

Diritto costituzionale italiano e comparato – Lezioni 8-9 marzo 2016

I PRECEDENTI GIUDIZIARI

Come si è messo in rilievo nella lezione precedente,

- la costruzione di un ordine giuridico normanno necessitava di una **magistratura leale**. In Inghilterra non c'erano magistrati leali, per cui il Re aveva bisogno di un corpo di giudici fedeli capaci di portare in tutto il Regno la "pace del Re" (GLENN).

- Per assolvere a questo compito non potevano essere nominati dei nobili, come avevano fatto i Romani (i normanni parlavano francese e i nobili inglesi non erano affidabili).

Lo sviluppo del sistema giudiziario inglese è caratterizzato da **quattro fasi diverse**:

1)- **primo periodo anglosassone**, anteriore alla conquista normanna del 1066, in cui i giudicati garantiscono sostanzialmente il rispetto delle consuetudini locali (**customary laws**);

2)- **secondo periodo** che va dal 1066 all'avvento della dinastia Tudor, in cui i giudici **elaborano, attraverso le loro decisioni, le consuetudini locali** e altre fonti minori e ha inizio la costruzione per gradi della *common law*;

3)- **terzo periodo** che va dalla seconda metà del XV secolo sino al 1875 in cui, accanto al sistema di *common law*, si afferma il sistema di **equity**. Con la riorganizzazione della magistratura su impulso della Regina Vittoria (Judicature Acts del 1873-1875) si risolvevano anche i conflitti fra corti di *common law* e di *equity*.

4)- **quarto periodo** che va dal XIX secolo ad oggi.

Questi periodi confermano il carattere prevalentemente giudiziario del diritto inglese (*judge-made law*, in contrapposizione a *statute-law*)

I repertori di questa giurisprudenza possono darci un'idea:

The English Reports (1220-1873) <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1220/>

The Law Reports (1865-1875; 1875-1890; 1891-oggi)

Il precedente giudiziario è al centro degli ordinamenti giuridici di *common law*.

Che cosa significa **precedente giudiziario**?

Quando utilizziamo l'espressione "**precedente giudiziario**" o semplicemente "**precedente**" nel linguaggio giuridico inglese **NON** ha il semplice significato di decisione o sentenza giudiziaria.

In particolare, indica una decisione o sentenza caratterizzata dalla presenza congiunta di due elementi:

- a) è destinata ad "operare come punto di riferimento di un certo tipo di condotta che trova in essa i presupposti del suo condizionamento" (CRISCUOLI)
- b) Per la funzione svolta deve essere riportata in un repertorio.

NON TUTTE LE DECISIONI DEI GIUDICI INGLESI COSTITUISCONO PRECEDENTI

Non lo sono le corti inferiori, quelle decisioni che

- attengono a questioni di fatto**
- che vengono emesse nell'esercizio di un potere assolutamente discrezionale**
- che dalla stessa corte giudicante non sono ritenute precedenti.**

I precedenti assumono valore diverso a seconda che

siano destinati ai soggetti che partecipano al processo (**EFFICACIA INTERNA: erga partes**)

oppure ha rilevanza nei confronti di tutti (**EFFICACIA ESTERNA: erga omnes**)

RICORDIAMO che nella esperienza di Common Law, il precedente giudiziario con queste caratteristiche ha valore di **fonte PRIMARIA** del diritto a differenza degli ordinamenti di Civil Law

Vediamo lo sviluppo storico del sistema di common law partendo dalle origini.

A) Periodo anglo-sassone: si tratta di un periodo che va dall'abbandono della Britannia da parte dei Romani sino alla conquista normanna del 1066. La peculiarità di questo periodo è che non vi fu un diritto d'Inghilterra, ma tanti diritti corrispondenti alle diverse popolazioni che si trovavano in Inghilterra. Le fonti normative di tutto questo periodo furono sostanzialmente due:

- **Le consuetudini locali**
- **Le ordinanze reali**

Le **consuetudini** rappresentavano la coscienza giuridica della collettività (*the judicial consciousness*), corrispondono al diritto popolare e sono le fonti più numerose e variano da contea a contea.

Le consuetudini sono caratterizzate da tre impostazioni di fondo:

- a) Diritto dei territori del nord e del nord-est dell'Inghilterra, soggetti al dominio danese e scandinavo (*Dane Law*);
- b) Diritto di origine germanica osservato nel Midlands [Contee di Gloucester, Worcester, Hereford, Warwick, Oxford, Chester, Salop e Stafford (*Wessex Law*)];
- c) Diritto osservato nel sud e nell'ovest (*Wessex Law*).

Le **ordinanze reali (dooms)**, contenute in appositi proclami rappresentano l'altra fonte. Esse confermano il valore primario delle consuetudini come fonti normative riaffermate legislativamente.

Lo studio della giustizia implica considerare le **classi sociali** in cui era divisa la popolazione. Le classi sociali erano quattro:

- 1- gli schiavi assolutamente privi di libertà
- 2- i semi-liberi (schiavi con alcuni diritti)
- 3- gli uomini liberi (con pienezza di diritti)
- 4- i nobili.

Il Re era al di sopra dei sudditi e veniva scelto, fra i maschi della famiglia reale, dal Consiglio dei Saggi (Witan), che svolgeva funzione consultiva, ma anche deliberativa o giudiziaria.

Per l'amministrazione della giustizia, vi erano assemblee di villaggio, centinaia (più villaggi) e contee.

Le **prove** rappresentavano uno strumento necessario per somministrare la giustizia.

- a) **Wager of law** (o **compurgation**): si trattava di un giuramento fatto dall'imputato circa la veridicità delle sue asserzioni (confermata da dodici testimoni);
- b) **Ordalia** (invocazione a Dio affinché desse un segno della responsabilità o dell'innocenza dell'imputato). La prova era obbligatoria se l'accusato era stato colto in flagrante, era noto come spergiuro, non era un uomo libero, o non aveva i dodici testimoni.

Vi erano diversi tipi di ordalia:

b1) **quella del ferro rovente**: (**gestatio ferri**) riservata per lo più ai nobili e agli ecclesiastici. Emma, madre di Edoardo II detto il Confessore, re inglese dal 1042 al 1066, subì la prova del ferro rovente.

La prova consisteva appunto nel prendere in mano una sbarra di ferro, di peso determinato, preventivamente arroventata, e, generalmente, nel percorrere nove passi prima di lasciarla cadere.

A colui che aveva sostenuto la prova della gestatio ferri veniva chiusa la mano entro un sacco e questo veniva subito suggellato col sigillo del giudice e con quello della parte avversa nel giudizio: lo si riapriva dopo tre giorni e, se la mano non presentava segni di ustione, si proclamava l'innocenza dell'accusato; nel caso contrario, si affermava la sua colpevolezza.



L'ordalia del fuoco" di [Dieric Bouts il Vecchio](#)

b2) **quella dei vomeri roventi**: l'imputato doveva camminare su nove carboni ardenti e i giudici valutavano dopo tre giorni le ustioni formatesi sotto i piedi.

Anche questa modalità trova riferimento nell'antichità più remota. Si trovano vari esempi a riguardo: nell'*Antigone* di Sofocle (496-405 a.C.) si citano alcune guardie che offrono di provare la loro innocenza camminando sui carboni accesi.

Altra testimonianza ce la offre Strabone, quando parla delle Sacerdotesse di Diana che camminavano sui carboni ardenti senza bruciarsi per dare prova della loro castità.

b3) **quella dell'acqua bollente**: era particolarmente utilizzata nei paesi germanici, dove duello e giudizi divini erano rimasti vivi e vegeti anche dopo l'avvento del Cristianesimo. L'imputato doveva immergere una mano (o anche il braccio). Anche in questo caso si giudicavano le ustioni.



O **dell'acqua fredda**: riservato ai non liberi, prevedeva che l'imputato fosse calato appeso a una corda con mani e piedi legati in uno stagno previamente benedetto. Se la corda non andava al di sotto di un certo limite "l'acqua benedetta accettava chi era sottoposto alla prova" (CRISCUOLI)



b4) **quella del boccone maledetto**: riservata agli ecclesiastici e consisteva nel fare inghiottire all'imputato durante la Messa, un pezzo di pane consacrato al quale era stata mescolata una piuma: se riusciva a ingoiarlo senza soffocare era innocente.

B) Periodo anglo-sassone: Nel 1066 il *Witan*, seguendo le indicazioni del defunto Edoardo il Confessore, nomina Re Aroldo, suscitando le ire di Guglielmo il Bastardo, che ottenuti aiuti militari dai baroni e cavalieri di Bretagna, Fiandre e

Aragona e l'appoggio del Papa, sbaragliò le truppe di Aroldo ad Hastings il 14 ottobre 1066.

Sul piano della **giurisdizione**, Guglielmo separò le corti ecclesiastiche da quelle civili:

- **Ecclesiastical Courts**: avevano competenza in tutte le questioni che riguardavano le questioni religiose, nonché le competenze attribuite al potere religioso

- **Lay Courts**: tutte le questioni che riguardavano i laici

La creazione di una giurisdizione nazionale laica favorì lo sviluppo della *common law*, nonostante gli abusi delle Corti ecclesiastiche

Guglielmo cambiò anche il rapporto con i feudatari (tenants e sub-tenants), introducendo nel 1086, il **solenne giuramento di fedeltà** (**The Salisbury Oath**).

Quali conseguenze comporto?

a- Si indebolisce il potere dei feudatari e si concentra nelle mani del Re il potere politico e militare

b- Si impedisce che i feudatari abbiano eserciti propri che potrebbero essere utilizzati contro il Re

c- Il Re ha il potere di legiferare su tutti

d- Al Re appartiene il potere giudiziario e questo implica:

d1- il Re esercita direttamente giustizia con i propri giudici su qualsiasi materia, in ogni luogo e nei confronti di chiunque

d2- il Re può concedere ai feudatari il diritto di amministrare giustizia, presiedendo corti feudali ma limitatamente alle questioni sorte nei loro possedimenti

d3- il Re può intromettersi a sua discrezione nell'esercizio di qualsiasi tipo di giustizia locale

LA GIUSTIZIA DEL RE E L'USO DEI WRITS

Con l'espressione "giustizia del Re" si è intesa la giustizia del Sovrano in contrapposizione a quella delle Corti feudali.

Guglielmo portò dalla Francia l'idea che fosse un dovere e un privilegio del Sovrano assumere decisioni dopo aver consultato dignitari e vassalli di grado più elevato, nasce così l'idea della

CURIA REGIS nasce come organo consultivo e deliberativo relativamente alle funzioni affidate dal Sovrano.

E' organo **centrale**, anche se era chiamata a svolgere le sue funzioni nei luoghi dove il Re si recava.

Si riuniva in **due** diverse composizioni:

La Grande Assemblea (*Magnum Concilium*), si riuniva in particolari occasioni e almeno nella ricorrenza delle tre principali feste dell'anno: Natale a Gloucester, Pasqua a Winchester e Pentecoste a Westminster. Si trattavano problemi politici di particolare importanza, si promulgavano leggi (es. le Costituzioni di Clarendon del 30 gennaio 1164), si appianavano importanti conflitti (sulla supremazia dell'Arcivescovo di Canterbury su quello di York)

Nel corso del tempo, per merito di Simone de Monfort, Conte di Leicester, ed Edoardo I si trasformò nel **Parlamento di Westminster**

L'Assemblea Ristretta (*Common Council*) era composta da un gruppo ristretto di consiglieri, di cui faceva parte il **cancelliere**, un consigliere giuridico e i principali funzionari, si occupava di questioni amministrative, fiscali e giudiziarie ed era sempre a disposizione del Re – fu la matrice delle future **corti di common law**

La **Curia Regis** svolge le seguenti competenze:

- è corte feudale chiamata a risolvere le controversie fondiarie tra Re e tenants in chief o tra tenants in chief;

- ha competenza giurisdizionale che mutua dalla persona del Re in ordine al potere-dovere di mantenere la **King's peace**, l'ordine sociale: ad essa, pertanto, si ricorre per ottenere la giustizia denegata, o comunque non ottenuta presso le Corti locali. Questa competenza è eventuale, gli interessati dovevano iniziare la causa in primo grado davanti alla corte locale o feudale.

Rivolgersi al sovrano non era un diritto, e pertanto era necessario pagare una forte tassa a favore della tesoreria reale perché l'autorità del Re, impersonata dal

Cancelliere, dopo un attento esame della questione, intervenisse. Chi veniva ammesso era certo di un giudizio rapido.

Questa ingerenza del Re non fu ben vista dai feudatari che si vedevano sottratta la giurisdizione.

La giustizia regia opera sulla base dei **Writ**s.

LE FORMS OF ACTION

Secondo Maitland, le “forms of action sono sepolte, ma ci governano dalla tomba”. Le forms of action (le forme dell'azione) rappresentano le modalità procedurali con cui inizia un processo.

Vi è una connessione diretta fra diritto e azione, nel senso che non vi era riconoscimento di diritti se non attraverso la concessione di azioni (l'azione sta prima del diritto).

Vi è corrispondenza fra una specifica procedura e ciascuno schema di azione.

Le azioni erano strutturate sull'osservanza di un apposito rituale, anche con la presenza di formule solenni.

I WRITS

Che cos'è un writ?

Il **writ** (dal latino brevis: era grande come mezzo foglio A4) è un ordine del sovrano, redatto in forma di lettera, scritto in latino su carta pergamena e garantito dal sigillo reale.

Il writ era elaborato da un ufficio (*officina brevium*) alle dirette dipendenze del Cancelliere, che istruiva il ricorso per il quale si chiedeva il writ stesso.

Poteva avere **due** destinatari:

- a) **Lo sceriffo**: come procuratore locale del Re, aveva l'incarico di chiedere a un soggetto presuntamente colpevole di violazioni (convenuto) di restituire ciò che doveva a colui che aveva richiesto l'intervento del Re ed ottenuto il writ (attore), o, in mancanza presentarsi davanti alla corte regia per spiegare i

motivi della disobbedienza. Il writ poteva direttamente chiedere che il convenuto si presentasse avanti la corte regia per spiegare le ragioni del suo comportamento.

- b) **Il lord locale**: il writ poteva essere indirizzato al lord titolare di una corte feudale con l'invito a rendere giustizia all'attore, con la minaccia che, in difetto, il caso sarebbe passato davanti alla giustizia reale.

L'inosservanza all'ordine contenuto nel writ rappresentava un atto di offesa diretta nei confronti del Sovrano e, come tale, determinava l'imprigionamento del responsabile.

I writs sono classificati in relazione al loro contenuto:

- a) Relativi alle **azioni reali**, concernenti la titolarità di beni immobili
- b) Relativi alle **azioni personali**, concernenti i danni alla persona fisica, garantendo il risarcimento del danno
- c) Relativi alle **azioni miste** (personali e reali), come per le azioni possessorie.

Possono essere **ordinari e straordinari**:

i writs ordinari (*brevia de cursu*) sono consolidati nella prassi giudiziaria e annotati nel *Registrum Brevium* presso la Cancelleria. Chiunque intendeva avvalersi della giustizia del Re doveva individuare un tipo di pretesa già riconosciuta nel *Registrum* e con il pagamento di una determinata somma di denaro, otteneva il writ necessario a tutelare la sua pretesa.

i writs straordinari (*brevia gratia*) NON sono annotati nel *Registrum* per il loro carattere eccezionale e possono essere ottenuti previo il pagamento di una somma molto alta.

Vediamo alcune formule di writs:

“Il Re allo sceriffo: salute!

Ordina a X di restituire ad A, secondo giustizia e senza indugio, 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

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 nel giorno avanti i nostri giudici a Westminster per giustificare la sua inadempienza. Abbi colà, insieme al presente *writ*, i messi che eseguiranno la notifica”

Le ostilità dei baroni nei confronti dell'aumento progressivo dei casi attribuiti alla giustizia regia è testimoniato da tre documenti di carattere costituzionale:

- La **Magna Charta** del 1215
- Le **Provisions di Oxford** del 1258
- Lo **Statuto di Westminster** del 1285

La **Magna Charta** contiene due clausole 60 e 61 che costituiscono la prima conferma: nel caso che il Re o i suoi vassalli commettano violazioni, i baroni sarebbero stati legittimati a sottrarsi al proprio dovere di fedeltà verso il Re; la clausola 34 attribuisce ai signori feudali la competenza a giudicare le questioni relative alle terre ricomprese nel loro dominio feudale; la clausola 39 introduce la garanzia del **due process** (giusto processo), per la quale nessun uomo libero può essere arrestato, imprigionato o privato dei suoi beni, messo fuori legge, esiliato, se non per giudizio dei suoi pari, secondo quanto previsto dalla legge.

La clausola 60 recitava: “**Tutte le consuetudini qui sopra ricordate e tutte le libertà che noi abbiamo concesso nel nostro Regno dovranno essere ugualmente rispettate da noi nei confronti di tutti i nostri sudditi, chierici e laici, quanto da costoro nei confronti dei loro dipendenti”**”

Via via che la *common law* allargava il suo campo di applicazione, vi fu un corrispondente aumento dei writs che passarono da circa 56, registrati all'inizio del Regno di Enrico III (1216-1272) a circa 500 al tempo del suo successore Edoardo I (1272-1307) e a dover **bloccare la creazione di nuovi writs** furono le **Provisions di Oxford**, impedendo al Cancelliere di adottare nuovi writs straordinari senza l'autorizzazione del Re e del suo Gran Consiglio, potendo dunque apporre il sigillo reale solo a quelli **of course** già riportati nel *Register Brevium*.

La ragione storica delle Provisions fu la necessità di raggiungere un compromesso fra il Re e i signori feudali, per limitare gli introiti del Sovrano, come anche il suo potere politico.

Il blocco dei writs produsse un irrigidimento del sistema di common law, non potendosi tutelare giudiziariamente i rapporti non previsti nel Register sino al 1258. Di conseguenza, per la loro tutela l'unico rimedio era richiedere al sovrano una supplica. Da qui si giungerà a introdurre le Corti di **Equity** come nuovo sistema di diritto.

A superare questa situazione di stallo contribuì **lo Statuto di Westminster II** del 1285. Si trattò di un compromesso fra propositi riformatori e forme di arcaismo reazionario (POLLOCK). Lo Statuto aveva 50 capitoli e il 24, intitolato in **consimili casu**, disponeva che:

“E ogniqualevolta in futuro accadrà che esista presso la cancelleria un writ per un determinato caso e nessuno per un caso simile, che abbia identità di ratio giuridica col primo ed esiga, pertanto, lo stesso rimedio di questo, i chierici funzionari della cancelleria consentano alla concessione ed alla redazione del writ, altrimenti rinviino i richiedenti al prossimo Parlamento, annotino i casi per i quali non possono consentire e li riferiscano al medesimo consesso affinché venga ivi approvato, col consenso di giurisperiti, un nuovo writ, di guisa che non avvenga più per il futuro che la corte adita rimanga a lungo priva della possibilità di rendere giustizia a chi la chieda”.

Questa disposizione realizza un compromesso fra il Re e i baroni, che consente senza alterare quanto stabilito nelle Provisions di Oxford, una certa **elasticità** nell'uso dei *brevia*.

Stante il principio che nessun nuovo writ potesse essere creato in via ordinaria, si introduceva la regola per la quale la Cancelleria avrebbe potuto utilizzare le vecchie formule tipiche per consentire nuove azioni **in consimili casu**

Si trattava di fattispecie **DIVERSE** ma **SIMILI** per le quali il Registrum prevedeva appositi *writs*.

La Cancelleria non abusò di questo potere, anzi lo utilizzò con parsimonia (with great caution) PLUCKNETT

