

SCIENZA & POLITICA

per una storia delle dottrine



La Magna Carta e lo *jus commune*: il difficile “dialogo” tra *common law* e diritto continentale

The Magna Carta and the *jus commune*:
the Difficult “Dialogue” between
Common and Continental law

Dolores Freda

Università degli Studi
di Napoli “Federico II”

dolores.freda@unina.it

A B S T R A C T

L'autrice mette in discussione il dogma storiografico che, a partire da F.W. Maitland, ha dato per assodata l'«anglicità» pura del diritto inglese, costruendo così la sua storia sulla sua eccezionalità rispetto alla tradizione europea, dalla quale non sarebbe stata in nessun modo contaminata. L'analisi della storiografia anglosassone del più importante documento costituzionale inglese, mira a rispondere alla provocatoria domanda: quanto è inglese la Magna Carta? Che ruolo ha giocato lo *jus commune* nella sua redazione? In che rapporto sta con il diritto romano-canonico dell'epoca? Attraverso un esame delle sue radici culturali, il saggio mostra non solo l'influenza sostanziale del diritto romano-canonico sulla Magna Carta, ma anche più in generale le affinità e gli elementi comuni che caratterizzano in principio il rapporto tra la tradizione giuridica inglese e quella continentale.

PAROLE CHIAVE: Magna Carta; *Jus commune*; *Common law*; F.W. Maitland; *Jus commune europaeum*.

The authoress questions the historiographic dogma that, tracing back to F.W. Maitland, gave the pure «Englishry» of English law for granted, thus building its history on its exceptionality with respect to European tradition, from which it would not have been contaminated at all. The Anglo-Saxon historiographical analysis of the most important English constitutional document aims at answering to the provocative question: how English is Magna Carta? What role did *jus commune* play in its drafting? What is its relationship with contemporary Roman Canon law? Through the examination of its cultural roots, the essay shows not only the substantial influence of Roman Canon law on Magna Carta, but also, more generally, the affinities and the common elements that characterize in principle the relationship between English juridical tradition and the continental one.

KEYWORDS: Magna Carta; *Jus commune*; *Common law*; F.W. Maitland; *Jus commune europaeum*.

1. *Un common law “incontaminato”?*

Frederick William Maitland, il più grande storico del diritto inglese di tutti i tempi, sottolineava, in un celebre saggio risalente agli inizi del Novecento, la salutare “resistenza” del *common law* alla penetrazione e alla recezione della tradizione romanistica in Inghilterra e, dunque, la capacità del diritto autoctono di rimanere vittoriosamente immune dalla “contaminazione” straniera¹. Tale punto di vista era destinato ad essere dogmaticamente accolto dalla storiografia anglosassone e ad avere lunghissima durata: in alcuni casi, e nonostante la recente apertura della storiografia giuridica inglese allo studio della storia del diritto in una prospettiva più propriamente europea – apertura risalente soltanto agli ultimi decenni – a durare addirittura fino ai giorni nostri. Tale atteggiamento storiografico, di cui il saggio di Maitland costituisce la più chiara e consapevole espressione e sul quale si tornerà più diffusamente in seguito, pare aver informato anche la più gran parte della storiografia giuridica che ha dedicato i propri studi alla Magna Carta.

La Magna Carta è senza dubbio una pietra miliare della storia inglese. Essa costituisce, come è noto, la prima formale e fondamentale affermazione dei diritti e delle libertà del popolo inglese, riconosciuti ai baroni da Giovanni Senza terra (1199-1216) nel 1215. Il potere regio attraversava all'epoca un momento di debolezza, determinato da una serie di circostanze, sia interne al Regno sia concernenti la politica estera, che aveva minato gli equilibri politici esistenti, rendendoli precari. Il sovrano, screditato agli occhi dei baroni dalle ingenti spese militari nella guerra contro il re di Francia, dalla sfortunata alleanza con il tedesco Ottone IV di Brunswick, dalla pesante sconfitta militare subita nella battaglia di Bouvines (1214), e dalla conseguente perdita, dopo i successi militari degli anni precedenti, della maggior parte dei propri possedimenti sul Continente, ma danneggiato, soprattutto, dal mancato rispetto delle antiche leggi e consuetudini del Regno, cui la Corona si era impegnata sin dai tempi della conquista da parte di Guglielmo duca di Normandia, e dall'aspra contrapposizione con il papato di impronta teocratica di Innocenzo III e dall'affermazione prepotente dei diritti della Corona sulla Chiesa, fu costretto a concedere ai baroni – sulla solidità del rapporto coi quali si fondava in concreto il suo potere e di cui aveva oramai perso l'appoggio – una serie di diritti allo scopo di rimediare agli abusi del passato e ristabilire la pace nel Regno. Mentre, infatti, re Giovanni tendeva ad accentuare in senso assolutistico l'applicazione del potere sovrano ai danni del ceto baronale in rivolta, quest'ultimo, facendo appello alla *lex*

¹ F.W. MAITLAND, *English Law and the Renaissance*, Cambridge University Press 1901; F. POLLOCK – F.W. MAITLAND, *History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1968, II vol., p. 658.



terrae di cui reclamava a proprio favore il rispetto, si opponeva apertamente al sovrano, cercando di imporre la propria forza nei suoi confronti allo scopo di rendere flessibili i rapporti che li contrapponevano al potere regio e non più negoziabili le posizioni di vantaggio acquisite, ponendo al riparo, in tal modo, non soltanto il proprio potere, ma anche i propri patrimoni dalle eccessive e arbitrarie pretese regie². Tale stato di cose era complicato dalla posizione degli ecclesiastici, divisi tra l'ossequio per il sovrano in quanto alti feudatari partecipi della vita politica del Regno da un lato, e l'obbedienza al papa in quanto soggetti al diritto della Chiesa, che ne regolava lo *status* personale, dall'altro. I vescovi e gli arcivescovi erano oggetto di dure controversie per la questione delle loro nomine, e proprio quella relativa alla nomina di Stephen Langton ad arcivescovo di Canterbury avrebbe condotto alla scomunica papale del sovrano, contribuendo al venir meno dell'*allegiance* dei baroni, in parte ecclesiastici, nei suoi confronti.

La Magna Carta, frutto del conflitto sorto tra la Corona, i signori feudali e, sullo sfondo, il papato, stilata a Runnymede nel giugno del 1215, e probabilmente contenente, oltre a nuove statuizioni, alcune norme basate sulla Carta d'incoronazione di Enrico I del 1100³, rappresenta la più celebre concessione di diritti da parte del sovrano inglese ai propri sudditi. Essa è stata lungamente ritenuta, nonostante le successive modifiche intervenute a correggerne il testo, il primo statuto emanato dal Parlamento inglese⁴. La Carta, sopravvissuta all'abrogazione di molte delle sue norme di dettaglio, e grazie alle modifiche che ne hanno reso i contenuti originari legislativi – perfino William Blackstone, solitamente un entusiasta del *common law*, avrebbe definito «di scarso rilievo» la forma e i contenuti del documento originario⁵ – ha dispiegato i suoi effetti fino ai giorni nostri. Essa, depurata, già nelle riedizioni del 1216 e del 1217, di molte clausole superate – Giovanni, istigato dal papa che si opponeva

² Più ampiamente, sulla dialettica tra potere regio/potere baronale, A. TORRE, *Tutti gli uomini di re Giovanni, Introduzione* a A. TORRE (ed), *Magna Carta (1215)*, Macerata, Liberilibri, 2007, p. XIII ss., il quale ha sottolineato come l'immagine di Giovanni Senzaterra, monarca «drammaticamente impegnato» nel «faticoso processo di contenimento del potere degli alti feudatari», proseguito dal successore Enrico III e portato a compimento da Edoardo I, appaia più complessa rispetto allo stereotipo del tiranno rappresentato dalla propaganda baronale (*ivi*, p. XV).

³ Il testo della Magna Carta pare parzialmente riprodurre quello di un documento di incerta datazione, forse risalente al 1213-14 o 1214-15, definito dagli storici come la «Carta delle libertà sconosciuta».

⁴ In tal senso, R.H. HELMHOLZ, *Lo ius commune e il common law, Introduzione* a R.H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the jus commune*, «University of Chicago Law Review», LXVI/1999, pp. 297-371, p. 23. Di tale saggio chi scrive ha curato l'edizione e la traduzione italiana: D. FREDA (ed), *La Magna Carta del 1215. Alle origini del costituzionalismo inglese ed europeo*, Roma, Aracne Ed., 2012.

⁵ W. BLACKSTONE, *The Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Oxford 1770, vol. IV, p. 416. Vedi anche W. BLACKSTONE, *The Great Charter and Charter of the Forest, with Other Authentic Instruments: to Which is Prefixed an Introductory Discourse, Containing the History of Charters*, Oxford, Clarendon Press, 1759.

alla stipulazione della Carta per affermare il suo potere non soltanto spirituale, ma anche politico, sul sovrano inglese⁶, si era immediatamente proclamato non obbligato alle garanzie riconosciute dal documento, vigente per poco più di tre mesi – e resa nel tempo maggiormente aderente alla necessità di limitare e porre sotto controllo non più il potere del sovrano in sé, ma della monarchia come istituzione, fu riconfermata prima da Enrico III nel 1225, poi da Eduardo I nel 1297⁷.

Le numerose *confirmations* dei decenni successivi alla sua emanazione, e soprattutto la stesura (semi-definitiva) del 1225, nella quale è stata rinvenuta la genesi della rappresentanza parlamentare (alla convocazione, nel 1265, del parlamento di Simon de Montfort, formato da baroni, vescovi, cavalieri e borghesi delle città si usa far risalire l'inizio del percorso parlamentare a Westminster) e alla quale sarebbe stato riconosciuto non più soltanto un valore pattizio, ma anche un'efficacia giuridica rinforzabile nei confronti della Corona attraverso l'adizione delle Corti, avrebbero assegnato alla Carta la straordinaria valenza dinamica di «documento seminale», facendola entrare «a pieno titolo nella mitologia costituzionale di cultura inglese ed europea»⁸. Essa, anche grazie alle più tarde rielaborazioni di *common lawyers* del calibro di Fortescue, Coke e Blackstone, sarebbe divenuta un baluardo nella storia dell'affermazione delle garanzie fondamentali dei diritti e delle libertà dell'individuo durante i conflitti costituzionali dei secoli successivi e, nel contempo, il simbolo della supremazia del diritto sulla tirannia dello Stato. Basti pensare, soltanto per fare qualche esempio, alla sintonia con il dettato della Carta delle statuizioni di successive dichiarazioni o petizioni di diritti quali quelle del *Bill of Rights* del 1689 o della Costituzione americana che testimoniano, nella sostanza, la lunga durata (in alcuni casi, l'immortalità) delle sue prescrizioni in materia di proporzionalità della pena o di garanzie nell'amministrazione della giustizia (quella del giusto processo, del *trial by jury*), destinate a trasformare un documento frutto della contingente ribellione dei baroni inglesi contro re Giovanni in una moderna e imperitura Carta delle libertà⁹.

⁶ Le *Provisions of Oxford* del 1258 avrebbero poi limitato drasticamente il potere della Chiesa di Roma sugli affari interni del Regno inglese.

⁷ In tal senso, A. TORRE, *Tutti gli uomini di re Giovanni*, p. XXIII.

⁸ *Ivi*, p. XXXI e p. XXIV.

⁹ Cfr., tra i molti lavori sull'«eredità moderna» della Carta, I. JENNINGS, *Magna Carta and Its Influence on the World Today*, London, HmsO, 1965; W.F. SWINDLER, *Magna Carta: Legend and Legacy*, Bobbs-Merrill Co., Indianapolis 1965; V. STARRETT, *Three Great Documents on Human Liberties: Magna Carta, Declaration of Independence, Constitution of the United States*, Normandie House, Chicago 1942; M. ASHLEY, *Magna Carta in the Seventeenth Century*, University Press of Virginia, Charlottesville 1965; E. SANDOZ (ed), *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law*, Columbia, University of Missouri Press, 1993; F. THOMPSON, *Magna Carta. Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1948; P. SPUFFORD (ed), *Origins of the English Parliament*, London, Longmans, 1967; W. CLARK, *Magna Carta and Trial by Jury*, Fulton-St. Louis, Review Publ. Co., 1924.



Ma può la Magna Carta, tradizionalmente (e a ragione) considerata quale fondamentale affermazione dei principi costituzionali inglesi, essere ritenuta esclusiva emanazione del diritto consuetudinario del Regno? Può essere cioè reputata espressione – per dirla con le parole di Maitland – dell’«Englishry of the English law», dell’«anglicità» del diritto inglese? Del suo carattere autonomo, originario, tipico, «eccezionale», esente da ogni (sia pure leggera) influenza o «contaminazione» esterna? Le sue radici culturali sono esclusivamente autotone? In definitiva: quanto inglese è la Magna Carta?

Per poter rispondere a tale domanda, posta naturalmente in maniera provocatoria, appare necessario procedere a un sintetico esame della storiografia anglosassone che si è occupata del documento stilato a Runnymede. La bibliografia sulla Magna Carta – sia pure volendo tener conto esclusivamente della produzione della storiografia anglosassone – è sterminata: è davvero possibile affermare che gli studiosi abbiano passato il documento al setaccio esaminandone ogni aspetto, da quelli più propriamente storico-sociali, a quelli giuridici, politici, costituzionali e feudali¹⁰. Eppure, dall’esame degli studi esistenti emerge in maniera sorprendente che perfino i più illustri studiosi della Magna Carta, quelli che cioè vi hanno dedicato le energie più copiose e che ne hanno fatto l’oggetto privilegiato della loro riflessione negli anni, hanno evitato – quanto meno fino a tempi recentissimi – di affrontare l’argomento delle sue origini culturali. Più in particolare, essi paiono avere accuratamente evitato di chiedersi se

¹⁰ Si vedano, per citare esclusivamente i principali studi su di essa, divenuti ormai dei classici, J.C. HOLT, *Magna Carta and the Origins of Statute Law*, in «Studia Gratiana», XV/1972, rist. in J.C. HOLT, *Magna Carta and Medieval Government*, London and Ronceverte, Hambledon Press, 1985; J.C. HOLT, *Magna Carta and the Idea of Liberty*, Malden, Krieger, 1982; e W. MCKECHNIE, *Magna Carta. A Commentary on the Great Charter of King John with an Historical Introduction*, Glasgow, James Malehose & Sons, 1914. Ma cfr. anche F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908; H.G. RICHARDSON, *The Governance of Medieval England from the Conquest to Magna Carta*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1963; S.E. THORNE – W. DUNHAM – P. KURLAND – I. JENNINGS, *The Great Charter: Four Essays on Magna Carta and the History of Our Liberty*, New York, Pantheon Books, 1966; A. PALLISTER, *Magna Carta: The Heritage of Liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1971; W. ULLMANN, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, 2nd ed., London and New York, Methuen, 1966; W. ULLMANN, *The Individual and Society in the Middle Ages*, Baltimore, Johns Hopkins, 1966; e, più di recente, R.V. TURNER, *Magna Carta: Through the Ages*, London, Pearson, 2003; K.F. DREY, *Magna Carta*, Westport, Greenwood Press, 2004; N. BENNETT, *Magna Carta and the Foundations of Freedom*, Washington, National Education Association, 2007; J.S. LOENGARD (ed), *Magna Carta and the England of King John*, Woodbridge, Boydell Press, 2010; J.R. MADDICOTT, *The Origins of the English Parliament, 924-1327*, Oxford, Oxford University Press, 2010. In occasione delle celebrazioni per gli ottocento anni della Carta sono stati recentemente pubblicati diversi lavori. Tra i più significativi: D. CARPENTER, *Magna Carta*, London, Penguin, 2015, con prospettive inedite sui retroscena della sua emanazione; A. ARLIDGE – I. JUDGE, *Magna Carta Uncovered*, Oxford and Portland, Hart, 2014; e, tra gli atti di convegno, R. GRIFFITH-JONES – M. HILL (eds), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 (con particolare riferimento ai saggi di Baldwin, McGlynn e Helmholz). Per quanto riguarda la storiografia italiana, si vedano almeno M. FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, «Quaderni fiorentini», 45/2016, pp. 67-86; e A. TORRE (ed), *Common Law. Protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Franchis)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015 (con particolare riferimento alla presentazione di Angelo Rinella e alla prefazione di Elfi Wilhelm).

lo *jus commune* abbia giocato o meno un ruolo nella redazione della Carta. Praticamente nessuno, infatti, a parte qualche isolata eccezione, ha preso in considerazione tale eventualità; e di certo nessuno – fino a uno studio recentissimo – si è preoccupato di mettere sistematicamente a confronto le disposizioni della Carta con quelle del diritto romano-canonico dell'epoca.

In estrema sintesi, appare dunque possibile dire che la Carta è stata tradizionalmente considerata dagli studiosi che se ne sono occupati da un lato il portato di preesistenti norme consuetudinarie di diritto inglese, dall'altro lo strumento attraverso il quale sono state introdotte, per volontà dei baroni inglesi, norme innovative rispetto al *background* giuridico preesistente (e, di conseguenza, in nessun rapporto o in rapporto soltanto marginale con il coevo diritto romano-canonico). Entrambe le affermazioni sono indubbiamente vere: alcune disposizioni contenute nella Carta prevedevano l'impegno del sovrano a rispettare o restaurare antiche consuetudini del Regno secondo quanto pattuito con i baroni, mentre altre senza dubbio costituiscono un'innovazione rispetto a situazioni specifiche, meramente contingenti o locali. Ma ricondurre le norme della Carta da un lato alla *lex Regni*, dall'altra alla volontà contingente dei baroni di innovare rispetto al passato, esaurisce davvero il discorso? Possiamo veramente dire che sia tutto qui? In verità, un accurato esame del documento pare dimostrare esattamente il contrario.

È stato osservato come qualche studioso abbia affermato che la Magna Carta avrebbe accolto al suo interno ideali all'epoca ampiamente condivisi, mentre qualche altro, interessato allo studio del diritto canonico, abbia richiamato l'attenzione sulla coincidenza dell'oggetto della propria indagine con alcune delle disposizioni della Carta¹¹. Alcuni tra i maggiori studiosi della Magna Carta si sono marginalmente occupati della questione del rapporto tra il documento di Runnymede e lo *jus commune* ma, pur avendo ipotizzato l'influenza del diritto romano-canonico su un paio delle disposizioni della Carta (quelle, in verità, in cui essa appare del tutto scontata, e cioè quelle a tutela della Chiesa e del clero, di cui erano membri molti dei baroni inglesi), ne hanno escluso in via generale e in maniera assoluta una significativa influenza, ritenendo che le fonti a disposizione non consentirebbero in alcun modo di provarla. In particolare, Sir James Holt, il massimo studioso contemporaneo della Magna Carta e autore di diversi volumi in materia, ha – dopo una prima, apparente apertura circa una eventuale (benché non comprovata) rilevanza del diritto canonico in ordine al-

¹¹ Rispettivamente, J.M. ZANE, *The Story of Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1998, p. 231; e M. WILKS, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages: The Papal Monarch with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge, Cambridge University Press 1963, pp. 197-98. Le posizioni della storiografia sono state esaminate da R.H. HELMHOLZ, *Lo jus commune*, in D. FREDA (ed), *La Magna Carta del 1215*, p. 24 ss., cui si rinvia per una trattazione maggiormente esaustiva.



la redazione di alcune clausole del documento¹² – concluso giudicando negativamente l'ipotesi, affermando recisamente che «non ci fu alcuna influenza del diritto canonico sulla Carta», che «le fonti documentali, nel loro complesso, non rivelano alcuna crescente influenza di concetti di derivazione canonistica», e che, «in ogni caso, la Carta rivela una scarsa derivazione consapevole dagli studi dei canonisti e dei civilisti»¹³.

E anche chi, come lo storico del diritto John Hudson, ha mostrato una maggiore apertura rispetto alla problematica in esame, esaminando attentamente le fonti e chiedendosi «quanto il background giuridico della Carta fosse autenticamente inglese, e quanto risentisse dei più ampi sviluppi del diritto dotto europeo», ha risposto al quesito negativamente escludendo, infine, in assenza di prove dirette delle origini del documento, che il diritto romano-canonico – se non in taluni casi isolati, in maniera soltanto indiretta, ed esclusivamente in mancanza di ogni altra fonte inglese cui poter ricondurre le sue norme – abbia avuto un ruolo nella stesura della Carta e che i suoi contenuti possano essere stati in qualche modo influenzati da fonti esterne al *common law*, cui debbono invece essere ricondotti¹⁴. Perfino per il I articolo della Magna Carta, relativo alla garanzia della libertà della Chiesa d'Inghilterra, lo studioso ha respinto l'ipotesi di un rapporto diretto tra il diritto canonico e la redazione della norma, preesistendo una disposizione simile già nel testo della Carta d'incoronazione di Enrico I. Essendo, dunque, il concetto già presente nel diritto inglese, non vi era alcun motivo di ipotizzare che la norma derivasse dallo *jus commune*: se appariva possibile immaginare un parallelismo tra il *common law* e il diritto romano-canonico, non necessariamente doveva ritenersi che si fosse trattato di un'influenza del secondo sul primo, ipotizzabile esclusivamente in assenza di precedenti inglesi¹⁵.

2. *La Magna Carta e lo jus commune: le ipotesi della più recente storiografia*

Tali posizioni – tanto quella della “scarsa derivazione consapevole” di Holt, che quella dell’“influenza indiretta” di Hudson – sono state recisamente critica-

¹² J.C. HOLT, *Magna Carta and the Origins*, p. 285 ss.; J.C. HOLT (ed), *Magna Carta and the Idea of Liberty*, Introduzione, pp. 2-3.

¹³ Rispettivamente, J.C. HOLT, *Magna Carta and the Origins*, p. 310; e J.C. HOLT, *The Origins of Magna Carta*, p. 123 e p. 127.

¹⁴ J. HUDSON, *Magna Carta, the Ius Commune, and English Common Law*, in J.S. LOENGARD (ed), *Magna Carta*, pp. 99-119. Cfr., inoltre, J.S. LOENGARD, *The Formation of English Common Law: Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta*, London, Longman, 1996.

¹⁵ J. HUDSON, *Magna Carta*, p. 102 ss. Per una recente lettura scettica sui rapporti tra *jus commune* e Magna Carta, si vedano i saggi di T.J. MCSWEENEY, *Magna Carta, Civil Law, and Canon Law*, in D.B. MAGRAW – A. MARTINEZ – R.E. BROWNELL (eds), *Magna Carta and the Rule of Law*, Chicago, American Bar Association, 2014, pp. 281-310; e S. MEHMETI, *Magna Carta and the Roman Law Tradition*, «SEEU Review», 11/2015, pp. 139-144.

te da uno storico del diritto americano, Richard Helmholz: probabilmente non è un caso che si tratti di uno studioso americano e non inglese, anche se bisogna riconoscere che, a partire dagli anni intorno al 2000, vi è stata anche da una parte, ancorché esigua, della storiografia inglese una maggiore apertura nei confronti della storia del diritto europeo e della storia comparata del diritto¹⁶. In realtà, Helmholz aveva già in precedenza sottolineato la presenza di contatti tra diritto inglese e continentale nel corso dei secoli, mettendo in discussione la presunta “insularità” del *common law* e l’esistenza di «barriere assolute» tra le due tradizioni giuridiche almeno fino al XIX secolo, ipotizzando un’influenza dello *jus commune* sullo sviluppo del diritto inglese: esempi di tale influenza sarebbero stati proprio la Magna Carta, le battaglie costituzionali del XVII secolo e gli sviluppi della dottrina americana degli inizi dell’Ottocento¹⁷. Lo studioso, inoltre, in un recente e specifico lavoro sulla Magna Carta¹⁸, a seguito di un esame accurato dei capitoli della Carta e del confronto sistematico tra le disposizioni in essi contenute e le norme dello *jus commune* (confronto condotto per la prima volta) ha aspramente criticato la posizione della storiografia tradizionale affermando da un lato, che l’attitudine degli storici inglesi a ricondurre le origini della Magna Carta, in mancanza di prove dirette, al sistema giuridico inglese sarebbe viziata da un pregiudizio metodologico e, pertanto, non sarebbe condivisibile; dall’altro, ipotizzando addirittura un’influenza diretta e sostanziale del diritto romano-canonico su numerosi capitoli della Carta¹⁹.

Non è utile soffermarsi in questa sede sull’analisi delle singole disposizioni esaminate da Helmholz, sulla discussione delle questioni ad esse relative (benché appaiano di grande interesse) e sulle possibili soluzioni prospettate, per cui ci si limiterà a qualche breve considerazione in ordine alle conclusioni cui lo studioso è pervenuto alla luce del confronto degli articoli della Carta con le

¹⁶ Si vedano, tra i più recenti e significativi apporti della storiografia anglo-americana, R.H. HELMHOLZ – V. PIERGIOVANNI (eds), *Relations between the Jus Commune and English Law*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009; A.D.E. LEWIS – D.J. IBBETSON, *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994; D. SEIPP, *The Reception of Canon and Civil Law in the Common Law Courts before 1600*, «Oxford Journal of Legal Studies», XIII/1993, pp. 388-420; e, qualche anno prima, P. STEIN, *Continental Influences on English Legal Thought 1600-1900*, in P. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, London, Hambledon Press, 1988. Hanno condiviso la tesi di un’influenza sul diritto inglese da parte del diritto romano-canonico, B. FROHNEN, *The One and the Many: Individual Rights, Corporate Rights and the Diversity of Groups*, «West Virginia Law Review», CVII/2005, pp. 789-845, p. 812; C. REID Jr., *The Fundamental Freedom. Judge John T. Noonan, Jr.’s Historiography of Religious Liberty*, «Marquette Law Review», LXXXIII/1999, pp. 367-433, p. 386; E. ENGLE, *Death is Unconstitutional. How Capital Punishment became illegal in America – A future History*, «Pierce Law Review», VI/2008, pp. 485-514, p. 488; J. ROSE, *The Ambidextrous Lawyer: Conflict of Interest and the Medieval and Early Modern Legal Profession*, «University of Chicago Law School Roundtable», VII/2000, pp. 137-203.

¹⁷ R.H. HELMHOLZ, *Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions?*, «Duke Law Journal», 6/1990, pp. 1207-28. Vedi, inoltre, R.H. HELMHOLZ, *Canon Law and the Law of England*, London, Hambledon Press, 1987.

¹⁸ R.H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the jus commune*, in D. FREDA (ed), *La Magna Carta del 1215*.

¹⁹ Sui limiti degli studi preesistenti circa un’influenza dello *jus commune* sulla Carta, vedi *ivi*, p. 33 ss.



contemporanee norme di diritto romano-canonico. In estrema sintesi, appare possibile raggruppare le disposizioni della Magna Carta in quattro gruppi.

Un primo gruppo, ricomprendente le norme che riproducono sostanzialmente testi di diritto canonico ricalcandone finanche il linguaggio. Tra gli articoli maggiormente significativi, il I e il LXIII in materia di libertà della Chiesa inglese, in cui si garantiva alla Chiesa il godimento dei propri diritti e libertà (*in primis*, la libertà di tenere le elezioni vescovili senza interferenze da parte del sovrano)²⁰; e l'art. XXII in materia di proporzionalità della pena per i reati commessi dai chierici, in cui si riprendeva e ribadiva il principio della proporzionalità della pena già espresso nell'art. XX, e che prevedeva che le condanne inflitte ai rei dovessero consentire loro la preservazione dei mezzi di sostentamento²¹. Entrambe le norme rivelano, senza alcun dubbio, una diretta influenza del diritto romano-canonico e, a dire il vero, perfino coloro che negano l'influenza del diritto dotto sul documento non possono esimersi dal riconoscere che, nei casi di coinvolgimento diretto di interessi della Chiesa e del clero, vi fosse una sostanziale conferma e trasposizione di norme canonistiche all'interno della Carta²².

Un secondo gruppo, in cui è evidente l'esistenza di un parallelismo, o meglio di un'equivalenza, nei contenuti tra le disposizioni della Carta e le norme dello *jus commune*. Ad esempio, e per citare soltanto gli esempi più significativi, gli artt. VII e VIII sui diritti riconosciuti alle vedove, in cui si affermava il diritto delle vedove alla dote e alla propria parte di patrimonio familiare senza alcun ostacolo o esborso alla morte del marito e, inoltre, il diritto a non risposarsi: norme, queste ultime, assai simili a quelle di diritto canonico e di diritto romano, le quali tutelavano i diritti legittimi delle vedove insieme alla libertà matrimoniale²³; l'art. IX sulla garanzia per debito altrui, in cui si stabiliva che i creditori dovessero prima escutere i beni del debitore principale e successivamente agire contro i garanti, e che questi ultimi potessero poi rivalersi sulle terre del debitore fino al recupero di quanto eventualmente pagato a suo favore: norma del tutto equivalente al *beneficium excussionis* previsto dallo *jus commune*²⁴; l'art. X sugli interessi usurari agli ebrei, in cui venivano imposti dei limiti in ordine al pagamento degli stessi da parte di eventuali eredi minori dei debitori: limiti previsti già dal diritto romano e poi confermati dai canonisti (ulteriori

²⁰ Più ampiamente, sulla *libertas ecclesiae*, dogma del movimento di riforma promosso dal papato, sottolineata già da Gregorio VII e in seguito ribadita da molti dei suoi successori nel XII secolo, inserita nei canoni del Terzo e Quarto Concilio Laterano (rispettivamente, 1179 e 1215), *ivi*, pp. 45-48.

²¹ *Ivi*, pp. 61-67.

²² J.C. HOLT, *Magna Carta and the Origins*, p. 285.

²³ Più ampiamente, R.H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the jus commune*, in D. FREDA (ed), *La Magna Carta del 1215*, pp. 48-51.

²⁴ *Ivi*, pp. 51-53.

norme a tutela dei minori erano previste dagli artt. IV e V – obbligazioni dei tutori dei minori – norme più vicine a quelle in materia di *cura* e *tutela* previste dal diritto romano che a quelle di *common law* in materia di tutela feudale)²⁵; l'art. XII sulla necessità del consenso generale all'imposizione dei tributi da parte del sovrano, norma prevista al fine di evitare la tassazione arbitraria, la quale ricalcava il principio di diritto canonico in base al quale il sovrano poteva agire soltanto con il consenso dei sudditi e la Chiesa con quello del clero (il parallelismo appare peraltro ravvisabile anche nelle norme concernenti le modalità e i requisiti per la convocazione dei baroni, previsti dall'art. XIV, al fine dell'ottenimento del consenso generale; e anche nel rapporto tra l'art. LV in materia di restituzione delle imposte illegittimamente prelevate dal sovrano e le consuetudini di diritto canonico relative alla nomina e alle funzioni dei giudici papali delegati)²⁶; e perfino il celebre art. XXXIX, il quale stabiliva che il sovrano non avrebbe agito contro nessun uomo libero, se non a seguito di un giudizio legittimo «dei suoi pari», riprendeva chiaramente il tema, affermato dal diritto dotto, della necessità di un giudizio valido prima di poter intraprendere qualsiasi azione punitiva contro un soggetto²⁷.

Un terzo gruppo, senza dubbio il gruppo più interessante e significativo, contenente tutte quelle norme difficilmente interpretabili o addirittura totalmente incomprensibili – tanto nelle origini che nel significato – se non attraverso il ricorso al contemporaneo *jus commune*. Ad esempio, e sempre per citare soltanto gli esempi principali, gli artt. XXVI e XXVII in materia di libertà testamentaria, in cui si prevedeva che se un uomo fosse morto dopo aver fatto testamento, le disposizioni in esso contenute avrebbero dovuto essere eseguite garantendo alla moglie e ai figli una «parte ragionevole» dei suoi beni; se invece fosse morto intestato, questi ultimi sarebbero stati distribuiti dai parenti sotto la supervisione della Chiesa: si trattava del principio della libertà testamentaria previsto dallo *jus commune*, ma che non trovava riscontro nel *common law*, il quale lo avrebbe adottato soltanto trecento anni dopo in materia di beni immobili²⁸, e che invece tutelava le pretese del signore feudale di cui il defunto fosse vassallo alla stessa maniera di quelle dei familiari in materia di beni mobili²⁹; l'art. XL sul divieto di vendere giustizia, con il quale il sovrano si impegnavano a non vendere, né rifiutare, né ritardare giustizia ai propri sudditi, e che implicava che la giustizia dovesse essere resa senza alcun corrispettivo: principio af-

²⁵ *Ivi*, pp. 53-56 e p. 93.

²⁶ *Ivi*, pp. 56-61 e pp. 95-96.

²⁷ *Ibidem*, in cui si ipotizza che la celebre espressione «iudicium parium suorum» sia stata tratta originariamente dai *Libri feudorum* e utilizzata da papa Innocenzo III in una lettera all'Inghilterra (in particolare, *ivi*, n. 235, p. 96).

²⁸ *Statute of Wills, 1540, 32 Hen. VIII, Cap. I.*

²⁹ R.H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the jus commune*, in D. FREDA (ed), *La Magna Carta del 1215*, pp. 67-69.



fermato dal diritto canonico, ma del tutto contrario alla prassi inglese in cui, per attivare il processo innanzi ai tribunali, era necessario richiedere un *writ*, ovvero un ordine regio molto costoso³⁰; l'art. XLI sui privilegi riconosciuti ai mercanti, in cui si affermava la loro libertà di ingresso e circolazione nel Regno, insieme all'esenzione da pedaggi e alla protezione in tempo di guerra: privilegi normalmente riconosciuti ai mercanti, senza alcuna distinzione, dallo *jus commune*, ma che non trovavano precedenti o analogie nel *common law*, in cui invece stranieri, soggetti naturalizzati e nativi erano normalmente trattati in maniera diversa e, dunque, tenuti distinti ai fini dell'attribuzione dei rispettivi diritti³¹; o, infine, l'art. XLIV sui limiti alla proponibilità dell'azione penale da parte delle donne, che la limitava al solo caso di morte del marito: norma corrispondente alle previsioni dello *jus commune*, le quali limitavano il diritto d'accusa penale per le donne, ma che non trovava corrispondenza nella prassi inglese, in cui alle donne venivano generalmente riconosciuti diritti maggiori rispetto alla previsione contenuta nella Carta³²; e l'art. XXXVIII in materia di accusa e prova testimoniale, il quale prevedeva che nessun soggetto potesse essere portato in giudizio senza il ricorso alla prova testimoniale: strumento fondamentale di accertamento del fatto nella tradizione di diritto comune, ma che non trovava corrispondenza negli istituti del *common law*³³.

Infine, un quarto gruppo, di gran lunga meno importante, comprendente casi in cui vi fu un probabile "utilizzo creativo" dello *jus commune*: così, ad esempio, l'art. XXVIII sull'appropriazione indebita dei beni dei sudditi da parte del sovrano senza consenso o compenso³⁴; l'art. XXXV sull'uniformità di pesi e misure nel Regno³⁵; e l'art. LII sull'obbligo di restituzione da parte del sovrano delle proprietà ingiustamente requisite (con l'esclusione del periodo delle crociate)³⁶: tutte norme in cui lo *jus commune* fu probabilmente preso in prestito dai baroni inglesi, ma utilizzato in maniera creativa adattandolo alle esigenze locali.

La tesi dell'Autore, come già accennato, è a favore della plausibilità dell'esistenza di un'influenza del diritto romano-canonico sia nella sostanza che nella forma di molte delle disposizioni della Magna Carta, sia pure in assenza di prove materiali dirette e inconfutabili (cioè di un riferimento diretto dei compilatori in tal senso, o dell'esistenza di documenti preparatori) di una

³⁰ *Ivi*, pp. 77-79.

³¹ *Ivi*, pp. 79-82.

³² *Ivi*, pp. 87-90.

³³ *Ivi*, pp. 73-77.

³⁴ *Ivi*, pp. 69-71.

³⁵ *Ivi*, pp. 71-73.

³⁶ *Ivi*, pp. 85-87.

piena “recezione” del diritto continentale e nella consapevolezza dell’esistenza di alcune regole comuni alla maggior parte delle tradizioni giuridiche medievali. Ciò anche in ragione dell’enorme prestigio del diritto dotto – diritto estremamente autorevole, raffinato e omnicomprensivo – e dell’avanzamento del suo studio nell’Inghilterra del tempo, assunto peraltro generalmente condiviso dalla storiografia anglosassone, la quale ha riconosciuto che, negli anni della formazione del diritto inglese, l’acquisizione di una certa familiarità con lo *jus commune* faceva senz’altro parte della formazione di molti dei giuristi che svolgevano la propria attività presso le corti regie, metà dei quali era costituita da ecclesiastici³⁷. E un ruolo centrale nella compilazione della Magna Carta – opera soprattutto dell’influente arcivescovo di Canterbury Stephen Langton, il quale aveva prima studiato e poi insegnato teologia presso l’Università di Parigi, era divenuto cardinale nel 1206 e poi arcivescovo nel 1213 e che, uomo della Chiesa romana ma anche fiduciario del re, si era adoperato nella mediazione tra i baroni e il sovrano³⁸ – fu esercitato proprio da ecclesiastici (i baroni erano in prevalenza alti prelati) e, dunque, da soggetti che presumibilmente conoscevano e normalmente maneggiavano i testi di diritto romano-canonico³⁹.

È inoltre oggi ritenuto oramai pacifico che lo *jus commune* costituisse un punto di raccordo tra il *common law*, diritto allora in formazione di un Paese che era parte del territorio europeo, e il diritto vigente nell’Europa continentale in tutti i casi in cui il diritto locale fosse carente o lacunoso⁴⁰. Infine, se si guarda alla Magna Carta in una prospettiva più ampia, collocandola cioè nel novero delle coeve carte in cui vennero affermati diritti e libertà fondamentali (ad es., la *Bulla Aurea* ungherese, le *Siete Partidas* spagnole, le Costituzioni di Melfi),

³⁷ Cfr., più ampiamente, S. KUTTNER – E. RATHBONE, *Anglo-Norman Canonists of the Twelfth Century: an Introductory Story*, «Traditio», VII/1949-51, pp. 279-358; C. DUGGAN, *Twelfth Century Decretal collections and their importance in English history*, London, University of London Historical Studies, 1963; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Dunker & Humblot, 1998; R.V. TURNER, *Roman Law in England before the Time of Bracton*, «Journal of British Studies», XV/1975, 1-25; F. DE ZULUETA – P. STEIN, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, London, Selden Society, 1990; D.J. SEIPP, *Roman Legal Categories in the Early Common Law*, in T.G. WATKIN (ed), *Legal Record and Historical Reality*, London, Hambledon, 1989.

³⁸ Vedi, più ampiamente, su Langton e il suo contributo alla stesura della Carta, F.M. POWICKE, *Stephen Langton*, London, Merlin Press, 1965; D. BAUMANN, *Stephen Langton: Erzbischof von Canterbury im England der Magna Carta (1202-1228)*, Leiden-Boston, Brill, 2009; D.L. D’AVRAY, *Magna Carta: its Background in Stephen Langton’s Academic Biblical Exegesis and its Episcopal Reception*, «Studi medievali», 3rd ser., 38/1997; N.M. FRYDE, *The Roots of Magna Carta: Opposition to the Plantagenets*, in J. CANNING – O.G. OEXLE (eds), *Political Thought and the Realities of Power in the Middle Ages*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1998, pp. 53-65.

³⁹ Helmholtz ha incidentalmente notato che Langton sicuramente conosceva le opinioni dei decretisti, in quanto le citava nelle sue *Quaestiones* inedite: R.H. HELMHOLTZ, *Magna Carta and the jus commune*, p. 99. Di diverso avviso circa l’eventuale influenza degli ecclesiastici sulla Carta, J.C. HOLT, *Magna Carta and the Origins*, p. 300 ss.

⁴⁰ Tale tesi appare confermata anche dagli studi di K. PENNINGTON, *The Ius Commune, Suretyship and Magna Carta*, «Rivista internazionale di diritto comune», XI/2000, pp. 255-74. Si veda, inoltre, K.W. NÖRR, *The European Side of the English Law: A Few Comments from a Continental Historian*, in H. COING – K.W. NÖRR (eds), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, Berlin, Dunker & Humblot, 1985.



carte nella formulazione delle quali lo *jus commune* giocò un ruolo indubbiamente rilevante, sarebbe quanto meno singolare doverla considerare un caso a sé stante, essendo molti dei suoi capitoli molto simili a quelli delle altre carte: appare, dunque, possibile inserire la Carta nel modello normativo all'epoca comune in tutta Europa⁴¹.

In effetti, anche a voler dare ascolto alle voci più tradizionali cercando di sottrarsi all'affascinante tesi esposta – tesi senza dubbio più convincente in ordine ad alcune argomentazioni, meno per altre – bisogna ammettere che il confronto dei capitoli della Magna Carta con le coeve norme dello *jus commune* e l'esistenza di così numerose corrispondenze lasciano sicuramente impressionati. Non solo e non tanto per le disposizioni che riproducono norme di diritto romano-canonico o per quelle ad esso equivalenti, ma proprio per le norme che, a meno che non si ipotizzi un rapporto e un'influenza dello *jus commune*, rimangono assolutamente incomprensibili o perché prive di precedenti nel diritto inglese, o perché differiscono fortemente dallo stesso, oppure perché si pongono addirittura in contrasto con norme di *common law*. Dunque, sia pure con le dovute cautele ben note ai comparatisti (istituti molto diversi possono essere descritti da termini identici; termini diversi possono riferirsi ad istituti analoghi; i trapianti giuridici comportano inevitabilmente un adattamento degli istituti importati alla realtà giuridica locale), l'ipotesi che le radici culturali della Magna Carta siano più ampie e più varie di quello che ci è stato tradizionalmente tramandato portata avanti dalla storiografia anglosassone più recente – benché costituita da voci pressoché isolate – appare ampiamente condivisibile.

E di certo l'ipotesi appare verosimile: se già a partire dal VI secolo l'insegnamento delle arti liberali nelle scuole vescovili e monastiche aveva comportato la diffusione in Inghilterra quanto meno dei rudimenti della tradizione giuridica romanistica, il diritto romano approdò "ufficialmente" nel Regno nel XII secolo (intorno al 1139), quando il mantovano Vacario, insigne glossatore di scuola bolognese, fu chiamato dall'arcivescovo di Canterbury a risolvere una complessa questione ecclesiastica che richiedeva la conoscenza del diritto romano-canonico. Pare che Vacario avesse poi fondato un centro di studi giuridici a Oxford – scuola che sarebbe divenuta popolarissima, richiamando un gran numero di studenti – pubblicando anche un compendio del Codice e del Digesto in nove libri, il *Liber Pauperum*, contenente le glosse frutto della sua attività d'insegnamento, e di fatto introducendo, in tal modo, in Inghilterra il *Corpus Juris*.

⁴¹ Cfr. R.H. HELMHOLZ, *Magna Carta and the jus commune*, in D. FREDA (ed), *La Magna Carta del 1215*, p. 102 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

Ed è proprio a Oxford che, sul finire del XII secolo, nacque la prima Università del Regno (una delle prime in Europa insieme a Bologna, Parigi, Montpellier) e, nella prima metà del secolo successivo (probabilmente già intorno al 1209), venne fondato lo *Studium* cantabrigense. Presso le antiche Università di Oxford e Cambridge si teneva l'insegnamento, oltre che della teologia, del diritto romano-canonico⁴², insegnamento finalizzato a formare il personale richiesto dall'amministrazione non soltanto ecclesiastica, ma anche secolare⁴³. Per ottenere la *licentia* gli studenti erano tenuti a frequentare la Facoltà di diritto civile per almeno cinque anni (almeno otto per ricevere il dottorato) studiando il *Digestum novum* e le *Istitutiones*, ma le Facoltà di diritto civile e diritto canonico erano interdipendenti, e normalmente il dottorato veniva conseguito *in utroque jure*. L'insegnamento del diritto romano-canonico a Oxford e Cambridge avrebbe determinato la diffusione e la circolazione dello *jus commune* in Inghilterra lungo tutta l'età medievale consentendo, nel contempo, la creazione di contatti e legami con la comunità accademica europea continentale: il principale centro medievale di studi giuridici era Bologna, e molti studenti inglesi (specie provenienti da Oxford) vi si recavano proprio per studiare il diritto romano-canonico. Ciò comportò necessariamente un contatto e uno scambio tra giuristi inglesi e italiani⁴⁴.

Ancora, risalirebbe alla fine del XII secolo il *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae* attribuito a Ranulf de Glanvil, giudice e diplomatico di Enrico II, da alcuni considerato la prima sistemazione teorica del diritto inglese, concernente soprattutto la materia dei rapporti reali e feudali, e recante una forte influenza romanistica⁴⁵. E, soprattutto, è proprio durante la prima metà del XIII secolo (dunque, proprio negli stessi anni in cui veniva redatta la Magna Carta) che sembra aver visto la luce il più ampio *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, tradizionalmente attribuito al giudice Henry de Brac-

⁴² Sull'insegnamento del diritto romano-canonico presso le Università di Oxford e Cambridge tra medioevo ed età moderna si vedano, più ampiamente, J. BARTON, *The Study of Civil Law before 1380*, in J.I. CATTO – R. EVANS (eds), *The History of the University of Oxford*, Oxford, Claredon Press, 1992, pp. 281-313; J. MC CONICA (ed), *The History of the University of Oxford: Vol. I. The Early Oxford Schools*, Oxford, Aston, 1984; e D.R. LEADER, *A History of the University of Cambridge, I. The University to 1546*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 192-201. Più in generale, sulle Università di Oxford e Cambridge nella stessa epoca cfr., tra i molti studi esistenti, A.B. COBBAN, *The Medieval English Universities: Oxford and Cambridge to c. 1500*, Berkeley - Los Angeles, University of California Press, 1988.

⁴³ È stato calcolato che, tra il 1200 e il 1500, 932 civilisti e 711 canonisti uscirono da Oxford, 523 civilisti e 220 canonisti da Cambridge: *ivi*, p. 405.

⁴⁴ D.R. LEADER, *A History of the University of Cambridge*, pp. 198-201.

⁴⁵ Cfr. G.D.G. HALL, *Introduction to Glanvill*, in G.D.G. HALL (ed), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England commonly called Glanvill*, London, Nelson & Sons, 1965, pp. 36-40. Diversamente J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, p. 150 ss., il quale ha ritenuto l'influenza del diritto romano sull'opera di Glanvill limitata esclusivamente alla struttura e a parte del vocabolario.



ton⁴⁶. Si trattava di un'esposizione sistematica del diritto inglese nell'ambito dell'architettura concettuale dogmatica del diritto romano, ed è stato dimostrato che si serviva ampiamente dei suoi concetti e del suo vocabolario (riprendeva perfino la tripartizione *personae-res-actiones*), del *Decretum* e della *Summa* di Azzone⁴⁷: esso pare dunque testimoniare un'influenza scientifica romanistica nell'Inghilterra dell'epoca⁴⁸.

Dunque, se è vero che le istituzioni fondamentali inglesi ebbero caratteri giuridicamente autonomi rispetto alla tradizione romanistica, non è possibile escludere che ci furono diversi punti di contatto tra il *common law* inglese – soprattutto quello delle origini – e il diritto d'oltre Manica, che ci fu una penetrazione di concetti romanistici all'interno della tradizione giuridica inglese e che il diritto romano-canonico esercitò un ruolo e un'influenza nello sviluppo del *common law*. Ciò appare essere, peraltro, del tutto coerente con la profonda unità culturale europea medievale, ovunque fortemente connotata dall'elemento ecclesiastico, intriso di cultura giuridica romanistica, e con l'indubbia permeabilità del mondo intellettuale medievale, in cui inevitabilmente concetti di derivazione romanistica circolavano ampiamente (attraverso leggi, trattati, carte, etc.). Non vi era, di fatto, alcuna barriera divisoria tra lo *jus commune* e il *common law* delle origini: appare perfino difficile tracciare, per tale epoca, una netta distinzione tra giuristi di *common law* e civilisti/canonisti, destinata ad emergere soltanto a partire dalla fine del XIII secolo⁴⁹.

3. *La lunga e accidentata strada verso una comune "tradizione giuridica europea"*

Nonostante l'esistenza di tali punti di contatto tra diritto inglese e continentale negli anni in cui il *common law* andava prendendo forma, testimoniati dal celebre documento di Runnymede, la prevalente storiografia anglosassone con-

⁴⁶ Vedi, più ampiamente, D.J. SEIPP, *Bracton, the Year Books, and the Transformation of Elementary Legal Ideas in the Early Common Law*, «Law and History Review», 7/1989, pp. 175-217; F. POLLOCK – F.W. MAITLAND, *History of English Law*, I vol., p. 206 ss.

⁴⁷ F.W. MAITLAND, *Select Passages from the Works of Bracton and Azo*, London, Selden Society, 1895. Ma cfr. anche, H. KANTOROWICZ, *Bractonian Problems*, Glasgow, Jackson, 1941, pp. 58-78; H.G. RICHARDSON, *Bracton: The Problem of his Text*, London, Selden Society, 1965; S.E. THORNE, *Introduction*, in G. WOODBINE (ed), *Bracton on the Laws and customs of England*, vol. III, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977; e J.L. BARTON, *The Mystery of Bracton*, «Journal of Legal History», 14/1993, pp. 1-142.

⁴⁸ Per un'influenza del diritto romano sull'emersione delle dottrine giuridiche dei secoli XII e XIII, in cui furono posti i fondamenti del *common law*, cfr., infine, il classico P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, 2nd ed., Oxford-Hildesheim, Oxford University Press, 1929.

⁴⁹ In tal senso, P. BRAND, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 154 ss.; R.V. TURNER, *Clerical Judges in English Secular Courts: The Ideal versus the Reality*, in R.V. TURNER, *Judges, Administrators and the Common Law in Angevin England*, London, Hambledon Press, 1994, p. 159.

temporanea, pur riconoscendone l'esi-stenza, vi ha tradizionalmente attribuito un peso marginale e transitorio, aderendo in maniera pressoché uniforme all'impostazione maitlandiana e collocandosi nell'ambito del percorso tracciato dalla storiografia tradizionale. E proprio gli studi sulla Magna Carta, e l'impostazione anglo-centrica che li caratterizza, paiono costituire uno degli esempi più eloquenti – salvo le recentissime e isolate eccezioni illustrate – dell'impostazione tramandataci dalla tradizione giuridica europea non soltanto anglosassone, ma anche continentale, dell'esistenza di una rigida contrapposizione, di un insanabile divario tra *common law* e diritto continentale. Il *common law*, che non avrebbe conosciuto alcuna recezione della tradizione romanistica e si sarebbe sviluppato, a partire dal XII secolo fino ai giorni nostri, senza soluzione di continuità e nel rispetto della tradizione giuridica consuetudinaria preesistente, attraverso la stratificazione di precedenti giudiziari nel tempo; e il diritto continentale, che si sarebbe formato attraverso l'interpretazione e l'elaborazione dottrinale dei testi romano-canonici da parte dei *doctores* nelle Università medievali, e sarebbe stato in seguito razionalizzato e formalizzato dalla codificazione ottocentesca dei diritti nazionali e dalla positivizzazione normativa da parte del legislatore statale⁵⁰.

In realtà, tale contrapposizione costituisce il portato, o meglio la proiezione, della tradizionale ripartizione, posta in essere dalla comparatistica nel secondo dopoguerra⁵¹, del c.d. “mondo civile” – così definito da un punto di vista e secondo strutture conoscitive squisitamente occidentali – in due diverse grandi aree o famiglie giuridiche: quella dei Paesi di diritto romano-germanico e quella dei Paesi di diritto anglo-americano (in verità, la bipartizione era in origine una tripartizione comprendendo, fino al crollo del regime comunista negli anni '90 del secolo scorso, anche la famiglia dei Paesi socialisti)⁵². Impostazione che da un lato risentiva degli orientamenti della comparatistica degli inizi del secolo scorso, la cui riflessione era nata nel clima del positivismo legislativo, dall'altro

⁵⁰ I caratteri distintivi di *common law* e diritto continentale sono stati evidenziati da R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators, Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 1-65, il quale ne ha sintetizzato/semplificato il divario in dieci differenze principali, spiegate con la diversa struttura istituzionale e il diverso sviluppo politico dei Paesi appartenenti alle due tradizioni di diritto considerate. La contrapposizione tra i due sistemi giuridici è stata ribadita dall'Autore in R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over two Millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, in cui egli, definendo le due tradizioni quali «neighbours yet strangers» (p. 38), ne ha ridotto le principali differenze a sei. Ma si vedano in proposito anche P. STEIN, *Roman law, common law and civil law*, in «Tulane Law Review», 66/1992, pp. 1591-1603; e O.F. ROBINSON – T.D. FERGUS – W.M. GORDON, *European Legal History*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 125 ss.

⁵¹ Cfr., per tutti, i fondamentali lavori di R. DAVID, *Les Grandes Systèmes de droit contemporains*, Paris, Précis Dalloz, 1964; e J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969.

⁵² K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato, I. Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992, pur criticando la tradizionale tripartizione, hanno riproposto una classificazione in cui il *common law* è distinto dalle tradizioni giuridiche romanistica, germanica, socialista, scandinava, dell'Estremo Oriente, islamica e induista.



recava con sé l'influenza delle costruzioni della storiografia giuridica – specie anglosassone – di fine Ottocento (appunto, Maitland) la quale, influenzata dal nazionalismo romantico, si era soprattutto concentrata sui caratteri peculiari delle diverse tradizioni giuridiche nazionali e, dunque, sulle differenze tra esse esistenti.

Uno degli esiti di tale contrapposizione, destinata a mettere profonde radici nella coscienza giuridica europea, fino al punto di non porre mai in discussione l'esistenza di una profonda e incolmabile distanza tra le due tradizioni giuridiche assumendola come dato iniziale certo e scontato nell'ambito del quale ricostruire e narrare la storia del diritto europeo⁵³, è stato l'affermarsi, fino ad anni assai recenti, di una sorta di reciproca “diffidenza” e di un vero e proprio disinteresse da parte degli storici del diritto inglesi per il diritto continentale e di quelli continentali per quello inglese. Essi, infatti, almeno fino agli ultimi decenni del Novecento, hanno prevalentemente e rispettivamente concentrato la propria attenzione sulla storia della propria tradizione giuridica, senza mai preoccuparsi di varcare l'esiguo braccio di mare costituito dallo stretto della Manica e di confrontarsi tra loro. Quando ciò è accaduto – in verità assai di rado – essi hanno spesso reciprocamente assunto nei confronti del sistema giuridico “altro” rispetto a quello di appartenenza toni polemici e antagonistici: gli studiosi della storia del diritto inglese sottolineando la vittoriosa impermeabilità del *common law* al diritto romano e, dunque, la sua autonomia dall'influenza del diritto continentale; i colleghi continentali enfatizzando, dal canto loro, l'“insularità” e, dunque, l'atipicità e l'eccentricità del diritto inglese rispetto alla tradizione giuridica vigente nel resto d'Europa⁵⁴.

A partire dalla fine del secolo si è poi assistito a un'apertura degli storici del diritto – sia anglosassoni (sia pure in prevalenza americani) che europei continentali – allo studio della storia della cultura giuridica intesa in una prospettiva più ampia, europea, comprensiva tanto della storia del diritto continentale che di quella del diritto inglese. Apertura che si è collocata in un più ampio processo, innescato dai più recenti sviluppi storici, politici e culturali internazionali – come, ad esempio, il crollo dei regimi socialisti e il conseguente mutamento degli equilibri mondiali, la costruzione e l'ampliamento dell'Unione Europea, il processo di modernizzazione e democratizzazione dei Paesi postcoloniali, la

⁵³ R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators, Professors*: «no half measures prevailed: the differences are fundamental» (p. 2); «their very substance was different» (p. 113); «common law was so different» (p. 119); e, ancora, «these legal systems (...) always remained alien to each other»: R.C. VAN CAENEGEM, *A Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. VII.

⁵⁴ Si vedano, in proposito, le osservazioni di L. MOCCIA, *English Law Attitudes to the “Civil Law”*, «Journal of Legal History», 2/1981, pp. 157-168; e R.H. HELMHOLZ, *Continental Law and Common Law*, pp. 1207-1228.

rivoluzione informatica, telematica e dei trasporti e il conseguente fenomeno della c.d. globalizzazione, l'affermazione a livello mondiale dei modelli giuridici contrattuali di *common law* imposti dall'economia degli scambi e della produzione – che, richiamando l'attenzione degli stessi comparatisti sui diritti extra-occidentali e sull'irriducibilità di queste ulteriori famiglie alle due occidentali, li hanno portati a rivedere e rivalutare i rapporti tra le tradizioni giuridiche anglo-americana e continentale, a ravvisarne un "avvicinamento" evidenziandone le somiglianze e le affinità, piuttosto che le differenze, e a considerarle entrambe partecipi di una comune ed unitaria tradizione giuridica europea⁵⁵. Fino ad affermare, nell'ambito di una diversa e rinnovata percezione della stessa, che il *common law* e il diritto continentale, non più insuperabilmente contrapposti, «are very close to a point where there will no longer be *paradigmatical* differences. What will be left is some difference of degree, not of a fundamental nature» e che «the whole "legal families" division is now collapsing»⁵⁶.

Non è un caso che oggi si parli, anche in virtù dell'approccio sociologico e antropologico sviluppatosi negli ultimi decenni del Novecento⁵⁷, di un'unica grande "Western Legal Tradition" o "Western Legal Culture" – comprendente la cultura europea, americana e australiana e contrapposta a quella africana, asiatica e islamica – contraddistinta da caratteri e radici storiche comuni (autonomia del diritto rispetto alla religione, alla politica, alla morale e alla consuetudine; amministrazione delle istituzioni giuridiche da parte di professionisti del diritto formati in proprie scuole e luoghi di istruzione giuridica; stretto legame tra diritto e scienza giuridica; concezione del diritto come corpo organico in grado di evolversi storicamente e secondo una sua logica interna; pluralismo delle giurisdizioni e dei sistemi giuridici; supremazia del diritto; evoluzione a

⁵⁵ Un primo mutamento di prospettiva è presente nel lavoro di G. GORLA – L. MOCCIA, *A "Revisiting" of the Comparison between "Continental Law" and "English Law" (16th-19th Century)*, «Journal of Legal History», 2 /1981, pp. 143-156. Cfr., nello stesso senso, i contributi raccolti in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981. Vedi inoltre, più di recente, L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005. I limiti della ricostruzione tradizionale sono stati evidenziati da G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, Giappichelli, 2004; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1996, pp. 41-59; J. GORDLEY, *Common Law v. Civil Law: una distinzione che sta scomparendo*, in P. CENDON (ed), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, I, Milano, Giuffrè, 1994; U. MATTEI – P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 56-66; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, ESI, 2001, pp. 116-122; e M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 93 ss.

⁵⁶ M. VAN HOECKE – M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: towards a New Model for Comparative Law*, «The International and Comparative Law Quarterly», 47/1998, pp. 501-502.

⁵⁷ Ci si riferisce soprattutto al fondamentale lavoro sull'interpretazione delle culture dell'antropologo C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures. Selected Essays*, New York, Basic Books, 1973; e agli studi del sociologo B. DE SOUSA SANTOS, *Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, «Journal of Law and Society», 14/1987, pp. 279-302.



seguito dei mutamenti radicali e drammatici delle rivoluzioni)⁵⁸, in cui la tradizionale contrapposizione *common law*/diritto continentale, entrambi derivanti «se non da una tradizione comune, quantomeno da una lunga storia di prestiti e di influenze reciproche»⁵⁹, appare essere ormai priva di senso. In definitiva, è apparso chiaro come oggi sia necessario ridisegnare la carta dei sistemi giuridici mondiali contemporanei e delle loro strutture fondamentali⁶⁰.

Lo stesso attuale dibattito sulla “costruzione” di un diritto privato comune europeo e il conseguente rinnovato interesse per la storia del diritto che ne è derivato, oltre a coinvolgere tanto i comparatisti quanto gli storici del diritto⁶¹, ha contribuito alla riflessione sul rapporto tra le due tradizioni giuridiche. Se si è di recente assistito ad audaci e spesso discutibili tentativi di una parte della giuscomparatistica e della romanistica comparata di procedere a un recupero della tradizione giuridica europea (di diritto romano, di *jus commune*) per legittimare storicamente, attraverso la teorizzazione di un moderno *jus commune europaeum*, l’armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali degli Stati membri dell’Unione Europea⁶², non può d’altra parte negarsi come tali istanze abbiano contribuito a porre nuove questioni e problematiche. Esse, infatti, sia pure offrendo non sempre condivisibili spunti di riflessione, hanno inevitabil-

⁵⁸ La formula di una comune “tradizione giuridica occidentale”, comprendente anche la storia giuridica inglese e americana, è stata creata e diffusa da una nota opera di H. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press 1983, il quale, di fronte alla crisi della c.d. civiltà occidentale, ne ha evidenziato i caratteri tipici.

⁵⁹ Sono parole di M. BARBERIS, *Europa del diritto*, p. 84, il quale ha sottolineato come la *summa divisio* tra *common law* e diritto continentale avesse senso quando il diritto europeo occidentale era costituito soprattutto dal diritto privato, superato dalla presente centralità assunta dal diritto pubblico e costituzionale, «testa di ponte fra i due sistemi», per cui oggi esisterebbe una comune «tradizione giuridica europeo-occidentale, a base soprattutto costituzionale», *ivi*, pp. 114-118.

⁶⁰ U. MATTEI, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, «The American Journal of Comparative Law», 45/1997, pp. 5-44. L’accento sulle nuove prospettive post-moderne e sulla loro influenza sul diritto comparato è stato posto da K.Å. MODÉER, *La comparazione come critica della cultura giuridica: un discorso tra globalizzazione e regionalizzazione*, «Le Carte e la Storia», 2/2002, pp. 7-16.

⁶¹ Ne è espressione l’incontro interdisciplinare sul rapporto tra diritto privato europeo, comparazione e storia tenuto a Foggia nel 2003, i cui atti sono stati raccolti da O. TROIANO – G. RIZZELLI – M.N. MILETTI (eds), *Harmonisation involves History? Il diritto privato al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, Giuffrè, 2004. Cfr. inoltre, per un approccio multidisciplinare al «problema Europa», il numero dei «Quaderni Fiorentini», 31/2002, dedicato alla «comparazione diacronica (...) fra il presente politico-giuridico dell’Europa unita e il passato delle diverse tradizioni europee» (così, P. COSTA, *Pagina introduttiva*, pp. 2-3).

⁶² Così R. ZIMMERMANN, *Civil code and civil law. The “Europeanization” of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, «Columbia Journal of European Law», 1/1994-1995, pp. 63-105 (da cui cito). Vedi anche, R. ZIMMERMANN, *Roman law and European legal unity*, in A.S. HARTKAMP (ed), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht-London, Nijhoff Pub., 1994, pp. 65-81; e *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, «Rivista di diritto civile», 47, 1/2001, pp. 709-746. Nello stesso senso K. LUIG, *The history of Roman private law and the unification of European law*, «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», 5/1997, pp. 405-427. Sull’inopportunità di applicare acriticamente il modello medievale «alla realtà cosmopolitica che stiamo costruendo», P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, «Quaderni Fiorentini», 31/2002, pp. 39-57, p. 42.

mente richiamato l'attenzione e condizionato il dibattito sul divario tra le due tradizioni di diritto continentale e inglese, talvolta – più spesso – nel senso di una ipotizzata “convergenza” e di una eccessiva enfattizzazione di somiglianze e continuità (è stata addirittura supposta l'esistenza di un'indistinta tradizione giuridica comune a *common law* e diritto continentale⁶³, la quale ha dato vita a un'aspra polemica⁶⁴), talaltra in quello di una non meno radicale riproposizione e drastica riacutizzazione del divario tra le due tradizioni giuridiche (è stata perfino postulata l'esistenza di un irriducibile abisso epistemologico tra *common law* e diritto continentale – intesi quali espressione di culture, mentalità e rappresentazioni giuridiche agli antipodi – che impedirebbe la stessa reciproca conoscibilità e la genuina comprensione da parte dei giuristi formati nell'una o nell'altra delle due tradizioni⁶⁵).

Eppure, l'attuale iniziale mutamento di prospettiva che ha interessato tanto la comparatistica che la storiografia giuridica e che, per ragioni e strade diverse, sembra aver condotto a un progressivo “avvicinamento” o “dialogo” (per utilizzare un'efficace e nota espressione di un grande comparatista, Gino Gorla) delle due tradizioni giuridiche, non pare essere stato – o, quanto meno, non pare essere stato *ancora* – in grado di scardinare alcuni degli assunti che costituiscono il portato dell'impostazione tradizionale della rigida contrapposizione. Assunti i quali, ponendo in ombra gli altri aspetti e caratteri, anch'essi presenti, appaiono essersi a tal punto sedimentati nella coscienza giuridica europea da venire proiettati al passato, condizionandone la lettura e dando vita a semplificazioni eccessive e indubbiamente mistificanti.

L'esame delle radici culturali della Magna Carta – verosimilmente frutto non soltanto della tradizione giuridica inglese ma, in molte delle sue norme, di

⁶³ R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», 1/1993, pp. 4-51. Vedi, inoltre, dello stesso Autore – per menzionare soltanto i più significativi tra i suoi numerosi interventi –, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Preface, Cape Town, Juta & Co., 1990, VII-XVI; e R. ZIMMERMANN, *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the emergence of a European Legal Science*, «Law Quarterly Review», 112/1996, pp. 576-605. Nello stesso senso, H.P. GLENN, *La civilisation de la common law*, «Revue Internationale de droit comparé», 3/1993, p. 559 ss.; B.S. MARKESINIS (ed), *The gradual convergence. Foreign ideas, foreign influences and English law on the eve of the twenty-first century*, Oxford, Oxford University Press, 1994; B.S. MARKESINIS, *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1994.

⁶⁴ P.G. MONATERI – T. GIARO – A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, Carocci, 2005 (specie il saggio a firma di T. GIARO, *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, pp. 77-168); e, da ultimo, D. OSLER, *The Fantasy Men*, «Rechtsgeschichte», 10/2007, pp. 169-193.

⁶⁵ O. REMIEN, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*, «Juristenzeitung», 47/1992, pp. 277-284; E. BUCHNER, *Recht, Geschichtlichkeit, Europa*, in B. SCHMIDLIN (ed), *Vers un droit privé européen commun? Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 7-31; e, soprattutto, P. LEGRAND, *Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality*, in R. JAGTENBERG – E. ÖRÜCU – A.J. DE ROO (eds), *Transfrontier Mobility of Law*, The Hague-London, Kluwer Law International, 1995, p. 63 ss.; e P. LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, «International and Comparative Law Quarterly», 45/1996, pp. 52-81.



un'influenza sostanziale del diritto romano-canonico continentale – sembra invece raccontarci una storia diversa, e di certo più complessa, testimoniando che, quanto più il nostro sguardo si volge al passato allontanandosi dall'età contemporanea, tanto più gli elementi di distanza e di diversità tra le due tradizioni giuridiche inglese e continentale – elementi indubbiamente esistenti, ma assai spesso esageratamente enfatizzati – si attenuano assumendo *nuances* più sfumate, mentre, nel contempo, gli elementi di vicinanza e affinità – anch'essi presenti, ma sovente trascurati – si rafforzano acquisendo toni senza dubbio più decisi.