentativo di un mondo in via di dissoluzione, di una **storia già consumata**. E' un **codice conservatore**, che non attribuisce a**lcun compito sociale al diritto privato**. Questo atteggiamento si riflette sulla struttura patriarcale del diritto di famiglia; sul rapporto di lavoro, ancora ignaro della nuova industria e del nuovo sindacalismo; sullo sfavore nei confronti dei gruppi intermedi, forze eversive capaci di indebolire l'autorità centrale. Il BGB aspira a prospettare un sistema chiuso, caratterizzato da:
**- definitività**, in quanto la costruzione dogmatica si avvale di concetti immutabili e conclusivi.
-**completezza**, in quanto si nega che possano esistere lacune;
-**esclusività**, in quanto l'interprete può riferirsi a precetti diversi dalla legge in casi tassativi.
Ciò comporta la **drastica identificazione fra diritto e legge**, e la assai secondaria importanza della consuetudine. La valvola di sfogo di questo sistema è costituita dalle **clausole generali**, le quali sono direttive indirizzate in forma di massima al giudice, con la funzione di vincolarlo al principio generale lì espresso e, al tempo stesso, data la latitudine assai ampia e potenzialmente estensibile di tale principio, di renderlo più libero. Naturalmente le clausole generali un **pericolo** lo nascondono. Se la disciplina dogmatica si allenta, c'è il rischio che si affermi la tentazione di ''fuga nelle clausole generali'', e che si favorisca la nascita di una giurisprudenza equitativa priva di principi guida, soprattutto facile in periodi di dittatura, di crisi dello stato di diritto, quando il giudice e la giurisprudenza sono esposti a pressioni politiche ed ideologiche.

L'evoluzione del diritto tedesco dopo la codificazione.

Il **BGB** è sopravvissuto fino a noi attraverso l'impero di **Weimar**, il nazismo, due guerre devastanti, la costituzione del 1949, la riunificazione tedesca, **senza grandi modifiche**.
Il diritto tedesco è relativamente **stabile** fino al **1918**, fino cioè alla caduta dell'ultimo imperatore e alla **proclamazione della repubblica**.

Il diritto tedesco durante Weimar.

Il periodo della **Repubblica di Weimar**, dal 1918-1920 fino alla nomina di **Hitler** a Cancelliere nel gennaio del **1933**, è invece un periodo caratterizzato da **interventi profondi** sia dal legislatore che dalla **giurisprudenza**. La legislazione, dal canto suo, segna di una nuova **impronta sociale** e **liberale**, alcuni settori del **diritto**. Per esempio nel diritto del lavoro si hanno profonde riforme a tutela del lavoratore che incidono sull'orario di lavoro, sulla gestione dell'impresa, sulla contrattazione collettiva. In generale, l'accresciuto potere dei partiti più vicini alla **classe operaia** condusse verso una maggiore protezione dei ceti economicamente deboli contro i monopoli e le classi sociali più potenti. La stessa concezione della **proprietà** muta sostanzialmente rispetto alla formula individualista del codice:''*La proprietà obbliga. Il suo uso deve servire al contempo al bene comune*".

Il diritto tedesco nel nazismo.

Il **nazismo** è un movimento **totalitario**, in quanto pretende di realizzare uno stato autoritario, una nuova

visione del mondo a cui tutto deve essere subordinato; **razzista**, in quanto fondato sulla **glorificazione** del **popolo tedesco**, di cui bisogna salvaguardare la purezza del sangue ed assicurare la supremazia nel mondo; **rivoluzionario**, in quanto si oppone come lotta, come ricerca permanente di soluzioni nuove. E' inevitabili che tali concezioni avessero ripercussioni nella sfera giuridica, anche se occorre distinguere fra le idee giuridiche del nazismo e la loro traduzione in diritto positivo. Tutto sommato, nonostante le pressioni di un gruppo di giuristi nazisti raccolti nella scuola del Kiel, il **BGB** resistette vittoriosamente. Il manifesto normativo del nazismo furono le **leggi razziali**, le leggi di Norimberga del 1935: leggi sulla cittadinanza, sulla **purezza del sangue tedesco**, sulla restrizione dei diritti politici, sul divieto di relazioni personali fra ebrei e non ebrei, e la confisca di beni e patrimoni; istituzione di una serie di giurisdizioni speciali; abolizioni delle riforme di Weimar in materia di lavoro; riforme del matrimonio mediante una legge del 1938 contenente disposizioni eugenetiche e razziste. Per quanto concerne la **giurisprudenza**, possiamo dire che le **giurisdizioni superiori** sono rimaste più rispettose dell'antico diritto, scartato solo dopo molte esitazioni, quando appariva del tutto incompatibile con la nuova ideologia, mentre le **giurisdizioni inferiori**, i giudici più giovani, sono stati più sensibili alla dottrina nazionalsocialista. In sostanza, però, non può negarsi un atteggiamento di compromesso dei giudici con il regime.

Il diritto tedesco nel secolo dopoguerra.

La **costituzione del 1949**, costituisce il fondamentale motivo ispiratore del diritto tedesco. Gli **interventi del legislatore** si caratterizzano per la loro **apertura sociale**; per il loro **spirito egualitario**, per il loro **spirito liberale** e **umanitario**. Negli ultimi anni( 2002), una serie di importanti interventi legislativi ha sostanzialmente riscritto il **Libro II** del **BGB**, dedicato appunto al diritto delle obbligazioni. Da segnalare, sul piano giurisprudenziale, il ruolo determinante assunto dalla **Corte costituzionale federale**, il cui compito è di vegliare sul rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali dell'individuo.

La diffusione del modello BGB.

Se grande è stato il prestigio e l'influenza che la Pandettistica ha avuto in tutta Europa, compresa l'Inghilterra, **modesta e limitata nel tempo** è stata invece la circolazione del modello BGB. Le zone verso le quali si estese l'influenza del BGB, e in particolare della sua Parte generale, vanno dal **Brasile** al **Portogallo**, all'**Europa centrale e meridionale**, all'**Estremo Oriente**. Ma l'influenza più profonda e duratura si è avuta in **Grecia**, forse non casualmente se si ricorda che durante la dominazione ottomana il diritto applicato in Grecia era il diritto romano-bizantino. Così, il **codice civile greco**, promulgato nel 1940, ed entrato in vigore nel 1946, può senza dubbio essere considerato appartenente al sistema germanico, anche se non è una ''copia servile'' del BGB.

## 2.6.Il codice civile svizzero del 1912 (ZGB)

**Premessa**

L'odierna Confederazione elvetica rappresentò sempre un territorio a sé stante. Quindi, nel XVIII secolo, mentre su resto del continente europeo cominciavano a diffondersi le idee favorevoli alla **codificazione**, in Svizzera, il diritto si identificava quasi completamente con le **consuetudini di origine germanica, applicate da giudici laici elettivi**. La conquista Napoleonica portò alla creazione dello **Stato unitario svizzero**, ma all'indomani del Congresso di Vienna, questa veniva sottoposta ad un **sistema federale** e suddivisa in **cantoni indipendenti**. L'idea della **codificazione**, aveva, comunque, ormai preso piede, anche se i cantoni si divisero per quanto concerne il modello da seguire:

-nella **zona meridionale** e nella **parte occidentale** della Svizzera, zona francofone o di lingua italiana, fu seguito il **Code civil**;

-nella **svizzera centrale** di lingua tedesca, fu seguito il **modello austriaco**, cui si accompagnava un ampio riferimento al **diritto bernese**;

-negli tra il 1853 ed il 1855, il **cantone di Zurigo** si dotò un codice che influenzò molto il futuro codice svizzero del 1912.

La **codificazione svizzera.**

Il protagonista assoluto della codificazione svizzera fu **Eugen Huber** , professore a Basilea, la cui personalità dominò tutto il **lavoro di preparazione** e **redazione** del codice. Nel 1884, infatti, Huber fu incaricato dall'**Associazione dei giuristi svizzeri**, di effettuare una **ricognizione del diritto civile** dei vari cantoni al fine di preparare la sua unificazione. Nel 1894 ebbe l'incarico del **Ministro della Giustizia**, di redigere un progetto che nel 1900, era già pronto per essere valutato, il quale fu approvato nel **1907** dal Parlamento ed entrò in vigore nel **1912**.

Struttura e caratteristiche dello ZGB.

Huber nonostante il progetto di codificazione, era orientato a dare molta importanza al **diritto consuetudinario**, da ciò è scaturito un **codice** che **rifiuta** il modello del **BGB** nei suoi aspetti **romanistici** ed eccessivamente **dotti**. Lo stile dello **ZGB**, in effetti, tende a seguire una **lingua comune** evitando l'uso eccessivo di termini tecnici. Nello **ZGB** ritroviamo una **breve introduzione di 10 paragrafi** e **quattro libri**:

1.**Diritto delle persone**, 2.**Diritto di famiglia**; 3. **Diritto delle successioni**; 4.**Diritti Reali**. Ad essi si aggiunge, come quinto libro, ma formalmente separato, l'**OR,** il Diritto delle obbligazioni.

Lo **ZGB** consta di **1600 paragrafi** che si limitano, diversamente dal BGB tedesco, a fornire **clausole generali.** Sta al giudice, che in Svizzera sono elettivi, sulla base di un'attenta valutazione del caso concreto, elaborare la regola da applicare, seguendo le linee tracciate dal codice. Quindi, il **ruolo della giurisprudenza**, risulta **centrale**.

Lo **ZGB** è un **codice per principi** ed un **codice aperto**, e questo è messo in evidenza, soprattutto nel **1° paragrafo**, comma 2:'' *Nei casi non previsti dalla legge, il giudice decide secondo la consuetudine, e in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. Nel fare ciò egli dovrà ispirarsi alla dottrina più consolidata ed alla giurisprudenza già formata.*

Successione e diffusione dello ZGB.

Il successo dello **ZGB** è misurabile nella circostanza che tutti gli ordinamenti nei quali si è proceduto a codificare il diritto privato, nel periodo successivo alla sua entrata in vigore, ne **hanno tenuto conto**. Bisogna ricordare il caso della **Turchia** la quale si è rivolta al **modello svizzero** quando ha voluto adottare un codice per modernizzare il proprio diritto durante la **rivoluzione culturale** guidata da Kemal Ataturk.

## 2.7.Le codificazioni italiane.

Il codice del 1865.

Il modello italiano, ha subito l'influenza di **Francia**, **Germania** ed **America**.

**Influenza del modello francese su quello italiano.**

Il codice napoleonico fu portato, innanzitutto, dalle armate napoleoniche. Eppure, quando cadde lo stesso Napoleone, ciò non si verificò per i suoi codici realizzandosi la sua profezia: *"Le mie battagli si dimenticheranno, ma non i miei codici"*. In **Piemonte** nel 1817, il **codice Albertino**, nel **Ducato di Parma**, nelle **Due Sicilie** nel 1819, a **Modena** nella metà dell'ottocento, nel **Regno di Sardegna nel 1838**, il codice civile napoleonico trovò applicazione attraverso minimi adattamenti. Si tratta, in effetti, di codici poco originali, ma non per questo non importanti, in quanto testimoniano l'esigenza di una normazione univoca e l'apprezzamento che era stata data alla codificazione francese. Particolarmente forte era l'influenza francese sul **Piemonte**. Nel 185 furono emanati i codici di commercio ed il codice civile che, in gran parte, si ispiravano al codice francese. Si può parlare di una **copiatura aggiornata** attraverso le **costruzioni dottrinarie** sviluppatesi ne corso di 50 anni, rispetto al codice napoleonico; aggiornamento che viene realizzato utilizzando due nuovi formanti: la **giurisprudenza** e la **dottrina**. L'importanza del dato normativo che ormai si avvertiva, portò la nostra dottrina a concentrarsi sull'esegesi dei codici e

della norma ed in questa ricerca della retta interpretazione del dato normativo, la dottrina italiana cercò l'appoggio della **dottrina francese**. Ora resta il fatto che i codici napoleonici andavano a collocarsi nell'ambito dello **ius commune**, in una situazione nella quale la frammentazione era sconosciuta; situazione opposta a quella dell'Italia che fino al 1861, fu un paese fortemente frammentato. Ricordiamo che in Francia, l'idea dello ius commune, aveva portato alla formazione dei **grandi tribunali**; ad imitazione della Francia, con l'unificazione, in Italia, vennero a crearsi le **cinque grandi corti di Cassazione**: Roma, Torino, Firenze, Napoli e Palermo, le quali ebbero, però, rispetto ai grandi tribunali francese, un'importanza minore. In effetti, da noi si cercò di instaurare lo stesso schema, ma con risultati peggiori, per via della situazione italiana che differiva da quella francese.
Un'altra differenza che possiamo trovare fra la scienza giuridica italiana e quella francese è lo **stile delle sentenze**.
Lo **stile francese** è uno **stile sillogistico**; data una premessa ne discende una determinata conseguenza. Da questo stile sillogistico, non è possibile ricostruire l'iter logico della sentenza. La scelta di questo stile non è casuale, ma determinata da motivi culturali e politici; lo stesso Napoleone, in effetti, non voleva che i suoi codici fossero interpretati.
La nostra **Cassazione**, invece, ha preso a piene mali, lo **stile rotale**, ossia lo stile dei **tribunali ecclesiastici**. Lo stile delle sentenze religiose è sempre stato uno stile basato sull'esame di testi scritti e che, inevitabilmente ricostruisce l'**iter logico interpretativo**. Dunque, lo **stile** della **sentenza italiana** è uno stile di motivazione di ogni passaggio che ha portato a tale conclusione. Quando si arrivò all'unificazione delle **grandi corti di Cassazione**, fu proprio lo stile delle sentenze così **prolisso**, che rese il ruolo svolto dalla Cassazione italiana meno rilevante di quella francese. L'influenza francese è un'influenza che parte dal **codice**, mentre l'**influenza tedesca** presenta una **matrice ideologica** e **politica** molto più evidente, non riallacciandosi a nessun codice( il BGB fu un codice molto tardo e difficile), ma alla **dottrina tedesca**; influenza che culminò nel momento in cui Mussolini si alleò con Hitler. L'**influenza tedesca**, dunque, è l'influenza della **dottrina tedesca**, la quale non si esercita direttamente, ma attraverso il filtro della nostra dottrina (il BGB è un codice che deriva dai pandettisti e quindi un codice che si basa sulla concezione del diritto come scienza, costituita da vari concetti: il negozio giuridico, la volontà, etc.. Un codice per giuristi, molto difficile di cui i cittadini capiscono poco o niente.)
Eppure, sebbene la dottrina italiana viene affascinata dall dottrina tedesca, il diritto positivo resta essenzialmente quello francese, tant'è che lo stesso **codice civile del 1865** era filtrazione diretta del codice napoleonico. Nel codice del 1865, alcune differenze, rispetto a quello francese, ci sono; per esempio il codice italiano prevede il **principio di analogia** per colmare le lacune normative, mentre quello francese tace su questo punto; oppure una iniziale apertura del codice civile italiano nei confronti dei **gruppi intermedi** di cui si riconosce la personalità giuridica e l'**indissolubilità** del matrimonio.
Nonostante queste minime differenze, il principio del codice italiano, come quello francese, resta l'**individualismo** e la partizione del codice in **tre libri**, identica a quella francese, risponde alla scelta per l'individualismo proprietario.

## Il codice del 1942.

Il codice del **1942** è un codice che nasce dall'**industrializzazione** del paese, frutto di **conflitti sociali** ed **economici**, ma nonostante ciò, certamente non può considerarsi un codice rivoluzionario. Il codice del 1942 cerca di sistemare in maniera ottimale l'esistente, facendo in modo anche di armonizzare l'esistente con le conquiste giurisprudenziali fino ad allora avute. Quindi, si tratta di un codice **avanzato, tecnico,** ma **non rivoluzionario**. L'unica svolta effettiva è rappresentata dalla **fusione fra codice civile e codice commerciale.** Questa scelta di unificazione è sicuramente qualcosa di **originale**, che costruisce un modello italiano frutto di certezze, ma comunque originale.
Il nostro attuale codice civile è suddiviso in **sei libri:**

1.)Il **primo libro**, ''Delle **Persone** e **Famigli**a'',
presenta un'**impostazione tradizionale dell'istituto familiare**, con accentuazione dell'unità della famiglia e del principio di autorità con larghi interventi di direzione e di controllo dello stato sia sotto il profilo dei rapporti personali, sia sotto il profilo dei rapporti patrimoniali.
2.)Il **secondo libro**, ''Delle **Successioni'',**
presenta un **impostazione** altrettanto **tradizionale delle successioni**.
*L'elaborazione degli ultimi quattro libri del codice fu molto affrettata, e si spiega con l'ansia del fascismo, di fare del codice l'espressione della propria ideologia. Concessioni al fascismo, vennero fatte, ma spesso sostanzialmente verbali, cosicché non fu troppo difficile, alla caduta del regime, ripulire il codice di molte delle sue incrostazioni fasciste.*
3.)Il **terzo libro,** ''Della **Proprietà**'',
riflette il passaggio da un'economia agraria a un'economia industriale, allontanandosi dal mito di proprietà del Code civil, e addirittura, parlando apertamente di **funzione sociale della proprietà**.
Il **quarto libro**, ''Delle **obbligazioni.**'',
è il libro più ampio, dedicato al rapporto obbligatorio in generale e alle fonti di obbligazione.
Il **quinto libro**, ''Del **lavoro**'',
è il libro più innovativo, ma anche quello in cui più si avverte l'impronta del regime. Le società commerciali sono le sole persone giuridiche private meritevoli di libertà di azione; le associazioni e le fondazioni fanno parte, come si è visto, del libro I ed hanno un esiguo campo di azione.
Il **sesto libro**, ''Della **tutela dei diritti**'',
disciplina una categoria disparata di materie e di istituti che può essere definita **residuale**.
L'adeguamento del codice ai valori costituzionali:legislazione speciale e giurisprudenza.
Assai ampio è il rilievo che lo stesso codice del 1942 attribuisce alla **legislazione speciale**, che va intesa come ''portatrice di autonomi principi regolatori''. Assai rilevante appare fin dall'inizio la legislazione speciale nel campo delle **attività economiche**. La legislazione speciale trae poi nuova linfa dall'entrata in vigore della costituzione e del controllo di costituzionalità delle leggi. Tutto ciò ha insomma impoverito il codice, sia per quello che attiene al processo , sia per ciò che attiene all'istituto familiare oggetto in Italia di grandi riforme, che hanno inciso profondamente sull'impianto patriarcale e autoritario dei codici e sulle pesanti diseguaglianze che lo caratterizzavano. Notevole è stato pure il **ruolo della giurisprudenza**, nell'adeguamento del codice anche ai valori costituzionali. Di grande rilievo è stato il ruolo della **Corte Costituzionale**, che '' *applicando le norme della costituzione ai rapporti fra privati, ha realizzato nella nostra scienza giuridica quella situazione che costituisce, in Germania, uno dei vanti della scienza giuridica stessa*''.

## *Sezione III-* LE FONTI DEL DIRITTO.

*3.1.Premessa. La nozione di norma giuridica.*
Il codice comportò:
1.una **rottura** con il passato.
2.il **monopolio del legislatore**. Il codice diventa espressione di uno Stato preciso e definito.
3.la **distinzione fra diritto pubblico** e **privato**. Tale distinzione resta un tratto caratteristico dei paesi di civil law, sebbene le ipotesi di commistione fra diritto pubblico e privato, sono sempre più numerose.
4.la personificazione dell'**ideale di norma giuridica espresso dalla tradizione di civil law**, intesa come regola di condotta dotata di quella generalità che le consente di situarsi fra la decisione e la lite. La generalità riconosciuta alla norma giuridica spiega come nei paesi di civil law il **compito del giurista** sia concepito essenzialmente come compito di interpretazione delle formule legislative e come dunque la sua attività creatrice si svolga in modo tendenzialmente nascosto. Naturalmente fra i paesi di civil law e common law, gli approcci alla ricerca della regola sono diversi e tale diversità, conduce ad una **diversa idea della regola di diritto**: nella civil law, la regola è concepita in forma prevalentemente **legale** e

**dottrinale**; nella **common law**, la regola è concepita in forma **prevalentemente giurisprudenziale**. Tuttavia a proposito di questa configurazione, si osserva, ormai in parte, una certa convergenza. Anche il **funzionamento pratico della regola del precedente** può difficilmente essere considerato, se singolarmente preso, un fattore determinante per la distinzione tra le due tradizioni giuridiche. Da un lato, infatti le corti dei paesi di civil law sono piuttosto attente al valore dei precedenti che in ogni caso non sono vincolanti; dall'altro lato, nei paesi di common sebbene viga il principio del precedente vincolante, ci sono numerose tecniche che possono rendere piuttosto elastico il significato della regola **stare decisis**.

*3.2.La gerarchia delle fonti.*

La **gerarchia delle fonti** è oggi molto più complessa di quanto non faccia intendere, ad esempio, l'art.1 delle Preleggi. Costituzioni e trattati internazionali tendono ovunque a prevalere sulla legge; così, come in un discorso sulle fonti, non può essere trascurato il ruolo di giurisprudenza e dottrina. Anzi, studi recenti invitano a cogliere l'influenza che il fenomeno **globalizzazione**, 'in quanto processo di trasferimento dagli stati ai mercati', ha anche sulla dimensione giuridica e sulle fonti, in particolare.

*3.3.Le costituzioni.*

I paesi appartenenti alla tradizione di civil law presentano tutti al vertice della gerarchia, costituzioni scritte alle cui disposizione riconosce un prestigio particolare. Prestigio particolare dovuto al fatto che la costituzione diventa il **punto di riferimento dell'ordinamento**, al quale devono ispirarsi giudici, amministratori e cittadini. La presenza di un **sistema di controllo di legittimità delle leggi**, ossia di un sistema attraverso cui viene giudicata la conformità ai principi costituzionali delle leggi ordinarie, è un elemento pregnante e caratterizzante di un ordinamento. Tradizionalmente si individuano **due grandi modelli** di controllo giudiziario e di costituzionalità delle leggi. Nel **sistema diffuso**, il controllo giudiziario spetta a tutti gli organi giudiziari ordinari i quali esercitano incidentalmente, ossia in occasione della decisione di una controversia concreta. Nel **sistema accentrato**, il potere di controllo è attribuito ad un solo organo giudiziario appositamente istituito.

*3.4.I trattati internazionali.*

In alcune costituzioni continentali, si riconosce espressamente ai trattati internazionali **valore superiore alle leggi ordinarie**. La questione della collocazione dei trattati internazionali nella gerarchia delle fonti ha acquistato un particolare rilievo con riferimento al **rapporto fra diritto comunitario e diritto degli stati membri dell'Unione Europea**. Come è noto, la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha elaborato fin dalla famosa sentenza Costa.v. Enel del 1964, una giurisprudenza ormai consolidata in virtù della quale le norme comunitarie direttamente applicabili, o atte a produrre effetti diretti negli ordinamenti degli stati membri, prevalgono sulle leggi interne successive. La dottrina della **supremazia del diritto comunitario** è quindi penetrata nei vari ordinamenti nazionali, i cui giudici sono arrivati, pur non senza incertezze e variazioni fra i vari paesi, ad affermare il proprio potere di disapplicare le leggi interne contrastanti con la norma comunitaria che sia direttamente applicabile o che produca effetti diretti.

*3.5.Le leggi.*

Le leggi si trovano subordinate solo alle costituzioni ed ai trattati internazionali. Lo stesso **codice**, è una legge che, nonostante la sua importanza, riveste sotto il profilo formale, lo stesso valore di qualunque altra legge, ma al tempo stesso si pone in un rapporto particolare rispetto alla legislazione speciale. Abbiamo sottolineato, a proposito dei codici, la loro **longevità**; ma abbiamo anche visto che a tutta a una serie di esigenze dettate dallo sviluppo economico, sociale e tecnologico non rispondono più i codici, ma una massiccia legislazione speciale. Un rapporto analogo fra quello di codice e legislazione

speciale, si rinviene negli ordinamenti di common law, fra **common law** e **legge**, ogni volta che sia necessario tornare a principi non desumibili da quest'ultima.
Da far notare, in ultima istanza è che, la stessa attività legislativa vede sempre più spesso protagonista l'esecutivo, sia per quel che riguarda l'iniziativa delle leggi, sia quel che riguarda l'esercizio della potestà legislativa su delega, **decreto legislativo**, o l'attività normativa d'urgenza, **decreto legge**.

*3.6.I regolamenti.*

Il regolamento ed in particolare, il **regolamento governativo**, è la **tipica fonte secondaria** che nella gerarchia si colloca al di sotto della legge e non può ad essa derogare. Se la continua espansione della fonte regolamentare rende sempre meno credibile che il regolamento sia solo lo strumento mediante il quale il governo emana, su delega del legislatore, una regolamentazione esauriente e dettagliata che il legislatore non è in grado di produrre, ci sono situazioni come quella francese che meritano particolare attenzione. Nella V Repubblica, in effetti, partendo dalla constatazione di un potere legislativo sovraccaricato e non in grado di adempiere ai suoi compiti, ma anche e soprattutto al fine di rafforzare l'esecutivo, è stato previsto un **potere regolamentare non subordinato al potere legislativo** e dunque, per sua natura autonomo. Il potere regolamentare del governo è sottratto al controllo del Conseil constitutionnel, competente a sindacare solo le leggi e i regolamenti parlamentari prima della promulgazione, ma sottoposto alla giurisdizione del **Conseil d'Etat**, quest'ultimo attribuendosi il potere di controllare la legittimità dei regolamenti governativi con riferimento non solo al riparto delle competenze fra legge e regolamenti, ma anche con riferimento al diritto superiore, ossia ai principi generali contenuti nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo; a seguito di questa decisione l'autorità del Conseil d'Etat è stata assimilata a quella di una corte costituzionale.

*3.7.Le consuetudini.*

Il monopolio acquisito dal legislatore sulla produzione normativa ha relegato sullo sfondo, in una **posizione marginale**, la consuetudine. La marginalità del diritto consuetudinario è dimostrata dal fatto che è ovunque esclusa la validità di fonte legale alle consuetudini contra legem. E' ovunque, invece, riconosciuta la **consuetudine secundum legem** , la consuetudine cui la legge esplicitamente rinvia. Discussa è infine la validità delle **consuetudini praeter legem**, riguardante cioè materie non regolate dalla legge; probabilmente essa è consentita dall'art.8 delle nostre Preleggi e dall'art.1 del codice svizzero.

*3.8.L'organizzazione giudiziaria e il ruolo della giurisprudenza.*

*L'organizzazione giudiziaria.*

Il **modello ispiratore** della struttura e della organizzazione attuali delle corti e dello status del giudice è quello che ha origine nella Francia rivoluzionaria. In particolare al reazione rivoluzionaria si diresse:

- **contro i Parlement s** e soprattutto contro la prassi degli arresti arbitrari.
- **contro i giudici professionisti**, sostituiti nel 1791 da giudici elettivi.
- **contro l'interpretazione giurisprudenziale della legge**, mediante l'istituzione di un Tribunale di Cassazione con la funzione di vigilare sulle corti e sul loro rispetto delle leggi.

Passata la ventata rivoluzionaria, il modello si consolida e assume l'assetto al quale tuttora si ispira con la legge sull'ordinamento giudiziario promulgata da Napoleone

# - Sistemi giuridici comparati -

*quarta parte: sentenza n.500 del 1999*

## Vicenda

La vicenda di Tizzano ha inizio nel Giugno del **1964,** quando l'avvocato **Giorgio Vitali** ottiene dal Comune una **convenzione** per lottizzare un terreno e realizzare su un proprio podere alcune villette da vendere poi a privati.

Nel successivo **Piano Regolatore** del Luglio **1971** la proposta di lottizzazione non viene inserita per ragioni di tutela paesaggistica di una delle zone collinari più suggestive del nostro territorio.
L'avvocato Vitali, sentendosi danneggiato, ricorre al **Tar**, che gli dà ragione, infatti il piano regolatore fu annullato, con decisione del 22 gennaio 1990, per **difetto di motivazione** in merito alle ragioni che avevano indotto il Comune a disattendere la convenzione.

Nelle successive varianti al Piano Regolatore del **1984** l'esclusione di quella lottizzazione viene confermata con
motivazione specifica e per tale ragione ritenuta legittime dal Consiglio di Stato (1995).
**Successiva variante 1990.**

Nel 1991 ricorre anche al **Consiglio di Stato**, e ottiene di nuovo ragione.
**Successiva variante del 1999.**

Si rivolge al **Tribunale Civile di Firenze** citando il Comune di Fiesole al fine di ottenere il **risarcimento del danno** derivatogli dalla mancata inclusione, nel piano del 1971, del suo terreno fra le aree edificabili.

Il **Comune** propone ricorso alla Suprema Corte per regolamento preventivo di giurisdizione, sostenendo che la domanda proposta da G.V. doveva ritenersi improponibile per **difetto assoluto di giurisdizione**.

Il **22 luglio 1999** arriva la sentenza **n.500** della Cassazione, che è considerata dalla giurisprudenza una **"svolta storica"** perché riconosce per la prima volta in Italia il diritto di un privato di essere risarcito dalla Pubblica Amministrazione per la **lesione di un interesse legittimo**.

Con questa sentenza le Sezioni Unite hanno deciso di riconsiderare la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 cod. civ. (responsabilità civile) secondo cui il "danno ingiusto" che dà diritto al risarcimento deve essere identificato nella lesione di un diritto soggettivo. La decisione è stata motivata estensivamente (in 50 pagine di testo) con riferimento sia agli orientamenti della dottrina, in prevalenza favorevole alla tesi della risarcibilità della lesione di interessi legittimi, sia agli sviluppi giurisprudenziali tendenti ad ampliare l'area della risarcibilità del danno per comportamenti extra-contrattuali (c.d. danno aquiliano) quanto meno nei rapporti tra privati.

Nel marzo 2000 il **Consiglio di Stato** recepisce l'orientamento della Cassazione, e stabilisce che anche i **giudici amministrativi** potranno condannare le pubbliche amministrazioni **a risarcire** i danni ingiusti subiti dai cittadini.
(Digressione: inizialmente i **giudici amministrativi** relativamente agli interessi legittimi potevano soltanto **annullare**

l'atto lesivo dell'interesse legittimo ma non pronunciare condanna a risarcimento; mentre il giudice ordinario che
pur disponendo il potere di pronunciare sentenze di condanna a risarcimento dei danni, non poteva conoscere degli
interessi legittimi.)

A causa della sentenza della Cassazione il 30 marzo 2000 il Tribunale di Firenze condanna il Comune di Fiesole a risarcire poco più di 526 milioni di lire (del 1971) all'avvocato Vitali. Alla somma va aggiunta la rivalutazione annuale e gli interessi dal luglio 1971 alla pubblicazione della sentenza, immediatamente eseguibile. Secondo i calcoli del Comune, si tratterebbe di oltre 13 miliardi di lire.
Il 29 maggio 2001 la Corte d'Appello di Firenze accoglie il ricorso presentato dal Comune di Fiesole contro la sentenza del Tribunale, respingendo "in toto" la richiesta di risarcimento dell'Avvocato Vitali e condannandolo a pagare tutte le spese processuali.

## Analisi della sentenza n.500 del 1999

### 1. INTRODUZIONE

Stiamo parlando di una sentenza storica, la quale risulta molto importante in quanto ci aiuta, in primis, a capire come sono scritte le nostre sentenze e come ed in cosa differiscono da quelle dei paesi di common law.
Esistono cinque elementi che ci permettono di classificare una sentenza; elementi che andremo immediatamente ad analizzare:
1.se c'è o no motivazione. Se c'è l'obbligo di motivazione.
2.lo stile e l'estensione della motivazione.
3.la sentenza fa riferimento alla dottrina? Qual'è il rapporto fra il formante giurisprudenziale e dottrinario. E se fa riferimento alla dottrina, lo fa in maniera astratta o concreta?
4.qual'è il modello adottato dalla motivazione?Formale o informale? Impersonale "La corte ritiene che" o personale "il giudice x ritiene che". Quindi l'unicità o la molteplicità delle motivazioni, l'eventuale presenza di motivazioni dissenzienti.
5.la pubblicità o la segretezza attraverso la quale si è giunti alla conclusione.

Risponderemo per convenienza, immediatamente a queste quesiti,anche perché molti sono già stati affrontati nell'ambito del nostro corso.
1.2.La motivazione c'è ed è ampia, seguendo il tipico stile rotale delle nostre sentenze. Si parla di stile rotale in quanto le nostre sentenze riprendono lo stile delle sentenze pronunciate presso i tribunali ecclesiastici. Quindi siamo di fronte a sentenze prolisse nelle quali la motivazione accompagna passo dopo passo, ricostruendolo, l'iter logico della sentenza stessa.
3.la sentenza fa riferimento alla dottrina, ma fa riferimento solo anonimo, dunque astratto, in quanto nel nostro ordinamento è vietato fare riferimento concreto.
4.il modello della motivazione è impersonale e si caratterizza per l-unicità, non ammettendo motivazioni dissenzienti.
5.per quanto concerne la votazione che ha portato a tale sentenza, questa si caratterizza per la segretezza e per la compattezza. In effetti, tale sentenza, la n.500 del 20 luglio del 1999 è stata emessa dalla Corte di Cassazione riunita in Sezioni Unite, al fine di superare l'ostacolo che questa potesse venir valutata diversamente dalle singole sezioni. In questi casi, solitamente, dunque, per superare lo stato di confusione, il primo presidente della Corte di Cassazione può affidare la causa alle Sezioni Uniti; la quale è una sezione fittizia formata dai presidenti e dai delegati delle varie sezioni, i

quali non possono più decidere in maniera difforme.

## 2. DISCORSO

Questa sentenza ha cambiato l'orientamento seguito dalla Cassazione evidenziando come da noi non c'è lo stare decisis o per lo meno uno stare decisis superabile. La sentenza riguarda l'interpretazione dell'articolo 2043 del c.c. relativo al risarcimento civile, ed in particolare, con tale sentenza si è stabilito se la responsabilità civile in capo alla pubblica amministrazione possa sussistere anche per la lesione degli interessi legittimi.
A tal proposito presentiamo la differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo.

### Diritto soggettivo:

*è il potere di agire di un soggetto a tutela di un proprio interesse interesse riconosciuto dall'ordinamento, nonché la pretesa dello stesso, disciplinata e garantita dal diritto oggettivo, nei confronti di altri soggetti o beni.*

Se il diritto soggettivo attribuisce al soggetto in questione una posizione di vantaggio che questi potrà far valere nei confronti di tutti i soggetti, ci troviamo nell'ambito di un diritto soggettivo assoluto (erga omnes), come per esempio il diritto di proprietà; altrimenti quando offre una posizione di vantaggio solo nei confronti di determinati soggetti, siamo di fronte ad un diritto soggettivo relativo, come per esempio gli stessi diritti di obbligazione.

### L'interesse legittimo :

può essere definito come la pretesa che un atto amministrativo sia legittimo, riconosciuta ad un determinato soggetto che rispetto al potere discrezionale della Pubblica amministrazione, si trova in una posizione particolare, detta posizione legittimante, rispetto alla generalità dei soggetti. L'interesse legittimo è una delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento giuridico.
*Per "interesse legittimo", s'intende quella situazione soggettiva di vantaggio riconosciuta dal legislatore come intimamente connessa ad una norma che garantisce in via primaria l'interesse generale, di modo che quest'ultimo prevalga ove l-amministrazione utilizzi correttamente il suo potere.*
Il diritto soggettivo è invece, una situazione soggettiva di vantaggio riconosciuta automaticamente come degna di tutela sia nei riguardi dei privati che della pubblica amministrazione. La Costituzione del 1948 ne ha riconosciuto la tutela assieme al diritto soggettivo.

In linea di principio la differenza fra diritto soggettivo ed interesse legittimo ha una grande importanza a livello
della difesa giurisdizionale. I diritti soggettivi sono di regola tutelati dalla autorità giudiziaria ordinaria mentre
gli interessi legittimi lo sono davanti gli organi di giustizia amministrativa. Questa distinzione c'è perché storica-
mente fin dai grandi tribunali, nell'ambito dei paesi di Civil Law, a differenza di quelli di Common Law, ritroviamo
una supremazia dello Stato rispetto ai cittadini; supremazia che si manifesta attraverso l'esistenza del diritto amministrativo. Stando così le cose lo Stato si è creato una giustizia del tutto personale.

La Corte di Cassazione per tantissimi anni ha posto il principio che non potessero essere risarcite le lesione degli
interessi legittimi, facendo leva su due punti:
1. sulla distinzione giurisdizionale;
2. sull'interpretazione che se ne faceva sull'articolo 2043.

Secondo quest'ultima, l'ingiustizia del danno poteva derivare soltanto dalla lesione di un diritto

soggettivo.

"*La lesione deve essere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico come diritto soggettivo*".

* Oltre ad essere un danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti.

La sentenza della corte di cassazione non dice affatto che può esserci risarcimento di un mero interesse legittimo
ma dice che quando la violazione di un interesse legittimo comporta la lesione di un interesse al bene della vita
al quale l'interesse legittimo si ricollega, allora c'è comunque lesione di un diritto soggettivo e io posso richiedere
risarcimento del danno davanti al giudice ordinario ai sensi dell'articolo 2043.
L'articolo 2043 è sicuramente un norma sanzionatoria ma può anche essere una norma primaria che oltre a sanzionare la condotta giuridica, pone essa stessa diritti soggettivi.
La Cassazione per 50 anni ha sostenuto che fosse solo una norma sanzionatoria quindi se non c'era un diritto soggettivo previsto da un'altra norma non c'era neanche risarcimento. La sentenza ha rappresentato un cambiamento di rotta prevedendo il risarcimento anche quando venga violato un diritto soggettivo posto dallo stesso articolo 2043.