

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA**

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E  
STUDI INTERNAZIONALI

***Corso di laurea Triennale in DIRITTO DELL'ECONOMIA***



CONSIDERAZIONI SUI “FONDAMENTI” DEL  
DIRITTO EUROPEO

***Relatore: Prof. Franco Silvano Toni di Cigoli***

***Laureanda: Marialetizia Baldo***

matricola N. 1055410

*A.A. 2015/2016*



## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	3
<b>CAPITOLO I</b>	
1. Le definizioni di <i>civil law</i> e <i>common law</i>	5
2. Le differenze del <i>civil law</i> e del <i>common law</i> : tra fonti, concetti e stile	6
3. Il contesto attuale e l'avvicinamento del <i>common law</i> al <i>civil law</i>	13
4. Il caso della <i>Lex Mercatoria</i> : tra <i>civil law</i> e <i>common law</i>	16
5. L'ipotesi posneriana e l'ipotetica superiorità del <i>common law</i> sul <i>civil law</i>	19
6. Il diritto dell'Unione Europea: tra <i>civil law</i> e <i>common law</i>	23
<b>CAPITOLO II</b>	
1. <i>Mixed jurisdiction</i> : definizione e aspetti generali	27
2. Esempi storici rilevanti di <i>mixed jurisdiction</i>	29
3. Il mito di " <i>pure law</i> "	39
4. Le giurisdizioni miste come modello e archetipo	41
<b>CAPITOLO III</b>	
1. L'Unione europea tra giurisdizione mista sovranazionale e diritto privato europeo	45
2. L'importante influenza della Scozia sull'Unione Europea	47
3. L'esperienza dei sistemi misti assiste l'armonizzazione europea	52
4. Come può un sistema misto adottare regole adeguate	55
5. Come mantenere la legge di un sistema misto coerente	56
6. Come garantire una continua ispirazione comparativa	59

**CONCLUSIONE**

63

**BIBLIOGRAFIA**

67

## INTRODUZIONE

In questo lavoro verrà analizzata la posizione giuridica dell'Unione europea avvalendosi dei contributi e degli elaborati di molti giuristi, i quali si interrogano sulla possibilità di considerare l'UE come una giurisdizione mista.

Partendo dal presupposto che una giurisdizione mista può essere definita come il frutto di un incontro tra due o più tradizioni giuridiche diverse, le quali, in seguito ad un lungo processo d'integrazione arrivano a fondersi, verranno analizzati gli elementi che guidano l'Unione Europea in questo processo di trasformazione in un sistema misto.

Tali elementi sono il diritto di *civil law* e il diritto di *common law*. Il primo è un modello di ordinamento giuridico discendente dal diritto romano e oggi predominante a livello mondiale; il secondo, nato in terra anglosassone, si distingue dalla legge scritta per il fatto di basarsi sul diritto consuetudinario.

Verrà considerato l'approccio con il quale tali tradizioni giuridiche si pongono nei contesti dottrinali, giurisdizionali e legali, e, allo stesso tempo, verrà illustrata la tendenza dei due sistemi ad avvicinarsi, in seguito ad una crescente globalizzazione dell'economia mondiale e a una maggiore cooperazione tra Stati. Questo avvicinamento contribuisce a evidenziare come l'Unione Europea stia vivendo una fase di trasformazione che la porterà ad affermarsi come una giurisdizione mista. Riportando il *focus* nei soggetti che si sono identificati come giurisdizioni miste è utile rivedere le varie definizioni e classificazioni di *mixed jurisdiction* enunciate da diversi autori, in tempi diversi, arrivando a sottolineare i punti in comune e le varie divergenze. La particolarità delle giurisdizioni miste, ossia di essere soggetti di diritto presenti da sempre, porta a elencare celebri esempi, quali l'Impero Romano, l'Impero Ottomano, il Québec, la Louisiana, il Giappone e la

Scozia, i quali saranno utili a semplificare e inquadrare la posizione dell'Unione Europea.

Questa facilitazione troverà inoltre un proseguimento nell'esposizione del pensiero di diversi autori, schierati contro l'esistenza del mito di *pure law*: non solo le tradizioni giuridiche (*common law*, *civil law*, diritto religioso, eccetera), a causa dei costanti contatti tra di esse, non vanno più considerate come "leggi pure" ma, proprio a causa delle varie contaminazioni, possono essere inquadrare come dei piccoli sistemi misti, rendendo così più semplice la catalogazione dell'Unione Europea come giurisdizione mista.

Inoltre verrà spiegato il principale vantaggio delle giurisdizioni miste, che ovviamente potrà - o sta - caratterizzando l'UE, ossia la peculiarità di essere un "laboratorio legale" in grado di dotarsi delle parti e degli elementi più vantaggiosi delle altre tradizioni giuridiche. Infine, nel caso pratico dell'Unione Europea, verrà spiegato come essa, per facilitare e accelerare la propria trasformazione in giurisdizione mista, deve avvalersi dell'esperienza di altri sistemi misti in particolare nella scelta di regole adeguate, nel mantenimento di una certa coerenza legale e nella prosecuzione dell'ispirazione comparativa con altri soggetti legali.

## CAPITOLO I

### 1. Le definizioni di *Civil law* e *Common law*

È opportuno, come primo punto, definire gli elementi da cui derivano e da cui si compongono i sistemi e le giurisdizioni miste.

Il *civil law* può essere definito come quella tradizione giuridica che trova la propria origine nel diritto romano, attraverso il processo di codificazione concretizzatosi con la creazione del *Corpus Iuris Civilis*<sup>1</sup> di Giustiniano, il quale inizialmente si sviluppò in Europa continentale e, in seguito, in tutto il mondo.

Il *civil law* viene suddiviso in due correnti: il diritto romano codificato (come si nota nel Codice civile francese del 1804 e nelle sue progenie – è il caso di Europa continentale, Québec e Louisiana); e il diritto romano non codificato (come si denota in Scozia e Sud Africa). Il *civil law* è altamente strutturato e sistematico e si basa su dichiarazioni di principi generali ampi, ignorando spesso i casi in dettaglio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il *Corpus Iuris Civilis* è il nome dato al codice, composto da quattro parti, di diritto romano redatto tra il 528 e il 534 d.C. su commissione dell'imperatore Giustiniano. L'opera include: il *Codex* (un insieme di decreti imperiali romani emessi prima dell'incoronazione di Giustiniano e ancora in vigore, disposti in maniera sistematica in base alla materia trattata); il *Digesto* (contenente frammenti di opere dei più noti giuristi romani dell'età classica, quali Ulpiano, Paolo e Papiniano); le *Institutiones* (opera didattica destinata a coloro che studiano il diritto sul modello delle Istituzioni di Gaio); e le *Novelle Constitutiones* (costituzioni emanate da Giustiniano, dopo la pubblicazione del *Codex*, fino alla sua morte).

<sup>2</sup> Il *Private Law Dictionary*, alle note 14-62, definisce come "*civil law*" la legge la cui origine e ispirazione sono in gran parte disegnate dal diritto romano. Tale concetto trova una prosecuzione nella tesi espressa da P. A. Crépeau - in "Foreword" to the Report on the Québec Civil Code, vol. 1, (1978) - il quale afferma che il *civil law* non è semplicemente un insieme di regole tratte dal diritto romano, dal diritto ecclesiastico o da quello consuetudinario, tramandatoci in una forma solidificata; il *civil law*, invece, si basa essenzialmente su un proprio "stile": si tratta di una particolare modalità di concezione, di espressione e di applicazione della legge, e trascende le politiche legislative che cambiano nei tempi e nei vari periodi della storia di un popolo.

Il *common law* è la tradizione giuridica sviluppatasi in Inghilterra a partire dal XI secolo. Esso trova i propri fondamenti, in maggior misura, nelle decisioni giuridiche riportate di solito dalle giurisdizioni superiori, in relazione a situazioni di fatto specifiche e derivanti da controversie che le corti sono chiamate a giudicare.

Il *common law*, strutturalmente parlando è di solito molto più dettagliato rispetto al *civil law*. Esso è alla base del diritto privato, non solo in l'Inghilterra, Galles e l'Irlanda, ma anche in quarantanove stati americani, nove province canadesi e nella maggior parte dei paesi che furono colonie dell'impero britannico. Oltre all'Inghilterra e alle sue ex colonie, alcuni sistemi giuridici sono stati convertiti alla tradizione di *common law*: la Guyana, la Zona del Canale di Panama, la Florida, la California, il New Mexico, l'Arizona, il Texas e altri vecchi possedimenti spagnoli<sup>3</sup>.

## **2. Le differenze del *civil law* e del *common law*: tra fonti, concetti e stile**

Le tradizioni legali di *common law* e *civil law* condividono obiettivi sociali simili (individualismo, liberalismo e diritti personali) e, di fatto, a causa di questa somiglianza funzionale sono unite in un'unica famiglia: la famiglia legale occidentale<sup>4</sup>.

Mentre sussistono molte questioni giuridiche trattate allo stesso modo sia dal *civil law* che dal *common law*, rimangono anche, tra i due sistemi

---

<sup>3</sup> Si veda David R., Brierley J.E.C., (1985), *Major Legal Systems in the World Today*, 3 Ed., Stevens & Sons, London, parr. 56-76.

Nell'opera vengono analizzate le caratteristiche generali che si trovano alla base dello sviluppo dei quattro principali sistemi giuridici del mondo: il *civil law*, il *common law*, la legge socialista (principalmente Sovietica), e quelle basate sulla religione o sui principi filosofici (musulmani, indù, cinese, giapponese, e africano). Inoltre il libro presenta una visione totale del fondamento storico, delle fonti e della struttura della legge in ogni sistema, fornendo approfondimenti unici su ogni "famiglia legale".

<sup>4</sup> *Ibid.* pp. 25-26.



giuridici, differenze significative relative alla struttura giuridica, alla classificazione, ai concetti fondamentali e alla terminologia.

Di seguito verranno analizzati i punti divergenti delle due tradizioni legali occidentali<sup>5</sup>, esaminando l'ordine di proprietà tra giurisprudenza e dottrina, la funzione e lo stile della dottrina, la funzione e lo stile della giurisprudenza, il criterio dello *Stare decisis*, le funzioni degli statuti, lo stile di stesura e l'interpretazione delle leggi, la nomina dei giudici, le conseguenze dell'evoluzione del diritto, il concetto di norma giuridica, i contratti a favore di terzi e le limitazioni degli effetti contrattuali, il *forum non conveniens* e l'arbitrato.

Una delle principali differenze tra il *civil law* e il *common law* consiste nella priorità che il *civil law* attribuisce alla dottrina (comprese le relazioni dei codificatori) rispetto alla giurisprudenza. Nella tradizione di *common law* avviene l'esatto contrario. Questa differenza di preminenza può essere illustrata in entrambe le tradizioni mediante il ruolo del legislatore: il *civil law* adotta la teoria della separazione dei poteri di Montesquieu, secondo la quale la funzione del legislatore è quella di legiferare mentre il ruolo dei tribunali è quello di applicare la legge. Nel *common law*, invece, il nucleo della legge si trova proprio nel precedente giurisprudenziale.

Dal punto di vista della funzione della dottrina, nel diritto di *civil law*, come spiega il giurista Brierley, la dottrina ha il compito di estrarre, da una massa disorganizzata (casi, libri e dizionari legali), le regole e i principi per chiarire ed eliminare gli elementi impuri, fornendo ai tribunali una guida per la soluzione di casi futuri particolari<sup>6</sup>. La funzione della dottrina di *common law* è più modesta: gli autori sono incoraggiati a distinguere i vari casi ed estrarre da questi delle norme specifiche.

---

<sup>5</sup> Utile è qui il rinvio a Tetley W., (1999), "Mixed jurisdictions: *common law vs civil law* (codified and uncoded)", in *Uniform Law Review*, n.4, pp. 877-905.

<sup>6</sup> Si veda David R., Brierley J.E.C., *op. cit.* p.94.

Esaminando lo stile della dottrina delle due tradizioni giuridiche è possibile constatare che l'autore di *common law* si concentra su modelli reali analizzando i casi che presentano fatti simili ma non identici, estraendo principi specifici e determinando, mediante un procedimento di deduzione, il campo applicativo - seppur spesso molto ristretto - di ogni regola. Talvolta, inoltre, può arrivare a proporre nuovi dettami per coprire fatti che non si sono ancora verificati. L'autore di *civil law* si concentra principalmente sui principi giuridici, ripercorrendo la loro storia, identificando la loro funzione, determinando il loro dominio di applicazione e spiegando i loro effetti in termini di diritti e obblighi. In questa fase gli effetti generali ed eccezionali sono dedotti.

Facendo riferimento alla funzione della giurisprudenza, nel diritto di *common law* essa stabilisce nuove regole specifiche per determinati nuovi fatti, fornendo la principale fonte di legge. La giurisprudenza di *civil law*, invece, si occupa esclusivamente di applicare i principi generali, tradizionalmente non generando diritto.

Nella dottrina inglese è previsto il criterio dello *stare decisis*, il quale costringe le corti inferiori a seguire le decisioni pronunciate dalle giurisdizioni superiori, stabilendo un ordine prioritario delle fonti da "ragione di autorità". Lo *stare decisis* è un criterio sconosciuto al diritto di *civil law*, nel quale le sentenze pronunciate dai giudici possono solo attenersi alla legge dei codici nazionali e agli statuti, appellandosi alla dottrina per avere una guida interpretativa di tali norme.

Dal punto di vista dello stile della giurisprudenza, le sentenze di *civil law* sono caratterizzate da uno stile più formale rispetto a quelle di *common law*. Esse sono infatti più concise delle decisioni di *common law*, e sono separate in due parti - i motivi e la disposizione. Anche il metodo di scrittura è diverso: le sentenze di *common law* espongono ampiamente i fatti, confrontandoli o distinguendoli dai casi precedenti, e decidendo – qualora non si arrivi a creare un nuovo precedente - la regola giuridica specifica da porsi in atto. Le decisioni della tradizione di *civil law* identificano prima i principi giuridici

che potrebbero essere rilevanti, poi verificano che i fatti possano supportare l'applicazione di tali principi.

Esaminando le funzioni degli statuti di ambedue le tradizioni giuridiche si rileva che, anche se gli statuti hanno la stessa preminenza in entrambe le tradizioni giuridiche, essi differiscono nelle loro funzioni. I codici di *civil law* forniscono il nucleo della legge: i principi generali sono sistematicamente ed esaustivamente esposti nei codici<sup>7</sup> e vengono completati dagli statuti, segue infine la giurisprudenza. Gli statuti di *common law*, invece, completano il *case law*<sup>8</sup>, il quale contiene il nucleo della legge espressa attraverso regole applicate a fatti specifici.

Per quanto riguarda lo stile di stesura delle leggi, i codici di *civil law* e gli statuti sono stilisticamente concisi, mentre quelli di *common law* sono precisi<sup>9</sup>. Negli statuti di *civil law* infatti non vengono fornite definizioni e principi; negli statuti di *common law*, d'altra parte, vengono riportate definizioni dettagliate, ogni regola specifica enuncia lunghi elenchi di applicazioni o specifiche eccezioni. Questa differenza di stile tra le due tradizioni è collegata alla funzione dello statuto: i principi generali di *civil law* non devono essere spiegati, proprio perché, non essendo eccezioni, non vengono letti in modo restrittivo ma devono essere indicati in modo conciso - in quanto il codice è già di per sé esaustivo. Le disposizioni di legge di *common law* non devono essere concise perché coprono solo la parte specifica della legge che deve essere riformata; esse devono essere precise poiché i tribunali stabiliscono che le norme sono destinate a

---

<sup>7</sup> Questo concetto è ben evidente nel Codice Civile francese, il quale all'art. 5 afferma che i giudici hanno il divieto di enunciare principi generali nei casi verificatesi antecedentemente.

<sup>8</sup> È la fonte primaria di diritto degli ordinamenti di *common law*, costituita dall'insieme delle regole e dei principi enunciati dalle decisioni giudiziarie, che inseriscono l'ordinamento inglese nell'ambito dei sistemi di diritto giurisprudenziale.

<sup>9</sup> Montesquieu, nel suo celebre "Lo spirito delle leggi" (Libro XIX, Cap.16), in materia di composizioni delle leggi, ammonisce il lettore affermando che lo stile dovrebbe essere conciso.

regolare solo i fatti specifici corrispondenti. Quegli stili possono essere trovati nelle Convenzioni Internazionali: le "Regole di Amburgo<sup>10</sup>" sono state elaborate seguendo lo stile di *civil law*; le "Regole dell'Aia<sup>11</sup>", invece, sono state redatte in conformità con lo stile di *common law*.

È presente, inoltre, una diversa interpretazione delle leggi. Nelle giurisdizioni di *civil law* il primo passo per interpretare una legge ambigua, secondo il giurista Mazeaud<sup>12</sup>, è quello di scoprire l'intenzione del legislatore, esaminando la normativa nel suo complesso, includendo i "lavori preparatori", nonché le disposizioni più vicine alla regola presa in analisi<sup>13</sup>. Nelle giurisdizioni di *common law*, invece, gli statuti devono essere oggettivamente costruiti secondo determinate regole che ne garantiscono l'efficienza e tali disposizioni speciali controllano le disposizioni generali. Due motivazioni possono essere avanzate per spiegare questa differenza d'interpretazione. In primo luogo, gli statuti di *common law* devono essere letti confrontandoli con un *case law*; mentre i codici di *civil law* e gli statuti sono la fonte primaria di diritto, secondo la teoria di Montesquieu. In secondo luogo, i giudici di *civil law* sono influenzati dalla teoria di Rousseau secondo la quale lo Stato è la fonte di tutti i diritti derivanti dal contratto

---

<sup>10</sup> Convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto delle merci via mare, adottata ad Amburgo il 31 marzo 1978 e in vigore il 1 novembre 1992, comunemente nota come le "Regole di Amburgo".

<sup>11</sup> Convenzione internazionale su l'unificazione di alcune regole in materia di polizza di carico, adottata a Bruxelles, il 25 agosto 1924, comunemente nota come le "Regole dell'Aja".

<sup>12</sup> Si faccia riferimento a Mazeaud H., (1996), "Leçons de Droit Civil", in F. Chabas (edited by.), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, pp.110-172.

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, l'art 12, delle Preleggi del Codice Civile italiano, che prevede: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

sociale, mentre i giudici inglesi favoriscono la teoria di Hobbes che afferma che il singolo individuo ha accettato di cedere allo Stato solo alcuni diritti<sup>14</sup>.

Dal punto di vista della nomina dei giudici, nel diritto di *common law*, essi sono chiamati a svolgere un ruolo importante nel decidere ciò che è da considerarsi legge, sono nominati tra gli avvocati che esercitano con esperienza la propria professione. I giudici di *civil law*, la cui funzione principale è giudicare, vengono scelti in seguito ad appositi percorsi formativi.

Analizzando l'evoluzione delle due tradizioni giuridiche, e le relative conseguenze, è possibile notare che i principi di *civil law*, cristallizzati in codici e spesso dalla stessa dottrina, sono imposti dai giudici, viceversa molte norme di *common law* possono essere modificate di volta in volta, sottostando al criterio dello *stare decisis*. Da un lato il diritto di *common law* può indirizzare la realtà in modo più tempestivo, ad esempio con il vincolo di salvataggio e il pegno del riparatore; d'altra parte i giudici di *common law* sono a volte riluttanti a modificare una regola, se le conseguenze di tale modifica non risultino chiare<sup>15</sup>. Più propense alla riforma sono le giurisdizioni di *civil law*, le quali hanno talvolta effettuato grandi cambiamenti legali.

Inerentemente al concetto di norma giuridica, è possibile affermare che le regole legali di *common law* sono state enunciate per arrivare a decretare una decisione giudiziale; le norme di *civil law* invece non vanno considerate come semplici regole per arrivare alla soluzione di un caso concreto. Di conseguenza i sistemi di *civil law* sono "chiusi" nel senso che ogni situazione possibile è governata da un numero limitato di principi generali; mentre i sistemi di *common law* sono "aperti" nel senso che le nuove regole possono essere create o importate per il nuovo fatto verificatosi. Nella sfera

---

<sup>14</sup> Le teorie di Rousseau e Hobbes sono paragonate dal giurista e storico Yves Guchet. A proposito si veda Guchet Y., (1992), "La pensée politique", Paris, Armand Colin.

<sup>15</sup> Si rinvia a David R., Brierley J.E.C., (1985), "Major Legal Systems in the World Today", 3 Ed., Londra, Stevens & Sons.

del diritto privato, ad esempio, il *civil law* è caratterizzato da una quantità di norme maggiori rispetto al *common law*, in cui le regole possono essere evitate per contratto. Il *civil law* quindi ha dettami suppletivi e le parti sono ritenute essere a conoscenza di tali prescrizioni, mentre le regole di *common law* sono legate alla volontà delle parti ossia risultano rilevanti quando si manifestano i fatti.

Analizzando la materia dei contratti a favore di terzi e le limitazioni degli effetti contrattuali, si evince che nel *civil law* le parti di un contratto possono convenire che i diritti contrattuali hanno la facoltà di essere trasferiti a terzi (*stipulatio alteri*), in modo che il terzo acquisti il diritto di richiedere direttamente le prestazioni previste dal contratto. Inoltre qualora il terzo rifiuti il diritto acquisito in base al contratto, esso si considererà non acquisito. Il *common law*, viceversa, non riconosce i contratti a favore di terzi: si applica invece la dottrina del rapporto contrattuale, la quale prevede disposizioni a favore di terzi. Secondo questa dottrina, un contratto non può imporre obblighi o conferire i diritti delle parti contraenti ad altri soggetti. Negli ultimi decenni questa dottrina ha causato numerosi problemi e si è dimostrata scomoda per la pratica commerciale; come conseguenza, i contratti a beneficio di terzi sono stati adottati in molti paesi di *common law*.

Sussiste una differenza tra le due tradizioni giuridiche anche nel campo di specifici principi, è il caso del *forum non conveniens*. Tale concetto, appartenente alla sfera di *common law*, prevede che un giudice nazionale può declinare la propria competenza nel caso in cui un altro giudice, ugualmente capace e operante in un altro Stato, formuli oggettivamente la risoluzione più adeguata per risolvere la controversia, tenendo in considerazione gli interessi delle parti coinvolte. Tale concetto è stato accettato dai giudici di *common law* per attenuare l'assenza di norme di competenza internazionale. Questo principio non è presente nei tribunali di *civil law*, tuttavia è stato usato da molte giurisdizioni miste: la Scozia adottò per prima tale concetto e successivamente venne accolto anche dal Québec e dalla Louisiana.

Infine, per la tematica dell'arbitrato, i sistemi di *common law*, in materia di commercio internazionale, sono caratterizzati dalla clausola *ex aequo et bono*, secondo la quale l'arbitro ha la facoltà di disapplicare le norme esistenti e di risolvere la controversia secondo la propria coscienza, attenendosi all'equità piuttosto che allo stretto diritto. Nei sistemi di *civil law*, invece, essendo impostati sulla norma astratta, il supposto giudizio secondo equità viene generalmente ammesso in casi inderogabilmente previsti *ex lege* e in via prettamente residuale.

### **3. Il contesto attuale e l'avvicinamento del *common law* al *civil law***

Durante il periodo della codificazione nazionale si sono formati molti sistemi giuridici divergenti, i quali si sono rivelati un ostacolo per l'integrazione economica mondiale.

Dalla fine del XIX e l'inizio del XX secolo è iniziato un processo di unificazione e armonizzazione del diritto, in particolare nei settori del diritto privato e del diritto pubblico internazionale. La crescente globalizzazione dell'economia mondiale, sulla base di una maggiore integrazione, e la cooperazione tra gli Stati ha imposto la necessità di una certezza e unificazione del diritto tale che un eventuale contenzioso potrebbe essere risolto nel medesimo modo, indipendentemente da una decisione presa da un giudice o da ciò che stabilisce una legge. Questo processo ha contribuito a ridurre le differenze tra i vari sistemi giuridici e ha avviato un avvicinamento tra gli ordinamenti di *civil law* e *common law*<sup>16</sup>. Ad esempio possiamo notare come la forza vincolante dei precedenti, principale caratteristica distintiva del *common law*, non sia più così estranea alla tradizione di *civil law*. Infatti, in alcuni paesi di *civil law*,

---

<sup>16</sup> L'influenza reciproca e la contaminazione degli elementi di *civil law* con quelli di *common law* ha creato sistemi giuridici misti in varie parti del mondo, come la Scozia, Sud Africa, Québec, Louisiana, Porto Rico, Sri Lanka.

l'influenza della giurisprudenza<sup>17</sup> è maggiore rispetto al passato e le decisioni prese dalle Corti Superiori sono seguite dai tribunali di grado inferiore.

D'altra parte, nei paesi di *common law*, la rigidità della dottrina dello *stare decisis* è stata ammorbidita da una serie di cambiamenti, primo tra tutti il *Practice Statement* della Camera dei Lord che ha dichiarato i propri precedenti come non più formalmente vincolanti<sup>18</sup>. In altre parole nel *civil law* contemporaneo il ruolo dei giudici, nella creazione del diritto, è sempre più importante e la differenza tra i tribunali di *civil law* e di *common law* tende a scomparire (o almeno a ridursi). La presenza o l'assenza della dottrina dello *stare decisis* non ha più importanza fondamentale e ci si può aspettare che le differenze tra il *common law* e il *civil law* diminuiranno nel tempo. D'altro canto le grandi materie di *common law* sono regolate da leggi e da codici e, questa proliferazione di leggi e statuti nei sistemi di *common law*, è sottoposta al potere di interpretazione del giudice. I moderni tribunali di *common law* tendono a dare maggior peso al problema della risolvibilità del caso concreto piuttosto che nel fornire una guida per il futuro<sup>19</sup>, mediante

---

<sup>17</sup> È qui utile rinviare a MacCormick D.N., Summers R.S, (1997), "Interpreting Precedents: A Comparative Study", Dartmouth Publishing Co Ltd. In questo libro viene segnalata una crescente importanza del precedente nel diritto di *civil law*. Ad esempio, secondo i giornalisti R. Alexy e R. Dreier, in "Precedent in the Federal Republic of Germany", tra il 97% e il 99% delle decisioni giudiziarie in Germania fanno riferimento al precedente; mentre in Francia gli avvocati hanno aperto un ampio dibattito sull'utilità dei precedenti (M. Troper & C. Grzegorzczuk "Precedent in France").

<sup>18</sup> C'è una differenza nel modo in cui la dottrina dello *stare decisis* viene applicata dai giudici americani e inglesi. Negli Stati Uniti, secondo questa dottrina, un tribunale di grado inferiore è tenuto a seguire la decisione di un tribunale superiore nella stessa giurisdizione. In Inghilterra la regola precedente, secondo quale i giudici erano vincolati ai casi precedenti per la risoluzione delle controversie, è stata invertita dalla Camera dei Lord (*Practice Statement*), che ha annunciato l'intenzione di appellarsi a una precedente decisione solo quando sussiste il diritto di farlo.

<sup>19</sup> Si veda Atiyah P. S., (1978), *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, Oxford, Oxford University Press, pg.1250.



l'elaborazione di soluzioni per i casi pratici. Questa tendenza rende il ruolo dei tribunali di *common law* simile al ruolo dei tribunali di *civil law*.

Un passo importante per garantire l'armonia tra *civil law* e *common law* si è effettuato attraverso l'adozione di trattati internazionali, convenzioni e regole uniformi che contengono elementi di entrambe le tradizioni giuridiche. Un esempio è la Convenzione di Vienna, stipulata nel 1980 in materia di vendite, la quale è stata introdotta sia nei paesi di *civil law* che in quelli di *common law*<sup>20</sup>.

Un altro tentativo di colmare le differenze tra le due tradizioni giuridiche si è verificato con l'introduzione dei principi UNIDROIT, che regolano i contratti commerciali internazionali<sup>21</sup>.

A differenza della Convenzione di Vienna, i principi UNIDROIT non sono destinati a diventare legge vincolante ma hanno lo scopo di servire come modello per i legislatori nazionali, i tribunali e gli arbitri. Si pongono quindi come guida nella fase di interpretazione del diritto uniforme esistente e nella risoluzione delle controversie in materia di commercio internazionale. È bene ricordare che sia la Convenzione di Vienna che i principi UNIDROIT contengono alcune disposizioni identiche volutamente composte per tentare di conciliare le differenze tra il *civil law* e il *common law*<sup>22</sup>. Altro esempio di mediazione tra le due tradizioni giuridiche sono i 2000

---

<sup>20</sup> Si faccia riferimento a Honnold J.O., (1999), "Uniform Law for International Sales", The Hague, Kluwer Law International, pp. 90-103.

Schlechtriem P., (1998), "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)", Oxford, Clarendon Press, pp. 18-21.

<sup>21</sup> Sui Principi UNIDROIT si veda, per esempio, "UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?", ICC Publishing SA, 1995.

<sup>22</sup> Ad esempio, l'articolo 16 della Convenzione di Vienna e l'articolo 2.1.4 dei Principi UNIDROIT enunciano entrambi: "Fin tanto che il contratto non è stato concluso, un'offerta può essere ritirata, se la revoca perviene al destinatario prima che questi abbia fatto pervenire un'accettazione. Tuttavia, un'offerta non può essere revocata: a) se indica, fissando un termine determinato per l'accettazione o in altro modo, che essa è irrevocabile; o b) se era ragionevole per il destinatario considerare l'offerta come irrevocabile e se egli ha agito di conseguenza." (art 16. – art. 2.1.4). Bisogna notare che la prima eccezione si basa sul diritto di *civil law*, mentre la seconda sul diritto di *common law*.

INCOTERMS, ossia un insieme di norme che regola in modo uniforme il campo delle importazioni ed esportazioni, evitando così gli inconvenienti che potrebbero derivare dalle differenze tra il diritto di *civil law* e il diritto di *common law*.

Infine, ulteriori esempi si hanno nel campo dei pagamenti internazionali, dei trasporti internazionali di merci e nell'arbitrato commerciale internazionale.

#### **4. Il caso della *Lex Mercatoria*: tra *civil law* e *common law***

La *Lex Mercatoria* può essere definita come un complesso di norme e principi di tipo consuetudinario, che videro il proprio sviluppo autonomo per merito dell'azione di soggetti appartenenti a specificati settori commerciali (come ad esempio il settore del credito, delle assicurazioni, degli spostamenti di merci o di persone, e attualmente delle transazioni informatiche), diretto a disciplinare i rapporti contrattuali ed extracontrattuali di natura internazionale.

È in altre parole il risultato di un "diritto spontaneo" sviluppatosi tra soggetti attivi in determinate aree economiche e avente come finalità l'indicazione di dettami inequivocabili utili a eludere controversie legali, o, comunque, a favorirne la risoluzione nell'ipotesi in cui tali controversie siano apparse, in ambiti internazionali (aerei piuttosto che marittimi, ad esempio), in modo tale da scongiurare l'intervento del diritto internazionale privato, appartenente agli stati interessati, o tramite i trattati convenzionali, che potrebbero condurre a problemi di coordinamento in fase di risoluzione della controversia (per opera del giudice o dell'arbitro).

La *Lex Mercatoria* nacque nel nono secolo e racchiudeva la *Lex Maritima*, un sistema di consuetudini di diritto privato marittimo. Nel corso del tempo, i vari principi della *Lex Maritima* vennero trascritti in codificazioni primitive, quali ad esempio le *Regolamenti d'Oléron*", applicate in Europa settentrionale e occidentale; il Consolato del Mare, che regolò gli affari marittimi del Mediterraneo a partire dalla fine del '300; e le Leggi di Wisby, che disciplinavano i commerci sul Baltico.

La *Lex Mercatoria* quindi costituì un sistema giuridico, con proprie regole e istituzioni, che si basava su principi codificati nel modo della tradizione di *civil law*, i quali tuttavia si diramarono facilmente anche nei paesi di *common law*.

Molti principi, come l'abbandono di limitazione di responsabilità, la colpa proporzionale in collisioni marine, la manutenzione degli armatori, i diritti dei malati e dei marinai feriti, il principio d'assistenza civile in diritto di salvataggio moderno, l'assicurazione marittima e l'applicazione di equità, sono ancora oggi tra gli esempi di diritto marittimo sostanziale.

Inoltre va citata la cosiddetta nuova *Lex Mercatoria* che molti studiosi ritengono stia gradualmente cominciando a prendere forma nel commercio internazionale.

L'influenza della nuova *Lex Mercatoria*, in materia dei trasporti, può essere osservata nell'uso di una moltitudine di contratti di adesione, in particolare in contratti di noleggio e in alcuni documenti normativi spesso incorporati come riferimento nel trasporto di merci via mare.

Uno dei settori in cui la crescita della moderna *Lex Mercatoria* è più visibile è nell'arbitrato commerciale internazionale. Di anno in anno vi è un volume sempre crescente di lodi arbitrali riportati (in particolare nelle giurisdizioni di *civil law*, così come negli Stati Uniti) e gli arbitri tendono sempre più a fare riferimento ai compensi resi in precedenti casi simili, in tal modo a poco a poco si sta assistendo ad uno sviluppo di un sistema del precedente arbitrale. L'arbitrato commerciale internazionale trova inoltre un appoggio da parte di importanti convenzioni internazionali, come la Convenzione di New York del 1958 e gli UNCITRAL del 1985.

Questo ultimo strumento offre un quadro legislativo completo per l'arbitrato commerciale internazionale, comprendendo norme sostanziali e procedurali e tale legislazione, basata sulla Legge Modello, è ora pienamente operativa in quelle giurisdizioni ampiamente divergenti quali: Australia, Bulgaria, Canada (a livello federale e in tutte le province e territori), Cipro, Hong Kong, Nigeria, Perù, Scozia e Tunisia, così come in molti stati degli USA.

Tuttavia l'esistenza di una moderna *Lex Mercatoria* rimane una questione controversa, soprattutto nei paesi di *common law*, in cui alcuni critici negano che possano esistere norme transnazionali con forza giuridica indipendente in grado di influenzare la materia contrattuale, le leggi nazionali o le convenzioni internazionali. Il dibattito di per sé ci porta di nuovo a riflettere sul divario tra *common law* e *civil law*.

Un importante passo avanti nello sviluppo di una moderna *Lex Mercatoria* è stato compiuto nel 1994, quando il Consiglio direttivo dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), a Roma, ha adottato i "Principi dei contratti commerciali internazionali".

Questo documento è il frutto di circa quattordici anni di lavoro da parte di un gruppo composto da alcuni degli specialisti più rispettati in campo del diritto dei contratti e del diritto del commercio internazionale di *civil law*, di *common law* e dei sistemi giuridici socialisti in diversi paesi del mondo; essi infatti hanno tenuto conto sia del *common law* che delle codificazioni di *civil law*. I Principi UNIDROIT prevedono alcuni dei concetti fondamentali alla base dei contratti commerciali internazionali nel mondo moderno; il loro scopo è chiaramente esposto all'inizio del testo:

"I presenti Principi enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali. I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato. I Principi possono applicarsi quando le parti abbiano convenuto che il loro contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "*Lex Mercatoria*" o simili. I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione e

l'integrazione del diritto nazionale applicabile. I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali."<sup>23</sup>

Di conseguenza, i principi costituiscono più di una semplice lista di controllo o di guida per i soggetti in fase di conclusione di accordi commerciali transfrontalieri. Essi sono autonomi nel carattere, nel senso che autorizzano la risoluzione di questioni che non sono rivolte specificamente per essere risolte pacificamente mediante i principi tradizionali.

Alcune di queste regole sono obbligatorie e non possono essere modificate, in particolare le norme di buona fede e di correttezza previsto dall'articolo 1.7.2.

Inoltre - questione ancora più importante - i principi possono essere applicati, come costituenti della *Lex Mercatoria*, quando le parti del contratto ritengano che tali regole debbano essere applicate, dando così maggiore credibilità all'esistenza della nuova *Lex Mercatoria*.

Infine è estremamente significativo che i principi non solo possono essere, ma vengono applicati come modelli per i legislatori nazionali e internazionali nella redazione di una nuova legislazione sui contratti commerciali.

Tra le ragioni della rapida accettazione dei Principi UNIDROIT vi è la loro accessibilità, essendo stati tradotti in molte lingue; inoltre rappresentano un consenso di moltissimi specialisti provenienti da tutti i principali sistemi giuridici, rendendo la *Lex Mercatoria* definitiva e dimostrabile.

## **5. L'ipotesi posneriana e l'ipotetica superiorità del *common law* sul *civil law***

Alcuni giuristi hanno sottolineato la superiorità del sistema di *common law* rispetto al sistema di *civil law*<sup>24</sup>, sostenendo in particolare che le istituzioni

---

<sup>23</sup> Si veda: Principi UNIDROIT (2004) <http://www.unidroit.org/italian/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-i.pdf>

<sup>24</sup> È qui utile rinviare a La Porta R., Lopez-De-Silanes F., Shleifer A. & Vishny R.W., (1998), "Law and Finance", in *Journal of Political Economy*, n. 106, pp. 1113-1155.

giuridiche di *common law* siano dominanti, durante il processo di crescita economica, rispetto a quelle di *civil law*. Tale argomentazione è divisa in due punti: in primo luogo il diritto di *common law* prevede istituzioni più adeguate per i mercati finanziari e per le transazioni commerciali<sup>25</sup>; in secondo luogo il *civil law* presuppone un maggiore ruolo di intervento statale, il quale sarebbe dannoso sia per la libertà economica che per un mercato efficiente<sup>26</sup>. Questa linea di pensiero, che prevede la presunta superiorità del *common law*, è stata associata all'ipotesi Posneriana sull'efficienza del *common law*. Il giudice Posner introdusse questa tesi controversa nella prima edizione del suo libro<sup>27</sup>, affermando che il *common law* conteneva una logica economica implicita. A suo avviso, le dottrine di *common law* prevedono un sistema consistente di incentivi che inducono un comportamento efficiente, non solo nei mercati classici, ma in tutti i contesti sociali (i cosiddetti mercati impliciti); per esempio, il *common law* riduce i costi di transazione per favorire le operazioni di mercato, quando esse risultano appropriate.

Tuttavia, anche se il diritto di *common law* è efficiente nel senso di Posner, sussistono ipotesi che inducono a pensare che il *civil law* non sia meno favorevole alla crescita economica. Il professor Garoupa<sup>28</sup>, a proposito, sostiene che, a seguito delle variazioni significative all'interno del mondo di

---

<sup>25</sup> Si veda La Porta R., Lopez-De-Silanes F., Shleifer A., (2008), "The Economic Consequences of Legal Origins", in *Journal of Economic Literature*, n. 46(2), pp. 285-332.

<sup>26</sup> Si rinvia a Mahoney P.G., (2001), "The Common law and Economic Growth: Hayek Might Be Right", in *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, n. 30, p. 503.

<sup>27</sup> Per approfondire si veda Posner R.A., (1973), *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company. In tale opera Posner afferma che il metodo del diritto di common law si basa sul coordinare le parti, impegnate in attività interagenti, in modo tale da massimizzare il valore raggiunto o minimizzare il costo del valore raggiunto dalle attività stesse.

<sup>28</sup> Si veda Garoupa N. & Ligüerre C.G., (2011), "The Syndrome of the Efficiency of the Common law", in *Boston University International Law Journal*, n. 29, pp. 287-293.

*common law*, non è chiaro ciò che si intende per progresso di esito efficiente; inoltre si discosta dalla teoria sopracitata, facendo notare che il sistema di *common law* non rappresenta la soluzione comune più adatta per le varie realtà istituzionali. Egli spiega che i sistemi giuridici non sono distribuiti nel globo in modo casuale: la maggior parte delle giurisdizioni eredita il proprio ordinamento da un invasore, da un occupante, o da un potere coloniale<sup>29</sup>. Pochi paesi hanno effettivamente scelto il proprio ordinamento giuridico come risultato di un dibattito consapevole, ciò è avvenuto nel caso del Giappone, della Thailandia e dell'Impero Ottomano - paesi che entro la fine del XIX secolo preferirono il *civil law* rispetto alle altre alternative disponibili in quel tempo. Le ragioni della loro scelta avevano più a che fare con la percezione della modernità e del potere dei paesi di *civil law* a cui si sono ispirati, più che con l'efficienza economica.

Tuttavia, allo stesso tempo, difficilmente si può pensare che i sistemi legali siano correlati a particolari culture dominanti, infatti la Gran Bretagna, ad esempio, ha colonizzato le aree del mondo che risultavano considerevoli per i propri interessi economici e militari, lasciando alle rimanenti potenze europee le zone verso cui non nutriva interesse, arrivando a sconfiggere tutte le concorrenti potenze coloniali europee: in questo modo si assistette allo sviluppo del *common law* nelle aree di dominazione inglese<sup>30</sup>, mentre il *civil law* restò confinato nelle regioni residue. Di conseguenza, la distribuzione dei sistemi giuridici è necessariamente correlata con

---

<sup>29</sup> È utile rinviare a Berkowitz D., Pistor K. & Richard J., (2003), "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect", in *European Economic Review Journal*, n. 47, pp. 165-195.

<sup>30</sup> Il declino portoghese e spagnolo, dopo il 1600, fu vantaggioso soprattutto per gli inglesi. L'impero olandese fu in gran parte controllato dagli inglesi, quando William III divenne re (1688). Gli inglesi sconfissero i francesi nella guerra dei sette anni e, con il Trattato di Parigi (1763), vennero trasferite le parti più importanti dell'impero coloniale francese agli inglesi. In seguito la Gran Bretagna fu il paese più avvantaggiato dalla Conferenza di Berlino (1885), secondo la quale l'Africa veniva spartita tra le potenze europee. Infine gli inglesi beneficiarono della sconfitta della Germania, dell'Austria e l'Impero Ottomano, avvenuta 1918.

l'espansione inglese, la quale era inevitabilmente basata su una potenziale crescita economica.

Alcune zone del mondo sono state inizialmente colonizzate da paesi di *civil law* ma, a causa del loro ruolo strategico, hanno attirato l'interesse dell'Impero Britannico, il quale ha acquisito tali territori sconfiggendo le altre potenze europee<sup>31</sup>. Di conseguenza queste aree del mondo sono state oggetto di una contaminazione da parte del *common law* portando, in alcuni casi, alla completa cancellazione del precedente diritto di *civil law* e, in altri, alla progressiva attenuazione del *civil law* il quale tuttavia ha continuato a riflettersi nelle istituzioni legali - come nel caso di alcuni stati dell'America del Sud<sup>32</sup>.

Tuttavia, nella stragrande maggioranza di queste giurisdizioni, il *civil law* e il *common law* sono finiti per coesistere, e questo è un chiaro esempio di come la teoria della superiorità del sistema di *common law* non solo sia infondata ma è da considerarsi in contrasto con la realtà.

In ultima analisi appare evidente come tra il *common law* e *civil law* ci siano più somiglianze che differenze, evidenziando una notevole convergenza nello studio della maggior parte delle questioni legali. Sotto la pressione della contemporanea globalizzazione, molte differenze presenti tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law* sono ora molto meno visibili in seguito ai cambiamenti che si sono verificati in entrambe le tradizioni giuridiche: nel *common law* la legge di regolamentazione ha raggiunto una maggiore

---

<sup>31</sup> Si faccia riferimento a Palmer V., (2001), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge University Press. In tale scritto, Palmer afferma che si contano ben quindici di questi sistemi, tuttavia si sofferma solo su sette di loro (la Louisiana, Israele, la Scozia, il Sud Africa, le Filippine, il Porto Rico e il Québec), tralasciando la Bostwana, lo Sri Lanka, il Lesotho, lo Swaziland, le Mauritius, le Seychelles, San Lucia e lo Zimbabwe. Il numero potrebbe aumentare a sedici menzionando anche la Namibia.

<sup>32</sup> Si veda Berkowitz D., (2005), "American *Civil law* Origins: Implications for State Constitutions, *American Law and Economics Review*, n.7, pp. 62-84.



importanza, lasciando meno spazio ai tribunali; mentre nel *civil law* il ruolo dei giudici in fase di creazione delle leggi è notevolmente aumentato. Le differenze esistenti tra *civil law* e *common law*, sebbene continueranno ad esistere per un periodo indefinito, non risultano più essere così marcate: esse per lo più riguardano gli stili di argomentazione e la metodologia, più che il contenuto delle norme di legge. Utilizzando mezzi diversi i sistemi di *common law* e di *civil law* arrivano a risultati simili e questo non è sorprendente, in quanto l'oggetto della regolamentazione giuridica e i valori di base, in entrambi i sistemi giuridici, sono più o meno gli stessi.

## **6. Il diritto dell'Unione Europea: tra *civil law* e *common law***

La creazione del diritto dell'Unione Europea ha notevolmente contribuito al processo di avvicinamento tra le due tradizioni giuridiche<sup>33</sup>. L'UE ha riunito i diversi sistemi giuridici sotto un unico legislatore, in particolare dopo il 1973, quando il Regno Unito e l'Irlanda hanno aderito all'Unione Europea.

L'adesione di questi Paesi di *common law*, in aggiunta a tutti gli altri paesi di *civil law*, ha aperto la strada alla creazione di un quadro giuridico comune. Quindi, il sistema giuridico dell'Unione europea rappresenta un sistema misto, che contiene elementi sia di *civil law* che di *common law*.

L'Unione europea è stata molto attiva nell'adozione di un gran numero di regolamenti e direttive che hanno la precedenza sulle leggi nazionali. Tali fonti europee spesso incorporano elementi specifici sia per il diritto di *civil law* che per il diritto di *common law*, basta pensare, per esempio, al concetto "*true and fair view*" in materia contabile<sup>34</sup>. Lo stesso Parlamento europeo si è mosso per l'unificazione del diritto privato, in particolare nei settori rilevanti per lo sviluppo del mercato

---

<sup>33</sup> Si rinvia a Van Gerven W., (1997), "ECJ case-law as a means of unification of private law?", in *European Review of Private Law Journal*, n. 5, pp. 293–308.

<sup>34</sup> Quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società.

comune<sup>35</sup>; inoltre la Commissione Lando<sup>36</sup> ha stipulato i principi di diritto europeo in materia contrattuale, tentando di conciliare le differenze tra *civil law* e *common law*<sup>37</sup>. Tali principi sono attualmente considerati "*soft law*", ma possono essere i precursori di un codice civile europeo, che sarebbe di grande aiuto per un'ulteriore convergenza tra il diritto di *civil law* e il diritto di *common law*<sup>38</sup>.

In questa visione, in cui l'Unione europea non solo è frutto dell'incontro tra la tradizione di *civil law* e di *common law* ma è anche strumento della loro coesione, è interessante riportare il pensiero del Professor Caslav Pejovic, il quale afferma che non vi è utilità nel giudicare quale tra i due sistemi giuridici sia migliore. Il compito degli avvocati non dovrebbe essere quello di difendere i loro sistemi giuridici, ma migliorarli, magari ispirandosi ai punti forti di un sistema legale straniero. In questo modo la convergenza risultante dai due sistemi giuridici può contribuire a creare un sistema equo e legale, il quale può garantire la certezza del diritto e la tutela di tutti i cittadini.

---

<sup>35</sup> Si veda: "Risoluzione su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri, GU C 158 del 26.6.1989, pag. 400", e "Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States", GU C 205 del 25.7.1994, pag. 518.

<sup>36</sup> Si tratta di una Commissione non governativa, composta da giuristi provenienti dai diversi paesi membri dell'Unione.

<sup>37</sup> Si veda Lando O., Beale H., (2000), "Principles of European Contract Law", The Hague/London/Boston Kluwer Law International. Nell'opera i principi sono espressi in forma di articoli, affiancati da un commento dettagliato che spiega lo scopo e il funzionamento di ogni articolo e la sua relazione con la parte restante. Una caratteristica particolarmente utile consiste nel fatto che ogni articolo dispone di ampie note comparative che rilevano, per uno stesso tema, la disciplina delle leggi nazionali e delle altre disposizioni internazionali. Inoltre vengono trattate le regole fondamentali del contratto, quali: la formazione, la validità, l'interpretazione e il contenuto.

<sup>38</sup> Per citare i tentativi di conciliare le differenze tra il diritto di *civil law* e il diritto di *common law* si può fare riferimento ai già citati art.16 della Convenzione di Vienna e art. 2.1.4 dei Principi UNIDROIT.





## CAPITOLO II

### 1. *Mixed jurisdiction*: definizione e aspetti generali

Le giurisdizioni e i sistemi giuridici misti, assieme alle loro caratteristiche e alle loro definizioni, sono diventati un argomento di notevole interesse e di dibattito in Europa. Ciò, senza dubbio, è avvenuto a causa dell'Unione europea che ha riunito molti sistemi giuridici sotto un unico legislatore, il quale, a sua volta, ha adottato leggi e direttive tali da prevalere sulle leggi nazionali. In effetti, l'Unione europea è una giurisdizione mista - o sta diventando tale -, a causa della continua convergenza, all'interno dell'Unione stessa delle due principali tradizioni giuridiche europee: il *civil law* dei paesi continentali e il *common law* di Inghilterra, Galles e Irlanda.

La definizione classica di *mixed jurisdiction* risale a quasi un centinaio di anni fa e fu formulata da F.P. Walton<sup>39</sup>, il quale scrisse che le giurisdizioni miste sono sistemi giuridici in cui la tradizione romano-germanica, in una certa misura, è stata affievolita dalla legge anglo-americana.

Essa non si allontana dalla definizione moderna data da Robin Evans-Jones, il quale, usando la Scozia come esempio, definì un *mixed legal system* come un sistema giuridico che, per un ampio grado, presenta caratteristiche di entrambe le tradizioni di *civil law* e *common law*<sup>40</sup>.

Sia Walton che Evans-Jones ritengono la reciproca influenza, a cui le due tradizioni giuridiche sono sottoposte, il motivo della formazione delle giurisdizioni miste.

---

<sup>39</sup> Si veda Walton F.P., (1907), *The Scope and Interpretation of the Civil Code*, Montreal, Wilson & Lafleur Ltée. Tale libro fu ristampato a Toronto da Butterworths, nel 1980, con un'introduzione redatta da M. Tancelin.

<sup>40</sup> Si rinvia a Evans-Jones R., (1998), "Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law", in *Law Quarterly Review* (LQR), n. 114, pp. 228-249.

Rientrano in tale categoria<sup>41</sup>: la Louisiana, il Québec, il Porto Rico, il Sud Africa, lo Zimbabwe, le Filippine, lo Sri-Lanka e la già citata Scozia.

È bene precisare, tuttavia, che alcune giurisdizioni miste sono derivate in parte da tradizioni giuridiche non occidentali come, per esempio, nel caso dei paesi del Nord Africa, dell'Iran, dell'Egitto, della Siria, dell'Iraq e dell'Indonesia<sup>42</sup>.

Sebbene al di fuori dell'Europa, del Québec, della Louisiana e del Sud Africa la materia sia di solito trattata con indifferenza – portando quasi a definire una giurisdizione mista come un luogo in cui tale tematica trova spazio<sup>43</sup> – è indispensabile ricordare che attualmente nel mondo esistono diverse combinazioni di sistemi giuridici e di istituzioni. La professoressa ÖRÜCÜ<sup>44</sup>, per esempio, distingue: le giurisdizioni miste come la Scozia, dove il sistema giuridico è composto da elementi storicamente distinti e da istituzioni legali uniche (una sorta di "boccale"); i paesi come l'Algeria, in cui gli elementi del sistema giuridico e le istituzioni legali risultano distinti, riflettendo le differenze sia socio-culturali che giuridico-culturali (tale caso è assimilato a una "insalatiera"); i paesi come lo Zimbabwe, dove esiste il dualismo legale o il pluralismo, che richiede regole di conflitto interno (simile a un "piatto di insalata"); le giurisdizioni in cui le tradizioni giuridiche costituenti si sono fuse tra di loro, o a causa di affinità legali-culturali (ad esempio la legge olandese, che ingloba elementi legali francesi, fondamenti tedeschi, presupposti olandesi e diritto romano) o a causa della posizione di una potenza coloniale dominante che elimina i costumi locali e li sostituisce con

---

<sup>41</sup> Si veda David R., Brierley J.E.C., (1985), *Major Legal Systems in the World Today*, London, Stevens & Sons, pp. 56-58 e 75-79.

<sup>42</sup> Ibid. David R., Brierley J.E.C., pp. 56-58 e 75-79.

<sup>43</sup> È utile rinviare a Tetley W., (1999), "Mixed jurisdictions: *common law vs civil law* (codified and uncoded)", in *Uniform Law Review*, n.4, pp. 877-905.

<sup>44</sup> Esin ÖRÜCÜ è Professoressa Emerita di Diritto comparato e *Honorary Senior Research Fellow*, presso l'Università di Glasgow; è inoltre Professoressa Emerita di Diritto comparato presso l'Università Erasmus di Rotterdam.

un sistema giuridico composto tratto da un'altra tradizione (ad esempio, la Turchia, composta da elementi di tradizione francese, svizzera, tedesca e italiana)<sup>45</sup>.

Infine è da ricordare l'esistenza dei contemporanei "sistemi in transizione" - così rilevati da ÖRüCü - come la Slovenia, dei quali solo il tempo potrà determinarne la vera natura giuridica, attualmente in corso di elaborazione.

## **2. Esempi storici rilevanti di *mixed jurisdiction***

Per comprendere appieno non solo le caratteristiche e le motivazioni, che hanno portato alla formazione di varie giurisdizioni miste, ma anche l'attualità di questi soggetti, mettendoli in relazione con l'Unione europea, è bene illustrarne l'aspetto storico.

I sistemi giuridici misti si sono sviluppati fin dall'antichità e sono stati continuamente generati in condizioni di molteplici contatti e comunicazioni, economiche e sociali, tra diversi popoli. La crescita di questi sistemi suggerisce che, una volta stabilito il sufficiente collegamento sociale e intellettuale con i soggetti stranieri, la mescolanza dei diritti risulta inevitabile e, di conseguenza, appare impossibile mantenerne la purezza legale originale.

Vanno citati tra i più grandi esempi storici di *mixed jurisdiction*: l'Impero Romano, l'Impero Ottomano, il Québec, la Louisiana, il Giappone e la Scozia (la quale verrà trattata nel capitolo successivo).

Il primo modello analizzato è l'Impero romano, il quale va considerato come una giurisdizione mista "particolare" in quanto non trovò il proprio fondamento nell'influenza reciproca esercitata dal *common law* e dal *civil law*, ma piuttosto in elementi diversi. L'Impero Romano favorì la trasformazione della legge del popolo romano in un sistema misto e allo

---

<sup>45</sup> Si veda ÖRüCü E., (1996), "Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search", in ÖRüCü, E., Atwooll, E. and Coyle, S. (edited by.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, pp. 335-352.

stesso tempo creò una serie di “sottosistemi” legali entro le provincie di Roma. Uno dei motivi di questo sviluppo sembra essere stato il gran numero di popolazioni straniere riunite sotto il dominio romano<sup>46</sup>, e una seconda ragione sarebbe legata all'importanza che i romani riservavano al proprio diritto. A partire dal III secolo d.C., i Romani seguirono il criterio secondo il quale, in caso di controversie, la legge applicabile ad un determinato soggetto sarebbe stata non quella usata nel territorio in cui tale soggetto risiedeva, ma quella del gruppo d'appartenenza dell'imputato<sup>47</sup>. Sia per praticità che per rispetto, i Romani non imposero il loro diritto privato sui popoli conquistati. Il mosaico di un sistema misto era quindi già sul punto di realizzarsi, sotto forma di fusione tra la legge romana e quella dei diversi popoli conquistati. Come conseguenza gli stranieri a Roma non erano assoggettati al diritto romano: la legge a cui erano sottoposti era il loro diritto nativo o quello personale; tuttavia dal momento che le dispute potevano coinvolgere diversi soggetti non romani (con leggi personali in reciproco conflitto) il pretore peregrino costruì un nuovo sistema giuridico, lo *ius gentium*, che a sua volta andò ad influenzare lo *ius civile*<sup>48</sup>. Infine, la disciplina di questo corpo di legge venne applicata non solo nel caso di controversie tra stranieri, ma anche per regolare i rapporti tra i cittadini. Lo

---

<sup>46</sup> A proposito dell'elevato numero di stranieri presenti nell'*Urbs*, delle reti tribali e della natura cosmopolita della popolazione romana, si veda: Williamson C. (2005), *The Laws of the Roman Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, Ann Arbor, University of Michigan Press, pp. 240-243, 262-267, 270-271.

<sup>47</sup> La legge antica era in linea di principio "personale": il diritto romano veniva applicato ai cittadini romani mentre, ad esempio, legge Ateniese ai cittadini ateniesi. In alcuni casi un determinato popolo è stato annesso all'Impero non mantenendo i propri usi nativi. Questo forse si verificava perché quel determinato popolo era già stato sufficientemente "romanizzato", magari vivendo in stretto contatto con la società romana per diverse generazioni.

<sup>48</sup> Si veda Guterman S.L., (1990), *The principle of the personality of law in the Germanic kingdoms of Western Europe from the fifth to the eleventh century*, New York, Peter Lang Publishing. In tale opera viene illustrata la scelta delle tribù germaniche, posta in essere dopo la conquista di Roma, di permettere ai romani di mantenere il proprio diritto, in quanto la tradizione del diritto romano era di gran lunga superiore alla consuetudine barbarica.



*ius gentium* fu parzialmente impiegato dal pretore urbano, mentre lo *ius civile* fu in parte adoperato dal pretore peregrino, arrivando così ad avere un sistema misto. La caduta dell'Impero Romano d'Occidente, avvenuta nel 476 d.C., invertì la posizione politica di Roma, ma non arrestò l'interazione tra diritto romano e i diritti di tradizioni diverse. I barbari si avvalsero delle proprie leggi e dei propri costumi, mentre la popolazione romana e il clero continuavano ad essere sottoposti al diritto romano; di conseguenza all'interno di un unico regno vi era un pluralismo di tradizioni giuridiche, le quali, tuttavia, interagirono con facilità<sup>49</sup>. Direttamente o indirettamente, il diritto romano esercitò una forte influenza sul diritto germanico e viceversa: così gli elementi romani e quelli germanici si fusero progressivamente, i costumi degli invasori divennero più simili a quelli dei romani e il diritto romano cominciò ad avvicinarsi a quello germanico<sup>50</sup>. Venne a crearsi un diritto consuetudinario, definito come una combinazione di elementi di diritto romano e di consuetudini germaniche, che persistette nei vari territori i quali precedentemente venivano amministrati dall'Impero Romano.

L'impero ottomano, fondato nel 1299, è stato fin dal suo inizio sistema legale plurale, il quale, secondo la professoressa ÖRüCü, si sarebbe

---

<sup>49</sup> Si rinvia a Lupoi M., (2000), *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, University of Cambridge Press, pp 77-78.

<sup>50</sup> Lupoi spiega che la legislazione visigota fu invariabilmente modellata su fonti legali romane e che le varie fonti di diritto romano volgare furono influenzate a loro volta dal diritto visigoto. Egli osserva, per esempio, che il re Eurico fu assistito nella compilazione suo codice dal giurista romano, Leone di Narbona. Il *codex Euricianus* non servì esclusivamente come supporto per le posteriori codificazioni dei re visigoti, ma influenzò anche il diritto delle stirpi franche, burgunde, alemanne e bavare, svolgendo un'importante funzione di mediazione tra il diritto volgare romano e il mondo germanico del primo Medioevo.

evoluto, dal XIX secolo, in un sistema misto<sup>51</sup>. Inizialmente la legge islamica era il diritto applicabile ai musulmani presenti nell'Impero, mentre per i non musulmani venivano usate delle leggi specifiche (tranne che per le controversie penali); così le leggi, le fedi e costumi degli altri popoli, assoggettati all'Impero Ottomano, continuavano a coesistere a fianco alla legge islamica<sup>52</sup>.

Tuttavia la professoressa ÖRÜCÜ afferma che tale sistema non poteva considerarsi misto in quanto le diverse leggi esistenti non interagivano tra di loro. Infatti solo nel 1880 il carattere ibrido del sistema giuridico ottomano è stato esaustivamente stabilito: esso non era più esclusivamente a base islamica, ma risultava essere una vera e propria giurisdizione mista in cui cooperavano diritto islamico e culture di *civil law*. Nel 1923, la Turchia ampliò ulteriormente il processo di fusione tra le varie tradizioni giuridiche introducendo una pluralità di norme straniere provenienti da Svizzera, Italia e Germania. Di conseguenza non si può che ritenere tale paese un sistema giuridico misto, poiché fondato da distinti filoni di diversa provenienza.

Il Canada è contraddistinto da un sistema giuridico totalmente particolare, ciò è dovuto alla presenza di un sotto-sistema peculiare al suo interno: quello del Québec.

Dal punto di vista storico, la costa nord-orientale del Canada venne dichiarata francese nel 1534, avviando così la provincia della *Nouvelle France*<sup>53</sup>. Contemporaneamente, nei territori oltre i Grandi Laghi, a sud dalla

---

<sup>51</sup> Si veda ÖRÜCÜ E., (1996), "Turkey: Change Under Pressure", in ÖRÜCÜ, E., Attwooll, E. and Coyle, S. (edited by.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, pp. 89-113.

<sup>52</sup> Così gli ebrei, gli armeni e i greci e che vivevano entro e nei pressi della città di Istanbul erano sottoposti a proprie leggi e avevano tribunali separati. I non musulmani che vivevano sulle terre europee ebbero anch'essi i loro tribunali e delle proprie leggi. I residenti francesi, sottoposti alle "Capitolazioni", godevano di uno status speciale, avevano maggiori privilegi e proprie leggi, oltre ad essere sottoposti alla propria Corte Consolare.

<sup>53</sup> Nome dato inizialmente al territorio ancora inesplorato.

regione Acadia e nelle prossimità della Baia di Hudson, schiere di coloni, provenienti per lo più dalla Normandia e dalla Bretagna, si organizzarono in comunità rette dalle *Coutumes* del loro paese d'origine, mentre le popolazioni locali mantennero le loro organizzazioni e i propri costumi.

Nel 1612 venne creata una *Cour de prévôté*, nella città di Québec, le cui sentenze potevano essere appellate al *Parlement* di Rouen appoggiandosi, quindi, al sistema consuetudinario normanno; successivamente nel 1627 venne istituita la Compagnia dei Cento Associati, che esercitò il controllo sul territorio. La terra venne distribuita con un sistema semi-feudale formando immensi latifondi i quali, secondo la *Coutume* normanna, potevano essere trasmessi, sia mediante donazione che successione, per atti comportanti il pagamento di un diritto di mutazione; tuttavia i vari accordi redatti tra la Compagnia e i coloni decretarono una clausola di collegamento con la *Coutume de Paris* come diritto vigente nella *Nouvelle France*.

Nel 1663 Luigi XIX sciolse la Compagnia, riportò la colonia sotto il controllo della madrepatria, organizzando l'amministrazione e istituendo un Consiglio Superiore con funzione di Corte d'Appello rispetto alle giurisdizioni inferiori, civili e penali, poste a Québec, a Trois Rivierés e a Montréal: il diritto da applicare (e le procedure da seguire) dovevano essere quello del Regno di Francia, come succedeva al *Parlement de Paris*.

Gli Inglesi tentarono più volte di conquistare la colonia francese e nel 1763, con il Trattato di Parigi, la Francia cedette all'Inghilterra tutti i possedimenti nord-americani.

Con il Québec Act, del 22 giugno 1774, venne riorganizzato il sistema giuridico del Québec: il diritto penale (con il sistema della giuria), il diritto privato e l'apparato amministrativo si ispiravano al diritto di *common law* inglese; il diritto civile invece non mutò da quello antecedente, francese e di stampo di *civil law*.

Dopo la Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti (Trattato di Versailles, 3 settembre 1783), il Canada venne diviso in Alto (anglofono) e Basso (francofono), entrambe le parti erano sottoposte ad un unico governo ma potevano godere di un proprio Parlamento provinciale; il sistema

giuridico non subì alterazioni ma tutte le eventuali nuove leggi venivano assoggettate alla ratifica di Londra.

La suddivisione persistette fino al 1840, anno dell' *Union Act*, grazie al quale si arriverà alla fusione dell'Alto e del Basso Canada. Il territorio, arrivato a inglobare tutto il nord America, venne quindi sottoposto alla Corona inglese, rappresentata da un Governatore generale, ma venne ad esso riconosciuta autonomia governativa e parlamentare.

Infine nel 1982 il Parlamento inglese emanò il *Canada Act*, decretando il definitivo distacco del Paese dall'Inghilterra. Il Canada, diventato democrazia indipendente, emanò il *Charter of Rights and Freedoms* (la carta dei diritti e delle libertà fondamentali) che, in aggiunta agli *Acts* anteriori, andò a formare la Costituzione del Canada.

Analizzando il Québec è opportuno sottolineare l'autonomia giuridica della parte francese della colonia, registratasi a partire dal 1774: essa usufruiva di un proprio sistema composito, nel tempo arricchito di una consistente legislazione locale e delle sentenze dei tribunali che assimilavano e manifestavano il diritto consuetudinario.<sup>54</sup>

Dalla metà del XIX secolo si decise di procedere al riordino del diritto civile e di creare una codificazione, ispirata al modello francese, che tuttavia doveva essere caratterizzata dalle norme consuetudinarie in vigore. Se le regole già presenti fossero risultate superate potevano essere sostituite, eventualmente rifacendosi al prototipo del Code civil, ma precisando che si sarebbe proceduti a compiere una modifica alle norme già esistenti e non un'acquisizione di leggi straniere: in questo modo venne concepito il *Code civil du Bas-Canada*, un codice di tradizione civilistica francese nel Canada britannico.

il *Code civil du Bas-Canada* entrò in vigore nel 1866 e andò a disciplinare il diritto commerciale, il diritto civile e il diritto marittimo su modello inglese; il diritto di famiglia e il diritto delle successioni riflettevano le consuetudini

---

<sup>54</sup> La giurisprudenza godeva di un potere più rilevante rispetto alla situazione francese, ma il principio dello *stare decisis* non viene mai recepito.

locali; mentre il regime delle obbligazioni e dei contratti seguivano il modello francese.

Il Québec si dotò inoltre di un Codice di procedura civile nel 1867, influenzato sia dalla dottrina francese che dalle codificazioni statunitensi.

La provincia attualmente risulta fedele alla tradizione civilistica, tant'è che al codice si è affiancata una ricca legislazione per adottare risoluzioni più moderne o per chiarire nuove problematiche. In materia di rapporti obbligatori, nel 1964, venne aggiunta al Codice una sezione intitolata "Dell'equità in certi contratti" che tutela i mutuatari da abusi e abolisce alcuni privilegi dei mutuanti, infine nel 1971 e nel 1978 vennero promulgate alcune leggi a protezione dei consumatori.

Nel 1994 entrò in vigore il *Code civil du Québec*, esso si compone di 10 libri - delle persone, della famiglia, delle successioni, dei beni, delle obbligazioni (comprende i contratti e anche istituti di diritto commerciale e marittimo), dei privilegi e delle ipoteche, della prova, della prescrizione, della pubblicità, dei diritti, del diritto internazionale e privato - per 3.168 articoli.

Dal punto di vista delle risoluzioni queste furono tratte dalla pratica locale<sup>55</sup>, dalla *common law* canadese e statunitense<sup>56</sup> e dal *civil law* francese<sup>57</sup>; alcune materie specifiche furono regolate da norme di altri sistemi giuridici, mentre il diritto internazionale privato e la disciplina della vendita si allinearono alle convenzioni e ai trattati internazionali.

La nascita della Louisiana coincide con la colonizzazione dell'America del nord da parte dei francesi. Essi acquisirono molti territori tra cui la *Nouvelle France* e i territori adiacenti al Golfo del Messico, e li unirono in un'unica colonia denominata, appunto, Louisiana, in onore di Re Luigi XIV.

---

<sup>55</sup> Per quanto riguarda il cognome, ad esempio, può essere scelto indistintamente quello del padre o della madre, o essere composto dal cognome di entrambi.

<sup>56</sup> Ad esempio per il *security interest*, ossia una forma di garanzia mobiliare, per la *fiducie* – in taluni punti simile al *trust* – e per determinate regole relative alla prova.

<sup>57</sup> Ad esempio, per l'abuso di diritto, l'autonomia della volontà e le regole della lesione.

Con il Trattato di Utrecht, l'Inghilterra entrò in possesso di parte dell'Alta Louisiana decretando l'inizio del crollo del predominio francese in America e, a seguito della Guerra dei Sette Anni, le restanti colonie francesi furono spartita tra Inghilterra e Spagna.

Il nome Louisiana persistette per designare la zona spagnola e assistette a un notevole fenomeno d'immigrazione di Americani che, intorno al 1830, arrivano a detenere la maggior parte delle attività commerciali e bancarie.

Il sistema giuridico imposto in quest'area, all'epoca della colonizzazione francese, fu inizialmente quello della madrepatria, cioè *la Coutume de Paris*, gli Editti regi e le Ordinanze, tra cui il *Code Noir*. Successivamente gli Spagnoli riformarono il sistema legale che fu nuovamente modificato quando la Louisiana venne ceduta agli Stati Uniti.

Gli Stati Uniti decisero che la Louisiana avrebbe preservato il proprio ordinamento giuridico, dichiarando vigenti il civile romano e il diritto spagnolo, tuttavia, venne imposta la stesura di un Codice.

Si arrivò quindi al "Digesto delle leggi civili", emanato nel 1808, il quale si basava su una raccolta e su un processo di revisione delle leggi all'epoca vigenti. La sua configurazione era simile al *Code civil* del 1804 e il suo contenuto risultava innovativo in quanto andava ad abolire le norme desuete; il testo venne redatto in francese e tradotto in inglese.

Nel 1812 la Louisiana promulgò la sua prima Costituzione, che andava a limitare la recezione in blocco del *common law*; tredici anni dopo si decise di elaborare un altro Codice civile pubblicato in testo bilingue (inglese e francese) e, in caso di divergenze tra le due versioni, quella francese avrebbe prevalso su quella inglese.

In seguito alla Guerra di secessione, la Louisiana abolì lo schiavismo e si dotò di una nuova Carta costituzionale che sanciva i diritti inviolabili dell'uomo, proibiva la segregazione razziale nell'istruzione pubblica e ribadiva che leggi e le sentenze dovevano essere promulgate in lingua inglese. Venne modificato anche il Codice civile e, nel 1870, fu promulgato esclusivamente nella versione inglese.

Nel XX secolo, per opera del *Louisiana Law Institute*, si assistette ad un'ulteriore riforma del Codice civile: per le materie delle successioni si conservarono le caratteristiche del diritto spagnolo originario; per il diritto dei beni ci si ispirò ai recenti Codici (tedesco, argentino, greco, ecc.); nel sistema delle obbligazioni convenzionali si introdussero regole e nozioni, accanto a quelle francesi, di *common law* e si modificò la disciplina della responsabilità civile. La tradizione di *civil law* riemerse, ad opera della giurisprudenza della Corte suprema della Louisiana, a partire dagli anni Settanta del XX secolo: vennero eliminate le sentenze delle Corti inferiori basate su precedenti giurisprudenziali senza rispettare la gerarchia delle fonti; il concetto dello *stare decisis* venne accantonato tuttavia venne ribadito il ruolo interpretativo del giudice.

Nel 1990 la Louisiana adottò parte dello *Uniform Commercial Code* (appartenente alla tradizione di *common law*) recepito per intero nel 2001, favorendo ulteriori mutamenti del Codice Civile.

Il diritto giapponese, per ragioni storiche ed economiche, può essere considerato molto vicino ai diritti occidentali.

L'attuale ordinamento cominciò ad abbozzarsi alla fine dell'800 sulla scia di una forte influenza da parte dei maggiori sistemi europei. Difatti, in seguito all'abrogazione dello *shogunato*<sup>58</sup> dei Tokugawa, venne ristabilito l'ordine imperiale<sup>59</sup> e si assistette a un periodo di complesse trasformazioni giuridiche e sociali. In questa fase il Giappone voleva collocarsi, mediante un processo di

---

<sup>58</sup> Sistema feudale in vigore dal 1200 circa al 1867, che limitò il Giappone a ridurre al minimo i contatti culturali e commerciali con il resto del mondo. Il capo militare del paese era investito del titolo di "Shogun", carica che divenne ereditaria dal 1192.

<sup>59</sup> All'epoca l'Imperatore era paragonato ad una divinità e alla fine della Seconda Guerra Mondiale divenne il simbolo dell'unità nazionale. L'imperatore, tutt'oggi, non ha alcun potere politico sul Governo e si limita a compiere gli atti previsti dalla Costituzione.

modernizzazione, al medesimo livello delle potenze europee stilando codici consoni alle necessità dei commerci internazionali (sulla linea della realtà tedesca e francese), ma con contenuti tipici della cultura e della società giapponese.

Negli anni del secondo dopoguerra, in seguito alla lunga occupazione americana del Giappone, vennero recepiti, sempre rispettando le prerogative sociali e culturali del Paese, numerosi istituti statunitensi e vennero attuate diverse riforme.

L'attuale Costituzione, che ha rimpiazzato la Costituzione Meiji<sup>60</sup>, riconosce i principi base delle democrazie occidentali, prevede la separazione dei tre poteri (giudiziario, legislativo, ed esecutivo), e una sezione destinata ai diritti fondamentali dell'uomo.

Il primo Codice Civile (vigente tutt'ora seppur con ingenti modifiche e integrazioni specialmente nell'area del diritto successorio) risale all'epoca Meiji.

Il Codice di Procedura Civile trovava ispirazione dall'esempio francese, successivamente fu seguito il modello tedesco e infine, dopo la seconda guerra mondiale, ci si orientò verso quello degli Stati Uniti. Il Codice Penale<sup>61</sup> si basava sul Codice tedesco ed era anticipato da due testi: il primo, emanato in seguito al crollo dello shogunato, traeva ispirazione dal diritto cinese e dalle tradizioni del tempo; ritenuto ormai desueto, nel 1882 venne sostituito da un nuovo codice redatto sul modello francese. Quest'ultimo venne modificato nel 1946, rendendolo conforme alla nuova Carta Costituzionale<sup>62</sup>.

Il Codice del Commercio, plasmato sul modello tedesco, venne modificato

---

<sup>60</sup> Promulgata nel 1889 ed ispirata al modello della Baviera nell'ambito della federazione tedesca.

<sup>61</sup> Le fattispecie criminali, nel Codice, sono presenti in un quantitativo piuttosto esiguo, difatti molte norme penali sono consultabili in altri testi di legge quali la Legge per la tutela della Concorrenza e il Codice di Commercio. Infine è importante ricordare le notevoli integrazioni del Codice avvenute per mezzo di numerosi interventi giurisprudenziali.

<sup>62</sup> Venne così abolito il reato d'adulterio, previsto solamente per le donne.



e perfezionato da leggi speciali - in particolare il diritto societario - rifacendosi alla disciplina statunitense. Le prime regole concorrenziali risalgono all'immediato dopoguerra, esse vennero integrate e rese più severe nel corso degli anni; sempre in materia economica, dagli anni Ottanta sino ad oggi, sono intervenute riforme per la liberalizzazione degli scambi, degli investimenti e la *deregulation* di alcuni settori cruciali per l'economia, quali il settore finanziario e, nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, sono state adottate norme per assicurare la trasparenza dei procedimenti. Su questa via, nel 1985 il Giappone si è impegnato a proseguire questo programma di liberalizzazione in vari settori, anche al fine di rivitalizzare l'economia e rendere più aperto e competitivo il mercato.

Questi celebri esempi storici spingono a considerare le giurisdizioni miste come soggetti regolari piuttosto che eccezioni, come modelli generali di sviluppo legale piuttosto che anomalie storiche.

Nel caso dell'Unione europea, la misura in cui stanno convergendo i sistemi di diritto privato - attraverso un processo di formazione e sviluppo di leggi uniformi - porta ad affermare la ormai già conclamata classificazione dell'Ue come giurisdizione mista, che seppur lentamente, come nei casi degli esempi sovrastati, porterà ad un sistema finale frutto della collaborazione tra i vari diritti dei paesi membri.

### **3. Il mito di “*pure law*”**

Nel paragrafo precedente sono stati illustrati alcuni esempi giurisdizioni miste. In particolare è stato possibile notare come il diritto consuetudinario - collocabile tra gli elementi base dei vari sistemi giuridici moderni - sia un costituente che accomuna diversi diritti attuali, stabilendo una sorta di “denominatore comune”.

In questa logica è possibile affermare che viviamo in un mondo prevalentemente misto e plurale, dove le giurisdizioni miste sono al centro

della scena e, perciò, non sussiste alcuna ragione per considerarle strane e anomale.

Va dichiarato che i sistemi misti sono più numerosi dei cosiddetti sistemi "puri" di diritto ed essi comprendono alcune delle aree più popolate del globo come la Cina, l'India e molti paesi dell'Africa.

In uno studio condotto dall'Università di Ottawa, condotto con la finalità di conteggiare i sistemi giuridici esistenti, inquadrandoli tra le tradizioni di *civil law*, *common law*, diritto musulmano, diritto ebraico, diritto consuetudinario e *mixed system*<sup>63</sup>, si è constatato che novantadue ordinamenti giuridici sono misti, novantasei sono riconducibili al *civil law* e quarantadue sono di *common law*.

Da un punto di vista concreto, tuttavia, il numero dei sistemi misti è inevitabilmente maggiore rispetto a quello suggerito dallo studio: infatti un certo numero di sistemi misti sono stati indicati come sistemi di *civil law* quando avrebbero potuto essere elencati come *mixed system*<sup>64</sup>.

Inoltre bisogna precisare che l'elenco include tra i paesi di *civil law* la maggior parte degli stati d'Europa; tuttavia non si tiene conto che l'Unione europea sta diventando un sistema giuridico misto e gli Stati membri stanno gradualmente recependo norme sovranazionali.

Se queste generalizzazioni sono condivisibili, è giusto chiedersi perché alcuni giuristi continuano ad affermare la presenza di sistemi "puri" di *common law*, di *civil law*, o di qualsiasi altro tipo. Il motivo non è del tutto chiaro: forse l'eurocentrismo e alcune radicate prospettive, difficili da

---

<sup>63</sup> Si veda Mariani N., Fuentes G., (2000), *Les systèmes juridiques dans le monde*, Montreal, Wilson & Lafleur. Nel testo si spiega che, dal punto di vista della collisione tra *civil law* e *common law*, il 59.03% della popolazione mondiale è direttamente o indirettamente influenzata dal sistema di *civil law*, mentre il 34,81% è condizionata dal sistema di *common law*.

<sup>64</sup> Ad esempio, l'elenco dei sistemi misti omette Benin e la Repubblica Centrafricana. Essi sono infatti elencati tra i paesi di *civil law*, in conflitto con il fatto che vi sono sistemi di diritto consuetudinario africani che operano in questi paesi a fianco del diritto civile.

superare, sono le cause primarie<sup>65</sup>. Ad ogni modo, qualunque sia la ragione, essi si rifanno a semplificazioni di casi reali.

L'approccio usato da tali giuristi prevede una classificazione limitata del diritto<sup>66</sup>, ossia tralascia convenientemente alcune aree del diritto privato - come la legge mercantile, il diritto canonico, e così via - che hanno contribuito a creare il carattere tipico delle giurisdizioni miste. In altre parole tali giuristi fanno ricorso alle più antiche basi del sistema come requisito di identificazione, mentre le altre radici vengono ignorate. Solo grazie a questa riduzione ai minimi termini si può affermare che tali sistemi sono puri e non misti.

#### **4. Le giurisdizioni miste come modello e archetipo**

Considerando che la tendenza delle diverse tradizioni giuridiche di cooperare e influenzarsi è un fattore universale, è utile rivedere alcuni degli atteggiamenti e dei pregiudizi verso i sistemi misti, in particolare le posizioni tradizionalmente prese nei confronti delle giurisdizioni miste "classiche"<sup>67</sup> come la Louisiana, la Scozia, il Sud Africa, il Québec, il Porto Rico, e così via.

---

<sup>65</sup> H. Patrick Glenn sostiene per esempio che la nozione stessa di "famiglie legali" e di "sistemi legali" sia eurocentrica. Egli afferma che le tradizioni giuridiche occidentali sono le sole al mondo ad aver sviluppato il concetto di un sistema legale e le uniche che pretendono di descrivere la legge, in particolare a livello di famiglie giuridiche. Tuttavia, la ricerca avrebbe stabilito che la nozione di "sistema giuridico" è una delle grandi esportazioni dell'Occidente ed è stata recepita quasi ovunque nel mondo.

<sup>66</sup> Si veda Glenn H.P., (2006), "Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions", in R. Zimmermann & M. Reimann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 421-440.

<sup>67</sup> Le giurisdizioni miste classiche sono sistemi in cui il diritto privato è essenzialmente una combinazione di diritto di *civil law* e di *common law*. La maggior parte di questi sistemi sono stati creati durante l'era coloniale.

Il Professor Vernon Valentine Palmer<sup>68</sup>, ad esempio, ritiene sbagliato considerare tali sistemi come delle anomalie storiche<sup>69</sup> o, nei casi più estremi, come soggetti intrusi del mondo legale, il quale - quasi come un binario – prevede l'esclusiva esistenza del *civil law* e del *common law*. Egli infatti afferma che i sistemi misti sono stati troppo spesso al centro delle evoluzioni legali per essere considerati come qualcosa di insolito o strano, di conseguenza non possono essere allo stesso tempo paradigmi e istituzioni secondarie e dovrebbero rappresentare il punto di partenza per un corretto schema di classificazione<sup>70</sup>.

Seguendo questo pensiero dovremmo abbandonare la presunzione che i sistemi giuridici "puri" sono in qualche modo privilegiati o preferiti, che alcune delle giurisdizioni miste sono superiori ad altre, o che l'utilità dei sistemi misti risiede esclusivamente negli insegnamenti che possono dare ad altre istituzioni. Si è spesso osservato che le giurisdizioni miste come la Scozia e la Louisiana sono "laboratori di diritto comparato" e che altri soggetti possono beneficiare studiando le loro esperienze e le loro abitudini. In realtà, però, tutti i sistemi sono laboratori di diritto comparato, e l'esperienza di ogni sistema potrebbe essere in qualche modo utile per altri.

Hector MacQueen<sup>71</sup> ha affermato che i sistemi misti devono essere valutati in base alle loro caratteristiche e alle loro condizioni, che non coincidono né con il *civil law* né con il *common law*, e i giuristi devono accettare che un

---

<sup>68</sup> Palmer V.V., (2007), *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws*, *Louisiana Law Review*, n.67, pp. 1205-1218.

<sup>69</sup> Glenn li paragona ad anomalie del mondo della scienza. A proposito si veda Glenn H.P., (1996), "Québec: Mixing and Monism", in Esin ÖRüCü (ed.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, Londra, Kluwer Law International, pp. 1-15.

<sup>70</sup> Per esempio Esin ÖRüCü ha esposto la propria opinione secondo la quale tutti i sistemi giuridici sono sovrapposizioni e mescolati assieme in vari livelli, dunque la loro natura mista dovrebbe essere il punto di partenza della classificazione comparativa.

<sup>71</sup> Hector L. MacQueen è un accademico scozzese, studioso di Diritto scozzese e di Storia del diritto. È professore di Diritto Privato presso l'Università di Edimburgo.

passato di contaminazioni giuridiche determina automaticamente un futuro caratterizzato da *mixed jurisdiction*<sup>72</sup>.

Quindi se a questi ultimi fosse necessario trovare dei punti di forza, inerenti ai loro accorgimenti o alla loro essenza, è bene analizzare ciò che questi possono rivelare circa la formazione e l'evoluzione dei sistemi di diritto privato in tutto il mondo: il loro valore, difatti, è maggiormente comprensibile esaminando la ragione per cui si sono originariamente formati, il motivo per cui vengono attualmente preferiti, e ciò che hanno fatto per i popoli da cui hanno dipeso.

---

<sup>72</sup> Si veda MacQueen H., (2003), "Looking Forward to a Mixed Future: A Response to Professor Yiannopoulos", in *Tulane Review*, n.78, pp.411-418.



## CAPITOLO III

### 1. L'Unione europea tra giurisdizione mista sovranazionale e diritto privato europeo

Vi è oggi, in Europa, un interesse crescente verso i sistemi misti, basta pensare alla monografia "*The Making of European Private Law: Toward a *Ius Commune Europaeum* as a Mixed Legal System*"<sup>73</sup> pubblicata dal Professore Jan Smits<sup>74</sup>. Sebbene si tratti di un contesto più ampio rispetto alla dimensione statale anche qui l'esercizio comporta un'unione tra *common law* e *civil law*; tuttavia, poiché questo non è una generalizzazione ma un caso specifico, condotto con una determinata agenda politica, questo approccio di catalogare l'UE come una giurisdizione mista può essere considerato adeguato.

---

<sup>73</sup> Si veda Smits J.M., (2002), *The Making of European Private Law: Towards a *Ius Commune Europaeum* as a Mixed Legal System*, Maastricht, Metro. In tale opera si spiega che il diritto privato degli Stati membri dell'Unione europea è diventato sempre più "europeo". Il fatto che l'Unione europea stia facendo sempre più uso di direttive come strumenti per raggiungere gli obiettivi designati dal diritto privato, non è, in questo contesto, lo sviluppo più rilevante. Infatti risulta più rilevante la volontà di creare un diritto privato europeo uniforme, in un modo o in un altro, in un prossimo futuro, per contribuire a far funzionare il mercato comune europeo. Difatti, negli ultimi dieci anni, l'Europa ha assistito alla nascita di un acceso dibattito circa la possibilità e la necessità di diritto futuro comune europeo nel campo del diritto privato. In questo libro viene trattato in modo critico questo dibattito e si fornisce una panoramica sistematica delle varie iniziative intraprese, descrivendo il diritto privato europeo già esistente (per mezzo di direttive europee, convenzioni internazionali, etc.). Inoltre, l'autore si propone di dare un contributo al dibattito suggerendo che l'esperienza - positiva o negativa - dei cosiddetti sistemi giuridici misti risulta di grande importanza per lo sviluppo di un futuro diritto privato europeo.

<sup>74</sup> Professore di Diritto Privato Europeo presso l'Università di Maastricht e direttore del Maastricht European Private Law Institute.

Sussistono diverse ragioni per il rinnovato interesse verso le giurisdizioni miste <sup>75</sup>. Oltre al clima accademico sempre più favorevole nei confronti del diritto comparato e oltre all'interesse dei giuristi nei sistemi misti stessi, le giurisdizioni miste sono identificate come in grado di offrire un esempio per la futura armonizzazione europea del diritto privato. L'idea in sé sembra abbastanza attraente: se sta per verificarsi un nuovo diritto privato europeo, esso deve necessariamente essere una miscela sia di *civil law* che di *common law* e, pertanto, può essere utile guardare all'esperienza delle altre giurisdizioni miste - quali Scozia, Sudafrica, Québec e Louisiana - in qualità, come già affermato, di modello e paradigmi. Seguendo questa logica non mancano opinioni su come stabilire un diritto privato più uniforme per l'Unione Europea<sup>76</sup>. È chiaro che non tutti concordano sulla stessa posizione da trarre sull'esperienza delle giurisdizioni miste: se uno non crede nella fattibilità del processo legale di convergenza europea, o contesta l'effetto unificante delle combinazioni legali, considererà le cose in modo diverso rispetto a chi ritiene positivo l'intervento europeo centralista per proteggere la parte più debole del mercato.

L'Unione europea, a causa dei vari segnali di una probabile trasformazione in atto, potrebbe presto essere riconosciuta come un sistema misto sovranazionale e ciò sembra essere un risultato a cui alcuni europeisti aspiravano<sup>77</sup>. È da segnalare una convergenza notevole nel campo dei contratti, com'è testimoniato, ad esempio, dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale delle merci, dai Principi UNIDROIT sui contratti

---

<sup>75</sup> Per una panoramica elaborata di questo rinnovato interesse è da far riferimento a: Reid K.G.C., (2003), "The Idea of Mixed Legal Systems", *Tulane Law Review*, n. 78, pp. 5-40.

<sup>76</sup> Si veda Smits J., (2007), *Convergence of Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune*, in Esin Örüçü and David Nelken (eds.), *Comparative Law: a Handbook*, Oxford, Hart Publishing, pp. 219 ss.

<sup>77</sup> Si rinvia a Kötz H., (2003), "The Value of Mixed Jurisdictions", in *Tul. L. Rev.*, n. 78, pp. 435-439. Il giurista Hein Kötz disse, a proposito, che sebbene possa sembrare un po' prematuro la graduale creazione di un diritto europeo come una giurisdizione mista ci permetterà di combinare il meglio dei due mondi di *civil law* e *common law*.



commerciali internazionali e dai Principi di diritto europeo dei contratti<sup>78</sup>. In molti hanno ipotizzato ad una creazione di un codice civile unico di diritto privato e, se mai questo progetto europeo si materializzerà, dovrà necessariamente fare affidamento ai modelli sopra elencati (Convenzione di Vienna, Principi UNIDROIT e Principi di diritto europeo dei contratti) e dovrà produrre un sistema di diritto privato misto, basato sulla cooperazione di elementi di *common law* e *civil law*<sup>79</sup>.

## **2. L'importante influenza della Scozia sull'Unione Europea**

La Scozia è parte del Regno Unito dal 1707, tuttavia il suo sistema giuridico si differenzia da quello inglese e mantiene una propria indipendenza, sebbene si siano verificate, sia in passato che attualmente, svariate e rilevanti interazioni.

Il diritto scozzese viene suddiviso in quattro periodi: il periodo feudale (che va dalla battaglia di Carham in cui si stabilirono gli attuali confini della Scozia, nel 1018, alla morte di re Robert the Bruce, nel 1329), l'età oscura (fino al 1532, quando fu creata la *Court of Session*), il periodo romano (dal 1532 fino alle guerre napoleoniche, quando si assistette ad una grande influenza da parte del diritto romano) e il periodo moderno (caratterizzato dall'autorità del diritto inglese sul diritto locale, in seguito all'Unione dei parlamenti, nel 1707, e all'avvio della funzione di una corte d'appello finale in materia civile della Camera dei Lord).

Il periodo feudale fu caratterizzato dall'identificazione della Scozia come regno separato. Venne introdotto dall'Inghilterra il feudalesimo - che

---

<sup>78</sup> Ad esempio, un concetto globale di violazione del contratto è ormai stato raggiunto in tutta Europa, anche se questo in alcuni paesi di *civil law* ha richiesto un lungo processo d'adattamento.

Si veda Basedow J., (2005), "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", in *International Review of Law and Economics*, n. 25, p 487.

<sup>79</sup> Si rinvia a MacQueen H., (2003), "Looking Forward to a Mixed Future: A Response to Professor Yiannopoulos", in *Tulane Law Review*, n. 78, pp. 411-418.

continua ancora oggi ad essere un elemento fondamentale del diritto di proprietà del terreno – secondo il quale i feudatari si garantivano l'assegnazione di terre in cambio di aiuti elargiti al Re in prevalenza a fini militari. Inoltre si assistette all'influenza del diritto canonico romano – il quale continuò ad essere la base di gran parte del diritto di famiglia moderno – amministrato dai tribunali della Chiesa, addetti alla risoluzione delle controversie in ambito familiare e in materia successoria.

L'amministrazione della giustizia era di competenza del monarca, tuttavia la funzione di tutela dei diritti in ambito civile era delegata agli sceriffi locali, i quali erano inoltre investiti della competenza di contenere i reati penali. Infine un'altra fonte principale del diritto, in questo periodo iniziale e nella fase successiva, fu il diritto consuetudinario.

Dopo la morte di re Robert the Bruce, nel 1329, la legge scozzese entrò in una cosiddetta "epoca oscura", risultante dalla lotta politica in corso, dalle difficoltà economiche e dal debole potere governativo. Questo periodo, tuttavia, garantì una buona base per l'*Auld Alliance*, ossia l'alleanza tra la Scozia e la Francia, la quale favorì l'adozione di istituzioni francesi nel Regno di Scozia e promosse la formazione di molti avvocati scozzesi in Francia. Da questo periodo, il sistema giuridico scozzese assunse il carattere di un sistema fondamentalmente civile, simile a quelli dell'Europa continentale, arrivando a differenziarsi dalla tradizione anglo-americana di *common law*; inoltre venne istituito un Parlamento scozzese, i tribunali della Chiesa consolidarono la propria egemonia sul diritto di famiglia e, nel 1532, venne creata la *Court of Session*.

Il terzo grande periodo, l'età della ricezione del diritto romano in Scozia, è da considerarsi il frutto del risveglio della cultura classica. Gli avvocati scozzesi, istruiti nelle grandi università di Parigi, Orléans, Utrecht e Leiden, dimostrarono la loro padronanza della terminologia, del pensiero e dei concetti (assimilati dal diritto romano), avendo preso per modello le

Istituzioni di Gaio, il Digesto di Giustiniano e gli scritti degli studiosi del diritto civile europeo del XVI e XVII secolo.

Le norme e i principi di *civil law* furono quindi incorporati nel *corpus* di diritto scozzese, per designare regole e dettami che il diritto consuetudinario non poteva fornire. A questo periodo appartengono le grandi opere istituzionali del diritto scozzese, in particolare quelli di Erskine, Bell, Lord Stair e Hume, che cominciarono a plasmare in modo organico il diritto scozzese, includendo altresì le decisioni pronunciate dai giudici.

La competenza e la tecnica dei giuristi scozzesi raggiunse in alcuni casi degli standard tali da permettere a questi ultimi di accedere alle più importanti cariche giudiziarie anche in Inghilterra: è il caso di Lord Mansfield, giurista scozzese, che dal 1756 al 1788 fu a capo del *King's Bench*, arrivando quindi a enunciare rilevanti sentenze, sia in materia civile che commerciale, usufruendo della propria padronanza del diritto di *civil law*<sup>80</sup>.

La fase di ricezione portò tra l'altro a cambiamenti politici epocali, i quali interessarono la legge e il sistema legale e giudiziario scozzese. Nel 1560, con la Riforma scozzese, si verificò la rimozione dei tribunali della Chiesa cattolica romana e della loro giurisdizione in materia di matrimoniale.

L'Unione delle Corone di Scozia e d'Inghilterra, sotto Giacomo VI nel 1603, coinvolse la Scozia nella lotta tra il re e il Parlamento, che perseverò per tutto il XVII secolo in Inghilterra. L'istituzione del Registro Generale di Sasines (per la registrazione della proprietà terriera), nel 1617, e la creazione della Corte di Giustizia (il più alto tribunale penale scozzese), nel 1672, ha prodotto effetti duraturi.

Nel 1707 venne emanato l'Atto d'Unione, con il quale la Scozia entrò a far parte del Regno Unito. Come conseguenza venne eliminato il Parlamento scozzese ma non il diritto scozzese, che cominciò a subire l'influenza del diritto inglese.

---

<sup>80</sup> In alcuni verdetti citò esplicitamente l'*Ordonnance de la marine* del 1681, documento emanato da Luigi XIV che si allineava alla dottrina di Pothier e al diritto privato francese.

L'influenza del diritto romano in Scozia terminò con la fine di questo periodo, in parte perché la *Court of Session* aveva ormai sviluppato una propria giurisprudenza, in parte perché i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza continentale diventavano sempre meno necessari. Infine, dopo 1707, il ruolo del Parlamento del Regno Unito, in veste di legislatore per la Scozia, e la posizione della Camera dei Lord, la corte d'appello finale in materia civile scozzese, portarono alla graduale introduzione di sempre più elementi di *common law* nel sistema giuridico scozzese.

I punti di divergenza tra il diritto scozzese e il diritto inglese riguardavano: il sistema dei *writs*, sconosciuto in Scozia; la giurisdizione di *equity*, concetto estraneo al sistema scozzese e l'ignoto impiego della giuria come giudice nel processo.

Nel periodo moderno, a partire circa dal 1800, la legge scozzese è stata sempre più influenzata dal diritto inglese di *common law* e dalla legge statutaria, in particolare nel campo commerciale, in quello del lavoro e nelle questioni amministrative.

Se da un lato persistevano delle differenze, dall'altro il diritto scozzese si avvicinò al diritto inglese sia sotto il profilo dell'evoluzione del sistema, in quanto il diritto scozzese inglobò nel proprio ordinamento regole e principi vigenti del diritto inglese, sia sotto il profilo metodologico, dal momento che anche i giudici scozzesi iniziarono a rispettare i precedenti legali. Questi ultimi lo fecero spontaneamente, a partire dai casi che prevedevano l'applicazione dei principi o delle regole comuni ai due sistemi e quando venivano interpellate leggi vigenti in tutto il Regno Unito.

Dopo il 1707, infatti, si assistette alla fusione del Parlamento scozzese e di quello inglese in un unico organo: il Parlamento del Regno Unito, con sede a Londra, caratterizzato dal potere di divulgare nuove leggi, dirette a tutto il territorio del regno, e dalla facoltà di migliorare le leggi varate in epoca precedente dal parlamento scozzese.

Sebbene il diritto scozzese possa quindi dirsi influenzato dal diritto inglese, il patrimonio di *civil law* è ancora molto evidente nella struttura del diritto privato scozzese, così come nella sua terminologia, nel suo contenuto (ad esempio, in materia di obbligazioni, dei delitti, dei beni mobili e immobili, dei beni mobili materiali e immateriali, delle ipoteche, ecc.) nella prevalenza di espedienti latini (ad esempio *ius Quaesitum tertio*, *arrestment annuncio fundandam jurisdictionem*, *forum non conveniens*, *condictio indebiti*) così come nel metodo deduttivo adottato in fase di ragionamento giuridico. Inoltre il *case law* non viene considerato come una fonte del diritto, ma piuttosto un'apprezzabile espediente adatto ad interpretare e attribuire ai singoli casi le disposizioni generali e astratte incluse nelle leggi o negli atti a essa accostati.

È appropriato considerare il processo di *devolution*<sup>81</sup>, manifestatosi di recente nel Regno Unito, per merito del quale si è istituito un nuovo Parlamento scozzese.

Infatti, a seguito di un referendum avvenuto nel 1977, venne istituito un organo legislativo, con sede a Edimburgo, rivolto al territorio scozzese, investito del potere di legiferare autonomamente in tutte le materie previste dallo *Scotland Act* del 1998. Tale atto prevede che il parlamento scozzese abbia una competenza legislativa generale riservando solo alcune specifiche materie al Parlamento di Westminster, il quale dispone tuttavia del potere di correggere o delimitare la portata delle leggi scozzesi.

Infine, a seguito dell'adesione del Regno Unito all'Unione Europea nel 1973, la Scozia ha recepito il diritto comunitario. Esso, fondendo la tradizione di *common law* con quella di *civil law*, si avvicina notevolmente al diritto scozzese, il quale, per questo motivo, viene impiegato come strumento di mediazione dal Regno Unito con lo scopo di partecipare alle istituzioni comunitarie, nelle quali la presenza di giuristi formati nell'ambito Scozzese – e quindi in una giurisdizione mista – risulta molto rilevante.

---

<sup>81</sup> Processo attraverso il quale uno Stato centralizzato estende le competenze amministrative e legislative alle autonomie territoriali, elargendo loro nuovi incarichi.

### **3. L'esperienza dei sistemi misti assiste l'armonizzazione europea**

Non mancano varie opinioni su come stabilire un diritto privato più uniforme, valido per l'Unione europea, sebbene sia chiaro che non tutti concordano sulla stessa posizione da trarre in base all'esperienza delle giurisdizioni miste. La visione d'armonizzazione europea più ammissibile per dare importanza alle esperienze dei sistemi misti sembra essere quella che prende come punto di partenza la cosiddetta concorrenza giurisdizionale. Nella versione autentica della concorrenza giurisdizionale come proposto dall'autore americano Charles Tiebout<sup>82</sup>, ogni giurisdizione è disciplinata dalle preferenze dei suoi cittadini. Come le propensioni tra i cittadini possono essere diverse, anche la concorrenza tra le diverse giurisdizioni è probabile che emerga: i consumatori e le imprese potranno lasciare la giurisdizione che non amano a favore della giurisdizione che trovano più attraente. Ciò significa che i governi nazionali sono stimolati a rendere la propria giurisdizione la più attraente possibile<sup>83</sup>.

La concorrenza giurisdizionale è caratterizzata da due positive peculiarità rispetto alla legislazione centrale. In primo luogo permette di sperimentare, infatti guardando gli espedienti adottati da altri paesi per la risoluzione di

---

<sup>82</sup> Si veda Tiebout C., (1956), "A Pure Theory of Local Expenditures", in *Journal of Political Economy*, n. 64, p. 416.

<sup>83</sup> Si faccia riferimento a Ogus A., (1999), "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 48, p. 405. In tale opera l'autore illustra quelli per per lui sono i tre compiti principali del diritto comparato. Il primo prevede un'indagine inerente alle differenze tra i sistemi giuridici facendo riferimento, in particolare, ai risultati dell'applicazione dei principi nei sistemi giuridici. Il secondo si occupa di tracciare gli sviluppi nelle relazioni tra i sistemi giuridici e, quindi, va a esplorare le tendenze di convergenza o divergenza (in termini di differenze "reali"), notando che in alcune zone di convergenza può essere richiesto l'uso di strumenti giuridici internazionali. Il terzo compito è quello di spiegare e valutare tali sviluppi, cercando di spiegare il motivo per cui i sistemi convergono o divergono.

problemi legali, indica se queste tecniche funzionano in un determinato modo. Da questo punto di vista gli Stati possono infatti essere visti come "laboratori sperimentali"<sup>84</sup>. È probabile che questi tipi di esperimenti porteranno all'innovazione, quindi i paesi che riterranno valide certe regole legali e determinate soluzioni estere saranno tentati ad adottarle per i propri cittadini.

In secondo luogo la concorrenza giurisdizionale permette che le preferenze divergenti siano soddisfatte contemporaneamente, al contrario della legislazione centrale che ridurrebbe tutto ciò. A delineare questo concetto, tuttavia, ci pensa il modello originale di Tiebout<sup>85</sup>, secondo il quale la concorrenza giurisdizionale non deve concretizzarsi attraverso lo spostamento di persone in un'altra giurisdizione. Infatti la concorrenza tra i sistemi giuridici può avvenire anche in un modo meno gravoso, vale a dire compiendo una scelta di legge per una giurisdizione specifica; mentre nei contratti e nel diritto societario tale scelta legislativa può in genere essere fatta dalle parti<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Louis Brandeis, avvocato e giurista statunitense, spiegò che continuare la sperimentazione in materie sociali ed economiche è una grande responsabilità, tuttavia la negazione del diritto di sperimentare può essere piena di conseguenze gravi per la nazione. Infatti tale diritto favorisce uno degli eventi positivi del sistema federale, ossia che un singolo Stato possa, nell'ipotesi in cui i suoi cittadini lo permettano, fungere da laboratorio per provare nuovi esperimenti sociali ed economici.

<sup>85</sup> Tale modello riassume il fenomeno della mobilità: i cittadini delusi dalle politiche intraprese dai propri governi locali si muoveranno verso altri luoghi, causando in tal modo, concorrenza tra i governi mediante il procedimento noto come "voto con i piedi". Su tale schema si basa la competizione per lo sviluppo locale: i governi cercheranno di attirare sul proprio suolo le attività economiche, vista la mobilità delle imprese e, più in generale, del capitale.

Il secondo modello, originariamente ideato da Pierre Salmon, prevede che i cittadini non spostino la loro residenza ma valutino i differenti enti politici paragonando le prestazioni percepite e mutando il proprio voto politico sulla base di tale confronto.

<sup>86</sup> Nell'Unione europea entro i limiti stabiliti dalla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (GUCE 1998 C 27/34) e dal caso Centros.

Nella misura in cui i legislatori o i giudici nazionali decidano di acquisire la legge di origine straniera - come è avvenuto su larga scala nelle giurisdizioni miste – ci si allinea anche con la tesi di Tiebout: le preferenze soddisfatte sono quindi semplicemente quelle dei legislatori nazionali e dei tribunali. C'è ancora un altro aspetto in cui la teoria di Tiebout dovrebbe essere modificata per adattarsi all'esperienza delle giurisdizioni miste. Sia nella tesi principale di Tiebout che in quella successiva non sono tanto i cittadini che si muovono, ma è l'intero sistema giuridico che viene scelto come legge pertinente. Bensì è paradigmatico per i sistemi misti che rilevano solo alcune parti della legge esistente altrove adattare in seguito queste parti alle proprie esigenze. In genere, le aree come il diritto processuale e il *trust law* sono presi dalla tradizione di *common law*, mentre altri (come il diritto di proprietà) sono scelti sulla base del *civil law*.

Secondo il Professore Jan Smits<sup>87</sup>, il quadro teorico della concorrenza giurisdizionale spiega al meglio lo sviluppo delle giurisdizioni miste. Egli inoltre sostiene l'idea che il diritto privato dell'Unione Europea dovrebbe svilupparsi lungo la stessa linea<sup>88</sup>. Difatti ciò che possiamo imparare dai

---

<sup>87</sup> Si veda Smith J., (2008), "Mixed Jurisdictions: Lessons for European Harmonisation?", in *Electronic Journal of Comparative Law*, n.121. Nell'opera appena citata, Smith, dopo una breve discussione sulla visione standard delle esperienze che i sistemi misti hanno da offrire l'Unione europea, identifica il quadro specifico dei sistemi misti che possono apportare la propria esperienza per favorire il processo di armonizzazione europea.

<sup>88</sup> Si faccia riferimento a Smits J.M., (2006), "European private law: a plea for a spontaneous legal order", in Deirdre M. Curtin, Jan M. Smits (ed.), *European Integration and Law*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, p. 55.

Quest'opera si concentra sull'integrazione degli stati europei mediata attraverso il diritto privato. Smith spiega che nel campo del diritto contrattuale la Commissione europea segue una politica a doppio binario, indirizzata a redigere, da un lato, un "quadro comune di riferimento" e, dall'altro, a promuovere un dibattito sulla possibilità di un codice opzionale. Nell'opera si riflette sul contenuto che questi due strumenti dovrebbero avere e su come dovrebbero essere creati, ma anche sulla questione più fondamentale, ossia su come se essi potranno davvero essere i risolutori degli attuali problemi europei. Infine, Smith illustra, avvalendosi di una prospettiva critica, l'influenza dell'Europa sul diritto privato nazionale.



sistemi misti è sicuramente la loro esperienza su come i tribunali e i legislatori sono in grado di fare uso di materiali sia del *civil law* che del *common law*<sup>89</sup> e, allo stesso tempo, non dobbiamo dimenticare che questo processo di selezione – che indica la strada da seguire per fare le scelte giuste da una pluralità di fonti diverse - non è priva di problemi. Nei seguenti paragrafi verranno trattate tali problematiche.

#### **4. Come può un sistema misto adottare regole adeguate**

Uno degli aspetti più problematici della legislazione nelle giurisdizioni miste è la strada attraverso cui si arriva a creare un sistema giuridico – mediante una scelta critica e prediligendo le migliori “regole” da una pluralità di fonti – che, nella pratica, non è sempre correttamente applicata. Sia il diritto scozzese che il diritto sudafricano sono esempi di come a volte le scelte sbagliate siano state fatte da parte dei giudici, ponendo così una minaccia per la qualità di questi sistemi legali<sup>90</sup>.

La ragione principale di tale problema sembra essere quella che i sistemi misti spesso mostrano una tendenza verso una tradizione giuridica o un'altra. Sia in Scozia che in Sud Africa, ci sono stati forti tendenze "puriste" per preservare e rafforzare l'elemento di *civil law* a scapito dell'influenza del *common law*. Un esempio ben noto dalla legge sudafricana è il caso *Regal v. African Superslate (Pty.) Ltd.*, in cui la Divisione d'appello della Suprema Corte ha sostituito la dottrina di contrasto (che era stato ben consolidata da oltre ottant'anni) dalla legge frammentaria romano-olandese sui diritti dei vicini. In tal modo, la Corte ha ritenuto che fosse un peccato la presenza di così poche regole del diritto romano-olandese in questione, e che sarebbero poi semplicemente dovute essere sviluppate.

Ma è successo anche il contrario: in alcune aree del diritto scozzese (in particolare in materia di leggi sull'arricchimento ingiusto), vi era una

---

<sup>89</sup> L'esperienza non sta tanto nel nuovo diritto sostanziale ma nelle lezioni per la selezione, la combinazione e la razionalizzazione delle norme esistenti tratte da una varietà di fonti.

<sup>90</sup> Si veda Plessis J., (1998), "The Promises and Pitfalls of Mixed Legal Systems: the South African and Scottish Experiences", in Stellenbosch Law Review, n. 9, p. 338.

notevole influenza del *common law* proprio perché si sapeva poco circa l'approccio del *civil law*: con un migliore accesso ai materiali di diritto del *civil law* la legge sarebbe probabilmente apparsa diversa.

Da ciò possiamo trarre delle lezioni per il processo di armonizzazione europea. Innanzitutto ogni pregiudizio verso un sistema legale o un altro dovrebbe essere evitato; allo stesso tempo dobbiamo sottoscrivere che questo passaggio non è privo di problemi all'interno dell'Unione europea. A differenza dei sistemi misti, infatti, non vi è alcuna tendenza naturale tra i giudici nazionali e i legislatori europei di guardare all'estero per porre in essere dei confronti legali, anche se questo fenomeno ha subito un miglioramento nel corso dell'ultima decade<sup>91</sup>. Non si può davvero dare la colpa alle istituzioni nazionali per questo: il presupposto necessario, per una migliore magistratura nazionale, comparativamente informata, e per dei migliori legislatori è data dallo sviluppo di un dialogo accademico transnazionale, il quale attualmente non è ancora stato sviluppato ma non appena lo sarà si avranno risultati simili in tutta l'Unione europea. Questo non significa che la legislazione nazionale o gli esiti di casi concreti saranno gli stessi: infatti, quando si tratta di pensare ad argomenti rilevanti, ogni sistema giuridico potrà e dovrà fare la propria scelta.

## **5. Come mantenere la legge di un sistema misto coerente**

Un secondo problema relativo al processo legislativo nelle giurisdizioni miste ha a che fare con la coerenza della legge. Nel momento in cui ci si rifà a fonti diverse - come le giurisdizioni miste hanno fatto ampiamente in

---

<sup>91</sup> È utile fare rinvio a Smith J., (2006), "Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems", in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 513.

Con questo contributo Smith esplora l'uso del diritto comparato, da parte del legislatore e dei tribunali, nelle fasi di creazione, di riforma e d'interpretazione del diritto nazionale. Questo uso pratico del diritto comparato è aumentato considerevolmente nel corso degli ultimi decenni. Il ragionamento comparativo, in particolare, sembra giocare un ruolo sempre più ampio nella stesura dello statuto e delle decisioni dei casi.

passato - una mancanza di coordinamento nella scelta delle regole appropriate può portare ad un'incoerenza della legge. Ogni sistema giuridico, infatti, necessita di qualche meccanismo attraverso il quale la legge risulterà coesa con il complesso. Nei sistemi di *civil law*, sia il legislatore nazionale che la scienza legale hanno un ruolo fondamentale nel garantire questa coerenza, mentre nel *common law* ciò è principalmente pervenuto dal sistema del precedente. I sistemi misti, nella loro fase formativa, sono talvolta caduti preda di una mancanza di tale coordinamento, basta pensare alla legge del Sud Africa e al diritto scozzese in cui l'esatto concetto del principio dello *stare decisis* e il ruolo del mondo accademico sono stati per lungo tempo non così chiari<sup>92</sup>.

Allo stesso tempo, questo problema di coerenza non dovrebbe essere sopravvalutato. In materia di obbligazioni, gli approcci di *civil law* e *common law* spesso non sono in contraddizione, ma piuttosto si integrano a vicenda e la legge sudafricana sui delitti è un meraviglioso esempio di ciò: si accetta la responsabilità civile per gli atti illeciti nei delitti, mentre allo stesso tempo si riconosce l'importanza di individuare delle specifiche manifestazioni di comportamento legati al delitto. La generalizzazione dell'approccio di *civil law* va quindi di pari passo con il riconoscimento simultaneo di illeciti specifici del *common law*.

Proseguendo, la coesistenza si può trovare anche nel campo del diritto contrattuale e nel campo dei trust e dei *covenants*<sup>93</sup>, in cui l'accoglienza di elementi stranieri è più rara. Un esempio è il caso scozzese di Sharp v. Thomson, nel quale la Camera dei Lord ha importato nel sistema del diritto

---

<sup>92</sup> Daniel Visser, a proposito, cita una tendenza costante di stabilire una certa coerenza nel diritto sudafricano: Visser D., (1997), "Placing the Civilian Influence in Scotland: A Roman-Dutch Perspective", in David Carey Miller and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, p. 49.

<sup>93</sup> Sono clausole accessorie attraverso le quali l'inadempiente si obbliga a non porre in atto talune condotte che potrebbero sviluppare in modo sproporzionato il rischio di default, o comunque risultare compromettenti per i creditori.

di proprietà scozzese, essenzialmente di tradizione romana, un'idea di *common law*.

Anche a livello europeo, il problema dell'incoerenza derivante dalla copresenza di fonti diverse non deve essere sovrastimata. L'uso di un dibattito giuridico transnazionale non significa che le regole da una giurisdizione sono semplicemente importate in un'altra giurisdizione, il dibattito invece dovrebbe svolgersi a livello degli argomenti. L'unica convergenza di diritto privato che risulta utile, non consiste nella ricerca di regole o risultati uniformi, ma nell'identificare gruppi comuni di argomenti da considerare in modi diversi nelle varie giurisdizioni nazionali. Questo si adatta bene con l'esperienza di *common law*, in quanto il *common law* inglese, così come si è diffuso in tutto il mondo, è un buon esempio di tale tipo di comunità argomentativa. Nel momento in cui si valuta un caso, i tribunali di *common law* tendono a considerare gli argomenti utilizzati dai loro colleghi stranieri, ma questo non significa che le regole o i risultati siano gli stessi in tutto il mondo. Così, nel caso della Nuova Zelanda di *Invercargill City Council v. Hamlin* (un caso di negligenza), il *Privy Council* ha negato che vi fosse solo un *common law*.

In merito a ciò Lord Lloyd di Berwick<sup>94</sup> ha affermato che la capacità del *common law* di adattarsi alle differenti situazioni dei paesi in cui ha messo radici non è una debolezza ma uno dei suoi grandi punti di forza. Ciò ha permesso alla Corte di applicare in Nuova Zelanda un concetto di negligenza che era sostanzialmente diverso da quello in Inghilterra. Quello che risulta importante in questo contesto è che tali differenti punti di vista risultano basati su una stessa materia ma con un peso diverso.

Questo ovviamente non significa che non vi è alcuna necessità di coordinamento se si aderisce ad un processo di armonizzazione "dal basso". Nelle aree di legge in cui la coerenza è improbabile che provenga dalle attività delle corti e dal solo mondo accademico - come in alcune parti del diritto di proprietà e di insolvenza - un coordinamento da parte del

---

<sup>94</sup> Un ex giudice inglese e un vecchio membro della Camera dei Lords.

legislatore è certamente necessario in quanto gli ordini spontanei hanno dei loro limiti<sup>95</sup>. Ma l'attività legislativa non ha bisogno di assumere la forma di un intervento legale classico e un'alternativa è infatti quella di redigere un opzionale insieme di regole (internamente coerenti) che si affiancano ai codici nazionali<sup>96</sup>.

## **6. Come garantire una continua ispirazione comparativa**

Una delle cose che sorprende qualsiasi estraneo inerentemente al dibattito sulle giurisdizioni miste è la mancanza di consenso su come definire tale giurisdizione. Non è ancora generalmente accettato il criterio per decidere che cosa costituisca un sistema misto; pertanto non è chiaro quale sia il grado di collaborazione che tale sistema debba avere, se questa fusione debba riguardare unicamente il diritto sostanziale o anche la metodologia, come tale miscela debba essere strutturata<sup>97</sup>, o per quanto tempo questa coesione abbia dovuto manifestarsi. Ed è altrettanto certo che la qualificazione di un sistema misto riguardi principalmente il modo in cui la giurisdizione è stata costituita nel passato o come essa si applichi anche ad alcune contemporanee peculiarità di quel sistema. Secondo Jan Smith, la seconda questione si riferisce ad uno dei più importanti dibattiti secondo il quale ci si interroga sulla possibilità di considerare una giurisdizione mista come un ente che non è più aperto alle influenze del *civil law* e della tradizione di *common law*. Di certo un tale sistema legale è diventato autonomo e non ha più bisogno di guardare all'estero per l'ispirazione ma il

---

<sup>95</sup> Si veda Kanning A.J., (2007), "The Emergence of a European Private Law: Lessons From 19th Century Germany", in Oxford Journal of Legal Studies, n. 27, p. 193.

<sup>96</sup> Vi è una proposta d'introdurre un codice opzionale nel campo del diritto contrattuale in tale documento: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, un diritto contrattuale più coerente - Un piano d'azione, COM (2003) 68 def, GUUE 2003 C 63/01.

<sup>97</sup> T.B. Smith, per esempio, utilizza una definizione ristretta di "sistema giuridico misto", ossia quei sistemi in cui i fondamenti civili o romanistici sono stati sovrapposti dalla giurisprudenza anglo-americana". Smith T.B., (1962), Studies Critical and Comparative, Edinburgh, Green.

solo fatto non sussista la necessità non significa che non sia utile farlo. Seguendo questa linea di pensiero la definizione di “giurisdizione mista” è quindi decisa soprattutto mediante il processo attraverso il quale la giurisdizione si avvale di produrre e applicare la legge. Se questo processo è guidato dal continuo desiderio di cercare un’ispirazione comparativa, coinvolgendo una giurisdizione che consiste effettivamente di elementi sia del *civil law* che del *common law*, si può parlare di una giurisdizione mista.

La storia della maggior parte delle giurisdizioni miste mostra che più autonoma la giurisdizione diventa, meno tribunali e legislatori esteri si osservano, e ciò è un peccato<sup>98</sup>. Jan Smith spiega che se si adotta un determinato punto di vista per creare il nucleo di un sistema misto, significa anche che tale giurisdizione non è mista. Il modo per evitare che questo meccanismo si verifichi è quello di consentire in modo continuo la concorrenza tra le varie tradizioni giuridiche. Come ha spiegato William Tetley<sup>99</sup>, la sopravvivenza in lungo periodo di un sistema misto è subordinata alla presenza di almeno due culture diverse o anche di due lingue all'interno della giurisdizione di riferimento: solo se l'importanza di entrambe le tradizioni ("due nazioni" in un unico Stato) è tutelata, il sistema misto fiorirà.

Ad esempio, questo risultato è in linea con il fatto che il diritto scozzese è sbocciato di nuovo con l'Atto di Unione del 1707, con il quale il *civil law* è stato difeso. Lo stesso vale per il Sud Africa, dove il *civil law* venne di nuovo ripreso dopo la creazione dell'Unione del Sud Africa, nel 1910. Non c'è

---

<sup>98</sup> Si veda MacQueen H.L., (2003), “Mixing it? Comparative Law in the Scottish Courts”, in *European Review of Private Law*, n.6, pp. 735.

L'opera si concentra sull'esperienza della Scozia come sistema giuridico misto. Mentre ci si potrebbe aspettare che un tale sistema sia caratterizzato da un approccio comparativo, l'autore dimostra che emergono poche prove di ciò legate all'azione dei tribunali.

<sup>99</sup> Si rinvia a Tetley W., (2003), "Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language" in the *Tulane Law Review*, no. 78, p. 175.

bisogno di spiegare che questo fenomeno ben si concilia con il quadro teorico della concorrenza giurisdizionale.

È lecito chiedersi a questo punto quali lezioni trarre da questi esempi per il processo di armonizzazione europea. L'esperienza delle giurisdizioni miste conferma l'importanza delle giurisdizioni separate, le quali affermano di essere gli attraenti fornitori di legge per il mercato europeo: i vantaggi di un sistema misto vengono maggiormente sfruttati se c'è un confronto permanente tra le regole di diverse origini. I requisiti definiti da William Tetley per un sistema misto di successo sono tutti realizzati a livello europeo: accanto alla presenza di varie culture e lingue (legali), Tetley spiega che anche la coesistenza di diverse legislature e di differenti sistemi di corte all'interno della giurisdizione contribuisce a promuovere e preservare il suo carattere misto. Inoltre, è importante che la formazione giuridica rifletta le varie tradizioni legali.

La struttura politica attuale dell'Unione europea garantisce che tutte queste competenze possano essere soddisfatte, anche se resta il problema pratico di garantire che vi siano abbastanza informazioni disponibili sulle altre giurisdizioni. In questo caso, ugualmente, l'unico modo possibile per affrontare questa incertezza di informazione è quello di promuovere un dibattito giuridico europeo.

Infine è importante precisare che, il tema appena trattato, non era un invito per trarre insegnamenti dal sostanziale diritto privato delle giurisdizioni miste per il futuro sviluppo europeo. Invece, la sua attenzione era rivolta a capire quali insegnamenti si possono trarre dai sistemi misti che fanno confluire al proprio interno, positivamente o negativamente, elementi di *civil law* e di *common law*. Il punto focale del parere espresso sopra è che una giurisdizione mista dovrebbe essere costantemente alla ricerca di quelle che sono le "migliori" regole e istituzioni e non deve essere guidata da qualsiasi considerazione in qualche modo "nazionalista". Così facendo non c'è dubbio che il futuro del diritto privato nell'Unione europea risieda in

questo processo di ricerca di ispirazione comparativa in argomenti utilizzati altrove, e, a questo proposito, il nuovo *ius commune* sarà sempre in divenire, in quanto esso è molto più un processo continuo di un prodotto finale in cui gli ordinamenti nazionali sono stati sostituiti da qualche strumento di armonizzazione. Proprio come i sistemi misti possono beneficiare della potente difesa sia del *civil law* che della tradizione di *common law*, l'Europa può beneficiare della grande esperienza dei singoli Stati membri in materia di produzione e applicazione della legge.



## CONCLUSIONE

In questo lavoro si è posta l'attenzione su un fenomeno attuale, trattato da molti giuristi, che vede l'Unione Europea come un sistema di diritto misto.

L'analisi è partita dai due elementi che contribuiscono a rendere l'Unione europea una giurisdizione mista: il *civil law* e il *common law*. Queste due tradizioni giuridiche, sebbene siano caratterizzate da fondamenti e da principi diversi, stanno subendo un concreto processo di avvicinamento. I vari trattati internazionali, le convenzioni, i principi, i regolamenti, le direttive e le decisioni sono documenti che manifestano e concretizzano questo processo. Nei capitoli precedenti infatti, sono state citate e illustrate: la Convenzione di Vienna, la quale, oltre a occuparsi degli accordi in forma scritta stipulati fra gli stati, tratta la formazione, la validità e l'efficacia degli stessi; la Convenzione di New York, catalogata come uno strumento internazionale basilare per favorire il riconoscimento delle sentenze arbitrali; i principi UNIDROIT, mirati a identificare i dettami comuni nelle varie parti dei sistemi giuridici esistenti e rivolti a creare una normativa comune applicabile ai contratti internazionali in grado di facilitare i rapporti giuridici che coinvolgono più ordinamenti fra loro diversi; gli INCOTERMS, regole utilizzate in campo di importazioni ed esportazioni; la *Lex Mercatoria*, ossia un apparato di precetti e regole consuetudinarie finalizzate a disciplinare i rapporti internazionali contrattuali ed extracontrattuali, la quale risulta legata all'affermazione dell'arbitrato del commercio internazionale.

È stato inoltre evidenziato il vantaggio di catalogare il *civil law* e il *common law* in unico livello, allontanandosi dal pensiero dell'ipotesi posneriana, che considera il *common law* come la soluzione ideale per lo sviluppo economico di un determinato paese (a discapito della tradizione di *civil law* che risulterebbe vincolata dai numerosi interventi statali che compromettono il libero mercato). A proposito, non solo si è visto che, come precedentemente spiegato, le due tradizioni risultano più vicine (il *civil law* concede più spazio ai giudici in fase di creazione del diritto, mentre il

*common law* elargisce minori libertà ai tribunali), ma esse arrivano addirittura a collaborare creando nuove giurisdizioni miste, le quali, oltretutto, smentiscono le teorie inerenti al mito delle traduzioni giuridiche di *pure law*.

Dopo aver identificato tali soggetti di diritto, sono stati elencati alcuni modelli storici di sistemi misti, quali: l'Impero romano, l'Impero ottomano, il Québec, la Louisiana, il Giappone e la Scozia – l'esempio più vicino alle dinamiche europee.

Tali giurisdizioni miste risultano fondamentali in fase di catalogazione dell'Unione europea come giurisdizione mista. Esse infatti si pongono come dei veri e propri "laboratori di diritto", in grado di fornire all'UE esempi o punti di forza. Nell'ambito dell'adozione di regole adeguate, le giurisdizioni miste incoraggiano i legislatori e i giudici nazionali a non avere pregiudizi verso i sistemi legali stranieri, favorendo, viceversa, un dialogo finalizzato a decretare principi appropriati. Dal punto di vista del mantenimento di un sistema legislativo coerente, i sistemi misti ci insegnano a promuovere un dibattito giuridico transnazionale, a livello di materie o argomenti, che si tramuta in un processo di armonizzazione dal basso.

Tornando all'oggetto dell'analisi di questa ricerca, la classificazione dell'Unione europea come un sistema misto può sembrare, da una prima analisi, evidente. D'altro canto, è abbastanza inusuale catalogare un sistema transnazionale come una giurisdizione mista. Nell'ipotesi in cui l'Unione Europea venga considerata come un sistema giuridico misto, il diritto UE potrebbe trarre ispirazione e imparare dalle giurisdizioni miste già esistenti.

Le giurisdizioni miste tradizionalmente combinano elementi di *civil law* e *common law* in un modo prestabilito. Di solito il *common law* si occupa di diritto pubblico, mentre il *civil law* disciplina il diritto privato. Anche se questa definizione è molto semplice e non tiene conto delle diversità tra le giurisdizioni miste non tradizionali, essa servirà ai fini di determinare se

l'Unione europea soddisfi gli standard di un sistema giuridico misto.

È giusto chiedersi a questo punto se entro l'Unione europea si combinino *civil law* e *common law* nello stesso modo in cui ciò accade nelle giurisdizioni miste. A riguardo, nel primo capitolo, si spiega che il *civil law* è caratterizzato da una struttura più generalizzata e da leggi codificate; mentre il *common law* si distingue piuttosto grazie all'insieme delle regole e dei principi enunciati dalle decisioni giudiziarie (*case law*).

A prima vista l'UE ha un grande corpo di trattati e regolamenti che possono essere visti come codici. La sua legge è anche ulteriormente modellata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Così, l'Unione europea fonde gli elementi di *common law* con quelli di *civil law*. Tuttavia le sentenze della Corte di giustizia si avvicinano maggiormente alle decisioni interpretative dai tribunali civili piuttosto che a quelle di forma creativa emanate dai giudici di *common law*.

Di conseguenza, l'Unione europea non soddisfa questo primo criterio e pertanto non può essere considerata una giurisdizione mista nel senso tradizionale ma come un soggetto di diritto che si affaccia a diventare – o, per alcuni giuristi, è già – una giurisdizione mista sovranazionale. Al contrario delle giurisdizioni miste tradizionali, il diritto dell'UE è il prodotto di norme dei paesi di *civil law* assegnate a pochi membri di *common law* e questa situazione è l'esatto opposto del modo in cui i sistemi giuridici misti si sono storicamente sviluppati. A tale proposito, ecco la già citata necessità di ispirarsi alle giurisdizioni miste per risolvere i problemi di ricezione del diritto dell'UE nei paesi membri di *common law*, ponendo tali *mixed jurisdictions* come modelli e archetipi.

Poiché questa tesi si chiude al giorno 30 giugno 2016, appare opportuno dare un ulteriore significato a ciò che si è mostrato, attraverso il referendum del 23 giugno 2016 – denominato “*Brexit*”, abbreviazione di “uscita britannica” dall’Unione europea – che ha coinvolto il Regno Unito. Sebbene il Regno Unito abbia scelto di uscire dall’UE, si sono subito manifestati

sentimenti contrastanti al risultato del “*leave*”, sia in Irlanda del Nord che (soprattutto) in Scozia, che ora potrebbero sfociare in nuove richieste di referendum, secessione o indipendenza. A dimostrazione di ciò va segnalato che il 66% degli scozzesi ha votato per restare nell’Unione europea, ritenendo che l’uscita dall’UE andrebbe contro gli interessi del Paese. Inoltre il primo ministro scozzese Nicola Sturgeon ha ricordato l’articolo 29 dello Scotland Act, il quale sancisce che, in caso di qualunque atto volto ad abolire l’applicazione dei regolamenti europei, il Parlamento scozzese dovrà esprimere il proprio consenso. La sua dichiarazione ha trovato l’appoggio del Partito Nazionale Scozzese, il quale ha affermato che occorrerà trovare il modo per preservare e garantire i rapporti con Bruxelles.

## BIBLIOGRAFIA

ATIYAH P. S., (1978), *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, Oxford, Oxford University Press.

BASEDOW J., (2005), "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", in *International Review of Law and Economics*, n. 25, p. 487.

BERKOWITZ D., Pistor K. & Richard J., (2003), "Economic Development, Legality, and the Transplant Effect", in *European Economic Review Journal*, n. 47, pp. 165-195.

BERKOWITZ D., (2005), "American *Civil law* Origins: Implications for State Constitutions", *American Law and Economics Review*, n.7, pp. 62-84.

CRÉPEAU P.A., "Foreword" to the Report on the Québec Civil Code, vol. 1, *Draft Civil Code*, Editeur officiel du Québec, Québec (1978), XXVII-XXVIII.

DAVID R. & BRIERLEY J.E.C., (1985), *Major Legal Systems in the World Today*, 3 Ed., London, Stevens & Sons, London.

EVANS-JONES R., (1998), "Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law", in *Law Quarterly Review* (LQR), n. 114, pp. 228-249.

GAROUPA N. & LIGÜERRE C.G., (2011), "The Syndrome of the Efficiency of the *Common law*", in *Boston University International Law Journal*, n. 29, pp. 287-293.

GLENN H.P., (1996), "Quebec: Mixing and Monism", in Esin Orücü (ed.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, London, Kluwer Law International, pp. 1-15.

GLENN H.P., (2006), "Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions", in R. Zimmermann & M. Reimann (eds), in *The Oxford*

*Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 421-440.

GUCHET Y., (1992), "La pensée politique", Paris, Armand Colin.

GUTERMAN S.L., (1990), *The principle of the personality of law in the Germanic kingdoms of Western Europe from the fifth to the eleventh century*, New York, Peter Lang Publishing.

HONNOLD J.O., (1999), "*Uniform Law for International Sales*", The Hague, Kluwer Law International.

KANNING A.J., (2007), "The Emergence of a European Private Law: Lessons From 19th Century Germany", in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 27, p. 193.

KÖTZ H., (2003), *The Value of Mixed Jurisdictions*, in *Tul. L. Rev.*, n. 78, pp. 435-439

LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A. & VISHNY R.W., (1998), "Law and Finance", in *Journal of Political Economy*, n. 106, pp. 1113-1155.

LA PORTA R., LOPEZ-DE-SILANES F., SHLEIFER A., (2008), "*The Economic Consequences of Legal Origins*", in *Journal of Economic Literature*, n. 46(2), pp. 285-332.

LANDO O., BEALE H., (2000), "*Principles of European Contract Law*", The Hague/London/Boston Kluwer Law International.

LUPOI M., (2000), *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, University of Cambridge Press.

MACCORMICK D.N., SUMMERS R.S., (1997), "*Interpreting Precedents: A Comparative Study*", Dartmouth Publishing Co Ltd.

MACQUEEN H., (2003), "Looking Forward to a Mixed Future: A Response to Professor Yiannopoulos", in *Tulane Law Review*, n. 78, pp 411-418.

MACQUEEN H.L., (2003), "Mixing it? Comparative Law in the Scottish Courts", in *European Review of Private Law*, n.6, pp. 735.

MAHONEY P.G., (2001), "The *Common law* and Economic Growth: Hayek Might Be Right", in *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, n. 30, p. 503.

MAZEAUD H., (1996), "Leçons de Droit Civil", in F. Chabas (edited by), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, pp.110-172.

MENSKI W., (2006), *Comparative Law in a Global Context The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, *Cambridge University Press*.

NEGRI A., (2010), *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, Giappichelli Editore.

OGUS A., (1999), "Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law", in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 48, p. 405.

ÖRÜCÜ E., (1996), "Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search", in ÖRÜCÜ, E., Attwooll, E. and Coyle, S. (edited by.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, pp. 335-352.

ÖRÜCÜ E., (1996), "Turkey: Change Under Pressure", in ÖRÜCÜ, E., Attwooll, E. and Coyle, S. (edited by.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, pp. 89-113.

PALMER V., (2001), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge University Press.

PALMER V.V., (2007), *Mixed Legal Systems... and the Myth of Pure Laws*, *Louisiana Law Review*, n.67, pp. 1205-1218.

Parlamento Europeo, (1989), "Risoluzione su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri", GU C 158 del 26.6.1989, pag. 400 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NOT/?uri=OJ:C:1989:158:TOC>.

Parlamento Europeo, (1994), ""Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States, GU C 205 del 25.7.1994, pag. 518" <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NOT/?uri=CELEX:51994IP0329>.

PEJOVIC C., (2011), "Civil law and common law: two different paths leading to the same goal", in Victoria University of Wellington Law Review, n.32, p.817-841.

PLESSIS J., (1998), "The Promises and Pitfalls of Mixed Legal Systems: the South African and Scottish Experiences", in Stellenbosch Law Review, n. 9, p. 338.

POSNER R.A., 1973, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company.

REID K.G.C., (2003), "The Idea of Mixed Legal Systems", *Tulane Law Review*, n. 78, pp. 5-40.

SCHLECHTRIEM P., (1998), "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)", Oxford, Clarendon Press.

SMITS, J.M., (2001), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Groningen, Intersentia

SMITS J.M., (2002), *The Making of European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Maastricht, Metro.

SMITH J.M., (2006), "Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems", in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 513.

SMITS J.M., (2006), "European private law: a plea for a spontaneous legal order", in Deirdre M. Curtin, Jan M. Smits (ed.), *European Integration and Law*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, p. 55.



SMITH J.M., (2008), "Mixed Jurisdictions: Lessons for European Harmonisation?", in *Electronic Journal of Comparative Law*, n. 121, <<http://www.ejcl.org/121/art121-23.pdf>>.

SMITH T.B., (1962), *Studies Critical and Comparative*, Edinburgh, Green.

TETLEY W., (1988), *Marine Cargo Claims*, Montreal, Montreal, Les Editions Yvon Blais, pp. 45-47.

TETLEY W., (1999), "Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)", in *Uniform Law Review*, n.4, pp. 877-905.

TETLEY W., (2003), "Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language," in the *Tulane Law Review*, no. 78, p. 175.

TIEBOUT C., (1956), "A Pure Theory of Local Expenditures", in *Journal of Political Economy*, n. 64, p. 416.

VAN GERVEN W., (1997), "ECJ case-law as a means of unification of private law?", in *European Review of Private Law Journal*, n. 5, pp. 293–308.

VISSER D., (1997), "Placing the Civilian Influence in Scotland: A Roman-Dutch Perspective", in David Carey Miller and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, p. 49.

WAGNER G., (2005), "The Virtues of Diversity in European Private Law", in Jan Smits (ed.), *The Need for a European Contract Law*, Groningen, Europa Law Publishing, p. 5.

WALTON F.P., (1907), *The Scope and Interpretation of the Civil Code*, Montreal, Wilson & Lafleur Ltée.

WILLIAMSON C., (2005), *The laws of the Roman Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, Ann Arbor, University of Michigan Press.