



# Il modello di common law, Ugo Mattei, Sintesi di Diritto Angloamericano. Università di Trento

Università di Trento  
Diritto AngloAmericano

## IL MODELLO DI COMMON LAW

### I. L'evoluzione istituzionale del modello angloamericano

1. L'importanza delle Corti regie centralizzate 1066 d.C Guglielmo di Normandia conquistò l'Inghilterra. Ovviamente il carattere medievale è una caratteristica profonda del common law. Tra il dodicesimo e il tredicesimo secolo tuttavia si suppone risalga la grande separazione tra le due grandi famiglie giuridiche occidentali, ovvero civil law e common law: ciò avvenne quando Sir Edward Coke fece trionfare nel common law quei caratteri medievali che nel civil law stavano capitolando. La principale differenza, ben nota, è il carattere – nel common law - strettamente giurisprudenziale in quanto formante principale della cultura giuridica; per la creazione di dato formante vi fu lo stabilirsi in Inghilterra di istituzioni centralizzate e locali, che svolgeranno la funzione di Corti di Giustizia.

2. Nascita e stabilizzazione della giurisdizione regia Il Re, in tempi medievali, era colui che in primis amministrava la giustizia in maniera personalissima, e ciò non doveva costituire un dato pacifico, visto l'ampio pluralismo giuridico del tempo; eppure tale potestà era riconosciuta e non solo: era vista perfino come garanzia dai baroni. Infatti la riconoscenza nell'amministrazione regia garantiva loro le amministrazioni locali di cui erano a capo, per cui se gliene fosse stata tolta una, ciò implicava anche la perdita di rendite fruttuose, cosa vista come una vera e propria espropriazione. Oltre alle pretese baronali vi erano anche quelle degli sceriffi e di tutti i rappresentanti in sede dislocata del potere regio. La caratteristica peculiare del common law è quindi il suo carattere centralizzato – del potere regio – e allo stesso tempo locale, per cui la centralizzazione non venne mai percepita come una minaccia (almeno nei primi secoli). Le Corti Regie quindi – create già dai primi Re normanni – garantivano l'autorità del potere regio in sedi differenti da quella regia; amministravano i Pleas of the Crown, ovvero le questioni che riguardavano direttamente o meno il Re, che sfociarono essenzialmente in conflitti in



materia di diritti reali regali e penale. Inoltre il Re era visto come una sorta di figura “d’appello”, nel senso che controllava l’operato delle Corti Feudali e forniva eventualmente un rimedio all’attore insoddisfatto. Era inoltre chiamato ad amministrare la giustizia tra i tenants in chief (diretti vassalli).

3. Glanvill 1100 primo trattato sul common law, di Glanvill. Da quest’opera si comprese come la varietà dei costumi e delle “leggi” locali non fosse affatto variata o diminuita: il common law non aveva spazzato via i diritti locali. In questo trattato viene anche descritto l’operato delle Corti centrali come una sorta di consuetudine, a riprova del fatto che la giurisprudenza era ancora vista come fonte del diritto primaria. Glanvill ed Enrico II produssero un corpus del diritto inglese con autorità direttissima dal Re in persona. Il regno di Enrico II diede ufficialmente i natali al common law. Durante questo periodo si formò una classe di giuristi che tramandarono la sapienza propria del common law, e la giustizia regia fu talmente rafforzata da impedire di mettere in discussione il common law stesso nei secoli successivi, neppure durante il conflitto tra Enrico III e i suoi baroni, che sfociò nella Magna Charta (la quale metteva sì in discussione il potere regio, ma non il common law!). Il libro di Glanvill toccava settori del diritto quali la procedura, il diritto criminale e il diritto dei beni. Inoltre sottolineava la dipendenza della procedura dai writs e l’influenza del diritto romano nel common law.

4. Le forms of action, i writs ed i primi caratteri della giustizia regia La giustizia regia non era automatica. Per poterla richiedere occorreva procurarsi un c.d. “ writ ” presso la Cancelleria. Era un ordine per cui il Re ordinava ad uno sceriffo locale di soddisfare una richiesta. I writ variavano tra di loro profondamente per forma e contenuto: variava la competenza della Corte (i Common Pleas ebbero per secoli il monopolio delle real actions ) , variava il sistema volto a far apparire in Corte l’avversario, variavano tipi e quantità delle scuse – essoins – a favore del convenuto. Variava anche l’uso di ordalie (vere e proprie prove di carattere fisico tra cui combattimenti, punizioni corporali ecc) o meno, variava il giuramento. Con le Forms of Action (1215) l’uso dell’ordalia venne abolito e venne introdotta la giuria.

5. Il numero chiuso dei writs Il numero dei writs inizialmente non era chiuso: corrispondendo a diversi tipi d’azione ce n’erano moltissimi e di diversi, e chiaramente il Re continuava ad emanarne a seconda delle situazioni che gli si presentavano. Maitland descrive la situazione parlando della transazione da “diritto (cause of action) che precede il rimedio (writ ) ” a “pochi writs determinano i diritti”. Per cui le forms of actions erano date e da esse dovevano essere dedotti i diritti. Provisions of Oxford (1258) limitarono il potere della



Cancelleria di emanare nuovi writs, cosicché un insieme di formule date costituirono la base e lo schema di tutto il common law.

6. La nascita della giuria La giuria è un'istituzione processuale impostasi nel common law, plasmata dalle forms of action. Enrico II introdusse il sistema delle assizes per le tensioni conseguenti al decentralismo della giustizia (istituto cancellato nel 1971). Dei giudici venivano mandati in periferia, convocavano 12 testimoni e li interrogavano per la contesa in atto. Questo sistema avveniva per scopi puramente amministrativi e sfociò nella redazione dei Domesday Books – veri e propri catasti. In questi casi il compito degli avvocati era quello del pleading ovvero la preparazione sofisticata della propria convinzione, che veniva sottoposta alla giuria. Questo creò una netta separazione tra questione di fatto – appannaggio della giuria – e questione di diritto – appannaggio della Corte, che mai avvenne nel civil law.

7. Il pleading Il pleading era quindi il sottoporre alla giuria di una questione di fatto. L'accusa presenta i fatti e li ascrive all'imputato. In seguito a ciò le cose potevano variare, il “ pleading ” poteva differire a seconda della situazione. Si aveva ad esempio: - Plea of innocence negazione dei fatti o negazione del fatto che siano imputabili a quel soggetto - General traverse negazione di tutti i fatti - Special traverse negazione di alcuni fatti - Confession and avoidance ammissione di tutti i fatti, ma aggiunta di altri (sì, l'ho fatto, ma perché tizio me l'ha ordinato) A questo punto la giuria ha un “ issue ” – exitus – che risolverà decidendo tra vero (colpevole) o falso (innocente). Demurrer erano discussioni di fronte al Common Pleas su una questione di diritto. I serjeants – visti in quel momento sia come giudici che come avvocati – discutevano su una questione proposta da una parte provvisoriamente, confermandola o cancellandola. Questo diede i natali al common law: infatti queste discussioni divennero oggetto degli Year Books. Statute of Jeofails (1540) queste discussioni assunsero forma scritta e vennero spostate al momento in cui i giudici, presa una decisione, la giustificavano agli altri serjeants.

8. Impatto delle forms of action sul common law modern Forms of actions + Provisions of Oxford binomio che determinò i tratti salienti del diritto angloamericano: la nascita dei giuristi di common law e la loro forma mentis, oltre che il fatto che le Corti di common law non fossero mai sole nell'amministrazione del diritto, proprio grazie al tecnicismo delle forms of action.



9. Common law ed equity: premesse Tra il 14° e il 16° secolo il sistema di common law era compiuto: fu così che l'opera di Blackstone consentì l'esportazione in tutto il mondo di un tipo di diritto autonomo e valido quanto quello di civil law, che in seguito venne modificato a seconda delle esigenze nei vari paesi di esportazione. In questo diritto formato il registro dei writs era completo e gli Year Books registravano dibattiti e decisioni del Common Pleas e di altre Corti Regie.

10. Il carattere “costituzionale” della monarchia inglese e la rule of law Dopo la Magna Charta e la guerra civile il Parlamento – formato da 2 camere, House of Lords (baroni) e House of Commons (rappresentanti delle contee e dei comuni) – guadagna sempre maggior potere. Nello stesso periodo il potere giudiziario si separa dal Re: si formano 3 Corti di common law – Common Pleas, King's Bench e Exchequer. Da qui si inizia a sviluppare il c.d. principio della rule of law e sorge l'equity. La legittimazione delle Corti era di tipo naturalistico, quindi applicabile non solo a tutti i sudditi, ma anche al Re stesso. La procedura di amministrazione della giustizia assunse un carattere tecnico e rigido, utilizzando schemi sapienziali. Si doveva comunque cercare un accordo tra patronato Regio e Corti: queste ultime decisero quindi di abbandonare l'amministrazione dell'equity. In questo modo si crearono situazioni per le quali il litigante insoddisfatto dall'operato delle Corti – molto tecniche, poco pratiche – richiedeva un secondo parere (od un primo parere direttamente) alla Cancelleria, che amministrava la giustizia del caso concreto. Di tutte le prerogative courts – opposte alle Courts di Common Law – del tempo, di cui faceva parte anche la Cancelleria, solo questa sopravvisse. Da notare che inizialmente era il Re ad emanare i prerogative writs, attraverso i quali controllava l'operato delle corti regie decentrate, mentre in seguito ai più recenti avvenimenti furono le Corti di common law ad ottenere questo privilegio – con qualche modifica – che sfociò in un vero e proprio diritto grazie a Sir Edward Coke, sviluppandosi pienamente.

11. Il sorgere della giurisdizione d'equity Intorno al 1400 sempre più litiganti si rivolgevano al parere del Cancelliere. Era un ecclesiastico, e quindi operava secondo i principi della Chiesa, della dottrina canonica. Questa predilezione per la sua figura costituiva una minaccia per le Courts di common law, che guadagnavano in proporzione al numero di casi risolti. La procedura utilizzata dalla Cancelleria era di tipo continentale - inquisitorio, rapida, pratica e scritta (nota come bill procedure). Il litigante che agiva in giudizio presso una delle Corti di common law comprendeva la problematicità delle barriere impenetrabili delle forms of action; ad esempio col trespass – writ moderno



sul risarcimento del danno che utilizzava la giuria – era sì favorevole agire in giudizio, ma sul piano pratico conveniva poi rivolgersi al Cancelliere per ottenere l'effettivo risarcimento. Infatti il Cancelliere aveva il potere dell'injunction nei confronti dei privati, proprio come le Courts avevano per gli organi pubblici il writ of prohibition o il writ of mandamus. Ciò portò alla nascita di veri e propri diritti d'equity, c.d. equitable interests. Per tutte queste ragioni la Cancelleria acquistò autonomia nel tempo, staccandosi sempre più dal King's Council.

12. La competizione fra le diverse Corti Il successo della Cancelleria consentì al King's Bench di trionfare su tutte le altre Courts di common law. Sviluppando il c.d. "action on the case" – ramificazione del trespass – riuscì inoltre a mantenere il controllo di buona parte della materia delittuale e contrattuale. La Cancelleria quindi si specializzò in materia proprietaria, diritti che rientravano negli equitable interests. Il King's Council invece mantenne i casi di giustizia straordinaria, che poteva emanare al Parlamento un bill e ottenere uno statute in deroga al common law.

13. La secolarizzazione dell'equity La secolarizzazione dell'equity avvenne grazie allo scontro tra Enrico VIII ed il Papa, con la conseguenza che il Cancelliere non fu più un ecclesiastico e che il diritto canonico venne bandito dalle università. Non ne furono toccati invece i common lawyers, digiuni di quei principi canonistici e romanistici che la Cancelleria amministrava. Per permettere a Cancelliere e Common Lawyers di "comprendersi" – viste le differenze culturali – fu necessaria l'opera di S. Germain (barrister con ampia cultura canonistica) "Doctor and Student", nella quale venne studiata la pratica delle Corti di Cancelleria, riproposta poi per il lettore Common Lawyer. Senza di essa il diritto canonico nel common law sarebbe stato perduto per sempre.

14. Le lotte fra Corona e Parlamento Le lotte tra Corona e Parlamento risalgono ai Tudors (fine 15° secolo, inizio 17°) , ma scoppiarono con gli Stuarts (17° secolo) , portando a regicidio e interregno. Da ricordare che, contrariamente a quanto viene tramandato nella tradizione storica, il trionfo del Parlamento e delle Corti di Common Law in Inghilterra sulle Corti Regie fu il trionfo del medioevo sull'epoca moderna, non il contrario. Ad esempio Enrico VIII e Elisabetta I tentarono di modernizzare la società, mentre Coke volle mantenere un clima antico – medievale; inoltre i Tudors cercarono di battere l'anarchia locale allargando le prerogative regie, ma vennero bloccati dai baroni in Parlamento, che temevano un'acquisizione di potere; infine i



Common Lawyers non permisero la creazione di nuove e più efficaci Corti da parte del sovrano, temendo di essere spodestati. Se la monarchia avesse avuto successo nel suo intento, il common law oggi giorno sarebbe molto simile al civil law.

15. Sir Edward Coke e la convivenza fra common law ed equity Sir Edward Coke fu un uomo di eccezionale carisma che portò alla definitiva vittoria del Parlamento, dovuta anche all'insipienza degli Stuarts, che avevano iniziato ad usare la Star Chamber (organismo supremo che nell'ordinamento inglese affiancava il sovrano nell'amministrazione del regno) come una Corte politica volta alla persecuzione degli avversari. Coke era Chief Justice del King's Bench. Egli: - Comunicò a Giacomo I che in nome della rule of law non aveva diritto a partecipare alle decisioni neppure delle sue corti - Introdusse nei primi "reports" le decisioni della sua Corte - Introdusse una nuova figura di giudice, ora visto come paladino della libertà, incorruttibile Nella lotta politica per la vittoria del Parlamento, inoltre, diede tutto sé stesso, come un gran condottiero. Dovette tuttavia fronteggiare un personaggio altrettanto spregiudicato: Ellesmere, un Cancelliere solito riaprire vecchi casi, che amava utilizzare l'injunction. Coke iniziò, spronato dall'avversario, a incoraggiare i litiganti a non sottomettersi al volere del Cancelliere, i quali venivano poi, chiaramente, detenuti per contempt of court. Assieme ad Ellesmere, anche Francis Bacon era contrario alla politica di Coke. Ellesmere e Bacon, assieme, invitarono Giacomo I ad emettere un decreto atto a realizzare le pretese dell'equity, il quale venne però ritenuto illegittimo. Per questo motivo da Bacon in poi i Cancellieri si ritirarono dalla "battaglia" contro il Parlamento, per cui equity e common law dovettero imparare a convivere nella realtà del tempo – e tutt'oggi. Tuttavia le altre Corti di prerogativa regia vennero abolite.

16. L'Act of Settlement ed i grandi giudici di common law Con la restaurazione della monarchia (1660) e durante i regni di Carlo II e Giacomo II la battaglia politica stava avendo effetti disastrosi soprattutto sulla scelta dei giudici, sempre più incompetenti e corrotti, e perlopiù ex avvocati. Con la Glorious Revolution le cose tornarono alla normalità: i giudici non rimanevano più in carica soltanto per "bene placito" del sovrano, e la rimozione dei giudici scomodi venne abolita dal regno di William e Mary. Act of Settlement (1701) sancì definitivamente l'inamovibilità dei giudici superiori. Rialzarono il prestigio delle Corti di Common Law dapprima Holt, seppure fosse non troppo aperto culturalmente, in seguito Lord Mansfield. Lord Mansfield era uno scozzese, quindi formato in un ambiente apprezzante il civil law. Per più di trent'anni mantenne la poltrona giudiziaria di Chief



Justice del King's Bench, grazie alla sua apertura mentale e alla sua predilezione per la modernizzazione del common law, consentendo al diritto di tenere il passo con i tempi e con l'equity. Nel particolare: - Incorporò il diritto commerciale al common law - Tentò, pur fallendo, di incorporare l'equity al common law - Creò i quasi – contratti - Trasformò il giudice da tecnico, attento alla forma, a politico del diritto, manipolatore di doctrines

17. Il common law classico: società senza legislatore? L'incapacità più grande del common law fu quella di mantenere una produzione coerente, costante ma comunque limitata di leggi scritte, o meglio di writs, che invece nel corso degli anni venne dapprima soppressa, poi incoraggiata fino all'esagerazione, andando a determinare soluzioni ed eccezioni per ogni caso possibile ed immaginabile. È naturale quindi che l'immagine classica di common law lo dipinga ai nostri occhi come un diritto prevalentemente giudiziario. Inoltre, come ricorda Blackstone, affidare alle Corti il controllo sul Parlamento sarebbe risultato più che innaturale: il common lawyer quindi si affida alla legislazione diretta esistente con tutta la convinzione possibile. Prima di Blackstone le Corti erano restie nell'accettare gli statutes; solo in seguito impararono a farlo.

18. L'evoluzione dei caratteri della legislazione diretta L'eccessiva specificazione della moltitudine di writs – che solo durante il regno di Enrico VIII crebbero quando nei precedenti due secoli – modificò anche il carattere degli statutes, i quali divennero lunghi elenchi di regole ed eccezioni. Si era quindi formata una forma legislativa che non venne mai abbandonata: Consolidating Act (1563) forma legislativa che riassume in una sola legge il contenuto di decine di statutes simili. Inoltre il Parlamento iniziò ad emanare Bills, disegni di legge in attesa di promulgazione, che ben presto vennero aboliti.

19. Il parlamento come Corte Il Parlamento veniva continuamente visto come una Corte, con la differenza che le sue decisioni non potevano essere sottoposte al writ of error, procedura d'appello. Per questo motivo era considerato come la Corte in cui con una bill procedure si poneva rimedio ad ogni problema o ingiustizia, senza ripercussioni o ripensamenti, con un'altra differenza sostanziale rispetto alle altre corti: ogni sua decisione valeva per tutti i sudditi. Soltanto verso la metà del '900 questa funzione giudiziaria – che era oltretutto svolta solo dai Lords – ricevette sanzione formale. Inoltre quando le Camere si separarono dal Re, dando inizio alla distinzione tra common law ed equity, persero anche il potere di amministrare l'equity stessa, e divennero



portavoci di decisioni legislative. Questa situazione cessò con l'acquisto di potere da parte del Parlamento, per cui l'interpretazione della legge da esso creata spettava ai common lawyers, esperti in quest'ambito ed aventi tecniche logico – giuridiche adatte al compito (come riportato nei Commentaries di Blackstone).

## II. L'evoluzione culturale del modello angloamericano

### Sez. I: L'educazione giuridica

1. Lo sviluppo di un'alternativa all'università nella formazione del giurista Il common lawyer non riceveva la propria preparazione all'università, come il civilista. L'educazione era invece demandata al microcosmo delle Inns of Court, nella zona attorno a Westminster Hall. Inoltre, gli avvocati ricevevano per i primi anni una formazione identica ai giudici. La differenza rispetto al civil law era data quindi sia dal rapporto tra bench e bar, sia dalla formazione pratica del giurista. La Court of Common Pleas aveva dato origine inoltre ad un monopolio di tipo giurisprudenziale: l'Order of the Coif. Quindi i membri di questa corte e delle Corti superiori potevano essere scelti solo tra tali membri, ovvero i Serjeants at Law. Oltre a questo ordine si vennero a formare altre quattro gilde: gli Inns of Court, col monopolio sull'educazione dei giovani che volevano intraprendere questa carriera, escludendo ogni altro aspirante dall'effettiva prospettiva lavorativa.

2. L'Order of the Coif L'Order of The Coif nacque dalla creazione di un nuovo gruppo di giuristi, i narratores, i quali erano membri del Common Pleas, che nel 1250 era stata considerata la Corte di maggiore importanza. La funzione dei narratores veniva ben distinta da quella degli attorneys: i primi – antenati degli attuali barristers – erano oratori circondati da un'aura quasi nobile; i secondi – attuali solicitors – erano disprezzati dai narratores, considerati come meri funzionari pratici. I narratores divennero noti come Serjeants at Law, e costituirono il c.d. Order of Coif, così chiamato per il fatto che ai nuovi membri veniva consegnata una cuffietta di seta nera (coif) che avrebbero indossato a vita. Dal 1340 la prassi divenne quella di nominare giudice un giurista che avesse praticato a Westminster Hall. Da ricordare che negli Year Books – primitive raccolte giurisprudenziali – sono contenuti praticamente solo i casi della Court of Common Pleas di cui l'Order deteneva il potere.

3. Gli Inns of Court Nel 1292 il Re inviò al Chief Justice del Common Pleas un writ con l'ordine di istituire per un certo numero di giovani un monopolio professionale di tipo giuridico. Da allora la prassi consisteva nel permettere alla Corte e non alle università di educare i futuri giuristi. Più nel particolare,





il Common Pleas istituì una zona di fronte alla Corte in cui i giovani potessero imparare ascoltando i casi discussi. Questa zona divenne la culla, “ the crib ”, ed è di grande importanza perché molto probabilmente in essa furono redatti i primi Year Books. Dalla crib alla formazione degli Inns of Court passò poco tempo: apprentices e attorneys necessitavano di un posto in cui vivere ed imparare, cosicché gli Inns divennero il luogo adatto per l’una e l’altra funzione. Prima di Elisabetta I nessuno poteva esercitare a Westminster Hall se non fosse stato chiamato da uno dei quattro Inns: - Lincol’s Inn - Inner Temple - Middle Temple - Gray’s Inn Negli Inns venivano insegnati, oltre alle materie giurisprudenziali, anche le discipline che completavano il bagaglio culturale di un giovane dell’alta società inglese. Solo i Serjeants non furono più ammessi negli Inns of Court: entrare nel Serjeant’s Inn significava uscire dall’Inn di appartenenza. In seguito inoltre gli attorneys vennero esclusi dagli Inns of Court, a causa dell’accentramento dell’educazione sul pleading. Nel diciassettesimo secolo il sistema degli Inns franò, divenendo puramente formale, quasi un rito di passaggio.

4. La concorrenza del Civil Law ed il suo legato: Doctor’s Commons Il civil law fu sempre riconosciuto come un diritto alla pari del common law in Inghilterra, almeno fino alla rottura tra Enrico VIII e la Chiesa. Prima della vicenda, i canonisti gestivano le corti ecclesiastiche. In seguito invece il sovrano non bandì il civil law, ma soltanto il diritto canonico, eliminato dalle università; i civilians quindi successero i canonisti nelle corti ecclesiastiche. I civilians erano organizzati in una sorta di gilda professionale, che richiedeva un dottorato universitario, inglese o continentale: da qui il Doctor’s Commons, nome della corporazione. Ad esempio la Corte dell’Ammiragliato era costituita da civilians, poiché il diritto marittimo era quasi interamente basato sullo ius gentium e richiedeva una conoscenza del civil law. Con Holt e Mansfield avvenne l’assorbimento delle competenze della Corte dell’Ammiragliato nel common law, seppure i civilians continuassero a gestire corti minori (Constable, Marshall Court, High Court of Chivalry). Erano anche presenti nella Corte di Cancelleria e condividevano con i common lawyers la Court of Requests. Oltre a ciò la loro popolarità era dovuta alla influenza che avevano a Corte, come consiglieri, e all’impatto che avevano nella Star Chamber.

5. Il conflitto fra i Civilians ed i Common Lawyers Il contributo benefico dei civilians nella modernizzazione del common law – quale l’applicazione in materia processuale di dettami romanocanonistici, molto più razionali e sbrigativi di quelli anglosassoni – venne dimenticato ben presto a causa della



loro lealtà alla causa degli Stuarts, nel XVII secolo. Da quel momento in poi civil law era sinonimo di attentato ai diritti dell'Englishman. I civilians avevano una struttura simile a quella dei common lawyers: gli advocates avevano un ruolo simile a quello dei Serjeants nel Common Pleas, e i proctors fungevano da attorneys. 1590 guidato da Coke, inizia l'attacco ai civilians, con l'arma del writ of prohibition, secondo il quale l'attore non si sarebbe mai rivolto ad una Corte per la quale mancava una vera e propria giurisdizione, cosa che il convenuto poteva far notare non appena interpellato. Ciò avvenne per la Corte dell'Ammiragliato, la cui giurisdizione in materia contrattualistica internazionale venne assorbita dal common law. Le Corti civilians non potevano più nemmeno interpretare gli statutes. Ciò non fece altro che accrescere il disinteresse verso il common law, viste le connessioni che i civilians avevano all'interno delle università.

6. L'eredità di Doctor's Commons La pratica del Doctor's Commons venne osservata dagli accademici di common law a lungo, tanto che il maggiore contributo fornito dai civilians nel common law è proprio nel diritto commerciale. Dell'eredità lasciata dall'Ammiragliato si occuparono grandi common lawyers, traendo informazioni anche dalla biblioteca di Doctor's Commons e dalle famose opere di traduzione (vedi Domat). In alcuni campi – diritto marittimo – la ricezione fu completa, in altri – titoli di credito – fu minore. In altri ancora – consideration, causa – non avvenne affatto. L'influenza dei civilians, nonostante tutto, è palese nella struttura dei Commentaries di Blackstone.

## Sez. II: I generi letterari

1. L'evoluzione linguistica del common law
2. L'inglese non è da sempre stato la lingua del common law. Pollock e Maitland dimostrarono come qualsiasi discorso giuridico che prescindesse dall'utilizzo di termini di provenienza francese fosse impossibile. Infatti fino a buona parte del Rinascimento i common lawyers si avvalevano del c.d. law french. Solo nel 1363 uno statute dichiarò la necessità di abbandonare l'utilizzo della lingua francese, ma giunse troppo tardi e l'effettivo abbandono fu lentissimo. Ciò non implica comunque che parole come “ possession ” avessero un significato giuridico completamente diverso al di qua e al di là della Manica. Il law french, oltretutto, aveva sconfitto il latino in Inghilterra come lingua giuridica letteraria. Ciò è la prova del trionfo delle Corti sulle università come fattore trainante di produzione tecnica nel sistema giuridico (nelle università il latino continuava ad imperare).



3. 2. Diritto romano e diritto canonico nel mondo di common law Il common law venne influenzato da due più antichi e solidi diritti: il diritto civile e il diritto canonico. Essi, tuttavia, nel corso degli anni continuarono a competere tra loro, indebolendosi. Si pensa che un noto normanno, Lanfranco - rivale della scuola di Bologna nell'applicazione della glossa al diritto longobardo; divenne arcivescovo in Inghilterra grazie a Guglielmo – fu uno dei primi a introdurre nella cultura del common law il diritto romano e quello canonico. Da lui in poi si ebbe un continuo viavai di personaggi dotti nei due diritti in Inghilterra. Ciononostante il common law rimase immune al civil law, forse per il fatto che nel periodo in cui Graziano redigeva il Decreto e la fama dei “quattro dottori” splendeva in Europa, il Re inglese era in conflitto col clero. In ogni caso si sa che Vacario insegnò a Canterbury e Oxford, scrisse una versione ridotta del Codice giustiniano per i suoi studenti; tuttavia venne zittito da Re Stefano.
4. 3. Il diritto romano come antico patrimonio comune alla tradizione giuridica occidentale: Glanvill e Bracton Glanvill applicò canoni scientifici al common law, sulla base della radice romanistica. Bracton era un ecclesiastico. Ci fornisce l'immagine di giudici non soltanto giuristi, né solo common lawyers. Consegna ai posteri la prima trattazione completa di common law prima della magistrale opera di Blackstone. Non era un accademico: non fondò quindi una scuola di scienziati che sviluppassero il suo metodo; allo stesso tempo, tuttavia, non era neppure un giurista pratico, dato che si esprimeva in latino, rendendo il suo messaggio difficile soprattutto per coloro che si formavano nell'arte del pleading. Egli consegnò la sua opera a Coke, che la utilizzò in quanto avente una ratio unificatrice con categorie solide: senza di essa probabilmente la rule of law non avrebbe attecchito facilmente. Bracton, laddove il common law risultava mancante, non si fece scrupoli nell'importare soluzioni romane: egli quindi appalesa quanto il contatto tra common law e diritto romano permanga e si origini dal formante dottrinale. Dopo di lui l'importazione di modelli stranieri sarà di esclusivo appannaggio del diritto canonico.
5. 4. Gli Year Books Di quelli conosciuti, i più antichi probabilmente – secondo Maitland – risalgono al 1270. La serie fu interrotta nel 1535. Essi consistevano in appunti dell'attività della Court of Common Pleas, probabilmente presi da studenti della crib e, in seguito, da tutto il bar. Non sono affatto simili ai successivi reports; non sono resoconti di casi decisi della Corte seri e organizzati: sono più semplicemente informali



- stralci di conversazioni. 5. I reports nominativi Furono volumi pubblicati privatamente – tra il 1550 e il 1790 – contenenti il resoconto delle decisioni giurisprudenziali delle Corti superiori di common law, citati con il nome dell'autore. L'inventore di questo genere di raggruppamento della casistica fu Plowden, che pubblicò una settantina di reports in due volumi. Essi sono molto moderni: si soffermano molto sull'opinione dei giudici, poco sull'analisi degli avvocati e ancora molto sul punto di diritto rilevante.
6. 6. L'impronta indelebile del medioevo: Coke scrittore giuridico La cultura di Coke era principalmente derivata dagli Year Books. La sua più grande ammirazione andava a Littleton, di cui fece perfino un commentario, che divenne il più influente dei quattro volumi che scrisse. I volumi, facenti parte della raccolta “ Institutes of The Laws of England ” (1628-1644 ca.) , diviso quindi in: - First Institute – era il commentario, noto anche come “ Coke on Littleton ”; era lettura d'obbligo per qualsiasi common lawyer e consisteva in una glossa sulla casistica degli Year Books. In esso ignora l'equity. - Second Institute – su una quarantina di statutes, commentati. - Third Institute – dedicato al diritto penale. - Fourth Institute – sul diritto giudiziario. In seguito scrisse anche i “ Reports ”, particolarmente accurati con un pizzico di personalizzazione. Per il resto egli attaccò l'Admiralty e la Star Chamber, oltre ad importare la lex mercatoria nel common law; inoltre fece sparire la procedura inquisitoria e la tortura.
7. 7. Il restante patrimonio letterario prima di Blackstone Uno studente, prima di Blackstone, avrebbe usufruito di: - Writs quelli già concessi - Le opere di Hale primo common lawyer moderno. La sua imparzialità suggerisce il fatto che a quel punto il rapporto tra common law ed equity era stato ufficialmente fissato: l'equity riempiva alcune lacune del common law. - Novae Narrationes libri di narrazioni standard per l'epoca in cui l'oratoria era la base del compito del narratores poi sostituiti dai pleadings. - Abridgements raccolte in volumi di riassuntivi, schemi del contenuto degli Year Books.
8. Il grande cambiamento: Sir William Blackstone Primo common lawyer a dedicarsi all'insegnamento del diritto inglese, Blackstone insegnò ad Oxford. Forse è per questo che i suoi famosi “ Commentaries on the Law of England ” furono così apprezzati: erano un'opera accademica frutto di anni di lezioni, più che contributo alla letteratura.



Essi costituiscono una vera e propria rivoluzione nella letteratura giuridica. Infatti, (1) in primis il diritto inglese viene ora esposto – per la prima volta – in maniera razionale, organizzata, semplice. La divisione avviene in quattro volumi: Rights of Persons, Rights of Things, Private Wrongs (illecito) , Public Wrongs (diritto penale processuale e sostanziale). Oltre a questa semplificazione quasi gaiana del diritto, (2) i Commentaries risultarono rivoluzionari anche per il loro impatto sulla futura letteratura giuridica, sempre più simile ad essi che alle precedenti opere. Il genere trattatistico da quel momento in poi non venne più abbandonato, neppure nel civil law. L'influenza di Blackstone è chiaramente di tipo giusnaturalistico; fun fact Blackstone fu il primo giudice di common law assunto al Bench per meriti scientifici!

9. L'immagine tradizionale e l'approccio del comparatista La divisione tra common law ed equity era ben nota, nonché rafforzata dalla separazione istituzionale fra le Corti. Ciononostante i modelli giuridici continentali talvolta ripresi dall'equity non erano affatto sconosciuti al common law: non lo erano gli statutes, così come non lo era l'insegnamento nelle università – se non della pratica – della dottrina giuridica. Anche il civil law aveva caratteristiche diversissime da quelle moderne: non vi erano codificazioni ! La vera e propria differenza tra common law e civil law sta nel ruolo delle università nella formazione del giurista e non nella prevalenza di giurisprudenza o legislazione nel diritto.

### III. L'evoluzione istituzionale del diritto inglese

1. Assetto costituzionale. Cenni United Kingdom sistemi di Galles, Scozia, Inghilterra e Irlanda del Nord. Diritto inglese meramente presente in Inghilterra e Galles La Scozia, infatti, è da sempre vista come un sistema misto tra civil e common law; l'Irlanda è semplicemente distaccata. Il ruolo preminente rimane quello del Parliament di Westminster, composto da House of Lords e House of Commons (elettiva). Il Westminster Parliament viene da sempre considerato come un organo onnipotente. Fu solamente Coke, in passato, a tentare di conferire il potere dell'emanazione di statutes alle Courts, tentativo poi abbandonato per non minare la situazione già tesa. Dopo Coke, è solamente con lo Human Right Act (1998) che l'onnipotenza viene rimessa in discussione: secondo l'Act infatti è necessario che le Corti valutino la coerenza tra norme legislative –



emanate dal Parlamento – e diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Qualora in contrasto, i giudici superiori hanno il potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità, segnalando l’anomalia. Lo Human Rights Act crea un’anomalia, quindi, nel rapporto Parlamento – Corti. Si sa che l’entrata nell’Unione Europea comporta la perdita di parte della sovranità statale; eppure a perdere il potere aveva fin dai primi anni ’90 contribuito il meccanismo della devolution, per cui il Parlamento non detiene più tutte le funzioni che sarebbero sue, proprie e centralizzate, ma le devolve a Parlamenti distaccati nell’United Kingdom. Si ha quindi un sistema pur sempre centralizzato, che consente allo stesso tempo alle tre regioni l’utilizzo di poteri che riflettono le politiche sociali ed economiche di ciascun territorio. - Northern Ireland Act costituì la Northern Ireland Assembly cui sono affidati i poteri legislativi; vi si affianca il governo. Riflette la situazione particolare tra cattolici e protestanti, quindi permette ad entrambi in maniera equilibrata di partecipare. - Scotland Act istituisce il Parlamento ed il Governo scozzesi, competenti nelle materie non riservate a Westminster. È la più grande delle tre devolutions, cosa che comporta un maggiore grado di autonomia da Westminster. - Government of Wales Act (prima) diede al Galles poteri molto limitati, tra i quali l’attuazione, tramite regulations, delle leggi provenienti da Westminster. (dopo) Il più recente Act, invece, aumenta i poteri della Assembly, avvicinandola molto a quella scozzese o irlandese. Gli unici problemi derivanti dalla devolution consistono sia nella capacità del Parlamento, avendo trasferito su delega il potere, di riavocarlo a sé, sia della possibilità di conflitti tra leggi centrali e leggi locali che, se non immediatamente nulle, portano a conseguenze da risolvere in via giudiziale.

2. Organizzazione della giustizia in Inghilterra tra passato e presente Bentham fu filosofo e politologo. Viene ricordato a causa della sua crociata per la sostituzione del sistema di common law classico con un ordinamento fondato su una codificazione. Egli non riuscì a realizzare quest’utopia, ma introdusse il positivismo giuridico e l’idea della necessità di una riforma. Si giunse quindi ai: Judicature Acts (1873-75) rispondevano alla necessità di razionalizzare l’ordinamento giudiziario, creando un sistema di Corti piramidale. Fu questa l’occasione perfetta per sottrarre alla House of Lords la competenza giudiziaria, creando l’unica Corte Suprema: Supreme Court of Judicature (High Court + Court of Appeal). Si cancellarono sia i writs che la bipartizione common



lawequity. Poco più tardi, nonostante tutto, si fu costretti a reintrodurre la funzione giudiziaria nella House of Lords, affidandola tuttavia all'Appellate Committee, giuristi tecnici (Lords of Appeal in Ordinary o Law Lords). Questi erano scelti tra barrister at law con almeno 15 anni di esperienza o giudici di corti superiori per almeno 2 anni, e una volta nominati lo erano a vita. Un cambiamento non avvenne prima del: Constitutional Reform Act (2005) sottrasse definitivamente la competenza giudiziaria alla House of Lords, attribuendola ad una Corte Suprema (vedi dopo). Inoltre modificò la figura del Lord Chancellor e creò la Judicial Appointment Commission indipendente, per la nomina dei giudici.

3. La nuova Corte Suprema del Regno Unito Come suddetto, la Constitutional Reform Act prevede l'istituzione della Corte Suprema: Supreme Court of The United Kingdom – in sostituzione dell'Appellate Committee della House of Lords. La nuova Corte Suprema si presenta indipendente anche fisicamente, essendo distaccata dalla struttura di Westminster. La ricerca dell'indipendenza è chiara, se si pensa al Practice Statement (2000) , nel quale i Lords of Appeal si impegnavano a non intervenire in materie politiche, astenendosi dalle discussioni legislative nella House of Lords. Quindi il ritrovamento dell'indipendenza è benvenuto, per adeguare le istituzioni inglesi al diritto europeo. Nella nuova Corte Suprema, quindi: - Ci devono essere almeno 12 membri; il sovrano può incrementarne il numero. - Sono nominabili i giudici di corti superiori da almeno due anni o gli avvocati da almeno 15. - I Law Lords dell'Appellate Committee saranno i primi giudici; di essi il più anziano diverrà presidente, il secondo in scala di anzianità diverrà il vice presidente. - I giudici verranno rimossi dalle loro funzioni solo per giusta causa, quindi contraria al good behaviour (buon comportamento). Eredita le competenze dell'Appellate Committee della House of Lords + del Judicial Committee del Privy Council (in materia di devolution). Si colloca al vertice del sistema giudiziario, ma costituisce una giurisdizione d'appello e NON una corte di controllo di legittimità costituzionale – l'Inghilterra rimane a metà tra l'assoluto primato del Parlamento (tipicamente inglese) ed il costituzionalismo all'americana [n.b.: situazione detta “ Commonwealth model of constitutionalism ”]. Infatti lo Human Rights Act aveva, come suddetto, attribuito alle Corti Superiori il potere di segnalare contrasti tra norme legislative e diritti fondamentali. Ciò comporta (1) l'attribuzione alle corti supreme di un judicial review, seppure debole, e (2) il mantenimento della sovranità



parlamentare, riallocando così le funzioni costituzionali tra magistratura e Parlamento: non è necessario, per ora, l'operato della Corte Suprema.

4. Il Lord Chancellor alla luce delle recenti riforme Prima della riforma del 2005, il ruolo del Lord Chancellor, cancelliere, era di Speaker nella House of Lords, nonché membro del Cabinet come ministro della giustizia, nonché di giudice nell'Appellate Committee e molto altro ancora. Era quindi responsabile dell'andamento della giustizia, ma anche della nomina e degli stipendi dei giudici, del funzionamento delle corti inferiori: risulta chiaro come una figura polifunzionale come Lord Chancellor non rispecchiasse la corretta definizione del "processo equo". Con il Constitutional Reform Act del 2005 la figura del Chancellor non viene eliminata, bensì revisionata e modificata: gli viene proibito di influenzare i giudici nei processi, viene rimosso dalla carica di Speaker nella House of Lords – costretta a eleggere da sé il proprio Lord Speaker. Oltretutto la carica di Lord Chancellor, dalla riforma, può essere occupata non più da soli giuristi, bensì anche da ex ministri o parlamentari, e può delegare alcune delle sue funzioni ad altri soggetti, con un order. Dopo la Constitutional Reform Act è stato riformato anche il Lord Chancellor's Department (LCD), sostituito dal Ministry of Justice, con a capo il Lord Chancellor, coadiuvato da ministri.

5. Giustizia civile La storia della giustizia civile inglese ha da sempre posto i paletti sull'enorme differenza tra High Court e county courts. Tuttavia, oggi giorno la competenza di quest'ultima è stata aumentata con: Rules of Civil Procedure (1998) vero e proprio codice di procedura civile, modifica il carattere adversary del processo di common law, affidando il controllo sull'andamento alla figura del giudice. Infatti erano stati messi in luce tre difetti del processo civile inglese: la lentezza, la costosità e la complessità. Con il Rules of Procedure rimane la distinzione fra pre-trial e fase dibattimentale, ma si creano tre modelli (tracks) standard: - small claims track (- 5000 £), informale davanti alle county courts; - fast track (tra 5000 e 25000), iniziati davanti alle county courts, possono continuare diventando multi tracks; - multi tracks (+ 25000), iniziano come fast track, possono proseguire. Access to Justice Act introdusse la regola per cui l'onorario dell'avvocato viene percepito solo in caso di vittoria. La High Court viene suddivisa in tre divisions: - Queen's Bench Division (e.g. diritto marittimo, diritto commerciale etc. con corti minori apposite) - Chancery Division (e.g. trust) - Family Division (e.g. divorce) Dalla High Court si procede alla





Court of Appeal tramite una permission, fornita dal giudice. In casi estremi si può saltare la Court of Appeal e andare in appello direttamente dalla High Court alla Supreme Court, ciò tramite un certificate “of relevant conditions”. La Supreme Court, occorre rammentare, non rappresenta l’ultima istanza, costituita dalla Corte del Lussemburgo per normative comunitarie.

6. Giustizia penale La giustizia penale inglese consta di una bipartizione fondamentale tra: - Indictable offences per gli indictable crimes; è la più grave delle due partizioni e va risolta con un processo dinnanzi alla Crown Court in prima istanza, in presenza della giuria - la jury – diretta da un Recorder (o High Court Judge). L’imputato – e non l’accusa – può appellare alla Court of Appeal (Criminal Division), se autorizzato. - Summary offences per i reati di minore entità; non necessitano della presenza della giuria. Cominciano, per la loro rilevanza inferiore, presso le Magistrate’s Courts, composte di giudici non togati, noti anche come giudici di pace. L’appello, da questo punto, va alla Queen’s Bench suddetta, che giudica sì senza giuria, ma con un giudice togato e due magistrates, questa volta. Le decisioni della Crown Court sono in alcuni casi appellabili direttamente alla High Court e, in casi rarissimi, alla Supreme Court. Criminal Justice Act (2003) apportò modifiche in materia di: - processo con giuria, per cui anche negli indictable crimes il processo può avvenire senza giuria se si tratti di casi di frode, o laddove lo si ritenga opportuno - double jeopardy, per cui nessun soggetto può essere reputato colpevole più di una volta per lo stesso crimine - possibilità di appello per l’accusa - definizione e commisurazione della pena – sentencing – che deve portare alla migliore gestione del processo penale.

7. Il diritto amministrativo Tribunals, Courts and Enforcement Act (2007) necessario nella riforma del diritto amministrativo inglese. Portò ad un cambiamento radicale nell’ambito degli special tribunals, che fino ad allora venivano costantemente creati dal Parlamento per la risoluzione delle controversie tra Stato e cittadini, ma anche tra privati, e che dovevano essere eliminati perché non erano altro che espedienti usati dal Parlamento per impedire alle Corti Ordinarie di prendere il sopravvento su determinati progetti politici. L’innovazione consistette quindi nella creazione di due tribunali di competenza generale in materia amministrativa: il First-tier Tribunal e l’Upper Tribunal, divisi in Chambers, il primo di prima istanza, il secondo come organo



d'appello (solo raramente di primo grado). Nel 1977 venne introdotta una procedura da esperire nei confronti della P.A.: application for judicial review. Questa procedura – da non confondersi con la procedura di legittimità costituzionale – non ha, in realtà, aumentato i rimedi a favore del cittadino contro l'autorità pubblica, sin dapprima scarsi: li ha altresì diminuiti. Questa mentalità di sacrificare l'interesse individuale per il bene comune, dopotutto, sta alla base del principio della rule of law, e fa nascere un principio estraneo nella formazione del common lawyer: la differenza tra diritto pubblico e privato.

8. La professione forense ed i giudici La professione forense in Inghilterra è costituita dalla differenza tra barristers e solicitors, eredi diretti rispettivamente di serjeants ed attorneys. Ad esse si contrappongono i giudici. Le tre classi qui presentate: - Barristers sono specializzati nel patrocinio di fronte alle Corti Superiori. Sono sempre stati in misura molto minore rispetto ai solicitors, ed hanno – fino a poco tempo fa - detenuto non solo il monopolio della professione, ma anche quello della possibilità di divenire giudici. Per divenire barrister occorre una formazione presso un Inn of Court, nel quale si entra spendendo un'ingente somma di denaro, conseguendo precedentemente una laurea (non esclusivamente in giurisprudenza) e superando un esame. Se ammessi, si inizia il processo di formazione, con la consumazione dei proverbiali pasti, l'attività accademica e il pupillage - l'apprendistato presso un barrister anziano. Tra i vari barrister esiste una sorta di gerarchia, per cui solo i barrister anziani possono ricevere il titolo di Queen's Counsel. Questo anche per il fatto che, tecnicamente, una volta divenuto barrister, il giovane non può iniziare a praticare immediatamente, se non all'interno degli Inns of Court: dovrà attendere l'abbandono di un barrister anziano, per poterne prendere il posto. - Solicitors svolgono tutti i compiti preparatori, curando il rapporto col cliente e assumendo loro stessi un barrister nel caso in cui si necessiti apparire dinnanzi ad una Corte Superiore. Un tempo preclusi all'attività di giudici delle Corti Superiori – professione riservata ai barristers – oggi, grazie all'Access To Justice Act (1999), anche i solicitors possiedono il right of audience adatto a svolgere il suddetto mestiere. Per diventare solicitors occorre una laurea riconosciuta (non necessariamente in giurisprudenza), una formazione teorico-pratica e un anno di praticantato. Una volta entrato nell'albo (roll) dei solicitors, il soggetto guadagna principalmente per la redazione di atti di trasferimento di proprietà e testamentari. - Giudici prima della riforma



in merito, i giudici delle Corti Superiori venivano scelti tra i soli barrister, tramite judicial appointment da parte del Lord Chancellor. Dopo la riforma del 2005, tuttavia, le funzioni di Lord Chancellor variano, come suddetto, per cui questa sua particolare funzione rimane, ma nello svolgerla viene affiancato dalla Judicial Appointment Commission, composta di 15 membri (tra giudici, laici, membri di barristers e solicitors, e non togati), avente il compito di emettere allo Chancellor recommendations per la nomina. Queste recommendations possono essere accettate, rifiutate o revisionate dallo Chancellor. I nominativi da lui scelti verranno, infine, presentati al Sovrano per la nomina regia. Differente è, invece, la nomina dei giudici membri della Supreme Court. Essi vengono scelti, infatti, da una commissione speciale di 5 membri (Presidente della Court, suo Vice, un membro della Judicial Appointment Commission di InghilterraGalles, di quella di Scozia e di Irlanda del Nord) con l'obbligo, comunque, di consultare il Lord Chancellor, come altre autorità di InghilterraGalles, Scozia e Irlanda. Il numero di giudici è, in Inghilterra, alquanto misero, a causa della percentuale bassissima di cause intentate che raggiungono effettivamente il trial. Inoltre la professione del giudice è oggi sottoposta a pressioni quali l'apertura delle professioni forensi, le nuove procedure di nomina, i compiti della magistratura. Si noti, inoltre, che anche il mutare della società crea pressioni: fino al 2005 i giudici delle Corti superiori erano "white, male and oxbridge (da Oxford o Cambridge)"; oggi la situazione, lentamente, varia, anche grazie all'entrata nell'UE, che ha portato una maggiore apertura mentale persino nei confronti dell'importanza di una preparazione accademica nella formazione giuridica.

9. La graduale convergenza Nella società moderna convenzioni internazionali, procedure e normative uniformi provvedono alla creazione, in Europa, di un'international spirit, per quanto in realtà – soprattutto in Inghilterra – per fare ciò è la mentalità del giurista a dover cambiare radicalmente. L'ingresso nell'UE, l'europeizzazione dell'Inghilterra ha portato sia alla diminuzione della sovranità del Parlamento inglese e all'indipendenza della magistratura (per la prima volta in 900 anni), sia all'entrata nella tradizione del common law di principi di civil law, estranei. Il nuovo assetto istituzionale e costituzionale ha, certamente, beneficiato in generale, ma ha anche portato all'inasprirsi di sentimenti di tipo opposto, più conservatori e meno inclini alla perdita di sovranità e all'europeizzazione. Infatti le recenti elezioni del premier Cameron –



conservatore e antieuropeista – indicano la possibilità di una futura inversione di marcia.

#### IV. L'evoluzione istituzionale del diritto statunitense

1. Marbury V. Madison e il potere di judicial review Marbury v. Madison rappresenta il primo caso della storia americana in cui una legge ordinaria si scontrò con una legge di tipo costituzionale. La faccenda, avvenuta a inizio 1800, riguardava un giudice, Marbury, nominato giudice di pace poco prima della mezzanotte dell'ultimo giorno di mandato presidenziale di John Adams: questa operazione era frequentemente effettuata per mantenere i centri del potere ben saldi, anche dopo la nomina del successore e, nel caso di Marbury, degli altri giudici. Madison era funzionario dell'amministrazione Jefferson, che succedette la Adams; egli, invelenito da questa faccenda, non completò la procedura di notifica che, invece, era dovuta a Marbury, con la scusa che nella fretta non era riuscito a portarla a termine. Marbury aveva chiaramente diritto alla notifica e emanò un " writ of mandamus " a Madison, nel quale era presente la richiesta di notifica. La faccenda venne affidata nelle mani dell'allora Chief Justice Marshall – federalista come Marbury – il quale si trovò a valutare sia una norma costituzionale, il judicial article, sia una legge ordinaria che permetteva alla Corte Suprema l'emanazione di writ of mandamus. Le norme erano contrastanti quanto su piani nettamente diversi e Marshall, nella sua opinion, fece prevalere la norma costituzionale, adducendo alla spiegazione il fatto che se una legge ordinaria in contrasto con la costituzione è nulla, allora questa non può più vincolare una Corte. Marshall fu quindi il fondatore del " judicial review ", controllo di costituzionalità delle leggi, da non confondersi con l'omonimo inglese. Il caso Marbury quindi portò a dichiarare incostituzionali gli statutes federali incompatibili con la Costituzione federale. Per quanto riguarda l'eventuale incostituzionalità delle legge statali, Marshall fece anche questo in seguito, assieme all'elevare la Supreme Federal Court sopra ogni Supreme Court statale, dandole la facoltà di avere l'ultima parola. Oltre a queste importantissime aggiunte al diritto americano, egli inventò anche la " opinion of the court ", per la quale la Corte Suprema diveniva l'immagine di un organo che parla all'unisono, garantendo al Chief Justice un ruolo fondamentale, in quanto portavoce della volontà di tutti i giudici. L'opinion of the Court dona alla Supreme Court il carisma di un organo con l'holding, sicuro e privo di dissensi – per



quanto in realtà ce ne siano. Infatti se ai tempi di Marshall il “ dissenting ” e le “ concurring opinions ” venivano reputate quasi oltraggiose, al giorno d’oggi non mancano mai.

2. La Costituzione federale ed il Bill of Rights La teoria della separazione dei poteri giunse anche in America tramite l’opera di Montesquieu, e sta alla base della Costituzione del 1787. I primi articoli si presentano suddivisi formalmente in base ai vari poteri: il primo articolo – in 10 sezioni – è dedicato al potere legislativo, il secondo – di 4 sezioni – al potere esecutivo, il terzo – di 3 sezioni – al potere giudiziario. Dal punto di vista sociale, poi, il primo articolo – oltre a descrizioni di funzionamento tecnico legislativo – tratta le disposizioni sui diritto dei singoli (per sopprimere l’idea di un parlamento tiranno) , così come il terzo tratta l’inamovibilità dei giudici ed il “ trial by jury ”. Si aggiunge alla divisione in articoli, recentemente, anche quella in clauses, ad esempio nel primo articolo la “ necessary and proper clause ” conferisce al Congresso il potere legislativo necessario per portare avanti le specifiche attribuzioni, come nel sesto articolo la “ supremacy clause ” tratta la prescrizione costituzionale di una piramide giudiziaria. Questo modello costituzionale deriva dai primi 10 emendamenti della Costituzione Federale dei neonati Stati Uniti: il Bill of Rights, visto come un affronto (essendo scritto) alla tradizione orale del common law della madre patria; è infatti il trionfo del giusnaturalismo continentale, rigido e scritto, seppure presenti molte caratteristiche di common law, quali la giuria, l’assistenza da parte di un avvocato, il due process etc. Il Bills of Rights presenta due presupposti contrastanti: la legittimità del potere derivante da “ the People ”, ma anche la garanzia da parte del potere giudiziario dell’intangibilità delle norme contenute in esso. È il Bill of Rights, infatti, a scardinare lentamente la teoria della separazione dei poteri, dando alla giurisprudenza un ruolo assurdamente ampio. Alcuni emendamenti: 1° contiene la establishment clause, che determina il carattere laico degli USA. Garantisce inoltre la libertà di parola e di stampa.

4° inviolabilità personale, dell’abitazione e della corrispondenza.

5° garantisce il meccanismo della Gran Jury (valutazione del rinvio a giudizio) e vieta la “ double jeopardy ”. Contiene inoltre le clausole “ due process clause ” e “ just compensation clause ”. Il c.d. “ due process of law ” è il principio per cui il governo è in mano alle leggi e non agli



uomini. La definizione viene bipartita il “ procedural due process ” – indica la garanzia formale di un processo fair e dell’impossibilità di ledere il diritto alla vita, alla libertà, alla proprietà, senza giusta causa - e “ substantive due process ”. Quest’ultima consiste nell’effettiva attuazione del due process, che avviene tramite principi della civil law quali la lesività dell’illecito, la colpevolezza etc., e nella pratica consentì alla Corte Suprema di prendere le famigerate decisioni atte ad impedire l’attuazione della legislazione sociale del New Deal, irrigidimenti poi fermati da Roosevelt con la minaccia di smantellare la Corte. In definitiva la “ due process clause ” viene invocata in molti altri frangenti, quali la libertà di parola, l’eguaglianza, la retroattività dei precetti giuridici etc.; porta anche alla “ just compensation clause ” in materia di indennizzo per espropriazione.

7° “ trial by jury ”. Oggi si ha diritto alla giuria solo per processi civili di risarcimento del danno, mentre un tempo era vista come un cane da guardia contro il potere governativo; separava, inoltre, ancora di più USA dalla madre patria, ove la giuria non fu più utilizzata. 6° e 7° dettano principi validi solo per il diritto federale, per cui ogni Stato è libero, entro i limiti consentiti; per cui in alcuni stati la giuria è composta non da 12 persone, ma da meno, e via dicendo.

8° divieto di eccessive cauzioni e multe, oltre a pene crudeli e insolite – da notare che non si cita la pena di morte, consentita.

9° contiene il principio per cui l’enumerazione dei principi nella Carta Costituzionale non va interpretata nel senso di escluderne alcuni o negarne altri.

10° affida agli Stati i poteri non espressamente espressi nella Costituzione.

### 3. Il sistema federale

Come noto, gli Stati Uniti si differenziano dalla madre patria inglese anche per il sistema federale, nel quale federazione e Stati membri mantengono diverse sfere di competenza. La sfera federale, tuttavia, è andata ampliandosi nel corso del tempo. Come detto in precedenza, il decimo emendamento della Costituzione stabilisce che i poteri non delegati alla federazione sono riservati agli Stati o al popolo. Nel sistema federale il diritto privato è in gran parte di competenza statale e



quindi differenziato tra stati; per questo motivo, la “ diversity jurisdiction ” clause (art. III) conferisce alle Corti federali il potere di dirimere controversie tra cittadini di diversi stati. Nonostante questo apparente bilanciamento dei poteri, sono occorsi anni perché lo si potesse definire effettivamente “bilanciato”. Ad esempio, per quanto riguarda la Corte Suprema Federale, dalla morte di Marshall si temette che potesse essere soppressa, a partire dall’episodio del federalista successore di Marshall: Roger Taney, il quale macchiò il nome della Corte Suprema con una opinion considerata “la più disastrosa” mai creata. Il caso in questione era il “ Dred Scott ”, ovvero il caso di uno schiavo che si era guadagnato la libertà soggiornando in un territorio libero. Per comprendere il caso occorre ricordare che il “ Fugitive Slaves Act ” – che permetteva al padrone di venirsi riportato lo schiavo, se fuggito dallo Stato di provenienza – era stato poco prima disapplicato, ma non delegittimato. Inoltre, si rammentino le differenze di pensiero tra Stati del Nord e del Sud, i primi più liberali e meno inclini alla schiavitù rispetto ai secondi, ed il “ Missouri Compromise ”, che aveva vietato la schiavitù nei territori ad ovest, non facenti allora parte dell’Unione. Taney redisse la sua opinion sul caso affermando che Scott non poteva agire in una Corte Federale poiché nero e quindi non possedente la cittadinanza americana; inoltre stabilì che il Missouri Compromise era incostituzionale perché eccedente i poteri del Congresso e, per questi motivi, Scott rimaneva uno schiavo. La Corte Suprema Federale non si riprese per moltissimi anni, almeno fino al caso “ Ex Parte Milligan ”, nel quale abolì i tribunali militari speciali voluti da Lincoln, oggi reintrodotti con la guerra al terrorismo. Nonostante tutto fu il Congresso a giocare il ruolo determinante nello sviluppo giuridico USA, emanando emendamenti costituzionali post-bellici e il “ Civil Right Act ” (1873). Gli altri emendamenti quindi: 13° e 15° bandita la schiavitù e concesso il diritto di voto alla minoranza afro-americana (per quanto in realtà ci vollero anni prima che la “ Plessy v. Ferguson ” – che consentiva la segregazione razziale – fosse capovolta). 14° nessuno Stato potrà promulgare leggi che violino i diritti personali, le immunità o i privilegi statali. Non si potrà inoltre privare della proprietà o della vita senza due process of law, né sarà negata la protezione da parte del diritto.

#### 4. Il carattere interstiziale del diritto federale ed il problema del common law federale



Esiste, chiaramente, un parallelismo giudiziario fra Corti Statali e Corti Federali. Per adire al sistema federale è necessario che le corti prendano giurisdizione o per via di “ federal question ”, o per via di “ diversity ”. La Corte Suprema Federale (CSF) funge da ultima istanza sia per le questioni federali che per quelle statali; ad essa si può ricorrere anche dalle Corti Supreme statali. Il problema riguarda il diritto ad applicarsi: è scontato che la “ supremacy clause ” obblighi i giudici statali ad applicare nelle materie ad esso attribuite il diritto federale nella Costituzione; meno agevole è la decisione di quale diritto applicare nelle Corti Federali qualora investite in una questione di diritto statale – statutes dei singoli stati; in generale si decide applicando il common law.

5. Da *Swift v. Tyson* a *Erie Railroad v. Tompkins* Caso limite: *Brown and Yellow Cab company v. Black and White Cab Company*. Nei primi anni '20 in una cittadina del Kentucky una stazione ferroviaria aveva stipulato un accordo con una società di taxi, la brown and yellow, perché essa fosse l'unica autorizzata ad attendere i clienti fuori dalla stazione. Si creava così un monopolio illegittimo restrittivo della concorrenza, per cui un'altra società di taxi, la Black and Yellow, che si era vista opporre questo accordo, si rivolge alla giurisprudenza dello Stato; questo diede chiaramente ragione alla seconda società di taxi. In seguito l'avvocato della prima creò uno stratagemma per cui il suo cliente avrebbe costituito una nuova società in uno stato limitrofo (Tennessee) , avente tutte le azioni trasferite dalla società madre. In questo modo la prima società si affidò alla “ diversity of citizenship ”, vedendosi dar ragione da tutte le corti, di grado in grado, fino alla CSF. La successiva dissenting opinion di Holmes risultava, comunque, lecita: lo stesso comportamento non poteva essere valutato lecito in uno stato ed illecito in un altro! La sua opinione venne criticata lungamente dalla dottrina, la quale affermava che la ratio della “ diversity of citizenship ” era di garantire il cittadino straniero contro abusi. La faccenda della “ diversity of citizenship ” era nata dal caso “ *Swift v. Tyson* ”, che aveva portato alla decisione – in materia commerciale – di non vincolare le Corti Federali ai precedenti decisi nello Stato in cui è sorta la controversia: potevano quindi elaborare le proprie regole in quella materia. L'ambito di applicazione, tuttavia, andò ampliandosi nel corso del tempo, fino a giungere ad un caso di tort; quindi divenne regola indiscussa in materia di contracts, ma venne escluso dal raggio di applicazione l'ambito degli statutes. Il caso “ *Erie v. Tompkins* ”





capovolve, finalmente, la situazione. Trattava un caso di torts in un incidente ferroviario in cui era stato coinvolto un civile. Erie decise che la Corte Federale a New York – nella quale agì Tompkins – era obbligata a seguire il diritto dello Stato della Pennsylvania, in cui era avvenuto l'incidente, senza poter creare una giurisprudenza in materia. Certo, nel caso Swift v. Tyson l'obiettivo primario era quello di evitare il meccanismo del “ forum shopping ” – la ricerca, da parte dell'insoddisfatto, della Corte che emettesse una decisione favorevole. Al contempo in Erie v. Tompkins il forum shopping non veniva sollecitato, bensì veniva considerato inevitabile: tutt'oggi, in un sistema federale, è una realtà quotidiana.

6. Il common law federale oggi Il problema del common law federale consiste nella contrapposizione tra common law e statutes. Un common law federale esiste e coinvolge un corpus di diritto federale, un corpus di judge made law. L'inesistenza del common law federale può spiegarsi con il semplice fatto che non esiste neppure un diritto federale in sé, poiché è interstiziale rispetto al diritto statale. In questo senso Erie ha portato all'emergere di un diritto giudiziario nelle aree di interesse nazionale che è uniforme perché ai sensi della “ supremacy clause ” è vincolante: le corti federali devono seguire le decisioni statali in quelle ipotesi in cui i casi sono conoscibili sulla base del diritto statale, mentre le corti statali devono seguire la giurisprudenza federale quando il Congresso abbia così disposto, o quando risulti su base costituzionale. Naturalmente un conto è il conferimento di giurisdizione alle corti federali, un altro conto è il diritto che devono applicare. Lo sviluppo del common law federale è stato esplosivo nelle diverse aree di diritto: ad esempio, per il diritto privato, una recente decisione di Scalia ha voluto estendere la materia nel common law, per quanto riguarda i torts commessi dal governo federale verso terzi.

7. L'organizzazione della giustizia Negli Stati Uniti il dualismo fra Corti Federali e Corti Statali porta anche alla divisione dei compiti, per quanto entrambe dispongono sia di trial courts che di appellate. Sono comunque le corti statali a svolgere il più del lavoro, poiché il limite per la competenza in diversity jurisdiction è di ben 50000 dollari. L'organizzazione delle Corti statali varia da Stato a Stato: in alcuni i giudici sono nominati tra tecnici del governatore, in altri casi eletti; in alcuni casi sono inamovibili, in altri no; in alcuni casi è presente la giuria, in altri no. Anche il nome della corte muta, così come il prestigio



sociale della professione di giudice. In definitiva, dato il principio dopo Erie dell'interscambiabilità funzionale piena delle funzioni tra Corti Statali e Corti Federali e le deludenti prestazioni di certe corti statali, si è convinti che sia la giustizia federale il modello da eguagliare. Questo risultato è stato raggiunto, ad esempio, in materia di procedura processuale ("Federal Rules"). Lo schema si basa su un primo grado di trial courts (sia per fatto, sia per diritto), su un secondo grado di appellate courts (solo per diritto) e su un ultimo grado, esercitato dalla Corte Suprema, obbligatorio o meno a seconda dello stato. Due caratteristiche fondamentali si possono ritrovare nel fatto che (1) accanto alle trial courts operano municipal courts e justices of peace – questi personaggi non hanno di regola cultura giuridica, ma può essere richiesta assistenza di un tecnico del diritto in casi di restrizione della libertà personale, ad esempio – e (2) circa la metà degli States manca di un'effettiva corte d'appello. Il territorio degli States viene diviso in 95 "District Courts" federali, ognuna con un numero variabile di giudici (da organo monocratico alla composizione "three judge district court"); da queste si appella presso le "United States Courts of Appeal", la cui presidenza viene affidata al "Chief Judge" – sono solitamente composte da tre giudici. Esse sono 13 oggi e la loro attività spazia dalla giurisdizione d'appello delle District Courts, all'emissione di prerogative writs, al controllo su enti o commissioni amministrative. Esistono inoltre molte Corti specializzate, di tipo Art.I o Art.III, a seconda dell'immobilità o meno dei giudici (no nella prima, sì nella seconda). Contro le loro decisioni ci si appella alla "Court of Appeals for The Federal Circuit", una constitutional court.

8. La Corte Suprema federale: giurisdizione La Corte Suprema Federale consiste in un super potere, tanto che il Chief Justice spesso acquista maggiore importanza del Presidente degli Stati Uniti. La CSF è divisa in una giurisdizione originaria per le materie di conflitto tra i diversi Stati, nonché una giurisdizione d'appello, da esercitare nei confronti delle corti federali inferiori e delle corti statali nelle ipotesi di "federal question". Nei confronti delle Corti federali inferiori la Corte Suprema ha sempre l'ultima parola, non sempre nei confronti delle altre. Essa è da sempre molto attenta ad evitare di prendere decisioni influenti sull'esito della concreta controversia, in maniera da lasciare alle courts inferiori la giurisdizione in materie in cui essa sia sufficiente. In via ordinaria la Corte può essere interpellata anche attraverso due writs: l'appel, sostituto del writ of error, e il "writ of certiorari", per la



valutazione e la riconsiderazione dell'operato di un'autorità inferiore; recentemente il secondo è divenuto l'unico sistema di accesso alla CSF.

9. Attivismo, self restraint e ruolo politico della Corte Oltre ai casi sopra citati in cui l'operare della CSF non è stato il massimo, durante la WW2 vi si aggiunge “ Korematzu ”, con il quale la CSF ha dichiarato costituzionalmente legittima la deportazione degli americani di discendenza nipponica nei campi di lavoro. Istruttivi sono, comunque, altri due episodi estremi. Il primo avvenne a inizio secolo, con la CSF che, sulla difensiva, dichiarò illegittima gran parte delle leggi attraverso cui si iniziava l'edificazione dello Stato sociale, quali le limitazioni dell'orario lavorativo dei bimbi, i primi statutes sul risarcimento per danni sul lavoro e molto altro. L'altro episodio, di stampo opposto, risale a metà '900 e si ambienta nello stato di Arkansas. È il caso “ Brown v. Board of Education ”, nel quale Warren – massima poltrona della CSF – dava forza all'argomento secondo il quale il regime di segregazione razziale nelle scuole pubbliche era contrario ai principi di uguaglianza (il caso trattava alcuni ragazzini di colore ai quali era stato impedita la frequentazione di una scuola. La CSF, unanimemente, decise Brown; tuttavia i ragazzini, ora regolarmente iscritti, trovarono la polizia statale a bloccare loro l'accesso alla scuola, problema che venne risolto dal Presidente, il quale ordinò alla milizia federale di scortare i bambini alla scuola. Nel mezzo di queste decisioni agli estremi troviamo casi intermedi, parecchie dissenting opinions, molti overrulings. Per capire meglio la CSF, in ogni caso, occorre pensare che la sua negazione di determinati certiorari non è un rifiuto semplice di occuparsi di un caso poco interessante, bensì il rifiuto del caso perché troppo importante. La CSF rifiuta di visionare un caso sottopostole in segno di approvazione delle decisioni delle Corti sottostanti, non di superiorità. In realtà oggi giorno la Corte passa sì al vaglio le richieste, ma sceglie in particolare quelle che possano dare spunto per la statuizione di una dottrina ufficiale.

10. La professione forense Esiste una certa uniformità per la professione forense, contrariamente al resto. In pratica l'ABA (American Bar Association) è privata; possiede poteri quasi dittatoriali sul ceto giuridico professionale, incluse le Facoltà di Giurisprudenza. La sua costituzione risale al 1878 ed il suo sviluppo viene portato avanti con quello dell'Association of American Law Schools (AALS). ABA e AALS determinano i curricula accademici, per cui possono tralasciare



queste e altre materie: per il civil lawyer il basarsi più sulla pratica che sulla preparazione accademica risulta peculiare. L'avvocato americano ha il titolo di “ Attorney at Law ”, dopo aver superato un “ bar examination ”. Questo esame si basa sui principles spiegati nelle migliori “ law schools ”, per cui se lo studente ha frequentato scuole minori, il test gli risulterà più difficile rispetto a studenti di Harvard, Columbia, Stanford, Yale etc. La selezione avviene in particolare prima dell'inizio della law school, tramite il “ Law School Admission Test ”. Da questo punto in poi – con l'ammissione - la strada è spianata. Si noti che in America gli studi legali – “ law firms ” – di una cinquantina di avvocati (enormi in Italia) sarebbero considerati molto piccoli, considerando che ne esistono di composti da duemila attorneys e più. Si ha quindi un'organizzazione di tipo fordista, il che trasforma le costosissime law firms in macchine da guerra. Altro fenomeno particolare è la pubblicità, la possibilità di attirare i clienti, desiderosi di essere informati. Vengono spesso incentivate le liti per personal injury, le quali fanno parecchia presa sulla giuria. L'avvocato americano chiaramente non incentiva le liti che non portino ad una condanna patrimoniale. Per questo motivo esistono sia le “ Public Interest Law Firms ”, specializzate in questioni di interesse pubblico, sia la prestazione c.d. “ pro bono ” svolta gratuitamente da alcuni avvocati.

11. Alternative Dispute Resolution La conseguenza dei meccanismi incentivanti le liti è la c.d. “ litigation explosion ”, controbilanciata negli ultimi anni dal movimento dell’“ Alternative Dispute Resolution Movement ” (ADR). Il favore del sistema giuridico statunitense nei confronti della risoluzione delle controversie alternativa alla corte inizia con le giornate Roscoe Pound, conseguenti all'insoddisfazione popolare nei confronti della giustizia; il Prof. Sanders fece notare che la soluzione era quella di offrire varie opzioni alternative a quella giudiziale. Dal '76 l'ABA creò una “ multidoor court house ”, nella quale un cancelliere sceglieva da quale parte i litiganti dovessero essere condotti, a seconda del tipo di lite in corso. Istituì inoltre un comitato per conflitti minori. Dopo il coinvolgimento dell'ADR, a livello federale il Congresso autorizzò ('88) le parti a fare ricorso preliminarmente all'arbitrato nelle controversie non superiori a 100mila dollari. La conciliazione fece la sua comparsa con la Rule 16 della Federal Rules of Civil Procedure, modificata nel senso di promuovere la transazione, e poi con l'interpretazione della Rule 68, per cui l'attore che non accettasse la conciliazione e poi ottenesse una pronuncia giudiziale non più



favorevole, avrebbe dovuto rimborsare al convenuto le spese, comprese quelle legali. La forte spinta istituzionale portò all’emanazione negli anni ’90 del “ Civil Justice Reform Act ”, con il quale il Congresso chiedeva a tutte le corti di sviluppare un piano per la riduzione delle spese e dei tempi della giustizia civile. La creazione di programmi alternativi si manifesta con le “ local court rules ” (regole di autogoverno) , che ciascuna corte promulga per organizzare la propria attività. Queste regole obbligano le parti a tentativi di composizione, di mediazione, d’arbitrato, o di partecipazione ad una conferenza valutativa in cui sarebbe stato offerto il parere di un giudice. Vi fu un caso di inversione di tendenza negli anni ‘80, durante i quali le corti temettero per il proprio introito economico – dato che si mantenevano con i proventi ricavati dalle liti giudicate – qualora la soluzione delle liti continuasse a prevalere in ambito esterno alla corte, tramite contratti stipulati tra le parti. Nel ’25 il Congresso emana il “ Federal Arbitration Act ” (FAA) allo scopo di porre gli accordi arbitrali commerciali sullo stesso piano degli altri contratti, incoraggiando l’uso degli arbitrati in alternativa alle corti. Quattro casi della Corte Suprema dai primi anni ’50 chiarirono che la promessa del datore di far riconoscere l’arbitrato – in un contratto collettivo di lavoro – era vincolante; inoltre era negato il rifiuto di adempiere alla clausola. L’atteggiamento di incoraggiamento e sostegno degli accordi arbitrali risulta palese negli anni ’80, quando la CSF capovolge una decisione di trent’anni prima che vietava l’arbitrato nelle controversie regolate da leggi federali, imponendo l’arbitrato anche per queste ultime. Inoltre, la Corte ha dichiarato incostituzionali alcuni statutes che vietavano l’arbitrato in aree coperte dal FAA. Lo stesso atteggiamento favorevole viene manifestato anche nei confronti nella mediazione contrattuale. Gli accordi raggiunti a seguito di una mediazione vengono equiparati ad un contratto e quindi eseguiti con quei determinati principi. Sfortunatamente le cause di invalidità della mediazione (dolo, ecc) non sono facilmente provabili. Al fine di tutelare i partecipanti alla mediazione, le leggi stabiliscono che l’accordo non le vincola qualora non siano state avvisate delle clausole per cui: il mediatore non ha il dovere di proteggere i loro interessi; l’accettazione può comportare la rinuncia ai propri diritti; esiste la possibilità di consultare un avvocato. La violazione delle regole etiche suddette non è, purtroppo, sanzionabile; in proposito la vicenda “ Lange v. Marshall ” ci riporta il caso di una moglie che aveva accondisceso ad una transazione mediata della lite di divorzio, firmando un accordo sfavorevole di cui non era a



conoscenza; alla donna la corte aveva poi risposto che sarebbe stato difficile mettere in relazione mediatore e danni subiti. La mediazione, oggi, rischia di diventare il foro dei poveri che, senza conoscere i propri diritti, accettano di non ricorrere alle corti.

12. Il giudice negli Stati Uniti Significativo in quest'ambito il fatto che fra i giudici nominati alla suprema poltrona giudiziaria sono presenti anche accademici, pratici di successo e giuristi politici. Una prima distinzione, comunque, è tra giudici federali e giudici statali: - Giudici Federali il loro prestigio è elevato, cresce secondo una specifica scala gerarchica. Il 3° art. della Costituzione federale garantisce loro la “tenure of office” e la stabilità del compenso. Sono anche noti come “federal constitutional judges”, contrapposti ai “legislative judges” (chiamati ad operare in Corti speciali per periodi limitati). La loro nomina spetta all'esecutivo e al Senato, per cui il Presidente degli USA li nomina, ma ciò deve essere confermato dal Senato, a maggioranza semplice. La “confirmation” senatoriale viene regolata da regole non scritte, quindi la prassi può spingersi fino al punto in cui ai senatori statali più potenti viene spesso assegnata la facoltà di presentare vere e proprie candidature. Questo processo di nomina viene mitigato dall'ABA e dal “Committee on Federal Judiciary”. - Giudici Statali per la loro nomina si segue il modello federale, laddove i poteri presidenziali spettano al Governatore e la confirmation spetta allo State Senate. I modelli di elezione, tuttavia, sono differenti: si va dall'elezione popolare alla selezione affidata alle assemblee legislative e via dicendo; varia anche la durata dell'incarico.

13. Il nuovo millennio. Il declino della legalità made in the U.S.A. Gli Stati Uniti ricevono dalla madre patria il common law, diritto che tuttavia, una volta recepito, risulta totalmente diverso da quello inglese. Gli USA, inoltre, ricevono dai “philosophes” francesi gran parte della retorica sui diritti individuali e sulla proprietà privata. Questa ricezione viene legata al nome di Madison e incorporata nella Costituzione. Gli USA si discostano dal modello di common law in Inghilterra soprattutto nella giurisprudenza e nella dottrina (si noti il legame al mondo universitario). In quest'ambito l'educazione del giurista è trasferita nelle mani di scienziati, il diritto viene visto come scienza, natura, e poi come tecnologia. L'insegnamento e la ricerca sono attività che devono saper vendere e dimostrare la qualità delle varie law schools. Il principio della “rule of law”, della giustizia come entità indipendente, astratta,



professionale, della democrazia sono caratteristiche che, proprie degli Stati Uniti, dovrebbero renderli una majestic nation. Eppure, i limiti alla legalità non fanno che essere valicati, giorno dopo giorno. Alcuni casi:

- Bush v. Gore in esso la Corte Suprema intervenne nella battaglia sul conteggio dei voti in Florida, decidendo che la presidenza spettava a Bush, per quanto la posta in gioco era di ben 25 voti elettorali spettanti alla Florida e decisivi per la scelta del Presidente. Nel 2000 una disputa su 537 voti a favore di Bush ha determinato un intervento della CSF che, impedendo il conteggio manuale, ha travolto le aspettative di decisione del sistema giudiziario statale. Questa decisione fu un vero colpo di stato.
- Caso Copyright di Hollywood la CSF zittì coloro che sostenevano l'indipendenza del giudiziario di fronte al potere economico delle grandi multinazionale, inchinandosi alle richieste delle lobbies di Hollywood. La CSF era stata chiamata ad esprimersi, infatti, sul punto cruciale della durata del Copyright, facendo un regalo di svariati miliardi alle multinazionali. La durata del copyright era inizialmente di 14 anni, quindi una potente industria di Hollywood riuscì a farlo estendere al Congresso, con la risultante dell'aggiunta di 20 anni dalla scadenza precedente (1998). Il copyright oggi dura ben 70 anni dopo la morte del creatore e 95 se appartenente a un'impresa. Si sviluppò, inoltre, il movimento “ copyleft ”, che venne tuttavia sconfitto: 7 giudici su 9 considerarono l'estensione del copyright perfettamente costituzionale.
- Casi Hamdi, Padilla e Guantanamo Hamdi, cittadino americano catturato in Afghanistan, venne trattenuto illegalmente perché considerato “nemico combattente”, così come Padilla, la cui unica colpa era quella di non aver tentato da solo l'azione contro la base Rumsfeld, ma di averci dialogato. A Guantanamo era illegale il fatto di detenere prigionieri trovati in una zona bellica. Questa serie di casi può essere “giustificata” dall'attacco dell'11 settembre 2001, per cui la legislazione di guerra è andata all'esecutivo, che ha ricevuto poteri straordinari incentrati sull'uso della forza, sulla privazione ai cittadini (e non) “sospetti” del diritto alla difesa legale, alla giuria, alla privacy – si pensi che l'FBI può richiedere a qualsiasi negoziante informazioni sui clienti! Lo stato diviene mero produttore di regole di gioco, più che di benessere pubblico, così che le Corti – più che le amministrazioni – giocano il vero ruolo politico. Non mancano, infatti, decisioni coraggiose – ad esempio quelle prese nel 2004, in seguito allo scempio della rule of law sul piano internazionale e sul piano interno dell'amministrazione Bush, causato dal crollo delle Torri Gemelle.



## V. La giurisprudenza

1. Stare decisis: carattere profondo del modello anglo-americano? Lo Stare decisis è sinonimo del valore vincolante del precedente giudiziario: i sistemi di common law condividono questa caratteristica. Sul continente la codificazione ha consentito ad un'organizzazione sociale differente, sub lege e non sub homine. La profonda diversità fra la pratica costante di seguire i precedenti e la regola dello stare decisis sta nel fatto che la prima è la regola secondo cui casi simili dovrebbero essere decisi in maniera simile, ed è un principio di giustizia riconosciuto in tutta la tradizione occidentale. Stare decisis è, invece, un obbligo per il giudice successivo a non discostarsi da certi precedenti: questo secondo aspetto è di common law. Legata al ruolo del giudice, la regola dello stare decisis implica anche la possibilità di ripetere determinati errori. Essa può avere portata orizzontale o verticale: nel primo caso l'obbligo è imposto ad una Corte, che seguirà i propri precedenti; nel secondo caso l'obbligo grava su una Corte inferiore, la quale seguirà i precedenti decisi presso una Corte gerarchicamente superiore. Per i giudici inferiori questa situazione rappresenta un reminder del rapporto gerarchico, mentre per quelli superiori è un modo di perpetuare la propria influenza, gravati soltanto dalle proprie decisioni. Lo stare decisis in senso orizzontale ha avuto vita breve, anche se tutt'oggi le Corti intermedie si sentono vincolate dai propri precedenti: si pensi alla Court of Appeal inglese. I giudici non sono nominati per cambiare diritto: il loro compito è di jus dicere, non jus dare; il giudice non è una fonte primaria del diritto. Egli, infatti, non fa altro che scoprire un'antica consuetudine spontanea ed il diritto contenuto in essa; una volta scoperta, diviene fissa. Il precedente giudiziario diventa vincolante perché ogni caso che se ne discosti successivamente è errato; la decisione precedente invece, non essendo diritto, potrebbe essere sbagliata. Da ciò discende il valore retroattivo di ogni cambiamento di giurisprudenza - overruling, ovvero che tutti i casi precedentemente decisi sulla base della regola mutata sono stati in realtà decisi ab iniuria, contro il diritto. La storia del valore del precedente ha un'evoluzione lineare: si passò dalla prassi all'obbligo giuridico. Tale obbligo non è previsto da atto legislativo, eppure lo stare decisis continua ad essere scandito come giurisprudenza di common law. Per un secolo circa i Lords inglesi si ritennero vincolati dai propri precedenti, obbligati, e se ne liberarono solo nel '66: un'adesione troppo





rigida al precedente conduce all'inibizione dello sviluppo del diritto, così come all'ingiustizia.

2. Lo stile delle sentenze nel common law Ciò che vincola è il punto di diritto esposto nel testo della sentenza, non la ricostruzione in fatto. Eppure in un sistema privo di raccolte giurisprudenziali, il patrimonio giuridico del case law è destinato a perdersi: la giurisprudenza non è qui concepibile come fonte del diritto, e nemmeno lo è la regola dello stare decisis. Le raccolte di giurisprudenza hanno quindi importanza centrale. La sentenza di common law è l'opinion. Questa è una discussione in punto di diritto, dettagliata, in cui il giudice non ricerca solo cause, effetti e conseguenze, ma anche il diritto derivante da quel caso, o correlabile con statutes e precedenti. In Inghilterra ciascun giudice redige la sua opinion, mentre in America si cerca l'opinion of the Court, che riunisce tutti i pareri (cedimento al positivismo, chiaramente). Rimane comunque, anche in America, la possibilità di stendere una dissenting opinion, possibilità che può avere ripercussioni sul precedente. Il precedente giudiziario può essere quindi contenuto sia nelle opinions stesse, sia nelle loro interpretazioni successive.

3. La teoria classica del precedente La dottrina dello stare decisis viene messa in funzione tramite ratio decidendi e obiter dictum, ma anche tramite decision e opinion. Nell'uso quotidiano le Corti parleranno di holding, più che di ratio decidendi. La ratio decidendi è la regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente. Non è la decisione del caso che lo rende precedente, ma la ragione giuridica della decisione, il principio. La teoria classica del precedente può essere spiegata tramite due punti fondamentali: - L'estrazione della ratio spetta alla corte chiamata a seguire il caso. Questo procedimento si suddivide a sua volta un primo momento, induttivo, in cui si scartano gli obiter dicta e si coglie il principio giuridico, ed in un secondo momento, in cui si applica il principio di diritto, o la ratio decidendi. - La Corte sarà legata ad applicare il principio di diritto scoperto nella prima fase. Quanto non entra nelle rationes decidendi ricade nella sfera degli obiter dicta o gratis dicta. I dicta non sono authorities, ma hanno al più un valore persuasivo nella corte che li esprime. La contrapposizione tra decision e opinion l'opinion è quell'insieme di parole che i giudici utilizzano per motivare la propria decisione, mentre la decision può essere estratta anche in mancanza dell'opinion scritta. Infatti essa può anche essere incongruente con la decisione. Si noti che la decisione non



pubblicata mantiene un valore preferenziale identico a quella pubblicata, e la Corte non può rendere vincolante alcuna sua affermazione che non sia ratio decidendi del caso: l'estrazione della ratio spetta alla corte successiva. Estratta la ratio decidendi, occorre applicare la legal rule ad essa connessa, ai sensi della relativa dottrina; in quest'ultima viene stabilito che essa è applicabile soltanto all'interno della medesima giurisdizione, e che i giudici inferiori sono vincolati da legal rules nei precedenti delle Corti superiori. Il ragionamento giuridico tra sistemi di common law e civil law è differente: nei primi il metodo scelto è induttivo (dal particolare al generale), nei secondi è deduttivo. Affinché la decisione di un caso costituisca precedente per la decisione di un altro, i fatti non devono necessariamente essere identici, ma analoghi e privi di differenze che influiscano sul giudizio. Quindi se, ad esempio, il secondo caso contiene fatti essenziali e da considerarsi nella sua decisione e che, tuttavia, non sono presenti nel primo caso ma che, se lo fossero stati, avrebbero modificato il giudizio, il precedente non esiste. I fatti non devono, quindi, influenzare il giudizio, che deve rimanere obiettivo. Il potere di una corte di discostarsi da un precedente è l'overruling; si noti che se esiste stare decisis, non esiste overruling. Il potere di overruling viene riconosciuto nella teoria classica entro alcuni limiti; ad esempio, se il precedente è palesemente assurdo o sbagliato, sarà il giudice successivo di pari livello a disapplicare la norma. Tuttavia, se il giudice è inferiore, la possibilità di overrule gli viene negata e quindi può (1) interpretare il precedente fino a smembrarlo e adattarlo al caso in questione, (2) o applicare comunque il precedente, criticandolo e facendolo sottoporre all'overruling da un giudice superiore. La teoria classica ha previsto, comunque, situazioni e indicazioni circa il comportamento da seguire di fronte ad un precedente. Alcuni dei casi possibili: - Per le Rules of Property rimane necessaria l'applicazione rigorosissima dello stare decisis. Infatti con esse sorge una presunzione iuris et iure, e quindi l'interesse delle posizioni soggettive – che potrebbe essere leso - deve prevalere su ogni altro interesse. - Per le Rules of Contract & Procedure vanno anch'esse protette. La ratio risiede nel fatto che il cambiamento giurisprudenziale potrebbe annullare il valore del contratto. Questo atteggiamento guardingo nell'esercitare l'overruling rispecchia l'uso degli antichi "precedents", modelli formulari dei modi corretti di adire la corte in alcuni casi. In queste ipotesi le preoccupazioni sorgono per la c.d. retroattività della decisione di common law: sanzionare comportamenti posti in essere prima della decisione. - Per i Law of



Torts (e fraud, good faith, doveri verso trustees) la negligence difficilmente si presenterà allo stesso modo in più di un caso, perciò sono meno resistenti all'overruling. - Per la Public policy anche in questo caso l'overruling risulta facilitata, per il potere di mutamento della policy stessa.

4. La moderna dottrina del precedente Secondo la dottrina del precedente moderna, di fronte ad un incontromodifica di un precedente esso può essere: - Harmonized – il giudice successivo può far scomparire le differenze sufficienti ad esercitare il distinguishing (questo utilizzato talvolta anche in casi estranei alla giurisdizione – perfino stranieri) con il precedente. - Criticized – sottoposto a critica da parte di un giudice. - Limited – viene limitata ai fatti la decisione del giudice precedente - Questioned – valutato in saggezza, accuratezza, dal giudice successivo. I giudici dissenzienti hanno il potere della “dissenting opinion”, strumento di critica che, talvolta, va a indebolire la decisione collettiva. Infatti, nasce di per sé debole e può essere facilmente erosa, discussa e riportata sulla linea di pensiero comune: è semplice, dunque, comprendere come un caso questioned, harmonized, criticized o distinguished sarà destinato a incontrare la scure dell'overruling. Negli USA esistono tecniche supplementari, quali l'“anticipatory overruling” – che coinvolge lo stare decisis nella sua portata verticale – ed il “prospective overruling” – che opera a livello di suprema giurisdizione. Anticipatory overruling si sviluppa in deroga alla sacralità della regola stare decisis in senso verticale. Infatti, un caso deciso in corte inferiore in maniera contraria al precedente di una corte superiore, verrà preso in esame dalla giurisdizione superiore, che ristabilirà in via d'appello la legalità (la situazione descritta, in realtà, appare di rado, se si pensa che i giudici inferiori degli States non oserebbero mai ignorare un precedente della Corte Suprema: talvolta non ne ignorano neppure gli obiter dicta). Una corte inferiore può, tuttavia, rifiutarsi di seguire un precedente della corte suprema qualora risulti certo che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente. Prospective Overruling un tempo venne visto come il fenomeno dello stare decisis non basato su decisioni precedenti, ma possibili, future. Questa tecnica dava la possibilità ad un giudice di modificare un precedente per tutti i casi lì innanzi. Ammettere una tale possibilità, tuttavia, significava scontrarsi con due dogmi di common law: - Il giudice non crea nuovo diritto, ma applica quello esistente. - Solo la ratio decidendi - non l'obiter dictum - crea regole giuridiche vincolanti



nei casi successivi. Oggi, quindi, il prospective overruling è alquanto differente: viene meramente riconosciuto nella sua vera essenza, ovvero quella di holding di una regola giuridica, di conferma.

5. La pubblicazione della giurisprudenza La pubblicazione del diritto giurisprudenziale nel mondo anglosassone ha raggiunto un livello tecnico adeguato ai nostri tempi (l'intervento del computer). Fino a pochi anni fa il modello seguito era quello della pubblicazione selettiva delle decisioni, in America quello della pubblicazione estensiva (anche se oggi il sistema raccoglie migliaia di decisioni "unpublished"). - Modello Americano la complessità istituzionale del sistema federale, con oltre cinquanta giurisdizioni, è stato ridotto a "unità" dalla stessa casa editrice, la "West Publishing Company" – che ha raccolto volumi di reports; il sistema è denominato "National Reporter System", che divide il territorio in sette circoscrizioni geografiche. Accanto al NRS esiste anche il "Lawyer's Cooperative Publishing". I casi pubblicati sono quelli a livello di appellate courts. Il genere letterario per questi raggruppamenti è il "digest", il quale presenta la pubblicazione della decisione; ad essa vengono anteposte le "headnotes", massimizzazioni delle sentenze. L'"American Digest System" è il sistema attraverso il quale le sentenze contenute nei law reports vengono ordinate sistematicamente, raggruppando i casi riguardanti lo stesso punto giuridico; però in questo modo, anziché raggruppare le sentenze, vengono raggruppate le headnotes. Queste sono classificate seguendo i "key numbers", per cui, ad esempio, la divisione del diritto americano è in sette settori (persons, property, contracts torts, crimes, remedies, government), suddivisi in legal topics, a loro volta suddivisi in otto categorie, ognuna delle quali riceve un certo numero di key numbers (ogni punto di diritto riceve il proprio key number, quindi). Nessuna ricerca sul diritto americano può fare a meno di controllare lo state of authority di ogni precedente attraverso la sua "shepardizzazione" (Shepard: metodo con il quale si valuta che ogni caso successivo che ne menzioni uno precedente non ne mini la validità); si offrono dunque notizie sullo state of authority, tracciando la storia di ogni singolo caso. - Modello Inglese in Inghilterra il problema della quantità dei precedenti pubblicati è soffocante. La rapida diffusione delle banche dati on-line e dei siti internet aumentano il materiale giurisprudenziale a disposizione dei giuristi, creando così, anche in Inghilterra, un problema di gestione. Si dispone, per i casi più antichi, della collezione "English Reports: Full Reprint".



6. La regola stare decisis nel diritto comparato La vera “ ratio decidendi ” del caso è un’astrazione, così come nel common law classico il valore precedenziale degli Institutes di Coke non è mai stato inferiore a quello dei suoi Law Reports. Le vie aperte al giudice che voglia superare il precedente sono oggi agevoli, per quanto possa essere differente la mentalità in proposito, a seconda della cultura giuridica: la mentalità critica del giurista (e quindi anche del giudice) è direttamente proporzionale allo studio dottrinale del diritto, quindi in America lo “ stare decisis ” è una regola più elastica, rispetto all’Inghilterra. Esistono anche fattori strutturali alla diversa elasticità in merito, tra i quali l’esistenza della piramide giudiziaria: in Inghilterra ne esiste una soltanto, quindi la mentalità burocratica si impone maggiormente; negli States invece ne esistono cinquanta, quindi si impone in minor misura. Ci sono altri fattori istituzionali, quale la presenza appresso ai giudici, in America, di “ Law Clerks ”, selezionati fra i migliori laureati, che vengono utilizzati per la ricerca, tenendo quindi al passo con i tempi il giudice.

7. La giurisprudenza americana e l'ordine giuridico globale La giurisprudenza trova come limite la giurisdizione, che coincide con i confini geografici dello stato (anche se spesso il potere del giudice è proiettato fuori dai suoi confini). La giurisprudenza, a differenza della dottrina, circola oltre i confini nazionali in ragione del potere, non del prestigio. La storia delle corti americane come istituzioni dell’ordine giuridico mondiale inizia nel secondo dopoguerra, raggiungendo la sua fine nel dopo guerra fredda; questo sviluppo iniziò con il processo di Norimberga ai gerarchi nazisti sconfitti: nacque così l’istituzione del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi nei paesi sconfitti, con l’idea che essi potessero aver violato diritti umani - si trattava inizialmente più di una corte in cui i vincitori processavano i vinti, anche se appariva legittimata. Il modello statunitense mostra la propria capacità di giudizio a livello globale: il giudice americano rivendica il potere di decidere casi successi anche mezzo secolo fa a migliaia di chilometri dai propri confini, e ne esce trionfante! Infatti, ogni sistema diverso da quello americano manca di qualcosa di essenziale per essere un modello di legalità internazionale - ad esempio una Costituzione che rifletta principi di diritto naturale e tuteli i diritti naturali, ma anche la potenza politica mondiale. Questa legittimazione avviene anche grazie ad una legge del Judiciary Act (1789 ) , la quale stabiliva la



legittimazione delle corti statunitensi nei confronti di ogni conflitto che provenisse da stranieri nei confronti della legge delle nazioni o del trattato degli Stati Uniti. Il potenziale del giudizio USA ha – comunque – due limiti: il “ contatto minimo ” – secondo cui le corti devono vantare almeno qualche contatto territoriale con i fatti – e la “ giustiziabilità ”, per cui il caso può non essere discusso se tratta accesa politica. La dottrina del “ forum non conveniens ”, inoltre, stabilisce che la corte può rifiutare qualsiasi controversia quando ritenga che debba essere giudicata fuori dalla propria giurisdizione. Nonostante questi limiti, dal '96 in poi sono esplose le cause relative all'olocausto: ciò ha reso visibile il fenomeno dell'aggressività con cui le corti statunitensi si arrogano il diritto di decidere su questioni prive di contatto reale con gli Stati Uniti. Perché l'attore preferisce il processo americano? - A livello sostanziale, di procedura e di sensibilità, l'attore rimane in una posizione favorevole nella procedura americana rispetto al resto del mondo. Infatti, fin dai primi momenti del conflitto, può chiedere di indagare sui fatti rilevanti (tramite la “ discovery ”), di frugare negli affari del convenuto - inaccettabile altrove (privacy) : per questa ragione, gli attori spesso cercano di portare la propria controversia negli Stati Uniti. L'istruzione probatoria negli States è la “ fishing expedition ”. [Al di là della sua efficacia, il processo civile statunitense è complicato, lento, costoso: in una lite che implichi problemi di diritto straniero è necessaria la costosa presenza di esperti; inoltre, ogni avvocato deve confrontarsi con il diritto straniero, ed ogni punto di diritto deve essere discusso e ricercato.] - Il sistema della retribuzione degli avvocati è, in sede civile, più favorevole all'attore. Egli li paga solo in caso di vittoria, mentre quelli del convenuto sono pagati su base oraria. - Il processo in America, inoltre, potendosi avvalere della giuria – che tende a simpatizzare con le vittime – conduce spesso verso vittoria sicura. - Nei casi in cui un soggetto non sia in grado di intraprendere un'azione da solo, esistono le “ class actions ”. Durante la class action, il danneggiato non è uno, ma un gruppo di persone aventi lo stesso scopo; infatti, certi diritti sono tutelabili solamente attraverso questa action, quindi la strategia vincente nel “ forum non conveniens ” è quella di mostrare che l'interesse portato in causa non avrebbe potuto trovare tutela altrove. La class action viene iniziata dal solo “ attore noto ”, il primo soggetto. All'inizio deve essere certificata, fatta diventare ufficiale; uno dei fattori per la certificazione è la possibilità o meno dell'attore noto di far partecipare gli altri membri della class e di far loro conoscere l'esistenza di quell'azione. Inizia in questo modo una



vera e propria campagna elettorale planetaria. Il convenuto, solo per essere stato accusato, uscirà dalla action indebolito nel suo prestigio. - Le corti americane sono predisposte per il trattamento del “ conflict of laws ”, essendo il pane quotidiano per il giurista avente a che fare con un diritto federale. Durante il processo internazionale, i giudici americano fanno prevalere il diritto con il contatto maggiore con la fattispecie; in caso si voglia comunque utilizzare un altro diritto – straniero per il giudice – si dovrà mostrare che esiste un nucleo comune di soluzioni del problema e che il diritto americano è partecipe di questo nucleo. Sarà il giudice a scegliere, infine, se applicare il diritto dal nucleo comune o quello americano. - L’attore, in Europa, non deve ricorrere a mezzi forti per far valere un diritto – così come si parte dalla presupposizione che il convenuto sia innocente; tuttavia, l’attore civile transnazionale non viene scoraggiato, essendo più i benefici che i sacrifici. Detto questo, rimangono comunque delle falle nel sistema statunitense: si pensi alla mancanza di sistemi di controllo pubblico, che hanno recentemente condotto alla più grande crisi economica mai vissuta (mutui sub-primes, concessi anche a chi non forniva garanzia adeguata).

## VI. La legislazione

1. Il ruolo degli statutes nella percezione dei giuristi angloamericani e dei comparatisti Common law e Civil law si basano rispettivamente sul diritto giurisprudenziale e sul corpus di leggi. Il diritto di produzione legislativa, quindi, svolgerebbe ruoli differenti nelle due esperienze: nei primi sarebbe subordinato al diritto non scritto - al case law, nei secondi fornirebbe al giudice testo scritto da cui applicare il metodo deduttivo. Nel common law lo statute, promulgato, vive in una sorte di limbo, in attesa di una prima applicazione giurisprudenziale; una volta avvenuto ciò, esso entra automaticamente nel circuito del case law, secondo il metodo induttivo; gli statutes non sono sempre stati atti eccezionali: solo con i Tudors acquisirono un valore autoritario e formale. In America Marbury v. Madison conferì ai giudici il potere di controllo costituzionale, ufficializzando la supremazia del case law rispetto agli statutes. Anche in Inghilterra il giudice, per un certo periodo, si comportò senza che la distinzione fra ius dicere e ius dare mutasse il suo operare. Nella letteratura moderna non c’è opera che tratti di fonti del diritto: gli statutes vengono quindi posti ovunque al vertice della



gerarchia delle fonti. In Inghilterra il Parlamento è sovrano in questo senso, mentre in America lo è la rigida costituzione. Nonostante l'enorme produzione legislativa, la parte fondamentale del diritto di common law rimane proprio questo, il common law: gli statutes presuppongono l'esistenza del common law e, se fossero aboliti, si continuerebbe ad avere ordinamenti giuridici, ma se accadesse viceversa, si avrebbero regole disorganizzate. La presenza massiccia del diritto scritto a emendamento dell'unwritten law è conseguenza necessaria di un limite strutturale del diritto di produzione giurisprudenziale. Sul piano dello stile, gli statutes moderni riflettono il loro carattere suppletivo: date le diversità tra settori del diritto, si coglie una notevole prolissità; in questo senso gli statutes, dovendo apportare regole al common law, sono spesso precisissimi per quanto riguarda il linguaggio utilizzato.

2. L'interpretazione degli statutes - Inghilterra si effettua perlopiù la “ literal interpretation ”, per cui non è possibile attribuire allo statute un significato diverso da quello letterale. L'interprete inglese declama la propria fedeltà assoluta al testo, atteggiamento che è sintomo di sudditanza nei confronti del legislatore – al contrario, storicamente la fedeltà al testo è stata la via attraverso cui giudici hanno ridotto l'impatto del diritto di produzione legislativa sul diritto di propria produzione: ridotta al minimo l'incidenza dello “ statute law ” attraverso l'interpretazione restrittiva, essi hanno potuto continuare nello sviluppo delle regole giurisprudenziali (più lo applicavano rigorosamente, meno attecchiva, meno sembrava legittimo!). La literal interpretation svolge il suo ruolo rigorosamente nel diritto penale. Nonostante questa rigidità, comunque, gli inglesi ricercano l'intento legislativo nello statute con la c.d. “ mischief rule ”: l'intervento è ammissibile in quanto soccorre a una mancanza. Con la c.d. “ golden rule ”, poi, specificano che non si può attribuire alle parole della legge un senso contrario alla ragionevolezza. Gli inglesi hanno una teoria dell'interpretazione che ha a che fare con il fatto che lo statute non è di common law e, quindi, va interpretato restrittivamente; in ogni caso, gode di un prestigio superiore a qualsiasi precedente, perché creato dal rinomato Parlamento. - America l'interpretazione costituzionale è da sempre stata la palestra in cui gli americani hanno affinato le proprie tecniche di interpretazione dello ius scriptum. Per questo motivo l'interpretazione americana si arricchisce della possibilità di indagine sull'intento legislativo attraverso analisi dei lavori preparatori; va sottolineata la libertà del





giudice di fronte allo statute, che può neutralizzare dichiarandolo incostituzionale. 3. La codificazione del common law Codificazioni e sforzi codificatori sono tutt'altro che assenti nel common law, anche se di caratteri diversi da quelli di civil law. Le differenze tra i due sistemi stanno sul piano del rapporto tra le diverse componenti dell'ordinamento giuridico: i giuristi romanisti hanno, di fronte al codice, l'illusione di completezza, di centralità della codificazione; nel common law, invece –con i cases come fautori del diritto, la codificazione non assume quel carattere centrale. Il fallimento della codificazione è avvenuto: - Inghilterra fallì a causa delle condizioni politiche e istituzionali del tempo: nel secolo scorso si presentò l'opportunità di codificare - con un diritto sviluppato e moderno e la polemica tra Savigny e Thibaut - ma mancò una giustizia organizzata. - America negli USA la codificazione fallì in primis sul piano storico: Bentham scrisse al presidente Madison, offrendogli un progetto del codice federale generale; la proposta era, tuttavia, impraticabile sul piano politico. Field, poi mirò a una codificazione statale del common law; l'idea era che, qualora uno stato avesse codificato, gli altri lo avrebbero seguito a ruota. Field riuscì nel suo intento per la procedura civile, ma il suo codice civile venne adottato solo nel Far West. La codificazione passò poi all'“ American Law Institute ”, che produsse alcuni modelli di codici. Il diritto processuale oggi è codificato ovunque in America, tramite le Rules delle Corti Supreme. Il diritto penale è codificato in molti States, così come il diritto commerciale.

## VII. La dottrina

1. Immagine tradizionale della dottrina nel modello anglo-americano I sistemi di common law possiedono un numero assai ridotto di opere dottrinarie, contrariamente alle miriadi, ben note, del civil law. Tuttavia, oggi la dottrina non è poi così distante tra i due sistemi: le facoltà giuridiche inglesi e americane costituiscono il punto focale dell'educazione del common lawyer, quindi la letteratura accademica non può che fiorire. In Inghilterra la cultura giuridica accademica ha stentato da sempre ad imporsi come strumento di educazione del giurista. Questo fenomeno è stato solo recentemente sovvertito. Il mutamento della società ha spinto la professione forense ad adeguarsi alla portata transnazionale del diritto moderno: il giurista deve essere formato anche sui principi generali, non solo quelli pratici.



2. Influenze istituzionali sul ruolo della dottrina L'esperienza di civil law ci mostra che laddove la giurisprudenza è divisa la dottrina impone e domina, altrimenti viene relegata ad un ruolo secondario. In Inghilterra, la giurisprudenza superiore è centralizzata (produce principi unitari), mentre in America è particolarmente frammentata (si ha quindi a che fare con principi sparsi e vari): questo comporta una necessità della dottrina maggiore negli USA che in Inghilterra, in quanto collante tra i vari principi, per l'elaborazione di paradigmi unitari.

3. Lo sviluppo della dottrina giuridica in Inghilterra La storia della dottrina inglese è stata per molto tempo quella di professori senza studenti, nel senso che l'accesso alla professione forense era guidato da criteri extrauniversitari. Tuttavia la situazione cambia su più piani: - Organizzativo la crescita dei giuristi accademici è lenta ma continua, così come cresce il loro prestigio. Solo verso la metà del secolo scorso il legame tra università e formazione dei giuristi è stato ristabilito, forse per paura dell'incompetenza dei futuri lawyers inglesi. Gli studenti in giurisprudenza inglesi sono alla prima esperienza universitaria, come quelli di civil law. - Scientifico Pollock (1884) fondò la "Law Quarterly Review", che offriva una tribuna per il dibattito dottrinale; poco dopo nasce la "Society of Public Teachers of Law", che raccoglieva gli accademici con lo scopo di valorizzare l'insegnamento accademico. - Ruoli della Dottrina nell'UK primo di essi la ricerca di menti appositamente forgiate per la riforma del diritto; autorevoli accademici, infatti, siedono oggi nella "Law Commission". Un altro ruolo consiste nell'analisi dell'arduo stile degli statutes, fonte difficile da padroneggiare. La dottrina, in questo senso, crea schemi concettuali di riferimenti, qualora non esistano o non siano radicati nella cultura giuridica – altrimenti le Corti riuscirebbero a sussumere la legislazione contenuta nei suddetti da sole. - Culturale e Storico si analizzi il ruolo di Bentham ed il contributo che diede alla dottrina. Egli identificò quanto insegnato da Blackstone - common law inteso come diritto giurisprudenziale - e ne sognò l'abrogazione e la sostituzione con codici nuovi di zecca. Non riuscì nell'intento, ma in Inghilterra ebbe risultati tra i quali l'idea della "law reform". La cultura francese influenzò parecchio la dottrina inglese, anche se venne presto rimpiazzata con quella tedesca - il che fa riflettere sul fatto che il giurista inglese non sia in grado di elaborare teorie originali. Nei tempi più recenti il modello germanico è stato sostituito con quello anglofono – americano – sicché l'importazione di idee avviene principalmente dagli States.



4. Gli sviluppi dottrinali negli Stati Uniti Ben differente è il ruolo della dottrina negli States ed in che modo fu raggiunto: - Langdell ed i Case Books secondo Langdell, la cui ispirazione giunse da Blackstone, vi era la necessità di un insegnamento universitario, anche per allontanarsi dal modello inglese. Lo strumento per ottenerlo era l'elaborazione di un testo, il "case book", contenente una selezione di casi scelti dal docente. Il primo volume conteneva una serie di casi disposti in modo scientifico, con una breve statuizione di fatti e l'opinione resa per esteso. Langdell divenne riformatore della "Harvard Law School", e di tutte le law schools poi: la sua operazione portò in pochi anni ad avere università in cui il case law era diventato un metodo didattico totalmente nuovo. La dottrina presentava il vantaggio di rendere agevole la conoscenza di un diritto sommerso nei law reports: il testo dottrinale era ora di ausilio alla formazione accademica condotta sul case book, non più viceversa. L'autore del case book doveva selezionare tra i casi quelli aventi un significato scientifico; dopodiché, doveva estrarne la ratio, la regola giuridica. I fautori del case method rivendicavano di non insegnare concetti giuridici, ma di aiutare il discente ad affinare il metodo per ricavarli egli stesso dalle decisioni. Langdell è noto anche per essere il primo esponente del formalismo giuridico in America. La sua teoria stabiliva che il numero delle dottrine giuridiche fondamentali è molto piccolo, e che la causa di molti errori è la quantità di materiale – ripetitivo – della dottrina; se le doctrines fossero classificate, non sarebbero più sterminate! Langdell privilegiò, quindi, il rigore logico – dopotutto, era un ammiratore della pandettistica tedesca. Dalle sue acquisizioni abbiamo le distinzioni: "unilateral/bilateral contracts"; "absolutely/relative rights"; "rights in rem/rights in personam". - Realismo è reazione e critica al formalismo giuridico. Il realismo pone la questione di che cosa fosse "the law" e di come applicarla, analizzando il "legal process". Un cambio di paradigma avviene anche grazie ad Holmes, autore che affermò "la vita del diritto non è mai stata la logica, è stata l'esperienza. Le necessità del periodo, le dottrine morali e politiche ... hanno fatto più del sillogismo nel determinare le regole". Il realismo copre il periodo dagli anni '20 ai '60, che stranamente coincide con un aumento della produzione legislativa. Gli autori appartenenti al realismo avevano la caratteristica di una collettiva tensione verso l'apertura interdisciplinare, per cui la giurisprudenza viene ritenuta protagonista del diritto. - "Legal Process" teoria di questo movimento è la sintesi e l'elaborazione di temi e suggestioni che



avevano dominato il dibattito costituzionalistico nel decennio antecedente la seconda guerra mondiale: lega l'intuizione realista sulla natura del diritto e l'elaborazione di un modello esplicativo. Si presentano tre idee fondamentali: (1) il diritto come policy (2) la nozione di institutional competence (3) la convinzione che la legittimità del diritto poggi su un fondamento sostanziale e su uno procedurale. La teoria del legal process è diritto concepito come scienza sociale: il diritto è il prodotto dell'interazione tra più istituzioni, ciascuna avente competenze specifiche. Il relativismo con il realismo ed il pericolo del totalitarismo in Europa incitano a ripensare ai valori basic del diritto, tra i quali la giustificazione teorica della democrazia, ma anche il suo funzionamento. Il “ process jurisprudence ” è il risultato di un processo di maturazione di un pensiero collettivo. Con la società che cresce e si sviluppa, il “ procedural profile ” acquista nuova centralità: l'osservanza rigida della procedura è il presupposto per decisioni coerenti; per questo motivo, le corti devono partire da punti di partenza autoritativi di common law, o dagli statutes.

5. Law and... Di movimenti riguardanti le accoppiate col diritto ce ne furono a miriadi: - Law and Economics nasce negli anni sessanta e mira a restaurare la legittimazione del giurista, ricostruendo le dottrine generali e le categorie ordinanti che il realismo aveva spazzato con un approccio economico. Questo consiste nell'utilizzare il criterio dell'efficienza e l'analisi degli incentivi per valutare, spiegare o prescrivere regole giuridiche in qualsivoglia campo del diritto. L'assunto è quello dell'efficienza delle regole di common law rispetto alla produzione del diritto ad opera degli statutes. Un tale paradigma fa sorgere preoccupazioni in capo a chi ancora sostiene che sia il diritto a dover governare il sistema economico e non viceversa. - Law and Society anni '60. Fu un tentativo di instaurare una collaborazione tra sociologi e giuristi accademici; prese le mosse da un gruppo di studiosi, i quali stabilirono che la collaborazione tra le varie branche del sapere – sociologi, antropologi, scienziati della politica, giuristi – è sintomo della comune intuizione che ciascun sistema giuridico è creazione sociale. - Law and Literature occorre, in questo movimento, fare una distinzione tra “ law in literature ” e “ law as literature ”. Il primo vede nella produzione letteraria una fonte preziosa di suggerimenti circa il significato dei valori del diritto: la lettura dei great books, quindi, restituisce umanità alla cultura giuridica. Il secondo rappresenta la convinzione che diritto e letteratura sono forme di “compositional art”



e che, attraverso l'uso del linguaggio, mirano alla creazione di significati e relazioni. Vi è chi predilige l'approccio "interpretative" (con la critica letteraria come nuova strategia interpretativa delle norme) e chi quello "narrative" (si avvale di forme e strategie narrative: se il diritto è narrazione, occorre creare una "contronarrazione"). - Law and Art; Law and Geography

6. Le teorie critiche Nel '77 si tenne la prima "Conference on Critical Legal Studies" (CLS), il cui obiettivo era quello di dare vita ad una comunità di studiosi animati dalla consapevolezza della distinzione fittizia tra diritto e politica. La CLS presenta un'inclinazione al marxismo ortodosso, del quale i "crits" rifiutano la visione del diritto come elemento sovrastrutturale; il diritto rimane comunque autonomo secondo loro, capace di dar conto del ruolo che il discorso e la pratica giuridica giocano nel plasmare gli interessi sociali. I crits ebbero un itinerario di diverse fasi: - La prima generazione, strutturalista e moderna, si ricollegava al filone del realismo; era a favore di una visione di società post-liberale, fondata sulla comunità e sulla solidarietà. Viene riaffermata la tesi realista dell'indeterminacy of law, ed il diritto diviene complesso ideologico volto a plasmare la consapevolezza e le percezioni degli estranei all'apparato giuridico. - La seconda generazione è decostruzionista e postmoderna. Essa nasce dall'equilibrio tra il progetto "leitfist" (in cui vi era la convinzione di poter offrire un'analisi descrittiva e prescrittiva) e quello postmoderno (diffidente nei confronti di ogni pretesa fondazionistica). La decostruzione diviene la nuova parola d'ordine e prelude ad una ricostruzione che restituisca centralità a valori andati in disuso. La riflessione crit, accademici bianchi, maschi e abbienti, pecca al contempo di falso radicalismo: l'attacco ai "liberal rights" rivela una certa insensibilità agli obiettivi delle minoranze. Tuttavia, la "Critical race theory", i "gaylegal studies" e la critica femminista aprono la via ad una nuova ricerca, accomunata dal pensiero della differenza come fondamento della critica. CRT, la critical race theory, merita un approfondimento: questo movimento fu il tentativo, da parte di alcuni giuristi, di sviluppare un'analisi scitica della cultura giuridica americana nei confronti delle relazioni razziali. I membri della CLS non hanno saputo cogliere il ruolo della componente razziale: lo scetticismo che nutrivano per gli individual rights non tiene conto del loro potenziale di riforma insito nel discorso sui diritti. I critical race theorists mirano a



sovvertire le gerarchie accademiche, per tradizione dominate dai bianchi.

7. Un prodotto della dottrina americana: il Restatement of the law Il più rinomato prodotto della dottrina giuridica di common law fu il “ Restatement of The Law ”. Esso consisteva nel tentativo di risistemare il groviglio del case law americano in alcune delle sue principali aree, allo scopo di trarne regole unitarie. Nella redazione del Restatement parteciparono molti degli allievi di Langdell, alcuni pionieri del realismo (Corbin) e attivisti giudiziari (Cardozo ) ; nell’analisi di Corbin, il Restatement appare l’elemento di “ cambiamento della giurisprudenza ”, in quanto “ può tendere alla riduzione del mutamento ignorante ed involontario ”. Per ottenere i risultati sperati, l’opera finale deve godere di una certa autorità, ottenibile in due modi: tramite la legalizzazione del suo utilizzo e la creazione di regole non prescrittive, ma descrittive dei possibili casi in cui potrebbe incorrere la Corte. Il Restatement è l’evoluzione ultima della filosofia che ispirò anche i case books, dai quali si differenzia poiché presenta il vantaggio della completezza e del dettaglio estranei al case book; una volta ultimato, il contenuto del Restatement era difficilmente smentibile. In caso, chi avesse voluto sostenere una tesi differente da quella presentata, avrebbe potuto farlo soltanto dimostrando che il diritto era diverso da quello stabilito nel Restatement, argomentando la propria affermazione con esempi dottrinali. L’idea del necessario aggiornamento del Restatement fu, in ogni caso, tenuta in considerazione a tal punto da redarre direttamente il Restatement II.

### VIII. Le partizioni del diritto

1. Necessità di familiarizzarsi con tassonomie alternative Il common law non condivide con il civil law le partizioni del diritto, se non quella tra penale e privato (che come nel civil law varia per il carattere della sanzione e delle garanzie al convenuto) ; la bipartizione diritto pubblicoprivato assume un’importanza e una valenza diversa da quella di civil law. Il common law moderno, tuttavia, si è evoluto al punto di concepire un public law, in America per il diritto costituzionale, in Inghilterra per la crescita dell’apparato amministrativo. Il public law diviene quindi un tertium genus. Rimane, tuttavia, assente la bipartizione tra diritto civile e commerciale.



2. Common law ed Equity La partizione del diritto privato per un common lawyer è indubbiamente quella tra common law ed equity. L'equity lawyer è infatti considerato uno specialista nella materia del trust, in particolare, il quale riveste un ruolo fondamentale nel diritto di famiglia, delle successioni e in quello commerciale. L'equity è inoltre essenziale per il diritto privato patrimoniale, il quale è suddiviso in law of property, law of contracts e law of torts. Lo schema del trust è semplice: Tizio (settler) trasferisce a Caio (trustee) la proprietà di un bene, con il patto che lo amministri nell'interesse di Sempronio (beneficiary). S è privo di tutela nei confronti di C qualora questo, ad esempio, trasferisca il bene anziché amministrarlo. L'equity tutela il beneficiary attraverso meccanismi particolari, affinché il trustee adempia ai suoi obblighi morali; ad esempio, esiste il meccanismo che rende inefficaci i trasferimenti a titolo gratuito e a titolo oneroso in cui il terzo acquirente sapesse dell'esistenza del trust; in quest'ultimo caso, l'alternativa è quella di sostituire l'acquirente con l'originario trustee rispetto al beneficiary (constructive trust), o di legare gli individui al legame di trust, in modo che se l'oggetto viene alienato o perisce, il legame passa ad un altro oggetto. Queste opzioni fanno parte degli "equitable remedies", esperiti raramente dalle corti angloamericane, depositarie del potere di rimediare grazie alle "massime d'equity", massime che condensano il patrimonio morale della Cancelleria tramandato nei secoli. Se il rimedio tipico del common law è il risarcimento dei danni, quelli dell'equity – oltre a quelli già menzionati per il trust – sono vari. In materia di trust, oltre a quelli sopra citati, si hanno il rimedio dell'injunction e quello della specific performance. Injunction è un ordine di fare o non fare rivolto a un individuo sotto pena di "contempt of the court", utilizzato per prevenire il danno, piuttosto che curarlo. L'ordine può essere diretto anche a chi fosse vincitore del processo at law, così come ad una parte non coinvolta nella vicenda. Specific Performance decree con lo scopo di tutelare in materia contrattuale per l'insufficienza dei damages, nota come "efficient breach" (inadempimento contrattuale che una parte pone in essere, scontando il risarcimento che dovrà alla controparte).

3. La law of property È la branca del diritto di common law che ha mantenuto i caratteri più nettamente propri rispetto al civil law. Gli istituti della law of property inglese hanno maturato la loro fisionomia in un momento precedente al nascere del rapporto contrattuale, quindi un gran numero di quei rapporti negoziali a cui nel civil law si applica



il diritto delle obbligazioni, in common law rientrano nella law of property. “ Property ”, nella terminologia giuridica inglese, ricopre l’intera nostra nozione di patrimonio: sono quindi property una polizza assicurativa, come un pacchetto azionario, come un contratto di locazione. La law of property è organizzata nella differenza tra real property e personal property, a seconda del differente rimedio esperibile a tutela dell’una o dell’altra. Non sussiste più la differenza tra real action e personal action, poiché nel common law la prima mirava al recupero del bene, la seconda nel mero risarcimento, ma la diversificazione è infine venuta meno. - La real p. è organizzata intorno alla nozione di “ estate ”, derivante dal c.d. “ esheat ”, meccanismo per cui nel Medioevo la terra tornava al Lord alla morte del tenant (tipo di tenure). Se il contenuto della tenure era definito, la sua durata era definita dal tipo di estate che l’infedazione creava in capo al tenant: la “ life estate ” si esauriva alla morte del tenant, l’estate in “ fee simple ” si trasferiva agli eredi del tenant e l’estate in “ fee tail ” rimaneva legato ad una linea successoria. Ancora oggi il trasferimento della real property non avviene per contract – non considerato abbastanza formale – ma tramite deed. - La personal p. comprende diverse categorie di beni giuridici, tra i quali la distinzione tra “ choses in possession ” e “ choses in action ” (le prime beni mobili suscettibili di controllo e godimento fisico, le seconde hanno natura di credito o di documento rappresentativo).

4. Tort law Il sistema dei writs lasciò il suo contributo maggiore nell’ambito dei “ torts ”. Nessun sistema continentale accoglie un livello di tipicità paragonabile al common law: i torts tipici, descritti separatamente, sono moltissimi e dettagliati. Vengono travolti dal trionfo della “ negligence ”, un tort più espansivo, che tratta la responsabilità extracontrattuale colposa nel caso dell’esistenza di un duty, dovere di cautela. Nel common law classico esisteva una perfetta congruenza tra illecito civile e penale; accanto alle felonie - violazioni del rapporto di tenure, per i quali era prevista la pena capitale – si crearono i “ trespasses ”, suddivisi in “ t. to land ”, “ t. to goods ”, “ t. to person ”, a seconda dell’oggetto del trespass. Per avviare l’azione occorreva che ci fosse natura criminale, quindi il rapporto causale tra comportamento e evento lesivo. Si sviluppò poi il “ trespass on the case ”, per il quale divennero azionabili comportamenti non diretti né intenzionali, purché cagionanti un danno. Nel diritto penale fecero ingresso i “ misdemeanors ”, a sostituzione dei trespasses, che divennero ufficialmente torts. Importante la contrapposizione tra “ torts





actionable per se ” e “ torts actionable per accident ”: il primo deriva dal trespass - il danno è presunto e l’attore deve provare il comportamento -, il secondo dal trespass in the case – l’attore deve dimostrare di aver subito un danno per poter agire.

#### 5. La law of contract

L’evoluzione per cui una promessa seria è vincolante fu completata in Inghilterra con lo “ Slade’s Act ”, che riguardava un caso di “ trespass upon the case ”, e consentiva di ottenere un risarcimento a chi avesse subito un danno per essersi fidato della qualità di una prestazione adempiuta malamente. Successive evoluzioni estesero l’ambito alla “ nonfeasance ”, promessa non mantenuta. Fino a quest’evoluzione, però, una promessa poteva vincolare solo se redatta nella forma solenne del “ deed ” avente la “ consideration ”, elemento giustificativo del contratto (ciò implicava, chiaramente, che nel civil law i contratti “a titolo gratuito” non potevano rientrare nella definizione di “ contracts ”). Per evadere alla rigidità della consideration ci si affidava all’equity, la quale concedeva una garanzia di vincolatività della promessa, pur mancando una consideration. La “ doctrine of consideration ” è la ratio che fonda la “ doctrine of privity of contract ”, in base alla quale il contratto non può produrre effetti giuridici su terzi rispetto alle parti, perché manca la loro consideration. Nell’ambito della law of contracts, inoltre, dottrine quali “ offer ”, “ acceptance ”, “ reliance ”, etc.. sono il prodotto dell’approccio dottrinale alla materia da parte della legal scholarship.

#### 6. Il modello processuale accusatorio -

Civil Procedure Rules (1998) riforma che ha portato il giudice, durante lo svolgimento del pre-trial, a divenire un controllore dei tempi, della durata del processo, e ha anche comportato un aumento della documentazione scritta: dal ’98 in poi l’amministrazione della giustizia vuole garantire al cittadino di risolvere la propria lite in modo equo e rapido, così come vuole impedire che la risoluzione delle controversie mini la funzione del case law. Inizialmente, il common law aveva ereditato dal modello romano-canonistico la procedura penale inquisitoria; questa, nel corso del tempo, andò decadendo, sostituita dal principio dell’iniziativa delle parti (“ adversary principle ”). - Fasi il processo di common law è diviso in due fasi: “ pre-trial ” e “ trial ”. Nel trial il giudice, ottenuto il verdetto della giuria, opera la sussunzione della fattispecie e decide il caso, motivando la decisione per iscritto. Il common law, inoltre, stabilisce che una decisione di primo grado è



quella finale: in grado d'appello essa verrà rivista e, valutate le eventuali nuove prove, potrà essere ordinato un nuovo trial. - Giuria presenta una decisione solo sul fatto, mentre il giudice sul punto di diritto. In America la giuria è disponibile alle parti, ma chi la desidera deve manifestarlo; essa è garantita nelle cause at law, ma non in quelle d'equity. La regola dell'unanimità della giuria varia anch'essa a seconda della giurisdizione in cui si trova: in alcuni Stati decide all'unanimità ma è composta da sei membri su dodici, in altri decide a maggioranza ed è composta da dodici membri. - Fattore Sorpresa il carattere centrale del trial obbligava le parti a giocare tutte le chances nel loro " day in court " e, in una finestra di tempo limitato, il fattore sorpresa poteva avere un ruolo assai determinante. I litiganti cominciarono a rivolgersi al cancelliere per ottenere provvedimenti volti ad ingiungere all'avversario di scoprire le proprie carte, facendo così nascere il " pre-trial discovery " - una fase preliminare al trial, nella quale gli avvocati si preparano e selezionano i testimoni, i documenti e le informazioni probatori: in common law il dibattimento si fonda, infatti, sulla c.d. " law of evidence ". - Testimoni assurda per il civil lawyer è la struttura processuale in common law per quanto riguarda l'interrogazione dei testimoni: questi sono in contatto con gli avvocati ben prima del process e, durante lo stesso, vengono interrogati prima dall'avvocato della loro parte con l'" examination ", poi da quello della controparte con la " cross-examination " e, infine, nuovamente dal primo. - Altri elementi probatori possono essere sottoposti alle " exclusionary rules ", che ne determinano l'ammissibilità in giudizio: se una prova non è conforme (ad esempio perché illecita) viene scartata.

7. La procedura penale - Criminal Justice Act (2003) mirò a rendere più rapidi e razionali i processi penali; inoltre, l'accusa viene obbligata a trasmettere il materiale che possa indebolire la posizione dell'accusa o rafforzare quella dell'accusato - Pre-trial Discovery questa fase non è presente nel processo penale per i principi " privilege against self-incrimination " e " reciprocity " (l'imputato può rifiutarsi di collaborare con l'accusa e mantenere segrete le sue prove). - Trial la differenza principale tra il processo civile e quello penale in common law consiste - a parte nell'ovvia motivazione del processo - nel fatto che il convincimento del giudice del fatto deve essere " oltre ogni dubbio " in materia penale, mentre in civile basta la " preponderance of evidence ". Il carattere del processo penale angloamericano è accusatorio = adversary. Il sistema degli appelli è analogo a quello in materia civile e solo il condannato può impugnare una sentenza di condanna o la



comminazione della pena. - Giuria i processi condotti con l'intervento della giuria sono una minoranza. - Elementi Probatori nel trial penale l'examination dei testimoni e le exclusionary rules sono collegate, perché l'analisi delle prove comprende anche la valutazione delle testimonianze attendibili o meno, per evitare di violare la normale tutela dell'inquisito. Tramite le e. rules sono inammissibili prove ottenute fuori dal due process of law. - Patteggiamento In America esiste inoltre l'istituto del "plea bargain" (patteggiamento), negoziato tra prosecutor e imputato al capo d'imputazione ed alla pena. Il prosecutor potrà accontentarsi di uno solo degli eventuali crimini dell'imputato, così come quest'ultimo potrà dichiararsi colpevole solo per quello meno grave.

## IX. Il modello angloamericano in prospettiva dinamica

1. La circolazione del modello inglese La circolazione del modello inglese avvenne per mezzo della colonizzazione e grazie alla propaganda fatta dai missionari cristiani, ma il diritto coloniale in sé fu spesso applicato dalle istituzioni politiche delle colonie, conscie della superiorità del modello a loro "imposto": quest'ultima area era quella vastissima conquistata dal prestigio. I rapporti istituzionali fra Gran Bretagna e le aree dell'impero mutano sul piano spaziale e temporale; si va da protettorati a rapporti di integrazione quasi completa: il grado di penetrazione del common law quindi varia a seconda dei modelli con cui si trova in competizione. La diffusione avvenne per gradi: - Galles + Irlanda conquistati dopo il 1066. Qualche secolo più tardi a queste colonie la Corona attribuì una sorta di personalità giuridica, tramite il conferimento delle "charters". - Americhe + India il potere coloniale fece, in questi casi, promuovere il principio di soggettività e il senso della giustizia. Se la fonte caratterizzante del common law è quella giurisprudenziale, nelle colonie non esistevano Corti servite da giudici tecnici, quindi i provvedimenti erano di tipo legislativo delle autorità locali: non esisterà mai una vera congruenza fra il modello nel suo stato originario e il modello d'imitazione. In India la colonizzazione avvenne nel secolo scorso; fu una costante espansione, che ebbe come conseguenza un notevole impatto della cultura e delle istituzioni inglesi su quelle locali. I giudici inglesi integrarono le lacune del diritto indu e musulmano, facendo sopravvivere il diritto tradizionale, ma introducendo il common law. Non è raro che dopo la decolonizzazione, i valori resi noti dal common law convincano i nuovi governi



indipendenti (abolizione del sistema delle caste in India). - Australia + Nuova Zelanda questi sono contesti in cui il diritto inglese non ha incontrato resistenze; non esisteva, infatti, un diritto radicalmente diverso da quelli occidentali, nel senso che le tribù locali spesso non avevano un diritto nel vero senso del termine. Il common law divenne modello giuridico in contesti in cui la popolazione autoctona fu soppiantata dal flusso migratorio europeo. - Egitto + Sudan + (buona parte dell') Africa; Capo di Buona Speranza, Mauritius, Malta, Gibilterra, Cipro, British Somaliland.

2. Diffusione del modello statunitense Essendo stati colonia britannica e non serbandone un buon ricordo, gli Stati Uniti si sono affrancati dalla soggezione culturale nei confronti della madre patria ben presto, iniziando un distacco sia istituzionale che tradizionale. Sia la caratteristica della prassi non scritta inglese, sia quella della centralizzazione del potere giudiziario vennero, infatti, abbandonate, sostituite con una Carta Costituzionale ed un Judiciary Act, che forniva il puro decentramento. Venne, inoltre, stravolto il rapporto tra le fonti del diritto, a vantaggio della dottrina. Filippine videro impiantarsi su un substrato di civil law spagnolo il common law americano. Giappone passò dal modello franco-tedesco a quello americano dopo la seconda guerra mondiale. In molti casi, il motivo dell'esportazione è stato puramente dovuto al prestigio del diritto americano; basti pensare all'influenza che ha tutt'oggi grazie alla musica, alla lingua, alla moda; i casi della U.S. Supreme Court sono più citati della giurisprudenza inglese, così come i riferimenti dottrinali made in Usa. Si pensi anche al parecchio imitato controllo di costituzionalità delle leggi, nato da Marbury v. Madison con Marshall, se non la Costituzione federale stessa, i principi in essa elencati a partire dal Bill of Rights, la sua rigidità! [C'è da dire, su questo punto, che parte dei principi nella costituzione provenivano da dettami di origine naturalista e illuminista europea, così come da antiche soluzioni di common law tradizionale; si pensi alla giuria, così come alla dicotomia equity-common law, ma anche ai writs etc.] Sotto l'aspetto della procedura, invece, gli Stati Uniti paiono ancorati al common law tradizionale. America Latina in essa l'influenza costituzionale americana non è stata limitata a livello di imitazione testuale, ma importata e tradotta direttamente, in maniera che istituti come il trust sono penetrati in aree del diritto altrimenti romanistiche. Con la riforma del diritto (voluto, chiaramente, depolicizzato) dopo la guerra fredda, gli States hanno avuto un'altra



occasione di portare il proprio diritto nel mondo, grazie alle sue caratteristiche di (1) predominanza della “rule of law”, di (2) importanza di una costituzione scritta, di un (3) bill of rights, etc. Per questo motivo, dagli anni '90 in poi, in ogni “Programma di Aggiustamento strutturale” (SAP) imposto dalla Banca Mondiale fu inserita la riforma, permettendo poi, nell’ultimo decennio, di accelerare l’americanizzazione del diritto globale. Vi furono, inoltre, altre due addizioni derivanti dal diritto statunitense: - “Nuova Cultura Giuridica Europea”, la quale sta rimpiazzando, in tutta Europa, la vecchia metodologia interpretativa formale con una nuova metodologia interpretativa funzionale. - I giudici statunitensi sempre più spesso rivendicano la giurisdizione su liti importanti di carattere internazionale, finendo per agevolare ancor più il veicolare di concetti.

3. I mutati rapporti fra diritto inglese e diritto americano In Inghilterra la dottrina è sempre stata succube della giurisprudenza, per quanto il suo ruolo sia cresciuto negli ultimi decenni. Una dottrina in questa situazione oppressiva non è, quindi, in grado di sviluppare quell’atteggiamento critico decisivo per l’impatto del suo discorso. Il dottrinario inglese, quindi, non discute le scelte di public Policy di una corte superiore. La giurisprudenza, invece, sta riuscendo ad uscire dagli schemi di arido tecnicismo che la contraddistinguevano fino a prima delle riforme; da ricordare che la Court of Appeal rimane la corte più importante nell’esposizione del diritto. Le ultime riforme, quindi, hanno portato a modificare il modello accusatorio, la procedura, le decisioni (e la voglia di compierle) dei giudici, nonché a ridimensionare il ruolo del Parlamento il quale, fino a pochi anni fa, risultava il potere istituzionale meno contrastato. In America la proliferazione degli statutes, il loro adattamento al sistema del common law, la creazione di azioni a difesa degli individui (quali le class action) e molti altri aspetti assolutamente rivoluzionari, portano la figlia ad essere lontanissima dal modello della madre patria. Le due esperienze – Inglese e Americana – si innestano sul tronco comune dato dalle Provisions of Oxford, dai Commentaries di Blackstone, continuando quindi a mantenere delle caratteristiche comuni (si pensi agli Inns of Court ed alle law schools). Da notare l’ironia alla base delle differenze dei due diritti: il diritto americano ha conservato più a lungo di quello inglese le caratteristiche di decentramento, elasticità ed equilibrio tra continuità e cambiamento che rappresentano la quintessenza di “ Our Lady