numero 2/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-2-04-L3D

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline, I and II edition, Cambridge University Press, 1952

Francesco Fumarola
Dottore in Giurisprudenza Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2025

Recensione a W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline, I and II edition, Cambridge University Press, 1952

di Francesco Fumarola*

Abstract (Ita): Roman Law and Common Law: a comparison in the outline offre un confronto tra i due sistemi giuridici più rivoluzionari per la storia occidentale, avvicinando il lettore agli istituti che hanno caratterizzato la loro innovatività e che possono essere inquadrati all'interno di una simmetrica linea evolutiva, evidenziando il progresso di due popoli dovuto all'intervento dei propri giuristi.L'opera è stata poi successivamente revisionata dal Prof. F. H. Lawson1, sotto la correzione di Lord A. McNair2, co-autore della versione originale insieme al Prof. W. W. Buckland, mediante l'attenta, ma non invasiva ristrutturazione dell'impalcatura dei capitoli.

Abstract (Eng): Roman Law and Common Law: a comparison in the outline offers a comparison between the two most innovative legal systems in Western history, bringing the reader closer to the institutions that have characterized their innovativeness and which can be framed within a symmetrical evolutionary line, by highlighting the progress of two peoples due to the mediation of their jurists. Subsequently, the first edition and the related structure of chapters of the writing were carefully but non-invasively restructured under the revision by Prof. F. H. Lawson and the correction of Lord A. McNair, who was the co-author of the original version of the work together with Prof. W. W. Buckland.

Parole chiave: Common law; Roman law; English law; comparazione; sistemi giuridici

Keywords: Common law; Roman law; English law; comparison; legal system

1. Un'operazione comparativista tra due sistemi fratelli

Roman Law and Common Law: a comparison in the outline riveste un ruolo nodale nello studio del diritto comparato per i giuristi dei Paesi anglosassoni. Il diritto romano viene rivalutato in chiave utilitaristica, somministrando al giurista-lettore gli elementi pratici per comprendere il processo genetico degli istituti di *Common law* che, all'epoca della pubblicazione, costituivano il diritto vivente nei Paesi in questione. L'intento dell'opera è già perfettamente delineato nel titolo: gli autori propongono il confronto dei due sistemi giuridici nei loro punti nevralgici, seguendo un taglio prospettico che ribadisce come l'evoluzione di concetti giuridici propri del popolo romano abbia orientato la sedimentazione delle basi fornite dal diritto consuetudinario inglese.

Il punto di partenza della trattazione origina proprio dall'inevitabile influenza che il sistema di *Roman law* ha avuto sull'evoluzione della *Common law*. È bene innanzitutto specificare che, nell'elaborato, i concetti di *Common law* e di *Roman law* non sono presentati come monadi isolate, ma come soggetti di un progressivo sviluppo che va oltre i semplici confini tracciati dalla storia. Per *Roman law,* infatti, si intende il complesso giuridico-consuetudinario che radica la sua genesi nell'età arcaica e che si espande fino alle conquiste culturali dell'Impero Bizantino, quest'ultimo già successivo alla Caduta dell'Impero Romano; mentre l'espressione "*Common law*" (*recte English law*) copre le prime battute della diffusione del sistema normanno fino alle moderne declinazioni del diritto anglosassone, estendendosi

* Dottore in Giurisprudenza Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] A tal proposito anche W. W. Buckland, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Cambridge University Press, Vol. 19, n. 1, 1937, pp. 155-157.

ata dall'opera, tuttavia, tende a soffermarsi maggiormente sulle "*English rules*"[2], punto di deriva delle tradizioni di *Common law* e dell'*equity*, e nel loro rapporto con la tradizione giuridica romana.

Nei capitoli del libro, il lavoro di ricerca proposto dagli autori è rappresentato dal continuo confronto dell'analisi degli istituti più significativi delle due branche del diritto, soffermandosi sui nodi evolutivi che hanno portato al consolidamento dei precetti giuridici inglesi e sulle differenze e, soprattutto, sulle similitudini "*between himself and his Roman brother*"[3]. È proprio qui che l'opera delinea quello che sarà il *leit motiv* strutturale, giungendo alla considerazione dell'impossibilità di trascurare il lascito dei giuristi latini nello studio del diritto britannico, in una terra che un tempo fu sotto il dominio dell'Impero.

I due sistemi sono presentati come riottosi alla costituzione di formulazioni generali, constatando una particolare attenzione al metodo casistico. Infatti, l'approccio metodologico dei legali romani, lungi dall'accettare la vincolatività dei *binding precedents* inglesi, non ha mai rifiutato lo studio del singolo caso. Il caso, però, è interpretato non come un precetto capace di influenzare le successive decisioni delle Corti, ma in chiave funzionale per creare un senso di giustizia comune. Questo avvicina innegabilmente non solo la *Roman law* alla *Common law*, ma traccia un filo conduttore tra tutti i sistemi giuridici da esso derivati, dimostrando una consolidata familiarità tra le attività del *iurisconsultus* e del *lawyer*[4].

Lo scritto in questione offre un'efficace analisi delle regole e degli istituti che coprono un arco temporale significativamente ampio, in una cornice in cui il diritto romano arcaico, in maniera graduale, acquista la sua conformazione finale sorprendentemente più affine – o paradossalmente, secondo gli autori – al *Common law* che alla tradizione continentale ispirata dalle Pandette[5]. A tal proposito, nell'esame del singolo istituto è agevolmente riscontrabile il ruolo significativo rivestito dall'*aequitas* – o *equity,* che dir si voglia – nell'inventività che ha garantito longevità ai due sistemi. Nell'economia degli stessi, inoltre, non è certo mancata la capacità di adattamento, constatabile sin dall'embrionale distinzione del *meum* e del *tuum*, passando per il trionfo della dottrina dell'equità, fino al periodo di codificazione che, soprattutto oggigiorno, si diffonde nei Paesi di *Common law*[6].

Le integrazioni, inserite dal Prof. Lawson al fine di razionalizzare un lavoro che efficacemente aveva *ab initio* delineato la dialettica romano-anglosassone, fungono da supplemento ad un'opera che prosegue il lavoro comparativistico iniziato dal Prof. Buckland in

[2] La materia è sin da subito individuata dalla Prefazione: "*The expression "common law" in its title is used in the sense in which a "common law" country is contrasted with a country which has received the civil law. At the same time it so happens, and largely because of the earlier publication of Equity in Roman Law, that the English rules and institutions described in this book come more from the common law than from equity (…)*". W. W. Buckland, A. McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge University Press, I ed., 1936, Preface.

[3] "*It seems to follow from what has been said that the English lawyer, proud of his almost unique success in Western Europe in averting a reception of Roman law, has been inclined to exaggerate the differences between himself and his Roman brother. While the fundamental conceptions upon which the Roman law was built show but little similarity to the corresponding notions of the common law, […] the practical rules of the two systems show an astonishing amount of similarity*". Così W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge, Cambridge University Press, II ed., 1952, p. xxii.

[4] *Ivi,* pp. 7-9. Difatti, si pensi all'importanza che, in Francia, riveste la *superstition du cas* ovvero, in Italia e in Germania, la giurisprudenza, vera erede dell'andamento casistico romano.

[5] Si veda R. Pound, *The spirit of the Common Law*, Boston, Marshall Jones Company, I ed., 1921.

[6] Cfr. W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), *op. cit.,* pp. xxii – xxiii. In tal senso, è eloquente il progressivo sviluppo del diritto dei contratti, che, seguendo un metodo "*from precedent to precedent*" e partendo da una generale libertà di *contrahere*, è approdato ad un corposo congegno codificato di norme e regole dettato dal progresso delle società.

"*Equity in Roman Law*"[7]. In quest'ultima, l'autore appare maggiormente orientato nell'evidenziare il contributo dei giuristi latini nello sviluppo degli ordinamenti giuridici, in stretta analogia con lo sforzo degli *English lawyers* di combinare la realtà giuridica con quella sociale, di cui anche l'opera in recensione ne è consapevole.

2. **Un atteggiamento prudente e le differenze dei due sistemi**

L'approccio sincronico adoperato, però, disvela la cautela degli autori, i quali ammoniscono il lettore riguardo un'eccessiva enfatizzazione delle similitudini tra i due sistemi, che appaiono sì susseguenti logicamente e cronologicamente, ma che – inevitabilmente – soffrono il decorso del tempo. La prudenza, dunque, è saggiamente manifestata nella tecnica utilizzata, che dimostra la volontà esclusiva di narrare il diritto e le sue evoluzioni, anche e soprattutto alla luce della rinnovata consapevolezza giuridica e sociale del secondo millennio. Per questo, Buckland e McNair non si esimono dall'evidenziare le differenze – e i contrasti – delle due realtà in analisi, in piena coerenza con le caratteristiche della *Chary school*[8], di cui essi fanno parte.

L'esempio più nitido a riguardo è dato dalla *law of persons* delle due tradizioni giuridiche. Mentre l'*English law* ha un'applicazione strettamente territoriale del diritto, Roma sottoponeva alle proprie leggi solamente i Quiriti e questo carattere fortemente personale dovette scontrarsi con gli interessi espansionistici dell'Urbe. Tanto ha messo in risalto la necessità di nuove regole e ha comportato una sovrapposizione delle stesse, che spesso confliggevano reciprocamente. Di ciò, invece, lo scritto ne è avveduto ed esalta in ogni capitolo la migliore sistematizzazione del diritto anglosassone, che costituisce una soluzione alla mancanza di certezza del diritto, soprattutto tipica dell'epoca medievale.

Per di più, la *law of persons* è connotata da un altro istituto romano che perde le sue caratteristiche originali con le conquiste sociali sedimentate successivamente nella *Common law*. La famiglia ha costituito ataviccamente la più prossima forma di relazione giuridica e sociale all'individuo. Nell'Urbe, essa era concepita come un'organizzazione di natura civile; in Inghilterra, invece, sfuma sempre più in un concetto naturale. Gli autori mettono in risalto proprio il cambiamento attraversato da essa, analizzando la mutevolezza dei derivati concetti di capacità individuale, adozione e matrimonio e soffermandosi sulle singole peculiarità strutturali che, se materializzate anche soltanto in un istituto, possono essere in grado di caratterizzare e differenziare un intero sistema giuridico.

Vi è di più. Come in tutte le comunità arcaiche, anche a Roma era sconosciuto il concetto di diritto individuale, sviluppatosi soprattutto in età moderna. Il diritto sostanziale sfumava nella procedura da eseguirsi per il conseguimento di una pretesa o il ristoro della lesione. "*There are no rights but rights of actions*"[9] e ciò testimonia un ulteriore elemento di distacco con il diritto anglosassone, non esclusivamente incardinato negli interstizi del diritto procedurale e di cui si ha un accenno di sistemizzazione a partire dal diritto consuetudinario medievale. La *formula* in processo, invero, compare a Roma non come necessario impulso alla *litigatio*, ma come presupposto di un ritualismo magico distante dal riconoscimento di una vera e propria prerogativa personale. Tuttavia, ribadiscono gli autori che il meccanis-

[7] W. W. Buckland, *Equity in Roman Law: Lectures Delivered in the University of London, at the Request of the Faculty of Laws,* Londra, University of London Press, 1911.
[8] Cfr. K. Sriram, *Roman influence on Common law: legend or legacy?,* in *Student Bar Review*, Vol. 16, 2004, p. 30, reperibile su *www.jstor.org.*
[9] Cfr. W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), *op. cit.*, p. 399.

mo procedurale non perisce con l'abolizione delle *formulae* da parte di Giustiniano e sopravvive fino a giungere alla tradizione normanna. Le *forms of action*, *mutatis mutandis*, costituiranno il fondamento della tradizione processuale dell'*English law* e continueranno nella prassi ad esistere anche successivamente all'abolizione avvenuta per opera dei *Judicature Acts*.

Buckland e McNair, quindi, rimarcano la necessità di responsabilizzare il lettore nell'operazione comparativista, offrendo un mero confronto tra due sistemi che differiscono in alcuni aspetti, nonostante i numerosi punti di raccordo. Alla stregua di questa considerazione, la prudenza suggerita però non deve condurre il lettore a rinunciare alla considerazione che la *Common law* possa essere considerata una deriva delle tradizioni della *Roman law*. Il lascito cui si faceva cenno sopra ha trovato la sua fortuna soprattutto nel fatto che nelle *courtrooms* fino al XV secolo si parlava il latino e che – non raramente – i *commonlawyers* hanno fatto ricorso ai concetti di *civil law* per integrare le proprie conoscenze[10]. Una commistione, dunque, inevitabile, di cui anche lo storico del diritto ne è testimone.

3. **La conciliazione mediante la comparazione**

Il *fil rouge* delineato dagli autori presenta fermamente i due sistemi giuridici come diverse diramazioni di un unico nucleo tematico. Il ceppo giuridico da cui traggono origine le relative evoluzioni è unico e sono le realtà quotidiane e il tessuto sociale ad allontanare *l'English law* dalla *Roman law.* Gli schemi dei due diritti non soffrono quella distanza che notoriamente è presupposta: nonostante nella prassi presentino un gran numero di similitudini, i due sistemi sono stati esageratamente narrati dalla storia del diritto come differenti[11], a causa non tanto di divergenze reciproche, ma del fatto che il sistema di *Common law* sia unico nel suo genere nell'Europa occidentale. E spesso la contrapposizione con la *civil law* ha finito con l'oscurare la vera matrice latina degli istituti britannici.

Per questo, lo sforzo degli autori è ben ripagato dalla conciliazione che avviene nell'opera, anche grazie ad uno *studium juris* che non si limita ad un'asettica presentazione sincronica di due periodi storico-giuridici e delle relative legislazioni, ma che spazia e riporta paragoni con i più significativi istituti di tutti gli ordinamenti occidentali, che appartengono soprattutto alla tradizione di *civil law*. Francia, Germania e Italia presentano straordinarie analogie con l'Inghilterra e con Roma e ciò è rappresentato al lettore come una naturale ed inevitabile identità che nemmeno le diverse dominazioni e le distanze tra i Paesi hanno potuto superare. Tanto è soprattutto dovuto all'influenza della Chiesa, che ha costruito un ponte tra i moderni sistemi e l'imperituro lavoro dei giuristi latini, assicurando i risultati della ricerca dello *jus* iniziata già nell'Età Classica romana[12].

Tuttavia, le contingenze di un'epoca storica non giocano un ruolo solamente laterale nello sviluppo del sapere giuridico. Nell'opera è altresì sottolineato che i due sistemi possono contare su un differente grado di esperienza e consapevolezza giuridica, che inevitabilmente ha svolto la sua azione, differenziando, contestualizzando e migliorando gli effetti del diritto sulla società. Ai tempi della pubblicazione della prima edizione, gli autori hanno potuto apprezzare in profondità le numerose declinazioni assunte da uno stesso istituto,

[10] V. A. Lewis, *What Marcellus* says is *against you: Roman law and Common law,* in *The Roman law tradition*, Cambridge University Press, 2009.
[11] Cfr. W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), *Roman Law and Common Law*…, op. cit., p. xxii.
[12] Cfr. Ivi, cap. V. A tal proposito, è esemplificativa la continuità dei contenuti delle leggi sulle successioni, garantita soprattutto dall'intercessione del diritto ecclesiastico.

anche grazie ad un copioso contributo della dottrina e della giurisprudenza, avendo particolar riguardo al lavoro delle *courts of equity*. Difatti, se, come sosteneva Justice Holmes, "*judges do and must legislate*"[13], è pregevole il tentativo di Buckland e McNair di presentare gli interventi più significativi soprattutto dei giudici al fine di delineare, seguendo un andamento comparativistico, il percorso e le modificazioni del concetto giuridico dall'Età Arcaica fino al suo relativo approdo all'interno dell'*English law*.

Difatti, sono stati gli stessi giudici a tracciare frequentemente i confini tra concetti fondamentali del diritto: a titolo esemplificativo, la distinzione tra "*ownership*" e "*possession*", che costituisce la base per risolvere i conflitti che vengono in auge a causa della varietà delle interpretazioni che ogni norma subisce, fornisce, una volta cristallizzata dalla giurisprudenza, il fulcro per il concetto di servitù, violazione di domicilio e furto[14].

Per quanto però i due sistemi abbiano affinato tecniche di regolamentazione parallele alle leggi – e di questo gli autori non solo ne fanno menzione, ma in esse scorgono un'inimitabile creatività e vivacità – la necessità di certezza delle regole, tanto nel periodo dell'Impero quanto nell'Ottocento nel Common Law, richiese al potere risolutezza nella delimitazione dei confini della Legge. Diritto e popolazione sono posti in un rapporto di correlazione, ma tra norme e popolo storicamente si frappone l'autorevolezza dei Governi, a volte successiva ai contributi della dottrina. Ed in virtù di ciò, l'*actio finium regundorum* dello scritto si rivela quindi efficace, adoperando in ogni paragrafo dapprima un discernimento dell'istituto, che muove i primi passi dall'inesistenza di un rimedio ad un problema quotidiano, fino alla cristallizzazione ora nel Codice Giustinianeo ora nel *Judicature Act*, cennando ai preziosi interventi delle *Institutiones* di Gaio o dei Commentari di Blackstone. La certezza del diritto è ricercata e riprodotta nella struttura dei capitoli, che presentano inizialmente la forma embrionale della nozione giuridica, successivamente completata o integralmente modificata. Non è raro infatti constatare totali *revirements* dei legislatori, come gli evidenti punti di rottura tra l'apporto di Giustiniano e il classicismo romano, prontamente riportati negli schemi dei paragrafi.

L'andamento fluido giustifica il successo ottenuto dal testo: non è il diritto esclusivamente contenuto nelle norme ad essere presentato, ma è la relativa applicazione pratico-storica la reale protagonista raccontata. La scrittura agevola la lettura in quanto si distacca dalla tradizionale tecnica manualistica e abbraccia la narrazione globale del concetto di diritto.

Roman law and Common law: a comparison in the outline ha conquistato l'obiettivo di rimarcare che la comparazione non deve soltanto operarsi tra i diritti moderni e contemporanei. L'interessante operazione di confronto offerta dall'opera rivela l'esistenza di un unitario noumeno giuridico che va oltre la contemporaneità e che si declina in varie realtà fenomenico-giuridiche che soffrono e giovano delle contingenze del contesto sociale e delle conquiste di dottrina e giurisprudenza.

Le distanze sono inevitabili e non devono essere ignorate, ma i sistemi giuridici in esame, così vasti e variabili, possono essere studiati unitariamente. E così *Roman law* e *Common law,* seppur in epoche diverse, hanno rivoluzionato il diritto occidentale e il loro contributo è stato approfondito nell'elaborato con dovizia di elementi e paragoni, rappresentando da due prospettive diverse lo stesso concetto giuridico. Il lavoro del comparativista, secondo

[13] Il brocardo è estratto dalla controversia *Southern Pacific Co. v. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917.
[14] Cfr. W. W. Buckland, A. McNair, F. H. Lawson (a cura di), *Roman Law and Common Law*…, op. cit., cap. III e IX.

gli autori, non può prescindere dall'analisi del diritto romano, in cui non devono ricercarsi dogmi, ma preziosi spunti per una migliore consapevolezza dello studio dei diritti moderni.