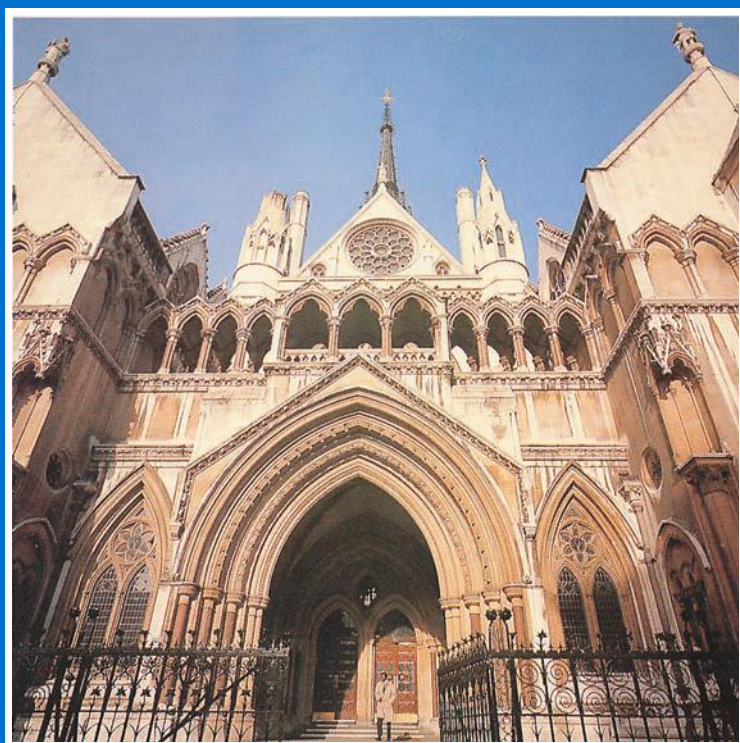


GIOVANNI CRISCUOLI - MARIO SERIO

NUOVA  
INTRODUZIONE ALLO STUDIO  
DEL  
DIRITTO INGLESE

LE FONTI



GIUFFRÈ EDITORE

## PREFAZIONE ALLA NUOVA EDIZIONE

*Nella prefazione alla terza edizione, pubblicata nel 2000, alla Sua introduzione allo studio del diritto inglese l'Autore esprimeva un punto di vista risoluto e chiaro, consistente nella necessità della conoscenza del diritto inglese allo scopo di accrescere il dialogo tra i giuristi europei. E questo perché il riferimento al common law implica il rinvio a strutture di pensiero, a categorie giuridiche, a modelli normativi che comunque rappresentano esperienze originali e rilevanti nel continente europeo e possono orientare delicate scelte di politica del diritto in ambito comunitario: a tal proposito Giovanni Criscuoli ricordava come nel dibattito circa i possibili criteri di redazione dei testi di legge fosse impossibile ignorare la « tecnica analitico-descrittiva collaudata oltre Manica » contrapposta al « sintetismo continentale ». Anche nel campo dell'interpretazione, notava l'Autore, il ricorso, tipico dei giuristi inglesi, al metodo ermeneutico « scalare », alternativo a quello « globale » tipico degli altri paesi europei, dà luogo ad un orientamento degno di essere esplorato non solo in sé ma anche in forma comparativa con altri ordinamenti.*

*La prospettiva di studio del diritto inglese acquistava così, agli occhi dell'Autore, una funzione composita, al tempo stesso di accesso ad un ordinamento antico, peculiare ed ispiratore dei principali istituti di democrazia liberale circolanti nel mondo intero e di misura e di giudizio degli altri diritti europei e dello stesso diritto comunitario: gli uni e l'altro non possono in fondo comprendersi se non attraverso il meccanismo proprio della comparazione, che procede per analogie e differenze. Di entrambe è certamente ricco, in misura variabile, il diritto inglese. Ed in questo Giovanni Criscuoli fermamente credeva, da europeista convinto: che nulla potesse offendere maggiormente la sensibilità dei comparatisti, ed in ultima analisi degli stessi giuristi inglesi, che perpetuare o favorire l'isolamento del common law dal tessuto culturale del resto d'Europa.*

*Al soddisfacimento di queste esigenze l'Introduzione allo studio del diritto inglese dichiaratamente tendeva, con atteggiamento arioso,*

*moderno, lontano da convenzioni o luoghi comuni, congiungendo i lembi di distanza tra diritto inglese e diritto continentale senza mai nascondere, però, la profondità delle rispettive impronte storiche. Il disegno dell'opera era di genuina matrice comunitaria, diretto a vincere lo scetticismo di chi concepisce l'originalità dei tratti distintivi dei singoli ordinamenti europei come barriera rispetto alla comunicazione con gli altri e non come punto di diramazione di un progetto di possibile armonia nel rispetto, ed a dispetto, delle differenze.*

*Le odierne, deludenti vicende politiche inglesi, che allontanano quel paese dall'Unione Europea, potrebbero indurre a considerare come destinata all'eclissi la solare stagione di scambi interordinamentali che ha animato l'opera del Maestro. Ma a questo scoramento non si può cedere, dovendosi continuare a credere che il dialogo giuridico europeo sia un processo inarrestabile ed insensibile alle diverse pulsioni politiche: in questo senso l'odierno volume, per non tradire la prospettiva dell'originario Autore, mantiene inalterata la propria visione europeista, nell'auspicio che essa non cada nell'oblio o sia sopraffatta dagli eventi avversi.*

*La finezza dell'animo politico di Giovanni Criscuoli, la Sua incancellabile concezione liberale, il Suo vibrante amore per le libertà individuali trovano nell'opera in questione il compendio maturo, avvincente, esemplare, resistente nel suo impianto al logorio del tempo ed al succedersi di contesti normativi. Ma questi ultimi vanno considerati e recepiti a protezione della ammirevole trama dell'opera, per non recarle l'ingiusto torto dell'obsolescenza causata solo dal fatto nuovo e ad onta dell'immortalità dell'idea che ne era stata genitrice.*

*La necessità di assorbimento dei precipitati giuridici del tempo successivo all'ultima edizione dell'Introduzione, volta alla sua sopravvivenza ad eventi che aggiornano la realtà ma non sono capaci di compromettere lo spirito con cui l'opera fu concepita, giustifica questa nuova edizione rivista e resa attuale, ove necessario. Ora, in questa conciliazione tra utilità dell'aggiornamento e inderogabile intangibilità dell'architettura del lavoro risiede il mandato affidato a chi intraprende, per tributo alla figura del Maestro e fedeltà al Suo valore, il compito di curarne una nuova edizione (e l'elemento di novità è riflesso nella re-intitolazione del libro) ad oltre dieci anni dalla scomparsa. Al peso nel cuore per essa si accompagna un desiderio, auspicabilmente non illusorio, che Egli, in contemplazione di questo evento, non lo avrebbe ostacolato o scoraggiato. Da ciò si*

*trae forza e speranza che non vada a vuoto il tentativo di preservare l'opera grazie ad innesti informativi che non ne alterino la struttura di pensiero o ne modifichino l'afflato originario (è il caso dell'arricchimento del già fitto paragrafo descrittivo del conflitto tra giurisdizioni di common law ed equity nel diciassettesimo secolo).*

*Il tentativo viene condotto anche attraverso l'inserimento di un nuovo capitolo, destinato ad assorbire quello sulla struttura dell'ordinamento giudiziario inglese, che viene dedicato non solo alla descrizione degli importanti mutamenti intervenuti nel presente millennio ma anche alla individuazione di nuovi assetti istituzionali, politici, culturali che hanno portato al gruppo di riforme del tessuto costituzionale inglese e dei poteri dello stato, nonché, negli anni precedenti, della professione forense. In questa scia viaggiano le nuove pagine dedicate alla novella Supreme Court.*

*La convinzione che ha suggerito questo passo è stata che, esattamente ottocento anni dopo la promulgazione della Magna Carta (cui è dedicato un paragrafo additivo), i mutamenti non possano essere semplice oggetto di esposizione, ma di essi vadano colti i riflessi sulla generale conformazione dell'ordinamento giuridico inglese e sulla permanenza dei suoi elementi costitutivi nei termini così accuratamente posti in luce da Giovanni Criscuoli.*

*Si è cercato di consolidare il piano dei riferimenti alla natura sostanzialmente costituzionale dell'ordinamento inglese, soffermandosi integrativamente sul fondamentale tema della rule of law.*

*L'esigenza di non appesantire l'opera così arricchita, privandola corrispondentemente della vocazione didattica dal Maestro sempre coltivata, ha persuaso dell'opportunità di abbreviare i capitoli di più spiccato carattere storiografico, quali quelli aventi ad oggetto i repertori giudiziari ed i books of authority, determinando, altresì, l'estinzione delle appendici e l'alleggerimento e la semplificazione delle parti più minuziosamente destinate al raffronto tra istituti romanistici e di common law, al solo fine di valorizzare la ragionata conclusione di fondo che tende ad escludere sovrapposizioni tra i due ordinamenti.*

*Ed infine, una netta scelta è stata imposta dal desiderio di conservare l'originaria destinazione didattica ed ha suggerito di rendere talvolta più diretto e conciso lo stile espositivo, onde facilitarne la piena fruizione studentesca, eliminando sovente la congiunta rappresentazione della medesima espressione in inglese ed in italiano (preferendosi in generale quest'ultima lingua).*

*Minori emendamenti sono poi occorsi quanto alla soppressione sempre per ragioni di più facile apprendimento, delle prima frequenti partizioni in numeri o in lettere di vari argomenti trattati nel medesimo paragrafo.*

*Si è fiduciosi naturalmente nel fatto che il lettore trarrà l'impressione secondo cui a questo lavoro di snellimento non hanno minimamente corrisposto modificazioni contenutistiche o essenziali.*

*Va, ancora, detto che alcune recenti ricerche da me condotte su temi afferenti all'impianto dell'opera (precedente giudiziario, rapporti tra dottrina e giurisprudenza inglese, dimensione storica e dimensione giuridica del common law inglese) sono state inserite per affinità di materia e completezza espositiva all'interno del testo. Le parti (interi capitoli o sezioni ovvero semplici paragrafi) di nuovo innesto, frutto di elaborazione a me in tutto o in parte ascrivibile, sono contrassegnate nell'indice da un asterisco.*

*Col mantenimento dell'architettura dell'opera, delle sue partizioni, dello spirito informatore, dell'inimitabile stile espositivo, arguto e diretto, il curatore ha pensato potesse conciliarsi la responsabilità di affiancare il proprio punto di vista incrementale e coordinato, quale professato nel tempo (in materia di tecniche argomentative giudiziali, di assorbimento in un unico tessuto dei principi di diritto comune ed equitativi, etc.): e questo per testimoniare, nella trepidazione per il giudizio della comunità scientifica di riferimento, continuità ed armonia scolare.*

*Il libro (la cui opera di revisione si deve alla certissima attenzione di Rosario Petruso) è dedicato ai Familiari del Maestro, così generosi e fiduciosi, ed a tutti i Suoi allievi di varie generazioni di cui qui menziono il caro Professor Antonello Miranda, a titolo sicuramente rappresentativo.*

Mario Serio

Palermo, ottobre 2016

Termine estratto capitolo

## CAPITOLO I

## SEZIONE I

## CARATTERI GENERALI DEL DIRITTO INGLESE

SOMMARIO: 1. Limiti territoriali. — 2. Precisazioni terminologiche. — 3. Concetto di diritto e *rule of law*. — 4. Partizioni principali. — 4.1. La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico nel *common law* inglese. — 4.2. *Public law*. — 4.3. *Private law*. — 4.4. *Procedural (o adjective) law*. — 4.5. *Public international law*. — 4.6. *Private international law*. — 5. Caratteri fisionomici: antichità e continuità. — 6. Prevalente natura giudiziaria. — 7. L'apporto storico della dottrina alla formazione dei giuristi inglesi. — 8. Storicità. — 9. Resistenza al diritto romano.

1. *Limiti territoriali.*

Il “diritto inglese” (*English Law*) è il diritto del regno d’Inghilterra, del quale, sin dal 1536, fa parte anche il Galles oltre l’isola di Wight.

Non è, invece, il diritto della Gran Bretagna, perché, questa, che come la sola Inghilterra non rappresenta uno Stato, è una entità territoriale e politica formatasi con la fusione del regno d’Inghilterra con quello di Scozia e quest’ultimo, pur dopo l’*Union with Scotland Act* del 1707, ha conservato autonomo il proprio ordinamento giuridico, che, per l’origine, il fondamento, l’influenza della concezione romana e continentale del diritto, è diverso da quello inglese.

Il *Treaty (Act) of Union* del 1707 sancì nel suo articolo iniziale che, a decorrere dal primo maggio di quell’anno, i regni di Inghilterra e di Scozia sarebbero stati per sempre uniti in un unico regno denominato Gran Bretagna. L’intera struttura dell’Atto rivela natura e fini politici, occupandosi di determinare le conseguenze istituzionali, organizzative, religiose dell’Unione e di disegnare le competenze degli organi riferibili al nuovo soggetto. Vi è anche una complessa norma, la sezione 25, che si muove nel delicato campo della individuazione della sorte dell’assetto legislativo precedente e

dei limiti della residua autonomia delle istituzioni superstiti dei due regni. Le separate disposizioni che riguardano i punti in esame si muovono verso l'affermazione del principio della supremazia del nuovo Parlamento, sorto a seguito dell'Unione, più esattamente della sua sovranità, come la sapienza dei maggiori giuristi inglesi la avrebbe via via definita secondo un lessico declinato nel rispetto dell'evoluzione di una fortunata e salda dottrina costituzionalista. Il doppio canone legislativo formatosi nel 1707 poneva un vincolo ed un monito: nessuna legge anteriore o posteriore avrebbe potuto, rispettivamente, essere mantenuta validamente in vita se si fosse rivelata in contrasto con i principi dell'*Act of Union*. Egualmente non si sarebbe potuto ignorare, disconoscere, indebolire, la natura fondamentale ed essenziale di quel testo quale regolatore dei rapporti tra Inghilterra e Scozia consolidati nella nascita del nuovo regno di Gran Bretagna.

È subito necessario chiarire il nesso che intercorre tra l'unione politica realizzata dall'atto fondamentale del 1707 e l'integrità dei sistemi giuridici e degli organi giurisdizionali delle due nazioni interessate.

Il progetto unionistico portato a compimento nel XVIII secolo è tutto permeato di natura politica in quanto obbediente alla necessità di porre fine a dispute ed incertezze nelle successioni dinastiche, che si riverberavano sulla stabilità dei due paesi. Ma questo pensiero non mosse mai gli autori del Trattato d'Unione a rinnegare storia, tradizioni, origini, consuetudini nazionali o a privarle sia di valore simbolico sia di vigenza.

Il primo riflesso di questa concezione conservatrice degli aspetti avulsi dalla politica della vita dei regni di Inghilterra e di Scozia fu indubbiamente quello legato ai sistemi giuridici. Il timore coltivato, anche fino alla nostra epoca, nelle più sensibili menti giuridiche scozzesi è sempre stato, ad esempio, quello dell'annessione del minore al maggiore dei due Regni oggetto di unione con conseguente scomparsa anche del *quid proprii* del tessuto giuridico.

Ma la stessa dottrina inglese, nelle opere dei più autorevoli studiosi di teoria generale dello Stato e di diritto costituzionale, non ha mancato di mettere in guardia da avventate tentazioni di abolizione, da parte del Parlamento di Westminster, del diritto scozzese o di sua assimilazione — con necessaria perdita di identità — a quello inglese. Su questa preservazione dell'identità giuridica nazionale scozzese nel corso del tempo hanno avuto modo di conve-

nire, non sorprendentemente, esponenti delle corti inglesi di origine scozzese o le stesse corti scozzesi mantenute in vita dal trattato sull'Unione del 1707. L'art. XIX di questo testo, infatti, prevede, in continuità logica con la già riportata disposizione di natura sostanziale del successivo art. XXV, che continuasse a sedere il Supremo organo giurisdizionale scozzese, la *Court of Session* (altrimenti appellata *College of Justice*): essa avrebbe continuato ad esercitare le proprie funzioni territoriali pur dopo, e nonostante, l'entrata in vigore del trattato, con la stessa "autorità ed i privilegi" del passato, soggetta soltanto alle direttive impartite, ai fini della "migliore amministrazione della giustizia, dal Parlamento della Gran Bretagna". Sebbene il processo di riforma abbia ormai compiuto il suo corso, gli echi del dibattito nato nelle aule di giustizia ed in quelle parlamentari nei primi anni del XXI secolo con riguardo ad esso meritano di essere rievocati nei limiti della loro capacità di illuminare l'oggetto di questo studio.

In un triplice ambito si mossero le (sostanzialmente improduttive, alla luce del senno di poi) critiche al mantenimento del modello della corte suprema a presidio dell'unione protrattosi dal 1707: nel doppio perimetro giurisdizionale, scozzese ed inglese, e nei lavori parlamentari propedeutici all'emanazione della riforma costituzionale del 2005. In ciascuno di tali ambiti la fiera e convincentemente argomentata identità giuridica del diritto scozzese — di quello privato in particolare — occupa gran parte del telaio discorsivo.

Nel corso dell'espressione del suo parere sul progetto riformatore la *Court of Session* scozzese manifestò "forte opposizione" alla visione giurisdizionale centralista che si sarebbe rivelata "retrograda e pregiudizievole per la separata identità del diritto scozzese" soprattutto se si fosse postulato — come adombrato nel documento parlamentare con cui si sollecitava il parere della *Court of Session* — un effetto vincolante nell'intero Regno Unito, piuttosto che limitato al territorio di provenienza delle sentenze impugnate di fronte alla Corte Suprema, delle decisioni di quest'ultima.

Quanto al perimetro giurisdizionale inglese, la questione della preservazione dei margini di autonomia concettuale, e squisitamente positiva (ossia scaturente da disposizioni legislative), del diritto scozzese, ed in particolare della sua branca privatistica, venne in traumatizzante rilievo nei primi anni del XXI secolo, immediatamente posteriori all'emanazione dello *Scotland Act 1998*

da parte del Parlamento di Westminster. Non bisogna certo ritenere che le posizioni giurisprudenziali di cui si sta per dire erano dotate di un retroterra di pensiero giuridico — tanto accentuato da apparire dogmatico — che si proponeva di additare il carattere contraddistintivo genetico dell'ordinamento scozzese rispetto a quello inglese, rinvenendolo nell'adesione all'idea romano-canonica della priorità logica e della necessità di previa affermazione ed individuazione dei diritti soggettivi in relazione alla loro intrinseca natura ed all'oggetto, piuttosto che al contenuto della tutela rimediabile rispetto ad essi concepibile.

Alla massima “*ubi ius ibi remedium*” la tradizione giuridica inglese sostitutiva la visione non più fondata sui “principi ma sui rimedi”.

Su questa implicita base si innesta il poderoso e plateale conflitto apertosi all'interno della stessa *House of Lords* sul tema dello spazio, non solo teoricamente riconosciuto, ma concretamente garantito, al diritto scozzese (ed a singole disposizioni), pur se incompatibili o addirittura palesemente contrastanti con altre prodotte dal diritto inglese. V'è da dire che l'imbarazzante conflitto vide, dalla parte del diritto scozzese, il costante intervento di uno stesso componente del Supremo consesso giurisdizionale del Regno Unito, ancora una volta un giudice di origine scozzese, *Lord Hope of Craighead*. Egli si trovò di fronte altri giudici inglesi dalle differenti opinioni: l'uno e gli altri, solo al prezzo di faticose dissimulazioni, tentarono di allontanare dalle rispettive statuizioni la sospettosa ombra dell'influenza esercitata dalla provenienza geografica. Due volte nel giro di pochi mesi differenti collegi, prima del *Privy Council* pronunciatisi in sede giurisdizionale su ricorso del *Lord Advocate* scozzese e poi della *House of Lords* in composizione allargata in sede consultiva su richiesta di parere formulata dall'*Attorney general* inglese, si trovarono ad esprimersi sulla cruciale materia della rilevanza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950 nei due testi, rispettivamente scozzese (*Scotland Act 1998*) ed inglese (*Human Rights Act* dello stesso anno, entrato in vigore nel 2000), nei quali essa è posta al centro di specifiche previsioni, seppur dirette a disciplinare situazioni non combacianti.

Di grande importanza è lo *Scotland Act 1998* emanato dal Parlamento inglese, che ha dato origine ad una istanza autonomi-

Termine estratto capitolo

## SEZIONE II

DIMENSIONE GIURIDICA E DIMENSIONE STORICA  
DEL *COMMON LAW*: MONDI SEPARATI  
OVVERO UNITI DALLA COMPARAZIONE

SOMMARIO: 10. Lo sviluppo del *common law* inglese anteriore al pensiero di Maitland. — 11. « Perché non è scritta la storia del diritto inglese »: la lezione di Maitland. — 12. Il pensiero degli autori successivi a Maitland. — 13. Lo studio tridimensionale del diritto inglese.

10. *Lo sviluppo del common law inglese anteriore al pensiero di Maitland.*

Le profonde radici storiche del *common law* inglese ne fanno un ordinamento stagionato ed onusto di tradizioni che conta nelle proprie numerose pieghe istituti, principi, regole, norme, orientamenti rinnovatisi nel tempo o, in certi casi, rimasti fissi nella loro struttura originaria. L'ordinamento marcia lungo una linea di continuità storica che è possibile apprezzare nel corso dell'evoluzione cronologica e ne scandisce le tappe dei lunghi processi di sviluppo, consolidamento, assestamento. Se, è, quindi, intuitiva, se non addirittura congenita, la necessità di uno studio in chiave storico-diacronica del diritto inglese nella prospettiva di conoscerne gli assetti man mano stabilitisi, più complessa e meno pacifica è la costruzione dell'edificio teorico in cui possa trovare adeguata ospitalità il coordinamento dei rapporti tra la conoscenza storica e quella puramente giuridica del *common law* inglese. L'utilità stessa del coordinamento si manifesta a partire dal momento in cui la formazione dei giuristi inglesi cessa di essere esclusivamente acquisita in sede professionale per essere impartita in forma accademica.

Nel secolo successivo a quello in cui fu tenuta da Blackstone la lezione inaugurale del corso di *common law* la rilevanza della questione cominciò ad essere percepita e predicata.

Va qui ricordato che, nel pensiero di Blackstone (1723-1780), l'importanza dell'apprendimento teorico del diritto non valeva soltanto a completare la preparazione acquisita nel corso della

pratica professionale ma proteggeva lo stesso professionista dal rischio del disorientamento nel caso di improvviso mutamento dei precedenti giudiziari: egli, infatti, avrebbe potuto contare sugli elementi essenziali, i principi del diritto. A questo scopo lo studio universitario serviva, costituendo un passo necessario per avviarsi alle professioni legali.

Se l'apporto di Blackstone alla creazione di una cultura giuridica di stampo universitario in Inghilterra rappresenta il punto più elevato ed indiscusso di inizio del processo di integrazione tra prassi e teoria del *common law*, nei secoli precedenti era stata avviata, anche se non in sedi qualificabili come formalmente accademiche, la riflessione sul tema dei rapporti tra storia e diritto, aggregate nell'espressione "*legal history*".

Si accredita generalmente a John Selden (1584-1654) il merito di aver, almeno embrionalmente, concepito un disegno culturale volto ad inglobare storia e diritto come parti complementari: il disegno sarebbe stato portato a ragguardevoli esiti, anche grazie agli studi condotti dall'importante società scientifica che deve il suo nome allo studioso in questione. Secondo Selden non esistevano preclusioni alla possibilità che il giurista fosse anche versato nelle scienze storiche o filosofiche; egli stesso avrebbe dovuto essere considerato, applicando al suo tempo l'odierna terminologia, come uno storico del diritto.

Egli preferiva l'idea che lo studio storico non fosse fine a se stesso ma dovesse servire ad illuminare il presente, sostenendo che la storia del diritto fosse collegata all'attualità come se si trattasse di un ascendente in linea retta. Nel giudizio che l'odierna dottrina dà dell'opera di Selden, ponendola a raffronto con il pensiero — su cui più avanti ci si soffermerà — di Maitland, si sottolinea che egli era sia un giurista sia uno storico, che muoveva dall'idea secondo cui nella ricerca storica occorre distinguere la verità fattuale da quella legale, scaturente dalle prove giudiziarie, in questo modo confutando *ante litteram* la teoria di Maitland imperniata sul fatto che, come si vedrà più approfonditamente in seguito, la speculazione giuridica è piuttosto sorretta dal principio di autorità che da quello di verità. Per Selden la ricerca storico-giuridica è orientata alla scoperta dei fatti (e, si sottintende, non a quella dei principi teorici alla loro base).

Grazie a quest'atteggiamento intellettuale, Selden riuscì a schivare la trappola nella quale solitamente cadono gli storici, di

confondere l'osservanza spontanea di norme consuetudinarie con il dovere giuridico. Eppure, malgrado l'evidente influenza esercitata da Selden sulle successive opere di Maitland e Milsom (1923), la rilevanza della sua presenza è oggi generalmente trascurata, a causa dell'infelice stile letterario.

Ma gli inestetismi espositivi non riescono, ad avviso degli odierni cultori della storia del diritto inglese, a velare i permanenti meriti scientifici di colui che diede il nome alla prestigiosa associazione nota nel mondo: tra questi, si segnala la capacità di evitare il rischio dell'anacronismo negli studi storici grazie ad un aggiornamento costante della lettura e dell'interpretazione delle fonti e dei documenti del tempo nonché l'invocazione dell'esperienza di altri ordinamenti, ai quali guardare da tutti i lati.

Un salto di due secoli fa planare sulla più compiuta ed originale, fino ad allora, esposizione sull'inclinazione teorica, e sulla corrispondente dimensione accademica, dello studio del *common law*. La nota lezione inaugurale tenuta il 25 ottobre 1758 da William Blackstone, insediatosi presso la cattedra Vineriana istituita presso l'Università di Oxford, rappresenta un compendio ragionato ed incisivo dei mezzi e dei fini associabili all'insegnamento giuridico. Esso, infatti, aiuta il pratico a muoversi con maggiore stabilità sul terreno della conoscenza del diritto ogni volta che la superficie su cui essa poggia sia resa cedevole da inattesi mutamenti di indirizzi giurisprudenziali. In particolare la prospettiva teorica fornisce al professionista giudiziario l'apriori degli istituti e dei ragionamenti giuridici, lo guida verso la loro comprensione. L'insegnamento diviene, in questo nuovo modo di concepire il rapporto tra scienza e prassi, il passo necessario verso la professione forense ed il docente diviene un espositore della « *general map of the law* ». Blackstone nota che lo stesso John Fortescue (1395-1479), nel suo panegirico del diritto inglese, pur negando la necessità che un professionista legale si addentri nei meandri della legge, ammette che egli debba agire sotto la guida di un maestro per apprenderne i principi e gli elementi originali.

Blackstone non si limitò ad incanalare lo studio giuridico nelle istituzioni accademiche e ad esaltarne la prospettiva utilità pratica: egli volle anche rompere la separatezza del *common law* da altre branche del sapere umano, quali le scienze naturali, o la comparazione con altri ordinamenti, la filosofica ricerca degli elementi fondativi del diritto.

È del tutto immanente, quale che ne sia il grado di esplicazione, a questo pensiero sinergico il riconoscimento della rilevanza della prospettiva storica nello studio del *common law*: anche lo studio delle pandette romane è in grado di fornire una conoscenza storica utile al giurista contemporaneo.

Il secolo successivo alla lezione Blackstoniana recò frutti ancora più maturi nella campagna dedicata a distogliere il *common law* dall'aridità del profilo esclusivamente professionale, fatto di quelle liti e di quei drammi umani che la dolente ma caustica penna di Dickens (1812-1870) avrebbe in più occasioni elevato alle vette letterarie di *Bleak House* e *Great Expectations*, ed indirizzarlo verso la via della conquista della sua dignità scientifica e della sua stretta connessione con altre scienze e forme culturali.

Può apparire sorprendente il fatto che dei rapporti tra la scienza giuridica ed altre scienze si sia occupato, prima che sulla scena scientifica irrompessero figure del calibro di Maitland e Vinogradoff, nel cinquantennio iniziale dell'ottocento un giurista pratico e sprovvisto di formazione universitaria, esperto in materia di trasferimenti immobiliari. William Davis Lewis (1823-1861), autorevolmente definito un ragazzo prodigio, affrontò magistralmente la questione dell'utilità dell'allargamento dell'orizzonte conoscitivo del giurista durante la lezione inaugurale del corso di *Real Property* del 1847, presso il Gray's Inn. Egli individuò nello studio del diritto due ulteriori, distinte prospettive, la storica e la filosofica: di entrambe il giurista deve tener conto per un'adeguata comprensione del fenomeno giuridico. In particolare, la dimensione storica dell'analisi giuridica, secondo Lewis, facilita l'individuazione delle ragioni che, nel tempo, hanno condotto all'evoluzione normativa di un dato istituto, partendo dalle esperienze più lontane. Parallelamente, chi sia desideroso di acquisire una fedele rappresentazione delle condizioni sociali di un particolare periodo storico, dovrà far ricorso alla conoscenza storico-giuridica: la storia del diritto costituisce per Lewis, un'ottima base sia per gli storici sia per i giuristi.

11. « *Perché non è scritta la storia del diritto inglese* »: la lezione di Maitland.

La convenzione accademica del termine estratto capitolo

## CAPITOLO II

### TIPOLOGIA DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. La nozione di « fonte formale » ed il suo carattere speculativo. — 2. Le « fonti legali » e la loro forza « normativa ». — 3. Le « fonti storiche » e la loro funzione « persuasiva ». — 4. Il ricorso alle *legal categories* nell'esperienza del diritto privato inglese. — 5. Le « fonti letterarie » ed il loro rilievo strumentale.

#### 1. *La nozione di « fonte formale » ed il suo carattere speculativo.*

Il termine « fonte » (*source*), che, nel linguaggio ordinario, sulla scia delle trasposizioni metaforiche del suo originale e concreto significato di sorgente di una vena d'acqua, è genericamente indicativo di una qualsiasi realtà dalla quale un'altra realtà scaturisce, nel linguaggio giuridico, riferito propriamente al diritto — donde la espressione « fonte di diritto » (*source of law*) —, è usato con significati che, pur sfruttando in comune le idee centrali di « origine » (in senso fisico) e di « fondamento » (in senso figurato), sono molto diversi tra loro. Per cui occorre precisare anche per l'opportunità di indicare in ordine a quali di essi intendiamo sviluppare il discorso.

Si parla, così, innanzitutto, di *formal source* o « fonte (in senso) formale » per indicare il potere in cui le norme trovano l'origine primigenia ed essenziale della loro giuridicità.

La determinazione di questo potere è materia di teoria generale del diritto (*Jurisprudence*), dove, a questo proposito, è sempre vivo il dibattito, dalle chiare prospettive sociologiche e filosofiche, sulle divergenti risoluzioni di scuola che individuano quel potere o nel consenso popolare o nella sovranità statale o nella stessa natura dell'uomo attraverso le indicazioni espresse dalla sua ragione.

Il carattere eminentemente speculativo di questo tipo di fonte ha grande peso — è appena il caso di dirlo — sul piano della ricerca teorica, ma allo stesso tempo rappresenta senza dubbio un limite

all'approfondimento della specie da parte del giurista positivo. È impegnato principalmente dalla necessità di conoscere le implicazioni effettuate e contingenti del "living law": ossia del diritto considerato nella sua essenza di « realtà vivente ».

## 2. Le « fonti legali » e la loro forza « normativa ».

Una diversa specie di fonti è costituita da quelle c.d. « legali » (*legal sources*) da individuarsi nei mezzi tecnici, che stabiliscono o esprimono le norme giuridiche dell'ordinamento.

La loro differenza con le fonti formali riposa in ciò che, mentre queste ultime indicano speculativamente dove (si crede) risieda la forza precettiva delle fonti legali, tali fonti legali rappresentano piuttosto il modo o le forme attraverso cui il diritto positivo concretamente si determina, ovvero, come coloritamente si dice, "gli unici cancelli attraverso i quali nuove regole possono immettersi nell'ordinamento".

Fatta questa diagnosi differenziale, va subito sottolineato che sono proprio le fonti legali ad avere il maggior peso nella vita del diritto. In che modo ed in che misura questo peso si faccia sentire avremo occasione di accorgercene nei prossimi capitoli dedicati allo studio particolare di questo tipo di fonti.

Per avviare, comunque, il discorso sulla loro conoscenza individuale è bene sapere fin d'ora che esse, nello stesso ordine che daremo all'esposizione futura, sono quattro: il « precedente giudiziale » di tipo vincolante (*judicial precedent*) cui si ricollega il concetto di *case-law* o *judge-made law*, che è la fonte generale del diritto nazionale, e può essere duplice: di *common law* o di *equity*; la legge, di origine nazionale o interna (*Statute* o *Act of Parliament*), nonché gli atti aventi forza di legge di derivazione comunitaria, i quali tutti hanno il carattere di fonte speciale di diritto e rappresentano lo *enacted-law* dell'ordinamento; la consuetudine o *custom*, cui corrisponde il diritto consuetudinario o *customary law*; i c.d. « *books of authority* » costituiti dai trattati cui si riconosce il valore di testi normativi.

Le prime due fonti, ossia il « precedente » e la legge, hanno il rango di « fonti principali » (*principal sources*) per via del decisivo ruolo dominante da esse svolto.

Sappiamo già, e comunque vi ritorneremo in seguito, che il rapporto tra il « precedente » e la legge è segnato dal carattere di

specialità di quest'ultima, la quale pertanto ha valenza primaria e forza prevalente. Ma attraverso la funzione interpretativa i giudici condizionano — sia pure nel massimo rispetto dell'autorità del Parlamento, rispetto che è garantito dall'osservanza di un apposito congegno ermeneutico — il dettato legislativo, nel senso che questo, una volta posto in essere, è destinato a vivere nei limiti segnati dai « precedenti ».

Le altre due fonti, la consuetudine ed i « *books of authority* » operano a livello di fonti legali « sussidiarie » (*subsidiary sources*), esplicando, esse, la loro forza normativa solo nella misura consentita dalle fonti legali « principali » relative alla materia.

A loro volta i « *books of authority* » sono fonti ulteriormente sussidiarie rispetto alla consuetudine.

### 3. *Le « fonti storiche » e la loro funzione « persuasiva ».*

Con riferimento ai fattori dell'esperienza che forniscono i materiali per la determinazione, in via essenzialmente giudiziale, del contenuto delle norme di diritto positivo si parla di « *historical sources* » o « fonti storiche » in vista della precisa correlazione sostanziale che lega l'esperienza alla storia.

Il denominatore comune che caratterizza l'incidenza di questi fattori nella vicenda enucleativa del diritto inglese è dato dalla tipica circostanza funzionale che essi non sono « *binding* » o, come pur si dice, « *authoritative sources* », sibbene « *persuasive sources* ». Non si tratta, cioè, di fonti che rappresentano di per sé un *iussum*, un comando per l'organo giudiziario, cui è devoluta la produzione o l'elaborazione applicativa del diritto, e non hanno pertanto il crisma della « autorità vincolante »; sono, piuttosto, fonti che per lo stesso organo hanno forza « persuasiva », ossia la forza di potere influire, con il peso del loro valore, solo in via di supporto.

Il numero dei fattori di cui parliamo è virtualmente illimitato: possono, difatti, essere religiosi, etici, politici, sociali, giuridici, economici, culturali, internazionali. Tuttavia solo alcuni di essi si presentano particolarmente qualificati sì da meritare un richiamo individuale.

Notevole peso hanno, innanzitutto, i c.d. « *persuasive precedents* », ossia le sentenze o, secondo la stessa terminologia inglese, « precedenti » giudiziali i quali non hanno forza normativa vincolante, ma, appunto, semplicemente « persuasiva » o di convinci-

mento circa l'esistenza, il valore o la portata di una determinata regola o principio. Vedremo in seguito quali sono i « precedenti » inglesi di questo tipo e quali, invece, quelli che pongono norme giuridiche vincolanti. Va, d'altra parte, precisato che rientrano nella categoria in esame le sentenze, pur dotate di forza vincolante, emesse negli Stati Uniti e più in generale dalle corti di Stati stranieri aventi ordinamenti di *common law*, oltre che le sentenze emesse da organi di giustizia europea.

Peso possono avere pure i c.d. « *obiter dicta* », consistenti, come vedremo meglio quando analizzeremo il contenuto strutturale delle sentenze, nelle opinioni, affermazioni, argomentazioni, citazioni fatte, appunto, *obiter* o *incidenter tantum* (“*by the way*”) dai giudici nel corpo delle loro sentenze, le quali sono ultronee o non essenziali per la motivazione di queste sentenze, ma sono comunque intrinsecamente valide ed interessanti come indici di convincimento per la decisione di altre cause.

Fonti storiche sono pure le Relazioni (o *Reports*) delle varie Commissioni per la riforma del diritto.

Gli atti, le proposte e le relazioni di esse, che vanno tutti presentati al Lord Chancellor, il quale, a sua volta, li sottopone, con le sue osservazioni, al Parlamento, non sono considerati alla stregua dei « lavori preparatori » parlamentari anche se essi conducono, in definitiva, alla creazione di una legge. E questo ha grande peso perché, secondo una tecnica che controlleremo in seguito, per la ricostruzione ermeneutica della legge come per la sua elaborazione evolutiva giurisprudenziale, mentre è limitato il ricorso ai « lavori preparatori », tale non è quello ai *Reports* della *Law Commission*. E ciò per la presunzione di obbiettività di cui godono tali *Reports* e di cui, invece, non godono tanto i « lavori preparatori », necessariamente legati agli interessati punti di vista delle opposte forze politiche parlamentari.

Nella serie delle fonti storiche vanno annoverati anche i “*text-books*»: ossia i testi di dottrina cui è riconosciuto grande merito scientifico senza, tuttavia, essere dei « *books of authority* ».

A questo proposito bisogna, infatti, distinguere tra i « *books of authority* » ed i « *books not of authority* » o, più semplicemente, « *text-books* ».

I primi sono i più antichi testi o trattati di diritto inglese i cui principi, in materia di diritto di legge o di prece-

Termine estratto capitolo

## CAPITOLO III

### I PRECEDENTI GIUDIZIARI

#### SEZIONE I

#### COMMON LAW

SOMMARIO: 1. Premessa: bipartizione dei precedenti giudiziari. — 2. Difficoltà di una definizione. — 3. Le radici del sistema: riferimento al periodo anglo-sassone. — 4. L'era normanna: il rinnovamento sociale. — 5. Le nuove corti locali e signorili. — 5.1. Caratteri del *law of property* immobiliare. — 6. La giustizia del re e l'uso del « writ ». — 7. I tribunali con giurisdizione speciale. — 8. Dalla « *Curia Regis* » alle corti di Westminster. — 9. Il ruolo dei « giudici itineranti » nel processo di formazione del « *common law* ». — 10. La Magna Carta del 1215. — 11. Crisi e nuovo corso del « *common law* » dopo le Provvisoni di Oxford del 1258: il blocco dei « writs ». — 12. Il rimedio dello Statute of Westminster II del 1285 e le « *actions on the case* ». — 13. Conseguenze della rigidità procedurale del sistema.

#### 1. *Premessa: bipartizione dei precedenti giudiziari.*

L'espressione « precedente giudiziale » o il semplice termine « precedente », nel linguaggio giuridico inglese, non ha il significato generico e neutro di decisione o sentenza giudiziaria. Ha piuttosto un significato qualificativo e selettivo in quanto indica quella decisione o sentenza che è caratterizzata dalla presenza congiunta di due dati precisi. In primo luogo, la circostanza (sostanziale) che essa, per date sue qualità che appresso vedremo, è destinata ad operare come punto di riferimento di un certo tipo di condotta che trova in essa, a diversi livelli d'impegnatività, i presupposti del suo condizionamento. In secondo luogo, va considerata la circostanza (formale) che, per il « merito » della funzione svolta, venga « riportata » in un repertorio. Di conseguenza non tutte le sentenze dei giudici inglesi costituiscono « precedenti ». Non lo sono, in particolare, quelle delle corti c.d. « inferiori » (*inferior courts*). E non lo sono pure, prescindendo dall'organo giudicante e guardando al contenuto, quelle che risolvono mere questioni di fatto o che vengono emesse nell'esercizio di un potere assolutamente discre-

zionale, ovvero, ancora, che dalla stessa corte giudicante se ritenute tali da non meritare di assurgere al rango di « precedenti ».

Contraddistinto nel modo indicato, il « precedente » inglese ha un doppio valore giuridico, a seconda che lo si consideri sotto il profilo della sua efficacia « interna » o *inter partes*, considerando per « parti » i soggetti litiganti, ovvero sotto quello della sua rilevanza « esterna » o *erga omnes*.

*Inter partes* il « precedente » rappresentato da un giudizio definitivo rileva per la determinazione della *res judicata* e per questo verso non presenta, almeno nelle linee generali, profili di originalità rispetto alla sentenza del giudice continentale.

*Erga omnes* lo stesso « precedente » si qualifica o per la « forza persuasiva » che esso può avere come fonte storica, ovvero per la « forza vincolante » che esso ha quando opera come fonte legale, o per entrambe.

Con riguardo alla « forza persuasiva », almeno relativamente alla sua incidenza effettuale, non vi sono differenze sostanziali tra la sentenza inglese e quella emessa negli ordinamenti di *civil law*. In Inghilterra a sostegno di questo principio si mettono in rilievo i seguenti benefici: psicologicamente chiunque sia chiamato a risolvere una disputa preferisce decidere appoggiandosi a quanto è stato fatto in passato (specialmente quando ciò risulta positivamente collaudato dall'esperienza) piuttosto che assumere sulle proprie spalle l'intera responsabilità della decisione. Dal punto di vista pratico l'uniformità delle decisioni garantisce la certezza del diritto e, per questo verso, l'esistenza di un pacifico stato sociale.

Idealmente ed alla base sussiste una precisa ragione di equità in rapporto alla condizione naturale di eguaglianza degli uomini. Senonché, mentre negli ordinamenti continentali sono tutte le sentenze giudiziarie ad avere, in modo più o meno accentuato, « forza persuasiva », nel diritto inglese, come si è detto, tale forza l'hanno solo i precedenti non « vincolanti », di cui si dirà oltre. Il « precedente » inglese piglia, invece, tutta la sua distanza dalla sentenza di *civil law* allorché è dotato di forza normativa ed opera per ciò come fonte legale di diritto secondo la *doctrine* o il principio dello « *stare decisis (et quia non movere)* ». Precisamente, in rispetto a tale principio, la sentenza: obbliga le parti per la regola di diritto che ne costituisce (o per le regole di diritto che ne costituiscono) la base ed ha immediata efficacia *erga omnes* non appena venga emessa, riguardando chiunque metta in atto un comporta-

mento che rientri nella previsione della regola o delle regole indicate. La sentenza italiana, al contrario, è priva di carattere vincolante in altri giudizi, per quanto sia a tutti nota l'influenza, almeno persuasiva, esercitata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Va, adesso, fatta una impegnativa premessa generale interessante la totalità dei « precedenti » giudiziari, e cioè sia quelli che hanno valore normativo sia quelli che si limitano ad avere efficacia « persuasiva », per chiarire che essi, per il tipo di diritto affermato, possono essere di due specie: di *common law* e di *equity*.

È appena il caso di far notare che lo sviluppo di questa premessa in ordine alla individuazione e determinazione fisionomica dei due tipi di « precedenti » ci immerge direttamente e necessariamente nella conoscenza globale, e quindi storica e sociale oltre che tecnica, della struttura dei due concorrenti sistemi normativo-giudiziari inglesi: quello di *common law* e quello di *equity*.

## 2. *Difficoltà di una definizione.*

È molto difficile definire il *common law* con una formula che sia allo stesso tempo concisa e completa.

Si è detto in dottrina che il *common law* è il buon senso della comunità condensato in principi giuridici enucleati dai nostri padri ». Il riferimento, incisivo, allo « spirito » del sistema è evidente. Il vero è che il sistema di *common law* è poliedrico ed i suoi diversi profili sfuggono alla sintesi di una visione e descrizione unitaria. E, difatti, quella che si può considerare una delle più valide definizioni tecniche è necessariamente composita, fatta per somma di caratteristiche: si considera *common law* quella parte del diritto inglese che anteriormente al 1873-75 fu di competenza di apposite corti (dette, appunto, di *common law*), che ebbe la sua origine nelle antiche consuetudini generali del Paese e che è stato ampiamente elaborato e sviluppato per il tramite di decisioni giudiziarie. Ma anche questa definizione non è senza pecche, perché per un verso è approssimativa e per l'altro è incompleta. Occorre, quindi, puntualizzare ed integrare, affrontando analiticamente lo studio dei diversi aspetti che caratterizzano la fisionomia del sistema.

L'espressione « *common law* » è, innanzitutto, usata per indicare quella parte del diritto inglese la cui elaborazione, anteriormente ai *Judicature Acts 1873-75*, venne svolta dalle corti di *com-*

*mon law*, e precisamente: dalla *Court of Exchequer* o Corte dei Scacchiere, dalla *Court of Common Pleas* o Corte dei Piatì Comuni, dalla *Court of King's* (o *Queen's*) *Bench* o Corte del Re (o della Regina), dalle *Courts of Assize* o Corti d'Assise.

Queste corti, derivate direttamente dalla *Curia Regis*, esercitarono la loro giurisdizione in via esclusiva ed in concorrenza: alla *Chancery Court*, tipica corte della giurisdizione di *equity*; alle *Mercantile Courts*, competenti per questioni in materia commerciale; alla *Admiralty Court*, competente per questioni di diritto marittimo; alle *Ecclesiastical Courts*, competenti per la materia ecclesiastica e canonica e per questioni matrimoniali e testamentarie. Ne consegue che, nell'accezione considerata, la nostra espressione intende escludere dal corpo normativo che vuole rappresentare il diritto di *equity* e quello che fu di competenza delle altre corti speciali.

Per il periodo posteriore al 1875, data in cui entrarono in vigore i *Judicature Acts*, che riformarono radicalmente il sistema giudiziario fino allora esistente, l'identificazione del *common law* secondo le « sue » corti non si può più fare: perché scopo principale dei predetti *Judicature Acts* fu appunto quello di abolire la distinzione tra corti di *common law* e corti di *equity* pur rispettando l'autonomia sostanziale dei due sistemi normativi, che da allora in avanti furono affidati alla competenza di una unitaria organizzazione giudiziaria; e perché, d'altra parte, già nel XVIII secolo si era quasi completamente compiuto il processo di assorbimento nel *common law* di gran parte dei principi normativi formulati ed applicati dalle altre corti speciali.

Pur con riferimento al passato, comunque, l'accezione considerata mantiene un apprezzabile valore attuale significando soprattutto due cose: che l'odierno *common law* è quello derivato, per progressive evoluzioni, dai principi sanzionati dalle sue corti originarie e che esso, per la sostanza, ha, in ogni caso, una individualità distinta dal diritto di *equity*.

L'espressione « *common law* » è usata pure, sin dal tempo di Edoardo I (1272-1307), per indicare la parte del diritto inglese c.d. « non scritto » o di derivazione giudiziale, in antitesi al diritto statutario o di creazione legislativa, che, come sappiamo, costituisce il diritto « scritto » d'Inghilterra.

Ma il concetto di *common law* in questo senso deve

Termine estratto capitolo

SEZIONE II  
EQUITY

SOMMARIO: 14. Pluralità e varietà di definizioni dell'« equity ».— 15. Il problema dell'individuazione concettuale dell'« equity » in rapporto all'equità: esigenza della sua risoluzione anche in chiave storica. — 16. La giurisdizione di equity, il ruolo del Cancelliere, i primi sintomi dell'antinomia con le Corti di *common law*. — 17. Ulteriore sviluppo storico: prima fase della giustizia equitativa della Court of Chancery (1474-1660). — 18. *Auge* e decadenza dell'« equity » della Chancery nella sua seconda fase di vita (1660-1873/75). — 19. Uno sguardo al contenuto dell'« equity » nel periodo moderno. — 20. Le « massime » del sistema.

14. *Pluralità e varietà di definizioni dell'« equity ».*

Nella moderna realtà giuridica inglese l'*equity* ha una essenza ben diversa dall'equità. Quest'ultima, infatti, è un dato puramente concettuale o ideale sinonimo di *ius aequum* o « giustizia secondo sostanza », qualunque sia, poi, il contenuto di questa sostanza: la legge divina, la natura umana, la coscienza sociale o l'utilità collettiva. L'*equity*, invece, tutto all'opposto, è un dato tecnico concreto, specificamente costituito da un corpo di norme che integrano un sistema di fonti legali di diritto positivo.

Ma, se è vero che non vi è equivalenza tra il concetto di *equity*, indicativo di una fonte di produzione di diritto, e l'equità, che è solo un mezzo o un criterio per realizzare (un certo tipo di) giustizia, è altrettanto vero che tra gli stessi concetti il legame non manca, in quanto gli attuali principi di *equity* sono stati all'origine ispirati proprio dall'equità, allora specificamente intesa come *natural justice* o « giustizia secondo natura »: per cui si può ben dire che, mentre l'*equity* è una delle fonti del diritto inglese, l'equità, intesa in quel modo, è stata la prima e più diretta fonte dell'*equity*.

Così come per il *common law*, anche dell'*equity* si incontrano parecchie classiche definizioni. Tutte, però, sono condizionate da un'impostazione unilaterale, per cui al merito di una lucida esposizione della prospettiva o delle prospettive prese di mira uniscono il difetto di una mancanza di completezza nell'indicazione, sia pure *in nuce*, di tutti o, almeno, dei principali elementi fisionomici del

sistema: cosa che potrebbe agevolmente spiegarsi pensando alla difficoltà di rendere con una formula sintetica la spiccata poliedricità del suo carattere, ma che ha forse la sua vera ragione d'essere nell'assorbente appassionato interesse che per l'autore di ciascuna di esse suscita l'angolo di visuale prescelto per osservare e descrivere il fenomeno.

Alcune di queste definizioni mirano a sottolineare l'aspetto funzionale dell'*equity* in rapporto al concorrente sistema di *common law*. È il caso, ad esempio, della notissima espressione del Maitland giusta la quale bisogna considerare l'*equity* come una "appendice" o una "glossa" al « codice » del *common law*. Non v'è dubbio che questo modo di considerare l'*equity* dica poco o nulla dal punto di vista contenutistico, ma è estremamente puntuale e felice, oltre che stimolante, in ordine alla problematica concernente la posizione e la funzione del sistema che essa lascia abilmente intravedere. Altra definizione è quella dell'*equity* "come un insieme di norme che, nel corso della storia, hanno progressivamente corretto il diritto inglese e che costituiscono oggi una parte integrante di tale diritto".

Altre definizioni puntano sul modo di costituzione del sistema. Ricordiamo, a proposito, un'altra citatissima espressione del Maitland: l'*equity* è "quel complesso di norme elaborate da quelle corti inglesi che, se non fossero stati emanati i *Judicature Acts*, sarebbero state chiamate Corti di *Equity*". Come è facile notare, questa diversa definizione dice positivamente ben poco in termini di storia, ma ha una carica emblematica fortissima, sottolineando efficacemente il dato che l'esistenza dell'*equity* può essere colta solo con riferimento alla sua formazione, alla sua origine e al suo sviluppo.

D'altronde storicizzare la nozione di *equity* con l'aggancio alla funzione genetica svolta nei suoi confronti da appositi organi giurisdizionali significa anche puntualizzare il carattere giudiziario dell'*equity* stessa. Sicché del tutto coerentemente, pur se in modo alquanto generico, si parla dell'*equity* "*as a whole jurisdiction distinct from Common law principles* ossia "come di tutti i principi giudiziari che non siano quelli di *common law*".

Riferimenti storici, funzionali e propriamente contenutistici si rinvengono, invece, nella definizione secondo cui l'*equity* è quel "sistema di norme emanate dal Cancelliere nella sua qualità di custode della coscienza del re, e rivolte a rimediare, con interventi di ispirazione morale, ai (risultati d'ingiustizia conseguenti ai)

difetti tecnici del *common law*”. Altra semplice e puntuale definizione è quella per cui “l’*equity* è formata da quei principi elaborati in derivazione dai « precedenti » posti dalla vecchia *Court of Chancery*”.

Ed ancora si dice che esso è “quel novello complesso di regole postesi a fianco del *common law*, basate su canoni distinti da quelli di quest’ultimo sistema, e rivolte a prevalere su di esso in virtù della loro superiore eticità”. È, questa, una definizione particolarmente suggestiva, anche se un po’ enfatica. Rende, infatti, molto bene il rapporto tra l’*equity* ed il *common law*, sottolineando la sopravvenienza del primo e giustificando, con il riferimento al suo contenuto morale, la sua stessa prevalenza sul *common law*. Trascura, tuttavia, il carattere giudiziario del sistema ed il profilo storico della sua nascita e, soprattutto, della sua evoluzione.

Se si prova a comporre i dati esposti si può individuare nell’*equity* quel complesso di principi giuridici di creazione e di elaborazione giudiziale che presentano le caratteristiche di avere avuto inizialmente natura etica, di essere stati posti per integrare o correggere determinati principi di *common law* e di essere stati, in origine, di competenza del Cancelliere (prima) e della *Court of Chancery* (poi) e, dal 1875, delle stesse corti investite della giurisdizione di *common law*.

15. *Il problema dell’individuazione concettuale dell’« equity » in rapporto all’equità: esigenza della sua risoluzione anche in chiave storica.*

Certamente la nozione da ultimo delineata, anche se abbastanza completa, è tuttavia approssimativa, e vale solo ad avviare alla comprensione dell’*equity*. Essa, in altre parole, apre o serve ad aprire un discorso su questo sistema: un discorso di chiarificazione e di puntualizzazione assolutamente necessario dopo la girandola di definizioni che di esso sono state date. D’altra parte le implicazioni da essa sottintese sono numerose e di non poco momento, come dimostra la lunga serie di interrogativi cui bisogna rispondere. Ad esempio: qual è la prima origine dell’*equity*?; quali sono i suoi presupposti storici, politici e sociali? e quali quelli propriamente tecnici?; che significa l’affermazione che l’*equity* « affianca » il *common law*?; come l’*equity* realizza la funzione correttiva e integratrice del sistema rivale?; come si manifesta ed in che si concreta

la « prevalenza » dell'*equity*?; di che cosa è fatta quella sua « superiore eticità » che giustifica il sacrificio del *common law*?; perché il suo contenuto moralistico è e deve essere considerato solo un retaggio del passato?; come l'*equity* ha potuto irrigidirsi in un sistema di « giustizia legale »?; chi è il Cancelliere e cosa è la *Court of Chancery*?; quali sono oggi gli organi giudiziari deputati all'elaborazione dell'*equity*?; perché e sotto quali prospettive si giustifica ancora oggi la distinzione tra i due sistemi di *common law* e di *equity* nonostante l'identità dell'organo giurisdizionale competente a decidere secondo i principi dell'uno e dell'altro sistema normativo?

Questi sono interrogativi crescenti e si cercherà di darvi risposte. In primo luogo, si tratta di enucleare il motivo di fondo per cui la storia ha incisivamente influito nella vita dell'*equity* e per cui, correlativamente, è imprescindibile la sua ricostruzione concettuale in chiave storica; ed inoltre, occorre illustrare, con riferimento al rapporto intercorrente tra l'*equity* e l'equità nella fase di formazione del sistema, quale fosse, a quel tempo, la concezione etica dell'equità, ispiratrice del diritto di *equity*.

L'interesse sul primo punto si ricollega alla circostanza, relativa alla struttura dell'*equity*, che questo sistema, nell'arco di tempo che va dalla sua nascita alla grande riforma dei *Judicature Acts 1873-75*, cambia radicalmente natura, passando — ed il 1660 è lo spartiacque della doppia vita — da un estremo ad un altro: e precisamente da una condizione di fonte assolutamente libera di « giustizia morale » a quella opposta di fonte rigidamente tecnicizzata di « giustizia legale ». E si ricollega altresì al fatto che questo cambiamento ha un riflesso preciso sul rapporto equità-*equity*, perché nella indicata prima fase vi è costante e puntuale adeguazione dell'*equity* all'equità, mentre nella seconda fase il rapporto si fa sempre più allentato e remoto. Ed, in effetti, ciò che di etico rimane oggi nel diritto di *equity* non è altro che la massa dei suoi stessi principi originariamente posti in base all'equità. L'*equity* moderna non è più un diritto libero condizionato solo dalle esigenze morali. È anch'esso, come il *common law*, un *ius strictum*, la cui applicazione ed evoluzione è rigidamente vincolata dalla metodica del « precedente ». Tanto che, proprio per questa ragione, vi è una profonda differenza tra il sistema equitativo inglese e quello nordamericano, che si mantiene ancora

Termine estratto capitolo si da rappresen-

## SEZIONE III

## LA GRANDE RIFORMA GIUDIZIARIA DEL XIX SECOLO

SOMMARIO: 21. Definizione del contrasto tra la giurisdizione di « *equity* » e quella di « *common law* » come premessa alla grande riforma giudiziaria del XIX secolo. — 22. Della giustizia criminale e della sua estraneità al conflitto tra le due giurisdizioni civili: i Giudici di Pace. — 23. House of Lords, King's Bench, Courts of Assize, Central Criminal Court (Old Bailey), Star Chamber. — 24. I *Judicature Acts*, 1873-75: riforma dell'ordinamento giudiziario. — 25. Riforma dell'amministrazione della giustizia. — 26. Riforma della procedura.

21. *Definizione del contrasto tra la giurisdizione di « equity » e quella di « common law » come premessa alla grande riforma giudiziaria del XIX secolo.*

Al di là di quello che può essere osservato con riguardo ai singoli istituti e principi che formano il *corpus* dell'*equity*, sembra che qualsiasi giudizio d'ordine globale che si voglia esprimere sul sistema equitativo non possa non tener conto di un dato tanto evidente quanto importante: ossia del ruolo decisivo da esso svolto nell'ambito dell'ordinamento. Vero è che l'*equity* costituisca la « appendice » o la « glossa » del *common law*. Vero è che il *common law* senza l'*equity* assomiglierebbe ad un cappotto pieno di buchi e che l'*equity* senza il *common law* non sarebbe altro che una serie di toppe svolazzanti per aria: gli interventi dell'*equity* si risolvono in sostanza in *addenda* ed in *errata*.

D'altra parte, riflettendo sulla storia dell'*equity* non si può neppure fare a meno di notare il netto contrasto esistente tra la decisiva importanza dell'*equity* ed il degrado degli organi della sua giustizia a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo.

Ma la crisi dell'*equity*, che sotto il cancellierato di Lord Eldon (1801-1827) aveva raggiunto punte di estrema esasperazione, non trovava esca solo nel penoso stato della *Chancery Court*: di motivi ve ne erano altri, tutti in contrasto con la rilevata importanza funzionale del sistema, che portarono alla grande riforma dei *Judicature Acts* 1873-75.

Si può di nuovo ricordare che se, in ordine alla stessa fattispecie, si chiedevano rimedi « legali » e rimedi equitativi, era gioco-forza promuovere — con ovvio dispendio di tempo e di mezzi — due diverse azioni avanti a corti differenti.

Ed ancora, se, a causa della separata competenza delle corti, l'azione non era esercitata avanti quella competente, tutto l'*iter* processuale eventualmente percorso era irrimediabilmente perduto.

Ulteriormente, la molteplicità delle materie di confine tra la giurisdizione dell'uno o dell'altro tipo di corte rendeva sovente difficile, anche ad un esperto avvocato, individuare il foro presso il quale legittimamente agire, rendendo incerto il diritto in ordine a situazioni di conflitto spesso particolarmente delicate;

La giustizia di *common law* poteva poi essere bloccata o procrastinata, con gravi conseguenze politico-giudiziarie dalla giustizia resa dalla *Chancery Court*.

Quanto agli altri concorrenti motivi di crisi indicativi di situazioni fortemente bisognevoli di riforma, si osserva quanto segue.

Le *Ecclesiastical Courts*, competenti in (certa) materia testamentaria ed in quella matrimoniale anche nei confronti dei laici non membri della Chiesa d'Inghilterra e la *High Court of Admiralty*, con la sua competenza specifica, erano ulteriori corpi giurisdizionali separati, i quali, anche per la loro diversa impostazione tecnica, venivano spesso in conflitto con le corti di *common law* e con la *Chancery*.

Il *common law* rimaneva pur sempre legato alla rigida ed artificiosa procedura delle *forms of action*, ciascuna delle quali esigea, come sappiamo, il rispetto di precise formule e propri modi di procedere.

Mancava un sistema di organi giudiziari per la bassa giustizia civile: nel XIX secolo, infatti, la competenza delle vecchie corti locali e comunali era stata — e da tempo — fagocitata dalle corti di Westminster e, giacché la giustizia resa da queste corti era decisamente costosa, si verificava che per le liti di minor conto non vi erano preture cui ci si potesse rivolgere senza doversi indebitare.

Il sistema degli appelli, tanto per i casi civili che criminali e tanto in *common law* che in *equity*, era estremamente complicato e soprattutto insoddisfacente. Per il diritto di *equity*, infatti, prima del 1851, prima cioè che fosse creata la *Court of Appeal in Chancery*, e salvo le decisioni prese a partire dal 1813 dal Vice-Cancelliere nei

casi minori, la volontà del Cancelliere era assoluta e le sue decisioni erano circondate da un'aureola di perfezione, legata al fascino personale dell'alto giudice da cui promanavano, tale da rendere inconcepibile una loro revisione. Cionondimeno, qualche volta ad essa si perveniva: ma sempre in via di grazia ed era pur sempre il Cancelliere a provvedere. Per il *common law*, d'altra parte — esclusi i casi di revocazione per supervisione — l'appello o, più che l'appello (nel senso in cui oggi noi l'intendiamo), la possibilità di un *new trial*, ossia di un nuovo processo, si prospettava solo quando poteva farsi valere il *writ of error*: e cioè solo quando un « errore » commesso nel corso del processo risultava dal relativo verbale, e giacché in tale verbale si registrava solo il *writ* con la pretesa dell'attore, la difesa del convenuto ed il verdetto della giuria, ogni pur grave difetto (come la subornazione dei testimoni) estraneo a questi limitati e schematici termini non dava luogo a gravame, mentre, d'altra parte, lievissimi e trascurabilissimi vizi relativi all'uno o all'altro di quegli espliciti termini potevano portare alla rinnovazione del giudizio.

Per mettere ordine in questo caos, occorreva sul piano strutturale ed organizzativo, semplificare il sistema giudiziario; sul piano funzionale o della competenza, unificare la giurisdizione di *common law* e di *equity*, pur rispettando l'autonomia dei due sistemi; sul piano procedurale o strumentale, modernizzare la procedura.

In queste direzioni le prime vere e proprie leggi di riforma — precedute sempre da relazioni preparate da apposite commissioni d'inchiesta conoscitiva — datano a partire dal 1832: dal ritiro, cioè, di Lord Eldon, fiero oppositore di ogni innovazione, e dalla preposizione ai posti chiave dell'amministrazione di uomini nuovi e liberali.

Alcune di queste leggi ebbero per oggetto la struttura burocratica ed organizzativa della *Chancery Court*. Altre investirono direttamente il *common law*, la competenza delle sue corti e la sua procedura giudiziaria, aprendo le porte a quei cambiamenti che consentirono, poi, la definitiva riforma disposta dai *Judicature Acts 1873-75*.

Di queste ultime leggi innovative meritano di essere specialmente ricordate le seguenti: lo *Uniformity of Process Act* che unificò i procedimenti relativi a *personal actions* davanti a tutte le corti di *common law*; il *Real Property Limitation Act* del 1833, che abolì il modello procedimentale relativo alle *real actions*; il *Civil*

*Procedure Act* dello stesso anno, che abolì alcuni vetusti istituti processuali quali il *wager of law*, ossia il giudizio fondato sulla testimonianza di particolari e privilegiate categorie di persone, i *compurgators*; il *Common law Procedure Act* del 1852, che sancì l'abolizione generale dell'uso e delle conseguenze del mancato uso delle *forms of action*; il *Common Law Procedure Act* del 1854, che stabilì un collegamento procedurale tra i giudizi davanti le corti di *common law* e quelli davanti le corti di equità.

La vera grande riforma doveva ancora venire, ma la sua strada era già tracciata.

## 22. *Della giustizia criminale e della sua estraneità al conflitto tra le due giurisdizioni civili: i Giudici di Pace.*

Ci si occupa ora della situazione della giustizia criminale prima dei *Judicature Acts, 1873-75*.

In proposito si deve partire dalla considerazione che ogni reato era un « affare » della Corona, in quanto la sua commissione, disturbando l'ordine pubblico, la *King's peace*, offendeva direttamente la dignità del sovrano quale organo tutelare di quell'ordine. Cionondimeno, al fine di individuare sia la corte competente sia il tipo di procedimento da seguire, si è sempre fatta una distinzione di fondo tra i delitti, dividendosi essi — anche quando, fino al XIII secolo, la linea di demarcazione tra l'illecito penale e l'illecito civile rimaneva nebulosa — in due categorie.

Fino al XIV secolo, infatti, si distingueva tra reati gravi, c.d. di « fellonia » (dal latino *fel*: fiele, veleno e, quindi, in senso figurato, amarezza, odiosità, atrocità), e reati meno gravi, dapprima detti *trespasses* e successivamente *misdemeanours*. Successivamente il termine *trespass* fu riservato ad indicare certe fattispecie d'illecito civile (che penalmente potevano rilevare anche come *misdemeanours*).

I reati gravi, come l'alto tradimento (*treason*), l'omicidio (*murder*), lo stupro (*rape*), la rapina (*robbery*), il furto (*larceny*), l'incendio doloso (*arson*), erano perseguiti sulla base: a) di una accusa formale (*indictment*) fatta in nome del re ed in ordine ad un « rinvio a giudizio » (*presentment*) conseguente ad una istruzione preliminare condotta *in loco* da una *grand jury*, ovvero b) di una denuncia privata (*appeal of* *felony*).

Termine estratto capitolo

SEZIONE IV  
LA STRUTTURA  
DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO ATTUALE

SOMMARIO: 27. La classificazione delle Corti. — 28. Le Corti superiori: a) La « *Supreme Court* »; b) La « *Court of Appeal* »; b1) Competenza in materia di *miscarriages of justice*; c) La « *High Court* »; d) La « *Crown Court* ». — 29. Le Corti inferiori: a) Le « *Magistrates' Courts* »; b) Le « *County Courts* »; c) Le *Family law Courts*. — 30. L'istituzione della *Supreme Court*. — 31. Avvocati e procuratori.

27. *La classificazione delle corti.*

Si offre di seguito lo schema dell'attuale struttura dell'ordinamento giudiziario inglese:

1) La *Supreme Court* è all'apice del sistema e giudica sui ricorsi proposti contro sentenze delle Corti inferiori;

2) La *Court of Appeal* giudica sui ricorsi contro sentenze delle Corti inferiori ed è organizzata in sezioni penali, civili, di famiglia.

3a) La *High Court* giudica in materia civile ed è divisa in tre sezioni;

3b) La *Crown Court* ha un grado identico a quello della *High Court* e giudica solo in materia penale.

Tanto la *High Court* quanto la *Crown Court* giudicano su impugnazioni proposte contro sentenze di Corti inferiori.

4) Le *County Courts* giudicano in materia civile ordinaria e di famiglia;

5a) Le *Magistrates' Courts* giudicano in materia penale, civile, di famiglia, in primo grado sulle materie di loro esclusiva competenza;

5b) I *Tribunals* sono specializzati in materie civili ed amministrative previste dalla legge;

5c) Le *Youth Courts* giudicano in materia di diritto minorile.

28. *Le Corti Superiori*

a) La *Supreme Court*, che dal primo ottobre 2009 ha sostituito la sezione giurisdizionale — denominata *Appellate Committee* —

della *House of Lords*, è composta da 12 giudici; conosce di questioni della massima importanza generale per l'intero regno Unito in materia civile; per l'intero Regno Unito tranne la Scozia in materia penale; in materia di devoluzione ai sensi dello *Scotland Act 1998*, *Northern Ireland Act 1998*, *Government of Wales Act 2006*; verifica, come tutte le altre corti inglesi, la compatibilità di ogni fonte legislativa con la Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali: in caso negativo vi è un onere per il legislatore di rimediare (v. *Lord Bingham in Re (Ullah) v. Spacial Adjudicator* del 2004).

Per effetto dell'obbligo di ogni Corte superiore di interpretare tutte le norme in vigore non esiste un corrispondente obbligo per il potere legislativo o esecutivo di emendarle in senso conforme al diritto europeo: si tratta, tuttavia, di un chiaro e non trascurabile segnale politico. In rari casi la *Supreme Court* ha rifiutato l'applicazione della giurisprudenza di Strasburgo (v. la sentenza resa nel 2009 nel caso *R. v. Horncastle*) sotto il profilo che quest'ultimo non aveva tenuto sufficientemente conto di aspetti particolari del sistema giuridico inglese.

Con riguardo ai rapporti tra la *Supreme Court* e la Corte europea di giustizia è frequente il ricorso da parte della prima allo strumento, previsto dall'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'unione Europea, consistente nella richiesta alla seconda di fornire in via pregiudiziale la propria interpretazione sui trattati europei e sulla volontà su singoli atti posti in essere dalle istituzioni comunitarie che abbiano rilevanza ai fini della decisione di un caso interno. Resta da vedere quale sorte tocchi a questo ultimo strumento a seguito dell'esito del referendum del 23 giugno 2016 che ha visto prevalere il voto favorevole all'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea.

Giungono, inoltre, all'esame della *Supreme Court* ricorsi contro le sentenze, sia civili sia penali, della *Court of Session* scozzese (in taluni casi anche della *High Court*) e della *Court of Appeal* nordirlandese (in taluni casi anche della *High Court*).

La sezione 23 del *Constitutional Reform Act* del 2005, cui si fa rinvio, prevede ulteriori aree di competenza della *Supreme Court*.

b) *La Court of Appeal* è divisa in due sezioni: civile (appelli contro sentenze della *High Court*) e penale (appelli contro sentenze della *Crown Court*).

La sezione civile giudica oltre che su sentenze delle tre divisioni della *High Court* (*Chancery, Queen's Bench, Family*), nei confronti di pronunce delle *County Courts* di Inghilterra e Galles, di alcuni tribunali (*Employment Appeal, Immigration Appeal, Lands, Social Security Commission, Administrative Appeals Chamber; Tax and Chancery Chamber, Immigration and Asylum Chamber*).

La sezione penale giudica su sentenze della *Crown Court*.

La *Court of Appeal* è all'apice delle *Senior Courts*, che comprendono *High Court* e *Crown Court*; è composta dal *Lord Chief Justice* (che la presiede), da *Heads of Division* (Presidenti di sezione) e da giudici.

È da segnalare, infine, l'importante competenza che la legge assegna alla *Court of Appeal* in materia di revisione di sentenze penali di cui si denunci la sostanziale erroneità o ingiustizia di gravità tale da aver determinato un caso di errore giudiziario o, secondo il lessico giuridico inglese, di *miscarriage of justice*. Sul punto è opportuno soffermarsi.

*b1) Competenza in materia di miscarriages of justice.* Ci si ripromette, in particolare, di esplorare uno dei nervi più sensibili dell'apparato giudiziario di ogni società civile, quello della credibilità del suo sistema di amministrazione della giustizia. Credibilità che, nell'opinione comune, si acquista e si mantiene in virtù della capacità dell'opera giudiziale di pervenire a pronunce le quali si rivelino effettivamente fedeli alla realtà degli accadimenti sui quali intervengono, senza determinare divari rispetto ai frammenti di realtà che nel processo si colgono. È, in sostanza, il problema del collegamento tra l'universo degli accadimenti e dei fenomeni umani e la loro proiezione in un terreno dominato dalla norma destinata a leggere la concreta realtà e ad orientare ogni decisione giurisdizionale che si formi attorno ad essa. Questo collegamento può mancare per cause di varia natura, che possono spaziare dall'influenza di elementi perturbatori riconducibili a deviazioni o inefficienze comportamentali registratesi nel corso del procedimento giudiziario fino a toccare l'inidoneità strutturale della norma destinata a regolare la fattispecie e farne affiorare con nettezza gli elementi costitutivi o a regolarne gli effetti (caso ricorrente nell'ipotesi di norme giudicate antiquate, carenti, lacunose, etc.).

Le dure prove della realtà dimostrano che, nella storia degli ordinamenti giuridici, il tema qui trattato deflagra nella sua straor-

dinaria gravità in un tempo successivo a quello della conclusione dell'ordinario procedimento giurisdizionale.

Si tende, cioè, a parlare di errore giudiziario — *miscarriage of justice* nella sua declinazione terminologica nel *common law* — quando la frattura tra realtà storica e realtà processuale ricostruita viene plasticamente alla luce dopo che è stata adottata una pronuncia. È così che la pronuncia stessa che si ponga in conflitto con la verità dei fatti finisce con l'incarnare l'essenza dell'esito abortivo (per rimanere al lessico inglese) dell'amministrazione della giustizia, dimostratasi, inoltre, per circostanze di volta in volta mutevoli, inetta ad assicurare la propria primaria funzione sociale, istituzionale, politica, ossia quella distributiva fra tutti gli uomini dei torti e delle ragioni, dei diritti e dei doveri, delle responsabilità e dei rimedi, che trova il suo apogeo nell'eguaglianza dei rispettivi diritti tra tutti cittadini.

Quel che segue non è un semplice elenco di cause celebri nelle quali, soprattutto nell'esperienza ordinamentale inglese, si è annidato il tarlo dell'errore nelle sue varie accezioni giuridicamente significative (percettivo, decettivo, di giudizio). Vi è connesso il tentativo di operare in senso tassonomico utili classificazioni — dedotte dal concreto svolgersi di processi e dall'altrettanto concreto e conclamato loro esito ingiusto — sia delle forme e delle specie che può assumere il fenomeno dell'errore giudiziario sia delle cause che più frequentemente lo provocano sia, in particolare e più interessante maniera, dei rimedi, delle reazioni, delle misure ad esso conseguenti. Le più accurate indagini svolte negli ordinamenti di *common law* tendono ad abbinare il tema trattato all'architettura di quei sistemi, consistente nel rispetto della *rule of law*, intesa come affermazione del primato e della centralità della legge (e del suo più scrupoloso rispetto, in primo luogo, da parte delle autorità pubbliche).

Se questo costituisce il punto più qualificato di indagine in termini di politica del diritto, vi è un altro rilevante versante da coltivare in senso preventivo della verifica di errori giudiziari, quello legato alla struttura ed all'organizzazione del processo in modi rigorosamente rispettosi della libertà e dei diritti individuali, volti a reprimere fenomeni distorsivi quali violenze e torture. In questa strada, di esecuzioni, si è già fatto un passo con l'apporto della

Termine estratto capitolo