

---

# La famiglia della common-law

Questa famiglia di sistemi giuridici trova la sua *origine nel diritto inglese*. Il nome attribuito a questo sistema nasce dal fatto che il diritto cessa di essere diverso da luogo a luogo e viene considerato tale solo quello *comune* a tutta l'Inghilterra<sup>1</sup>.

Nei sistemi di *common-law* il potere giudiziario si pone sullo stesso piano del potere legislativo e di quello esecutivo. Attraverso le sentenze, infatti, e grazie alla *regola del precedente*, il diritto inglese si configura come un diritto di origine giurisprudenziale.

La regola del precedente è applicata nel modo seguente.

- Le decisioni prese dalla camera dei Lords costituiscono precedenti vincolanti ed esse, pertanto, devono essere seguite da tutti gli altri organi giudiziari.
- Le decisioni della Court of Appeal costituiscono precedenti vincolanti per tutti gli organi giudiziari gerarchicamente inferiori a questa Corte, e per la stessa Court of Appeal.
- Le decisioni della High Court of Justice si impongono agli organi giudiziari inferiori e, senza essere strettamente vincolanti, esercitano un forte potere di persuasione e sono seguite generalmente dalle varie divisioni della stessa High Court of Justice.

In Inghilterra non esiste una Costituzione scritta. Ciò che gli inglesi chiamano *costituzione* è un insieme di regole, di origine legislativa o giurisprudenziale, che garantisce le libertà fondamentali dei cittadini e concorre a limitare l'arbitrio delle autorità.

Alcuni cambiamenti si sono verificati in questo sistema in occasione dell'affermazione dello Stato sociale nel corso del secondo dopoguerra. I governi laburisti, in particolare, hanno dato l'avvio a una produzione

legislativa nel campo della sicurezza sociale, della sanità e dell'istruzione, che si è posta come legislazione di carattere generale.

Nelle circostanze attuali il diritto inglese resta, ciononostante, un diritto essenzialmente giurisprudenziale per due motivi:

- la giurisprudenza continua a disciplinare alcuni settori rimasti importantissimi;
- i giuristi non abbandonano la tradizione. Essi, infatti, continuano a concepire la norma giuridica come una regola di portata abbastanza ridotta per poter risolvere una controversia. Il legislatore inglese, per questo motivo, formula le leggi in modo che abbiano prevalentemente un carattere casistico. I principi contenuti nella legge, inoltre, non ottengono il pieno riconoscimento dei giuristi inglesi, e non si integrano nel sistema di *common-law*, se non dopo che sono stati applicati, riformulati e sviluppati dalle decisioni dei giudici<sup>2</sup>.

Nel corso degli ultimi due decenni del XX secolo si sono verificati ulteriori importanti *cambiamenti*. La globalizzazione ha reso molto precaria la distinzione tra sistemi di derivazione romanistica e sistemi di *common law*. Nel nuovo millennio, di conseguenza, il diritto si configura sempre più come prodotto complesso in cui giocano un ruolo importante non solo i pubblici poteri ma anche i privati.

Per esprimere questo cambiamento Maria Rosaria Ferrarese ha connotato i sistemi di *civil law* come sistemi basati, prevalentemente, sulla scrittura mentre quelli di *common law* come basati, fondamentalmente, sull'oralità. Posta in questi termini la distinzione, l'autrice individua una dinamica in atto nei sistemi giuridici che tende a integrare il modello anglosassone con quello romano-germanico.

Il diritto della globalizzazione è un diritto che si pone a metà strada tra oralità e scrittura per l'economicità che deriva dall'incrocio tra esse. Avvalersi di una doppia «tecnologia della parola» significa, per il diritto, vincere più facilmente la sfida di funzionare a dispetto della diversità dei contesti. In altri termini, il diritto globalizzato si comporta come un viaggiatore che, attraversando paesi diversi, delle cui lingue ha solo una conoscenza scolastica, si aiuta come può per comunicare: con i gesti, gli sguardi e le espressioni del volto, cercando nel contempo di osservare i comportamenti degli abitanti del luogo. Ciò significa altresì che esso cambia in continuazione: per adattarsi alle mutate circostanze, cambia abiti e assume un aspetto ogni volta un po' diverso, fino a diventare quasi irriconoscibile dalle vecchie fotografie fatte nel salotto di casa. [...]

Il modello giuridico basato sulla scrittura aveva il suo centro di gravità soprattutto nel momento costitutivo delle norme: la vita giuridica era riducibile più o meno a una proiezione di quel momento costitutivo delle norme: la vita giuridica era riducibile più o meno a una proiezione di quel momento costitutivo delle norme. Il mondo di common law ha invece sempre vissuto la dimensione giuridica come dimensione longitudinale, che vede la rule non dotata di vita propria, ma inseparabilmente consegnata alla dimensione processuale e alla vita sociale. Nel primo

modello, a elevata valenza prescrittiva, il diritto era un modello per le condotte. Nel secondo modello il diritto era un insieme di strumenti che servivano non solo e non tanto a dare «comandi», quanto a dare strumenti, opportunità e possibilità agli individui, rivolgendosi alla loro «imprenditorialità»<sup>3</sup>.

## ■ Note

<sup>1</sup> L'elaborazione della *common-law* avviene nel XII secolo ad opera delle *Corti di giustizia regie*. Si trattava di tribunali eccezionali, nel senso che i privati non avevano il potere di sottoporre le proprie liti agli organi giudiziari regi. Tale potere era concepito come un privilegio da ottenere dall'autorità regia. L'invasione delle Corti regie rispetto alle competenze dei nobili, suscitò la loro decisa opposizione. La Magna Charta del 1215 rappresentò il frutto del compromesso tra gli interessi dei nobili e le pretese del re.

*Il diritto amministrato dalle Corti regie era centrato soprattutto sulle procedure.* I privati, infatti, dovevano trovare il modo di investire tali tribunali delle questioni che li riguardavano e, a tal fine, le Corti elaborarono una serie di regole per disciplinare in modo uniforme le procedure per l'accesso al giudizio. Le Corti, poi, misero a punto una serie di regole sostanziali per risolvere i casi concreti attingendo alle consuetudini locali che vennero quindi selezionate e sintetizzate.

Questo processo avvenne in modo graduale e, nello stesso tempo, vide costituirsi al suo fianco un canale giudiziario in qualche modo alternativo.

Nel XIV secolo, infatti, i privati che erano esclusi dall'accesso alle Corti regie, potevano rivolgersi al re per chiedergli di intervenire in via di grazia «a soddisfare la coscienza e compiere un'opera di carità». In questi casi, a giudicare era il Cancelliere, una specie di confessore del re, incaricato di guiderne la coscienza.

Nel XV secolo il Cancelliere divenne un giudice autonomo dotato del potere di decidere da solo in nome del re. Le sue decisioni, fondate all'inizio sull'*equità del caso particolare*, divennero sempre più sistematiche, facendo applicazione di *doctrine equitative* che costituivano altrettante aggiunte o correttivi ai principi applicati dalle Corti regie.

Nel 1873-75 i *Judicature Acts* soppressero ogni distinzione tra Corti regie e Corti di equità delle cancellerie. Tutti gli organi giudiziari diventano competenti ad applicare tanto le norme della *common-law* quanto quelle dell'*equity*.

La distinzione tra *common-law* ed *equity* è ancora oggi la distinzione fondamentale del diritto inglese, paragonabile alla nostra distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Per decidere se una determinata questione ricade nella *common-law* oppure nell'*equity* occorre individuare la materia che investe la questione. L'*equity* comprende, infatti, i diritti reali, i trusts, le società commerciali, il fallimento, la successione testamentaria.

<sup>2</sup> David, Renè, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1973, pp. 279-359.

<sup>3</sup> Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 164-165.