

Consiglio Nazionale del Notariato

CIVIL LAW - COMMON LAW: SISTEMI GIURIDICI A CONFRONTO

Il c.d. civil law è una tradizione giuridica che costituisce la base della maggior parte degli ordinamenti del mondo, soprattutto nell'Europa continentale, ma anche in Quebec (Canada), Louisiana (USA), Giappone, America Latina, Cina, e nella maggior parte delle *ex*-colonie europee. Vi sono poi sistemi "misti" nei quali su una base di civil law si "innesta" (soprattutto per la procedura civile ed il diritto societario) la contrapposta tradizione di common law, quali il Sudafrica e la Scozia.

Il civil law si contrappone storicamente – nella tradizione giuridica occidentale – con il common law, il sistema giuridico nato in Inghilterra, e diffusasi nei paesi di tradizione inglese o nelle *ex*-colonie britanniche (Usa, Australia).

Storicamente, la principale differenza tra i due sistemi si ritrovava nel fatto che il common law si sviluppava sulla base delle consuetudini, che naturalmente erano pre-esistenti alle regole scritte e continuarono ad essere applicate anche dopo che cominciò la raccolta "scritta" delle regole.

Le consuetudini si fondavano sulla decisione del singolo caso, ed il common law conserva ancora oggi tale caratteristica "natura casuale".

Il civil law, viceversa, si sviluppò sulla base del diritto romano, soprattutto riferendosi al *Corpus juris* di Giustiniano, e si sviluppò partendo dalla identificazione di principi legali generali e grazie un'ampia elaborazione dottrinale, invece che dalla decisione di singoli casi concreti.

Una svolta radicale di differenziazione tra civil law a common law si ebbe con la Rivoluzione Francese e la successiva codificazione, che non raggiunse, all'epoca, il mondo di common law.

Non è, però, la formale presenza o, viceversa, assenza di codificazioni ad esprimere la correlata profonda differenza: ci sono ordinamenti di civil law senza codificazione (si pensi alla Scozia, al Sud Africa, ai Paesi del Nord Europa); e, dall'altra parte, si pensi alle "codificazioni" americane, quali lo Uniform Commercial Code (UCC) o il Codice Civile californiano.

In realtà sono le differenze "ideologiche" sottostanti, sia nei "contenuti" degli istituti giuridici che nell'"approccio metodologico", a caratterizzare, molto più sostanzialmente, le permanenti differenze tra i due sistemi.

Ad esempio è – e rimane – profondamente diverso il concetto di "proprietà", tanto da ingenerare profonde incomprensioni a causa della fuorviante assonanza terminologica, creando non

pochi problemi interpretativi ed applicativi quando i due sistemi si confrontano in regole che riguardano, appunto, la "proprietà".

Ma è diverso, soprattutto, il ruolo che viene riconosciuto nei due sistemi al "diritto scritto": esso rappresenta il fulcro del sistema, la fonte di legittimazione ed l'invalidabile limite per l'operatore giuridico "civilian".

Mentre esso rappresenta una mera "raccolta" di quello che è il "vero" diritto (cioè il "common law") scaturente ed espresso dalle decisioni dei giudici, che sono, viceversa, i veri, profondi "fautori" del sistema normativo.

E ciò è vero ed indiscusso nonostante una affermata (e del tutto formale) supremazia del diritto parlamentare: che, infatti, si limita per lo più a "raccogliere" le istanze indicate dai giudici, e la cui portata è sempre, notoriamente e dichiaratamente subordinata alla applicazione che di essa faranno i giudici, che una lunga tradizione ha dotato di numerosi "strumenti" per sottrarsi alla applicazione di norme scritte percepite dal giudice come "inadeguate".

Nel mondo di civil law, quindi, il diritto scritto è la fondamentale fonte di produzione di norme; i giudici fondano – e devono motivare – le proprie decisioni sulle norme di diritto scritto, ragionando in termini di principi generali, ed utilizzando il ragionamento per analogia per colmare eventuali "lacune" delle regole.

Per contro, nel common law, la principale fonte di diritto sono i "casi" (cioè le decisioni del giudice sul singolo caso), mentre le leggi scritte sono viste come "incursioni" esterne nel common law (quando non si limitano a riprodurre le regole) e quindi interpretate molto restrittivamente e, salvo espressa volontà di deroga, sempre in conformità alle norme del common law di fonte giudiziale.

Anche il sottostante principio di "separazione dei poteri" è sentito in modo diverso nei due sistemi.

Nel mondo di civil law, il potere giudiziale è considerato separato, autonomo e paritetico rispetto al potere legislativo ed al potere esecutivo (del Governo); nel mondo di common law, invece, soprattutto negli USA, i giudici sono visti come "strumenti" di contrappeso al potere esecutivo (del governo). E, di fatto, soprattutto negli USA, esercitano una importante influenza politica.

Il principio di separazione dei poteri, pur formalmente enunciato anche nei Paesi di common law, ha in essi un rilievo di gran lunga inferiore – o quantomeno è in essi sentito meno profondamente – rispetto al mondo di civil law, dove è ancor oggi accolto nella rigorosa accezione elaborata dalla tradizione francese, e collegata ai relativi valore fondamentali.

Consiglio Nazionale del Notariato

| CIVIL LAW | COMMON LAW |
|---|---|
| Caratteristiche distintive | Caratteristiche distintive |
| <p>Caratterizzato dalla predominante importanza del c.d. diritto scritto (o codificato), o diritto di creazione parlamentare, ritenuto perciò espressione di scelte democratiche.</p> <p>Il diritto parlamentare (scritto) vincola tutti, anche i giudici.</p> <p>I giudici non possono "creare" regole di diritto, essi si devono limitare ad applicare le norme stabilite in generale dalla legge.</p> <p>Essi devono cercare nella legge, quindi, la regola da applicare ai singoli casi che devono decidere</p> | <p>Caratterizzato dalla predominante importanza del c.d. case law, o diritto di creazione giudiziale.</p> <p>Il giudice, infatti, è considerato quasi un "oracolo", cioè il soggetto che esprime la vera "coscienza generale".</p> <p>I giudici sono vincolati dalle "regole precedenti", cioè quando decidono un caso devono applicare la regola che un giudice, in un caso identico, ha applicato prima di loro.</p> <p>Possono applicare una regola diversa solo se il loro "caso" presenta dei fatti "diversi" da quello precedentemente deciso da altri giudici.</p> |
| <p>Nel dialogo parlamentare si elaborano le regole "generali" che sembrano preferibili per l'intera collettività, a prescindere dai singoli casi concreti.</p> <p>La legge pone delle regole "generali ed astratte", che esprimono le soluzioni ritenute "generalmente" preferibili, cioè le migliori nella maggioranza dei casi, pur tenendo conto che le stesse regole – in specifici casi concreti – potrebbero rivelarsi "ingiuste".</p> | <p>Le regole giuridiche vengono prevalentemente "elaborate" dal giudice nell'analisi del caso concreto.</p> <p>Ci sono, naturalmente, anche norme di produzione "parlamentare" (c.d. statutes) ma tendenzialmente vengono considerate come semplici "raccolte, sintesi e ripetizioni" delle norme "elaborate" dai giudici.</p> |
| <p>Ne discende una visione delle regola giuridiche in chiave "sistematica": elaborazione di regola generali, che poi vengono applicate ai casi particolari (c.d. metodo deduttivo)</p> | <p>Manca una visione sistematica, che riconduce a "regole generali". Il ragionamento giuridico procede dal "caso specifico" alla regola generale (c.d. metodo induttivo)</p> |
| <p>Le norme generali create dal Parlamento sono rese conoscibili a tutti, attraverso la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.</p> <p>Tutte le persone ed i soggetti dell'ordinamento possono, quindi, "sapere in anticipo" quali sono</p> | <p>Le norme "elaborate" dai giudici vengono "rese note" mediante la pubblicazione di "raccolte giurisprudenziali", che riportano i "casi" decisi dai giudici.</p> <p>Poiché le regole nascono dal singolo caso</p> |

| | |
|---|--|
| <p>le regole ed i diritti riconosciuti previsti dalla legge.</p> <p>La proprietà è riconosciuta come "diritto assoluto dell'individuo", protetto (tendenzialmente) contro qualsiasi interferenza, anche dello Stato. Tale diritto ha per oggetto (sostanzialmente) la "cosa" materiale, di cui il proprietario può "godere e disporre" come meglio crede.</p> <p>Ne consegue una tendenziale preferenza per la protezione dei diritti (c.d. regole "proprietarie") piuttosto che per la protezione dell'interesse economico correlato. Conseguentemente si dà preferenza alla soddisfazione del diritto mediante la c.d. esecuzione in forma specifica, mentre il risarcimento dei danni (cioè le c.d. regole "risarcitorie", utilizzate per la protezione di interessi economici) tendenzialmente viene limitato ai casi in cui non è possibile "ripristinare" il diritto mediante la esecuzione in forma specifica.</p> <p>Il puro risarcimento dei danni è, infatti, considerato come prezzo di una "forzata espropriazione" dei diritti del proprietario.</p> | <p>concreto, è difficile prevedere se la stessa regola sarà applicata in un caso diverso, perché delle "differenze di fatto", ritenute dal giudice importanti, lo porterebbero ad applicare una regola diversa.</p> <p>La proprietà è considerata come "forma di utilizzo" delle cose e dei beni, che facilmente può essere condiviso, cioè spettare contemporaneamente a diversi soggetti in relazione allo stesso bene. Il contenuto della proprietà è "intangibile", è la "utilità economicamente valutabile" che ogni soggetto ne ricava.</p> <p>Ne consegue una tendenziale (e tradizionale) preferenza per il risarcimento del danno, equivalente dell'"utilità economica" che il bene aveva per il danneggiato.</p> <p>C'è, in altri termini, una minore considerazione del "diritto soggettivo" rispetto all'utilizzo economico del bene da parte di più soggetti. Mediante il risarcimento si consente a colui che economicamente valuta di più il bene (e ne ha i mezzi) di "comperarsi" l'utilizzo economico che dello stesso bene faceva un altro soggetto (che lo valutava, appunto, di meno, ovvero è economicamente più debole).</p> <p>In altri termini, si privilegiano le c.d. "regole risarcitorie" rispetto alle c.d. "regole proprietarie".</p> |
| <p>Visione prevalentemente sostanziale dei diritti (elaborazione teorica, generale e astratta, che determina a priori il contenuto dei singoli diritti).</p> | <p>Visione prevalentemente "processuale" delle norme, che vengono "ricavate" dalla analisi del caso concreto che il giudice deve decidere</p> |
| <p>Prevalenza, nel giudizio, delle prove scritte (documentali).</p> | <p>Prevalenza, nel giudizio, della prova orale (testimoniale)</p> |
| <p>Tra le prove documentali, valore probatorio vincolato (sottratto alla valutazione individuale del giudice) all'Atto Pubblico Notarile (c.d. Atto autentico).</p> | <p>Nessuna particolare prevalenza al documento scritto, e mancata elaborazione della figura dell'Atto Pubblico o Autentico (se non come atto della pubblica autorità)</p> |

| | |
|--|---|
| <p>Visione "sociale" molto sviluppata: lo Stato protegge gli interessi di carattere generale, la legge si preoccupa di proteggere le parti economicamente e socialmente deboli; si ritiene che solo mantenendo un ragionevole equilibrio tra le parti (con l'utilizzo di norme imperative di tutela) si possa consentire uno sviluppo ordinato e pacifico dei rapporti economici e sociali. Si ritiene che la "legge del più forte" di per sé porti a forti squilibri e sia, in ultima istanza, dannosa per l'intero sistema socio-economico.</p> | <p>Visione fortemente individualistica e "avversariale": i rapporti tra privati vengono gestiti senza (tendenziale) interferenza da parte dello Stato, che da parte sua non deve particolare protezione ai cittadini. Ognuno deve preoccuparsi di proteggere da sé, nel migliore dei modi per lui possibile, i propri interessi. C'è una diffusa convinzione che il mercato si autoregoli, trovando da sé le soluzioni migliori, nonostante le numerose e continue smentite che tale opinione riceve.</p> |
| <p style="text-align: center;">Diritto scritto (civil law): vantaggi e svantaggi</p> <p><u>Vantaggi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - frutto di scelte parlamentari, quindi democratiche e generalizzate; - prevedibilità e certezza dei diritti; - sviluppo sistematico, non casuale; - facilita la conoscenza delle norme da parte di tutti; - il giudice non può decidere il caso secondo le sue personali sensibilità, bensì è strettamente vincolato alle scelte normative svolte dal parlamento; - se il giudice decide con criteri "soggettivi", la sua decisione può essere annullata; - le modificazioni delle norme non hanno effetto retroattivo, si applicano solo per il futuro. <p><u>Svantaggi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - regole generali che, in singoli casi concreti, possono non trovare adeguata applicazione; - modificabilità più "lenta", in quanto serve la procedura parlamentare; - è frutto di scelte politiche, meno sensibili, alle volte, a pure istanze economiche; - essendo frutto di scelte politiche, può essere l'espressione di una temporanea e volatile maggioranza; - un po' più lenta a cogliere ed adottare nuove "sensibilità" legate a mutamenti sociali; - rigidità applicativa, non lascia al giudice | <p style="text-align: center;">Diritto giurisprudenziale (case-law, o judge-made law): vantaggi e svantaggi</p> <p><u>Vantaggi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - consente al giudice di adattare la regola più facilmente al singolo caso concreto; - il giudice può essere più sensibile a istanze economiche e rispondere più rapidamente; - il giudice è vincolato alle decisioni precedenti, salvo che, a suo giudizio, le circostanze di fatto non comportino l'applicazione di una regola diversa; - è più flessibile; - il giudice può esprimere più rapidamente nuovi orientamenti sociali. <p><u>Svantaggi:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - complesso da consultare per l'ampio numero di "decisioni" da consultare (con grande attenzione per i dettagli di fatto, che influiscono in modo determinante sulla scelta della regola applicabile e quindi sulla decisione stessa); - la vincolatività del precedente comporta che possa passare a volte molto tempo prima che una regola "sbagliata" venga cambiata; - pericolo di distinzioni fattuali illogiche: talora, per potersi staccare dal precedente, il giudice svolge distinzioni su elementi di fatto che sono assolutamente illogiche; |

| | |
|---|--|
| <p>quasi alcuno spazio di "adattamento creativo" della regola alle circostanze concrete del caso.</p> | <ul style="list-style-type: none"> - imprevedibilità: se sono state fatte molte "distinzioni" tra i vari casi simili decisi, può diventare impossibile prevedere quale sarà la regola applicata ad un certo caso; - sviluppo non sistematico ed armonico, bensì casuale, sulla base dei casi che vengono portati all'attenzione dei giudici. - Effetto retroattivo: poiché la finzione giuridica è che il giudice non crea la regola, bensì la "scopre" nel singolo caso (e la regola "giusta" è solo una) qualora egli "scopra" (cioè applichi) una nuova regola ad un caso, egli implicitamente dichiara che la regola precedentemente applicata era sbagliata, e quindi a tutti i casi precedenti dovrà essere applicata la (nuova) regola "giusta". |
| <p style="text-align: center;">Le professioni legali</p> <p>I professionisti legali di diritto civile sono tutti necessariamente laureati (almeno) in giurisprudenza, ed affrontano poi percorsi di specializzazione diversi secondo il profilo professionale finale prescelto. E' frequente che lo stesso professionista abbia anche più qualificazioni (ad esempio notaio ed avvocato, o giudice ed avvocato, professore universitario e notaio).</p> <p>Tutti devono, poi, affrontare specifici esami di abilitazione o concorsi per poter concretamente esercitare l'attività prescelta.</p> <p>I giudici sono dipendenti pubblici, selezionati per concorso, indipendenti dal Governo, sottoposti alla sorveglianza del Consiglio Superiore della Magistratura, che devono risolvere le controversie che nascono tra privati, o tra privati e la Pubblica Amministrazione. Essi devono applicare scrupolosamente le leggi, e non possono interpretarle soggettivamente.</p> | <p style="text-align: center;">Le professioni legali</p> <p>Va segnalata subito una particolarità "curiosa" (almeno per il mondo di diritto civile) e cioè che i professionisti legali del mondo anglo-americano non sono necessariamente laureati in giurisprudenza. Infatti, anche se ormai nella maggior parte dei casi i giudici e gli avvocati lo sono (soprattutto in USA), una parte di essi può avere una diversa preparazione "di provenienza", a cui si "aggiunge" una specie di "preparazione breve" in diritto. I professori universitari di legge (i c.d. law professors), invece, molto spesso (soprattutto negli USA) hanno una preparazione accademica diversa, ad esempio economica, o matematica, o comunque di natura scientifica (meno frequentemente letteraria).</p> <p>I giudici sono la figura legale assolutamente dominante e più prestigiosa. Essi di fatto "elaborano" il diritto, esercitano il controllo di legalità ed influenzano il legislatore nella adozione di norme scritte.</p> <p>Negli Stati Uniti esercitano apertamente anche una notevole influenza politica, che in Inghilterra svolgono in modo più "velato". Sono scelti tra gli avvocati di maggiore prestigio, in genere dopo affermate carriere professionali. In Inghilterra la "scelta" è fatta,</p> |

| | |
|---|--|
| <p>Il notaio svolge una duplice funzione: da un lato, nell'interesse generale (oltre che dei contraenti) ad un ordinato e stabile svolgimento delle relazioni giuridico-economiche, è il "controllore" della legalità degli accordi relativi ai contratti di maggior valore (immobili, società, famiglia, testamenti) (c.d. gate-keeper); dall'altro si configura come consulente specializzato per le parti contraenti in materia legale e fiscale (altamente specializzato).</p> <p>L'avvocato offre soprattutto assistenza legale in giudizio, oltre che consulenza legale ed assistenza nella preparazione di alcuni contratti</p> <p>I professori universitari (gli studiosi accademici) esercitano notevole, fondamentale influenza nella elaborazione delle leggi e nella elaborazione dei concetti giuridici.</p> | <p>sostanzialmente, dai giudici in esercizio. Negli USA i giudici federali e molti dei giudice statali sono di nomina governativa; in alcuni Stati, invece, sono eletti dalla popolazione o dai singoli parlamenti statali. In tutti i casi, però, la "prassi" vuole che ci sia anche un'approvazione da parte della Associazione degli avvocati americani.</p> <p>Il mondo anglo-americano conosce il "public notary" che però condivide molto poco con i ben diversi "notai di diritto civile": anche tale figura, tuttavia, dopo i recenti eventi terroristici, sta subendo una notevole (ed inaspettata) rivalutazione per il concreto aiuto nella lotta contro i c.d. "furti di identità", cioè il crescente utilizzo di identità false per scopi delittuosi.</p> <p>L'avvocato assiste la parti nella preparazione di documenti legali ed in giudizio.</p> <p>I professori universitari non godono di nessun particolare prestigio, né influenza, soprattutto in Inghilterra (in America la situazione è abbastanza diversa, anche se comunque distante dalla influenza che il mondo accademico riceve nel mondo di civil law.</p> |
| <p style="text-align: center;">Caratteri fondamentali del sistema giuridico</p> <p>Sistematico e categorizzante</p> <p>Deduttivo (dalla regola generale ed astratta al caso particolare)</p> <p>Tende a svolgere "scelte preventive e generali" che si ritengono giuste nella maggior parte dei casi.</p> | <p style="text-align: center;">Caratteri fondamentali del sistema giuridico</p> <p>A-sistematico, procede di caso in caso</p> <p>Induttivo (dal caso particolare si trae la regola)</p> <p>E' concentrato sulla decisione del singolo caso concreto (anche se in materie di carattere generale aumentano le regole scritte</p> |

| | |
|---|---|
| <p>La legislazione c.d. scritta (cioè di fonte parlamentare) è il "fulcro" normativo dell'ordinamento per il suo carattere democratico. Essa è vincolante per tutti, compresi i giudici e la stessa Pubblica Amministrazione.</p> | <p>generali, simili a quelle del mondo di civil law)</p> <p>Il diritto di origine giurisprudenziale (c.d. case-law) è il "fulcro" normativo dell'ordinamento, in quanto si ritiene che i giudici esprimano la "coscienza comune" della collettività.</p> <p>Il giudice è vincolato alle "decisioni" precedenti di giudici gerarchicamente superiori (c.d. stare decisis), ma può – e deve – discostarsene se, a suo giudizio, le circostanze di fatto giustificano una scelta diversa.</p> |
| <p style="text-align: center;">Principali conseguenze delle differenze</p> <p>Si preferisce un controllo preventivo (c.d. ex ante), imparziale e specializzato, della legalità dei contratti, per dare certezza al contenuto dei diritti soggettivi ed evitare quanto più possibile future controversie giudiziale, per i costi ed i tempi che queste comportano.</p> <p>La figura giuridica a cui è attribuito il compito di garantire la "sicurezza giuridica" ed il rispetto delle norme nei contratti è il notaio, pubblico ufficiale oltre che libero professionista, le cui tariffe sono perciò stabilite dalla legge.</p> <p>Quindi l'accertamento dei diritti e della legalità è svolto, tendenzialmente, in via sostanziale e preventiva.</p> <p>I risultati dell'attività di controllo svolta dal notaio a favore dei contraenti – con la garanzia della loro affidabilità - sono poi anche inseriti in Registri Pubblici, e diventano quindi "beni pubblici" di cui tutti possono godere e che tutti possono consultare per verificare i dati che interessano (soprattutto in materia immobiliare e societaria, oltre che di famiglia).</p> | <p style="text-align: center;">Principali conseguenze delle differenze</p> <p>Si lascia che i rapporti tra privati si svolgano senza controlli, confidando sulla soluzione che il giudice darà ad ogni controversia (i tempi di svolgimento dei processi sono molto più brevi, anche perché il sistema anglo-americano è decisamente meno "garantista" di quello di diritto civile.</p> <p>La figura giuridica a cui è attribuito il compito di garantire la "sicurezza giuridica" ed il rispetto delle norme è il giudice, indipendente e di grande prestigio, scelto tra i migliori avvocati.</p> <p>Quindi l'accertamento dei diritti e della legalità è fatto, tendenzialmente, in via processuale e successiva.</p> <p>I risultati del singolo processo sono, tendenzialmente, limitati alla singola controversia. Il valore vincolante del "precedente giudiziario", infatti, è comunque limitato ad eventuali futuri "casi" identici nei fatti. Diversità fattuali giustificano, ed anzi impongono, al giudice angloamericano di applicare una diversa regola. Gli stessi giuristi anglo-americani, infatti, indicano nella "imprevedibilità" delle decisioni giudiziali (il diritto giurisprudenziale) uno dei punti critici del common law.</p> |

Consiglio Nazionale del Notariato

APPROFONDIMENTO: LE ALTERNATIVE DEL NOTAIO

Il mondo anglo-americano – a differenza dei 74 Paesi di c.d. civil law (o diritto scritto) – non conosce la figura professionale del “Notaio Pubblico” con le funzioni e caratteristiche proprie del Notariato Latino¹.

Sorge spontaneo, allora, chiedersi se vi siano – e, nel caso, quali siano – i soggetti che in esso svolgono ruoli almeno analoghi a quelli del notaio di tipo latino (c.d. civil law notary).

E’ anzitutto necessario ricordare, in sintesi, come il notaio “latino” sia un professionista “particolare”, che deve svolgere una duplice funzione:

1) da un lato, egli è il consulente legale che “ascolta” la volontà delle parti che compaiono davanti a lui, e la “traduce” in esatti termini giuridici, offrendo alle parti tutte le rilevanti informazioni circa le implicazioni e le conseguenze giuridiche e fiscali delle possibili scelte, al fine di fare conseguire loro tutti i risultati che esse desiderano e che l’ordinamento considera legittimi;

2) dall’altro lato, egli è “pubblico ufficiale”, cioè un "rappresentante dello Stato" che deve verificare gli elementi giuridicamente rilevanti delle attività contrattuali, al duplice fine : a) di dare vita solo ad accordi "solidi", che rispettino le norme di legge; nonché b) di rendere "legalmente affidabili" i dati contrattuali che il notaio stesso inserisce nei Pubblici Registri (immobiliari e societari, soprattutto) in modo che chiunque li consulti possa considerarli "sicuri" e fare su di essi legale affidamento.

La coesistenza di tali funzioni implica e comporta che il notaio – pur essendo un libero professionista – debba necessariamente, altresì, essere comunque “terzo ed imparziale”, con il dovere professionale non solo di assicurare a tutte le parti di un contratto i risultati che ciascuna vuole ottenere, bensì con il dovere "pubblico", allo stesso tempo, di assicurare anche che il contratto

¹ Il “Public notary” anglo-americano, infatti, è semplicemente una persona, priva di qualsiasi preparazione professionale legale (né professionale specifica), che deve e può solo verificare la firma apposta a determinati documenti, con una diligenza limitata al controllo meramente formale del documento di identità.

sia legalmente lecito, valido ed efficace, nell'interesse non più solo delle stesse parti contraenti, bensì anche dell'intera collettività, e cioè nell'interesse "pubblico".

Nel sistema continentale, cioè, il notaio è - oltre che un consulente di parte - anche, al contempo, un "controllore di legalità", un vero "gate-keeper" (per dirlo con i termini del sistema che vogliamo esaminare).

In tale modo, il sistema giuridico - oltre a garantire il più possibile alle parti il conseguimento dei "beni giuridici" che essi perseguono - cerca anche di limitare al massimo, mediante il controllo ex-ante, l'eventualità di una futura controversia giudiziale tra le parti in relazione a qualsiasi aspetto del contratto (funzione anti-processuale), dato che, nella concezione del mondo continentale, il giudizio rappresenta il momento negativo e patologico dei rapporti giuridici (che da esso sono quindi danneggiati), oltre ad un consistente costo per la collettività.

Ai fini della verifica proposta per eventuali soggetti omologhi nel common law, sembra indispensabile preventivamente ricordare alcuni tratti culturali che caratterizzano il mondo anglo-americano in modo molto specifico rispetto al mondo "continentale"².

Sembra importante, in particolare, ricordare subito come sua caratteristica differenziale lo spiccato "individualismo", che implica l'idea che ciascuno debba provvedere da solo alla tutela dei propri interessi, senza in nessun modo aspettarsi che vi siano interventi "terzi" - in particolare "pubblici" - a tutela del singolo.

Ciò implica, per converso, un atteggiamento fortemente diffidente e di grande distacco della cultura anglo-americana (soprattutto americana) verso tutto ciò che è "pubblico", con una contemporanea "esaltazione" di tutto ciò che è "privato ed individuale".³

In particolare, in quella cultura è sentimento universalmente diffuso che l'intervento pubblico (in ogni settore della vita umana) debba entrare il meno possibile nelle attività dei cittadini, i quali simmetricamente non fanno affidamento alcuno (o scarsissimo) su "interventi pubblici" intesi in senso ampio.

² Questa premessa sembra importante per sottolineare un determinato sistema giuridico - con i suoi meccanismi tipici - rappresenti sempre il risultato e l'espressione delle caratteristiche specifiche e proprie di un certo substrato sociale e culturale.

³ Il distacco che c'era tra Corona e popolo in Inghilterra; e quello tuttora percepito negli USA tra Stati e "governo federale". Non bisogna dimenticare, infatti, le notevoli difficoltà che gli Stati Uniti hanno incontrato nella attuazione del loro Federalismo, tuttora sentito in buona misura come "forzato", difficoltà non dissimili da quelle che travagliano ora il formarsi dell'unità politica europea - forzato" Federalismo

Essi considerano qualsiasi attività un “affare privato delle parti”, da gestire in piena autonomia e senza fare alcun conto su “interventi protettivi pubblici”, come tali estranei e non voluti.

Secondo tale sistema, in sostanza, i cittadini debbono e possono regolare i reciproci rapporti come vogliono, senza che lo Stato possa o debba intervenire, dando per scontato senza grandi remore che sia il più forte (economicamente) a prevalere⁴.

Questa diversa visione di fondo si traduce, nel concreto ambito dei rapporti tra privati, nel fatto che i rapporti contrattuali di qualunque natura sono, in sostanza, una "partita privata" che ciascuna delle parti "gioca" con le carte che ha e che riesce ad avere.

In altri termini – ed in estrema sintesi - la redazione di un qualsiasi contratto è intesa come svolgimento di una vera "partita" tra le parti, che ciascun "giocatore" gioca per sé, avvalendosi del "proprio" professionista, il quale opera esclusivamente nell'interesse del proprio cliente e con la prospettiva di “precostituirsi” le migliori “armi contrattuali” proprio nell'ottica di doverle "usare" per prevalere in una futura controversia.⁵

Quanto alla funzione "pubblica" svolta dal notaio di diritto continentale, quindi, e' perfettamente logico che nel mondo-americano manchi completamente una figura professionale analoga.

⁴ E' implicita in tale visione, naturalmente, una quasi totale assenza (o comunque una notevole attenuazione rispetto al nostro modello culturale) del "senso del sociale", cioè il sentimento della necessaria coesione del "gruppo" per la sopravvivenza di ciascun individuo.

Non è un caso, quindi, che nella cultura americana i settori della previdenza sociale, della assistenza sanitaria pubblica, delle leggi a protezione del lavoro siano di gran lunga meno sviluppate (e "sentite") di quanto lo siano in tutto il mondo europeo.

⁵ La stessa impostazione fortemente "individualista" sta, infatti, alla base del c.d. adversarial system, caratteristico dei giudizi – soprattutto penali - del mondo anglo-americano.

Il giudizio è visto, nel mondo anglo-americano, come evento in cui il giudice interverrà – nelle ipotesi (originariamente rare) in cui il rapporto non funziona – fondamentalmente solo con il ruolo di un “arbitro di giustizia”, la cui funzione non è (tanto) quella di assicurare la scoperta della verità e/o della giustizia "oggettiva", o un "astratto equilibrio contrattuale – bensì, piuttosto, quello di assicurare che i “giocatori” (le parti e, soprattutto, i loro avvocati) abbiano "giocato" e giochino in modo “corretto”, seguendo le regole del gioco da esse stabilite (il contratto) e, inoltre, del giudizio.

Il giudice, cioè, interviene sostanzialmente per verificare che siano garantite "fairness and due process" (la correttezza nell'esecuzione degli accordi contrattuali ed il rispetto delle regole del giudizio).

E' intuitivo, infatti, come sia estraneo alla mentalità del common law ipotizzare un professionista che, in una fase pre-processuale, sia “terzo ed imparziale” rispetto ad entrambe le parti, e che addirittura possa e debba “intervenire” nelle loro vicende – andando anche contro la loro volontà – per assicurare che gli accordi tra le parti diano vita a rapporti fondamentalmente equilibrati (secondo gli equilibri prestabiliti dalle norme di legge) e privi di clausole e pattuizioni illegittime, che esporrebbero il contratto ad impugnazioni e, quindi, ne renderebbero instabili gli effetti.

Il mondo di common law per lo più ignora anche la funzione "pubblica" consistente nella verifica - con valenza di pubblica affidabilità – che il notaio effettua al fine dell'inserimento di dati contrattuali – di interesse pubblico – nei Pubblici Registri della cui affidabilità lo Stato, in sostanza (attraverso i pubblici ufficiali), si fa garante.

Nel mondo anglo-americano, infatti, funzioni pubbliche, in questo senso, vengono attribuite e svolte solo da pubblici “funzionari” (in senso estremamente ampio ed atecnico, comprendente i giudici e le figure istituzionali di diritto pubblico).

La eventuale “pubblicità” (da intendersi quale “inserimento in Registri che possiamo definire Pubblici solo nel senso che sono accessibili da tutti) che viene data ai contratti ed agli atti è, in genere, attuata su base “volontaria” ed ha tendenzialmente solo l'efficacia di un “archivio pubblico” (privi di valore assertivo positivo), senza che l'Autorità Pubblica (Stato o Governo) risponda per la veridicità e/o attendibilità dei contenuti (il punto, peraltro, necessita di precisazioni con riferimento al Land Registry inglese, che verranno fornite nell'ambito della sessione immobiliare).

La protezione degli interessi che nel mondo continentale vengono tutelati dall'intervento (pre- ed anti-processuale) dal notaio viene affidata, nel common law, ad un diverso "soggetto legale" - ugualmente terzo ed imparziale - che interviene, però, solo ex-post, per "rimediare" al cattivo funzionamento di un rapporto contrattuale, e cioè al giudice.

Nel mondo anglo-americano, il giudice svolge un ruolo "centrale", sostitutivo, appunto, di quello notarile.

Per diverse tradizioni e peculiarità culturali, il "controllore della legalità", il "gatekeeper" del sistema è il giudice, al quale è attribuito un potere decisionale (con portata anche politica, nella realtà americana) di ampiezza sconosciuta al mondo di diritto continentale.⁶

Per quanto riguarda, invece, la funzione tipicamente "libero-professionale" del notaio, vale a dire l'attività di consulente legale e fiscale che il notaio è tenuto a prestare alle parti, negli ordinamenti di common law essa è sostanzialmente fornita dai professionisti legali (che con voluta genericità si indicheranno, di qui in poi, come avvocati), che in Inghilterra sono distinti tra solicitors e barristers, mentre tale differenziazione non è stata trapiantata nelle altre giurisdizioni di common law, che conoscono solo gli "attorneys".

Pur rimandando alle singole sessioni di studio per una analisi naturalmente più approfondita, si tenterà quindi una rapida ricognizione di quali figure professionali del common law operino nei vari settori della vita economica privata.

Nel settore della pianificazione familiare (rapporti patrimoniali tra i coniugi e sistemazioni successorie) la attività di consulenza viene prestata essenzialmente dagli avvocati, i quali vengono interpellati fin da prima della formazione della famiglia.

A parte i casi famosi di cui si occupa, di tanto in tanto, la stampa che segue le vicende del jet-set, gli accordi pre-matrimoniali (ed anche le sistemazioni testamentarie) hanno assunto una sempre maggiore importanza anche per la crescente incidenza di vicende divorzili, che portano al susseguirsi di diversi nuclei familiari a "composizione variabile", che rendono quindi molto importante una attenta e costante regolamentazione che favorisca, per quanto possibile, relazioni eque e quindi pacifiche.

⁶ Può essere interessante precisare, però, che di recente – a partire dagli anni '80 dello scorso secolo e soprattutto all'inizio di quello attuale, sotto la spinta degli scandali finanziari che si sono verificati – il mondo angloamericano ha, per la verità, cominciato ad elaborare la figura del "gatekeeper" pre-processuale, diverso dal giudice.

Si è preso atto, cioè, del fatto che – per il modo in cui si sviluppano i traffici moderni – l'intervento giudiziale può essere del tutto inefficace a risolvere danni che, una volta verificatisi, sono irreparabili. Quindi sta cominciando ad elaborare la necessità di avere dei "guardiani" che intervengano a garantire il rispetto delle regole in una fase precedente al giudizio, per evitare la tardività che può caratterizzare l'intervento giudiziale.

Tuttavia l'elaborazione sta procedendo in modo tipicamente "asistematico", essendo visceralmente caratteristico del "pragmatismo" anglo-americano evitare elaborazioni concettuali, rispondendo alle situazioni "caso per caso".

Si può già notare, comunque, che tali funzioni di "gate-keeper" vengono di volta in volta attribuite agli avvocati, ovvero agli organi di controllo contabile, o agli organi di controllo gestionale, seguendo un cammino che appare seguire, nelle linee di fondo, i già collaudati modelli continentali, sia pure senza una consapevole elaborazione unitaria.

Tali sistemazione hanno pieno carattere contrattuale e, in materia successoria, incontrano limiti “riservati” in misura molto minore rispetto alle regole continentali, ma con il potere di intervento “equitativo” (ed imprevedibile ex ante) del giudice, che può “rassegnare” una parte del patrimonio relitto.

L’analisi dei precedenti giudiziari, molto importante, quindi, implica necessariamente l’intervento di avvocati specializzati in materia, oltre che in ambito fiscale.

Nel settore societario, l’influenza che la normativa europea esercita nel mondo inglese meriterebbe una differenziazione che, però, questa sede non consente.

Procedendo sulla base di tale premessa, quindi, ad una sintesi solo per linee generali, si deve ripetere che anche in questo ambito la pressoché illimitata autonomia lasciata alle parti nella regolamentazione societaria nel mondo anglo-americano non impone, in principio, l’intervento di alcun professionista.

Nel mondo americano, in particolare, in linea teorica la semplice "costituzione" di una società può essere attuata attraverso un "Registered Agent", mentre le parti restano quasi totalmente libere di stabilire il contenuto del "contratto sociale" come meglio ritengono (e, tra l'altro, senza renderne pubblico il contenuto).

Il Registered Agent è una figura professionale che non trova corrispondenza nel nostro sistema e consiste, sostanzialmente, in una società (di servizi) che fa da tramite tra i soci ed il Registro delle Società commerciali (qualunque sia la denominazione assunta nei vari Stati), indicando quale sia la necessaria documentazione, inoltrandola al Registro, e rappresentando il "domicilio eletto" per le comunicazioni tra registro delle società e società stessa.

Non assume nessuna responsabilità in ordine alla attendibilità dei dati forniti.

Secondo i nostri criteri, potrebbe essere qualificata come "nuncius" e domiciliatario della società.

Parimenti, i dati che vengono "pubblicati" nel Registro delle Società non hanno valenza oggettiva, nel senso che – ad esempio – i poteri rappresentativi eventualmente da essi riportati non sono, in quanto tali, né verificati né opponibili a terzi (a tale scopo è, infatti, necessaria quanto meno una "legal opinion", vale a dire una "verifica legale" compiuta da un avvocato che – analizzando la documentazione "privata" della società – ne assume la responsabilità).⁷

⁷ Regole particolari disciplinano le società quotate, per le quali è imposta obbligatoriamente una "pubblicità legale" molto penetrante e sulle quali vigila severamente la SEC (Securities and Exchange Commission). Tuttavia sono numericamente inferiori (anche se economicamente prevalenti) rispetto alle altre società.

Se, quindi, in teoria nel mondo di common law nessun professionista deve necessariamente essere coinvolto nelle "vicende societarie" , nella realtà il moltiplicarsi dei modelli societari e la crescente influenza delle normative fiscali nelle relative scelte – oltre alla necessità, in molti casi, di operare su mercati diversi e, come tali, non familiari – rende in concreto comunque irrinunciabile il ricorso a professionisti legali e/o fiscali, ancora una volta uno per ciascuna delle parti in gioco, per garantire a ciascuna adeguata protezione.

Nel settore immobiliare si rileva la più ampia differenziazione tra i vari paesi di common law, per cui qualsiasi sintesi generalizzante si rivela irrimediabilmente imprecisa.

Tuttavia, sempre rinviando alla relativa sessione per maggiore puntualità, anche nel trasferimento immobiliare il mondo di common law lascia che le parti "provvedano a se stesse", senza aspettarsi interventi protettivi preventivi da parte dell'ordinamento e, cioè, del "pubblico".

Nel procedimento di trasferimento immobiliare intervengono, come nel mondo "continentale", più soggetti, tra cui, in particolare, gli agenti immobiliari, i professionisti legali e le banche. 8

Date le già richiamate caratteristiche del mondo di common law (soprattutto americano), è facile comprendere che anche il trasferimento immobiliare si presenta, come tale, intrinsecamente "adversarial" (una vera "competizione"), con parti che si sentono, immancabilmente, in conflitto di interessi tra loro, e che devono proteggersi autonomamente. Con la conseguenza, quindi, che ciascuna parte probabilmente vorrà e dovrà cautelarsi al meglio di quello che le sue possibilità le consentono, utilizzando un proprio professionista.

Perciò, a differenza di quanto avviene nel nostro sistema, ad esempio, l'agente immobiliare stesso molto spesso non è "unico" per entrambe le parti (come il nostro "mediatore", per intenderci), bensì ogni parte avrà il proprio (compatibilmente con le proprie possibilità economiche).

Ciò perché l'agente immobiliare del venditore è, nel mondo di common law, (non un mediatore bensì) un suo vero "procuratore"⁹, con il preciso obbligo deontologico di non indicare al possibile acquirente profili inerenti la vendita che potrebbero indurlo a non concludere l'affare.

Sotto il profilo più strettamente "contrattuale", nel mondo di common law il procedimento immobiliare si sviluppa in due momenti contrattuali ben separati (tra i quali in genere passano circa due mesi), di cui nel primo si stabilisce il "programma contrattuale" con le reciproche promesse e garanzie; mentre il secondo consegue alle verifiche reciproche ed all'adempimento degli impegni

⁸ Nel mondo inglese possono entrare nel procedimento anche i "conveyancers", soggetti non professionisti ai quali, tuttavia, si stanno sempre di più estendendo norme deontologiche (vincolanti) molto vicine a quelle dei solicitors (avvocati a cui tipicamente è affidato il procedimento di conveyancing).

⁹ In inglese giuridico, il termine "agent" indica tecnicamente il procuratore.

assunti (ad esempio, il pagamento del mutuo ed alla cancellazione delle ipoteche da parte del venditore; al controllo della "bontà del titolo" ed al reperimento dei fondi necessari al pagamento del prezzo per l'acquirente).

E' intuitivo come – secondo l'impostazione assolutamente "privatistica" ed "adversarial" in cui ciascun professionista persegue esclusivamente l'interesse del proprio cliente in una tendenziale assenza di "cornici normative" di protezione "minima" – nella redazione di questi due distinti contratti – proprio per l' assenza di figura del professionista legale “imparziale” - chiaramente ciascuna parte dovrà farsi assistere dal proprio avvocato (in senso ampio e comprensivo), scelto anche in base alle possibilità economiche del soggetto stesso.

In sintesi, quindi, nel mondo anglo-americano:

- le funzioni di consulenza libero-professionale – che il notaio svolge a favore e nell'interesse di tutte le parti del rapporto – sono svolte, per ciascuna parte, dal proprio professionista (legale e/o fiscale, o non professionale, secondo i casi);

- sono sconosciute, nella fase pre-giudiziale - le funzioni "pubblicistiche" svolte dal notaio, dirette al preventivo controllo di legalità delle clausole contrattuali ed alla loro verifica al fine di pubblicità assertiva positiva dei Registri Pubblici.

I dati "contrattuali", sia nel loro contenuto che nel loro "inserimento" nel sistema di conoscibilità pubblica, vengono rilasciati completamente all'autonomia ed alle affermazioni delle parti.

Le eventuali verifiche e rimedi – nella eventuale patologia dei rapporti – vengono affidati all'intervento di accertamento e “ricognizione” effettuato dal giudice a posteriori.