

BARBARA PASA

# Common law

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Privatistiche*

*Sezione Civile*

*Aggiornamento*

\*\*\*\*\*

diretto da  
Rodolfo Sacco

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

ADR di TOMASO GALLETTO . . . . .	<i>p.</i>	1
Alienazione (divieto di) di RODOLFO SACCO . . . . .	»	27
Analyse Matricielle di ADA GERBAUDO . . . . .	»	30
Arbitrato (nuovi profili dell') di GUIDO ALPA e VINCENZO VIGORITI . . . . .	»	38
Arricchimento senza causa di PAOLO GALLO . . . . .	»	99
Banche dati di terminologia giuridica di SILVIA FERRERI . . . . .	»	114
Beni culturali di GEO MAGRI . . . . .	»	117
Civil law di BARBARA PASA . . . . .	»	136
Clausola risolutiva espressa di GIANLUCA SICCHIERO . . . . .	»	155
Codici di condotta di GUIDO ALPA e TOMASO GALLETTO . . . . .	»	163
Common law di BARBARA PASA . . . . .	»	172
Compensatio lucri cum damno di GIANCARLO GIUSTI . . . . .	»	190
Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea di LUISA ANTONIOLLI . . . . .	»	208
Contratto collegato di RODOLFO SACCO . . . . .	»	238
Contratto complesso o misto di RODOLFO SACCO . . . . .	»	241
Contratto e operazione economica di ENRICO GABRIELLI . . . . .	»	243
Contratto imposto di RODOLFO SACCO . . . . .	»	257
Contratto indiretto di RODOLFO SACCO . . . . .	»	266
Contratto plurilaterale (ossia con più di due parti) di RODOLFO SACCO . . . . .	»	268
Contratto sinallagmatico o con prestazioni corrispettive di RODOLFO SACCO . . . . .	»	272
Danno all'immagine di FRANCESCA BENATTI . . . . .	»	275
Danno da progresso tecnologico di NADIA COGGIOLA . . . . .	»	279
Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale di CRISTINA AMATO . . . . .	»	302
Demanio (negozio di diritto privato sul) di TOMASO GALLETTO . . . . .	»	309
Demolizione di RENATO SPECIALE . . . . .	»	322
Diffida ad adempiere di GIANLUCA SICCHIERO . . . . .	»	329
Diritti reali (diritto internazionale privato) di ALESSIO ANCeschi . . . . .	»	338

Dolo omissivo e obbligo di informazione di RODOLFO SACCO . . . . .	p. 356
Dolus bonus di RODOLFO SACCO . . . . .	» 362
Donazione di fare di ALBERTO GIANOLA . . . . .	» 364
Fascicolo sanitario elettronico di PAOLO GUARDA . . . . .	» 373
Garanzie per vizi e per evizione di SILVIA FERRERI e CRISTINA PONCIBÒ . . . . .	» 393
Gestione d'affari altrui di PAOLO GALLO . . . . .	» 424
Gestione d'affari altrui in diritto comparato di PAOLO GALLO . . . . .	» 432
Giappone (diritto moderno) di ANDREA ORTOLANI . . . . .	» 435
Immigrato di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA . . . . .	» 451
Ingegneria genetica di FULVIO MASTROPAOLO . . . . .	» 478
Interruzione della prescrizione di CRISTINA COSTANTINI . . . . .	» 523
Ipnosi e dichiarazione contrattuale di RODOLFO SACCO . . . . .	» 530
Israele di ALFREDO MORDECHAI RABELLO . . . . .	» 531
Leasing di MAURO BUSSANI e MARTA INFANTINO . . . . .	» 588
Legittimazione del diritto e del potere di RODOLFO SACCO . . . . .	» 604
Lettera di conferma di RODOLFO SACCO . . . . .	» 615
Maternità surrogata di ANNA LORENZETTI . . . . .	» 617
Negoziio giuridico (oggetto del) di ROBERTO MARTINI . . . . .	» 633
Norma giuridica di RICCARDO GUASTINI . . . . .	» 645
Ontologia applicata e diritto di PIERCARLO ROSSI . . . . .	» 654
Pegno di ENRICO GABRIELLI . . . . .	» 661
Prescrizioni brevi di CRISTINA COSTANTINI . . . . .	» 677
Prescrizioni presuntive di CRISTINA COSTANTINI . . . . .	» 680
Principi di diritto di RICCARDO GUASTINI . . . . .	» 686
Promessa di matrimonio di ALESSIO ANCESCHI . . . . .	» 695
Quasi-contratti di PAOLO GALLO . . . . .	» 714
Responsabilità civile della banca di PAOLO GAGGERO . . . . .	» 724
Responsabilità del produttore nel diritto dell'Unione europea di FEDERICO FEDRIZZI	» 767
Responsabilità extracontrattuale nel diritto dell'Unione europea di ELENA IORIATTI	
FERRARI . . . . .	» 779
Restituzioni contrattuali di PAOLO GALLO . . . . .	» 796
Revisione e rinegoziazione del contratto di PAOLO GALLO . . . . .	» 804
Rotatività della garanzia di ENRICO GABRIELLI . . . . .	» 821
Soggetto di diritto di PAOLO GALLO . . . . .	» 838
Successioni in diritto comparato di PAOLO GALLO . . . . .	» 851
Svalutazione di PAOLO GALLO . . . . .	» 858
Termine essenziale di GIANLUCA SICCHIERO . . . . .	» 867
Vicinato (rapporti di ) di FABRIZIO MELUCCI . . . . .	» 874
Violenza di PAOLO GALLO . . . . .	» 907



## Common law

**Bibliografia:** la letteratura sul Common law è vasta, soprattutto quella storico-comparativa in lingua inglese. Attualmente molte opere sono reperibili in lingua italiana: fra i classici v. FRIEDMAN, *A History of American Law*<sup>2</sup>, Touchstone publ., 1986 (trad. it. *Storia del diritto americano*, Milano, 1995); GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven, 1977 (trad. it. *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1988); HOROWITZ, *The Transformation of American Law: the Crisis of Legal Orthodoxy, 1870-1960*, NY, 1992 (trad. it. *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004); VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge Univ. Press, 1987 (trad. it. *I signori del diritto*, Milano, 1991); dello stesso autore v. anche *The Birth of the English Common Law*<sup>2</sup>, Cambridge Univ. Press, 1988.

In tedesco il testo classico per un'introduzione al Common law è quello di ZWEIFERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I, Tübingen, 1971 (trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1992; una versione successiva è in lingua inglese, *Introduction to Comparative Law*<sup>3</sup>, Oxford, 1998; ad essa è seguita una versione in lingua spagnola, *Introducción al Derecho Comparado*, 2000); si veda, inoltre, il saggio di WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967 (tra. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, 1980).

In spagnolo la manualistica che si occupa di Common law è spesso una mera traduzione di testi stranieri (è il caso dello Zweigert-Kötz tradotto nel 2000, di cui si è appena detto) oppure una rivisitazione ampliata e corretta di testi stranieri (circola ancora una versione del testo di Mario Sarfatti del 1933, tradotta in *Introducción al estudio del Derecho Comparado* in Messico nel 1945). Si veda ad es. la nuova ed. di AJANI-ANDERSON-ARROYO AMAYUELAS-PASA, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, ed. UB, Madrid, 2011; oppure SOMMA, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Ara ed., Lima, 2006.

In francese l'opera fondamentale è quella di DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>7</sup>, Paris, 1978 (ed. italiana a cura di SACCO, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*<sup>4</sup>, Padova, 1994), la cui impostazione è seguita anche dalla manualistica attuale: CUNIBER, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2007; FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*<sup>6</sup>, Dalloz-Sirey, 2009; LAITIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009; LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains*, LITEC, 2008; SÉROUSSI, *Introduction au droit comparé*<sup>3</sup>, Dunod, 2008; in controtendenza, invece, v. LEGRAND, *Le droit comparé*<sup>5</sup>, PUF, 2009; un approccio critico è coltivato in FAIRGRIEVE-HORATIA MUIR WATT, *Common Law et tradition civiliste: convergence ou concurrence ?*, PUF, 2006.

Altri manuali rilevanti sul Common law in prospettiva storico-comparata, non tradotti in italiano: DAVID-BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today*<sup>3</sup>, London, 1985; GLENDON-GORDON-

OSAKWE, *Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and Cases on the Civil and common Law Traditions, With Special Reference to French, German, English* (American Casebook Series), West Group, 1999; GLENDON-GORDON-OSAKWE-CAROLLA, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*<sup>2</sup>, St. Paul, Michigan, 1994; GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2004 (1<sup>a</sup> ed. 2000); GORDLEY, *Foundations of Private Law, Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford Univ. Press., 2007; GUTTERIDGE, *Comparative Law*<sup>2</sup>, London, 1949 (rist. 1974); LEGRAND (ed.), *Common law: d'un siècle l'autre*, Montreal, 1992; MARTINEZ TORRON, *Anglo-American Law and Canon Law: canonical roots of the Common Law Tradition*, Berlino, 1998; MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *Schlesinger's Comparative Law. Cases-Text-Materials*<sup>7</sup>, N.Y., 2009; REIMANN, *The Reception of Continental Ideas in the common Law World 1820-1920*, Berlino, 1993; SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law*<sup>6</sup> (Casebook Series), West Publ., 2001.

Segnatamente sul diritto inglese, oltre alle opere citate nelle note di questa voce, cfr.: ASHWORTH, *The Criminal Process*<sup>2</sup>, Oxford, 1998; ATIYAH, *Common law and Statute law*, 48 *Mod. L. Rev.* 1, 1985; BACKER, *An Introduction to English Legal History*<sup>4</sup>, Oxford Univ. Press, 2005; ID., *The Legal Profession and the Common Law. Historical Essays*, London, 1986; BIRKS, *English Private Law*, Oxford, 2 voll., 2000; BUCKLAND-McNAIR, *Roman Law and the Common Law: a Comparison in Outline*<sup>2</sup>, a cura di Lawson, Cambridge, 1952; CLARK (ed.), *The Oxford History of England*, Oxford, 1934; COLLINS, *European Community Law in United Kingdom*<sup>4</sup>, London, 1990; CRACKNELL (ed.), *English Legal System*<sup>3</sup>, 2000; CRAIG, *The Courts, The Human Rights Act and the Judicial Review*, 117 *L. Quart. Rev.* 589, 2001; CROSS-HARRIS, *Precedent in English Law*<sup>4</sup>, London, 1991; DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of Constitution*<sup>8</sup>, London, 1915; FIFOOT, *History and Sources of the Common Law, Tort and Contract*, London, 1949; ID., *Judge and Jurist in the Reign of Victoria*, London, 1959; HUDSON, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Charta*, Longman, 1996; KIRALFY, *The English Legal System*<sup>6</sup>, London, 1978; MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21<sup>st</sup> Century*, N.Y., 1994; POLLOCK-MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*<sup>2</sup>, 2 voll., 1996 (1<sup>a</sup> ed. Cambridge Univ. Press, 1898); R. WALKER-B. WALKER, *The English Legal System*<sup>9</sup>, OUP, 2005.

In particolare, sulle recenti riforme inglesi: BLOM COOPER-DICKSON-DREWRY (eds.), *The Judicial House of Lords: 1876-2009*, Oxford, 2009; BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, 2009; BOGDANOR-KHITAN-VOGENAUER, *Should Britain Have a Written Constitution?*, in 78 *Pol. Q.*, 455, 2007; LORD HOPE, *A Phoenix From the Ashes? Accommodating a New Supreme Court*, 121 *L.Q.Rev.*, 253, 2005; LORD MANCE, *Constitutional Reforms, the Supreme Court and the Law Lords*, 25 *Civil Justice Quarterly* 155, 2006.

Sul diritto statunitense, oltre alle opere citate nelle note di questa voce, v.: AMODIO-SHARIF BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988; BRENNER-SPAETH, *Stare decisis: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge Univ. Press, 2008; CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, London, 1921; DAWSON, *The Oracles of the Law*, Westport Ct., 1968; EISENBERG, *The Nature of Common Law*, Cambridge Mass., 1988; FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*<sup>3</sup>, N.Y., 1996; FELDMAN, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, Oxford, 2000; HAZARD-TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993; MORRISON (ed.) *Fundamentals of American Law*, New York, 1996; VON MEHREN, *Law in the United States*, Deventer, 1992.

La riflessione della dottrina italiana sul Common law è particolarmente feconda, a partire dai primi studi di CAPPELLETTI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in diritto comparato*, Milano, 1968; ID., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; GORLA, *Diritto privato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; ID., *Il diritto comparato in Italia e nel mondo occidentale e una introduzione al dialogo civil law-Common*

law, Milano, 1983; e SACCO, *Modelli notevoli di società*, I, Cardozo lectures in Law, Padova, 1991; ID., *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1992. In prospettiva storica v. CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*<sup>4</sup>, Torino, 1989; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

Negli ultimi trent'anni in Italia sono fioriti vari generi letterari intorno al diritto comparato, che trattano principalmente i sistemi di Common law (e di Civil law): dalla manualistica, alle voci enciclopediche, ai saggi di dottrina sino alle consuete traduzioni di saggi stranieri.

Per la manualistica, fra gli altri, cfr.: AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*<sup>2</sup>, Torino, 2006; AJANI-MONATERI, *Casi e Materiali di diritto comparato*, Torino, 2001; BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010; CANDIAN-GAMBARO, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato*, Torino, 2008; CARROZZA-DI GIOVINE-FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009; CERINI, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato, La responsabilità civile*, Torino, 2009; CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*<sup>3</sup>, Milano, 2000; DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*<sup>7</sup>, Padova, 2007; GALGANO (ed.), *Atlante di diritto privato comparato*<sup>5</sup>, Bologna, 2010; P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997; GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco dir. comp.*<sup>3</sup>, Torino, 2008; GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*<sup>4</sup>, Padova, 2010; LUPOI, *Sistemi giuridici comparati: traccia di un corso*, Napoli, 2001; MATTEI, *Il modello di common Law*<sup>3</sup>, Torino, 2010; MATTEI-MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997; NEGRI ET AL. (eds.), *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2010; PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983; ID., *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995; VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*<sup>4</sup>, I, Torino, 2010.

Fra i saggi, v. ALPA, «Contratto nei sistemi di Common law», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 148; ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto nell'esperienza inglese*, *RDC*, 1993, II, 133; CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella "Common law"*; *abnormità, inesistenza e "plain error rule"*, *RIDPP*, 1996, 299; DE FRANCHIS, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "Civil law" e di "Common law" (accenni comparatistici)*, *CeI*, 1986, 91; DENTI, *Diritto e processo nella "Common law": letture di un "Civil lawyer"*, *RTPC*, 1986, 150; FERRARESE, *Due concezioni del ruolo giudiziario negli Stati Uniti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 1998, 231; GAMBARO, *Il successo del giurista*, *FI*, 1983, V, 85; ID., *Il diritto comparato in Italia e nel mondo occidentale: una introduzione al dialogo "Civil law-Common law"*, *RTDP*, 1983, 1528; ID., *Property nei sistemi di Common law*, in GAMBARO-CANDIAN-POZZO, *Proprietà, Property, Eigentum*, Padova, 1992; ID., *Western Legal Tradition*, in NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, N.Y., 1998, 687; GORDLEY, *Common law e Civil law: una distinzione che sta scomparendo*, in *St. Sacco*, Milano, 1994; LUPOI, *Common law e Civil law (alle radici del diritto europeo)*, *FI*, 1993, V, 431; MOCCIA, «Case Law», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 242; ID., «Common Law», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 17; ID., *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di "Common law"*, *RTPC*, 1988, 897; MORETTI, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, *CI*, 1990, 680; SERIO, *Ruolo dell'Università e valore del formante dottrinario nella formazione dei giuristi inglesi*, *RDC*, 1997, 5, II, 621; ID., *Brevi note sul "due process of law" nell'esperienza del "Common law" inglese*, *EDP*, 2000, 1, 205; STEIN, *Common Law*, II, *Diffusione del Common law*, *EGT*, VII, Roma, 1988; ID., *I sistemi di Civil law nella prospettiva del giurista di Common law*, *Rass. DC*, 1992, 821.

Tra le opere monografiche si vedano: BRAUN, *Giudici e accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, 2006; CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*<sup>2</sup>, Padova, 2001; FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*,

Bari-Roma, 2006; FERRERI, *Canoni inglesi di interpretazione dei testi scritti: un colloquio fra Civil law e Common law*, Milano, 1994; FRIGNANI, *L'injunction nella Common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996; LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust in diritto inglese*, Milano, 1971; ID., *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994; MATTEI, *Stare decisis*, Milano, 1988; ID., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in *Tratt. Sacco dir. comp.*, Torino, 1992; ID., *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1997; ID., *Basic principles of property law*, Westport-London, 2000; MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, 1984; ID., *Glossario per uno studio della "Common law"*<sup>2</sup>, rist., Milano, 1986; VARANO, *Organizzazione e garanzia della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973.

Utili, infine, i dizionari giuridici del DE FRANCHIS, *Dizionario Inglese-italiano*, I, Milano, 1984 e *Dizionario Italiano-inglese*, II, Milano, 1996. Sui quali, diffusamente, v. FERRERI (a cura di), *Falsi amici e trappole linguistiche*, Torino, 2010.

**Sommario:** 1. Premessa: Common law/Civil law, una partizione sistemologica ancora attuale? – 2. L'eccezione culturalista e la nouvelle vague della comparazione. – 3. I significati di Common law. – 4. La tradizione di Common law. – 5. Il patrimonio storico comune alla tradizione di Common law. – 6. I tratti di continuità nel Common law: l'origine medioevale degli istituti. – 7. (Segue). La derivazione processuale degli istituti. – 8. La discontinuità nel Common law inglese: la Constitutional Revolution. – 9. La circolazione del modello inglese. – 10. L'autonomia del sistema statunitense. – 11. Il ruolo della dottrina nel Common law. – 12. Statute law e codificazioni nel Common law.

### 1. Premessa: Common law/Civil law, una partizione sistemologica ancora attuale?

L'interesse per i Diritti inglese e statunitense (oltre ai sistemi giuridici loro derivati), cui si riferisce l'espressione "Common law" (1), si diffonde in stretto rapporto al prevalere, almeno fino alla seconda metà del xx sec., di un modo d'intendere la comparazione giuridica come scienza storica (2), fondata sul binomio Common law vs. Civil law (3).

Alle radici della bipartizione esistono effettivamente macro-differenze sistemologiche profonde (4), che tuttavia vanno colte in una dimensione critica (5): a) la mancata recezione del diritto romano in terra inglese non significa completa estraneità del diritto romano-canonico rispetto a quel sistema (6); b) il fondamentale ruolo giocato dal giurista pratico nel Common law non vuol dire che il giurista dotto rivesta una funzione trascurabile in quella cultura giuridica (7); c) il fatto che nel diritto inglese non si sia mai aperta "un'età della codificazione" (civile, commerciale, penale, di procedura, ecc.), avente la pretesa di invalidare ogni fonte previgente, non significa che i codici o altro diritto di produzione legislativa-regolamentare siano completamente assenti dal Common law, ma è sintomatico del diverso atteggiamento degli interpreti rispetto alle regole di fonte statuale (8); d) l'assenza di rivoluzioni nel processo d'affermazione del Common law e, dunque, la sua natura tradizionale, non significa che i periodi di riforma siano assenti dalla storia del diritto inglese (9); e) il fatto che nel sistema inglese, diversa-

mente da quello statunitense e dagli altri sistemi di Civil law, non ci sia una Costituzione scritta, non significa che il primo sia privo di Costituzione (c.d. unwritten Constitution) (10); f) il modo in cui i Common lawyer interpretano la legge, seguendo la rule of exclusion (che obbliga il giudice alla lettera della legge, cosiddetto literal rule o plain meaning approach, e non consente di ricorrere ad altri testi, ad es. ai dibattiti parlamentari, per scoprire le intenzioni del legislatore) è cambiato anche nel sistema inglese, seppur solamente nel xx sec., grazie al cosiddetto purposive approach (11); g) l'originaria mancanza dell'appello, come possibilità di portare il caso dinanzi ad una Corte in seconda istanza per ottenere una sentenza che rovesci il contenuto di quella precedente, è stata introdotta anche nel sistema giuridico inglese nella forma del riesame (appeal) nel xix sec. (12). Comunanze e differenze sono, pertanto, da rileggere in prospettiva critica, per far emergere i caratteri più profondi e resistenti nel tempo che compongono il nucleo essenziale della tradizione o famiglia di Common law rispetto a quella romanista. Certo è che fonti del diritto, organizzazione delle corti ed educazione del giurista segnano storicamente le culture giuridiche e forgiavano in maniera distinta stili argomentativi e forme mentis dei rispettivi giuristi. Tuttavia, quanto sopra sinteticamente illustrato fa ritenere che le due culture giuridiche, di Common law e di Civil law, siano comunicanti; esse sono alla base dell'esperienza giuridica occidentale (13).

(1) Sui significati dell'espressione v. par. 2 di questa voce.

(2) Cfr. le "Tesi di Trento", manifesto dei comparatisti italiani che, nel 1987, si riconoscevano nella c.d. Scuola di Rodolfo Sacco (rinnovate poi nel 2001): in internet [http://www.jus.unin.it/DSG/convegni/tesi\\_tn/le\\_tesi.htm#tesi](http://www.jus.unin.it/DSG/convegni/tesi_tn/le_tesi.htm#tesi).

La seconda tesi recita: «La comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo un criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto. In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche».

(3) Cfr. GORLA, «Diritto comparato», in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963, par. 4; ID., *Interessi e problemi della comparazione fra il diritto nostro e la "Common law"*; *Studio storico-comparativo della "Common law" e scienza del diritto (le forme d'azione)*; ID., *Formazione e strutture fondamentali della "Common law": le "formes of actions"*, *ADCSL*, VI (1930), I, 493 e 243. Si tratta di lavori dove le ragioni dello studio del Common law, al di là della loro immediata evidenza d'ordine pratico, trovano un'originale e compiuta formulazione in sede teorica così espressa: «Il problema è (...) fare dello studio storico-comparativo della Common law e del diritto continentale uno dei modi della scienza del diritto. Questo problema, che è un'ipotesi di lavoro, sorge appunto perché diritto continentale e Common law rappresentano, almeno quanto alle forme, alle strutture, ai concetti, alle tecniche, le due più grandi famiglie di ordinamenti giuridici nell'ambito di una stessa civiltà». L'anello di congiunzione, secondo l'A., è rappresentato dall'idea che le basi dello studio storico-comparativo dei due sistemi «sono da ricercare nell'or-

ganizzazione (...) del Tribunale cittadino di Roma, all'epoca delle legis actiones e del processo formulare, e della Corte centrale di Londra nei secoli XII-XVII».

(4) La manualistica degli ultimi cinquant'anni ne ha dato ampiamente conto, fra gli altri David, Zweigert-Kötz, Van Caenegem ma soprattutto la produzione francese (si rinvia alla nota bibliografica in apertura di questa voce).

(5) L'approccio critico è stato sviluppato nella dottrina italiana da Sacco, e continuato nelle opere dei suoi allievi e di chi si è riconosciuto nella sua scuola: Gambaro-Sacco, Mattei, Mattei-Monateri, Varano-Barsotti, Lupoi, Ajani (v. opere cit. alla nota bibliografica in apertura di questa voce).

(6) Un periodo di intensa penetrazione del diritto civile e di quello canonico va dalla conquista normanna, con l'arrivo in Inghilterra di Lanfranco (uno dei più importanti rappresentanti della scuola pavese che applicava il metodo della glossa al diritto longobardo rivale della scuola di Bologna), il quale divenne l'arcivescovo di Guglielmo il Conquistatore, fino all'opera di Bracton [«romanista nella forma, inglese nella sostanza» come si legge in POLLOCK-MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I<sup>2</sup>*, 2 voll., 1996 (1<sup>a</sup> ed. Cambridge Univ. Press, 1898), 207] la sola trattazione completa ed organica del Common law prima di Blackstone. Cfr. MATTEI, *Il modello di common Law*<sup>3</sup>, Torino, 2010, 40 ss.

(7) Sul piano storico non è privo di fondamento affermare che la dottrina ha avuto un ruolo ridotto rispetto ai sistemi di Civil law, per quel che concerne il sistema delle fonti del diritto. Peraltro, il suo ruolo, soprattutto a partire dal xx sec., non è da sottovalutare: le stesse facoltà giuridiche inglesi hanno acquisito il monopolio sull'educazione del Common lawyer (da circa un trentennio la professione forense è composta da laureati in giurisprudenza) ed il giurista accademico è sempre più spesso coinvolto nelle riforme prodotte dalla Law Commission inglese. Senza contare che negli Stati Uniti le università sono sempre state prive di concorrenza nella formazione del giurista e partecipano, attraverso l'American Law Institute, alle riforme giuridiche del paese. Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 197 ss. Per approfondimenti v. il par. 11 di questa voce.

(8) Nel xx sec. a seguito del sorgere del "welfare State" anche il Common law è entrato "nell'età degli statutes" (v. il titolo dell'opera di CALABRESI, *A common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982). Il codice, in questi paesi, non rappresenta una rottura col passato (non sembra costituire una cesura col passato nemmeno in Civil law, v. GAMBARO, «Codice civile», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 453). Esso, piuttosto, ha una valenza culturale diversa, perché non assume un carattere di centralità, come sul Continente, ma è concorrente rispetto alle fonti non legislative. V. lo *Uniform Commercial Code*, la più importante codificazione moderna di Common Law (*infra* par. 12) e, ad es., le codificazioni della California. Norton Pomeroy, il fondatore della prima facoltà giuridica californiana, per interpretare il codice affermò che: 1) se il codice è lacunoso si applica il Common law; 2) se il codice detta principi generali si applica la regola speciale di Common law; 3) quando le previsioni del codice sono ambigue, pur essendo specifiche, si applica il Common law: cfr. POMEROY, *The True Method of Interpreting the Civil Code*, 4 *West Coast Reporter*, 109, 1884. Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 193 ss. Cfr. altresì TALLON, *La codification dans le système de common Law*, *Revue Française de Theorie Juridique*, 1998, 39; BARANGER, *Bentham e la codification*, *Revue Française de Theorie Juridique*, 1998, 17; LESSAY, *Blackstone, common Law et Codification*, *Revue Française de Theorie Juridique*, 1998, 3.

(9) Si pensi all'epoca Tudor, nella quale vi fu il conflitto fra i civilians ed i Common lawyers, oppure alla riforma del sistema della giustizia inglese, con l'emanazione dei Judicature Acts (1873-75); fino alle riforme che ridisegnano l'ordinamento giudiziario e l'assetto costituzionale introdotte con lo Human

Rights Act (1998), il Constitutional Reform Act (2005) ed il Constitutional Reform and Government Act (2010).

(10) La storia delle istituzioni politiche inglesi può chiarire il punto. La teoria della sovranità parlamentare, cioè il fatto che il Parlamento sia il legislatore, è costruita su due pilastri. Il primo, che nessun Parlamento può vincolare quello futuro o rimanere vincolato da quello passato. Il secondo è che nessun giudice può disapplicare la legge in quanto contraria alla Costituzione o ai principi fondamentali del Common law: sarebbe un'usurpazione delle funzioni del Parlamento da parte del giudiziario. Come è noto, questa dottrina riceve compiuta espressione nel XIX sec. con Dicey, professore ad Oxford, ma risale al XVII sec., quando Sir Edward Coke afferma che le leggi contrarie ai principi del Common law sono invalide (teoria seguita poi dalle colonie americane). Blackstone, per contro, un secolo più tardi, affermerà che le leggi, anche se irragionevoli, vanno applicate, legittimando un Parlamento sovrano al di sopra dei diritti fondamentali e delle libertà dei cittadini. Ne consegue l'assenza di un controllo costituzionale delle leggi esercitato dalle corti, diffuso o accentrato, che è tipico di tutti gli altri sistemi occidentali.

Due sono i mutamenti fondamentali nel XX sec.: la democratizzazione di una delle due camere (i Commons), il degrado della House of Lords ad un ruolo secondario nella produzione normativa (VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*<sup>2</sup>, Cambridge Univ. Press, 1988, 20 ss.), la promulgazione, nel 1998, dello Human Rights Act in ossequio alla Convenzione europea del 1950 (CEDU) ed ai Trattati europei (AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*<sup>2</sup>, Torino, 2006, 90 ss.) che attribuisce alle Corti (attraverso il giudizio di conformità) il potere di segnalare il contrasto fra norme legislative e diritti fondamentali dei cittadini, sino al Constitutional Reform Act (2005) che sottrae definitivamente la competenza giudiziaria alla House of Lords per attribuirgli ad una nuova Supreme Court of the U.K., dando altresì vita ad un'apposita commissione indipendente per la nomina dei giudici.

(11) In Inghilterra, solo a partire dal caso *Pepper v. Hart* [1993] 1 All E.R. 42, 50 (*House of Lords*, 1992), il giudice può riferirsi agli Hansards, le raccolte dei lavori parlamentari per interpretare la legge. Cfr. AJANI, *op. cit.*, 114 ss.; VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*<sup>4</sup>, I, Torino, 2010, 316 ss. Negli USA, la teoria dell'interpretazione ha maturato caratteri e tecniche proprie grazie all'esistenza di un testo costituzionale sul quale gli interpreti americani si sono cimentati. Accanto all'indagine sull'intento del legislatore, da sempre ammessa in quel sistema, l'elemento chiave per l'interprete americano è l'analisi della policy sottesa alla norma. MATTEI, *Il modello*, cit., 192.

(12) Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 68 ss.; VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, 275 ss.; AJANI, *op. cit.*, 70 ss.; VAN CAENEGEM, *op. cit.*, 4 ss.

(13) L'espressione utilizzata più spesso è "Western Legal Tradition": a partire da BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge Mass., 1983, sino a GAMBARO, *Western legal tradition*, in NEWMAN (ed.), *The new Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, N.Y., 1998, 687; essa viene utilizzata, ad es. da MARTINEZ TORRON, *Anglo-American Law and Canon Law: canonical roots of the common Law Tradition*, Berlin, 1998.

L'aspetto western-centric e state-centric del mainstream classico, che assume a criterio fondante le classificazioni in sistemi quello dell'esistenza (o meno) di un ceto di giuristi professionalizzato, è stato criticato da più parti: in sintesi v. da ultimo MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *Schlesinger's Comparative Law, Cases-Text-Materials*<sup>7</sup>, N.Y., 2009, al cap. 2 che discute di «integrative and contrastive comparison»; oppure, in lingua italiana MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, paper 2010 pubblicato nella rivista on line [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), già nel n. 1 del 2010 di *Pòlemos*, *Rivista semestrale di diritto, politica e cultura*.

## 2. L'eccezione culturalista e la nouvelle vague della comparazione.

Se si assume che ogni sistema giuridico sia un complesso artefatto culturale unico nel suo significato, fondato su di un determinato patrimonio di conoscenze (14), la bipartizione Common law/Civil law è ancora giustificata ed attuale. Senza qui voler accentuare la contrapposizione infra-sistemica, ciò che conta per l'educazione del giurista continentale è la conoscenza del Common law, delle sue istituzioni, delle tecniche interpretative e del modo in cui si sono venute formando. E ciò è tanto importante quanto il possesso di una prospettiva storico-comparativa riferita alle origini ed al substrato romanista di Civil law. Un esempio di comparazione atta ad evidenziare le differenze culturali senza esasperarle è quello relativo alla teoria del precedente come fonte del diritto. Si osserva, in prospettiva storico-comparata, che una delle differenze più profonde fra sistemi di Common law e di Civil law è che, nei primi, la giurisprudenza (il case law) è una fonte primaria, mentre nei secondi è relegata nell'ambito delle fonti secondarie. Un'enfasi eccessiva sullo stare decisis come elemento differenziante le due famiglie, tuttavia, è oggi priva di valore descrittivo circa il funzionamento del diritto giurisprudenziale in Common law.

La cultura positivista sottesa alla regola dello stare decisis (e dunque il suo valore vincolante) ha attecchito per un periodo molto breve e circoscritto in Inghilterra (tra la fine del XIX sec. e la prima metà del XX sec.) e pertanto non può essere considerata come una caratteristica profonda dal sistemologo. Senza contare che negli USA la teoria dichiarativa del precedente non è mai stata interpretata in maniera rigida, a causa di vari fattori, culturali e strutturali: la presenza di una Costituzione scritta, la moltiplicazione dei sistemi giudiziari (statali e federale), lo studio dottrinale del diritto nelle law school, la formazione prettamente accademica dei giuristi, qualità e quantità dei precedenti pubblicati. Va inoltre precisato che la regola dello stare decisis, seppur non inteso come «dovere di ripetere gli errori» (15) (dovere, per il giudice successivo, di non discostarsi dal precedente, anche qualora lo ritenga sbagliato o ingiusto), bensì nella sua declinazione statunitense (16) (di precedente persuasivo, non rigidamente vincolante, che il giudice successivo è libero di correggere) è conosciuta anche sul Continente come pratica costante di seguire i precedenti. È un principio di giustizia noto in tutta la tradizione giuridica occidentale. Ciò detto, rimane il fatto che la teoria del precedente come fonte primaria del diritto è sintomatica di una cultura giuridica che fa dello stare decisis una regola di lavoro quotidiana per il giudice e l'avvocato, prassi che il collega continentale poco frequenta (17). Il giudice, per formazione culturale,

si sente obbligato a seguire il precedente e, se vuole sottrarsi, dovrà applicare una delle tecniche sviluppate soprattutto nel sistema americano (18). Il controllo critico del giudice sulla regola precedente in Common law è favorito dalla qualità e quantità dei precedenti a disposizione delle corti attraverso un sistema di pubblicazione che non ha paragoni sul Continente. Oltre a numerosi siti internet ad accesso libero e gratuito, fra i quali siti governativi ufficiali che garantiscono un rapido accesso alla giurisprudenza delle corti (19), esistono anche sistemi di ricerca computerizzati, a pagamento, che consentono l'accesso a migliaia di sentenze "unpublished" (20). Seguendo sempre un approccio ragionevolmente "contrastivo", si possono individuare taluni aspetti rappresentativi di una diversità che traccia una "sottile linea rossa" fra la cultura giuridica europea ed il modello statunitense, a marcare tratti peculiari destinati, forse, a divenire dati profondi ed indelebili di quest'ultimo sistema giuridico (21).

Si pensi, in particolare, al potere del giudice americano, oggi dominante sul piano politico, che irradia una duplice forza, estensiva ed attrattiva: estensiva, nel senso che proietta la sua giurisdizione ben oltre i confini nazionali, sino a provocare la teorizzazione di una legalità internazionale che si fonda sul giudizio dei tribunali (22); attrattiva, nel momento in cui il foro americano, per varie ragioni più favorevole all'attore (almeno nelle cause di responsabilità civile) e alla tutela degli interessi diffusi, con la possibilità di intraprendere class actions (23), viene in un certo senso "accettato" da ogni convenuto che non voglia essere escluso dal centro della scena politico-economica planetaria.

Anche quando il raffronto fra Common law e Civil law riguarda singoli istituti (c.d. micro-comparazione) le differenze non mancano, sia sotto il profilo concettuale che terminologico. Si prenda, ad es., un settore circoscritto del diritto come la Law of Contracts (24) in Common law ed il contratto in Civil law (25). Sotto il profilo terminologico, occorre avvertire subito che contract/contrat/Vertrag/contratto non hanno un significato omologo e coincidente. Nel Common law, infatti, il vocabolo contract indica il nostro contratto obbligatorio (26). Per il trasferimento della real property e per le donazioni è necessaria una conveyance (c.d. act under seal), un atto scritto e sottoscritto dalle parti (27). Per ragioni storiche, poi, mentre nel diritto continentale vengono considerati contratti anche i complessi e intrecciati doveri che scaturiscono nel mandato e nelle situazioni di custodia di cose altrui, in Common law, invece, rapporti e situazioni corrispondenti come l'agency ed il bailment, rispettivamente, vengono assunti «sotto l'angolo visuale di una relationship (cioè del complesso legame derivante da una posizione in cui le parti si

trovano, più o meno volontariamente), così come i rapporti fra master and servant (il nostro contratto di lavoro) e fra landlord and tenant (il nostro contratto di locazione)» (28). Le differenze concettuali, in relazione alla nozione e al fondamento della categoria del contract, sono ulteriori. In proposito, si può ritenere che, a differenza della nozione di contratto nei sistemi giuridici continentali, quella di contract presenti, storicamente, un'attrazione assai minore verso l'elemento dell'accordo (come incontro di volontà), preferendo piuttosto ancorarsi al requisito oggettivo della promessa che sta alla base della tutela dell'affidamento ragionevole (c.d. principio della reliance) (29). Altre differenze tra contract (nel senso di promessa che assicura un risultato tutelato dal diritto, e non come obbligazione di una prestazione) e contratto si riconducono all'elemento della consideration quale requisito fondamentale, in Common law, dell'obbligazione contrattuale (eccetto il caso del contratto in forma solenne, c.d. deed, o act under seal) (30). Pur mancando una definizione univoca dell'elemento della consideration (come è naturale che sia in un sistema di judge-made law) si fa riferimento ad una repromissione onerosa in cambio della promessa dalla quale derivi un vantaggio (benefit) per il promittente ovvero un sacrificio (detriment) per il promissario. Essa può anche consistere nell'esecuzione contestuale della promessa (executed consideration), che contraddistingue gli unilateral contracts (31). Il semplice accordo, dunque, non produce effetti giuridici se non è sostenuto da una consideration, a meno che non si tratti di un contratto dotato di una forma solenne (32). Proprio per questo, la consideration, più che un requisito del contratto, come la nostra causa dalla portata assai discutibile, è un principio che pervade tutto il sistema contrattuale di Common law, appunto in quanto ne rappresenta l'essenza. Essa rappresenta l'idea che chi intende obbligarsi giuridicamente deve mostrare, attraverso lo schema formale di uno scambio, la volontà seria e precisa di obbligarsi, stabilendo, in modo altrettanto preciso e formale, le condizioni dello scambio stesso (33). In conclusione, anche la micro-comparazione rileva differenze fra Common law e Civil law; spesso, però, ciò che differisce è il livello declamatorio, cioè l'apparato concettuale con cui queste regole vengono enunciate, piuttosto che la soluzione operativa (34). Si potrebbe affermare una volta di più che all'interno della tradizione occidentale va distinguendosi un'area giuridica fatta di valori e principi comuni, di strutture e regole integrate, quella europea (35).

(14) Fra i comparatisti, forse il massimo esponente di un approccio contrastivo esasperato, fondato sull'eccezione culturalista è Legrand. Fra i suoi scritti si veda, ad es., *The Same and the Different*, in LEGRAND-MUNDAY, *Comparative Legal Studies*:

*Traditions and Transitions*, Cambridge Univ. Press, 2003, 240 ss. Cfr. MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *op. cit.*, 144 ss.

(15) BACKER, *An Introduction to English Legal History*<sup>4</sup>, Oxford Univ. Press, 2005, 174.

(16) MATTEI, *Il modello*, cit., 141 ss.

(17) MATTEI, *Il modello*, cit., 156.

(18) Qui il riferimento è alle note tecniche dell'overruling (prospective e anticipatory, sui quali MATTEI, *Il modello*, cit., 159 ss.), del distinguishing, e alle prassi del giudice successivo di operare sul caso con altre tecniche (per renderlo harmonized, criticized, questioned o limited rispetto al precedente caso): MATTEI, *Il modello*, cit., 157.

(19) Per es., si veda il sito del Parlamento [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk), oppure il sito della Corte Suprema [www.supremecourt.gov.uk](http://www.supremecourt.gov.uk), oppure la banca dati del BRITISH AND IRISH LEGAL INFORMATION INSTITUTE (BAILII), [www.bailii.org](http://www.bailii.org).

(20) Qui il riferimento è naturalmente al sistema di ricerca Lexis, che a sua volta funziona grazie a sistemi di indicizzazione delle decisioni sempre più sofisticati (v. ad es. l'*American Digest System*). Negli USA, la *Federal Rule of Appellate Procedure* 32.1 consente di citare le unpublished opinions rese a partire dal 1-1-2007. Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 163; ID., *Stare decisis*, Milano, 1988, 149.

(21) Così MATTEI, *Il modello*, cit., 169.

(22) Si pensi alle cause relative all'Olocausto (a partire dal 1996) che hanno reso visibile, a livello internazionale, l'arroganza delle Corti USA nel decidere questioni prive di contatto reale con il suolo americano. MATTEI, *Il modello*, cit., 173.

(23) Sul modello egemonico americano ancora MATTEI, *Il modello*, cit., 176.

(24) Sulla Law of Contract nel Common law: FRIEDMAN, *Contract Law in America*, Univ. of Wisconsin Press, 1965; CORBIN, *On Contracts. A Comprehensive Treatise on the Working Rules of Contract Law*, St. Paul, Minn., 1963 (1<sup>a</sup> ed. 1950), I, § 1; GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974; ATYIAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Univ. Press, 1979; FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, Toronto, 1982; ID., *Comparative Contract Law*, in REIMANN-ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 899 ss.; CHESHIRE-FIFOOT, *Law of Contract*<sup>1</sup>, London, 1986; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Law*, Oxford Univ. Press, 1991; EISENBERG, *Gilbert on Contracts*, Chicago, 1993; TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contracts*, Harvard University Press, 1994; sino ai recentissimi POOLE, *Textbook on Contract Law*<sup>10</sup>, Oxford Univ. Press, 2010; MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*<sup>4</sup>, Oxford Univ. Press, 2010; R. TAYLOR-D. TAYLOR, *Contract Law Directions*<sup>3</sup>, Oxford Univ. Press, 2011. Nella dottrina italiana in prospettiva comparata v. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 2 voll., 1954; ALPA, *Contratto e Common law: schede e profili della letteratura recente*, RCDP, 1984, 885; ID., *Contratto e "Common law"*, Padova, 1987; ID., «Contratto nei sistemi di Common law», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 148; FUSARO, *I contratti nei sistemi di Common law*, *CeI*, 1986, 663; CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990; DI MAJO, *I "principles" dei contratti commerciali internazionali tra civil e Common law*, RDC, 1995, I, 609; ALPA-DELFINO, *Il contratto nel "Common law" inglese*, Padova, 1997; GALGANO (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*<sup>5</sup>, Bologna, tavole 4-10. Più in generale in prospettiva comparata: VON MEHREN, «A General View of Contract», in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, VII, 1982, I; DAVID-PUGSLEY, *Le contrat en droit anglais*, Paris, 1985; ZWEIGERT-KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*<sup>3</sup>, Oxford, 1998, 323 ss.; MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *op. cit.*, 863 ss.

(25) Cfr. SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, EDP, 2001, 479 ss.

(26) Così GORLA, «Consideration», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1960, 181. Dello stesso A. si veda *Il contratto*, cit.; ALPA, «Con-

tratto nei sistemi di common Law», cit., 148 ss.; CRISCUOLI, *op. cit.*; DAVID-PUGSLEY, *op. cit.*; FERRARI, *Tavole 5-7 La formazione del contratto*, in *Atlante di diritto privato comparato*, cit., 69 ss. e, *ivi*, ALPA, *La consideration*, 99 ss.

(27) SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 94.

(28) GORLA, «Consideration», cit., 181 ss.

(29) Cfr. POLLOCK, *Principles of Contract: A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England*, London, 1921 (1<sup>a</sup> ed., 1875), I. Sulla nozione di contract come promessa, in prospettiva storica a partire dall'azione di assumpsit (quale rimedio per la violazione della promessa), v. MOCCIA, «Contract», in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, specie §§ 4.6.2, 5.3, 5.4 e MATTEI, *Il modello*, cit., 235 ss.

(30) V. GORLA, *Il contratto*, cit., I, 346-349, 385-419 (oltre alla sua voce «Consideration», cit.).

(31) MATTEI, *Il modello*, cit., 236.

(32) Anche se va aggiunto che le rigidità della consideration sono state attenuate dall'equity, attraverso il meccanismo del promissory estoppel (MATTEI, *Il modello*, cit., 237) e negli USA attraverso la codificazione della regola della vincolatività dell'accordo sulla base della reliance (affidamento) nel § 90 *Restatement 2nd on Contracts* (1981).

(33) GORLA, *Il cosiddetto "unilateral contract" o contratto con executed consideration nella Common law anglo-americana*, RDCo, 1954, I, 279.

(34) SACCO, *Il contratto*, cit., 484, fa il seguente esempio: il contract inglese non può essere liberale, ma ciò non significa che in Inghilterra sia impossibile donare o dare a comodato: semplicemente il dono (e lo stesso vale per il comodato) non è considerato contract perciò non ha bisogno di consideration. Il dono di cosa non mobile sta in piedi grazie alla solennità, il dono di una cosa mobile ed il comodato sono operativi purché la cosa venga consegnata. Queste sono regole che sostanzialmente valgono sia per la Francia che per l'Inghilterra.

(35) Il patrimonio costituzionale europeo è un dato acquisito dalle fonti normative medesime; la costruzione di un diritto privato comunitario o europeo è in fieri attraverso il progetto di Quadro Comune di Riferimento (generalmente noto come DCFR, acronimo inglese che sta per *Draft common Frame of Reference*), sul quale la bibliografia è sterminata. Qui basti segnalare che anche i manuali italiani di Introduzione al diritto comparato inseriscono ormai paragrafi dedicati a questi temi: cfr. ad es. già AJANI, *op. cit.*, 233 ss.; GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*<sup>4</sup>, Padova, 2010, 261 ss.; MONATERI-SOMMA, *Il modello di Civil law*<sup>3</sup>, Torino, 2009, 177 ss.; NEGRI E AL. (eds.), *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2010, 85 ss.; VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*

### 3. I significati di Common law.

Nell'accezione più utilizzata nel diritto comparato, cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti, per Common law s'intende principalmente il diritto anglo-americano, anche se vi è chi ha notato (36) che, in questo senso, la locuzione esclude altri ordinamenti giuridici che fanno parte del Common law (dall'Irlanda, al Canada, all'Australia, alla Nuova Zelanda) e che, pertanto, è limitativa. Il significato sistemologico dell'espressione Common law, oltre a descrivere i tratti permanenti della famiglia giuridica (37) costituita dai sistemi giuridici inglese e statunitense (38) si deve, pertanto, estendere anche ai sistemi canadese (con parziale esclusione del Quebec), neo-zelandese, australiano ed irlandese. In questo principale significato, la locuzione indica l'«intero corpo del sistema giuridico dell'Inghilterra».

ra, di quelle parti del mondo a cui il diritto inglese si è esteso, e di quei Paesi, come gli Stati Uniti d'America il cui sistema si ricollega e deriva dal diritto inglese» (39).

In quest'accezione, l'espressione *Common law* viene generalmente utilizzata (come si è detto in premessa) in contrapposizione a *Civil law* (rinvio alla voce → *CIVIL LAW*) per identificare il sistema di "diritto comune non scritto" originatosi in Inghilterra intorno all'XI sec. ed incentrato sul precedente giurisprudenziale piuttosto che sulla legge come fonte scritta (40). L'espressione identifica, dunque, l'insieme di regole giuridiche di derivazione consuetudinaria piuttosto che autoritativo-legislativa (41), che fra il XII e XIII sec. si cristallizzano nei writs delle Corti regie centralizzate, fissando in modo duraturo (per cinque secoli almeno, sino alle riforme del XIV sec.) il carattere di medievalità del diritto inglese (42).

Il significato originario della locuzione *Common law* è, tuttavia, più circoscritto: esso designa una specifica parte del diritto inglese, quella che si è sviluppata durante il Regno di Enrico II (1154-1189), in riferimento ad un peculiare assetto delle corti e dei rimedi ottenibili dal consociato. Il *Common law*, in questo senso, trova fonte di legittimazione nel fatto di essere la consuetudine del Regno che si sviluppa nella prassi giudiziaria delle Corti regie che risiedono a Westminster: la *Court of Exchequer*, la *Court of King's Bench* e la *Court of Common Pleas* (43). Così inteso, il *Common law* si distingue dall'*Equity*, una seconda giurisdizione che si sviluppa durante il XV sec. nella *Court of Chancery*, come giurisdizione d'equità esercitata dal Cancelliere (normalmente era un vescovo o comunque un chierico) (44) quale confessore del Re ovvero "custode della coscienza del Re". L'*Equity* si sviluppa come sistema complementare e suppletivo per correggere il rigore e rimediare alle carenze del diritto creato dalle corti di *Common law*. Essa è dotata di una procedura ad hoc per agire in giudizio, di un proprio assetto rimediabile, e di specifici istituti, come ad es. il *trust* (45) (rinvio alla voce). Inizialmente non c'è un vero e proprio "diritto d'*Equity*": le regole applicate sono quelle della morale cristiana (mantenere la parola data, non ingannare il prossimo, non approfittare delle debolezze o dell'ignoranza altrui, ecc.). Nell'applicare queste norme di natura etica, il Cancelliere non può contraddire le regole di *Common law* perché non può sostenere che quest'ultime siano ingiuste. Egli, tuttavia, può sovvertirne il risultato, ricorrendo ad un espediente retorico: sosterrà che le regole di *Common law* sono giuste in astratto, ma che la parte convenuta ne ha abusato, distorcendole per fini ingiusti. Pertanto, nel caso portato all'attenzione del Cancelliere, esse andranno sostituite al fine di ricondurre la situazione ad equità. Ri-

correndo all'escamotage dell'abusività o dell'ingiustizia della regola di *Common law*, il Cancelliere concede rimedi diversi per rovesciare la regola ingiusta (46); rimedi più sofisticati (e dunque concorrenti) di quello tipico concesso in *Common law*, cioè il risarcimento dei danni.

In questa accezione, pertanto, l'espressione *Common law* si contrappone ad *Equity*. La seconda, storicamente, indica quella parte del sistema giuridico inglese in cui operavano i giuristi educati secondo il diritto continentale (cioè il diritto romano-canónico); nonostante Enrico VIII (1509-1547) avesse deciso di rimpiazzare i canonisti (47), il loro bagaglio di conoscenze non andò perso, ma fu ereditato dai cosiddetti *civilians* (48). Fra le corti dei *civilians* vanno ricordate, per il ruolo avuto nell'elaborazione di importanti settori del diritto inglese, le seguenti: a) le Corti ecclesiastiche, competenti, in particolare, in materia di rapporti tra coniugi, nonché in materia di diritto successorio per le questioni relative alla convalida (*probate*), all'interpretazione dei testamenti e alla nomina dei soggetti (*executors* o *administrators*, i primi indicati dallo stesso testatore, i secondi, invece, nominati, nel caso di omessa indicazione o di morte intestata, dalla Corte) incaricati della gestione e distribuzione del patrimonio relitto per la parte relativa alla *personal property*; b) la Corte dell'*Amiraglio*, competente in materia di diritto marittimo e, fino al XVII sec., anche in materia commerciale, quest'ultima successivamente fatta propria dalle corti di *Common law* (49).

Un terzo significato circoscritto dell'espressione *Common law* è fondato sulla struttura della fonte di produzione della regola giuridica. Esso viene attribuito in contrapposizione a *Statute law*, quest'ultimo inteso come diritto di fonte legislativa. Assume carattere moderno durante il periodo dei Tudor, quando il Parlamento viene valorizzato nella produzione legislativa (50). Anche in quest'accezione, *Common law* fa riferimento alla natura originaria di diritto non scritto, o meglio, a formazione giudiziale (*case law*), ove con questa espressione s'intende anche quella parte del diritto creata dalla giurisdizione di *Equity* (51).

Complessivamente, quindi, il diritto dei sistemi giuridici che appartengono alla tradizione o famiglia di *Common law* è rappresentato da un patrimonio giuridico comune, risultante storicamente dall'unione di almeno tre sottoinsiemi giuridici, *Common law*, *Equity* e *Statute law*, di cui il primo rappresenta la struttura portante istituzionale originaria.

(36) MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in *Tratt. Sacco dir. comp.*, Torino, 1992, 1 ss.

(37) "Famiglia giuridica" è l'espressione utilizzata a partire dal manuale di DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>7</sup>, Paris, 1978, che gode tutt'oggi di grande seguito.

(38) I quali storicamente rappresentano i due principali modelli

di Common law, nonostante l'esistenza di importanti differenze delle quali si dirà nel prosieguo: cfr. GLENN, *Legal Tradition of the World*, Oxford Univ. Press, 2000 (2<sup>nd</sup> ed. 2004), 230 ss.

(39) RHEINSTEIN, «Common law-Equity», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 914; MOCCIA, «Common Law», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 17 ss.

(40) *Common law*<sup>5</sup>, *Barron's Law Dictionary N.Y.*, 2003, 88.

(41) *Common law*<sup>8</sup>, *Black's Law Dictionary St. Paul*, 2004, 276.

(42) MATTEI, *Il modello*, cit., 3 ss.

(43) In questo senso si esprime la moderna storiografia giuridica inglese, le cui tesi sono accolte dagli studiosi continentali del sistema di Common law. Le opere fondamentali alle quali riferirsi sono le seguenti: COKE, *Institutes of the Laws of England*, IV, London, 1628-41; HALE, *History of the common Law*, London, 1779; BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, IV, London, 1765-69; REEVES, *History of English Law*, I, London, 1783-84, ed. ampliate 1787 e 1829; SUMNER MAINE, *Ancient Law*, London, 1861; HOLMES, *The Common Law*, 1881 e successive ed.; POLLOCK-MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, cit., London, 1895 e successive ed.; HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 1903-44; POLLOCK, *The Expansion of the Common Law*, London, 1904; BLACK, *Law of Judicial Precedent*, St. Paul, 1912; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921; WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge, Mass., 1925; BUCKLAND-McNAIR, *Roman Law and the Common Law*, Cambridge, 1936; HOLDSWORTH, *Some Makers of English Law*, Cambridge, 1938; MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1948; PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*<sup>5</sup>, Boston, 1956; POTTER, *Historical Introduction to English Law and Its Institutions*<sup>4</sup>, London, 1958; GELDART, *Elements of English Law*<sup>8</sup>, London, 1975 (1<sup>a</sup> ed. 1911); BAKER, *An Introduction to English Legal History*<sup>3</sup>, London, 1990.

(44) È uno dei fattori della permeabilità del sistema giuridico inglese rispetto a quello romano-canonico. Cfr. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; GORDLEY, *op. cit.*

(45) Il successo dell'Equity deriva dalla protezione che questa giurisdizione offre proprio agli uses v. GRAZIADEI, «Trust nel diritto anglo-americano», in *Digesto/comm.*, XVI, Torino, 1999, 256 ss.

(46) Sui due rimedi della specific performance (tutela in forma specifica in materia contrattuale) e dell'injunction (ordine di fare o non fare, sotto pena di contempt of court) cfr. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, cit., 324 ss.

(47) Col regno di Enrico VIII ha inizio la secolarizzazione: a seguito del dissidio fra Enrico VIII ed il Papa, il Cancelliere non sarà più un ecclesiastico e l'insegnamento del diritto canonico verrà bandito dalle Università di Cambridge ed Oxford. Ex multis, MATTEI, *Il modello*, cit., 16 ss.

(48) I civilians erano organizzati in una corporazione professionale che richiedeva un dottorato universitario, inglese o continentale per esservi ammessi: di qui l'espressione "Doctors' commons" con cui ci si riferiva al luogo in cui si raccoglievano i membri della corporazione. Cfr. BAKER, *op. cit.*, 146; MATTEI, *Il modello*, cit., 34.

(49) Sui civilians e le loro Corti v., per ulteriori riferimenti, MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, 1984, 9 ss.

(50) Cfr. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 76.

(51) MOCCIA, «Case law», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 242 ss.; Id., *Glossario per uno studio della «Common law»*, alla voce «case law», Unicopli, 1983.

come l'Irlanda del Nord e la Scozia (seppur con una certa commistione con il diritto continentale), l'Irlanda e gli altri membri del Commonwealth, come il Canada (escluso parzialmente il Quebec), l'Australia e la Nuova Zelanda (52). Essa comprende anche gli Stati Uniti d'America, i quali sembrano seguire un percorso involutivo [secondo taluni «ai limiti della legalità costituzionale» (53)] del tutto autonomo e dei quali si tratterà al par. 10.

Il primo carattere da considerare è l'omogeneità linguistica: infatti il Common law coincide con l'area anglofona e ciò consente un'efficace interscambiabilità di categorie e concetti, nonostante le frontiere nazionali (54).

Per quanto concerne, in particolare, i paesi del Commonwealth britannico, un importante fattore istituzionale di unità ed uniformità è stato rappresentato dalla giurisdizione del Judicial Committee del Privy Council (Consiglio privato della Corona, residuo dell'antica Curia regis) (55). Questa istituzione ha avuto la funzione di organo giudiziario di ultima istanza per le colonie come l'India e tutti i paesi del Commonwealth, ma pochi sono quelli che continuano a riconoscerne l'autorità (56).

La coesione tra i sistemi giuridici di Common law, oltre ad essere favorita evidentemente dalla comunanza di lingua e di linguaggio giuridico, si spiega anche sul piano della natura giurisprudenziale di questi sistemi, con specifico riguardo alla discrezionalità concessa al giudice nella ricerca della regola concretamente applicabile al caso. Il giudice, infatti, può tener conto di precedenti decisioni pronunciate nella medesima materia dalle corti di grado superiore di altri Stati facenti parte del Commonwealth e, in genere, dell'orbe di Common law (c.d. persuasive authority) (57). Ciò secondo una tecnica simile a quella del recursus alla lex alius loci operante nell'esperienza del diritto comune continentale e tipica, dunque, dell'ordinamento a base giurisprudenziale come ordinamento giuridico aperto o comunicante (58). L'unità del mondo di Common law riposerebbe proprio sulle tecniche tramandate dell'arte forense («the traditional art of the lawyer's craft») (59).

(52) V. par. 3 di questa voce.

(53) Così MATTEI, *Il modello*, cit., nella prefazione alla seconda edizione.

(54) Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 6.

(55) La sua sede è Londra, ma esso si compone anche di giudici provenienti dagli altri paesi del Commonwealth. Il Privy Council è competente a giudicare sui ricorsi presentati contro le sentenze (in materia sia civile che penale) dalle Corti Supreme degli Stati del Commonwealth e delle colonie inglesi, applicando il diritto dello Stato in cui è stata pronunciata la sentenza impugnata. Le sue decisioni hanno valore di precedente vincolante soltanto per i giudici dello Stato ove è stata pronunciata la sentenza impugnata; esse, tuttavia, posseggono un alto valore

#### 4. La tradizione di Common law.

La tradizione o famiglia di Common law accomuna un complesso abbastanza omogeneo e comunicante di diritti nazionali: i membri dello United Kingdom,

persuasivo sia per le Corti inglesi che per le Corti degli altri paesi di Common law.

(56) Alcuni di questi paesi hanno soppresso il diritto di ricorso al Privy Council: in Australia è stato eliminato per i casi riguardanti questioni federali per le quali l'High Court of Australia è diventata organo di ultima istanza federale; in Canada la possibilità dell'ulteriore gravame è stata eliminata per via legislativa nel 1933, per i casi penali, e nel 1949, per quelli civili, e la Supreme Court of Canada è divenuta l'ultima istanza giurisdizionale. In India la possibilità di ricorrere a questo organo è stata abolita nel 1947, anche se le sue decisioni mantengono tuttora un notevole valore persuasivo. Invece in Nuova Zelanda è ancora possibile proporre appello al Judicial Committee del Privy Council, sia in materia civile che penale. Cfr. ANTONIOLLI, *Stare decisis nel restante mondo di Common law*, in *Atlante di diritto privato comparato*, cit., 22 ss. Né va poi dimenticato il ruolo svolto, storicamente, dal Privy Council in materia di controllo giudiziario (judicial review) della legislazione delle ex-colonie britanniche, onde assicurarne la conformità col diritto della madrepatria: v. sul punto, CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1972, 46.

(57) Tesi documentata in MATTEI, *Stare decisis*, cit.; conformemente v. MOCCIA, «Common Law», cit.

(58) GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 543 ss.

(59) Così POUND, nell'*Introduzione a WINFIELD*, op. cit.

##### 5. Il patrimonio storico comune alla tradizione di Common law.

È certamente noto che la storia del Common law, nel significato di antica consuetudine del Regno d'Inghilterra, si suole far iniziare dal 1066, con la conquista d'Inghilterra da parte di Guglielmo Duca di Normandia. Peraltro, il dato storico fondamentale dal quale partire è l'accentramento dell'amministrazione della giustizia nelle mani del sovrano, assistito da un consiglio (Curia regis) fra i secc. XII e XIII. Intorno al XIII sec. il potere giudiziario prende a separarsi dal Consiglio del Re (anche se la piena autonomia fra esecutivo e giudiziario viene raggiunta solo nel XVII sec.): è dal Consiglio regio che si staccano le Corti permanenti di Westminster, a Londra (60). Nello stesso periodo, dopo la Magna Charta (1215) e la guerra civile durante il regno di Enrico II, sorge il Parlamento, formato dalle due camere, l'House of Lords (composta dai baroni) e l'House of Commons (rappresentanti delle contee e dei comuni). L'istituzione è destinata a sconfiggere ogni tentativo di assolutismo regio. L'episodio marca profondamente l'esperienza costituzionale dei sistemi di Common law, anche per l'aspetto caratteristico dell'organizzazione istituzionale che nasce durante il regno di Edoardo I (1272-1307) e che trova una sua compiuta affermazione nel principio della rule of law (61).

Questi due fenomeni, il sorgere del Parlamento e la separazione delle tre Corti di Londra dal Consiglio del Re, identificano tradizionalmente l'intera vicenda formativa del Common law inglese. È necessario soffermarsi brevemente su tale momento formativo,

coincidente con le origini del sistema inglese, in quanto costituisce il patrimonio storico comune ai sistemi di Common law (62).

In corrispondenza dei problemi politico-istituzionali influenti sulle strutture portanti del diritto si possono distinguere due momenti. Il primo, dalla conquista normanna (1066) fino a tutto il XIII sec., è quello del rafforzamento e del consolidamento dell'istituto monarchico nei confronti della feudalità, per il governo del paese. A tal fine, un ruolo determinante hanno i giudici reali seduti nella Curia regis (dalle cui articolazioni interne deriveranno le tre corti di Common law). In alcuni periodi dell'anno, questi giudici vengono incaricati dal sovrano di recarsi nelle zone di provincia, per tenervi udienza e, inizialmente, per svolgervi anche rilevanti funzioni amministrative. Ciò, secondo un sistema, divenuto stabile già con Enrico II (1154-1189), di sessioni locali (Assizes) della giustizia regia, la quale, sia al centro che nelle sessioni periferiche, viene amministrata in modi e con mezzi più razionali e sicuri di quelli primitivi ed arbitrari (ordalia, duello, giuramento purificatore), adottati per la risoluzione delle controversie dalle corti locali in genere (63).

L'intervento sempre più frequente dei Royal justices, chierici dotati di una preparazione giuridica di stampo continentale ed assistiti, per giunta, dall'autorità e dal prestigio della Corona di cui sono i rappresentanti, porta al progressivo estinguersi delle giurisdizioni feudali e di altre, più antiche, giurisdizioni a base locale. Il ricorso ai giudici reali avviene a mezzo di appositi comandi scritti, i writs (o brevi) emessi dalla Cancelleria del Re su richiesta della parte interessata, e configurabili come atti con cui il re investe la sua Corte del potere di giurisdizione sul particolare caso (dato l'originario carattere limitato o straordinario della giustizia regia).

Il secondo periodo della vicenda formativa del Common law si apre con l'affermarsi, durante il XIV sec., delle Corti di Westminster in posizione separata rispetto agli uffici dell'amministrazione centrale e con il conseguente sviluppo attorno alle Corti di giuristi (Common lawyers) organizzati in gilde o comunità professionali a base corporativa (Inns of Court). In questi luoghi, per alcuni secoli, i giuristi vivono e ricevono un'istruzione di tipo tecnico attraverso la tecnica del pleading (64). Questo secondo periodo, che si protrae fino ai secc. XVII-XVIII, è occupato da una serie di questioni concernenti soprattutto la formazione di un potere giudiziario indipendente, custode e creatore del diritto, dallo sviluppo della giurisdizione delle Corti regie come giurisdizione ordinaria, riforma operata dalle corti stesse in conformità agli sviluppi della nuova società. In questo lungo arco temporale, privo di rivoluzioni o fratture paragonabili a quelle continentali, le corti di Com-

mon law crescono e si legittimano come “oracoli del diritto” (65) ed alleandosi col Parlamento, consolidano la rule of law.

Le ragioni per le quali la tradizione di Common law ha incorporato il principio dell'indipendenza dei giudici sono di duplice natura. Da un lato, si tratta di ragioni storico-politiche: l'indipendenza del giudiziario si compie nel xvii sec., quando i giudici si alleano con il Parlamento contro l'autorità dell'esecutivo e si formalizza nell'Act of Settlement (1701), il provvedimento che sancisce l'immovibilità formale dei giudici delle corti superiori di Common law. Dall'altro lato, è conseguenza del pensiero illuminista: il giudice assume un ruolo che oggi definiremmo “di tipo politico”. Egli è illuminato dalla luce della ragione e, attraverso questa, si legittima. In questo modo viene investito di un più ampio consenso, senza che necessiti di essere investito di qualche particolare status. Di conseguenza, i giudici di Common law non applicano il diritto perché devono, ma perché vincolano loro stessi ad un'etica di amministrazione indipendente della giustizia (66).

Il xix sec. è noto, invece, per le importanti riforme introdotte dal Parlamento inglese, dalla riforma della procedura, dei rimedi e delle prove, che semplifica anche il sistema binario fondato sulle giurisdizioni di Common law ed Equity, all'organizzazione delle corti di giustizia secondo l'assetto attuale, all'abolizione delle forms of action, all'affermazione della teoria dichiarativa del precedente che diviene vincolante (stare decisis) (67).

(60) La clausola 17 della Magna Charta, il documento protocostituzionale con cui i baroni fissano i contorni del loro potere di partecipazione alla gestione politica del reame come una concretizzazione dei loro diritti soggettivi, impose ai giudici di risiedere permanentemente in un determinato luogo e di non seguire il sovrano durante i suoi spostamenti. Cfr. GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. Sacco dir. comp.*<sup>3</sup>, Torino, 2008, 47 ss.

(61) MATTEI, *Il modello*, cit., 32.

(62) Che, come si è detto *supra*, comprende anche altri sistemi giuridici, come ad es. quello statunitense. Sul punto diffusamente GLENN, *op. cit.*

(63) BODENHEIMER-OAKLEY-LOVE, *An Introduction to the Anglo-American legal system, Readings and cases*<sup>4</sup>, St. Paul, West Publ., 2004, 26 ss.

(64) Si trattava di elaborare un punto di fatto, decisivo della controversia, da sottoporre alla giuria, affinché questa potesse decidere in termini di vero o falso. Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 10 ss.

(65) DAWSON, *The Oracles of the Law*, Westport Ct., 1968.

(66) Cfr. GLENN, *op. cit.*, 225.

(67) Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 141 ss.; GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 114 ss.

## 6. I tratti di continuità nel Common law: l'origine medioevale degli istituti.

Un fondamentale carattere del Common law, soprattutto inglese, è la continuità nella tradizione.

Una lenta e graduale costruzione di concetti ed istituti ad opera di successive generazioni di giuristi pratici, accomunate dal medesimo atteggiamento rispettoso verso il passato, caratterizza storicamente lo sviluppo di questo sistema giuridico. La tradizione, per il diritto inglese, è l'essenza stessa della sua legittimazione: rompere col passato vorrebbe dire rinunciare alla legittimazione sapienziale che fonda il loro ruolo dei custodi della rule of law (68).

Questa idea di continuità è ben rappresentata, ad es., dalla Law of Torts (69), espressione con cui si designano i vari tipi di illeciti che, nella tradizione di Civil law, rientrano nella categoria della responsabilità civile (tort liability o, anche, civil liability). La materia dei Torts è uno dei settori dove, più che in altri, le origini medioevali e la fonte giurisprudenziale del sistema di Common law hanno operato nel senso di una sostanziale commistione tra le categorie del pubblico e del privato (70). La struttura eminentemente casistica della materia, la sua articolazione in figure di illeciti (da quelle sorte in epoca medioevale e che ancora conservano la loro denominazione originale, alle più moderne, in genere indicate con espressioni che richiamano gli interessi oggetto di tutela) distintamente regolate attraverso i precedenti giudiziari, poggia sullo sfondo dell'antico sistema delle forms of action (71). È all'interno di questo sistema che nasce e si evolve, per opera delle corti di Common law, la disciplina dei Torts. La tipicità dei writs e delle relative forme di azione si trasmette, così (nonostante la loro abolizione con i Judicature Acts, 1873-75), alle categorie di illeciti, ognuna risultando caratterizzata da un particolare intreccio di elementi di diritto processuale (legittimazione ad agire, modi di giudizio, regime delle prove, ecc.) e sostanziale (individuazione delle situazioni soggettive tutelate o tutelabili, specie di responsabilità, assoluta o per colpa, valutazione della colpevolezza e del nesso di causalità, rilevanza del concorso di colpa del danneggiato, misura dei danni, ecc.). Alla tipicità dei Torts fa riscontro l'originaria assenza di una categoria concettualmente unitaria di illecito civile, anche se la previsione di un dovere generale di alterum non laedere pare oggi conosciuta anche in Common law, grazie al tort of negligence (del quale diremo fra breve).

Tra le più antiche forme di azione in materia di illecito vale ricordare quella di trespass, per l'importanza avuta nello sviluppo dei Torts e, percorrendo sino in fondo la via offerta dal trespass upon the case con l'assumpsit, anche nella Law of Contracts. All'inizio, fra i secc. XIII e XIV, l'ambito coperto dall'azione è quello avente ad oggetto l'inviolabilità della persona e delle cose da questa possedute, contro ogni offesa ed interferenza fisica da parte di terzi. Di qui la tripartizione dell'illecito in trespass to

person (articolato a sua volta in assault and battery e false imprisonment), to land e to chattels, basata sugli interessi rispettivamente protetti, e cioè l'integrità o la libertà personale, ed il possesso di beni immobili o mobili (72).

Nelle sue prime applicazioni, il writ of trespass, quale strumento inteso ad affermare la giurisdizione delle Corti di Westminster (rispetto a quella delle corti locali e feudali), è l'atto, concesso su istanza di parte dalla Cancelleria regia, con cui il sovrano comanda al convenuto di comparire davanti ai suoi giudici per rispondere dell'ingiuria da quest'ultimo arrecata in modo violento ed infrangendo la pace pubblica. Di qui la natura semi-penale dell'azione, nel senso che all'accertamento in giudizio del fatto di trespass consegue non solo l'obbligo del risarcimento dei danni, ma anche la condanna del responsabile ad una pena pecuniaria o, in caso di mancato pagamento, detentiva. Questo carattere parzialmente penale (che col tempo va scomparendo, per essere definitivamente abolito verso la fine del XVII sec. in forza di una legge del 1694), accompagna e riflette il sorgere della tort liability come autonoma sfera di responsabilità all'interno di quella più ampia ispirata al principio del mantenimento della pace del Re, in quanto bene di rilevanza pubblica alla salvaguardia del quale vengono ricondotte pure le esigenze di tutela degli interessi dei privati. Naturalmente, il richiamo alla King's peace, non tarda ad assumere valore simbolico o, meglio, di finzione, all'unico scopo di favorire l'accentramento della giurisdizione per i casi di specie nelle Corti di Westminster. L'azione delittuale nel corso dei secc. XIV-XV si estende fino a coprire casi di illecito che non implicano l'uso di una violenza fisica e l'offesa diretta (corpore corpori) alla persona o alle cose del danneggiato. Si ha, così, come filiazione della più antica ed originaria azione di trespass, una nuova form of action denominata trespass upon the special case (o action on the case o, semplicemente, case). Tanto l'azione di trespass quanto l'azione di case possono servire, rispettivamente, per vari tipi di wrongs, ossia di illeciti civili. Data l'ampiezza e potenziale indeterminatezza dell'ambito di ciascuna di esse, non sempre ne risulterà chiara, in concreto, la linea di confine, astrattamente individuata nell'elemento della violenza. Sicché al trespass vengono ricondotti i casi di violazione o invasione della sfera giuridica altrui mediante applicazione diretta della forza fisica, e al case, quelli di comportamenti lesivi che non invadono la sfera fisica. Onde la bipartizione degli illeciti in wrongs with violence e wrongs without violence.

Occorre osservare (73) inoltre che: a) sul versante delittuale, l'azione di (trespass on the) case si pone alla base della successiva evoluzione della Law of Torts, fino all'emergere del tort of negligence azione

fondata su di un dovere generale di cautela (duty of care) e sul suo mancato rispetto dovuto a negligenza (74); b) sul versante contrattuale, quella stessa azione, attraverso ulteriori ramificazioni create dai giudici mediante il ricorso a finzioni giuridiche, darà un contributo decisivo al sorgere, nel diritto inglese, di una autonoma nozione di contract. Ciò, in particolare, come si diceva, attraverso l'azione di trespass on the case in assumpsit (o puramente assumpsit) con cui era possibile agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito a seguito della cattiva esecuzione (misfeasance) o della mancata esecuzione (non-feasance) della prestazione che il convenuto si era assunto (aveva, cioè, promesso) di adempiere a favore dell'attore (75); c) sul versante della tutela della proprietà, sarà sempre attraverso lo sviluppo del trespass che nasceranno il trover, la conversion, il detinue, ecc., ed ancor oggi è nella Law of Torts e non nella Law of Property che trovano posto i rimedi reipersecutori a tutela della proprietà e la nuisance (76).

La continuità nell'evoluzione del Common law inglese non è andata, comunque, a scapito dell'ammodernamento. Si assiste da tempo al fenomeno di una giurisprudenza che aggiunge sempre nuove ipotesi di responsabilità civile o allarga quelle tradizionali, ispirandosi al principio del *neminem laedere*. Invero, nell'odierno diritto inglese, la materia dei Torts appare dominata e, certamente, risulta in buona parte assorbita da una figura di illecito, il tort of negligence, appunto, di estesa applicazione, caratterizzata da svariate possibilità applicative (77).

Questa figura è stata elaborata dalla giurisprudenza (la fonte, se non esclusiva, di gran lunga prevalente del regime della responsabilità civile e delle connesse ipotesi di illecito nel diritto anglo-americano) soprattutto agli inizi del XX sec., in risposta all'aumento crescente degli infortuni causati dal diffuso impiego delle macchine nell'industria e nella società moderne. Essa si fonda sul dovere giuridico di diligenza (legal duty of care o duty of care) di portata tendenzialmente generale. Secondo una definizione divenuta classica, esso consiste nel dovere di ciascuno di evitare di compiere atti od omissioni che, è ragionevole prevedere, possano arrecar danno al proprio vicino («You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour») (78). Si tratta di un dovere dai contorni piuttosto vaghi, anche se in teoria precisati (o precisabili) con riferimento alle ipotesi in cui due o più soggetti si trovano in una relazione tale che il comportamento di uno possa ragionevolmente implicare il rischio probabile di danni alla persona o alle cose altrui. Invero, la sostanziale indeterminatezza della nozione di duty of care appare in modo chiaro dall'affermazione fat-

ta, più di recente, da un altro autorevole esponente giudice inglese: «Quanto ampia debba essere la sfera del dovere di diligenza nell'illecito di negligence dipende in definitiva dalla valutazione che i giudici fanno della domanda sociale di protezione dalla trascuranza (carelessness) della gente» (79).

(68) Cfr. LAWSON (a cura di), *Roman Law and the common Law: a Comparison in Outline*<sup>2</sup>, Cambridge, 1952; per una critica rivolta all'enfasi posta sulla rule of law e, suo tramite, all'egemonia del sistema giuridico statunitense, v. MATTEI, *Il modello*, cit., 138; ID., *A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, 2003, [http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/1](http://works.bepress.com/ugo_mattei/1); MATTEI-NADER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010; BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

(69) Sulla law of torts, LAWSON-MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and in the Civil Law*, Cambridge, 1982; PROSSER-KEETON, *On Torts*<sup>6</sup>, St. Paul, 1998; MARKESINIS-DEAKIN, *Tort Law*<sup>3</sup>, 1999; DOBBS, *The Law of Torts*, West Publishing Company, 2000; FRANKLIN-RABIN, *Tort Law and Alternatives: Cases and Materials*, Foundation Press, 2001; FLEMING, *The Law of Torts*<sup>9</sup>, Oxford, 1998; ZWEIFERT-KÖTZ, *op. cit.*, 595 ss. Nel panorama italiano, a partire da TEDESCHI, *Il concetto di "tort" in diritto inglese*, *FI*, 1968, V, 89; BISSONE-ALPA-CARBONE, *Atipicità dell'illecito*<sup>3</sup>, Milano, 1993; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, Torino, 1998; sino alla manualistica più recente, ad es. CERINI, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. La responsabilità civile*, Torino, 2009.

(70) Un risultato particolarmente interessante di tale tendenza è costituito dall'utilizzabilità di alcune figure di illeciti civili in funzione regolatrice di aree d'interesse pubblico. Ad es., nel campo della disciplina dello sviluppo urbano dei suoli edificabili, menzione va fatta di un'altra antica categoria di illeciti, quella di nuisance, concernente la tutela dell'uso e del godimento di immobili e relativi diritti contro ogni molestia o turbativa, tranne i casi di spoglio. Si tratta di una categoria che, nel suo sviluppo storico, è utilizzata come strumento di regolamentazione dei rapporti di vicinato e, per questa via, anche di controllo urbanistico. Sul tema v. amplius, con specifico riguardo al sistema statunitense, GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, 193 ss., altresì MATTEI, *La proprietà immobiliare*, Torino, 1995. V. *infra* prossimo par.

(71) MOCCIA, «Common Law», cit. 25 ss.

(72) RUFFINI GANDOLFI, *Profili del trespass to land*, Milano, 1979.

(73) MOCCIA, «Common Law», 28.

(74) Da Pollock sino a LAWSON-MARKESINIS, *Tortious liability*, in SCHUCK (ed.), *Tort Law*.

(75) MOCCIA, *op. ult. cit.*, 28.

(76) MATTEI, *Il modello*, cit., 234; ID., *Basic principles of property law*, Westport-London, 2000, 157 ss.; PROSSER-KEETON, *op. cit.*, 619 ss.

(77) Si veda MILLNER, *Negligence in Modern Law*, London, 1967; IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford Univ., 1999.

(78) Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562, per Lord Atkin.

(79) Così MOCCIA, «Common Law», cit. che riporta il caso Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] A.C. 465, per Lord Pearce.

regole ed istituti, che si consolidano sempre in aderenza a casi concreti e con il ricorso a tecniche e strumenti interpretativi della pratica forense.

Questo carattere trova storicamente espressione nel sistema dei writs e delle corrispondenti forms of action (80). Per illustrare questo carattere, prendiamo, ad es., un settore della Law of Property (81), quello della real property (o property in land). Il regime giuridico della real property si comprende in relazione alla peculiare struttura feudale normanna. L'impronta di queste origini feudali è rimasta a caratterizzare termini e concetti della Law of real property (o land law) (82), come anche del trust (rinvio alla voce → TRUST).

A base della complessa architettura del regime immobiliare di Common law sta il principio, di origine feudale, per cui la terra (land, nel senso propriamente del suolo, e di tutto ciò che ad esso accede) si considera di assoluta ed esclusiva proprietà (ownership) del monarca inglese. Le origini feudali dell'istituto vanno rinvenute nella concessione in godimento di un fondo, cosiddetto tenure, che si distingueva in free tenure (o freehold), in quanto fatta a beneficio di soggetti liberi, ossia di condizione nobile, e unfree tenure, rapporto costituito dal re nei confronti di soggetti di condizione servile, ovvero collocati in posizione marginale rispetto all'ordine delle gerarchie feudali. Tali sono, in particolare, i contadini, obbligati a lavorare le terre del Lord of the manor (il signore locale), dal quale possono ricevere la concessione, per loro utilità, di alcuni fondi (83). L'elemento fondamentale inerente alla tenure è rappresentato dalla durata del godimento o, meglio, del complesso dei diritti di cui il feudatario (tenant) acquistava la titolarità per effetto, appunto, della concessione. Tale complesso di diritti, caratterizzato sotto il profilo della durata (variamente configurabile, ma sempre tipicamente indefinita) si indicava con il termine estate (dal latino status), già in uso nel XIV sec. e mantenutosi anche nel linguaggio odierno. Questo termine è sintomatico del modo di concepire, durante l'epoca medioevale, la situazione del tenant rispetto al fondo concesso in godimento. Da questa concezione medioevale derivano le attuali fondamentali conseguenze in ordine alla nozione di real property: la concezione per così dire gradualistica o, comunque, pluralistica, del regime immobiliare di Common law, che si traduce tipicamente nella dottrina degli estates e la relatività delle situazioni giuridiche alle quali si ricollega il possesso di una cosa (84).

Per concludere, l'intera struttura e le categorie del diritto sostanziale inglese nei tre settori-cardine della Law of Property, Law of Torts e Law of Contracts si sono modellate negli "interstizi" (85) del sistema dei writs, attraverso i precedenti giudiziari. Importa osservare che, pur dopo l'abolizione legislativa del

**7. (Segue). La derivazione processuale degli istituti.** L'altro fondamentale carattere che va a costituire il patrimonio comune della tradizione giuridica di Common law concerne la derivazione processuale di

sistema dei writs e delle relative forms of action, avvenuta nel XIX sec. (tra il 1832 e il 1875), nel diritto inglese è rimasta (e perdura ancor oggi) l'impronta di quell'antico patrimonio tecnico-culturale, insieme con un caratteristico modo di concepire il diritto sostanziale, in rapporto al processo ed ai mezzi di tutela giurisdizionale considerati in maniera specifica e differenziata. Sovviene in proposito una famosa immagine di Maitland, che nella sua famosa opera osservava: «Abbiamo sepolto le forms of action, ma esse ancora ci governano dalla loro tomba» (86).

(80) Un sistema dove, alla tipicità dei writs, quali rimedi concessi a tutela di determinate situazioni soggettive, fa riscontro la differenziazione delle forme o categorie di azione, ciascuna contraddistinta da un proprio regime processuale, e contenente altresì una disciplina specifica di quelle stesse situazioni.

(81) Sulla Law of Property, BROWN, *Personal Property*<sup>3</sup>, Chicago, 1975; LAWSON-RUDDEN, *The Law of Property*<sup>2</sup>, Oxford, 1982; CUNNINGHAM-STOEBUCK-WHITMAN, *The Law of Property*<sup>2</sup>, St. Paul, 1993; CRIBBET-JOHNSON, *Principles of the Law of Property*<sup>3</sup>, Minneola, 1989; CRIBBET-JOHNSON-FINDLEY-SMITH, *Property*<sup>7</sup>, 1996; GAMBARO, *Property nei sistemi di Common law*, in GAMBARO-CANDIAN-POZZO, *Propriété, Property, Eigentum*, Padova, 1991; CHIODI, *Situazioni prodromiche in Common law e in diritto italiano: uno sguardo comparativo su reversion, nuda proprietà ed aspettativa reale*, 1992, 109; MATTEI, *La proprietà immobiliare*, cit. e *Basic principles*, cit.

(82) La partizione fondamentale è fra real property e personal property: v. per approfondimenti relativi al diritto inglese CHESHIRE-BURN, *Modern Law of Real Property*<sup>16</sup>, London, 2000; per il diritto statunitense CUNNINGHAM-STOEBUCK-WHITMAN, *The Law of Property*<sup>2</sup>, 1993.

(83) Esistevano, poi, vari tipi di tenure feudale (militare, religiosa, onorifica, ecc.), ognuno individuato dalla particolare natura dei vincoli che incombevano al tenant, nella forma di prestazioni o servizi che costui doveva rendere a vantaggio del Lord concedente. Tali diversi contenuti del rapporto di tenure erano noti come incidents of tenure. MATTEI, *Il modello*, cit., 231.

(84) Così MOCCIA, *op. ult. cit.*

(85) MAITLAND, *The Forms of Actions at Common Law*, Cambridge, 1965 (rist.).

(86) MAITLAND, *op. ult. cit.*, 2.

### 8. La discontinuità nel Common law inglese: la Constitutional Revolution.

La recente evoluzione istituzionale del diritto inglese è sintomo di un cambiamento culturale importante all'interno della tradizione; essa è forse indizio di una nuova era di riforme radicali destinate a mutare i dati sin'ora raccolti dal sistemologo. Sin dagli anni Ottanta del XX sec., i governi Labour hanno avviato un intenso momento di riforme a mezzo di legislazione diretta, culminate nella cosiddetta "constitutional revolution" (87). Due sono le espressioni emblematiche di questo cambiamento dell'assetto costituzionale che ha determinato una fondamentale redistribuzione del potere politico in Inghilterra dal 1689 (Bill of Rights) ad oggi.

La prima: con l'incorporazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo tramite lo Human Rights Act (1998) è stato introdotto un controllo di conformità delle leggi rispetto ai cc.dd. diritti fondamentali. La seconda: con il Constitutional Reform Act (2005), seguito dal Constitutional Reform and Government Act (2010), è stato ridisegnato l'ordinamento giudiziario e sono stati definiti i processi di devolution iniziati con la legislazione degli anni '90 in Scozia, Irlanda del Nord e Galles.

L'assenza di una Costituzione scritta e di un controllo di costituzionalità delle leggi sono da sempre indicati quali tratti differenzianti il Common law inglese da quello statunitense. Questi dati sono stati messi in discussione negli ultimi vent'anni dalle leggi sopra citate. Esse hanno cominciato ad erodere la centralità del Parlamento inglese. Lo Human Rights Act mantiene formalmente inalterato il dogma della supremazia parlamentare, che resta sottratta ad ogni controllo di costituzionalità e che può decidere se intervenire o meno per approvare leggi che non siano in contrasto con i diritti elencati nella CEDU (fatti propri dal sistema inglese con lo HRA). Tuttavia, tale legge comporta una radicale modifica del rapporto fra Corti e Parlamento: esse hanno il potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità se rilevano il contrasto di una norma di legge con un diritto garantito dalla CEDU; dichiarazione che, giust'appunto, non incide sulla validità della norma, ma che segnala l'anomalia al Parlamento, il quale può intervenire con una modifica legislativa (attraverso una corsia preferenziale attivabile dal Governo).

La devolution, differenziata a seconda del territorio cui si riferisce per rifletterne le peculiarità economiche e politiche [perciò definita «a geometria variabile» (88)], ha visto il trasferimento di diverse competenze: quella scozzese, la più ampia delle tre, per es., sta determinando un progressivo ma costante allontanamento dal sistema giuridico inglese, enfatizzando i tratti di sistema cosiddetto "misto". L'elemento comune alle tre devolution sta nel formale trasferimento di competenze su delega del Parlamento inglese (il quale potrebbe, dunque, decidere di avocare a sé, successivamente, i poteri conferiti), ma è ormai evidente che gli effetti delle devolution su ciascun territorio hanno determinato un cambiamento profondo nell'assetto istituzionale inglese e sono, pertanto, irreversibili (89).

L'organizzazione della giustizia, infine, creata dai Judicature Acts (1873-75), i quali avevano fissato i tratti caratteristici del sistema giudiziario inglese secondo una piramide gerarchico-burocratica di stampo positivista, con al vertice la House of Lords, è stata profondamente innovata dal Constitutional Reform Act. Il ruolo politico ed esecutivo del Lord Chancel-

lor è stato ridimensionato, non essendo più ex officio Speaker della House of Lords in sede legislativa e contemporaneamente, membro del Cabinet in quanto Ministro della Giustizia in sede esecutiva; egli non è più competente a nominare i giudici, compito ora attribuito ad una Judicial Appointment Commission indipendente. Inoltre, la House of Lords non è più giurisdizionale nella sostanza e legislativa nella forma, dato che la competenza giudiziaria (90) è stata attribuita ad una Supreme Court of the U.K. indipendente (91). In conclusione, l'introduzione di un judicial review attenuato in capo alle Corti superiori, accanto al mantenimento del principio di sovranità parlamentare, anch'esso temperato, fanno del modello inglese un «modello intermedio di costituzionalismo» (92), che non è più quello tipico della tradizione, che vantava l'assoluto primato del Parlamento inglese, ma non è nemmeno quello americano, informato al primato della Costituzione. Per capire se il nuovo modello costituzionale sui generis manterrà tratti peculiari propri o se, invece, confluirà in uno dei modelli attuali (93) dovremmo attendere di analizzare il case law della nuova Suprema Corte.

(87) Fra gli altri, v. BOGDANOR, *Constitutional Reform in Britain, The Quiet Revolution*, 8 *Annual Rev. of Political Science* 73, 2005; ID., *The New British Constitution*, Oxford, 2009; BUXTON, *The HRA and Private Law*, 116 *L. Quart. Rev.* 217, 2000; EWING, *The HRA and the Parliamentary Democracy*, 62 *Mod. L. Rev.* 79, 1999; in italiano VARANO, *Verso un nuovo ruolo per il giudice in Inghilterra*, *RDC*, 2002, I, 763; SPERTI, *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l'approvazione del Human Rights Act*, *RDC*, 2001, I, 73.

(88) PICKER, *A Light unto the Nations*, 77 *Tulane Law Rev.* 1, 2002; BOGDANOR, *Devolution in the U.K.*, Oxford Univ. Press, 1999.

(89) Così MATTEI, *Il modello*, cit., 56 ss.

(90) Sia le competenze che erano dell'Appellate Committee della House of Lords, sia quelle che erano del Judicial Committee del Privy Council in materia di devolution, competenza quindi di natura costituzionale.

(91) Essa ha ufficialmente iniziato la propria attività giurisdizionale il 1-10-2009. V. il sito ufficiale <http://www.supremecourt.gov.uk/>.

(92) GARDBAUM, *The New commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 *Am. J. Of Comp. Law* 707, 2001; ID., *Reassessing the New commonwealth Model of Constitutionalism*, 8 *Int. J. Const. L.* 2, 2010.

(93) Per una descrizione dei modelli di judicial review in prospettiva comparata fra gli altri v. MATTEI-RUSKOLA-GIDI, *op. cit.*, 523 ss.; in lingua italiana, v. il classico manuale di DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*<sup>7</sup>, Padova, 2007, oppure con lo stesso titolo l'opera a cura di CARROZZA-DI GIOVINI-FERRARI, Roma-Bari, 2009.

### 9. La circolazione del modello inglese.

Il primo flusso ha ragioni squisitamente politiche e si identifica con l'espansione geografica dell'Impero britannico e con la sua politica di colonizzazione. Il modello circola nelle colonie per due principali ordini di ragioni: in parte a causa della coercizione dei

colonizzatori, in parte perché il recepimento del modello inglese legittima, sul piano politico-istituzionale, l'equiparazione delle colonie alla Madrepatria: ed infatti, inizialmente le colonie rivendicano con orgoglio l'applicazione del Common law inglese.

Per descrivere l'espansione del Common law inglese si può utilizzare una scansione fondata sui criteri del "grado" e delle "modalità" di penetrazione di quel modello giuridico.

Una prima conquista politico-militare interessa, in tempi molto antichi, il Galles e l'Irlanda: il primo viene totalmente assorbito, mentre l'Irlanda vive rapporti più travagliati sul piano politico. Nonostante ciò, anche in Irlanda si sviluppa un sistema di Common law a tutti gli effetti (94).

Nelle Americhe, le colonie britanniche hanno inizio nel XVII sec. (Virginia, Maryland, New England, Nuova Scotia, Barbados, Bermudas, Honduras e Canada) (95) mentre in Africa dalla fine del XIX sec. (l'Egitto dal 1882, il Sudan, in co-gestione con l'Egitto, dal 1899, l'attuale Ghana, l'attuale Sud Africa, l'attuale Zimbabwe, Zambia, Malawi e Zanzibar, ecc.), e poi nelle Indie. La colonizzazione inglese in India nel sec. XIX ha come conseguenza indiretta un notevole impatto (piuttosto informale) della cultura e delle istituzioni inglesi in diverse parti dell'Asia. I giudici inglesi che operano nelle colonie indiane integrano il diritto hindu e quello islamico facendo ricorso al Common law. La Costituzione indiana successiva all'indipendenza lascia sopravvivere in larga misura il diritto inglese, che era stato introdotto anche per via legislativa. La lingua inglese viene usata nell'educazione superiore e, a partire dal 1914, vengono pubblicate diverse raccolte giurisprudenziali a cura dell'All India Reporter (96).

Per riassumere, la ragione politica sopra accennata unitamente al prestigio culturale muovono il flusso di espansione del modello giuridico inglese. Dove il flusso circolatorio non incontra uno strato di diritto tradizionale consuetudinario, che riguardi un'ampia percentuale della popolazione, ha un alto grado di penetrazione. In altri casi, quando la popolazione autoctona viene completamente soppiantata dal flusso migratorio europeo, la penetrazione del modello inglese raggiunge livelli d'integrazione quasi completa, che altrimenti non avrebbe certo raggiunto "per imitazione spontanea", come è accaduto in Nord America, con i pellerossa, o in Australia e Nuova Zelanda, con gli aborigeni (97).

Accanto alla recezione in senso tecnico-formale, in cui i precedenti inglesi vengono considerati vincolanti nel sistema ricevente e le istituzioni giuridiche d'origine lasciano la loro impronta anche sul piano culturale, si hanno fenomeni di imitazione di singole branche o istituti (come è stato per l'istituto del trust, rinvio alla voce → TRUST), oppure altri feno-

meni legati allo stile delle argomentazioni giuridiche o alla formazione dei giuristi. Infine, esistono anche fenomeni di circolazione inversa, cioè dalle ex-colonie alla Madrepatria inglese: è accaduto, ad es., con il case book di Langdell, oppure con le opere di Story e degli altri trattatisti americani pubblicate in edizioni inglesi (98), delle quali si dirà nel prosieguo.

(94) MATTEI, *Il modello*, cit., 249 ss.

(95) Sul diritto statunitense si ritornerà *infra* par. 10.

(96) MATTEI, *Il modello*, cit., 252.

(97) Cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 12.

(98) MATTEI, *Il modello*, cit., 297.

#### 10. *L'autonomia del sistema statunitense.*

Per molti aspetti, il diritto statunitense rappresenta il deliberato rifiuto del Common law, accordando preferenza a molti principi ed idee della tradizione di Civil law. La recezione (99) che trasforma il sistema giuridico statunitense avviene attraverso il filtro della dottrina, nel XIX sec. Per questa via il Common law viene riconcettualizzato come un prodotto locale, al fine di integrare quel sistema giuridico ereditato dalla Madrepatria nel nascente Stato indipendente (1776), fondato sulla sovranità popolare.

Le differenze rispetto alla Madrepatria emergono, innanzitutto, sul versante giudiziario. I giudici statali americani non sono indipendenti nel senso inglese (100), ma si pongono al servizio della Costituzione federale, a tutela dei diritti fondamentali e delle libertà dei cittadini contenuti in quella parte della Costituzione nota come Bill of Rights (1791) (101). Inoltre, le corti statali, nella soluzione dei casi, ricorrono solo alle fonti locali, non a quelle oltreoceano, e ciò emerge dalle citazioni dei precedenti. In pratica, ogni Stato ha i propri giudici che applicano un Common law statale. Il diritto federale completa le lacune, avendo natura interstiziale, e sovverte il diritto statale solo quando ciò si renda necessario. Quasi sempre il diritto federale disciplina un caso in modo parziale, regolando per es., la cause of action a cui può venir contrapposta una defence di diritto statale o viceversa; oppure alloca un diritto, il cui rimedio viene lasciato al diritto statale; oppure, al contrario, crea un rimedio effettivo per un diritto allocato dallo Stato. Per questa via le nozioni del Common law statale vengono assorbite nel diritto federale, ed è pertanto possibile affermare, entro questi limiti, che vi è una "federalizzazione del Common law" (questione diversa è quella dell'esistenza di un "federal Common law") (102). Il Common law federale, in altre parole, la distribuzione del potere giudiziario fra corti statali e federali rispetto al Common law che si presume governare (a meno che non sia cambiato dalla legislazione), non è percepito come un problema teorico capace di originare contrad-

dizioni nel sistema. Ed infatti, per molto tempo della storia del diritto statunitense esso si ritiene esistente (103); anche i cosiddetti diversity cases (casi che coinvolgono cittadini provenienti da Stati diversi) vengono sottratti alle corti statali per rientrare nella competenza di quelle federali.

Inoltre, la decisione della Corte Suprema Federale nel caso Marbury v. Madison (1803) (104) fonda in modo definitivo il sindacato giudiziale di costituzionalità sulle leggi: ogni giudice federale può disapplicare una norma di legge ritenuta in contrasto con la Costituzione. Così i giudici diventano depositari di un doppio ruolo: da un lato, partecipano formalmente al governo del paese e, dall'altro, sono necessariamente connessi all'autorità legislativa.

La US Federal Supreme Court non si è mai considerata vincolata alle proprie decisioni precedenti, sebbene inizialmente un rigoroso concetto di stare decisis (105) vincolasse le corti di grado inferiore. Del resto, anche in Inghilterra la regola del precedente vincolante è venuta meno nella prassi già a partire dal 1898 (106), e formalmente nel 1966, con il Practice Statement (107) della House of Lords, la quale non si ritiene più vincolata ai propri precedenti.

Nonostante quanto detto, anche il sistema giuridico statunitense evidenzia tratti di continuità rispetto al modello di Common law inglese: il caso deciso è di fondamentale importanza ed assume ruolo centrale nella teoria delle fonti, il che è testimoniato dal sistematico reporting (oggi per via informatica) delle sentenze, a partire da quelle delle corti di prima istanza (108). Pur essendo tributario del modello inglese, si ritiene peraltro che la «genialità del diritto statunitense» (109) stia nella costruttiva combinazione di regole e stili di Common e Civil law, evidente soprattutto nel diritto costituzionale, dove gli individual rights (i diritti fondamentali dell'individuo) ed il judicial power (il potere giudiziario) sono diventati il tratto distintivo del sistema di governo statunitense, spesso esportato, talvolta con pretese egemoniche, all'estero (110). Altri indici dell'originalità del sistema statunitense sono la permanenza dell'istituto (tipico del Common law) della giuria all'interno di una Costituzione rigida (tipica di Civil law), l'insegnamento del diritto universitario fondato non tanto sul diritto positivo quanto sui case books, e la presenza di più ordini paralleli e coordinati di corti (111).

(99) HELMHÖZ, *Use of the Civil Law in Post-Revolutionary American Jurisprudence*, *Tulane L. Rev.*, 1992, 1649; RIESENFELD, *The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples*, *Am. J. Comp. Law*, 1989, 1.

(100) Senza contare che nelle ex-colonie emerge il modello di giudice elettivo.

(101) Il testo è disponibile in MATTEI, *Il modello*, cit., 277 ss.; AJANI, *op. cit.*, 173 ss.

(102) Sul punto cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 103 ss., il quale, a partire dai noti casi *Swift v. Tyson* (1842) e *Erie Railroad v. Tompkins* (1938) mette in luce il notevole tasso di self restraint con cui la Corte Suprema federale decise sulla sussistenza di un Common law federale. Secondo l'A., furono le analisi troppo frettolose della dottrina in seguito alla seconda decisione a determinare la negazione di un federal Common law. Esso, invece, esiste eccome, e coinvolge aspetti rilevanti del diritto statunitense: dal diritto dei contratti ai Torts, alla materia dell'ammiragliato, alla materia dei copyrights (MATTEI, *Il modello*, cit., 109-110). In prospettiva critica sulla questione del Common law federale v. BATOR-MELTZER-MISHKIN-SHAPIRO, *Hart and Wechsler's the Federal Court and the Federal System*<sup>2</sup>, Westb. N.Y., 1988 (5<sup>th</sup> ed., 2003), 775 ss.

(103) Celebre è, appunto, il caso *Swift v. Tyson*, 41 US 816 Pet. I (1842), dove il giudice Story ha utilizzato (eccezionalmente) citazioni di diritti continentali per dimostrare che il diritto commerciale è jus gentium, cioè universale per sua natura, e non nazionale. L'erosione del principio enunciato incontrò l'overruling nel caso, *Erie R.R. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938) e fu superato circa cento anni dopo, quando si dichiarò che l'imposizione di un Common law federale è, ed è sempre stata, incostituzionale. Per una prospettiva critica cfr. MATTEI, *Il modello*, cit., 104 ss.; i casi sono descritti in AJANI, *op. cit.*, 188 ss.; VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, 342 ss.; GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 156 ss. (104) Il caso, data la sua rilevanza, è trattato in tutta la manualistica italiana, v. fra gli altri MATTEI, *Il modello*, cit., 87 ss.; VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, 339 ss.; GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 136 ss.; AJANI, *op. cit.*, 156 ss.

(105) Bisogna ricordare che l'espressione non indica genericamente la pratica costante di seguire i precedenti, cioè il principio di giustizia che impone di decidere casi simili in modo simile, il quale è tipico di tutta la tradizione occidentale. Piuttosto stare decisis indica un obbligo giuridico per il giudice successivo a non discostarsi da certi precedenti anche qualora li dovesse considerare sbagliati o ingiusti. La regola dello stare decisis può avere portata orizzontale (obbligo imposto ad una Corte di seguire i propri precedenti) o verticale (obbligo che grava sulla Corte inferiore di seguire i precedenti decisi dalla Corte gerarchicamente superiore), ed ha una precisa funzione nomofilattica, oltre che di rispondere all'esigenza sociale preminente che si esprime nel dogma della certezza del diritto. Cfr. MATTEI, *Stare decisis*, cit.; v. *supra* par. 2.

(106) Cfr. *London Street Tramways Co. v. London County Council* (1898) AC 375.

(107) Practice Statement (Judicial Precedent), 1966, 1 WLR 1234; (1966) 3 All ER 77, documenti reperibili in AJANI, *op. cit.*, 106-107.

(108) Oltre a quanto già detto *supra* nel par. 2 di questa voce, si rinvia a MATTEI, *Il modello*, cit., 164 ss.

(109) Cfr. GLENN, *op. cit.*, 232.

(110) GLENN, *op. cit.*, 233. Sull'egemonia v. MATTEI, cit. *supra* nota 23.

(111) MATTEI, *Il modello*, cit., 110 ss.

## 11. Il ruolo della dottrina nel Common law.

Il formante dottrinale (112) ha avuto, ed ha tutt'oggi, un ruolo preminente negli USA, mentre ha lasciato un'impronta senza dubbio minore in Inghilterra (113).

Non si può dimenticare l'autorità di cui godevano Littleton, Coke e Blackstone, Pollock, Maitland, Dicey, Sumner Maine e quelli che furono loro allievi in Inghilterra (114). Ma gli sviluppi statunitensi sono stati particolarmente originali e fruttuosi di imitazio-

ni in Europa; pertanto si preferisce, in questa sede, svolgere alcune osservazioni su questi ultimi.

Con la rivoluzione langdelliana (115), la formazione della classe forense statunitense acquisisce caratteri di scientificità: *a*) studia sul case book, un testo contenente una selezione di casi scelti dal docente in modo tale da risultare rappresentativi dell'evoluzione di determinate dottrine giuridiche; *b*) si serve del case method, per cui il discente deve analizzare il caso e provare ad estrarne, in via induttiva, la dottrina che ne costituisce la ratio (il fondamento), esercitando così gli allievi a scoprire la regola giuridica sulla quale si fonda la decisione. I casi non vengono più trattati come un'eseplificazione di mero ausilio al giurista, ma il case book diventa il testo dottrinale adatto al nuovo utilizzo didattico (116). Il lascito più vistoso del formalismo langdelliano è il Restatement of the Law: un'opera dottrinale imponente, che descrive con autorevolezza le regole di diritto sviluppate dalle corti (117), aggiornata dai più prestigiosi scholars del momento sotto l'egida dell'American Law Institute (118).

La scuola di Langdell, che prende il nome di "formalismo giuridico" perché privilegia il rigore logico per ridurre ad unità le più vistose differenze fra le doctrines che sono espone in forme diverse nei vari trattati (e che perciò, secondo Langdell, vanno sistematizzate e classificate, al fine di ridurre la possibilità di errore) innesca una serie di reazioni a catena nel dibattito americano.

La prima è una risposta al formalismo che si concretizza nell'istanza opposta, il realismo giuridico: si passa dalla scoperta di che cosa sia the law all'analisi del Legal process; dalla scoperta della regola giuridica da applicare al caso concreto all'analisi del processo decisionale (119).

L'albo dei realisti viene compilato da Llewellyn negli anni '60 (120); il loro manifesto metodologico è disseminato di espressioni sintomatiche della nuova concezione del diritto: «diritto come flusso», «diritto in movimento», «creazione giudiziale del diritto», «diritto come mezzo per un fine sociale», parafrasando le tesi che sul Continente erano sviluppate da von Jhering (rinvio alla voce → CIVIL LAW). L'osservazione empirica è il punto di partenza per descrivere, in modo realista, che cosa sia il diritto, anche se, in questo modo l'accademico americano paga un eccessivo tributo di soggezione alla giurisprudenza e riduce il suo lavoro all'analisi critica di frammenti giuridici, privi di importanza nell'insieme. Uno dei lasciti fondamentali di questa corrente è l'interdisciplinarietà (Frank dialoga con gli psicanalisti, Oliphant con altri scienziati sociali), diffusasi poi in tutta la tradizione occidentale. La parabola del Legal process costituisce solo in parte una reazione di impronta formalistica alle tesi realiste. L'attenzione al dato procedurale

non è, del resto, una novità nel panorama americano; il process thinking esiste già da prima (121) e l'attenzione per il processo di decision-making non è di certo estraneo al pensiero di Gray, Cardozo e Pound (122). Ciò che matura rispetto al realismo è un pensiero collettivo che vede nella ragione, nella procedura e nei principi la strategia intellettuale dominante e comune ai diversi ambiti di pensiero (123). Ciò che rileva è quale istituzione sia comparativamente più adatta a prendere determinate decisioni e, in questa prospettiva, l'analisi procedurale acquista nuova centralità. Peraltro, il ruolo istituzionale che i giudici dovevano rivestire secondo gli attivisti della scuola del Legal process (attento agli equilibri fra diritto e politica) si scontrava con l'attivismo della Corte Warren, a partire dal 1953 (124), facendo così indebolire il paradigma teorico della scuola.

Nell'analisi economica del diritto (Economic Analysis of Law, EAL), nata nell'ultimo trentennio del xx sec., sulla scia di giuristi come Calabresi e Posner e di economisti come Coase, le eredità delle scuole di pensiero precedenti sono chiare: si parla, infatti, di neo-formalismo e neo-realismo al contempo. Dai realisti l'EAL eredita la tensione verso il dialogo con altre discipline; dai formalisti il modello teorico generale esplicativo della complessità del mondo reale (125). L'analisi si caratterizza per l'utilizzo, nel dominio giuridico, del criterio dell'efficienza (ma sul punto differenze marcate esistono fra i cultori della materia), accanto a quello della giustizia, e dell'analisi degli incentivi sia nel descrivere che nel prescrivere regole giuridiche (126). Del resto, l'intera storia del pensiero giuridico americano è animata dal costante tentativo di conciliare realismo e formalismo (127).

Successivamente, i Critical Legal Studies (CLS o crits), iniziano una critica decostruzionista, fondata sull'osservazione dei diversi livelli in cui si articola la proposizione giuridica. Essi ereditano dai realisti alcuni atteggiamenti di denuncia verso i rapporti istituzionali di potere che caratterizzano il diritto applicato, nonostante le declamazioni sulla separazione dei poteri e sulla legittimazione democratica, aggiungendovi l'analisi marxiana dei rapporti di produzione (128). La variegata compagine di studiosi che si riconosce nella Conferenza della Wisconsin University del 1977, rende difficile tracciare un profilo unitario dei Crits (129); ciò che li accomuna è la convinzione che il diritto sia, in ultima analisi un tutt'uno con la politica. L'originalità dei Crits, secondo taluni autori, non starebbe tanto nella riaffermazione di concetti quali legittimazione, egemonia e autonomia relativa del diritto, quanto piuttosto nell'analisi dettagliata delle dinamiche del discorso giuridico, delle sue narrative rispetto alla pratica giuridica (130). La matrice genera nuovi itinerari di ricerca (dei quali non è possibile dar conto in questa sede):

Critical race theory, Fem-crits, Gatlegal studies, ecc., il cui comune denominatore sta nel "pensiero della differenza" come fondamento della critica (131).

(112) MONATERI, *Legal Doctrine as a source of Law. A Transnational Factor and a Historical Paradox*, in *Italian National Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law*, (Sidney, 1986), Milano, 1986, 24 ss.; GAMBARO, *Il successo del giurista*, FI, 1983, V, 85 ss.

(113) MONATERI, *Legal Doctrine as a Source of Law. A Transnational Factor and a Historical Paradox*, cit., 24 ss.; GAMBARO, *Il successo del giurista*, cit., 85; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1976.

(114) MATTEI, *Il modello*, cit., 200 ss.; BRAUN, *Giudici e accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, 2006.

(115) Langdell, riformatore dell'Harvard Law School, recepì il messaggio di Blackstone; quest'ultimo era stato a sua volta influenzato dal giusnaturalismo di Grozio e Pufendorf, come emerge dalla sua monumentale opera *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769); in essa veniva esposto tutto il diritto inglese secondo un approccio sistematico e razionale.

(116) MATTEI, *Il modello*, cit., 274 ss., il quale mette in evidenza anche le influenze della scuola pandettistica tedesca sulla dottrina americana di Langdell ed il dialogo esplicito con la pandettistica tedesca condotto da GRAY, *The Nature of Sources of Law*, e, più tardi da Cardozo e Pound (primo ventennio del xx sec.).

(117) Si veda l'analisi di CORBIN, *The Restatement of the Common Law by American Law Institute*, 15 Iowa L. Rev. 24 (1929), 27 ss.; MATTEI, *Il modello*, cit., 222; Id., «Restatement», in *Digesto/civ.*, IV, Torino, 1993, 272.

(118) V. *infra* l'ultimo par. di questa voce.

(119) Holmes, «La vita del diritto non è mai stata la logica, è stata l'esperienza» in MATTEI, *Il modello*, cit., 208. Sul realismo, SINGER, *Legal Realism Now*, 76 Yale L. Rev. 468, 1988; sul legal process, HART-SACHS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, N.Y. 1958 (10<sup>th</sup> ed., 1994).

(120) LLEWELLYN, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*<sup>7</sup>, Boston, 1960.

(121) DUBXURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, 1995, 210 ss.

(122) Così MATTEI, *Il modello*, cit., 211.

(123) Così HART, *The Supreme Court, 1958 Term-Foreword*, 73 Harvard L. Rev. 84, 1959.

(124) Qui il riferimento è ai casi di segregazione razziale, a partire dal celeberrimo Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas, 347 U.S. 483, 1954, MATTEI, *Il modello*, cit., 116; AJANI, *op. cit.*, 196 ss.

(125) Cfr. COLEMAN, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundation of Economic Approach to Law*, 94 Ethics 649, 1984; COOTER-ULEN, *Law and Economics*<sup>4</sup>, III, 2004; in lingua italiana si veda l'introduzione alla AED di COOTER-MATTEI-MONATERI-PARDOLESI-ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006; MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1997; PARDOLESI, «Analisi economica del diritto», in *Digesto/civ.*, I, Torino, 1990.

(126) In sintesi, MATTEI, *Il modello*, cit., 213.

(127) MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 20 ss.; DI ROBILANT, «Movimenti e scuole post-realiste», in *Digesto/civ.*, App. IV, Torino, 2003.

(128) Cfr. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge Mass., 1987; UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge Mass., 1986; MARINI, *I Critical Legal Studies*, RCDPM, 1986, 187.

(129) MATTEI, *Il modello*, cit., 217 ss.

(130) KELMAN, *op. cit.*

(131) MONATERI, *La dottrina*, in AA.VV., *Le fonti del diritto italiano*, II, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, Torino, 2003.

## 12. Statute law e codificazioni nel Common law.

Il Common law nel suo significato ristretto che fa riferimento alla fonte giurisprudenziale di produzione di regole giuridiche sembra mantenere oggi la propria centralità, svolgendo un ruolo concorrente rispetto alle fonti legislative. La legge, peraltro, in quanto emanazione del Parlamento (e quindi del popolo) è considerata fonte del diritto primaria e fondamentale in tutta l'area di Common law.

Sia a proposito delle leggi scritte (Statutes) che delle codificazioni (Codes), si deve procedere distinguendo il diritto inglese da quello statunitense. Nell'epoca formativa del Common law è comune l'atteggiamento che attribuisce alle leggi rilievo eccezionale, che continua anche nell'epoca dei Tudor, quando la produzione di leggi aumenta: infatti, il Parlamento continua ad essere percepito come una Corte di giustizia, piuttosto che come legislatore (132). Tradizionalmente, inoltre, gli Statutes vengono interpretati nello spirito del Common law, cioè del diritto di ragione che le corti "scoprono" nel corso delle loro decisioni in modo del tutto oracolare (133). Intorno alle leggi viene intessuta una fitta maglia di precedenti (che diventano col tempo vincolanti, v. *supra*) e, proprio grazie a questi ultimi, le leggi «vengono a far parte indissolubilmente del tessuto unitario del Common law» (134). Solo nel xx sec., come si è detto nel par. 1, la legge inglese potrà essere interpretata non soltanto a partire dal testo, bensì utilizzando le relazioni al progetto legislativo ed i lavori parlamentari (135). Attualmente, le leggi si caratterizzano per il grado di dettaglio e per il fatto che, in talune aree, mantengono un carattere suppletivo. La visione classica del comparatista, per la quale la scarsa importanza del diritto scritto di produzione legislativa o regolamentare porta a distinguere i sistemi di Common law da quelli di Civil law, va peraltro ridimensionata. Il diritto di fonte legislativa (136) in Inghilterra si serve oggi di un organismo apposito a carattere permanente, la Law Commission, istituita con una legge del 1965 (Law Commissions Act). Questa legge ha istituito un analogo organismo competente per la Scozia, denominato Scottish Law Commission. Le Commissioni hanno competenza generale sulle riforme dell'intero diritto. I membri di ambedue le Commissioni sono scelti nell'ambito sia del mondo forense (tra i giudici delle alte magistrature nonché tra gli avvocati — barristers — ed i procuratori legali — solicitors — in Inghilterra, e gli advocates in Scozia), sia del mondo accademico (tra i professori universitari di discipline giuridiche). Ogni Commissione è composta da cinque membri a tempo pieno, incaricati per un periodo di tre anni, ed assistiti dal personale addetto sotto la direzione di un funzionario capo (Secretary). Per quanto concerne le codificazioni, a proposito dell'Inghilterra va ag-

giunto che, nonostante il pensiero di Asutin ed i tentativi di Bentham (137) durante il xix sec. esse non hanno le medesime caratteristiche di quelle che si rinvencono nella tradizione di Civil law, ma rimangono circoscritte ad interventi di carattere settoriale (fatto salvo il diritto processuale): a tal proposito si vedano il Bills of Exchange Act (1882), il Sales of Goods Act (1983), il Law of Property Act (1925), o in tempi più recenti, il Misrepresentation Act (1967), il Consumer Protection Act (1961) ed il Trade Description Act (1968), oppure tutte le recenti leggi di recepimento delle direttive comunitarie in materia contrattuale (138).

Negli Stati Uniti, il panorama è diverso. Esiste un sistema binario imperfetto di leggi statali e federali, ove le seconde agiscono in maniera interstiziale rispetto alle prime, eccetto che in alcuni campi (ad es. il diritto commerciale), in cui operano in via esclusiva.

In generale, il ricorso agli Statutes è sempre stato frequente ed è aumentato durante il xx sec., tant'è che gli interpreti americani hanno sviluppato tecniche interpretative autonome ricorrendo sovente all'analisi delle policy considerations, cioè del progetto di politica del diritto perseguito dalla legge. I progetti di codificazione americana, come nel caso inglese, sono legati al nome di Bentham, il quale predispone un progetto di codice federale generale onnicomprensivo, che non ottiene seguito. Inoltre si ricordano quelli ideati da Field e sponsorizzati da Story (professore ad Harvard e giudice della Corte Suprema federale), che mirano ad una codificazione statale del Common law. Field redige così il progetto di codice di procedura civile che viene adottato dallo Stato di New York nel 1848 e diviene il modello per tutti gli altri Stati. Il codice di diritto civile avrà minor successo, e sarà adottato solo in alcuni Stati dell'Ovest (California, North Dakota, South Dakota, Idaho, Montana) (139). L'Uniform Commercial Code (UCC) rimane la più importante codificazione moderna del Common law, pur costituendo in larga misura un'opera d'importazione di soluzioni tedesche. Esso è stato preparato dall'American Law Institute (lo stesso che redige anche il Restatement come accennato *supra* e si dirà meglio di seguito) e dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. I lavori di redazione, iniziati nel 1942 sotto l'impulso di Llewellyn, giungono ad una prima conclusione nel 1952. L'UCC è stato adottato da gran parte degli Stati USA (140).

Da queste codificazioni si deve distinguere l'attività condotta dall'American Law Institute ad un altro livello: si tratta dei codici di settore che promanano da questa istituzione privata americana, i quali, tuttavia, non hanno un ruolo di fonte ufficiale, pur essendo seguiti da numerosi Stati dell'Unione. Così è

stato, ad es., per il modello di codice penale, di diritto commerciale, di diritto processuale (prevalentemente regole dettate dalle Corti Supreme).

Va distinto dai codici, infine, il Restatement of the Law, opera dottrinarica di ampia portata, di razionalizzazione e classificazione del diritto americano (141). Esso è il prodotto, per antonomasia, della dottrina americana: i consulenti al progetto ed i redattori del testo sono a larga maggioranza professori universitari a tempo pieno. Essi traggono ispirazione dal Digesto giustiniano: semplicità e certezza del diritto perseguite attraverso una consolidazione. Il fine è quello di sistemare il case law americano, almeno in alcune delle sue aree, per recuperare regole unitarie per la soluzione delle questioni giuridiche. L'opera enuncia lo stato del diritto, dando conto della ratio di ogni norma (tracciando anche la sua evoluzione storica) e, qualora sia incerta, le ragioni del favore per una certa soluzione. Inoltre non esone solo quanto le corti hanno deciso o quanto la legge ha disposto, ma affronta anche i problemi che presumibilmente potrebbero far sorgere questioni future. Per questi motivi, i tempi di preparazione del Restatement sono molto lunghi, si va dai due ai diciotto anni, a seconda dell'area. La struttura del Restatement è tale (opera collettanea, completa e dettagliata, che garantisce di conoscere qual è il diritto applicabile) che fornisce un risparmio sui tempi di lavoro da dedicare alla ricerca del precedente; pertanto molto spesso le corti americane si attengono a quanto il Restatement razionalizza e consolida.

Per concludere, infine, un altro fenomeno recente nel mondo anglo-americano, che si manifesta durante il xx sec., è quello del fiorire del diritto amministrativo, su base legislativa di derivazione parlamentare. La materia, tradizionalmente in mano alle corti ordinarie e retta dal Common law, è ora regolata dalla legge ed è stata sottratta a quelle corti da quando, negli ultimi vent'anni, sono stati creati tribunali speciali che fanno uso di nozioni tipiche del diritto amministrativo continentale (142).

Se pensiamo, dunque, al rapido divenire degli ultimi decenni, alle fondamentali riforme inglesi e alla svolta egemonica statunitense acquisisce nuovo significato l'idea secondo cui «la tradizione giuridica anglo-americana, che noi chiamiamo Common law [è] essenzialmente un modo di essere del pensiero giuridico e giudiziario, una maniera di affrontare i problemi giuridici, piuttosto che un corpo consolidato di regole determinate» (143).

BARBARA PASA

(132) Seppure diversa dalle altre perché le sue decisioni non sono assoggettate alla procedura d'appello (writ of error) che nel frattempo si è sviluppata.

(133) È questa in nuce la teoria dichiarativa del Common law, sulla quale v. MATTEI, *Il modello*, cit., 88 ss.

(134) RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 1958, trad. it. *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, 28; RAVA, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, 95 ss.

(135) In un celebre caso si è detto che è permesso far riferimento agli Hansards, i documenti che riportano il dibattito parlamentare, come mezzi integrativi di interpretazione: Pepper v. Hart (1992) 3 WLR 1032 (HL).

(136) Sullo sviluppo dello Statute law, ATIYAH, *Common Law and Statute Law*, 48 *Mod. L. Rev.* 1, 1985.

(137) Il positivismo di Bentham non conduce alla codificazione ma lascia il proprio tributo: gli Statutes vengono posti ovunque al vertice della gerarchia delle fonti: in Inghilterra la sovranità del Parlamento è la caratteristica dominante delle istituzioni politiche; in USA la Costituzione rigida è pur sempre un atto di produzione legislativa. Cfr. ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, 197 ss.; MATTEI, *Il modello*, cit., 249 ss.

(138) In sintesi, sul punto, in italiano v. NEBBIA, *Problemi di trasposizione, traduzione ed interpretazione nel Regno Unito*, in PASA-ROSSI-WEITENBERG, *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Torino, 2007, 69 ss.

(139) Sul perché la Louisiana disponga di un codice civile di stampo francese si rinvia alla voce → CIVIL LAW.

(140) Cfr. GAMBARO-SACCO, *op. cit.*, 147 ss. L'opera è in costante aggiornamento; è stato fatto il II e si lavora sul III *Restatement* in vari settori del diritto.

(141) CORBIN, *The Restatement of the common Law by the American Law Institute*, 15 *Iowa L.R.*, 1929, 24 e *supra* nota 117.

(142) WADE, *Administrative Law*<sup>6</sup>, London, 1988; CRAIG, *Administrative Law*, London, 1989; CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra - dalla Common law al droit administratif*, DPrA, 1990, 541.

(143) POUND, *The Spirit of the Common Law*, 1921, trad. it. *Lo spirito della "Common Law"*, Milano, 1970, 5.

