

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE ISTITUZIONALE
DEL MODELLO ANGLOAMERICANO1. *Importanza di Corti regie centralizzate*

La storia del *common law* viene solitamente fatta iniziare nel 1066 d.C. In quell'anno, un evento di portata storica tale da esser definito «a cataclysm of the first magnitude»¹ mutò per sempre le sorti della storia inglese: Guglielmo di Normandia conquistò l'Inghilterra. In una pensosa ricostruzione, Maurizio Lupoi, un autorevole comparatista italiano, ha fatto risalire all'alto medioevo l'origine delle caratteristiche profonde della famiglia di *common law*². Certamente, come meglio vedremo, il carattere di medievalità costituisce una caratteristica profonda del *common law* in rapporto alla famiglia romanista. Non dimeno, come ha dimostrato Paolo Grossi, scindere il medioevo giuridico in due tronconi risulta un'operazione alquanto arbitraria³.

Noi riteniamo che il momento cruciale della separazione fra le due grandi sottofamiglie della tradizione giuridica occidentale risalga ad un momento successivo alla data convenzionale del 1066. Tale scissione, iniziata fra il dodicesimo ed il tredicesimo secolo, si cristallizza alle porte dell'evo moderno, nel momento in cui Sir Edward Coke fece trionfare in *common law* quei caratteri di medievalità che nel continente stavano capitolando (o avevano già capitolato) di fronte alla modernizzazione assolutistica⁴.

A livello introduttivo, la trattazione deve dar conto dello stabilirsi in Inghilterra di istituzioni centralizzate, costituenti l'embrione di quella prevalenza del formante giurisprudenziale che costituisce la più cospicua differenza strutturale del *common law* rispetto al *civil law*⁵.

¹ Così VAN CAENEGEM, *The Birth*, 4.

² LUPOI, *Alle radici*.

³ GROSSI, *L'ordine*.

⁴ Cfr. *infra*, §§ 14-15.

⁵ Vedi SCHLESINGER, *Il passato*.

Queste istituzioni, che in origine avevano carattere che oggi definiremmo amministrativo, svolgeranno assai presto la funzione di Corti di giustizia. La presenza di Corti centralizzate nel corso di almeno cinque secoli di storia, in cui nulla di simile esisteva sul continente, è una caratteristica istituzionale talmente notevole da spiegare da sola la quasi totalità delle differenze fra *common law* e *civil law*.

2. Nascita e stabilizzazione della giurisdizione regia

In tempi medievali, che il Re dovesse amministrare la giustizia non era affatto un dato pacifico, considerato l'ampio pluralismo giuridico caratterizzante l'epoca⁶. È quindi strabiliante notare come, in poco più di due secoli dalla conquista normanna, non solo tale potestà fosse riconosciuta, ma fosse perfino richiesta come garanzia da parte di coloro (i baroni) ai danni della cui giurisdizione il sistema di giustizia regia veniva sviluppandosi. Per comprendere appieno la portata di tale ultima affermazione, occorre fare un passo indietro.

Nel sistema feudale la proprietà terriera portava con sé la giurisdizione (*ius dicere*) sulle controversie sorgenti fra tutti coloro che su tale terra, a qualunque titolo, vivessero o lavorassero. Poiché l'amministrazione della giustizia non è mai stata gratuita per i litiganti, essa garantiva al Signore di una Corte feudale una rendita e delle entrate del tutto simili a quelle che potevano provenirgli da un mulino o da un ponte per cui era d'uso richiedere un pedaggio. Sottrarre giurisdizione era di conseguenza equivalente a sottrarre una rendita; era in sostanza un'espropriazione, istituto assai poco tollerato stanti gli equilibri di potere dell'organizzazione politica feudale in cui il Re si reggeva sui servizi militari ed economici dei suoi baroni⁷.

A ciò occorre aggiungere che, accanto alle pretese dei baroni, vi erano quelle degli sceriffi, dei presidenti delle *county courts* e degli altri delegati

⁶ Si apprende dalle c.d. *Leges Henrici Primi* (1115-1118 d.C. ca.) – un collettaneo di fonti e materiali del tempo di re Enrico I – che l'amministrazione della giustizia nel periodo immediatamente seguente il 1066 era ancora frammentaria e caotica. Il sistema giuridico si presentava essenzialmente tripartito: v'erano la *law of Wessex*, la *law of Mercia* e la *Danelaw*. In più era presente un intricato reticolo di corti (e.g. le Corti di contea, le Corti dei *Lords* e le Corti regia) che, con le relative differenze procedurali, certo non aiutava a semplificare il funzionamento della giustizia. Sul punto BAKER, *An Introduction*, 4^a ed., 12-14. HUDSON, *The Formation of the English Common Law* in un recente quanto vivido ritratto illustra quanto il legato congiunto delle istituzioni, degli istituti (es. le situazioni – un *civilian* direbbe reali – di appartenenza dei beni e di regolamentazione routinaria del sistema del *land holding*) e dei meccanismi di amministrazione della giustizia (es. la sottoposizione delle Corti di contea al controllo regio) sviluppatasi nel periodo anglo-sassone e normanno abbiano influenzato il periodo formativo del *common law*.

⁷ Cfr. *amplius infra* cap. VIII, § 3.

locali del potere regio. Contro la tendenza di costoro a «convertire i propri doveri ufficiali in diritti patrimoniali»⁸ la battaglia istituzionale condotta dalla monarchia per mezzo dell'ampliamento della giurisdizione regia della *Curia Regis*⁹ (da cui poi gemmeranno le Corti di Westminster) fu assai più esplicita rispetto a quella nei confronti dei baroni.

Il «miracolo» del *common law* è quello di un diritto regio, e quindi comune a tutti i sudditi, nato negli interstizi dei diritti particolari e via via sviluppandosi in maniera tale per cui la sua natura di trionfo del centralismo regio non venne mai percepita, se non in misura comparativamente assai limitata. Un diritto regio che ben presto si affrancò anche dallo stesso Re e venne ad assumere tali caratteristiche di tecnicismo e, in definitiva, di imparzialità, che gli consentirono di sopravvivere a guerre civili, rivoluzioni e rivolgimenti storici epocali, giungendo fino a noi con immutato carisma e prestigio sociale.

I primi re normanni, attraverso un sistema di amministrazione assai moderno, diedero al paese, in poco più di un secolo, «un sistema giudiziario attraverso cui la giustizia regia era regolarmente dispensata da membri della sua immediata Corte»¹⁰. Alle Corti regie il sistema feudale riconosceva un ruolo superiore in una serie di ipotesi che ci vengono schematizzate da Maitland con la consueta chiarezza.

In primo luogo, esse potevano amministrare i c.d. *pleas of the Crown* (*placita coronae*), vale a dire tutte quelle questioni che, in un modo o nell'altro, riguardavano direttamente il Re e la dignità della Corona. Dapprima, i diritti del Re come proprietario; in seguito, con un processo più rapido che in ogni altro campo, venne accentrata (utilizzando la nozione elastica della pace del Re) tutta la giurisdizione in materia penale.

In secondo luogo, il Re era considerato nella teoria feudale il *Lord* di tutti i *Lords*: il *Lord Paramount* cui in ultimo apparteneva tutta la terra del regno¹¹.

⁸ La suggestiva espressione è di MAITLAND, *The Forms*, 12.

⁹ La *Curia Regis*, alle sue scaturigini, era sì una istituzione rappresentativa della giustizia regia ma non costituiva una «corte di giustizia» in senso stretto. Essa era, piuttosto, un'adunanza di consiglieri politico-giuridici del Sovrano (d'altronde *curia* deriva da *co-viria*) che discendeva dal più antico *Witenagemot* (consiglio del Sovrano) di origine anglo-sassone. Sul tema, oltre a BAKER, *o.c.*, 17-18, cfr. ADAMS, *Council and Courts in Anglo-Norman England*.

¹⁰ Così BAKER, *o.c.*, 12.

¹¹ Dopo la conquista normanna iniziarono a venir meno le forme di proprietà allodiale e si fece strada l'assunto di fondo secondo il quale «all land is held ultimately of the king». Cfr. BAKER, *o.c.*, 224. Qualche lontana ed affievolita eco di tale struttura feudale si ritrova ancor oggi. Difatti, nella *section 79(1)* del *Land Registration Act* del 2002 si legge singolarmente che: «Her Majesty may grant an estate in fee simple absolute in possession out of demesne land to Herself», dove per «demesne land» si intende la terra, gli edifici, le miniere e le costruzioni che appartengono alla Corona. Sul punto, VAN ERP, *Comparative Property Law*, 1057.

Egli, attraverso un atto unilaterale di concessione, ne attribuiva ai signori locali il godimento e l'uso mediante infeudazione. Tale concessione conferiva a questi ultimi lo *status (estate)* di *tenants in chief* con tutte le obbligazioni di natura reale e personale che ne derivavano (c.d. *incidents of tenure*)¹², consentendo loro altresì di infeudare a loro volta i propri vassalli (*subtenants*)¹³. In una siffatta cornice teorica era chiaro che il Re poteva altresì avanzare una certa potestà di controllo sull'operato delle Corti feudali. Non si trattava, beninteso, di un giudizio d'appello in senso moderno, ma meramente di un rimedio a favore di chi non fosse riuscito ad ottenere giustizia presso la Corte feudale per qualsivoglia ragione (*propter defectum justitiae*). Tale rimedio consisteva essenzialmente nell'accusare i giudici feudali di fronte ai giudici regi con pesanti conseguenze qualora la colpevolezza fosse stata accertata.

Infine, il Re era chiamato, dalla stessa organizzazione feudale, ad amministrare la giustizia fra i suoi diretti vassalli (*tenants in chief*).

3. Glanvill

Questo sistema di giustizia interstiziale non sarebbe forse mai divenuto il *common law*, ma avrebbe seguito il destino dei tanti diritti contingenti medioevali, se non fosse stato immortalato a favore delle successive generazioni dall'opera di scrittori giuridici, sovente (ma non sempre) giudici, immersi nella rinascente cultura giuridica europea e capaci di utilizzare la lingua delle persone dotte.

Intorno a tale sistema di giustizia venne scritto, circa alla fine del 1100 (1187-1189 ca.), il primo trattato giuridico di *common law*, attribuito – ancorché non pacificamente – a Ranulf de Glanvill¹⁴. Risultano evidenti per gli storici «i grandi passi che erano stati compiuti nell'organizzazione di un sistema di governo e di diritto centralizzati nel corso del regno di Enrico II»¹⁵.

Da questa prima opera dottrinale di *common law* risultano due dati che occorre qui fissare: in primo luogo, vi si rinviene la riprova che la varietà dei costumi e delle Corti locali non è per nulla diminuita tanto che Glanvill – o co-

¹² Ad es. la *tenure* poteva comportare obbligo in capo al *tenant* di prestare un determinato numero di cavalieri ed armi per una spedizione militare (*military tenure*) del Lord oppure l'obbligo di pagare una somma di denaro (c.d. *socage*). Cfr. *amplius, infra* cap. VIII, § 3.

¹³ Onde arginare le inevitabili storture del sistema feudale si pose un limite alla possibilità di subinfeudazione con lo *Statute Quia Emptores* del 1290.

¹⁴ Una fedele traduzione in lingua inglese del trattato è HALL (ed. transl.), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*.

¹⁵ Così HOLDSWORTH, *Some Makers*, 11.

munque l'autore del trattato – dà ancora atto di una «confused multiplicity» di regole e leggi del regno. Ciò a dimostrazione di quanto il *common law* fosse ben lungi, in quel primo periodo, dall'aver spazzato via i diritti locali. Vale la pena di notare incidentalmente che la varietà di Corti locali è una caratteristica del sistema giuridico inglese che è stata abbandonata soltanto nel 1971¹⁶.

In secondo luogo, in quella prima opera è già compiuto il salto di qualità intellettuale che accompagnerà lo sviluppo di tutto il *common law*, per cui la pratica delle Corti centrali è vista come consuetudine del regno. Lo stesso Glanvill conclude, infatti, il suo prologo dicendo che si limiterà ad esporre le «general rules frequently observed in the King's court». Di qui l'antichissima origine di quel primato della giurisprudenza come fonte del diritto, caratteristica più notevole dei sistemi di *common law*. Nel suggestivo parallelismo tracciato da uno dei massimi storici del diritto inglese contemporanei: «proprio come una generazione prima a Bologna il monaco Graziano ha prodotto dalla confusione dei canoni un sistema coerente di diritto canonico che derivava la sua autorità dal Papa, così Glanvill e i suoi colleghi giudici sotto Enrico II (1154-1189) hanno prodotto un *corpus* coerente di diritto inglese che derivò la sua autorità ultima dal Re»¹⁷.

Il regno di Enrico II, un sovrano cosmopolita che seppe far partecipare la sua Corte al rinascimento giuridico di tutta Europa, è probabilmente il periodo in cui il *common law* ha visto i natali nella sua forma moderna. Certamente questo è vero, se si considera che fu proprio nel corso del suo regno che nacque quella classe di giuristi tecnici che ha saputo tramandare fino a noi il patrimonio sapienziale del *common law*. Ed è a maggior ragione vero, se si considera come, a seguito del suo regno, la giustizia regia uscì talmente rafforzata da non esser mai più seriamente discussa, neppure nei turbolenti anni delle lotte fra Enrico III ed i suoi baroni, che sfociarono nella *Magna Charta*. Questo documento, che segnerà per sempre la storia costituzionale inglese, sancendo il carattere limitato della monarchia, mise in discussione l'autorità che fondava il *common law* (il Re), ma non il *common law* stesso. Il *common law* si era già trovato una nuova fonte di legittimazione, descritta in forma moderna da Blackstone, nell'essere consuetudine del regno e non precetto del principe.

Il libro di Glanvill è una preziosa riprova di quante caratteristiche antichissime del *common law* siano rimaste radicate nel diritto angloamericano attuale. Esso ci mostra chiaramente quali fossero i settori del diritto maggiormente sviluppati all'epoca: la procedura, il diritto criminale e il diritto dei beni. Lo sviluppo antico e dettagliato di queste tre branche del diritto era destinato a lasciare tracce sistemologiche indelebili: il comparatista nota ancor'oggi l'atti-

¹⁶ Sul funzionamento attuale del sistema delle Corti, cfr. *infra* cap. III, §§ 3-7.

¹⁷ Così BAKER, *o.c.*, 13.

tudine rimediale del *common law*; la materia proprietaria ed il diritto penale sono probabilmente le branche del diritto angloamericano che più di tutte le altre hanno mantenuto un'accentuatissima originalità, nonostante il moto di uniformazione dovuto alle grandi recezioni dottrinarie dei decenni a noi più vicini¹⁸.

Altri due importanti aspetti si presentano nell'opera di Glanvill: la dipendenza della procedura dal sistema dei *writ*s, «a very permanent feature of the common law»¹⁹, e la notevolissima influenza del diritto romano. Ognuno di questi temi merita un particolare approfondimento.

4. *Le forms of action, i writs ed i primi caratteri della giustizia regia*

È divenuto pressoché obbligatorio anteporre alla trattazione delle *forms of action*, un sistema spazzato via dalle grandi riforme inglesi del XIX secolo, il ricordo della celebre affermazione di Maitland: «le *forms of action* sono sepolte ma ci governano dalla tomba»²⁰. In realtà, come avremo modo di vedere, la verità contenuta in quest'affermazione si è alquanto affievolita ovunque nel *common law*, principalmente a causa del mutato ruolo delle università dai tempi di Maitland ad oggi. Nondimeno, non c'è dubbio che gran parte della struttura del *common law* moderno, soprattutto per quanto riguarda le sue partizioni fondamentali, è quella che è, proprio perché per secoli esso è «stato gradualmente modellato negli interstizi della procedura», per usare una celebre frase di Sumner Maine²¹.

La giustizia regia, ben presto dimostratasi migliore delle concorrenti giustizie locali, non poteva essere a disposizione di chiunque, per qualunque tipo di controversia. Occorre infatti considerare che essa aveva il carattere di un'occasione ultima concessa al suddito per graziosa volontà. Per ottenere l'intervento del Re, in un momento in cui ancora egli disimpegnava personalmente – o quasi – l'attività giurisdizionale, occorre procurarsi a pagamento un *writ* presso la Cancelleria. Un *writ*, noto anche come *brevis*, era, nelle sue forme più antiche, un ordine, redatto in lingua latina, con cui il Re si rivolgeva ad un suo funzionario locale, lo sceriffo, o ad un Lord locale affinché questi si attivasse per la soddisfazione del diritto di colui che si era procurato il *writ*.

Naturalmente, a seconda del tipo di servizio che si richiedeva alla giustizia

¹⁸ Cfr. *infra* cap. VIII.

¹⁹ Così HOLDSWORTH, *o.c.*, 13.

²⁰ MAITLAND, *The Forms*, 2.

²¹ La qual cosa peraltro non è unica del *common law* ma, proprio come dimostra il grande antropologo-giurista inglese, è tipica dell'infanzia di qualunque sistema di Corti: SUMNER MAINE, *Dissertations*, 389.

regia ed in ultima analisi quindi a seconda del *petitum* e della *causa petendi* dell'attore, il *writ* prendeva diversa forma e diverso contenuto²². Ma le differenze di forma e di contenuto erano assai più marcate di quanto la mente di un giurista moderno possa immaginare. Innanzitutto, col *writ* variava la competenza della Corte. I *Common Pleas*, per esempio, hanno avuto per secoli il monopolio delle c.d. *real actions*, le sole originariamente capaci di attribuire in *common law*, come meglio vedremo, un rimedio che potremmo dire in forma specifica. Variava poi il sistema volto a far apparire in Corte l'avversario, quella che oggi chiameremmo la procedura di notifica. E anche qui le differenze erano marcatissime. A seconda del tipo d'azione, per esempio, variavano il tipo, la quantità e la durata delle scuse (*essoins*) ammesse a favore del convenuto. In certe *forms of action* si poteva ottenere il giudizio in contumacia ed in altre no. Altre varianti assai notevoli si avevano poi nel tipo di replica ammessa e, quel che più importa, nello stesso tipo di processo. Le più antiche *forms of action* andavano condotte attraverso l'ordalia; ma per certe era ammessa l'ordalia dell'acqua (gelida o bollente), per altre quella del ferro rovente e per altre ancora l'ordalia del fuoco²³. In certi casi bisognava ricorrere al duello giudiziale (*trial by battle*)²⁴, mentre in altri occorreva la «compurgazione» (*wager of law*), un solenne giuramento suffragato da dodici *oath helpers* disposti a giurare sull'attendibilità del giuramento.

Nelle *forms of action* più moderne il metodo di prova non era più l'ordalia, ma divenne la giuria grazie alla quale il giudizio di un gruppo di pari si sostituì gradualmente al giudizio divino del *trial by ordeal*²⁵. Ciò peraltro non ha mai

²² Una trattazione approfondita dei singoli *writs* e delle rispettive formule si trova in BAKER, *An Introduction*, 4^a ed., 53-70; .

²³ Cfr. VAN CAENEGEM, *The Birth*, 85 ss.; KERR-FORSYTH-PLYLEY, *Cold Water and Hot Iron*, 573-595. Sulla – in realtà alquanto discutibile – efficienza del sistema ordalico cfr. LEESON, *Ordeals*, 691 ss.

²⁴ L'impronta di medievalità che marcava tali procedure non ha impedito che talune di esse sopravvissessero, ancorché sotto diversa foggia, anche nell'era moderna sino a giorni molto vicini a noi. A titolo di curiosità si può ricordare che il *trial by battle*, seppur inutilizzato per secoli, restò tra le pieghe dell'ordinamento sino alla sua definitiva eliminazione avvenuta a mezzo di un atto del Parlamento solo nel 1819. Tale abrogazione formale fu necessaria a seguito di un caso increscioso, deciso l'anno precedente dalla *Court of King's Bench – Ashford v. Thornton* [1818] 106 ER 149 – nel quale il convenuto aveva riesumato vittoriosamente l'istituto del duello giudiziale per dar prova della propria innocenza. Celebre è la rassegnazione nelle parole con le quali il *Chief Justice* Lord Ellenborough diede riluttantemente atto della perdurante vigenza del *trial by battle* nel XIX secolo: «The general law of the land is in favour of the wager of battle, and it is our duty to pronounce the law as it is, and not as we may wish it to be. Whatever prejudices therefore may justly exist against this mode of trial, still as it is the law of the land, the Court must pronounce judgment for it».

²⁵ Cfr. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, 51 ss.

significato che da un certo momento in avanti (poniamo il 1215) per tutte le *forms of action* fosse introdotta la giuria. Ognuna mantenne la sua struttura probatoria originaria, ma l'introduzione della giuria segnò in maniera decisiva l'evoluzione del diritto inglese, perché gli avvocati ricorsero ad ogni forma di finzione pur di far rientrare il loro caso nello schema di un *writ* che potesse essere deciso senza ordalia²⁶. Con la conseguenza che, nell'abbandono delle vecchie *forms of action* e nelle forzature e finzioni, divenute necessarie per estendere la portata di quelle nuove, venne a plasmarsi molto del *common law* moderno, sia processuale che, soprattutto, sostanziale²⁷.

Una volta ottenuto il *writ* era sufficiente e necessario seguire puntigliosamente la procedura in esso prescritta per ottenere una decisione da parte della giustizia regia.

5. Il numero chiuso dei writs

Ai tempi di Glanvill «il *common law* conosceva già una quantità di *writs* corrispondente ai diversi tipi di azione su cui le Corti regie avevano competenza, il cui numero non era, tuttavia, ancora chiuso poiché il Re era del tutto libero di emettere nuovi *writs* a suo piacimento»²⁸. Lo stesso è ancor vero nel corso del regno di Enrico III (1216-1272), come ci viene testimoniato dalla massima contenuta nel grande trattato di Bracton: «Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum». Ancora una volta Maitland ci descrive in maniera magistrale il successivo mutamento, tanto decisivo per la storia del *common law*: il mutamento da un sistema in cui, tutto sommato, il diritto (*cause of action*) precede il rimedio (*writ*), a quello opposto in cui i pochi *writs* a disposizione precedono e determinano i diritti: «nei giorni di Bracton [...] le Corti regie e la Cancelleria – era la Cancelleria che predispondeva i *writs* – godevano di una certa libertà che avrebbero perso quando la nostra monarchia parlamentare divenne definitivamente stabilita. Già poco dopo, sebbene la

²⁶ BAKER, *The Law's Two Bodies*, 33-58 nonché la interessante documentazione relativa all'uso delle finzioni nei casi e nelle formule contenuta nell'appendice del volume (*ibid.* 113-159).

²⁷ GAMBARO, *Finzione*, 345 puntualizza correttamente che «è stato proprio grazie all'introduzione di una serie di finzioni che il *common law* inglese ha potuto svilupparsi ed adeguarsi alle necessità dei tempi nonostante il limitato stock di *writs* che aveva a disposizione». Sul tema classico resta FULLER, *Legal Fictions*. Per una raccolta di saggi pensosi (ed una estesa ricollezione di materiali), cfr. D'USSEAU (cur.), *Le finzioni del diritto*. Sul ruolo ed importanza sistemologica delle *legal fictions* all'interno del *common law* inglese, si veda più di recente DEL MARTINING (eds.), *Legal Fictions in Theory and Practice*. Si permetta, inoltre, il rinvio ad ARIANO, *The Left Hand of Our Lady's Servants* (in corso di pubblicazione).

²⁸ Così HOLDSWORTH, *Some Makers*, 13.

Cancelleria non avesse mai perso del tutto un certo potere (garantitole da uno *statute*) di variare le vecchie formule per calzare ai nuovi casi, questa libertà prese ad essere utilizzata con grande parsimonia. Le Corti e la Cancelleria divennero conservatrici ed il Parlamento geloso di tutto ciò che appariva come un tentativo di legiferare senza il suo concorso; il detto di Bracton divenne vero soltanto qualora invertito: "Tot erunt actiones quot sunt formulae brevium", le *forms of action* sono date e i diritti devono essere di lì dedotti²⁹.

Ovviamente, un'analisi dettagliata del sistema dei *writs* esula da un'opera di introduzione al *common law*. Tuttavia, importa notare qui che con le *Provisions of Oxford* del 1258, che limitarono notevolmente il potere della Cancelleria di emettere *writs* in ipotesi nuove, furono poste le basi istituzionali della successiva evoluzione del sistema giuridico di *common law*.

Così un insieme di formule, che erano state tracciate a scopi più o meno amministrativi per regolare la giustizia del Re, per una serie di accidenti storico-istituzionali, vennero ad offrire lo schema intellettuale immutabile del diritto inglese e con esso di tutto il modello di *common law*.

6. La nascita della giuria

L'importanza delle *forms of action* nel plasmare la mentalità e la struttura del *common law* è legata al progressivo imporsi di un'istituzione processuale: la giuria.

L'introduzione di un'escussione probatoria fondata sulla testimonianza di un gruppo di persone, in sostituzione delle antiche ordalie, è forse, fra le innovazioni ascrivibili ad Enrico II, quella di maggior momento. Gli storici non concordano sui dettagli, ma la sostanza della questione è, al nostro scopo, sufficientemente assodata. Nello sforzo di conciliare la tensione fra una giustizia decentrata e le esigenze di controllo centralizzato, Enrico II introdusse il sistema cosiddetto delle *assizes*. Si tratta di un altro istituto giudiziario tipicamente inglese, cancellato soltanto nel 1971.

Alcuni giudici venivano inviati in periferia con lo scopo di occuparsi di determinate questioni e soltanto di quelle (*on commission*). Questi «assize commissioners» erano investiti del potere di convocare dodici testimoni e di interrogarli per ottenere un verdetto (*vere dictum*) sulla contesa in atto³⁰. Una delle prime *assizes* fu per esempio l'*assize of novel disseisin* (1166), introdotta allo scopo di decidere azioni di spoglio.

Nei secoli precedenti il sistema era già stato in uso a scopi amministrativi,

²⁹ MAITLAND, *o.c.*, 6.

³⁰ Cfr. BAKER, *An Introduction*, 4^a ed., 72 ss.

fiscali e di censimento, e derivava da una pratica normanna già utilizzata in Inghilterra nella redazione dei *Domesday Books* (un vero e proprio catasto) una ventina d'anni dopo la conquista del 1066.

Quello che importa qui notare è come l'esperimento di Enrico II in materia di *assize* attecchì e la giuria divenne assai rapidamente un'istituzione portante per lo sviluppo del *common law*. Il compito di ogni avvocato divenne principalmente il «pleading», ossia la sofisticatissima preparazione del punto di fatto giuridicamente rilevante da far decidere alla giuria. La separazione netta fra questione di fatto, appannaggio della giuria, e questione di diritto, appannaggio della Corte, non ha mai avuto pari nell'esperienza di *civil law*, dove non l'utilizzo allargato della giuria come in Inghilterra, ma la procedura inquisitoria ereditata dal diritto canonico, fu la risposta istituzionale al divieto pontificio della partecipazione degli ecclesiastici alle ordalie, deciso nel Quarto Concilio Laterano del 1215 sotto il papato di Innocenzo III.

7. *Il pleading*

Una volta scelta una *form of action* che consentisse il processo davanti alla giuria, il *common lawyer* doveva esercitarsi nel *pleading*. Si trattava di elaborare un punto di fatto, decisivo della controversia, da sottoporre alla giuria; in altre parole, occorreva che un'affermazione di una parte fosse negata dalla controparte, affinché la giuria potesse decidere in termini di vero o falso. La cosa è agevole da comprendere nel diritto penale, dove tutt'oggi le cose si svolgono così. L'accusa attraverso la *narratio* – altresì detta *count* – presenta i fatti e li ascrive all'imputato; la difesa attraverso il «plea of innocence» nega vuoi i fatti, vuoi che essi siano ascrivibili all'imputato; la giuria ha un «issue» (*exitus*) da decidere nell'alternativa vero (colpevole) – falso (innocente). Le cose possono peraltro essere più complesse: il convenuto può negare tutti i fatti (*general traverse*); può negarne alcuni determinanti, *e.g.* ascrivibilità dei fatti (*special traverse*) ed in tale circostanza solo i fatti controversi sono sottoposti alla giuria. Egli può ancora ammettere tutti i fatti dedotti dall'attore ed aggiungerne altri, può ad esempio ammettere il proprio ingresso nel fondo X di proprietà dell'attore, ma sostenere di esser stato autorizzato. In questo caso (*confession and avoidance*), per arrivare all'*issue* occorre che l'attore neghi l'autorizzazione.

L'attore potrebbe, a sua volta, ammettere l'autorizzazione, aggiungendo però che chi ha autorizzato non ne aveva il potere; e allora, qualora la controparte affermi viceversa il potere, l'*issue* torna a spostarsi.

Invece di dedicarsi al *pleading*, una parte ha pure la possibilità di tagliar fuori la giuria, ammettendo tutti i fatti (*demurrer*), ma sostenendo che da quei fatti non discendono le conseguenze giuridiche allegate dall'attore (o dal con-

venuto, qualora il *demurrer* sia utilizzato nel corso di una schermaglia di *pleading*).

Il *demurrer* è l'istituto più importante per comprendere l'originario sviluppo del *common law*. Fino al 1540, quando uno *statute* negò questa possibilità portando ad un cambiamento radicale nelle tecniche del *pleading*, il *demurrer* veniva proposto da una parte provvisoriamente. Ne seguiva una piena discussione di diritto fra i *serjeants*³¹ (sia nella funzione di giudici che di avvocati), a seguito della quale il *demurrer* veniva confermato o cancellato. In questo modo del tutto informale e misterioso, di cui non rimaneva traccia nei *plea rolls* (verbali delle decisioni a scopo amministrativo), si sviluppava dunque il *common law*. Queste discussioni informali di fronte al *Common Pleas* divennero l'oggetto degli *Year Books*³². Dopo lo *Statute of Jeofails* del 1540, in cui Enrico VIII vietò l'emendamento del *pleading*, questo assunse forma scritta e le discussioni di diritto furono spostate ad un momento successivo in cui i giudici erano chiamati a giustificare di fronte ai loro «fratelli» *serjeants* la decisione adottata. Questo modello non cambierà più in tutto il mondo di *common law*.

8. *Impatto delle forms of action sul common law moderno*

Occorre interrogarsi brevemente sul significato della celebre affermazione di Maitland, richiamata in apertura della nostra trattazione sulle *forms of action*³³.

Chi si avvicini alla moderna procedura civile inglese, che inizia con un *writ of summons*, in cui l'avvocato dell'attore spiega succintamente le sue ragioni ed il rimedio richiesto (*causa petendi* e *petitum*), sarà tentato di concludere che soltanto la tensione verso la ricerca di antenati nobili fa scorgere un rapporto di parentela fra un diritto moderno, figlio principalmente delle riforme del XIX secolo, ed il sistema altamente formalizzato dei *writs* e del *pleading*.

Qualora lo spettro di osservazione venga allargato all'intero mondo di *common law* o, ancor meglio, alla intera tradizione giuridica occidentale, si potrà peraltro percepire quanto il binomio *forms of action* – *Provisions of Oxford* caratterizzi gli attuali tratti salienti dell'intera famiglia giuridica angloamericana³⁴.

Si possono individuare almeno due versanti in cui ciò risulta vero: in primo luogo, il sistema dei *writs* ha determinato non soltanto la *forma mentis* del giu-

³¹ Su cui cfr. *infra* cap. II, sezione prima, § 2.

³² Cfr. *infra* cap. II, sezione seconda, § 4.

³³ Cfr. *supra* § 4.

³⁴ Lo stesso MAITLAND, *The Forms*, definisce, non a torto, il sistema dei *writs* come «la più importante caratteristica del diritto inglese medioevale».

rista di *common law*, ma addirittura la sua stessa nascita come professione organizzata intorno agli aspetti più pratici e tecnici dell'amministrazione della giustizia³⁵; il che ha costituito il fattore principale del notevole sviluppo extra-universitario del diritto inglese, se comparato alla restante esperienza europea³⁶.

In secondo luogo, nonostante le capacità quasi incredibili di adattamento e di forzatura del sistema dei *writs*, al fine di farvi rientrare nuove e sempre più complesse fattispecie, proprio il tecnicismo delle *forms of action* ha fatto sì che le Corti di *common law* non siano mai state sole nell'amministrazione della giustizia. Anche all'interno della stessa organizzazione centrale dello Stato, sono sempre state affiancate da sistemi alternativi di Corti, volti a provvedere alle esigenze di cui le Corti di *common law* non erano in grado di farsi carico.

In determinati momenti storici tali Corti, concorrenti, sono state anche numerose e hanno costituito una vera minaccia per il sistema di *common law*. A prima vista paradossalmente, hanno, tuttavia, contribuito in un modo o nell'altro a far sopravvivere il *common law* ai più violenti cambiamenti, consentendogli di assorbire quel tanto di modernità indispensabile, ma non in grado di mutarne la natura. Gli accidenti della storia hanno fatto sì che uno di questi sistemi alternativi riuscisse a svilupparsi quanto occorreva per far pervenire fino a noi una bipartizione fondamentale: quella fra *common law* ed *equity*.

9. Common law ed equity. Premesse

Una complessa evoluzione istituzionale, che occorre brevemente tracciare, trasformò il sistema, tutto sommato primitivo, dei *writs* nel sistema del *common law* magistralmente incorporato nel manuale di Blackstone ed in questa forma esportato in tutto il mondo. Si può infatti dire che con Blackstone si esaurisce l'albero genealogico comune alla famiglia di *common law*. Di lì in avanti ogni singola epifania territoriale viene a svolgersi in maniera più o meno autonoma, impiantata tuttavia su questo tronco comune.

Fra il quattordicesimo ed il quindicesimo secolo il sistema del *common law* medioevale era compiuto. La professione forense era organizzata nella sua affascinante complessità³⁷. Il registro dei *writs*, «lo scheletro del *corpus iuris* di *common law*», era completo³⁸. Gli *Year Books* registravano con una

³⁵ Su questo aspetto amministrativo-pratico della professione forense inglese incentra la maggior parte del suo poderoso studio MILSOM, *Historical*. In chiave comparatistica, DAWSON, *The Oracles*.

³⁶ Su questo punto attirano l'attenzione anche già CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti*.

³⁷ Cfr. *infra* cap. II, sezione prima.

³⁸ Cfr. MAITLAND, *The History*, 110.

certa regolarità, a futura memoria, decisioni e dibattiti del *Common Pleas* e in qualche caso anche delle altre Corti regie. La letteratura giuridica aveva assunto il carattere meramente pratico degli *Year Books*. Le riforme di Edoardo I (1272-1307), il Giustiniano inglese, che attraversarono quasi ogni campo del diritto³⁹, segnarono ad un tempo il momento di massimo utilizzo della legislazione diretta prima del XIX secolo e delle più recenti riforme, e l'ultimo atto di riforme istituzionali condotte senza il concorso del Parlamento. L'opera antica di Littleton (m. 1481) ci consegna un'esposizione organizzata della più importante branca del *common law* (il diritto fondiario che, nell'organizzazione feudale dell'epoca, comprendeva l'intero diritto privato) prima che l'*equity* mutasse radicalmente la morfologia dell'intero sistema giuridico inglese⁴⁰.

10. Il carattere «costituzionale» della monarchia inglese e la rule of law

Il sorgere e lo stabilizzarsi del Parlamento, istituzione destinata a sconfiggere per sempre qualunque tentativo di assolutismo regio e quindi, in ultima analisi, a marcare un'esperienza costituzionale che non ha eguali nel mondo di *civil law*, costituiscono indubbiamente l'episodio storico saliente del diritto inglese medioevale⁴¹.

Dopo la *Magna Charta* e la guerra civile, scoppiata nella seconda parte del regno di Enrico III (1216-1272), un Parlamento formato da due Camere, una composta dai baroni (*House of Lords*), e l'altra formata da rappresentanti delle contee e dei comuni (*House of Commons*), acquisisce poteri sempre più ampi (particolarmente in materia fiscale).

Nello stesso periodo anche il potere giudiziario si stacca dalla persona del Re. Tre Corti di *common law* (la *Court of Common Pleas* che si occupava delle

³⁹ Il carattere estremamente tecnico di queste, che presuppone una completa immersione nel sistema dei *writs*, ci sconsiglia dal soffermarci su di esse, che sono peraltro descritte in dettaglio in quasi tutte le opere citate nelle note precedenti. HOLDSWORTH, *Some Makers*, 11, ne offre un'agevole panoramica.

⁴⁰ Cfr. HOLDSWORTH, *o.c.*, 58.

⁴¹ L'opera di un altro grande giurista dell'epoca di Littleton, John Fortescue, ci consegna i tratti fondamentali del diritto costituzionale inglese. Non si tratta di opera scritta per giuristi, ma di opera didascalica a favore del Principe Edoardo, nel periodo in cui l'autore, legato alla fazione sbagliata – i Lancaster – durante la Guerra delle Rose, si trovava esiliato in Francia. Le opere sono il *De Laudibus Legum Angliae*, *De Natura Legis Naturae* e il *De Monarchia*. Sul contributo di Fortescue alla teoria della sovranità (ed alle sue radici teologiche) nel contesto costituzionale ed i suoi collegamenti con alcune dottrine continentali, cfr. MONATERI, *Dominus Mundi*, 124 ss. Per un vivace ritratto di Fortescue e della sua capacità di disvelare alcuni tratti essenziali nella mentalità del *common lawyer*, cfr. COSTANTINI, *Nomos e rappresentazione*, 364 ss.

liti comuni tra privati, il *King's Bench* che competente per le cause che riguardavano la pace e l'ordine pubblico del regno, e l'*Exchequer* competente in materia fiscale) prendono a separarsi sempre più dal Consiglio del Re (il governo). Vede così la luce uno degli aspetti più caratteristici dell'organizzazione istituzionale di *common law*: il c.d. principio della *rule of law*.

La separazione delle Corti dalla persona del sovrano e dal suo governo costituisce un momento chiave dell'evoluzione del sistema del *common law* moderno da un duplice punto di vista: il sorgere dell'*equity* e lo sviluppo della c.d. *rule of law*.

In primo luogo, infatti, molta dell'elasticità e della discrezionalità insite nell'amministrazione diretta della giustizia da parte del sovrano, in forza delle sue prerogative, perde legittimazione e viene abbandonata: ne segue un notevole irrigidimento della procedura, perché le Corti in tanto potevano amministrare da sole la giustizia, in quanto si riferissero a schemi sapienziali apparentemente immutabili, tecnici, prevedibili e *super partes*; in quanto, in altre parole, secondo la mentalità medioevale, si legittimassero in base ad un principio «naturalistico» superiore al sovrano stesso, vincolante per lui come per tutti gli altri sudditi.

L'idea che la giustizia del caso concreto potesse richiedere soluzioni diverse da quelle dettate in via generale dalle regole giuridiche era del tutto presente nel patrimonio sapienziale del medioevo⁴², trovandosene abbondante teorizzazione in Aristotele e S. Tommaso. Lo stesso Stagirita, nella sua teoria dell'*epieikeia*, spiega infatti che la natura dell'equità risiede proprio nella correzione della legge ove essa si presenti insufficiente a causa della sua generalità⁴³. Quando le Corti di *common law* erano identificate con il sovrano, esse avevano il potere di derogare alle regole generali, ed amministrare quando necessario la giustizia secondo equità. Il prezzo che le Corti dovettero pagare per affrancarsi dal patronato regio fu la rinuncia alla prerogativa di decidere a favore del caso concreto in deroga alla *rule of law*. Esse smisero perciò di amministrare l'«equity». Si posero così le basi istituzionali per cui il litigante insoddisfatto poteva cercare presso un organo del governo regio, il Cancelliere, la giustizia del caso concreto offesa dall'applicazione meccanica della regola giuridica elaborata dai *common lawyers*. Di qui il nascere della distinzione fra Corti di *common law*, legittimate da un principio superiore, e *prerogative courts* (di cui, come vedremo, l'unica a sopravvivere dovrà essere la Cancelleria), legittimate viceversa dalle prerogative del sovrano.

Le Corti di *common law* assunsero, peraltro prima della separazione, e non

⁴² Cfr. BUSSANI-FIORENTINI, *The Many faces of Equity*.

⁴³ Cfr. ARIST, *Eth. Nicom.*, V, 10, 1137b 20-30. Sull'influenza della ragion pratica aristotelica sul diritto inglese si veda SIEGEL, *The Aristotelian Basis*.

abbandonarono più, un particolare aspetto della prerogativa regia. Sta in ciò la radice di un'altra peculiarità istituzionale che contribuì a formare il *common law* moderno⁴⁴; da tempi antichi, infatti, le Corti regie assunsero il potere di controllare l'operato di qualsiasi organo del governo o della giustizia locale, tramite i c.d. *prerogative writs*. Quando i giudici itineranti (*justices in erie*) chiedevano conto a sceriffi, Corti locali, giudici di pace ecc., del loro operato, utilizzavano tali *writs*. Fra questi, i più importanti erano e sono tuttora: il *certiorari*, volto a controllare in seconda battuta l'operato di qualche organo o Corte locale; il *mandamus*, volto a costringere ad una determinata azione ufficiale; il *prohibition*, volto ad impedirla; il *quo warranto*, volto a chieder conto del potere in forza del quale una determinata azione è stata condotta; l'*habeas corpus*, volto ad ottenere la presentazione di un prigioniero per controllare la legittimità della detenzione⁴⁵.

I *prerogative writs* hanno sempre avuto in comune il compito di controllare che gli standards di legalità del potere locale fossero congruenti con quelli della giustizia centrale. Essi furono fattore non ultimo di uniformazione giuridica attraverso il regno, perché naturalmente, secondo lo stile medioevale, chi fosse stato sorpreso da un *prerogative writ*, in violazione dei suddetti standards, era sottoposto a sanzioni non leggere. Ma la loro importanza non si ferma alla tendenza del *common law* ad imporre le proprie concezioni ai molti sistemi alternativi, secondo la celebre riflessione sviluppata da Pollock⁴⁶. Essa si estende alla stessa concezione fondamentale del sistema amministrativo, basato su organi autonomi sottoposti al solo controllo di legalità delle Corti, e non ad un controllo gerarchico sul modello amministrativo francese.

L'aver mantenuto il potere di emettere *prerogative writs* anche in un momento successivo, in cui la legittimazione delle Corti centrali non fu più la giustizia regia, ma il patrimonio sapienziale del *common law* e dei *common lawyers*, è un aspetto fondamentale del permanere anche in età moderna dell'idea medioevale della «rule of law»⁴⁷. La sottomissione della stessa monarchia alla *rule of law* fu il tema della contesa epocale fra Parlamento e Corti di *common law* da un lato, e monarchia e *prerogative courts* dall'altro, in un momento storico in cui l'assolutismo regio era teorizzato ed applicato in tutta Europa. Sol-

⁴⁴ Cfr., su questa vicenda, HOLDSWORTH, *o.c.*, 43.

⁴⁵ Sulla storia ed evoluzione dell'*habeas corpus*, cfr. HALLIDAY, *Habeas Corpus*. In questo interessante studio l'A. procede ad una approfondita analisi delle fonti primarie (*writs, rolls* etc.) che mette in luce come l'*habeas corpus*, celebrato da sempre come il "grande writ" o il "writ della libertà" a tutela dei diritti dei soggetti ingiustamente imprigionati, sia in realtà nato originariamente come strumento di potere in mano alle Corti per controllare l'operato dei carcerieri più che la (in)giustizia delle incarcerazioni.

⁴⁶ Cfr. POLLOCK, *The Expansion*, 16 ss.

⁴⁷ Questa riflessione è sviluppata a fondo in HOLDSWORTH, *o.l.u.c.*

tanto le lotte dell'era di Sir Edward Coke (1552-1634) faranno sì che questo embrione medioevale si sviluppi pienamente, fino a divenire il moderno principio di legalità e di indipendenza del potere giudiziario.

11. *Il sorgere della giurisdizione d'equity*

Intorno al 1400, un numero sempre più alto di litiganti insoddisfatti delle Corti di *common law* si recava a chiedere giustizia al Cancelliere del Re (di regola un ecclesiastico), che, con il pretesto di amministrare l'*aequitas*, sovvertiva le decisioni di *common law*, amministrando quei principi che la sua conoscenza del diritto canonico e della dottrina della Chiesa doveva fargli percepire come equi. La qual cosa, in origine assai sporadica, divenne ben presto una notevole minaccia per le Corti di *common law* che, come tutte le Corti medioevali, erano gelose della propria giurisdizione e della finalità delle proprie decisioni, anche per il fatto che gli stessi giudici, per non parlar degli avvocati, guadagnavano in misura direttamente proporzionale alla mole di lavoro condotta dalla propria Corte. Questa competizione giurisdizionale non dovrebbe sorprendere, ed anzi rappresenta sotto un profilo storico una caratteristica profonda del *common law*⁴⁸. Come suggestivamente notato dallo storico Stroud Francis Charles Milsom, «la vita del *common law* è consistita nell'abuso incessante delle sue idee elementari»: se le regole di *property* non forniscono la risposta più adatta alle esigenze di giustizia, si può provare con l'*equity*; se neppure questo funziona, ci si può rivolgere alla *law of torts* e così via⁴⁹. La stessa cosa può dirsi, di riflesso, per le Corti poiché in assenza di un rimedio adatto nelle Corti di *common law* il “porto sicuro” si potrà trovare nella giurisdizione d'*equity* offerta dalla Cancelleria.

In questa cornice teorica si può bene comprendere, allora, che la Cancelleria, presto diventata una Corte monocratica dotata di un proprio personale e di una propria avvocatura, aveva le carte in regola per esser percepita come una minaccia seria. La sua procedura era improntata ad un modello inquisitorio di tipo continentale, rapido e poco attento ai formalismi. Si trattava appunto della c.d. procedura romano-canonistica, quasi esclusivamente scritta, che divenne nota come *bill procedure*, dal nome della petizione con cui veniva introdotto il giudizio.

La giustizia del Cancelliere aveva mantenuto, ed era destinata a mantenere almeno fino al XVII secolo, tutti quei caratteri di eccezionalità che abbbiam visto propri dell'antica giustizia regia centrale, poi sviluppatasi nel sistema di

⁴⁸ Cfr. *infra*, il paragrafo successivo.

⁴⁹ MILSOM, *Historical Foundation*, 6.

common law. Il Cancelliere perciò agiva *in personam*, prendendo in considerazione i caratteri peculiari di ciascuna lite ed indagandone i fatti oltre la superficie della rigida *littera legis* o delle strette regole procedurali⁵⁰. Era un luogo comune nell'era dei Tudors descrivere la Cancelleria come una «court of conscience», e non una «court of law».

Quasi sempre un litigante si rivolgeva all'*equity* per risolvere problemi resi insuperabili dalle barriere inattaccabili che delimitavano ciascuna *form of action*, proprio perché l'*equity* consentiva una lettura "beyond the law" che tenesse in debito conto argomenti di giustizia sostanziale offrendo un arsenale di rimedi più duttile⁵¹. Ad esempio, il trionfo del *trespass*⁵², un *writ* moderno che concedeva un rimedio di natura risarcitoria con la presenza della giuria ed un assetto procedurale più snello rispetto all'ordalia o al giuramento compurgatorio tipico dei più arcaici *writs* in forma *praecipe*⁵³, aveva reso il rimedio del risarcimento del danno per equivalente il solo ottenibile presso le Corti di *common law*. La scelta di agire in *trespass* era dunque conveniente per il litigante dal punto di vista della forma processuale (più snella), ma comportava un vistoso limite sul piano rimediale⁵⁴. Per ottenere un rimedio in forma specifica ci si rivolgeva allora al Cancelliere. Lo stesso ragionamento valeva qualora si volesse ottenere un'azione inibitoria; il Cancelliere poteva agire nei confronti dei privati esattamente come le Corti di *common law* potevano agire nei confronti di organi pubblici tramite *writ of prohibition* o *writ of mandamus*⁵⁵. L'analogo potere dell'*equity* si svolgeva tramite *injunction*. Con l'andare del tempo le situazioni su cui l'*equity* poteva intervenire andarono allargandosi e,

⁵⁰ In dottrina si è evidenziato che l'*equity* possiede una funzione "profetica". Essa, in altre parole, consentirebbe di ricercare un significato più profondo di quello che emerge dalla mera lettura ed applicazione delle regole formali(zzate), con evidente potenziale funzione critica dello *status quo*. In tal senso, cfr. MONATERI, *The Prophetic Nature*, 69 ss.

⁵¹ Su questo punto si veda la interessantissima analisi di WATT, *Equity Stirring*.

⁵² Sull'evoluzione del *trespass*, cfr. già Cannata-Gambaro, *Lineamenti*, II, 51 ss.

⁵³ I *writs* in forma *praecipe* prevedevano un procedimento più macchinoso ed arcaico per la rivendicazione di un diritto. Come si evince dal sintagma latino, si trattava originariamente di un *writ* con il quale il re ordinava (*praecipe* è imperativo del verbo *praecipere*: ordinare) al convenuto di fare quanto chiesto dall'attore, oppure di recarsi presso la Corte (in specie il *King's Bench*) per spiegare perché (*ostensusurus quare*) non obbedisse. Inizialmente l'opzione di ottemperare all'ordine era reale, ma ben presto l'intera procedura divenne una mera finzione. BAKER, *An Introduction*, 4 ed., 57.

⁵⁴ È importante notare che tale limite non esisteva in alcuni dei più antichi *writs*, in particolare nei *praecipe in capite* e nei *writs of right*, nei quali lo sceriffo poteva obbligare fisicamente il convenuto ad un dato comportamento. Tuttavia, questi antichi *writs* non erano agevolmente esperibili, in quanto legati sul piano probatorio all'ordalia.

⁵⁵ Si ricorderà che le Corti di *common law* avevano acquisito questo potere quando erano ancora strettamente legate alla persona del Re.

seguendo un modello ricorrente nella vita del diritto, intorno ai rimedi presto sorsero, per opera delle generalizzazioni dei giuristi, anche diritti d'*equity*, che vennero a esser denominati *equitable interests*⁵⁶.

Nel frattempo, la Cancelleria prese a sua volta a staccarsi, nel suo ruolo giudiziario, dal *King's Council*, disimpegnando, di *routine*, contenzioso quasi sempre in materia di diritto privato. Il suo precoce distacco dal governo regio consentirà all'*equity* di non esser travolta dalle lotte dei secoli successivi.

12. La competizione fra le diverse Corti

Il successo della Cancelleria fu lo stimolo più importante alle riforme procedurali e sostanziali che portarono al trionfo del *King's Bench* sulle altre Corti di *common law*. La competizione per la giurisdizione fu, nel corso del XVI secolo, la causa delle più profonde trasformazioni del sistema di *common law* e probabilmente, di riflesso, dello stesso sistema politico inglese⁵⁷. Il *King's Bench* introdusse alcuni aspetti della *bill procedure* e, attraverso lo sviluppo dell'*action on the case*, la più importante gemmazione del *trespass*⁵⁸, riuscì a mantenere il controllo di buona parte della materia contrattuale e delittuale⁵⁹.

La Cancelleria finì per specializzarsi principalmente in materia proprietaria, occupandosi di rendere effettivi quella sorta di diritti cadetti che la coscienza avrebbe protetto, ma che il *common law* non tutelava, divenuti noti come *equitable interests*.

La giurisdizione sui casi di giustizia straordinaria più seri venne mantenuta dal *King's Council*, il quale poteva introdurre in Parlamento un *bill* ed ottenere per questa via uno *statute* in deroga al *common law*. Più spesso il governo del Re disimpegnava la propria giurisdizione straordinaria attraverso un'altra Corte straordinaria, la *Star Chamber*, che a differenza della Cancelleria non raggiunse un grado di autonomia dal Re tale da consentirle di sopravvivere al regicidio.

⁵⁶ Cfr. *infra* cap. VIII, § 2.

⁵⁷ Cfr. BAKER, *o.c.*, 37 ss.

⁵⁸ Cfr. *amplius infra* cap. VIII, § 4.

⁵⁹ Per molto tempo si è ritenuto che un provvedimento del 1285, lo *Statute of Westminster II*, autorizzasse espressamente il Cancelliere a rilasciare *writs* «in consimili casu» ossia in fattispecie simili a quelle già contemplate nel registro dei *writs*, allargando così notevolmente la giurisdizione di *common law*. Sembra oggi, tuttavia, che l'allargamento di giurisdizione, passato attraverso l'*action on the case*, sia stata, piuttosto, la risultante di un aggiustamento procedurale. Cfr. DAVID, *I grandi sistemi*, 279. La materia è analizzata a fondo nel classico FIFOOT, *History*.

13. La secolarizzazione dell'*equity*

Lo stabilirsi di un sistema d'*equity* in senso moderno, fondato cioè su proprie *doctrines*, magari più elastiche, ma pur sempre generali, fu un fenomeno successivo, che dovette attendere il consolidarsi del difficile rapporto con il *common law*. Tale difficile rapporto, il cui episodio più noto è il dissidio fra Lord Ellesmere e Lord Coke, divenne palese in un momento successivo, quando l'*equity* si era ormai secolarizzata.

La secolarizzazione dell'*equity* coincide in Inghilterra, per ragioni troppo ovvie per essere riprese, con il regno di Enrico VIII (1509-1547). Il dissidio fra Enrico VIII ed il Papa ebbe due conseguenze importanti dal punto di vista istituzionale; in primo luogo il Cancelliere non fu più un ecclesiastico; in secondo luogo l'insegnamento del diritto canonico, fiorente fino a quel momento, venne bandito dall'università.

Il passaggio delle consegne della Cancelleria dai canonisti ai *common lawyers* avrebbe avuto come conseguenza scontata il pieno assorbimento dell'*equity* nel *common law*. I *common lawyers*, infatti, non si formarono mai all'università, ed erano perciò pienamente digiuni di quei principi canonistici e romanistici che la Cancelleria amministrava sotto forma di giustizia del caso concreto.

Ciò che rese possibile il sopravvivere dell'*equity* come sistema fondato su principi diversi dal *common law* fu un'altra delle prime opere giuridiche apparse in Inghilterra: il *Doctor and Student*. Va infatti al suo autore, Christopher S. Germain (1460-1541), un *barrister* dell'*Middle Temple*⁶⁰ con ampia cultura canonistica, il merito di aver studiato la pratica delle Corti di Cancelleria e di averla riprodotta in forma intellegibile per un *common lawyer*. L'opera, dallo spiccato carattere didascalico, consegnò sotto forma di dialogo svolto fra un dottore di teologia, in rappresentanza del diritto canonico e dell'*equity*, e uno studente di *common law*, quei principi che i grandi Cancellieri *common lawyers* successivi, da Thomas More, a Francis Bacon, a Lord Nottingham, per giungere fino a Lord Eldon, seppero sviluppare nella moderna *equity*⁶¹. Senza quell'opera, probabilmente, la benefica iniezione del diritto canonico nel diritto inglese sarebbe stata perduta per sempre.

14. Le lotte fra Corona e Parlamento

L'episodio storico della lotta fra il *common law* e l'*equity* può essere pienamente compreso solamente nel contesto delle lotte fra la Corona ed il Par-

⁶⁰ Cfr. HOLDSWORTH, *History*, V, 266 ss.

⁶¹ A ciascuno di questi personaggi dedica bellissime pagine HOLDSWORTH, *Some Makers*, 11.

lamento, i cui embrioni risalgono alla dinastia dei Tudors (1485-1603) e che scoppiarono in tutto il loro fulgore sotto gli Stuarts, portando al regicidio (con la decapitazione di Carlo I Stuart nel febbraio 1649) e all'interregno che vide la guerra civile, il protettorato di Cromwell (1649-1659) sino alla restaurazione della monarchia con Carlo II Stuart (1660).

Uno degli errori storici più diffusi, a causa della propaganda di certa storiografia inglese e continentale (fuorviata l'una dalla retorica *whig*, l'altra dalla prospettiva clericale), è quello di vedere come progressista il ruolo del Parlamento e delle Corti di *common law* e come retrivo quello dei sovrani da Enrico VIII in avanti. In realtà, il rinascimento culturale e giuridico in tutta Europa faceva delle idee di Hobbes il vessillo contro il disordine della struttura sociale medioevale. Il conflitto fra Bacon e Coke fu in gran parte dovuto al fatto che per quest'ultimo le moderne concezioni politiche e scientifiche di Bacon erano del tutto incomprensibili. Il trionfo del Parlamento e delle Corti di *common law* in Inghilterra fu il trionfo del medioevale sul moderno e non il contrario.

In Europa continentale lo Stato moderno fu figlio dell'assolutismo regio e la rottura con il modello medioevale fu nettissima. Gli effetti della Riforma e del Rinascimento in Inghilterra furono del tutto diversi, ed Edward Coke, simbolo del trionfo della *rule of law* sulle pretese assolutistiche dei Sovrani, garantì in realtà la continuità con la struttura sociale medioevale, a scapito dei tentativi di modernizzazione del sistema giuridico e politico intrapresi da Enrico VIII e da Elisabetta I (1558-1603).

I Tudors cercarono di battere il localismo e l'anarchia medioevale allargando le prerogative regie ed utilizzando strumenti istituzionali più moderni, come appunto le *prerogative courts*. I baroni, arroccati in Parlamento, temevano l'allargarsi della prerogativa regia, una chiara minaccia ai poteri locali. I *common lawyers*, arroccati nelle tre Corti di *Westminster Hall*, temevano d'altra parte la concorrenza di nuove e più efficienti Corti. Di qui la storica alleanza fra Parlamento e Corti di *common law*, un'alleanza all'insegna della conservazione dello *status quo*.

Le grandi capacità politiche e la grande apertura culturale di Enrico VIII e di Elisabetta I li resero capaci della moderazione indispensabile per un processo di modernizzazione sovversivo di un equilibrio politico-istituzionale assai più radicato e stabilizzato che nel resto d'Europa. La monarchia e le Corti speciali giunsero così vicinissime ad un successo finale che, qualora raggiunto, avrebbe mutato irrimediabilmente la struttura del *common law*, rendendolo probabilmente più simile al *civil law*. La vera battuta d'arresto in questo tentativo "modernizzante" della monarchia si ebbe alla morte di Elisabetta I (1603) con la salita al trono degli Stuarts i quali esacerbarono a tal punto i toni dello scontro costituzionale tra Corona, Corti e Parlamento da causare una destabilizzazione politica che, in ultimo, giovò alla causa parlamentare e non a quella regia.