

*Civil law – Common law*

# Caratteri generali (1)

- Utilizzando la classificazione di Monateri e di Mattei: sono sottogruppi della **famiglia a egemonia del diritto**.
- È il *cleavage* tradizionale nella tradizione giuridica occidentale: 1) **nello studio delle famiglie giuridiche**; 2) **interno interno alla cultura giuridica europea**.
- Le due famiglie hanno comuni radici (**ruolo della religione cristiana, centralità della Chiesa cattolica, influsso del diritto germanico, eredità del diritto romano, ruolo centrale del diritto consuetudinario, ecc.**) che caratterizzavano come unitaria la tradizione giuridica occidentale, ma che già nell'alto medioevo non impediscono l'affermarsi, già dal sec. XI, di tendenze divisive che avranno esito nelle due famiglie.

## Caratteri generali (2)

- *Civil law* (la terminologia è anglosassone): è il diritto degli ordinamenti degli Stati a fonte legislativa, di derivazione romano-germanica. Le norme sono di formazione politica; i giudici devono applicarle ai casi concreti, deducendo da esse la soluzione della controversia dedotta in giudizio.
- *Common law*: diritto ordinamenti nei quali il diritto è di formazione prevalentemente giudiziaria (***judge made law***), nei quali vige la regola del precedente vincolante (***stare decisis et non quieta movere***). Il giudice, nel decidere, è tenuto risolvere la controversia dando applicazione ai precedenti giudiziari, ossia alle sentenze rese da altri giudici in casi analoghi. È per questo che si dice che in *common law* **i giudici a creare il diritto.**

# Caratteri generali (3)

- Tuttavia, le distanze fra le due famiglie tendono oggi a ridursi:
  - 1) nei paesi di *common law* sempre più frequente è il ricorso al diritto di formazione legislativa (**statutory law**);
  - 2) nei paesi di *common law*, come in quelli di *civil law*, il diritto di fonte legislativa è gerarchicamente sovraordinato a quello di fonte giudiziaria;
  - 3) nei paesi di *civil law*, i precedenti giurisprudenziali, sebbene non vincolanti, influenzano sempre più i giudici (c.d. **efficacia persuasiva del precedente**).

# *Civil Law*

- **Estensione geografica:** la *civil law* è la famiglia giuridica cui appartengono gli ordinamenti della maggior parte del pianeta.
- **Comune tradizione romanistica:** diritto francese, tedesco, italiano, spagnolo, portoghese, latino-americani, ecc.
- **Oggi sono ordinamenti a diritto scritto:** nel 1804 la Francia approva i primi codici (civile, penale, di commercio). La codificazione si propaga in tutta Europa, in America latina, nelle Colonie, ecc. Il secolo XIX si chiude con l'entrata in vigore del codice civile tedesco (*Handelsgesetzbuch*), nel 1900.
- **Le esperienze tedesca e francese di codificazione sono le più rilevanti.**
- La codificazione è, tuttavia, una delle ultime fasi nelle quali si articola la storia della famiglia di civil law. È anzi il compimento naturale di un lungo processo che ha ascendenze e origini antiche: si ricollega al diritto dell'antica Roma, ma se discosta in forza di una evoluzione più che millenaria

# Caratteri salienti

- **modello di famiglia basato sul codice, fonte del diritto generale per i rapporti tra privati.**
- **Ruolo secondario della giurisprudenza:** non autonoma fonte formale del diritto, per quanto innovativa possa essere la relativa giurisprudenza.
- **Ruolo centrale, nella formazione del giurista e nella formazione/evoluzione della famiglia giuridica, del formante dottrinale: Insegnamento dottorale.**
- Quanto detto si riflette nello stesso significato dell'espressione *civil law*. **È la traduzione in inglese di jus civile: diritto delle relazioni tra privati.**

# Dalla Compilazione giustiniana alla riscoperta del diritto romano

- **Origini:** ha le proprie radici nella tradizione millenaria del diritto romano, che ha il proprio apice nella **compilazione giustiniana**.
- L'imperatore d'Oriente Giustiniano (regna dal 527 al 565 d.C.) avvia una monumentale opera di «compilazione» degli scritti dei giuristi romani classici. La compilazione si basa su quattro testi: **Istituzioni, Digesto, Codice e Novelle**.
- Per tutto l'alto medioevo (V-XI) detta compilazione rimane inaccessibile. Ne circolano solo alcune parti, così come circolano le codificazioni del diritto romano volute dai sovrani barbari che si sono stanziati entro i confini dell'Impero romano (***Lex romana Wisigothorum, Lex Romana Burgundiorum, ecc.***).
- La «riscoperta» della compilazione giustiniana rimonta ai secoli XII-XIII d. C.: nascono le università e rifioriscono gli studi di diritto romano.
- **Il diritto del XIII sec. è passato per quasi mille anni di evoluzione: l'impero romano non esiste più, vi sono state le invasioni barbariche, si è affermato l'impero carolingio prima e quello germanico poi, vi è stato il feudalesimo, ecc.**

# Un diritto romano con molti apporti

- **In conseguenza di ciò, il diritto romano «riscoperto» nel XII secolo è la risultante della compresenza di istituti:**
  - 1) **Riportabili al sostrato di diritto romano** risultante dalla compilazione dell'imperatore Giustiniano;
  - 2) **Di diritto canonico:** è il diritto della Chiesa universale, che negli stessi anni in cui si avvia lo studio scientifico del diritto romano, conosce la propria codificazione (1140: *decretum Gratiani*). **Molti istituti del diritto comune sono di ascendenza o diretta derivazione canonistica.**
  - 3) **Apporto del diritto germanico:** già nei secoli IV-V-VI i popoli germanici si insediano nel territorio dell'impero e vi importano il proprio diritto di matrice consuetudinaria, che non elimina il diritto romano. A ogni stirpe si applica il diritto di appartenenza (**personalità del diritto**);
  - 4) **Incidenza del diritto locale (e delle consuetudini) e del diritto feudale: si passa da personalità e territorialità del diritto.**

# Caratteri del *Civil Law*

- 1) Rinascita europea dopo l'anno mille;
- 2) Riscoperta del diritto romano dopo l'alto medioevo;
- 3) Nascita delle università: è il luogo nel quale si forma il giurista.
- 4) È il **Diritto comune dell'impero (tedesco)**: ha applicazione generale dell'Europa medievale. Esso aveva carattere **suppletivo**: trovava applicazione laddove il diritto feudale, gli statuti e ordinanze locali non disponevano. Nel 1495, poi, viene istituito il Tribunale camerale dell'Impero (*Reichskammergericht*) che applicherà, per volontà dell'imperatore, solo il diritto comune romano. Si parla di "recezione" del diritto comune in tutto l'impero germanico, cosa che definitivamente soppianderà il ricorso al diritto consuetudinario di derivazione germanica.
- 5) Fuori dal territorio dell'Impero germanico (Francia), il diritto romano vige ***non razione imperii, sed imperio rationis***.
- 6) **LA FASE CHE VA DALLA RISCOPERTA DEL DIRITTO ROMANO ALLA RIVOLUZIONE FRANCESE SI CHIAMA FASE DEL DIRITTO COMUNE**

# Diritto comune

- Non si caratterizza per la presenza di un potere pubblico unitario per tutto il continente. Al contrario, proprio la debolezza delle istituzioni imperiali, la nascita delle monarchie nazionali (la **mancanza di un tale potere centralizzato che eserciti l'autorità**).
- Il particolarismo politico è prima crisi dei poteri universali, poi del rinnovamento dei centri politici (comuni, principati, regni) a livello europeo. Questi centri manterranno il diritto comune come **sostrato giuridico applicabile dove non dispongono i diritti locali**.

# Ruolo dell'università

- **Ruolo centrale dell'insegnamento universitario: a garantirne** la sopravvivenza è stata anche la circostanza che il *civil law* è stato oggetto, sin dal 1158, di insegnamento universitario. Fu lo stesso imperatore Barbarossa a rilasciare alla scuola di Bologna, entità corporativa poi nota come *universitas*, i privilegi necessari per poter essere autonoma e insegnare, nella lingua colta comune, una formazione giuridica incentrata sul diritto romano e comune a tutto il continente.
- **Si insegneranno però solo il diritto romano e quello canonico:** i diritti nazionali si affermeranno molto dopo (Uppsala 1620; Sorbona, 1679; Wittenberg 1707, ecc.)

# Carattere «dottorale»

- **Fino alla codificazione napoleonica, il diritto è elaborato dai giuristi. Esso è perciò**
  - 1) un diritto “colto” e dottorale;
  - 2) E, proprio perché diritto dottorale, non s’interessa dell’applicazione del diritto;
  - 3) proprio per le sue radici scientifiche, essa concepisce le regole giuridiche come regole di condotta, legate alla giustizia e alla morale. Maggior interesse per la formulazione della norma che per la sua pratica applicazione.



# Crisi dello *jus commune*

- Tra il XVI-XVII secolo, si assiste alla crisi e poi al declino del diritto comune.
  - 1) Viene meno, con la Riforma protestante, l'unità religiosa, recidendo così la principale forma di legittimazione del diritto romano come diritto comune.
  - 2) Si affermano e si stabilizzano gli Stati nazionali: cessa la concezione transnazionale del diritto cui si sostituisce una concezione statale.
  - 3) Ruolo sempre più pervasivo dei tribunali nazionali e del diritto statale in luogo di quello romano.
  - 4) Complessità delle fonti, delle norme, che rendono incerto individuare il diritto applicabile.

# La rivoluzione francese

- Il “trauma” indotto dalla rivoluzione francese in Francia e nei territori via via oggetto di occupazione durante il dominio napoleonico subiscono **trasformazioni istituzionali radicali** e innovazioni **nel sistema delle fonti del diritto**.
- **La legge del Parlamento, che rappresenta la volontà del popolo sovrano, diviene fonte primaria;**
- **Lo Stato assume il monopolio della produzione del diritto;**
- **La dottrina ha funzione di commento, esegesi del testo normativo;**
- **Il giudice si limita ad applicare la legge.**

# Codificazione

- Momento di **cesura** con il conseguente passaggio all'attuale "forma" della famiglia romano-germanica è data dal processo di codificazione.
- Il *civil law* si basa essenzialmente su di un codice che è il diritto generale dei privati, di fonte legislativa e politica.
- **Il codice soppianta tutto il diritto precedente:** viene meno il diritto comune, soppiantato da un diritto che è nazionale. Vengono meno gli arcaismi e la molteplicità dei diritti locali.
- Viene meno il particolarismo giuridico: il codice è unico per uno stato unico per tutti i sudditi, eguali, ai quali si applicano leggi generali astratte;
- La giurisprudenza non è fonte autonoma del diritto ma interpreta e applica il codice al caso concreto.
- Il 1804 è l'anno nel quale entra in vigore il *code civil* francese, che ha infatti unito le categorie romanistiche, i principi liberali della rivoluzione francese.
- Solo la Germania attenderà fino al 1896-1900 per darsi un codice, autonomo dai modelli francesi e elaborato sulla base della elaborazione della scienza romanistica tedesca del XIX secolo. Ancor di più la Svizzera, il cui codice civile è del 1907.
- **Si spezza l'unità della famiglia giuridica: se il diritto è frutto dell'attività legislativa del corpo dei rappresentanti** (è fonte politica), ciascun ordinamento statale approva il proprio diritto.
- Viene meno il ruolo delle università, ora chiamate a fare mera esegesi dei testi legislativi.

# segue

- Il codice è completo, esclusivo, non integrabile dal diritto comune (che viene abrogato formalmente);
- Il diritto cessa di essere stratificazione e pluralità di regole, ma diviene fonte politica per eccellenza;

# Modello francese

- Codificazione del 1804: unifica le due grandi aree territoriali della Francia: il *pays de droit écrit* (meridione, a diritto romano) e *dedroit coutumier* (il settentrione, ancora retto sulle consuetudini).
- Unificazione favorita dalla riflessione scientifica del XVII-XVIII secolo (Domat, Pothier) e dalle parziali consolidazioni di diritto consuetudinario volute dai sovrani.

# “Successo” del *code civil*

- Occupazione napoleonica (1804-1812) e della riorganizzazione dei territori conquistati, esso diviene diritto vigente in Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi, Italia, Ginevra, Berna, Parte della Germania.
- La caduta di Napoleone non implicò il rifiuto del modello francese. Anche perché la Francia assurse a potenza coloniale e diffuse il codice in Africa e Asia.
- Il modello simbolico della codificazione ne favorì la diffusione in Latino-America.

# Modello tedesco

- La mancanza di un potere unitario, la frammentazione politica e l'attivismo delle Università favorirono un modello di codificazione differente.
- - La Germania conosce l'ALR (*Algemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) del 1794, una raccolta (consolidazione) del diritto vigente, pubblico, privato, amministrativo (più di 17.000 articoli).

# II BGB

- Il *Bürgerliches Gesetzbuch* venne promulgato nel 1896 ed entrò in vigore nel 1900.
- Il secolo che va dall'ALR al BGB è l'esito di una riflessione interna alla scienza giuridica tedesca (Scuola Pandettistica).

# L'Austria

- Conosce una codificazione in parte accostabile alla Francia, poiché il codice è frutto di un disegno politico di uniformazione del diritto civile dei vari territori dell'Impero.
- Iniziato già sotto gli auspici di Maria Teresa d'Austria, esso venne completato nel 1811 ed entrò in vigore con la denominazione di ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*)

# *Common Law*

- **Estensione:** nasce nell'Inghilterra medievale e si propaga nel mondo con le conquiste coloniali inglesi (America del Nord, Asia e Africa). È la famiglia giuridica cui appartengono gli USA (eccetto la Louisiana), il Canada (eccetto il Québec), l'Australia, la Nuova Zelanda, la Malesia, l'India, ecc.
- Era un'area molto ampia: e la sua natura comunicante era favorita dal giudice di vertice, il **Judicial Committee of the Privy Council**, giudice di ultima istanza per tutto l'Impero.
- **Con il declino dell'impero britannico e l'ascesa degli USA a potenza mondiale**, è ormai il *common law* degli Stati Uniti il punto di riferimento: rispetto al sistema inglese ha caratteri propri (costituzione scritta, sistema federale, tradizione accademica).
- **Sistema unitario:** un precedente inglese del XVII secolo può essere richiamato e applicato anche da un giudice canadese o malese.
- **Sistema omogeneo:** 1) vi è congruenza pressoché completa fra *common law* e lingua inglese; 2) lo studio del *common law* fino al XVII secolo si riduce essenzialmente allo studio del diritto inglese.

# Il diritto inglese

- È il diritto dell'Inghilterra e del Galles;
- Non è il diritto del Regno Unito o della Gran Bretagna: Scozia, Irlanda del Nord, Isola di Man e Isole del Canale sono soggette a diversi diritti.
- Profonda continuità storica: non conosce né il rinnovamento che il Continente ha sperimentato con la “riscoperta” del diritto romano, né la cesura della codificazione.
- Il *common law* presenta **ancor oggi forti caratteri di medievalità** (tratti caratteristici della famiglia giuridica in esame) che, invece, nel continente capitolano in forza della modernizzazione assolutistica.

# Fasi storiche del diritto inglese

- periodo anteriore alla conquista normanna
- 1066-1485: da conquista normanna a dinastia Tudor: **formazione del *common law* come diritto comune a tutto il Regno**
- 1485-1832: si sviluppa un ramo complementare del *common law*, l'**equity**;
- 1485-oggi: fase del *common law* “moderno”: ruolo crescente della legge, mutamenti nella società, affermazione del diritto amministrativo, del diritto europeo, fine dell’Impero ...

# Periodo anglosassone

- **Origini: di solito la nascita del common law si fa coincidere con** la battaglia di Hastings (1066) e la conquista normanna dell'Inghilterra.
- In realtà, il processo di formazione è molto più lento e graduale. Inizia nel periodo anglosassone, anteriore alla conquista.
- **Quattro secoli di dominazione romana non hanno lasciato tracce del relativo diritto.** Più importante è il ruolo delle tribù germaniche (Sassoni, Angli, Iuti e Danesi) e del loro diritto e la conversione al cristianesimo (596 d.C.).
- A differenza di quanto accade sul continente, i sovrani – quali Æthelbert del Kent (600 d.C. circa) e Cnut (1017-1035) raccolgono le leggi germaniche non in latino, ma in anglosassone. **In più, il diritto che vige è ancora un diritto locale, non comune a tutto il regno.**

# Dopo la conquista normanna

- Cosa favorisce la nascita del *common law*: Guglielmo il Conquistatore si considera successore dell'ultimo Re anglosassone Edoardo il Confessore; dichiara di mantenere in vigore il diritto anglosassone; importa in Inghilterra, un potere forte e centralizzato (feudalesimo diverso da quello europeo continentale).
- Le istituzioni centralizzate volute dal Re per evitare le conseguenze nefaste del feudalesimo continentale (frammentazione del potere) sono tutte gemmazioni della *curia regis*.
- Ben presto esse si emanciperanno: le prime istituzioni a emanciparsi sono le **corti di giustizia**. Ciò impedisce alle consuetudini locali di affermarsi e prevalere, come nel continente: si forma un **diritto comune di produzione giurisprudenziale ricognitivo delle uniformi tradizioni del regno**.
- Ecco la denominazione *common law*: è il **diritto comune al regno (*lex terrae, law of the land*)**. Si applica sulla base del principio di territorialità del diritto. **È eguale per tutti, e a questo tutti i sudditi, quale che si la classe sociale alla quale appartengono, sono assoggettati**.
- Il miracolo del *common law* è appunto quello di un diritto regio, comune a tutti i sudditi, che rimonta alle consuetudini immemorabili del Regno anteriori alla conquista normanna, nato negli interstizi dei diritti particolari e via via sviluppatosi grazie al trionfo del centralismo regio e delle sue corti.
- Il processo di “consolidamento” delle consuetudini si perfeziona già alla morte di Enrico II (1189). Così, ancora oggi, per affermare che una norma – della quale si chiede applicazione da parte dei giudici – appartenga al *common law* è necessario provarne l'*immemorial antiquity*: che cioè, si sia formata prima del 1189.

# Il “miracolo” del *common law*

- Il miracolo del *common law* non si arresta qui. Poiché è un diritto che formato da consuetudini interpretate da corti che si sono venute separando dalla stessa *curia regis*, esso si affranca pure dallo stesso Re, il quale è **assoggettato alla legge della terra, che è la legge che lo fa Re** (Bracton). Non viene a crearsi, come nel continente, un diritto specifico per i rapporti tra cittadini e pubblici poteri (il diritto amministrativo): anche i pubblici poteri sono assoggettati alle comune legge del regno.
- Cosa consente una tale emancipazione? I caratteri di estremo tecnicismo del *common law*.
- Ma se le consuetudini rimontano a prima del 1189, Com'è possibile che il *common law* si sia evoluto? Centrale è il ruolo delle corti.
- I Re normanni sono pure vassalli del Re di Francia: conoscono i problemi che il feudalesimo produce sulla frammentazione del potere regio. I Re normanni introducono degli istituti volti a rafforzare, pur nel sistema feudale, il ruolo del sovrano:
  - 1) conservano il diritto consuetudinario anglosassone dopo la conquista normanna;
  - 2) introducono un sistema centralizzato di amministrazione (sceriffi);
  - 3) Ricorrono a un feudalesimo nel quale vi è la dipendenza diretta di tutti i vassalli dal sovrano;
  - 4) Stabiliscono un sistema di amministrazione centralizzato della giustizia. Dalla *curia regis* nascono tre Corti: **Court of Common Pleas, Exchequer, King's bench** (questa per questioni pubblicistiche e per conservare la pace del re). Il Re riuscì a far prevalere il ruolo delle Corti centrali di giustizia su quello delle corti nobiliari (*manorial courts*) e di contea (*county courts*). Un sistema così centralizzato consente l'affermazione di un diritto che è comune a tutto il regno ed eguale per tutti: in gran parte giurisprudenziale, ricognitivo delle uniformi tradizioni del regno.

# Il feudalesimo e le Corti

- I Sovrani fanno ricorso a un modello feudale nel quale vi è la dipendenza diretta di tutti i vassalli dal sovrano, anche dei feudi più piccoli. La terra (*land*) appartiene al monarca, che infeuda i *tentants-in-chiefs* – ma i loro *sub-tenants* sono comunque legali al re. Il fondo (*tenure*) è dato in godimento a uomini liberi (*free tenure; freehold*) o no (*unfree tenure*) che devono lavorare per il *lord of the manor*. **La durata del godimento e il complesso di diritti di cui il feudatario acquistava la titolarità per effetto della concessione si chiamava *estate*.**
- L'originaria *curia regis* vede ad articolarsi in tre branche: **Court of Common Pleas** (competenze generali: azioni debitorie, possessorie, trespass, *writ di habeas corpus*), **Exchequer** (competenza e di contabilità di stato, demanio, esazione crediti), **King's bench** (questa per questioni pubblicistiche e per conservare la pace del re: *pleas of the crown* penali e civili; *prerogative writs* – controllo di legalità sull'operato di altre corti. Con *writ of certiorari* avoca a sé la causa dalle corti inferiori, con *writ of mandamus* ordina ai giudici di occuparsi di un caso che si ritiene essere stato travisato)

# Modalità dell'accentramento (1)

- Mediante le Corti, il Re avoca a sé:

1) La possibilità di amministrare i *pleas of the crown*: **tutte le questioni che riguardavano direttamente il re e la dignità della corona**: i diritti del re come proprietario terriero e la giurisdizione penale;

2) In forza del feudalesimo – nella variante “accentrata”, il re era anche il signore feudale di tutti i *lords* e, quindi, abilitato a controllare anche l'operato delle corti feudali. Chi non fosse riuscito a ottenere giustizia presso la corte feudale, poteva rivolgersi al Re per ottenere ragione, accusando, ad esempio, i giudici feudali di fronte ai giudici regi.

3) Essendo poi signore feudale, egli amministrava direttamente la giustizia tra i suoi vassalli.

# Modalità dell'accentramento (2)

- ***Remedies precede rights*: la procedura innanzi tutto.** Il *common law* è un insieme di congegni procedurali atti ad assicurare il ripristino della pace del re. È mediante le procedure che si forma la regola di condotta.
- Diritto rimediale: è **diritto solo ciò che può essere fatto valere davanti a un giudice attraverso le formule processuali specifiche e che questo riconoscere essere tale.**
- Anziché rivolgersi alla *manorial court*, si chiede al Cancelliere del Re (dietro pagamento di un *fee*) il rilascio di un **writ**: è **l'ordine con il quale il Re si rivolge al proprio funzionario locale, lo sceriffo, affinché si attivi per la soddisfazione del diritto di colui che aveva chiesto il writ.** Il funzionario locale dispone la comparizione del convenuto davanti alle corti centrali per l'esame della controversia.
- I *writs* prendono, ovviamente, diversa forma e diverso contenuto: varia il diritto per il quale si chiede soddisfazione, la Corte che giudica, il modo con il quale si conviene in giudizio, ecc.
- L'insieme dei *writs* è raccolto poi in un Registro di formule che sono ormai predefinite (forms of action).
- Nell'emanazione *dei writs*, la cancelleria del re godeva di ampia discrezionalità. Certo, creare i writs significa creare anche nuove norme dell'ordinamento. La contrazione nell'emanazione dei writs si dà quindi con l'avvento del parlamento. **Le Provisions of Oxford del 1258** limitano il potere emissione *writs* da parte della cancelleria, cosa che getta le basi per la successiva evoluzione del common law.
- Il sistema si completa tra XIV-XV sec. Sono le corti a consentirne l'evoluzione: **la giurisprudenza diventa fonte del diritto.** La definitiva emancipazione delle corti dal sovrano ne legittima ora l'azione in base a un principio che è superiore allo stesso sovrano, la *rule of Law*. **Di qui si può dire che la common law presenta anche un carattere costituzionale.**

# Equity

- **La contrazione del numero dei *writ*s.** Per quanto le Corti si sforzassero di adeguare il sistema per offrire soluzioni conformi a giustizia, *si manifesta l'incapacità di proteggere tutte le situazioni giuridiche meritevoli di tutela* in base al *common law*.
- L'alternativa: ricorso al Re, fonte di grazia e giustizia. Dal 1400, ci si rivolge sempre più al Cancelliere (fino al 1529 è un ecclesiastico) che amministra l'equità canonica e giunge a sovvertire le decisioni delle Corti di *common law*. La procedura della Corte di cancelleria è influenzata dal diritto romano-canonico: molto attenta ai caratteri peculiari di ciascuna lite (si dice che agisce *in personam*) e poco ai formalismi. **La Corte di cancelleria applica un proprio diritto «di equità» (*equity*), non legato alle rigide *forms of action*, e in grado di sviluppare nuovi istituti, quindi di origine giurisprudenziale (ad esempio, il *trust*).**

# segue

- Qui si situa la nascita della contrapposizione tra corti di common law e di prerogativa: le prime possono controllarne l'operato mediante i *prerogative writs*: *certiorari* (controllare in seconda battuta l'operato di organi e corti locali); *mandamus* (costringe a una data azione ufficiale); *quo warranto* (chiede conto del potere in forza del quale una determinata azione è stata condotta); *habeas corpus* (presentazione del prigioniero davanti alle corti per accertare la legittimità della detenzione).
- All'inizio del XVII secolo lo scontro tra *common law* ed *equity* rispecchia quello tra Parlamento e Sovrano. Il compromesso, preludio alla fine del potere assoluto della Corona, si trova, nel 1616, nella convivenza delle due giurisdizioni, che prendono ad assomigliarsi sempre di più.
- Progressiva tecnicizzazione dell'*equity*: abbandona la natura «equitativa» e sviluppa regole procedurali analoghe alla *common law*, fino all'affermazione definitiva (1676) del principio che anche *equity follows the law*: il giudice di *equity* deve decidere non già in base a norme morali, ma a motivazioni giuridiche.

# Caratteri del *common law* inglese

- Carattere binario: **common law in senso stretto ed equity**. Nel 1873-1875, però i *Judicature acts* sopprimono ogni distinzione tra le due branche: ogni corte è ora competente ad applicare tanto norme di *common law*, quanto di *equity*.
- **Ruolo crescente della legislazione:** conseguenza della **Glorious Revolution (1688-1689)** che porta con sé il principio supremo dell'ordinamento inglese, **la sovranità del Parlamento**.
- **Assenza di costituzione formalizzata e del controllo di costituzionalità delle leggi.**
- **Rule of law:** 1) primato della legge sull'arbitrio; 2) uguaglianza di fronte alla legge: tutti (individui e pubblici poteri) sono soggetti solo alla giurisdizione di Corti ordinarie; 3) in assenza di una Costituzione codificata, i diritti individuali sono accertati e tutelati dalle Corti ordinarie.

# Diffusione del *common law*

- Stante la diffusione del modello a molti altri contesti (dal resto del Regno Unito alle ex colonie britanniche, dagli Stati Uniti al Canada, dall'Australia all'India), è necessario tenere presente che **non vi è un unico sistema di fonti, ma tanti quanti sono gli ordinamenti che al modello di *common law* fanno riferimento.**
- Già il ***Calvin's Case* 7 Co. 1, 17 b, 1608** affermava che la *common law* è applicabile ai sudditi inglesi quando si trasferiscono in terre che non sono appartenenti a nazioni civili (*settled colonies*). Con una forte limitazione: la *common law* è applicabile nella misura in cui si attagli alle condizioni di vita e alle necessità di chi abita nelle colonie.
- È il caso delle colonie americane nel XVII secolo: il diritto inglese è quasi inapplicabile in un contesto di conquista; mancano giuristi; il *common law* è avvertito dai coloni come "nemico": spesso sono degli esuli che sfuggono dal Regno Unito. Si applicano norme locali, la Bibbia. La situazione muta nel XVIII secolo, quando comincia effettivamente a metter radici *la common law*.

# *Common Law* e costituzione

- Gli ordinamenti che conoscono una **Costituzione formale, unidocumentale, rigida e garantita** (la gran parte degli ordinamenti di *common law*) hanno anche un sistema di fonti al cui vertice sta la Costituzione scritta. Cosa che non accade nel regno Unito e in Nuova Zelanda: essi difettano di un documento costituzionale unico.
- La fonte principale, laddove presente, è dunque la **Costituzione scritta**, garantita attraverso la sua rigidità e il controllo di costituzionalità.
- La **legislazione ordinaria** del Parlamento, che ormai da tempo predomina anche quantitativamente negli ordinamenti di *common law*, è **fonte gerarchicamente prevalente rispetto al diritto giurisprudenziale**, e tuttavia in qualche modo da esso logicamente dipendente. *Statutes* e normativa secondaria di tipo regolamentare sono vincolanti per i giudici che sono tenuti ad applicarli – nel Regno Unito senza neppure poterne questionare la costituzionalità, per il primato assoluto e formalmente incondizionato del Parlamento, potere costituente permanente.

# Nel Regno Unito

- Al *common law* inglese è estraneo il concetto di Costituzione unidocumentale, quale fonte che vincoli il Parlamento: la sovranità parlamentare è illimitata, quindi non sindacabile dalle Corti.
- Vi sono però molti atti di «rilievo» costituzionale: *Magna Charta* (1215), il *Bill of Rights* (1689), l'*Act of Settlement* (1701), i *Parliament Acts* (1911 e 1949), *European Communities Act* (1972), *Human Rights Act* (1998), *Devolution Acts* (1998), *House of Lords Act* (1999), *Supreme Court Act* (2005), *Fixed-term Parliaments Act* (2011), ecc.
- Si tratta sempre di leggi ordinarie del Parlamento, e come tali modificabili senza procedure particolari. Tuttavia, la particolare resistenza temporale di queste leggi fa pensare che esse in realtà abbiano uno *status* di fatto superiore a quello delle altre leggi. In taluni casi la loro entrata in vigore è stata subordinata all'approvazione popolare in via referendaria (atti di devoluzione del potere a Scozia, Galles e Irlanda del Nord, e l'appartenenza alle Comunità europee, decisa dal Parlamento nel 1972 e confermata con un *referendum* nel 1975).
- Iniziano a emergere orientamenti dottrinari e persino giurisprudenziali (caso *Thoburn v. Sunderland City Council*, 2003, QB 151) secondo cui occorrerebbe distinguere tra *statutes* ordinari e *statutes* costituzionali.

# Innovazioni nel Regno Unito

- Introduzione corti locali (**County court**) nel 1846) per cause di diritto privato di valore limitato;
- **Judicature Acts 1873—1875**: una sola corte per equity e common law.
- **Istituzione di una Supreme Court of Judicature divisa in High Court e Court of Appeal. La House of Lords 1876**
- **l'Exchequer è abolita nel 1875 e le funzioni trasmesse alla Chancery and King's Bench division della High Court; Court of Common Pleas è soppressa; il King's Bench è trasformato nella Queen's Bench Division della High Court: UNIFICAZIONE IN UNA CORTE.**
- **Abolizione dei writs e istituzione di una claim form unitaria**

# Valutazioni conclusive

Nel XVI secolo, le due famiglie sono ormai delineate e possono così presentarsi per contrapposizione:

- 1) tradizione romanistica v. marginalità della tradizione del diritto romano;
- 2) giuristi di formazione universitaria/creazione di categorie concettuali dogmatiche v. giuristi pratici;
- 3) decentralizzazione del sistema giudiziario v. accentramento già affermatosi in epoca normanna;
- 2) influenza del razionalismo e dell'illuminismo v. conservazione dell'assetto tradizionale;

La contrapposizione è poi al culmine nell'Ottocento

- 1) Nel continente si razionalizza il sapere giuridico attraverso la codificazione; palingenesi dell'ordine sociale; eliminazione del particolarismo giuridico; il ruolo delle fonti politiche: la legge espressione della volontà popolare (art. VI Dichiarazione 1789); si riducono le possibilità interpretative del giudice.
- 2) Il Regno Unito, passato indenne dalla rivoluzione francese, resiste a pressioni dell'astrattismo razionalizzatore e si avvia a una serie di modifiche gradualistiche, con un moderato ricorso agli *statutes*.

Ma si danno *cleavages* interni alle famiglie

- 1) Romano-germanica: la codificazione pone fine all'unità continentale del diritto comune europeo ora sostituito dai diritti nazionali;
- 2) *Common law*: la rivoluzione americana rompe l'unità giurisprudenziale *della common law*, porta a costituzione rigida e formalizzata e a controllo di costituzionalità delle leggi.