16. La formazione del *Common law*

1. *Premessa*

L'avvento dei Normanni nel 1066 aprì per l'Inghilterra un'era nuova, la cui impronta ha caratterizzato la storia inglese, e non solo questa, sino al presente. Il *Common law* creato dai Normanni si è costituito nel tempo come un imponente sistema di diritto. Diritto «comune» perché contrapposto alla molteplicità dei diritti locali e consuetudinari vivi nell'Inghilterra prenormanna e non aboliti dai conquistatori; perché creato e gestito unitariamente in forma accentrata dai giudici regi con gli strumenti processuali di cui diremo; perché di applicazione generale, cioè di più ampia portata rispetto ai privilegi sovrani, alle norme speciali e ai diritti di ceto; perché gestito dalle Corti secolari e non dalle Corti ecclesiastiche che applicavano il diritto canonico della Chiesa latina; e perché distinto dal complementare assetto di regole nato alla fine del medioevo per opera della Cancelleria, il sistema di *equity*.

Il sistema di *Common law* si caratterizza rispetto a quelli di *civil law* per tutta una serie di differenze fondamentali: non codificazione del diritto né costituzione scritta; indistinzione tra diritto pubblico e diritto privato; ruolo eminente dei giudici; ruolo marginale della dottrina e dei professori di diritto; non separazione tra diritto sostanziale e diritto processuale; sistema penale accusatorio, non inquisitorio; «regola dell'esclusione», che vincola i giudici inglesi alla lettera della legge escludendo il ricorso alle intenzioni del legislatore; ed altro ancora[380].

Il diritto inglese è il frutto della creatività dei giudici regi e della giurisprudenza inglese, che attraverso una serie ininterrotta di decisioni su casi specifici hanno costruito, a partire dal secolo XII, un insieme vasto e complesso di regole e di principî: è dunque un diritto giurisprudenziale, nel quale la legislazione, pur non certo assente, ha svolto un ruolo abbastanza marginale. La tradizione

[380] Su questi caratteri distintivi del *Common law* inglese rispetto al *civil law* del Continente ha richiamato l'attenzione van Caenegem 1991, pp. 8-60; 2002, pp. 38-54.

romanistica consegnata nei testi del *Corpus iuris*, fondamentale nei sistemi del continente, è invece rimasta sostanzialmente estranea alla linea di sviluppo principale del *Common law*. A sua volta, la dottrina giuridica – cioè l'attività creativa di analisi, di approfondimento e di sistemazione svolta dai giuristi dotti di estrazione universitaria, che nel continente hanno profondamente influenzato lo sviluppo del diritto – nella storia del diritto inglese ha esercitato un ruolo molto più circoscritto. Anche la formazione dei giuristi e la configurazione delle professioni legali nell'Isola hanno seguito altre vie rispetto al continente, perché in Inghilterra gli avvocati e i giudici si sono formati nella pratica, non nell'università; e nella pratica giurisprudenziale hanno sviluppato nel tempo la loro eccezionale professionalità.

Un sistema, dunque, diverso e originale, il cui influsso storico nel mondo è stato davvero profondo ed esteso: basti porre mente al diritto degli Stati Uniti, che discende direttamente da quel modello. Ma anche l'Australia, l'India, il Canada e molte altre regioni del pianeta nel corso dell'età moderna lo hanno recepito per influsso diretto o indiretto del dominio inglese. Un sistema, quello di *Common law*, che ha però interagito con quelli del continente europeo: le ricerche storiche hanno messo chiaramente in luce come il diritto romano, il diritto canonico, le consuetudini commerciali, ma anche la dottrina universitaria dei paesi di *civil law* abbiano a più riprese, nel corso del medioevo e dell'età moderna, direttamente ispirato tutta una serie di istituti entrati a far parte del diritto inglese: dal testamento alla cambiale, dal regime del matrimonio alle regole sulle persone giuridiche.

A sua volta, il diritto inglese ha esercitato un ruolo determinante in talune fasi della storia del continente: questo è accaduto, in particolare, con le istituzioni del moderno stato costituzionale, con la separazione dei poteri introdotta in Inghilterra nel Seicento, accolta dal pensiero illuministico europeo, con il trapianto in Francia del modello inglese della giuria penale alla fine del Settecento, con la recezione sul continente della legislazione commercialistica inglese nel corso dell'Ottocento.

Le interrelazioni biunivoche tra *Common law* e *civil law* continentale sono dunque state importanti in ogni epoca, a partire dal medioevo e sino al presente[381].

2. *Il Regno normanno*

Già con Guglielmo il Conquistatore il Regno d'Inghilterra assunse alcuni profili destinati a durare stabilmente nel tempo[382]. Anzitutto fu

[381] *Relations between the «ius commune» and English Law* 2009.

[382] Accanto alle grandi opere fondatrici di Maitland e di Holdsworth, rinvia-

stabilito il principio per il quale l'intero territorio del regno apparteneva al re, sicché ogni diritto su terre e su immobili veniva ritenuto giuridicamente derivato, in modo diretto o indiretto, da una concessione sovrana. Dunque ogni uomo era «uomo del re» anche sotto il profilo dei suoi diritti di proprietà: una concezione evidentemente lontana da quella del *dominium* libero di derivazione romanistica, viva sul continente. Una ricognizione capillare dell'assetto della proprietà fondiaria fu compiuta per ordine del re Guglielmo con la redazione del *Domesday Book*, uno straordinario registro nel quale intorno all'anno 1086 ogni parcella di terra fu analiticamente censita per l'intero regno, con indicazioni preziose sui regimi di dipendenza e ricadute di natura fiscale a vantaggio della corona (Hudson in OHLE, II, pp. 118 e 224).

Molto importante fu inoltre la distinzione che il re volle introdurre tra la giurisdizione regia e la giurisdizione ecclesiastica, le quali anche nel regno anglosassone erano state per secoli, come anche sul continente, spesso mescolate e confuse: una distinzione che aveva lo scopo di rivendicare non solo la sovranità del monarca e la sua autonomia dalla Chiesa, ma anche le prerogative del re nella gestione del potere ecclesiastico [Helmholz 2004]. Come è noto, i rapporti tra il re e l'arcivescovo di Canterbury, che era al vertice della gerarchia ecclesiastica inglese, furono aspramente conflittuali nell'età del grande vescovo Anselmo d'Aosta: l'intesa raggiunta a Londra nel 1107, che sanciva la preminenza della Chiesa rispetto al re nell'investitura dei vescovi, fu la medesima adottata quindici anni più tardi con il concordato di Worms del 1122, che concluse sul continente la lunga ed aspra lotta per le investiture. Ma i conflitti tra Chiesa e Stato in Inghilterra non cessarono dopo d'allora; durante il regno di Enrico II – che sui rapporti tra Chiesa e Stato era tornato a legiferare nelle Assise di Clarendon del 1164 – sfociarono nel tragico evento dell'assassinio di Thomas Becket, il vescovo intransigente che non si era piegato alle pressioni del re.

Lo strumento fondamentale della monarchia inglese per acquisire una effettiva supremazia sull'intero territorio del regno fu la progressiva estensione della giurisdizione regia [van Caenegem 1959]. Va premesso che la ripartizione territoriale e organizzativa propria dell'età anglosassone fu mantenuta dai Normanni: il regno era tuttora diviso in contee (*shires*), ciascuna delle quali aveva al vertice un conte (*earl*), nobile e vassallo del re, ma era in concreto gestita in nome del re dallo sceriffo (*sheriff*: *shire reeve*) nominato dal sovrano e suo dipendente diretto, sempre revocabile. La giustizia tradizionale era amministrata dalle corti di contea (*County courts*), composte dai proprietari fondiari (*freeholders*), e all'interno delle contee dalle corti

mo alle recenti valide sintesi di Milsom 1969, Brand 1992, Hudson 1996, Baker 2002, Langbein *et al.* 2009 nonché alla vasta recente *Oxford History of the Laws of England* (OHLE).

di centena (*Hundred courts*), anch'esse risalenti all'età anglosassone e d'altronde comuni a molti regni germanici altomedievali, ma in molti casi ormai decadute. Per risolvere i casi giudiziari si continuò a fare ricorso, nella prima fase del Regno normanno, alle tradizionali consuetudini inglesi, le quali si ritrovano tra l'altro ancora ribadite in un testo scritto intorno al 1108, durante il regno di Enrico I, le cosiddette *Leges Henrici Primi*[383].

Che il re fosse prima di tutto giudice era pacifico nella concezione altomedievale dei regni europei. Presso i Normanni il Consiglio del re (*curia regis*) si occupava perciò anche di affari giudiziari, ai quali lo stesso re partecipava sovente. E se il re si spostava sul territorio, un processo poteva radicarsi ovunque egli si trovasse. Sempre più spesso i sudditi inglesi presero a rivolgersi alla giustizia del re per cause che la giustizia ordinaria di contea non aveva affrontato o non aveva risolto in modo per loro soddisfacente. Il che produsse nel secolo XII molteplici effetti. Alcuni membri della *Curia regis* furono incaricati di esercitare le funzioni giudiziarie spostandosi sul territorio entro percorsi all'interno di diversi distretti (*circuits*) e di istruire e decidere le cause in nome del re in procedimenti che presero il nome di assise. Ovvero un reclamante fu ammesso ad accedere alla giustizia del re recandosi a corte, a meno che nel frattempo («nisi prius») un giudice delegato dal re fosse intervenuto localmente per risolvere il caso.

3. *I «writs»*

L'intervento attivo della monarchia inglese sul terreno della giustizia si manifestò con nettezza solo un secolo dopo la conquista, negli anni del regno di Enrico II (1154-1189). Le vie e gli strumenti che resero possibile l'affermazione della giurisdizione regia nei confronti delle giustizie signorili e locali prima prevalenti costituiscono uno dei capitoli più interessanti della storia del diritto europeo. I sovrani Normanni d'Inghilterra fecero leva da un lato sul loro compito di tutori dell'ordine interno («la pace del re»), dall'altro sul potere di comando affidato agli *sheriffs* delle contee – essi potevano porre i signori locali davanti all'alternativa di fare giustizia loro stessi o di vedersi sottratta la causa per trasferirla ai giudici regi – in terzo luogo sulla messa in opera, che il re poteva sancire imponendola ai suoi giudici e solo a loro, di strumenti procedurali più efficaci rispetto a quelli tradizionali del duello e dell'ordalia. L'azione congiunta di questi tre elementi assicurò, nell'arco di circa due secoli dopo la conquista dell'Isola, la vittoria piena della giurisdizione del re.

[383] *Leges Henrici Primi*, ed. L.J. Downer, Oxford, 1972.

Una prima iniziativa si ebbe allorché il re assicurò al litigante – che al sovrano si fosse rivolto per lamentare che il signore dal quale aveva ricevuto una terra (competente, in quanto superiore feudale, a giudicare nelle cause dei suoi vassalli) rifiutava di rendergli giustizia riguardo al suo diritto sulla terra, contestato da un altro soggetto – la facoltà di ricorrere alla corte di contea, amministrata dallo sceriffo di nomina regia, se dal suo signore il diniego di giustizia fosse stato ribadito anche dopo la sollecitazione del re. Il breve scritto (*breve, writ*) della Cancelleria regia rivolto al signore prese il nome di *writ of right* (*breve de recto*)[384]. Per le terre che un signore aveva ricevuto direttamente dal re il *writ* veniva però inviato dal cancelliere del re direttamente allo sceriffo del luogo, nella forma di un ordine da impartire al convenuto perché accogliesse la richiesta dell'attore – che al re si era rivolto per ottenere il *writ* – e gli restituisse senza indugio la terra contestata (*writ praecipe quod reddat*)[385]. Se il convenuto non lo avesse fatto, lo sceriffo avrebbe dovuto imporgli di presentarsi ai giudici del re.

Veniva pertanto in questi casi limitata sostanzialmente, in séguito all'emissione del *writ*, la giurisdizione del signore del luogo, attraverso un procedimento suppletivo e sostitutivo promosso dalla Cancelleria del re. Già alla fine del secolo XII una rivendicazione di diritti su terre nei confronti di un libero proprietario (*freeholder*) non poteva più essere radicata avanti alla giurisdizione di un signore feudale senza che l'attore avesse prima ottenuto un *writ* dalla Cancelleria regia. E sebbene i baroni avessero ottenuto nel Duecento[386] di poter conservare il loro diritto ad esercitare la giurisdizione per le terre libere non concesse direttamente dal re, il ricorso alla giurisdizione regia da parte dei liberi proprietari si affermò in modo sempre più pieno.

Contemporaneamente, nelle controversie relative a diritti su una terra il convenuto fu abilitato dal re Enrico II a far valere le proprie ragioni, anziché attraverso il mezzo di prova del duello giudiziario, attraverso il ricorso alla testimonianza giurata di dodici vicini (*Grand Assize*). Vi è qui la precoce manifestazione di quello che sarebbe divenuto uno dei più importanti istituti del *Common law*, la giuria nel processo (*trial by jury*), anche se in questa fattispecie i giurati erano chiamati a pronunciarsi sulla sussistenza di un diritto, non su una questione di fatto[387].

[384] Ecco la formula del *writ of right*: «Edwardus rex [...] comiti Lancastriae salutem. Praecipimus tibi quod sine dilatione plenum rectum [diritto] teneas A. de B. de [...] viginti acris terrae cum pertinentiis in I., quae clamat tenere de te per liberum servitium unius danarii per annum, quod W. De T. deforciat. Et nisi feceris, vicecomes Nottingham faciat, ne amplius inde clamorem audiamus» [Baker 2002, p. 538; Milsom 2007, pp. 124-133; Langbein *et al.* 2009, p. 97].

[385] Formula in Baker, 2002, p. 240.

[386] Magna Carta (1215), c. 34.

[387] Il ruolo fondamentale della monarchia e le derivazioni dal modello normanno

Un analogo procedimento – mediante la testimonianza giurata di un gruppo di vicini (*petty jury*) – venne introdotto negli stessi anni per la decisione su controversie possessorie. Chi asseriva di essere stato illegalmente privato del possesso (*seisin*) di una terra poteva ottenere dalla Cancelleria regia un *writ* allo scopo di esserne reintegrato (*writ of novel disseisin*)[388]. Affini agli *interdicta* e forse ad essi ispirati, ma in realtà non in tutto coincidenti con il diritto romano[389], questi *writs*[390] realizzarono una tutela del possesso immobiliare distinta ed autonoma rispetto alla tutela del diritto di proprietà. La distinzione romana e continentale tra proprietà e possesso non trova peraltro un esatto parallelo nel *Common law*, ove anche il *writ of right*, che riguarda il titolo di validità di un diritto immobiliare, viene gestito da ciascuna delle parti cercando di dimostrare che il loro possesso (*seisin*) è più antico o più solido di quello dell'avversario [Plucknett 1956, p. 358].

Furono, questi, formidabili strumenti di affermazione della giurisdizione regia: essi assicuravano infatti una tutela specifica, rapida ed efficace, che i giudici del re potevano procurare ai sudditi mediante uno strumento probatorio consentito solo a loro e non ad altri giudici: e cioè la testimonianza giurata dei vicini (*jurata*, *jury*), uno strumento ben più affidabile rispetto alle tradizionali prove ordaliche: il duello, le ordalie vere e proprie, il giuramento di solidarietà dei fiduciari del convenuto (*wagers by law*). In tal modo la giurisdizione regia guadagnava vistosamente terreno, sebbene essa comportasse per il litigante esborsi non lievi. Tutti i *writs* venivano infatti rilasciati dalla Cancelleria esigendo il pagamento di forti somme prestabilite.

Sempre durante il regno di Enrico II si realizzò un altro fondamentale avanzamento della giurisdizione regia. Nel periodo anglo-

per le origini della giuria inglese sono stati per la prima volta messi in chiara luce da Maitland nel 1895 [Pollock e Maitland 1984, I, pp. 140-142].

[388] *Writ of Novel Disseisin*: «Rex vicecomiti N. salutem. Quaestus est nobis A. quod B. iniuste et sine judicio disseisivit eum de libero tenemento suo in C. [...]. Et ideo tibi praecipimus quod si praedictus A. fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc facias tenementum illud reseisiri [...] usque ad primam assisam cum justiciarii nostri in partes illas venerint. Et interim facias duodecim liberos et legales homines de visneto [vicinato] illo videre tenementum illud [...] et summone eos quod sint coram praefatis justiciariis ad praefatam assisam [...]» [Formula in Baker, 2002, p. 544; cf. Milsom 2007, pp. 137-142; Langbein *et al.* 2009, p. 101].

[389] In effetti la distinzione romana tra proprietà e possesso non coincide con la disciplina di *Common law*, che della proprietà ha una diversa nozione; inoltre la procedura di tutela del possesso è diversa rispetto al diritto romano perché nel *Common law* essa è legata alla violazione della «pace del re» ed è fondata sulla testimonianza dei giurati.

[390] Alla stessa categoria appartengono anche il *writ mort d'ancestor* (introdotto nel 1176) per l'accertamento del legittimo possesso immobiliare dell'erede di un ascendente defunto, e il *writ darrein presentement* sul diritto di un patrono di immettere un beneficiario nel possesso di beni ecclesiastici.

sassone alcuni reati gravi e alcuni comportamenti, specificamente nominati ed eterogenei, erano considerati sanzionabili con particolare rigore perché si riteneva che infrangessero la «pace del re». Con i Normanni gli atti suscettibili di turbare la pace del re si estesero sino a formare una categoria generale che includeva ormai tutti i reati gravi: con una sorta di finzione legale, si ritenne che ogni atto criminoso potesse considerarsi una rottura della pace del re, e fosse perciò perseguibile davanti ai giudici del re. Nel 1166 le Assise di Clarendon stabilirono che i giudici regi si recassero periodicamente nelle varie parti del regno, in veste di giudici itineranti, per inquisire sui reati commessi nel territorio sulla base di accuse e di testimonianze presentate da giurie locali. Davanti ai giudici del re, chi commetteva un reato poteva essere perseguito non solo quale offensore della vittima, ma quale reo di «fellonia», cioè come violatore del rapporto fiduciario con il re, in quanto aveva turbato con la sua condotta la pace del re. Tutti i crimini divenivano, per questa via, cause della corona (*placita coronae*, *pleas of the crown*)[391]: un esito che è stato giudicato come «un passo immenso nella storia del diritto penale» [Maitland 1950, p. 109].

Un collegamento con la pace del re e con la fellonia ebbe anche, alle origini, un'azione tra le più importanti, il *writ of trespass*[392], che gradualmente, a partire dalla metà del secolo XIII, divenne lo strumento principale per ottenere soddisfazione da chi avesse commesso un illecito civile. Il *trespass* presupponeva un atto di violenza contro la persona o contro le cose mobili o immobili e sulla base della prova dell'illecito, da sottoporre al vaglio della giuria, consentiva di ottenere dai giudici regi il risarcimento del danno arrecato. Dalle poche ipotesi originarie di illecito, il *trespass* si estese a casi via via più numerosi e disparati di illecito, che trovavano tutela purché debitamente illustrati dall'attore nella forma, già presente da tempo, di un'appropriata descrizione dell'illecito[393]. Si sviluppò così nel tempo una forma più generale di azione per illecito civile che prese il nome di *trespass on the case* e che, a differenza del *trespass* vero e proprio, aveva carattere solo civile e non comportava l'arresto del convenuto[394].

[391] *Placita corone or La corone pledee devant justices*, ed. J.M. Kaye, London, 1966 (Selden Society, Suppl., 4).

[392] *Writ of trespass*: «Rex vicecomiti S. salutem. Si A. fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc pone per vadium et salvos plegios B. quod sit coram nobis in octabis Sancti Michaelis ubicumque fuerimus tunc in Anglia ostensurus quare vi et armis in ipsum A. apud N. insultum fecit et ipsum verberavit [...]» [Baker 2002, p. 544; cf. Milsom 2007, pp. 137-142; Langbein *et al.* 2009, p. 101].

[393] «Ostensurus quare»: l'attore doveva dimostrare perché (*quare*) e sulla base di quali fatti illeciti ricorresse alla giustizia del re.

[394] Sull'origine di questo strumento e su alcuni casi decisi intorno alla metà del

Più complessa fu la genesi della tutela processuale del contratto davanti alle corti regie. Ancora alla fine del secolo XII Glanvill dichiarava che la giustizia del re non si ingeriva delle «convenzioni tra privati». Esisteva bensì un *writ of debt*[395], ma questo mezzo era esperibile nella forma primitiva di richiedere semplicemente la «restituzione» di una somma di danaro che l'attore dichiarava essergli dovuta senza alcuna dimostrazione della causa (costituiva quasi sottospecie del *writ praecipe quod reddat*), inoltre implicava il possibile ricorso alla prova per duello, infine comportava per il litigante una spesa pari ad un terzo del valore del credito preteso [Plucknett 1956, p. 632]. Mezzo secolo più tardi, Bracton attesta l'esistenza di un'azione che faceva espresso riferimento ad un contratto (*writ of covenant*), ma essa era esperibile solo se l'attore poteva esibire un atto scritto formale munito di sigillo, ovvero se il danaro o la merce erano già passate di mano. E la prova avveniva mediante il giuramento dei «conpurgatori» (*wager of law*), nello stile altomedievale dei sacramentali[396]. Una più moderna tutela del contratto si realizzerà solo più tardi, come vedremo.

Vi fu una fase storica in cui la Cancelleria del re venne creando via via nuovi *writs* – abbiamo qui ricordato solo alcuni tra i principali – per tutelare le fattispecie sottoposte al re estendendo contestualmente la portata della giurisdizione sovrana. Alla fine del Duecento, nel fondamentale statuto di Westminster del 1285[397], i baroni ottennero che non venissero creati più nuovi *writs* per non perdere ulteriore terreno nella loro potestà giudiziaria. Ma si ammise che i *writs* ormai usuali e correnti («brevia de curso») potessero venire applicati anche a casi simili («in consimili casu»), mediante il ricorso al procedimento per analogia; mentre per casi non riconducibili a *writs* esistenti, per i quali si richiedesse l'intervento del re, si sarebbe dovuto fare ricorso al Parlamento.

Il sistema dei *writs* è stato fondamentale per la genesi del *Common law*. Esso ha influenzato tutto il diritto inglese posteriore, sino

secolo XIV si veda l'analisi di Ibbetson 1999, pp. 48-56; il *writ of trespass* diviene lo strumento per far valere un'asserita rottura del contratto (*breach of contract*) avvalendosi della giustizia regia senza la necessità, per l'attore, di provare un atto di forza ovvero la «rottura della pace».

[395] Formula: «Rex vicecomiti N. salutem. Praecipe A. quod juste et sine dilatione reddat B. centum solidos quos ei debet et iniuste detinet ut dicit. Et nisi fecerit etc.» [Baker 2002, p. 540].

[396] Il tentativo di affiancare a queste forme una parallela tutela canonistica del contratto attraverso una promessa solenne o un giuramento – che, in quanto tale, lo attraeva nella sfera del diritto canonico e della giurisdizione ecclesiastica perché metteva a rischio la salvezza dell'anima – fu stroncato nel 1164 per volere di Enrico I (Costituzione di Clarendon, che nega la giurisdizione ecclesiastica in materia di contratti).

[397] Statuto di Westminster (1285).

al presente[398]. Sulla base di specifiche forme di azione, i giudici del re hanno costruito nei secoli XII e XIII un complesso di regole in grado di risolvere le controversie civili e di sanzionare gli illeciti civili e penali. La procedura era rigidamente formalizzata, non solo nel senso che occorreva che i litiganti indicassero tassativamente sin dal primo momento, a pena di sconfitta, il *writ* al quale intendevano fare ricorso, ma anche perché la procedura – in particolare in tema di prove – non era la medesima per i diversi *writs*: solo alcuni *writs* consentivano, ad esempio, la prova con i giurati anziché la prova con i congiuratori o con il duello giudiziario. Inoltre le competenze delle Corti non erano le medesime in quanto taluni *writs* potevano essere radicati solo davanti ad una delle Corti regie e non davanti ad altre. Anche le misure di sanzione variavano ed erano specifiche nei diversi *writs*. In ogni caso non si poteva agire al di fuori dei *writs* riconosciuti ed ammessi.

Questa rigidità ricorda per molti aspetti il sistema formulare del diritto romano classico, anche se il *Common law* si è in realtà affermato per forza propria e al di fuori, se non in contrasto, con il sistema romanistico della compilazione giustinianea, il cui spirito era d'altronde ormai lontanissimo da quello del diritto dell'età classica.

4. *Le Corti regie e le decisioni giudiziarie*

L'estensione della giustizia amministrata dai giudici del re, attraverso gli strumenti che abbiamo richiamato, impose una nuova e più ricca articolazione delle Corti. Le giustizie locali di contea e le giustizie feudali non scomparvero[399], ma ridussero la loro attività, mentre cresceva specularmente quella dei giudici regi[400]. L'infittirsi

[398] Il maggior storico del *Common law*, Frederic Maitland, ha scritto che «le forme di azione sono ormai sepolte, ma esse ancora ci governano dalle loro tombe» [Maitland 1948, p. 2].

[399] Un esempio significativo, fra i tanti, è riportato da Hudson (in OHLE, II, pp. 304 s.): nella causa che un privato condusse nei confronti dell'abate Gunther di Torney negli anni intorno al 1110 per rivendicare il diritto sulla terra di Charwelton, chiedendo che gliene fosse attribuito il possesso (*saisitio*), la corte dell'abate – il quale era naturalmente parte in causa – richiese all'attore di provare entro un giorno il suo pieno diritto (*maius rectum*); e gli uomini mandati dallo sceriffo regio per esaminare da vicino il caso (dopo che l'attore si era rivolto alla giustizia del re) si unirono ai giudici dell'abate nel dichiarare valide le ragioni di quest'ultimo su Charwelton. Il caso è interessante anche perché attesta una fase storica nella quale la giustizia del re si esercitava in un rapporto di interconnessione con le tradizionali giustizie signorili.

[400] Un esempio di questo processo espansivo. Lo statuto di Gloucester del 1278 aveva stabilito che nessuna causa di valore inferiore a 40 scellini potesse andare davanti al re; ma i giudici regi in breve tempo riuscirono a far prevalere il ben diverso principio per cui nessuna causa di valore superiore veniva più discussa dalle corti locali.

dei casi sottoposti al re indusse il sovrano ad inviare periodicamente nelle province del regno alcuni di loro, in veste di giudici itineranti (*justices in eire*, dal latino *itiner*), per amministrare in suo nome i processi civili e penali. Ma ciò non impedì che aumentassero grandemente anche le cause che pervenivano direttamente a Londra.

Ciò condusse nel corso del secolo XIII alla ramificazione dell'unica originaria Corte del re in tre diverse Corti centrali: la Corte dei processi comuni (*Court of Common Pleas*) giudicava i casi tra privati, ormai non più alla presenza del re; la Corte dello scacchiere (*Exchequer*), la più antica delle tre, svolgeva funzioni di giustizia fiscale ma anche alte funzioni di natura amministrativa e finanziaria; mentre i casi criminali, civili e feudali più rilevanti venivano trattati nella Corte del Banco del re (*King's Bench*), in cui ancora nel Duecento (ma in séguito non più) il re soleva essere presente di persona. Questa tripartizione rimase in vita per oltre sei secoli, sino all'Ottocento [Holdsworth I 1922].

Fu in queste corti centrali che il *Common law* prese forma e crebbe rapidamente. Sulla base dei *writs* concessi dalla Cancelleria, i giudici nominati dal re, pochi di numero ma altamente qualificati, diedero vita a un complesso di decisioni che tra la fine del secolo XII e la metà del XIII già costituivano una rete complessa, anche se non un vero e proprio «sistema». Si è giustamente osservato [van Caenegem 1988, p. 90] che la mancata recezione del diritto romano-comune, che ha differenziato l'Inghilterra rispetto al continente[401] creando il dualismo tra *civil law* e *Common law*, si deve proprio al precoce sviluppo di un sistema creato dai *writs* e dai giudici del re sin dal secolo XII, quando l'influsso della nuova scienza giuridica stava accreditandosi sul continente. Se questo sviluppo precoce del *Common law* fosse sbocciato solo pochi decenni più tardi, non è improbabile che la nuova scienza giuridica di impianto romanistico e universitario avrebbe conquistato anche l'Inghilterra: come avvenne, ad esempio, nella Normandia e nel Regno di Sicilia, per altri aspetti, quanto all'accentramento monarchico, assai simili al Regno normanno d'Inghilterra.

Le decisioni dei giudici del re iniziarono dal 1194 ad essere trascritte in appositi registri (*Plea Rolls*), scritti in lingua latina. Ad un secolo più tardi, al 1292, risalgono i più antichi verbali delle discussioni che si svolgevano, nel francese giuridico dei Normanni (*Law-French*), nei processi davanti ai giudici del re: sono i *reports*, documentati negli *Year Books*[402], una fonte indispensabile per seguire lo svolgimento

[401] Questo avvenne nonostante il fatto che nei secoli XII e XIII diversi giuristi italiani si siano recati in Inghilterra, tra i quali Vacario, Giovanni Bassiano, Francesco d'Accursio, Giovanni di Bologna; inoltre il diritto canonico era ben vivo nell'Isola [cf. de Zulueta-Stein 1990; Helmholz 2004; Brundage 2008, p. 92].

[402] Una serie di *Reports* antichi, dei primi anni del Trecento, viene progressiva-

storico del *Common law* che ha, come si è detto, il carattere di un diritto giurisprudenziale, nato in gran parte dalle decisioni dei tribunali. In effetti i *reports* contengono la rappresentazione dal vivo del dibattimento che si svolgeva davati ai giudici del re, con la *narratio* (*count*) del caso da parte del *serjeant*, di cui diremo tra breve, e con le argomentazioni che conducevano a fissare con precisione l'oggetto della lite e i fatti da sottoporre al verdetto dei giurati.

La redazione dei *Reports* si deve probabilmente a giovani aspiranti avvocati che assistevano ai dibattimenti per istruirsi nelle tecniche del *Common law* [Baker 2002, p. 179]. Solo il concreto contatto con il contenzioso, con l'ascolto e con la conoscenza diretta della dinamica processuale, poteva infatti insegnare il difficile mestiere del giurista di *Common law*.

5. *Glanvill e Bracton*

Due opere scritte da uomini di legge offrono un quadro preciso e ricco di particolari delle fasi formative del *Common law*. Intorno al 1187 vide la luce la prima esposizione del nuovo diritto anglo-normanno[403], attribuita a Ranulf di Glanvill, *Chief Justice* del re Enrico II, che descrive il sistema dei *writs* ancora in via di formazione, con riferimento primario al *writ of right* e alle assise: una fonte insostituibile di informazione sulla fase iniziale del nuovo sistema. Poco più di mezzo secolo dopo, intorno al 1250, il vasto trattato *De legibus et consuetudinibus Angliae* attribuito ad Henri Bracton[404], anch'egli giudice regio, esponeva con eccezionale limpidezza le principali regole di un *Common law* ormai maturo, desumendole in larga misura da un complesso di circa 500 decisioni giudiziarie coeve[405]. Il contenuto delle regole era quello sviluppato nelle corti centrali da giudici di altissimo livello quali William Raleigh, che fu tra l'altro l'autore di alcuni nuovi

mente edita nella principale collana di studi e di fonti storiche del *Common Law*, promossa dalla Selden Society di Londra.

[403] Glanvill, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England [...] (De legibus et consuetudinibus Angliae)*, ed. by G.D.G. Hall, London, 1965.

[404] Bracton, *On the Laws and Customs of England*, ed. by G.E. Woodbine; trans. by S.E. Thorne, Cambridge (Mass.), 1968-1977, 4 volumi.

[405] Un esempio. Bracton dichiara che il diritto inglese (*lex Angliae*) stabilisce che i beni personali o ereditari della moglie premorta spettino al marito a condizione che dal matrimonio sia nato vivo almeno un figlio. La prova deve essere fornita dalla testimonianza che il neonato ha emesso un grido alla nascita, e il grido deve esser stato udito «entro quattro pareti», cioè entro la stanza e testimoniato in via diretta. Bracton aggiunge che in alternativa fa prova anche il battesimo dell'infante, come risulta dal verbale del giudizio del giudice regio Martin di Pateshull, celebrato nella contea di Lincoln nel decimo anno di regno di Enrico [III: anno1226]: Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, f. 438 (ed. Woodbine-Thorne, vol. IV, p. 360).

writs. Lo schema sistematico adottato da Bracton si fondava invece sul modello continentale tratto dalle fonti romanistiche, in particolare sulla sistematica delle Istituzioni giustinianee e sugli insegnamenti del glossatore bolognese Azzone, che l'autore ben conosceva[406].

Nonostante questo rapporto di derivazione sistematica, le differenze di contenuto e di impostazione rispetto al diritto comune sono innegabili[407]. La rilevanza degli strumenti processuali nell'evoluzione del diritto sostanziale è stata decisiva: sono state le tutele introdotte dai *writs* a dare forma alla disciplina dei diritti reali e dei contratti: come scrisse Sumner Maine, in Inghilterra «il diritto sostanziale si è formato negli interstizi della procedura».

6. *Le professioni legali*

Ai litiganti che facevano ricorso alla giurisdizione regia si impose ben presto la necessità di designare chi gestisse in loro nome la causa, recandosi a Londra quando necessario: gli *attorneys*, che troviamo presenti dal secolo XIII, provenienti dalle diverse contee, avevano il potere di rappresentanza processuale della parte da cui erano stati scelti. Le loro scelte processuali vincolavano il mandante. Nel 1292 un *writ* del re rivolto ai suoi giudici dispose che gli *attorneys* fossero controllati dal centro, cioè dai giudici stessi.

Ben distinta dalla funzione di rappresentanza in giudizio fu, già in questa fase iniziale, un'altra funzione, che faceva capo ad una diversa categoria di giuristi. Ai *narratores* (*counters*) spettava di esporre in giudizio il caso controverso, illustrando in particolare la fattispecie che aveva indotto l'attore a rivolgersi al giudice. I *narratores* (o forse solo alcuni tra loro) assunsero poi la qualifica di *serjeants*, che sembra indicare un rapporto di servizio con il re. Essi riuscirono ad aggiudicarsi il monopolio dell'assistenza legale nella Corte dei *Common Pleas*, competente per la maggior parte delle cause che affluivano alla giurisdizione del re. Nel Trecento si formò una distinta corporazione – l'Ordine della cuffia[408] – ove erano ammessi solo pochissimi *serjeants* scelti annualmente dal re.

Nascevano così i due rami della professione, rimasti ben distinti anche in séguito: da una parte i rappresentanti della parte, gli *attorneys* più tardi denominati *solicitors*, dall'altra parte i difensori, i *nar-*

[406] Maitland 1895.

[407] Ad esempio la rivendicazione dei beni mobili (anzitutto animali: *chattels*) per il *Common law* non rientra tra le azioni reali (*actiones in rem*) in quanto l'attore poteva a sua scelta esigere la restituzione ovvero il risarcimento del danno, che rientrava nelle azioni personali.

[408] *Coif*: perché i suoi membri portavano sul capo una cuffia candida di seta o lino.

ratores-serjeants. A questi ultimi si aggiungevano, affiancandoli nelle altre Corti, numerosi altri giuristi di minor prestigio, a cominciare dai giovani aspiranti all'esercizio della professione legale, alcuni dei quali un giorno avrebbero potuto accedere alla ristretta cerchia dei *serjeants*, che svolgeva i compiti più impegnativi e discuteva le cause più lucrose.

La dinamica del dibattimento[409] (*pleading*) affidava al *narrator* dell'attore (*plaintiff*) il compito di esporre il caso nei suoi profili di fatto considerati rilevanti ai fini del giudizio. L'esposizione[410] si svolgeva in un particolare linguaggio, il francese giuridico, che era stato portato in Inghilterra dai Normanni e che solo nel corso del Seicento venne gradualmente sostituito dall'inglese. Invece il resoconto del processo (trascritto nei *Plea Rolls*) era steso dal verbalizzante in lingua latina, dopo la fase iniziale del dibattimento in cui la discussione orale poteva ancora portare a rimodulare il disegno preciso della fattispecie che poi, nel verbale, non era più modificabile.

Il convenuto poteva limitarsi a negare il fatto esposto dal *narrator*, ovvero negarne solo una parte, o invece confermarlo aggiungendo però un altro fatto che modificava il significato del primo, o infine confermare *in toto* il fatto ma argomentare che esso era conforme al diritto (*demurrer*). Solo in quest'ultima ipotesi spettava al giudice sciogliere il nodo, mentre nelle prime tre ipotesi (di gran lunga le più frequenti) il contrasto tra la versione dell'attore e quella del convenuto costituiva l'oggetto specifico (*issue*) della pronuncia della giuria [Baker 2002, p. 77][411].

Mentre sul continente a partire dal secolo XII la formazione superiore dei giuristi avveniva nelle università, nel Regno d'Inghilterra – ove pure alla metà del secolo vi sono le tracce di un insegnamento giuridico ad Oxford (1149), affidato al lombardo Vacario esperto di diritto romano, il quale per gli inglesi compose una sintesi del diritto giustinianeo nota col titolo di *Liber pauperum*[412] – si affermò invece un diverso indirizzo: i giuristi del *Common law* si formavano presso le corti centrali di giustizia, istruiti da Lettori (*Readers*) particolarmente esperti. Giovani giuristi in formazione erano incaricati di simulare processi e argomentazioni per addestrarsi alle tecniche

[409] Su ciò si veda la chiara sintesi di Baker 2002, pp. 76-85.

[410] Era detta *count*, cioè racconto, *narratio*.

[411] Un esempio, tratto dall'opera di Bracton. Alla domanda della moglie di recuperare i beni dotali (prevista con la concessione del *writ of dower*), il marito può eccepire: a) che la donna non è mai stata sua moglie («nunquam fuit ei desponsata»); b) che fu sposata, ma con un atto nullo, in quanto egli era già unito in matrimonio con un'altra donna; c) che fu sua moglie, ma non lo è più perché vi fu divorzio (Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, f. 302, ed. Woodbine-Thorne, vol. II, p. 372). Ognuna di queste eccezioni doveva naturalmente venire provata sottoponendola alla giuria.

[412] Vacarius, *The Liber pauperum of Vacarius*, ed. by F. de Zulueta, London, 1927.

del diritto, ma anche di annotare le discussioni svolte nei processi, come abbiamo visto, traendone i testi poi confluiti nei *reports* e negli *Year Books*. I *narratores* e *serjeants* prima di divenire tali venivano addestrati in veste di apprendisti alle tecniche specifiche dei *writs* e alle procedure presso le corti del re. Una volta ammessi al ruolo di difensori, entravano in una delle corporazioni (*Inns of Court*)[413] che riunivano i *serjeants*, delle quali le quattro più importanti sono tuttora esistenti[414].

Ben presto i sovrani adottarono il criterio di scegliere i giudici delle Corti centrali esclusivamente tra *serjeants* dell'Ordine della Cuffia (*Coif*), che avevano svolto per anni le funzioni di difensori con alto prestigio. I giudici erano dunque tutti avvocati anziani e autorevoli, in un rapporto di conoscenza diretta e di reciproca stima con i colleghi delle *Inns of Court*. Di qui la straordinaria compattezza, il prestigio e il rispetto reciproco che ha contrassegnato sino al presente il ceto forense inglese, nelle due componenti fondamentali, i giudici (*Justices*) e gli avvocati (*barristers*).

7. *La giuria*

Fondamentale nella storia del diritto inglese è l'istituto della giuria popolare, cioè l'affidamento a cittadini non giuristi di un ruolo centrale nella decisione delle cause giudiziarie. Una storia complessa[415], che percorre l'intero arco del diritto inglese.

Sul terreno delle controversie civili, come si è visto, sin dalla fine del secolo XII la giustizia del re concesse al convenuto, in una controversia immobiliare, di opporsi alla pretesa dell'attore non già con la prova del duello giudiziario bensì ottenendo le «grandi assise», cioè sottoponendo la questione a dodici *knights* (cavalieri, *milites* appartenenti all'esercito del re), scelti da quattro cavalieri nominati dalle due parti. Si noti che i giurati svolgevano il ruolo di testimoni, non quello di giudici.

Analogamente, sempre negli anni di regno di Enrico II, a colui che agiva asserendo di essere stato spogliato del possesso di una terra i giudici del re iniziarono (come si è visto sopra) a concedere uno specifico *writ* con il quale si imponeva allo *sheriff* di scegliere dodici uomini del luogo che attestassero se lo spoglio si fosse effet-

[413] Questo modo di formazione dei giuristi di *Common law* si è mantenuto costante nel tempo. La qualifica di *barrister* si acquisiva, sino al Novecento, non attraverso un titolo di studio universitario bensì dopo un praticantato di anni (attestabile attraverso un congruo numero di pasti consumati in loco) presso una delle quattro *Inns of Court*.

[414] Lincoln's Inn, Gray's Inn, Middle Temple, Inner Temple.

[415] Langbein *et al.* 2009, pp. 5-85.

tivamente verificato. In entrambi i casi si trattava di una procedura riservata alla sola giustizia del re, esperibile con pagamento di una congrua somma. Ma essa garantiva assai meglio il litigante rispetto alla procedura ordalica tradizionale e perciò, pur se in origine una procedura di eccezione, si affermò rapidamente rafforzando ed estendendo il raggio di applicazione della giustizia del re.

Nel campo penale la giuria ebbe una genesi differente. Il procedimento per portare davanti ai giudici l'autore di un crimine a partire dall'età normanna era esperibile in due diversi modi: con l'accusa avanzata dalla vittima del reato o dai suoi familiari, ovvero con la procedura per *indictment*, cioè attraverso l'interrogazione di un gruppo di uomini del luogo ai quali i giudici itineranti della corte regia chiedevano di informarli sui reati che erano stati commessi nel territorio e di pronunciarsi sulla perseguibilità dei possibili autori dei reati stessi. Questa seconda procedura (che è alla base della «giuria d'accusa» inglese, il *Grand Jury*, distinta dalla «giuria di giudizio», *Petty Jury*) divenne normale con le assise di Clarendon e di Northampton del 1166.

Chi fosse stato accusato con l'*indictment* doveva difendersi mediante il ricorso al duello giudiziario. Anche a colui che fosse stato accusato da un privato era imposto il duello. Ma nell'età di Enrico II divenne frequente che l'accusato chiedesse e ottenesse di potersi difendere dal suo accusatore ricorrendo alla testimonianza di dodici vicini anziché al duello: in tali casi si diceva che l'accusato «ponit se super patriam», cioè si sottopone alla testimonianza dei suoi compaesani. E dopo che, con il IV Sinodo Lateranense del 1215, la Chiesa proibì al clero di fare ricorso al duello giudiziario, questo gradualmente decadde anche nei processi dei laici. In teoria vi era pur sempre la possibilità di chiedere il duello anziché la giuria, ma in concreto chi rifiutava il ricorso alla testimonianza dei giurati veniva drasticamente punito. Se poi egli taceva per non dover scegliere, gli veniva applicata la «pena forte e dura» (*peine forte et dure*), un trattamento di tortura giudiziaria così aspro che poteva condurlo alla morte[416].

Dunque alla fine del Duecento la giuria (*trial by jury*) era divenuta il modo corrente di procedere sia nelle cause civili sia nelle cause penali. Essa era esperibile facendo ricorso a procedure specifiche e differenziate nelle diverse classi di azioni e di *writs*; inoltre, il ruolo dei giurati nel processo era un ruolo di testimoni qualificati, non ancora di giudici del fatto; infine, ai giurati non si richiedeva l'unanimità. L'accresciuta responsabilità del giudice, non più coperto dall'esito del giudizio ordalico ma autore della decisione anche a

[416] La pena, da lungo in disuso, fu formalmente abolita solo nel 1772.

rischio della salvezza dell'anima, evolverà nel tempo sino a condurre alla formulazione che impone di condannare solo se la colpevolezza sembra provata «beyond reasonable doubt»: una dottrina che ha origini teologiche e canonistiche [Whitman 2008].

Con queste caratteristiche, che si modificheranno nel corso del tempo, il ruolo dei giurati era comunque ormai acquisito quale elemento essenziale del sistema di *Common law*.

8. *La «Magna Carta»*

Il coinvolgimento attivo dei sudditi del regno inglese, tanto più significativo perché operante in un sistema costituzionale che attribuiva alla monarchia poteri molto incisivi, si manifestò anche in un altro contesto. Nel 1215 i baroni ottennero, in un momento di crisi dell'autorità regia, il riconoscimento di una vasta serie di diritti e di poteri, che trovò espressione in un documento di estremo rilievo, la *Magna Carta*. Riveduto e modificato più volte – la redazione definitiva risale al 1225[417] – questo celebre testo non si limitava a ribadire le libertà della Chiesa e quelle della città di Londra, ma riconosceva le prerogative dei Lords nei confronti dei loro sottoposti, liberi e coloni, in particolare i loro poteri giudiziari, che tra l'altro il *writ praecipe* non avrebbe più dovuto pregiudicare in futuro.

Inoltre, si stabiliva che «nessun libero sia imprigionato o privato del suo possesso o esiliato [...] se non attraverso il legale giudizio dei suoi pari o il diritto del luogo» (cap. 29). Quest'ultima prescrizione aveva originariamente uno spiccato sapore feudale [Baker 2002, p. 472]: la «corte dei pari» (*curia parium*) era composta, in Inghilterra come nel continente, da vassalli del medesimo livello rispetto al convenuto di un processo. Tuttavia la *Magna Carta*, a differenza di molti privilegi analoghi dei sovrani medievali del continente, nel regno inglese fu mantenuta in vita e costantemente richiamata nei secoli successivi, così che le medesime formule acquisirono significati nuovi. Nel Seicento il grande giudice e giurista Edward Coke la qualificherà «la fonte di tutte le leggi fondamentali del regno»[418].

Una parallela evoluzione si verificò nella rappresentanza politica. Se all'inizio del Duecento l'assemblea generale del regno aveva ancora i caratteri di un'assemblea feudale, composta essenzialmente dai baroni e dai grandi del regno, nel corso dello stesso secolo non solo ai rappresentanti delle contee – ai feudatari diretti del re («tenants in chief») – si aggiunsero i rappresentanti delle città e dei borghi, ma

[417] *Magna Carta*, ed. J.C. Holt, Cambridge, 1992.
[418] Coke, *Institutes of the Laws of England*, Union (N.J.), 2002, The First Part, 81a.

queste tre categorie vennero a far parte del Parlamento attraverso una procedura elettiva, non più per scelta discrezionale dello *sheriff*: costui si limitava ormai a curare che venissero eletti due cavalieri per ciascuna contea (*shire*), due cittadini per ciascuna città (*town*), due borghesi per ciascun borgo (*borough*).

Gli eletti non solo deliberavano congiuntamente nel Parlamento, ma la loro delibera vincolava tutti i loro elettori nelle rispettive contee, città e borgate dell'intero regno: avevano dunque un potere di rappresentanza pieno. Solo le disposizioni approvate dal Parlamento si chiamavano statuti (*statutes*), a differenza delle ordinanze che il re approvava nel suo Consiglio ristretto. Nel 1295, in occasione di una nuova convocazione del Parlamento, tale era ormai, e tale rimase in séguito, la struttura istituzionale del Parlamento inglese. Va tuttavia tenuto presente che gli statuti inglesi non sono equiparabili agli statuti dei comuni italiani e tanto meno alle leggi dei moderni parlamenti: la natura anzitutto giurisdizionale del Parlamento inglese si riflette anche negli *statutes*, che per taluni aspetti sono assimilabili a decisioni giudiziarie con validità estesa e permanente.

Se le ragioni che condussero all'approvazione della *Magna Carta* sono, come sempre nella storia, anche ragioni contingenti – Enrico III, alla ricerca di danaro per le guerre e le spese del regno, fu costretto ad estendere l'alveo dei contribuenti dai quali poteva ottenere risorse e perciò a coinvolgerli nelle decisioni sui tributi e a valorizzarne il ruolo – ciò non diminuisce il rilievo storico di questa precoce evoluzione, che colloca il regno inglese alle origini del sistema europeo della rappresentanza politica.