

ANTONIO GAMBARO

RODOLFO SACCO

SISTEMI GIURIDICI COMPARATI

Quarta edizione

UTET
GIURIDICA

Distribuzione dei compiti fra gli autori

CAPITOLI I, II (pagine 1-30): l'autore è R. SACCO

CAPITOLI III, fino a IX (pagine 31-296): l'autore è A. GAMBARO

CAPITOLI X, fino a XIV (pagine 297-418): l'autore è R. SACCO

1128590

Copyright 2018 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97, Edificio B3, 20142 Milano

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p. A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Composizione: Integra Software Services Pvt. Ltd
Finito di stampare nel mese di maggio 2018
da L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'industria, 2 - 36100 VICENZA

INDICE

CAPITOLO PRIMO LA COMPARAZIONE GIURIDICA

Sezione I. – OGGETTO E SCOPO DELLA COMPARAZIONE

1. Oggetto della comparazione	<i>p.</i>	1
2. La comparazione nella formazione del giurista	»	2

Sezione II. – IL METODO

1. Varietà dei formanti dell'ordinamento	»	3
2. I singoli formanti	»	4
3. I crittotipi	»	6

Sezione III. – I PROBLEMI DI LINGUA

1. Lingue e sistemi giuridici	»	7
2. La traduzione	»	8
3. Il comparatista e la traduzione	»	10

Sezione IV. – COME SEMPLIFICARE L'INDAGINE SUI SISTEMI, RACCOGLIENDOLI IN FAMIGLIE

1. Le differenze superficiali e profonde nel diritto	»	10
2. La sistemologia	»	11
3. Le famiglie di sistemi, e i raggruppamenti proposti da R. David	»	12
4. I problemi posti dalla classificazione	»	14

CAPITOLO SECONDO LA DIVERSITÀ E L'UNIFORMITÀ NEL DIRITTO

Sezione I. – IL VALORE DELLA DIVERSITÀ

1. La diversità nella cultura e nella natura	p.	17
2. La variazione, madre della diversità	»	18

Sezione II. – CONTRAPPOSIZIONI NOTEVOLI NEI CARATTERI DEI DIVERSI MODELLI

1. Le diversità estreme nell'ambito del diritto	»	19
2. Diritto con, o senza, il legislatore	»	19
3. Diritto con, o senza, il giurista	»	20
4. Diritto con, o senza, lo Stato	»	20
5. Diritto e soprannaturale	»	21
6. Il pluralismo giuridico	»	22

Sezione III. – LA MUTAZIONE GIURIDICA

1. L'evoluzione	»	23
2. Il soggetto della mutazione	»	24
3. Le cause della innovazione	»	24

Sezione IV. – L'UNIFORMAZIONE GIURIDICA

1. La diffusione	»	26
2. L'epoca dell'unificazione	»	27
3. Qualche obiezione all'uniformazione	»	27
4. L'ostacolo all'uniformazione	»	29

CAPITOLO TERZO LA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE

1. L'opposizione tra common law e civil law	»	31
2. Le origini culturali della contrapposizione tra common law e civil law ed i motivi del suo ripensamento	»	33
3. L'avvento del costituzionalismo e il venire in essere dei sistemi giuridici misti	»	36
4. La nozione di tradizione giuridica occidentale	»	38
5. Significato e limiti della ricostruzione storica delle tradizioni giuridiche	»	44

CAPITOLO QUARTO COMMON LAW ED EQUITY IN INGHILTERRA

Sezione I. – IL PERIODO FORMATIVO

1. I caratteri generali del Regno Normanno	»	47
2. Il sistema dei writs	»	50

**Sezione II. – IL CONSOLIDAMENTO DEL
COMMON LAW E LA NASCITA DELL'EQUITY**

1. La formazione del ceto forense in Inghilterra	p.	53
2. L'evoluzione del sistema dei writs tra consenso dei giuristi e consenso sociale	»	58
3. L'analogia da un caso all'altro nel percorso dal torto all'inadempimento	»	61
4. La tecnica del pleading	»	65
5. Le conseguenze di lungo periodo del sistema dei writs	»	66
6. La Court of Chancery e l'Equity	»	69
7. Una creazione dell'Equity: il trust	»	72
8. La contrapposizione tra common law ed Equity	»	76
9. Il prevalere della rule of law.	»	80

**Sezione III. – LE RIFORME GIUDIZIARIE
DEL XIX SECOLO E LE LORO CONSEGUENZE**

1. Il diritto inglese di fronte alla rivoluzione industriale	»	82
2. Le riforme dell'organizzazione giudiziaria e la fusione tra common law ed Equity	»	85
3. L'abolizione delle forms of actions e l'affermarsi del precedente vincolante.	»	87
4. Il declino della teoria dichiarativa del precedente giudiziale.	»	89
5. Il sorgere delle nuove categorie ordinanti	»	91

**Sezione IV. – IL DIRITTO INGLESE DELL'EPOCA
CONTEMPORANEA E LE RIFORME DEL XXI SECOLO**

1. Il sistema delle corti ed il processo civile nel sistema inglese attuale	»	95
2. Le professioni legali	»	101
3. La letteratura giuridica inglese e lo stile delle sentenze	»	103

**CAPITOLO QUINTO
L'ESPERIENZA GIURIDICA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA**

**Sezione I. – L'ORIGINALITÀ DELL'ESPERIENZA
AMERICANA IN PROSPETTIVA STORICA**

1. La ricezione del common law nelle colonie americane	»	111
2. La rilevanza della Costituzione federale: il contesto storico-politico delle sue origini	»	114
3. Il progetto di un "Limited Government" nelle intenzioni dei costituenti	»	118
4. L'introduzione della judicial review.	»	121
5. Le riforme e l'organizzazione del processo nell'esperienza americana nei secoli XIX e XX	»	126
6. La letteratura e l'insegnamento universitario	»	128
7. Il rinnovamento della cultura giuridica americana nella prima metà del XX secolo	»	132
8. L'influsso del New Deal e la fine del laissez faire	»	135
9. L'età dei diritti e dell'eguaglianza	»	138

Sezione II. – LA FONTI DEL SISTEMA AMERICANO ATTUALE

1. Diritto e giurisdizione federale e diritto e giurisdizione degli Stati	»	140
---	---	-----

2. La parabola del Federal Common Law	p.	142
3. La attuale sfera di azione del diritto federale e le leggi modello	»	145
4. Convergenze giurisprudenziali ed il problema dello stare decisis	»	147
5. Gli Statutes e la loro interpretazione	»	152
6. Le fonti di cognizione	»	158
7. La letteratura giuridica e le teorie accademiche	»	160
8. Le professioni legali	»	165

CAPITOLO SESTO

LE RADICI COMUNI DELLE ESPERIENZE DI CIVIL LAW

1. Il contesto storico	»	169
2. Gli esordi della scientia juris e l'insegnamento universitario	»	170
3. La scientia juris ed il problema della "legittimazione".	»	171
4. L'interpretatio come momento di sutura tra autorità e ragione, e tra logica ed aequitas	»	175
5. I lasciti perenni: il diritto come applicazione di norme	»	177
6. La giurisprudenza come scienza teoretica	»	178
7. L'apporto della Chiesa e del diritto canonico	»	180
8. Carattere unitario del jus commune e della scientia juris europee nei secoli XIV-XVIII	»	182
9. Il Giusnaturalismo	»	184
10. La crisi del diritto comune	»	190
11. L'ideologia della legislazione	»	193
12. Le codificazioni illuministiche	»	195

CAPITOLO SETTIMO

IL MODELLO FRANCESE

1. Il modello francese in prospettiva storica	»	197
2. Stato, ordine e legge nella tradizione francese	»	199
3. Fratture e continuità nel momento rivoluzionario	»	202
4. Il nuovo ordine	»	204
5. La codificazione	»	206
6. Il Code civil ed il linguaggio della legge	»	208
7. Le lacune del Code civil	»	211
8. L'Ecole de l'Exégèse	»	213
9. La messa in opera del Code civil	»	216
10. Funzioni e stile della giurisprudenza	»	217
11. La Scuola scientifica e l'affermarsi del formante giurisprudenziale	»	220
12. La prevalenza del formante legislativo all'epoca attuale	»	223
13. La riforma del Code civil	»	226

CAPITOLO OTTAVO

IL MODELLO TEDESCO

Sezione I. – LA FORMAZIONE STORICA DEL MODELLO

1. La formazione del diritto tedesco all'epoca del jus commune	»	229
2. La scuola storica tedesca	»	231

Indice

IX

3. Il metodo della scientia juris in Germania dopo Savigny	p.	233
4. La Pandettistica	»	236
5. Il BGB.	»	240
6. Gli sviluppi del diritto e della dottrina tedesca dopo il BGB sino alla metà del XX secolo	»	243

Sezione II. – IL SISTEMA TEDESCO ATTUALE

1. L'assetto costituzionale	»	247
2. Il sistema delle fonti nella BRD	»	250
3. L'organizzazione delle corti e dei tribunali	»	250
4. Il corpus della legislazione privatistica tedesca e la modernizzazione del BGB	»	252
5. L'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale	»	254

CAPITOLO NONO

**I MODERNI SISTEMI DI CIVIL LAW
TRA INFLUENZE FRANCESI E TEDESCHE**

 Sezione I. – LA TRADIZIONE DI CIVIL LAW COME MONDO
COMUNICANTE

1. Realtà e prospettive dei singoli diritti nazionali	»	255
2. Sguardo generale sulla circolazione del modello francese	»	258
3. Sguardo sulla circolazione del modello tedesco	»	260

Sezione II. – LE VICENDE ITALIANE

1. La ricezione dei modelli francesi in Italia	»	261
2. La ricezione dei modelli tedeschi e la ricodificazione del 1942	»	266

Sezione III. – UNO SGUARDO AI PRINCIPALI SISTEMI DI CIVIL LAW

1. L'esperienza svizzera	»	272
2. L'esperienza austriaca	»	275
3. L'esperienza del Belgio e dell'Olanda	»	277
4. La tradizione dei paesi nordici	»	280
5. Tradizione e modernizzazione del diritto nella penisola iberica	»	282
6. I sistemi giuridici latino-americani	»	285

Sezione IV. – IL RINNOVO DEL *JUS COMMUNE EUROPEUM*

1. I problemi della edificazione di un mercato unico nell'Unione Europea	»	288
2. Il percorso verso un diritto comune: successi e ostacoli	»	290

CAPITOLO DECIMO L'EST EUROPEO

Sezione I. – L'EST EUROPEO FINO ALL'EPOCA DEL SOCIALISMO

1. I modelli storici operanti nell'Est europeo	p.	297
2. La Boemia, la Moravia, la Slovenia	»	298
3. La Polonia	»	299
4. I paesi baltici	»	300
5. L'Ungheria, la Croazia, la Slovacchia e la Transilvania	»	300
6. La Russia e l'Ucraina	»	302
7. La Valacchia e la Moldavia	»	304
8. Gli Slavi del Sud	»	305

Sezione II. – IL PERIODO DEL SOCIALISMO

1. La concezione marxengelsiana della società e della storia e la rivoluzione d'ottobre	»	307
2. La scelta socialista	»	308
3. Politica, diritto, legalità	»	309
4. Speciali formanti e caratteri dei sistemi socialisti	»	311

Sezione III. – ALCUNI ISTITUTI-CHIAVE AL TEMPO DEL SOCIALISMO

1. La costituzione, le nazioni e le lingue	»	312
2. L'individuo e i suoi diritti	»	313
3. La famiglia	»	314
4. La proprietà	»	315
5. La produzione e lo scambio	»	316
6. I rimedii	»	317

Sezione IV. – L'EST EUROPEO DOPO IL PERIODO SOCIALISTA

1. La caduta del potere comunista e le nuove necessità	»	317
2. La legalità e il sistema delle fonti	»	318
3. Le regole	»	320

CAPITOLO UNDICESIMO IL DIRITTO DEI PAESI ISLAMICI

Sezione I. – IL COSIDDETTO DIRITTO ISLAMICO

1. Islam e diritto	»	323
2. La šarī'a	»	325
3. Le diverse interpretazioni	»	327

Sezione II. – LE GRANDI REGOLE DELLA ŠARĪ'A

1. La Comunità islamica	»	328
-----------------------------------	---	-----

2. Il musulmano e l'infedele, l'uomo e la donna	<i>p.</i>	329
3. La famiglia e le successioni	»	331
4. Le relazioni patrimoniali	»	332
5. Il diritto penale	»	333
6. Il giudice e il giudizio	»	333

Sezione III. – I FATTORI EXTRASCIARAITICI

1. La <i>siyāsa</i>	»	334
2. Le consuetudini	»	335
3. Lo stratagemma giuridico	»	336

Sezione IV. – IL DIRITTO DEI PAESI ISLAMICI

1. Modello sciaraitico e società islamica	»	336
2. Le consuetudini	»	338
3. Il pensiero riformista	»	339
4. L'opera del legislatore	»	339
5. La laicizzazione del diritto nei paesi islamici	»	341
6. La <i>šarī'a</i> e i diritti umani	»	343

CAPITOLO DODICESIMO IL DIRITTO INDIANO

Sezione I. – IL DIRITTO INDÙ

1. Il diritto in India	»	345
2. La concezione induista dell'uomo e della regola	»	346
3. Il <i>dharma</i> , norma di rango superiore	»	347
4. Altre regole di condotta	»	349
5. Dal <i>vyavahāra</i> alla dottrina moderna	»	350
6. La messa in esecuzione della regola	»	351

Sezione II. – VICENDE DEL DIRITTO INDÙ E DI QUELLO ISLAMICO IN INDIA

1. Potere islamico e diritto	»	351
2. Potere britannico e mappa delle fonti	»	352
3. Diritto indù, giudice britannico, legislatore coloniale	»	353
4. Diritto islamico e potere britannico	»	355
5. Indipendenza e diritto indù	»	356

Sezione III. – Il diritto territoriale in India

1. Il diritto tradizionale nel tempo del potere britannico	»	356
2. La recezione del diritto inglese	»	357
3. Il diritto dell'indipendenza	»	358

CAPITOLO TREDICESIMO IL DIRITTO NELL'ASIA ORIENTALE

Sezione I. – IL DIRITTO CINESE IMPERIALE

1. Le fonti del diritto cinese imperiale in una ricostruzione di maniera	p.	361
2. Le gerarchie, i compiti, le virtù	»	364
3. Revisione del sistema delle fonti	»	364
4. I tratti essenziali del diritto cinese imperiale	»	368
5. Diritto cinese e diritti occidentali	»	371

Sezione II. – IL DIRITTO CINESE MODERNO

1. Il contatto con l'Europa nella prima metà del XX secolo	»	373
2. La presa di potere del partito comunista	»	375
3. Formalismo e antiformalismo nel periodo 1949-1976	»	376
4. Le fonti a modello occidentale dal 1976 in poi	»	378
5. Le regole e i caratteri del diritto cinese attuale	»	380

Sezione III. – IL DIRITTO GIAPPONESE

1. Elementi storici	»	383
2. Il diritto scritto (l'imitazione del modello occidentale).	»	385
3. Lo spirito del diritto giapponese	»	387

CAPITOLO QUATTORDICESIMO L'AFRICA SUBSAHARIANA

Sezione I. – L'AFRICA

1. L'Africa a nord e a sud del Sahara	»	391
2. Il concorso di più modelli giuridici in un solo ordinamento	»	392
3. Le culture africane, nei rapporti con le grandi epoche del diritto	»	394

Sezione II. – IL DIRITTO AFRICANO TRADIZIONALE

1. La formulazione del dato giuridico tradizionale	»	395
2. La raccolta dei dati	»	396
3. Tradizione e sacralità	»	396
4. La parentela e la famiglia	»	397
5. Il posto della persona nella società	»	398
6. La proprietà	»	399
7. Il contratto e lo scambio	»	399
8. L'infrazione e il conflitto	»	400
9. Il potere politico	»	401

Sezione III. – LO STRATO RELIGIOSO

1. L'elemento religioso nel diritto africano	<i>p.</i>	403
2. La variabilità dell'islam	»	404
3. Islam e diritto tradizionale africano	»	404

Sezione IV. – LO STRATO COLONIALE

1. La colonizzazione e le sue varie forme	»	405
2. Diritto africano e diritto europeo nelle colonie.	»	406
3. Il diritto elaborato per le colonie.	»	407
4. La decolonizzazione	»	408

Sezione V. – IL DIRITTO DELL'INDIPENDENZA

1. La nascita dello Stato africano	»	409
2. Il diritto europeo nell'Africa indipendente	»	410
3. L'opzione socialista	»	410
4. Il diritto islamico e il diritto tradizionale nell'Africa indipendente	»	411

Sezione VI. – IL DIRITTO AFRICANO OGGI

1. Il nuovo costituzionalismo africano	»	412
2. Le ultime vicende del diritto tradizionale	»	414
3. La proprietà fondiaria	»	415
4. La famiglia	»	416
5. Una osservazione finale sui caratteri del diritto africano	»	418