

Civil law – Common law

Caratteri generali (1)

- Utilizzando la classificazione di Monateri e Mattei: sono sottogruppi della **famiglia a egemonia del diritto**.
- È il *cleavage* tradizionale: 1) nello studio delle famiglie giuridiche; 2) interno interno alla cultura giuridica europea.
- Le comuni radici che caratterizzavano questa cultura 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 con diritto di fonte legislativa, di derivazione romano-germanica, nei quali 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*: ordinamenti nei quali il diritto è di formazione prevalentemente giudiziaria (**judge made law**), nei quali vige la regola del precedente vincolante (**stare decisis**). Il giudice, nel decidere, è tenuto risolvere la controversia dando applicazione ai precedenti giudiziari, ossia alle sentenze rese da altri giudici in casi analoghi. **Sono perciò 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:** la *civil law* è la famiglia giuridica i cui ordinamenti coprono la maggior parte del pianeta.
- **Diritto scritto:** 1804 in Francia. La codificazione e nel corso del secolo si propaga in tutta Europa, in America latina, ecc. 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.
- **Origini:** radici nel diritto romano (quello successivo alla compilazione giustiniana). La sua elaborazione scientifica (e quindi la sua "nascita") rimonti ai secoli XII-XIII d. C.: quando si assiste alla nascita delle università e alla rinascita degli 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

- **Il diritto romano che si afferma si è alimentato anche di altri diritti:**
 - 1) **Sostrato romano** risultante dalle compilazione dell'imperatore Giustiniano. **Corpus Juris Civilis** (codice, digesto, istituzioni: 529-534, novelle).
 - 2) **Diritto canonico:** 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*

- **Determinano la riscoperta del diritto romano dopo l'alto medioevo:**

1) **Rinascita europea dopo l'anno mille;**

2) **Nascita delle università;**

3) **È diritto considerato opera della ragione. Vige, cioè, imperio rationis e non razione imperii.**

3) **Ruolo dell'impero.**

- **È il Diritto comune dell'impero:** 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 "rezezione" del diritto comune in tutto l'impero germanico, cosa che definitivamente soppianderà il ricorso al diritto consuetudinario di derivazione germanica.
- **Se è suppletivo, esso implica l'esistenza di un forte pluralismo giuridico.**
- **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, con proprio atto (*const. Habita*) a rilasciare alla scuola di Bologna, entità corporativa poi nota come**

Carattere universitario e dottorale

- **Ruolo centrale dell'insegnamento universitario:** oggetto, sin dal 1158, di insegnamento universitario. Fu lo stesso imperatore Barbarossa, con proprio atto (cost. Habita) 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.
- **Ruolo dei giuristi nella sua elaborazione**
 - 1) è un diritto “colto” e dottorale;
 - 2) 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.

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.

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.
- **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 molto accentuati e diversi (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.

Diritto inglese

- E non del Regno Unito o della Gran Bretagna: la Scozia, l'Irlanda del Nord, l'Isola di Man e le 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.

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 Etelberto del Kent (600 d.C. circa) e Canuto (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

- Il *common law* presenta caratteri di medievalità (tratti caratteristici della famiglia giuridica in esame) che, invece, nel continente capitolano in forza della modernizzazione assolutistica.
- 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 sono gemmazioni della *curia regis*. Ben presto si emanciperanno e si trasformeranno in corti di giustizia. Ciò impedisce alle consuetudini locali di affermarsi : si forma un **diritto comune di produzione in grandissima parte 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.

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 1285** 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*).**
- 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.

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.