

Presentazione

Quest'opera segue la precedente *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, di Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla e Barbara Pasa, edita da Giappichelli nel 2018, che a sua volta sostituiva il volume *Diritto comparato. Casi e materiali* di Gianmaria Ajani e Barbara Pasa, edito da Giappichelli nel 2013 con l'aggiunta di un nuovo autore, Domenico Francavilla, e con la collaborazione di Riccardo Viviani.

Rispetto all'opera precedente (*Diritto comparato. Lezioni e materiali*) si segnalano alcune importanti novità nella struttura. Le originarie tre parti sono adesso concepite come volumi autonomi: 1. Questioni di metodo; 2. Il confronto common law/civil law; 3. I diritti asiatici e africani. Pur nella unità della impostazione, si intende in tal modo andare incontro alle esigenze di flessibilità e di modularità per l'utilizzo in diversi corsi di laurea ed esperienze didattiche, sia tradizionali sia blended o interamente a distanza, oltre che all'interesse degli studiosi e in generale dei lettori per aspetti specifici del diritto comparato. Si è scelto di utilizzare per ciascun volume la Bibliografia generale dell'opera in modo che questo strumento sia sempre disponibile nella sua interezza.

L'opera rimane caratterizzata da un ampio ricorso a documenti, integrati nel testo in modo da permettere una completa fruibilità anche da parte di studenti non frequentanti. L'opera è inoltre accompagnata da un *Supplemento casi e materiali*, un volume *online* che sostituisce il precedente sito collegato all'opera e permette una fruizione più immediata dei materiali. Il *Supplemento* include le versioni estese di alcuni documenti già presenti nel testo e molti altri documenti e strumenti didattici. In particolare, il *Supplemento* contiene sintetiche Unità Didattiche, che riassumono i contenuti principali dei Capitoli ai quali si riferiscono, segnalano le fonti normative o la giurisprudenza rilevanti, indicano una breve bibliografia per approfondimenti e propongono alcuni materiali multimediali, particolarmente importanti in una indagine di diritto comparato che vuole essere innanzitutto un'introduzione alla diversità nel diritto, percepibile più concretamente attraverso le immagini. Le indicazioni bibliografiche indicate nelle Unità didattiche contestualizzano la Bibliografia generale dell'opera e permettono agli studenti di avere riferimenti attendibili a dei testi che possono essere utilizzati sia per considerare analisi diverse degli argomenti trattati nel nostro volume, sia per lavori di approfondimento. Il *Supplemento* contiene inoltre dei Temi svolti: si tratta di brevi testi che riguardano questioni molto dibattute, o comunque rile-

vanti per ragioni di attualità, e Domande per l'autovalutazione. Gli Esercizi di micro-comparazione che erano *online* nell'opera precedente sono adesso integrati nel primo volume dell'opera.

Nell'Introduzione del 2018 scrivevamo: “*Diritto comparato. Lezioni e materiali* è adatto a modalità di didattica tradizionale, ma è pensato per una attività didattica da erogare anche in modalità *blended* (in classe e a distanza), o interamente a distanza”. Evidenziavamo inoltre l'importanza di “avviare gli studenti a un'analisi e comprensione degli argomenti trattati secondo modalità più libere, che, da una parte, valorizzino la diversità degli interessi e, dall'altra, permettano di approfondire i contenuti secondo le modalità di apprendimento ‘diffuso’. Sollecitate dal Ministero e facilitate dall'utilizzo dei moderni device da parte degli studenti, sempre più connessi e digitali, le Università italiane stanno proponendo una didattica innovativa che sposta l'attenzione dal docente allo studente, al quale viene richiesto di partecipare attivamente alla costruzione della propria formazione. Si tratta di un passaggio da modelli di apprendimento trasmissivi a modelli a carattere costruttivo e collaborativo, in cui si afferma la centralità del ruolo dello studente e dove il docente non è più fonte unica del sapere, ma stimolo alla motivazione e all'indagine autonoma”.

Se la centralità del ruolo attivo dello studente non è certamente una novità nel dibattito sulla formazione dei giuristi, inevitabilmente l'insegnamento universitario è stato trasformato dagli effetti del Covid-19 a partire, in Italia, dal marzo 2020. Tutte le Università, docenti e studenti hanno dovuto confrontarsi con una didattica interamente a distanza. Da questo punto di vista, in un dibattito ancora aperto e in un quadro di ritorno alla normalità, ci sentiamo di fare solo due osservazioni. La prima è che la didattica a distanza imposta dalle circostanze, nonostante gli sforzi dei docenti e degli studenti, ha finito in alcuni casi per indebolire la centralità dello studente. La seconda è che, per quanto rimanga importante il dibattito sulle modalità dell'insegnamento, occorre sempre partire dagli obiettivi formativi, dalle conoscenze e competenze che si ritengono importanti.

Da questo punto di vista lo spirito dell'opera è immutato. Gli argomenti trattati, le competenze e le abilità che si intendono formare costituiscono parte essenziale del percorso formativo del giurista contemporaneo. In particolare, l'opera introduce alla conoscenza delle diverse tradizioni giuridiche, in prospettiva diacronica e sincronica, e indirizza i lettori verso la comprensione e la soluzione di casi giurisprudenziali rilevanti.

I principali obiettivi formativi riguardano nello specifico la capacità di: a) integrare le conoscenze relative al proprio sistema di diritto con quelle riguardanti altri ordinamenti o sistemi che utilizzano meccanismi di controllo sociale diversi; b) riconoscere il pluralismo delle fonti e la sua complessità, nella consapevolezza che non tutti gli ordinamenti giuridici sono modellati sul diritto romano, e che non tutti presentano il medesimo grado di fedeltà alla lettera della legge scritta; c) formulare giudizi critici sulla base di informazioni limitate o incomplete, inclusa

la capacità di riflessione autonoma su responsabilità sociali ed etiche collegate all'applicazione delle conoscenze acquisite circa la diversità del diritto e la sua mutevolezza; d) applicare le metodologie della comparazione giuridica, al fine di acquisire competenze multidisciplinari per un proficuo studio delle diverse tradizioni giuridiche; e) applicare tali metodi alla soluzione di casi pratici che presentino elementi di estraneità. L'acquisizione di tali competenze ed abilità sarà indispensabile nei successivi anni di studio, quando gli studenti potranno approfondire lo studio di altri diritti (diritto anglo-americano, diritto africano, diritto cinese, diritto dell'India, ecc.) o di alcuni temi specifici (nell'ambito del diritto privato comparato, costituzionale comparato, diritto privato europeo, contratti internazionali, ecc.). Obiettivo finale è quello di formare laureati dotati di competenze e abilità giuridiche spendibili a livello transnazionale, e di sensibilità rispettose delle diverse tradizioni giuridiche. Qualità indispensabili sia per le professioni forensi tradizionali (avvocato, magistrato, notaio), sia per quelle più innovative (traduttore giuridico, mediatore giuridico, operatore in ONG), sia infine per accedere alla carriera diplomatica o per diventare un funzionario europeo.

L'opera è stata completamente rivista ed è aggiornata al 2022 dando conto degli sviluppi più recenti, dalla Brexit al Codice civile cinese. Ringraziamo i colleghi e le colleghe, gli studenti e le studentesse che hanno contribuito ad aggiornare e migliorare questo volume. Un ringraziamento particolare va al dott. Riccardo Viviani, che grazie alla sua esperienza prima come studente e poi come collaboratore e tutor ha dato un importante contributo alla revisione dell'opera nel 2018, da cui anche questa nuova edizione trae beneficio.

Consapevoli delle difficoltà che si pongono nella scrittura di un'opera di questo tipo, speriamo che possa rappresentare uno strumento utile e interessante per tutti coloro che vogliono pensare, attraverso il diritto, ai problemi globali di oggi.

Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla, Barbara Pasa

Torino-Venezia, 15 gennaio 2023

Capitolo 1

Tratti del common law inglese

SOMMARIO: 1.1. Common law. – 1.2. Il writ come dato caratterizzante e l'origine processuale degli istituti. – 1.3. L'equity. – 1.4. La formazione del giurista. – 1.5. Le riforme del XIX secolo e il sistema attuale delle Corti.

1.1. *Common law*

I sistemi classificati come di common law vengono da sempre individuati in base ad alcune caratteristiche:

- ✓ il diritto di formazione prevalentemente giurisprudenziale [judge made law], lett. “diritto prodotto dal giudice”;
- ✓ il rispetto da parte del giudice che decide il caso delle regole poste nelle sentenze precedenti, dal latino [*stare decisis*], lett. “rispettare le cose che sono state decise”.

Si intende principalmente far riferimento al diritto anglo-americano, ma l'espressione non esclude altri ordinamenti giuridici che fanno parte del common law: Irlanda, Australia, Nuova Zelanda, Canada, con parziale eccezione del Québec; l'espressione viene usata generalmente in contrapposizione all'espressione civil law (Cap. 5).

Durante il XVIII secolo, common law si riferiva ad un'area molto più vasta, dalle Americhe all'India, all'Africa settentrionale, oltre ad Australia e Nuova Zelanda: il grado di penetrazione del common law era una variabile dipendente dalla durata della colonizzazione inglese. La sua natura giurisprudenziale, aperta e comunicante, ne favoriva la diffusione: l'omogeneità veniva mantenuta dal [Judicial Committee del Privy Council], il Consiglio privato della Corona, la corte sovranazionale di ultima istanza dell'intero Commonwealth; essa esercitava il controllo di legittimità sulla legislazione delle colonie e dei vari paesi del Commonwealth, per assicurare la conformità con il diritto della madrepatria; tuttavia, dalla metà dello scorso secolo il ricorso al Privy Council è stato abolito in molti sistemi di common law: così in Australia, Nuova Zelanda, Canada, India, ove le sentenze delle rispettive corti supreme sono ora considerate definitive.

Da questo “diritto comune incentrato sul precedente giurisprudenziale” derivano importanti conseguenze sui diversi piani:

- ✓ della politica legislativa (il giudice elabora regole “strette”, relative al caso concreto che deve decidere, diversamente dal legislatore che elabora nelle leggi norme generali ed astratte);
- ✓ dell’organizzazione della giustizia;
- ✓ della formazione dei giuristi;
- ✓ dell’interpretazione e, più in generale, del rapporto fra le fonti del diritto.

A tali aspetti sono dedicati i primi due Capitoli. Seguiranno i Capitoli sul common law statunitense.

Operando una macro-comparazione, volta a disegnare somiglianze e differenze fra sistemi di common law e civil law, si può giungere a due diverse conclusioni: l’una che enfatizza le diversità, l’altra che sottolinea la progressiva convergenza. L’esito si spiega a seconda che si privilegi la lettura storica, diacronica, piuttosto che il punto di vista sincronico, contemporaneo.

Il volume predilige la lettura storico-comparatistica, che meglio rende ragione della diversa origine ed evoluzione del common law, ma al fine di correggere un’impressione di marcata diversità, è bene tenere in conto alcuni tratti di convergenza fra i sistemi, che possono essere così riassunti:

a) per quanto riguarda il ruolo del giudice, si osserva che anche nei sistemi di civil law la funzione “creativa” del formante giurisprudenziale è riconosciuta in modo crescente: pur non avendo natura vincolante, i precedenti, in particolare delle corti di vertice, hanno forza persuasiva, e tale valore è loro riconosciuto da avvocati e corti di diverso livello;

b) a livello transnazionale, la convergenza è favorita dalla presenza di due importanti Corti: la Corte Europea per i Diritti dell’Uomo (Strasburgo) e la Corte di Giustizia dell’Unione europea (Lussemburgo), competenti a porre regole vincolanti per gli Stati;

c) per quanto riguarda la posizione del diritto di produzione legislativa, questo assume negli ordinamenti di common law una importanza centrale; ciò avviene per due motivi:

- ✓ la crescente presenza dello Stato nell’economia e nell’erogazione dei principali servizi pubblici che determina, anche nel diritto britannico, un aumento della legislazione. Al giudice è, infatti, strutturalmente preclusa la possibilità di produrre regole di tipo organizzativo, con portata generale;

- ✓ l’ingresso di Gran Bretagna e Irlanda nella Comunità Europea (1973), che ha aperto il sistema delle fonti del diritto dei sistemi di common law alla legislazione di produzione europea, e ha determinato l’obbligo di adeguamento (che non può essere realizzato per via giurisprudenziale) alle politiche dell’Unione per via legislativa. Ciò ha interessato ampi settori, dal diritto commerciale a quello del lavoro, dall’amministrativo al processuale, a quello penale, ed ha influenzato sia il rapporto tra formanti giurisprudenziali e legi-

slativi, sia il piano dell'interpretazione; sebbene l'esito del voto del referendum favorevole all'uscita dalla UE, c.d. 'Brexit' (2016) abbia condotto la Gran Bretagna fuori dall'Unione Europea (2020), il diritto di produzione legislativa sembra ormai un tratto permanente di quel sistema;

d) la manifestazione del common law che si è realizzata per oltre due secoli negli Stati Uniti d'America conferma la tendenza all'espansione del formante legislativo; ciò è dovuto sia alla presenza di una Costituzione scritta (1787), sia al ricorso allo strumento legislativo in materia economica, intensificatosi negli anni '30 del XX secolo all'epoca del New Deal, e poi proseguito per regolare importanti settori del diritto commerciale.

Tenendo presenti queste "correzioni" all'idea di un common law puramente giurisprudenziale, si può ora procedere ad osservare i tratti storici del common law, che interessano la definizione dello stile del common law inglese. L'attenzione è concentrata sul diritto "inglese", in quanto è nei territori dell'Inghilterra, cui è stato unito successivamente il Galles, che maturano le condizioni di nascita e crescita del common law.

Diverso il discorso per la Scozia, che conobbe il common law solo dal momento dell'unificazione con il Regno inglese: l'unione delle corone avvenne con l'ascesa al trono di Giacomo VI re di Scozia (che prese il nome di Giacomo I, 1603-1625), un lontano parente di Elisabetta I d'Inghilterra del casato degli Stuart, ma i regni di Inghilterra e Scozia rimasero formalmente indipendenti e separati fino al 1707, quando venne stipulato il Trattato dell'Unione e si unificarono i Parlamenti. In quell'epoca il diritto inglese aveva già maturato i suoi processi di organizzazione e assunto una configurazione stabile originale rispetto al diritto continentale, mentre il diritto scozzese aveva ricevuto una indelebile impronta romanistica. Alla luce di questa precisazione si eviterà di confondere l'espressione [diritto inglese] con [diritto britannico], o [diritto del Regno Unito].

1.2. *Il writ come dato caratterizzante e l'origine processuale degli istituti*

L'origine giurisprudenziale del common law inglese è ormai millenaria: essa risale all'epoca della conquista normanna, guidata da Guglielmo di Normandia che nel 1066 sconfisse ad Hastings il sovrano sassone. A tale evento, assunto come data rappresentativa della conquista normanna, seguì la riorganizzazione del territorio in senso fortemente centralizzato, sulla base della sperimentata struttura feudale normanna. L'amministrazione del territorio, così come le corti, impiegavano come lingua giuridica un francese arcaico, detto [Law French]. Infatti, la prima serie di raccolte giurisprudenziali, dette [Law Reports], scritta in inglese appare "solo" nel 1650.

Non sfugge la diversità della struttura feudale normanna rispetto a quella continentale europea: feudi di dimensioni piccole, tali da garantire la necessaria fe-

deltà del barone al sovrano; centralizzazione dei poteri relativi al fisco, alla polizia e alla giustizia; autorità regia ben salda all'apice della piramide. I vassalli al seguito di Guglielmo I erano persone di sua fiducia: primi fra tutti i Lords, detti anche [Tenants-in-chief], poiché il sovrano concedeva loro direttamente il godimento delle terre ed un certo potere politico-militare; in posizione subordinata c'erano i [Sub-Tenants], legati ai Lords per quel che concerneva il godimento della terra, ma direttamente dipendenti dal sovrano per quel che concerneva il profilo politico-militare. In sostanza, la terra [land], nel senso proprio del suolo e ciò che ad esso accede, si considerava di assoluta ed esclusiva proprietà [ownership] del monarca inglese, ma il fondo [tenure] veniva concesso in godimento ai vassalli e altri sudditi: si distingueva, rispettivamente, tra [free tenure o freehold], concessione fatta a beneficio di soggetti liberi, ossia di condizione nobile, e [unfree tenure], rapporto costituito dal re nei confronti di soggetti in condizione di soggezione, collocati in posizione marginale rispetto all'ordine delle gerarchie feudali (in particolare, i contadini, obbligati a lavorare le terre del [Lord of the manor], il signore locale, dal quale potevano ricevere la concessione, per loro utilità, di alcuni fondi). Esistevano, poi, vari tipi di tenure feudale (militare, religiosa, onorifica, ecc.), ognuno individuato dalla particolare natura dei vincoli che incombevano al feudatario [Tenant], nella forma di prestazioni o servizi che costui doveva rendere a vantaggio del Lord concedente. Tali diversi contenuti del rapporto di tenure erano noti come [incidents of tenure] (Mattei-Ariano 2018, p. 289).

L'elemento fondamentale inerente alla tenure era rappresentato dalla durata del godimento o, meglio, del complesso dei diritti di cui il feudatario acquistava la titolarità per effetto, appunto, della concessione. Tale complesso di diritti, caratterizzato sotto il profilo della durata (variamente configurabile, ma sempre tipicamente indefinita) si indicava con il termine [estate], dal latino *status*, già in uso nel XIV sec. e mantenutosi anche nel linguaggio odierno. Questo termine era sintomatico del modo di concepire, durante l'epoca medioevale, la situazione del Tenant rispetto al fondo concesso in godimento. Da questa concezione medioevale derivano le attuali conseguenze in ordine alla nozione di [real property]: la concezione c.d. gradualistica o, comunque, pluralistica, del regime immobiliare di common law, che si traduce tipicamente nella dottrina degli [estates] e la relatività delle situazioni giuridiche alle quali si ricollega il possesso di una cosa (Moccia 1988, p. 17 ss.).

L'assetto medioevale si rifletteva, per quanto riguarda l'organizzazione della giustizia, nel riconoscimento di poteri autonomi in capo ai feudatari locali e nel mantenimento presso la Corte del re [Curia regis] del potere di decidere le questioni di maggior importanza, genericamente definite come relative "alla violazione della pace del Regno".

La mancanza di separazione delle funzioni, così come è oggi intesa la divisione di competenze fra corti centrali e corti periferiche, consentì alle corti regie di attrarre, nel tempo, casi di particolare rilevanza, ponendo le basi per un'amministrazione centralizzata della giustizia con lo sviluppo di corti specializzate: l'Exchequer, il Common Pleas e il King's Bench.

All'accentramento concorsero tre meccanismi:

- ✓ la giustizia itinerante, consistente nella pratica (attiva dal 1072, e mantenuta sino a quando, nel XIV secolo, l'apparato giudiziario centrale divenne capace di chiamare a sé le cause dalla periferia) di alcuni giudici della Curia regis di tenere udienza in diversi luoghi del Regno;
- ✓ l'istituzione di mandatari della corona nelle contee, detti [sheriffs];
- ✓ il sistema dei [writs].

DOCUMENTO 1: *Inghilterra: le Corti regie*

Dalla Curia Regis, o King's Council, si formano, nel corso del XII secolo (a partire dal regno di Enrico I, 1110-1135) i seguenti tribunali

Exchequer: (originariamente organo amministrativo di controllo)	Common Pleas:	King's Bench:
competenze specifiche: <ul style="list-style-type: none"> ● fiscale, ● contabilità di stato, ● demanio, ● esazione dei crediti 	competenze generali: <ul style="list-style-type: none"> ● azioni debitorie, ● possessorie, ● per trespass, ● writs di habeas corpus e w. pone Gli appunti informali circa l'attività di questa corte regia, organizzati secondo l'ordine cronologico per anno di regno, a partire dal 1270 ca. (sino al 1535 ca.), sono raccolti nei c.d. Year Books (Maitland).	competenze: <ul style="list-style-type: none"> ● "cause che interessano la Corona", sia penali sia civili in materia di illeciti, ● prerogative writs: sorta di controllo di legalità sull'operato delle corti, es. <i>certiorari</i> (avoca a sé le cause in corso presso le corti inferiori); <i>mandamus</i> (ordina di occuparsi di un caso che si ritiene sia stato trascurato); ecc.
abolita nel 1875; funzioni trasmesse a Chancery e a King's Bench Division della High Court	soppressa nel 1875	trasformata nel 1875 nella Queen's Bench Division della High Court

Il primo dei tre fattori menzionati, pur non inducendo la nascita di corti regie locali, favorì la diffusione della convinzione della provenienza della giustizia dalla corte di Westminster, aiutò la conoscenza da parte delle comunità locali dello stile di giudicare della Corte regia, e instaurò il principio del rispetto della giurisdizione centrale, anche grazie all'importante regola che imponeva la sospensione delle facoltà delle giurisdizioni baronali locali in occasione della temporanea presenza della corte itinerante di nomina regia. Nel frattempo, le antiche regole locali, risalenti al periodo anglosassone, persero progressivamente importanza: non furono mai formalmente abrogate, ma divennero desuete perché soppiantate dal diritto applicato da quelle che divennero le corti permanenti regie.

Il secondo fattore, lo sheriff (che deve il nome alla preesistente figura anglosassone, anteriore all'invasione normanna, di funzionario regio a capo della contea, chiamato [shire reeve]), rappresentò l'ausiliare della giustizia regia, svolgendo funzioni di esecuzione delle sentenze civili e penali, di convocazione della giuria nei processi, con una competenza che sovrapponeva poteri di polizia a poteri giudiziari.

Più ampio deve essere il discorso sul terzo fattore, i writs. La funzione cardinale di tale istituto, che ha *legato alla procedura lo sviluppo del diritto sostanziale inglese*, è contenuta nei detti:

- ✓ “where there is no writ, there is no right” (“dove non c'è writ non c'è diritto”);
- ✓ “remedies precede rights” (“i rimedi processuali precedono i diritti”).

Il writ, detto anche “breve” in latino, era il documento avente la forma di ordine del Re munito del suo sigillo e redatto dalla sua Cancelleria con cui i sudditi potevano sottoporre alla giustizia regia un caso solo se e in quanto avessero pagato a tal fine una somma di denaro alla Cancelleria. In esso veniva descritto in modo sommario il fatto ed investito il signore locale (proprio al fine di intramettersi nella gestione della giustizia ed esautorare le corti locali) della risoluzione della questione (v. l'esempio di writ of right close, Doc. 2). Ove ciò non fosse risultato possibile, il writ assumeva la forma di invito allo sheriff di ristabilire lo *status quo ante* (v. es. di writ praecipe, Doc. 2), o di disporre quanto utile per l'udienza davanti alla corte regia. L'inosservanza dell'ordine contenuto nel writ era considerata un'offesa diretta al sovrano e comportava l'imprigionamento del responsabile. In entrambi i casi, sia che fosse rivolto al Lord, sia che fosse rivolto allo sceriffo, risultava evidente l'autoproclamata supremazia del potere regio di amministrare la giustizia. Da ciò la conseguente ostilità dei poteri locali verso una eccessiva proliferazione di writs. L'ostilità determinò la temporanea fine della creazione di nuovi tipi di writs e la limitazione del catalogo al novero di quelli già esistenti (*Provisions of Oxford*, 1258): i baroni imposero ad Enrico III la chiusura del catalogo dei writs in cambio della promessa di aiuto in armi e denaro. Tale posizione fu solo parzialmente emendata (*Statute of Westminster II*, 1285) con l'accettazione da parte dei baroni che i chierici della Cancelleria regia potessero emanare nuovi writs nei casi “simili” a quelli già regolati da writs preesistenti.

La tecnicizzazione del sistema rimediale inglese non riguardava solo la scelta della formula idonea per agire dinnanzi alle corti regie. Si estese anche alla trattazione delle cause: queste iniziavano con la [*narratio*], in cui il difensore dell'attore, dotato di idoneo writ, esponeva i fatti sui quali si fondava la pretesa del proprio cliente; il processo si svolgeva dinanzi ad una giuria di non togati, costituita da semplici sudditi, cui occorreva, dunque, porre una domanda semplice, alla quale si potesse rispondere con un “sì” o un “no”. In pratica occorreva che l'avvocato dell'attore preparasse una questione di fatto, cui l'avvocato del convenuto poteva rispondere ammettendo il fatto o negandolo, oppure negando il fatto solo in parte aggiungendo contestualmente altri elementi di fatto. Il contradditto-

rio messo in atto con la tecnica del [pleading] (declinato nelle varianti del general traverse, special traverse, tentative pleading, ecc.) veniva sciolto dal verdetto della [jury].

Le vicende che, per l'intero XIII secolo, segnarono i rapporti fra sovrano e signori locali nella spartizione di competenze relative alla giustizia hanno avuto i seguenti importanti esiti sulla costruzione del diritto inglese:

- ✓ la definizione di un numero limitato di azioni [forms of action] quali presupposto per l'inizio di un processo davanti a una delle tre corti regie;
- ✓ la connessione fra la situazione di fatto individuata nel writ e il regime del processo (presenza o assenza della giuria, modalità di acquisizione delle prove);
- ✓ lo sviluppo di una capacità elevata di elaborare una risposta giuridica a nuove questioni poste dai sudditi da parte della Cancelleria e dei giudici della Curia regis;
- ✓ la crescente tensione fra domanda di giustizia da parte dei sudditi e capacità di risposta del sistema, condizionato dal veto politico posto dai baroni alla creazione di nuovi writs: tale tensione fu la causa della nascita e del successo di una diversa giurisdizione, l'[equity] (v. oltre, § 1.3).

Si osservino i documenti seguenti, che esemplificano alcuni tipi di writs, alcuni caratterizzati dall'invito al signore locale di dare giustizia, altri dall'invito allo sheriff. In essi si nota la succinta descrizione del fatto, che funge anche quale embrione per l'organizzazione di tipo accusatorio del processo, nel quale il giudice assume una posizione di maggiore imparzialità e la parte chiamata a rispondere conosce (diversamente da quanto accade nello schema inquisitorio) dall'inizio della procedura gli addebiti che le sono rivolti da chi promuove l'azione.

Si noti anche come il [writ of trespass], inizialmente rilasciato a favore di chi dichiarasse di aver subito in modo violento (la formula latina è [vi et armis]) un torto alla persona (to person), alla proprietà di terre (to land), o di beni mobili (to goods), al fine di ottenere il risarcimento del danno in modo analogo a quanto posto in diritto romano dalla [*actio legis aquiliae*], in seguito sia stato esteso nella forma di [trespass upon the case] ad illeciti di diversa natura, contrattuale o extracontrattuale, ove è del tutto irrilevante l'uso della forza, anche derivanti da comportamento negligente. Acquista dunque rilievo il fatto che l'attore, personalmente o con riferimento ai suoi beni, sia stato vittima di un danno causato, anche indirettamente, dal comportamento negligente o doloso di un altro soggetto. La ragione per la quale, nel corso del XVI secolo, pur in presenza di un limitato numero di writs, si preferì estendere la portata del writ of trespass a casi di responsabilità di tipo contrattuale con il ricorso al ragionamento analogico, pur esistendo presso i registri della Cancelleria uno specifico [writ of covenant] disposto per la tutela di inadempimenti contrattuali, va ben compresa: essa risiede nella rigidità delle forme richieste per poter ottenere il rilascio di un writ of covenant (presenza di un titolo scritto e munito di sigillo, detto [deed]) e nella natura ar-

caica della procedura che seguiva all'emissione di tale [form of action]. Nel [writ of trespass on the case in assumpsit], il danno derivava dal comportamento scorretto della controparte contrattuale: l'attore allegava che il convenuto si era obbligato a fare qualcosa e, non avendo adempiuto alla promessa (o avendo adempiuto in maniera inesatta), aveva con ciò arrecato un danno alla persona o ai suoi beni. A causa dell'inadempimento della promessa, l'attore soffriva un danno che con l'azione in [assumpsit] veniva risarcito. L'azione per trespass in assumpsit veniva così utilizzata in caso di inadempimento contrattuale.

La disomogeneità dei diversi rimedi resi accessibili dai writs generò, sin dai primi secoli di evoluzione del common law, una competizione fra writs, governata dall'abilità ermeneutica degli interpreti chiamati ad operare ardite applicazioni analogiche al fine di accedere alla form of action adeguata, e di conseguenza a sistemi processuali considerati efficienti.

DOCUMENTO 2: Writs (v. anche *Supplemento casi e materiali*)

Praeceptum in capite

«Rex vicecomiti salutem. Praeceptum X quod juste et sine dilatione reddat A unum mesuagium cum pertinentiis in Trumpington quod clamat esse jus et haereditatem suam et tenere de nobis in capite et unde queritur quod praedictus X ei injuste deforciat ut dicit. Et nisi fecerit, et praedictus A fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc summe eum per bonos summonitores quod sit coram justiciariis nostris apud Westmonasterium [tali die] ostensurus quare non fecerit. Et habeas ibi summonitores et hoc breve».

«Il re allo sceriffo: salute! Ordina a X di restituire ad A, secondo giustizia e senza indugio, quel possesso sito in Trumpington, con le relative pertinenze, che A asserisce appartenergli legittimamente per averlo ricevuto in eredità e spettargli di pieno diritto come nostro primo vassallo, e che, secondo la lagnanza dello stesso A, il suddetto X illegittimamente detiene. E se X non obbedirà, accertato che il predetto A fornisca adeguate garanzie per il proseguimento della azione, notifica ad X, inviandogli idonei messi, l'ordine di comparire [il certo tal giorno] avanti i nostri giudici a Westminster per giustificare la sua inadempienza. Abbi colà, insieme al presente writ, i messi che eseguiranno la notifica».

Writ of right close

«Rex K salutem. Praecipimus tibi quod sine dilatione plenum rectum teneas A de uno mesuagio cum pertinentiis in Trumpington quod clamat tenere de te per liberum servitium unius denarii per annum pro omni servitio, et quod X ei deforciat. Et nisi feceris, vicecomes de Cantabrigia faciat, ne amplius inde clamorem audiamus pro defectu recti».

«Il re a K (un lord che tiene corte) salute! Ti ordiniamo di rendere immantinenti piena giustizia ad A [l'attore], riconoscendogli il diritto che egli ha su quel possesso, con le relative pertinenze, sito in Trumpington, la cui titolarità egli asserisce derivargli da un tuo speciale («per liberum servitium») atto di concessione contro il (nominale) canone annuo di un denaro, e che X [il convenuto] gli contesta. [Ti avvertiamo che] se tu non lo farai, agirà lo sceriffo di Cantabrigia, a che non si debbano più sentire lamentele di ingiustizia su questa vicenda».

Writ of trespass

«Rex vicecomiti S salutem. Si A fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc pone per vadios et salvos plegios B quod sit coram nobis in octavis Sancti Michaelis ubicumque fuerimus tunc in Anglia (coram Justiciariis nostris apud Westmonasterium in octavis Sancti Michaelis) ostensurus quare vi et armis in ipsum A apud N insultum fecit., et ipsum verberavit, vulneravit et male tractavit, ita quod de vita ejus desperabatur, et alia enormia ei intulit, ad grave damnum ipsius A et contra pacem nostram».

«Il re allo sceriffo S: salute! Se A ti avrà assicurato di volere proseguire l'azione, allora ordina a B, che dovrà fornire alla bisogna garanzie e idonei mallevadori, di comparire dinanzi a noi nell'ottava di San Michele in qualsiasi luogo d'Inghilterra noi dovessimo trovarci in quel tempo (ovvero: dinanzi ai nostri giudici, nello stesso torno di tempo, a Westminster) onde spieghi per quale ragione egli abbia fatto oltraggio vi et armis al predetto A, presso N, insultandolo, ferendolo e malmenandolo a tal punto da far temere per la sua vita, ed altre enormità ancora inferendogli con grave danno dello stesso A e turbativa della nostra pace».

Il sistema dei writs non solo ha costruito il common law, ma ne ha mantenuto nel corso dei secoli i tratti caratteristici: fu solamente con la grande riforma del 1873-1875 che essi vennero soppressi, per lasciare posto all'atto di citazione generico [claim form] (v. Doc. "L'atto di citazione nel processo contemporaneo, quale è in uso oggi, in modo analogo ai sistemi di civil law" in *Supplemento casi e materiali*).

1.3. L'equity

Così come il termine [common law], anche [equity] appare di non agevole traduzione. Lontano dall'identificare la nozione latina e italiana di [equità], esso indica piuttosto l'insieme di regole, principi, rimedi processuali che hanno avuto origine nella giurisprudenza della Corte regia di Cancelleria [Court of Chancery]. Se si vuole cercare un punto di contatto fra il termine e l'idea di equità, lo si trova nella origine dell'equity, quale giurisdizione discrezionale, costruita sulla valutazione di casi concreti per i quali non vi era rimedio in common law. È, in altri termini, l'inadeguatezza del sistema dei writs dovuta alla cristallizzazione delle forme di azione che fondavano la competenza delle corti di common law che generò, a partire dal XIV secolo, l'accumularsi di petizioni e ricorsi rivolti direttamente al Re da parte dei sudditi privi di rimedi in common law.

La risposta a tale domanda di giustizia doveva provenire dal Cancelliere, ecclesiastico e confessore del sovrano, e dai chierici che lo assistevano, formati studiando il diritto romano-canonico. Il Cancelliere era la persona adatta allo scopo dato che, in virtù della sua cultura canonistica e dell'etica religiosa largamente condivisa che gli consentiva di scorgere la giustizia del caso concreto, aveva i mezzi per farsi ubbidire. Seguendo un processo di formalizzazione che occupa l'intero XIV secolo, le suppliche rivolte alla coscienza del sovrano e che, pertanto, giungevano per via stragiudiziale al Cancelliere, diedero origine ad una vera e propria giurisdizione separata, detta [equity], presso la Corte della Cancelleria.