

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE  
CURRICULUM IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE – XXV CICLO

**AUSILIARI DEL GIUDICE E GESTIONE DELLE  
CONTROVERSIE CIVILI COMPLESSE**

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IUS/15

Dottorando, dott. Davide Torquato

Tutor, Chiar.mo Professore Marco De Cristofaro

Coordinatore del Dottorato, Chiar.ma Professoressa Maria Francesca Ghirga

A.A. 2011-2012

# ***Ausiliari del giudice e gestione delle controversie civili complesse***

## ***Il Master nell'esperienza statunitense***

### **Indice**

#### **Capitolo I**

##### **Prodromi inglesi della figura del *Master* – Il contesto di *equity***

- §.1. Ragioni di una prospettiva storica - Piano dell'indagine.....p. 1
- §.2. Origine e caratteristiche specifiche della giurisdizione di *equity* presso la *Court of Chancery* inglese (cenni).....p. 7
- §.3. (*segue*) Struttura e organizzazione della *Court of Chancery* inglese - I *Master*.....p. 21

#### **Capitolo II**

##### **Aspetti della versione statunitense di *equity* federale e ruolo del *Master***

- §.1. *Early days* della cultura giuridica statunitense e trasposizione del modello inglese - Recepimento del *common law*.....p. 36
- §.2 (*segue*) ... e giurisdizione *in equity* nelle colonie americane.....p. 50
- §.3. *Equity procedure* nell'ordinamento statunitense federale post-rivoluzionario..p. 59
- §.4. Ruolo e funzioni del *Master* nel processo statunitense federale di *equity* - Evoluzione pratica e culturale del modello.....p. 70

### **Capitolo III**

#### **Assestamento normativo nel XX secolo e ruolo odierno del *Master***

- §.1. *Merger* fra *common law* ed *equity* nella normativa processuale federale statunitense.....p. 86
- §.2. Configurazione del ruolo del *Master* nella *Rule 53* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938 - Utilizzazione del *Master* nella fase di *trial*.....p. 99
- §.3. Rinascita del ruolo del *Master* nell'ambito di *complex litigation* e *public law litigation* - Sua utilizzazione nelle fasi di *pretrial* e *posttrial*.....p. 111
- §.4. La riforma del 2003 e la disciplina vigente in materia di *Master*.....p. 125

### **Capitolo IV**

#### **Brevi considerazioni conclusive**

- §.1. Ricognizione critica di alcuni aspetti della figura del *Master* nella sua più recente evoluzione.....p. 134
- §.2. Suggestioni e ipotetici raffronti con l'ordinamento italiano.....p. 139

- Bibliografia**.....p. 146

## CAPITOLO I

### Prodromi inglesi della figura del *Master* – Il contesto di *equity*.

SOMMARIO: 1. Ragioni di una prospettiva storica - Piano dell'indagine - 2. Origine e caratteristiche specifiche della giurisdizione di *equity* presso la *Court of Chancery* inglese (cenni) - 3. (*segue*) Struttura e organizzazione della *Court of Chancery* inglese - I *Master*.

#### 1. Ragioni di una prospettiva storica - Piano dell'indagine

La storia della formazione e dello sviluppo del diritto nordamericano nei suoi *early days* si caratterizza per la presenza di un riferimento istituzionale e normativo costantemente assunto a modello. Un modello ora da imitare, ora da trapiantare, ora da rifuggire, rappresentato, com'è noto, dall'esperienza del diritto inglese<sup>1</sup>.

Certo, non è stata questa esperienza l'unica ad avere ispirato le istituzioni e il diritto statunitense largamente inteso. Altre esperienze culturali hanno storicamente contribuito a plasmare il diritto americano sin dai suoi primordi. La presenza sul territorio dell'America del Nord di colonizzatori europei non

---

<sup>1</sup> Per alcuni primi riferimenti sull'immediato e per certi versi ovvio collegamento fra diritto inglese e diritto americano si vedano, ad es., fra molti possibili, Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione civile*, VI, Torino 1990, p. 324 ss; Hazard, Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, pp. 13-28; e nella letteratura angloamericana: Friedman, *Storia del diritto americano*, (edizione italiana curata da Alpa, Marchesiello, Rebuffa), Milano 1995, p. 13, pp. 103-111; Kempin Jr., *Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell*, 3<sup>rd</sup> ed., St. Paul Minn. 1990, pp. 44-47; Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, s.l., 1952, p. 39; Kuhn, *Principes de droit anglo-américain: Droit privé et procédure*, traduzione in lingua francese di Petitpierre), Paris 1924, p. 35 e ss.

inglesi ha infatti variamente contribuito a informare la genesi del diritto nord americano, con diversa intensità a seconda delle rispettive aree di influenza <sup>2</sup>.

Anche in ambito giuridico, tuttavia, lo sviluppo degli insediamenti europei oltreoceano non si è mai configurato come una mera replica dei modelli del vecchio continente. Lo stesso carattere dell'ambiente americano impone infatti forti modificazioni dei modelli d'origine in funzione delle caratteristiche proprie di una società necessariamente diversa da quella della madrepatria. A plasmare il diritto statunitense si può dire sia stato in larga misura il pragmatismo e il senso pratico dei coloni, interessati a recepire e a elaborare soluzioni funzionali alle esigenze del territorio e del nuovo contesto sociale nel quale vivevano <sup>3</sup>.

Così, fra le colonie atlantiche destinate a diventare gli Stati Uniti, l'opportunità di attingere ampiamente dall'esperienza inglese appare, almeno inizialmente, dettata da ragioni di ordine pratico e politico. La preponderante presenza inglese negli insediamenti costieri degli odierni Stati Uniti, pur diversamente modulata sotto il profilo istituzionale, costituisce invero la prima e più ovvia ragione dell'affermarsi e del diffondersi del modello di *common law* in America del Nord <sup>4</sup>. Un successo che appare tuttavia come il prodotto di una dinamica complessa, nella quale l'imperialismo inglese costituisce uno, ma non l'unico, fra molti fattori determinanti. In parte, è senz'altro innegabile che l'affermarsi del modello inglese sia derivato anche da un'imposizione politica

---

<sup>2</sup> Si consideri ad esempio la vasta influenza che ebbe il modello francese di *civil law* nella *Nouvelle France*, dal Québec alla Louisiana; relativamente alle influenze esercitate da altri modelli sul diritto nordamericano si veda brevemente: Friedman, *op. cit.*, pp. 13-21; Von Mehren, Murray, *Law in the United States*, Cambridge 2007, pp. 32-35.

<sup>3</sup> Sul punto, anche per considerazioni su altri ambiti della cultura e della società nordamericane degli *early days* oltre a quello propriamente giuridico, si rinvia all'opera di Jones, *Storia degli Stati Uniti d'America*, Milano 2011, pp. 1-37; inoltre, per un esempio concreto di adattamento del diritto alle esigenze del Nuovo Mondo, cfr. McLean Andrews, *The Influence of Colonial Conditions as Illustrated in the Connecticut Intestacy Law*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, Boston 1907, p. 431 ss.

<sup>4</sup> Sulla formazione del diritto nelle colonie atlantiche inglesi, per un riferimento a opere generali, oltre a quanto più ampiamente nel Capitolo II, *infra*, si veda, Kempin Jr., *op. cit.*, p. 44; e, più diffusamente, Friedman, *op. cit.*, p. 34 ss.; in particolare, sul tema della recezione del *common law* inglese nelle colonie americane, si vedano, anche per un confronto fra diverse impostazioni del problema: Reinsch, *The English Common Law in the Early American Colonies*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, Boston 1907, p. 367 ss; Stoebeck, *Reception of English Common Law in the American Colonies*, in 10 *Wm. & Mary L. Rev.* 1968, p. 393 ss; Haskins, *A Problem in the Reception of the Common Law in the Colonial Period*, in 97 *U. Pa. L. Rev.* 1949, p. 842.

tipica della madrepatria colonizzatrice, in funzione della quale il *common law* inglese tende in linea di principio a prevalere sul diritto locale <sup>5</sup>. Tuttavia, sembra di poter dire che tale affermazione si realizza pressoché indipendentemente dal fattore politico. Si tratta in effetti di un fenomeno che sembra essere dipeso soprattutto dalla preferenza manifestata dai “nuovi americani” provenienti dall’Inghilterra per il sistema in qualche modo... più “prestigioso” e, in ogni caso, più familiare e pratico almeno per pochi selezionati utilizzatori; e in quanto tale, pertanto, anche il sistema in ultima analisi più vantaggioso e conveniente <sup>6</sup>.

Il modello inglese sembra dunque essersi affermato nelle colonie americane quasi per osmosi, attraverso un percorso segnato dalla prossimità culturale del *common law* rispetto alle popolazioni interessate. Popolazioni di lingua prevalentemente inglese, prevalentemente provenienti dalle isole britanniche, abituate quindi a regolare i propri rapporti in base al diritto inglese e a interagire con istituzioni di matrice inglese, o inglesi *tout court*. È in definitiva quasi naturalmente che il diritto inglese si converte in un modello per gli stati coloniali del nord America.

A ciò si aggiunga che il *common law* inglese, soprattutto negli anni precedenti la rivoluzione, aveva assunto nelle colonie una forte valenza simbolica e ideologica. Il complesso delle leggi e delle consuetudini applicate in Inghilterra era considerato a tutti gli effetti un solido sistema di garanzie posto a tutela delle libertà personali contro l’arbitrio del potere <sup>7</sup>. E in effetti, proprio la ritenuta mancata applicazione di tale sistema di libertà presso le colonie veniva espressamente indicata come uno fra i più odiosi segni della discriminazione realizzata fra cittadini dello stesso regno. Non a caso, il

---

<sup>5</sup> Per cenni in argomento, cfr. Friedman, *op. cit.*, p. 14; Kempin Jr., *op. cit.*, p. 44; Kuhn, *op. cit.*, p. 35; e più diffusamente F. W. Hall, *Common Law: An Account of its Reception in the United States*, in 4 *Vand. L. Rev.* 1951, pp. 791-793.

<sup>6</sup> Cfr. Friedman, *op. cit.*, p. 45; sulla circolazione del modello inglese nelle colonie americane si rinvia anche, fra la letteratura italiana, a Taruffo, *op. cit.*, p. 326; e Mattei, *Common Law – Il diritto anglo-americano*, Torino 1992, pp. 122-123.

<sup>7</sup> Sulla valenza fortemente simbolica assunta dal *common law* presso le colonie americane cfr. Friedman, *op. cit.*, p. 105; Reinsch, *op. cit.*, p. 367; Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2ème éd., Paris 2011, p.135-138; ma anche quanto preliminarmente osservato in Parker, *Common Law, History, and Democracy in America, 1790-1900 – Legal Thought before Modernism*, Cambridge 2011, pp. 1-11.

riferimento al *common law* è centrale all'interno delle dichiarazioni americane del 1774 e del 1776. La Dichiarazione dei Diritti del Congresso Continentale del 1774 stabilisce infatti significativamente che: “*the respective colonies are entitled to the common law of England, and more especially to the great and inestimable privilege of being tried by their peers of the vicinage, according to the course of that law*”. Poco dopo, la Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio 1776 addirittura indica la mancata applicazione del “*free System of English Laws*” fra le cause determinanti la necessità di secessione degli stati americani dalla madrepatria inglese<sup>8</sup>. È del resto la stessa Costituzione degli Stati Uniti d'America che, mediante il VII emendamento, nel 1791 riconosce implicitamente all'interno del *bill of rights* il *common law* come propria fonte di diritto<sup>9</sup>.

È anche in ragione di questo dato culturale che la prevalenza-preferenza del modello inglese sostanzialmente non muta in seguito all'indipendenza delle colonie, quando la raggiunta piena autonomia degli stati americani avrebbe in effetti potuto indurre a considerare modelli alternativi a quello inglese<sup>10</sup>. Si

---

<sup>8</sup> Sul punto, tipicamente, Pound, *The Spirit of Common Law*, Francetown 1921, p. 100.

<sup>9</sup> Cfr. Parker, *op. cit.*, p. 2, che sul punto chiarisce: “*The American revolutionary struggle was fought to a large extent to vindicate what colonists considered their common law rights and freedoms. As a result, many prominent American legal thinkers from the late eighteenth century on considered the written U.S. Constitution to be informed by, and indeed to be incomprehensible without reference to, the common law.*”; sulle ragioni dell'importanza del *common law*, con particolare attenzione alla conservazione del processo civile inglese di *common law* negli Stati Uniti si veda anche quanto in Hazard, Taruffo, *op. cit.*, p. 17: “*L'origine e il fondamento del processo civile americano erano dunque in un sistema al contempo estraneo e considerato prezioso. Il processo di common law era estraneo in quanto si era evoluto per affrontare i problemi della giustizia civile nell'Inghilterra feudale, ma poi era stato impiantato in America, ossia in un paese in via di sviluppo che non aveva mai conosciuto il feudalesimo. Quel processo era considerato prezioso perché la sua conservazione era una delle giustificazioni per rovesciare il regime coloniale inglese. Questo dualismo può spiegare come mai il processo civile americano abbia conservato molti elementi processuali inglesi pre-moderni, considerandoli come diritti costituzionali?*”. Cfr. inoltre Gilmore, *op. cit.*, pp. 24-26.

<sup>10</sup> Negli anni successivi alla guerra di indipendenza, fra le colonie, divenute stati indipendenti, si pose effettivamente la questione circa l'opportunità di conservare il *common law*, ritenuto da alcuni un sistema antiquato da rovesciare insieme alle istituzioni della monarchia inglese; la possibilità di sostituirlo con sistemi concorrenti pare essere stata, almeno astrattamente considerata; in realtà sembra però che il modello di *common law* non sia mai stato messo seriamente in discussione, soprattutto in quanto ormai radicato; cfr. Stein, *The Attraction of the Civil Law in Post Revolutionary America*, in 52 *Vand. L. Rev.* 1966, p. 403 ss; Friedman, *op. cit.*, p. 104-105; si vedano anche le considerazioni svolte in proposito da Pound, *op. cit.*, p. 116; nonché Id., *An Introduction to American Law: An Outline of a Course Delivered at the Trade Union College*, Cambridge 1919, pp. 20-21; Radin, *The Rivalry of Common Law and*

può dire invece che alla fine del XVIII secolo la disciplina dei rapporti fra privati risulta largamente modellata sul referente inglese, ormai saldamente affermatosi come *il* modello negli Stati Uniti <sup>11</sup>.

La circostanza che l'ordinamento inglese abbia rappresentato il primo e fondamentale riferimento giuridico-culturale per le colonie americane e, quindi, per i nuovi Stati Uniti d'America appare dunque un dato pressoché pacifico. Una circostanza che inoltre, come noto, sembra valere - anche in ragione della stretta correlazione fra *substance* e *procedure* che, tradizionalmente, si ritiene propria degli ordinamenti di *common law* - tanto per il diritto sostanziale quanto per il diritto processuale <sup>12</sup>.

Tutto ciò comporta che, ove si intendano ricostruire le origini di istituzioni, istituti giuridici, consuetudini e prassi proprie del processo civile statunitense, un raffronto con tale ordinamento risulti pressoché inevitabile. E un tale stato di cose sembra imporre alcune basilari scelte di ordine metodologico anche per quanto riguarda l'oggetto della presente ricerca, ossia la ricostruzione di ruolo e funzioni della figura del *Master* statunitense.

Così, il riferimento all'ordinamento o alla cultura giuridica inglese sembra imporsi in questa sede, quantomeno per verificare se e in quale misura siano già in esso individuabili le radici di figure che - come appunto quella del *Master* - a un'osservazione sommaria potrebbero invece apparire tipicamente americane <sup>13</sup>. Una verifica che quindi richiede che si rivolga particolare attenzione alla versione per così dire originaria del modello giuridico inglese.

---

*Civil Law Ideas in the American Colonies*, in *Law: A Century of Progress*, New York 1937, Vol. I, p. 404 ss; Gilmore, *op. cit.*, pp. 23-26.

<sup>11</sup> Il recepimento del modello inglese non ha costituito un vero e proprio trapianto ma piuttosto - coerentemente con l'approccio sopra accennato di adattamento dei modelli alle esigenze del nuovo mondo - una riedizione ampiamente originale in funzione dei caratteri propri della società americana; su questo aspetto si veda più ampiamente *infra* Capitolo II, § 1.

<sup>12</sup> In proposito è assurda ormai quasi a un *cliché* la nota formula di Sir Henry Maine secondo il quale: "*substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure*". Sul punto, e in particolare sull'evoluzione e la tenuta di tale correlazione, si rinvia a quanto diffusamente in Main, *Traditional Equity and Contemporary Procedure*, in 78 *Walsh L. Rev.* 2003, spec. p. 453 ss; *Id.*, *The Procedural Foundation of Substantive Law*, 87 *Wash. U. L. Rev.* 2010, *passim*, spec. p. 818 ss.

<sup>13</sup> Per praticità, nel corso del presente scritto si ricorrerà talvolta al termine "americano" anziché "statunitense", da intendersi quindi attributi perfettamente fungibili e riferibili allo stesso contesto territoriale.



Individuato l'ordinamento inglese come il referente istituzionale e normativo "naturale" per verifiche di carattere storico, è tuttavia doverosa una preventiva e ulteriore messa a fuoco dell'obiettivo dell'indagine. In particolare, sembra opportuno rimarcare un dato sistematico caratterizzante l'esperienza del *Master* sin dalle sue prime manifestazioni americane.

Si tratta della circostanza concernente l'ambito culturale e disciplinare tipico di emersione della figura del *Master* all'interno del processo civile statunitense. Ambito o area storicamente individuabile nella giurisdizione di *equity* e conseguentemente nella procedura applicata presso le cosiddette corti di *equity*, ovvero di *Chancery*<sup>14</sup>. È invero proprio la presenza negli Stati Uniti d'America di un sistema, giurisdizione, o contesto normativo che dir si voglia, di *equity* che, a prescindere per ora da caratteristiche e specificità diversamente modulate fra stato e stato, costituisce inequivocabilmente un prodotto molto significativo del trapianto in Nord America dei dati strutturali di base dell'originario modello processuale inglese<sup>15</sup>.

D'altro canto, si tratta di una constatazione a tutti gli effetti valida anche a livello federale. A conferma di ciò basti infatti considerare che il primo *corpus* normativo processuale uniforme applicabile a livello federale si sostanzia in una normativa di *equity*; ossia le *Federal Rules of Equity* del 1822<sup>16</sup>. Il fatto che in ambito statunitense la stessa nozione di *Master* di fatto affiori nell'ambito peculiare della giurisdizione di *equity*, più che suggerire sembra pertanto in certa misura imporre l'orientamento delle fasi iniziali di una ricerca in materia precisamente verso l'esperienza della giurisdizione di *equity* inglese presso la *Court of Chancery*.

---

<sup>14</sup> Il termine *equity*, com'è noto, è termine polisemico e suscettibile di assumere altresì significati diversi a seconda del momento e del luogo ai quali si riferisce. Con riferimento all'ordinamento inglese, almeno fino ai *Judicature Acts* del 1873-1875 con *equity* si intende sia la giurisdizione speciale esercitata dal Cancelliere presso la *Court of Chancery*, sia la procedura seguita presso questo stesso organo giurisdizionale, sia, ancora, un complesso di norme e principi di natura sostanziale, autonomi e complementari rispetto al *common law*.

<sup>15</sup> Cfr. Hazard, Taruffo, *op. cit.*, p. 28; specificamente sull'emersione di figura di ausiliari del giudice assimilabili al *Master* inglese si veda il catalogo in Henderson, *Chancery practice : with special reference to the office and duties of masters in chancery, registers, auditors, commissioners in chancery*, Chicago 1904, p. 146.

<sup>16</sup> Per il testo delle norme, oltre che per un rilevante confronto fra le discipline federali di *equity* succedutesi fra il 1822 e il 1912 si veda Hopkins, *The New Federal Equity Rules*, Cincinnati 1913, p. 37 ss e *passim*.

Nei paragrafi che seguono si tenterà quindi di inquadrare in prospettiva storica il sistema inglese di *equity*, tratteggiandone in modo sintetico l'origine e le specificità organizzative e processuali. In tale contesto si procederà poi a sondare la presenza di figure prossime a quella del *Master* statunitense. E ciò al fine di verificare nel seguito del lavoro se esse abbiano effettivamente rappresentato il modello ispiratore per i successivi redattori statunitensi delle normative di *equity*. Funzione di tale indagine sarà di costituire da premessa - occorre dire, virtualmente del tutto necessaria - per la corretta ricostruzione della natura, del ruolo e della funzione del *Master* all'interno della *equity procedure* statunitense come pure all'interno *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938<sup>17</sup>.

## 2. Origine e caratteristiche specifiche della giurisdizione di *equity* presso la *Court of Chancery* inglese (cenni)

Quello che segue sarà un esame volutamente sintetico della giurisdizione del Cancelliere e della procedura di *equity* inglesi; del resto, tali temi sono già stati analizzati, invero magistralmente, e con ben altra ampiezza di discorso, nella nostra cultura giuridica<sup>18</sup>. Ciò che ai fini del presente lavoro sembra in particolare ineludibile è in ogni caso qualche riferimento all'origine di almeno alcuni fra i caratteri salienti del sistema di *equity* inglese, specialmente con riguardo all'organizzazione della *Court of Chancery*, storico cardine del

---

<sup>17</sup> Il riferimento, come si avrà ampiamente modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, è alla *Rule 53* delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>18</sup> Il rinvio, in particolare, è ai lavori di Sereni, *L'equity negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, spec. pp. 311-342; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, p. 530 ss; Dondi, *Tecniche di esecuzione nell'esperienza statunitense*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 242 ss; Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004, p. 122 ss; Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano 1974, pp. 21-38; Mattei, *op. cit.*, p. 35 ss; Moccia, voce *Equity*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione civile*, VII, Torino 1991, p. 498 ss; Taruffo, *op. cit.*, p. 327-328; e più di recente cenni in Corsini, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino 2012, pp. 1-3, 23-24. Molte, d'altro canto, le fonti riconducibili alla storiografia anglosassone, rispetto alla quale, oltre ai singoli richiami nel prosieguo, si rinvia per tutti all'opera fondamentale sulla storia della *Court of Chancery* e dell'*Equity Jurisdiction*: Spence, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, London 1846, *passim* oltre a specifici richiami *infra*.

sistema. Su questa base appaiono infatti spiegabili le ragioni ultime e le situazioni contingenti che hanno determinato la nascita e l'evolversi di una figura del tutto particolare come quella del *Master*, o meglio - per utilizzare la definizione propria e coerente con questo contesto di riferimento - del *Master in Chancery* appunto.

A questo riguardo è anzitutto da ribadire che le origini del sistema di *equity* rimangono ancora in gran parte oscure, in qualche misura perdute nell'Alto Medioevo inglese, tanto da risultare tutt'ora di difficile decifrazione a causa della scarsità di documentazione primaria riferibile alla *Chancery* dei secoli fra il XII e il XIV<sup>19</sup>. Gli storici del diritto paiono tuttavia perlopiù concordi nel collocarne le prime epifanie durante il regno di Edoardo I (1272-1307). Analogo consenso sembra potersi riscontrare intorno alle cause che avrebbero determinato il sorgere e il progressivo affermarsi dell'*equity* come giurisdizione integrativa e sussidiaria rispetto a quella esercitata dalle Corti regie di *common law*. Si ritiene infatti generalmente che l'*equity* si sia sviluppata per reazione rispetto all'irrigidimento e alla inefficienza del sistema di *common law*, divenuto progressivamente inadeguato rispetto alle mutevoli e rinnovate esigenze della società<sup>20</sup>.

Com'è noto, a partire dalla conquista normanna e dalla conseguente centralizzazione della giustizia presso le corti regie, l'amministrazione della giustizia inglese si è retta storicamente sul sistema dei *writ*<sup>21</sup>. In tale sistema,

---

<sup>19</sup> Cfr. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3<sup>rd</sup> ed., London 1990, p. 119; Dawson, *A History of Lay Judges*, Cambridge 1960, p. 149.

<sup>20</sup> Sul punto si veda ad es.; Holdsworth, *A History of English Law*, 3<sup>rd</sup> ed., London 1922, II, pp. 591-597; Kerly, *An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, Cambridge 1890, p. 13; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, Chapt. 2, 1973, p. 44; De Funiak, *Origin and Nature of Equity*, in *23 Tul L. Rev.* 1948, p. 54 ss, spec. pp. 55-56.

<sup>21</sup> Sulla centralizzazione della giurisdizione inglese si veda, fra un'ampia produzione scientifica in argomento, Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1969, pp. 1-22; Baker, *op. cit.*, pp. 20-26, 44-59; Stopford Green, *The Centralization of Norman Justice under Henry II*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, Boston 1907, p. 111 ss; Inderwick, *The Courts as Established under Edward I*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 209 ss; Maitland, Montague, *A Sketch of English Legal History*, New York 1915, pp. 81-82; Pollock, Maitland, *The History of English Law*, Cambridge 1968, p. 202 ss; Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, 2 ed. Cambridge 1988, pp. 29-61; e, fra le fonti italiane, ad es., Cavanna, *op. cit.*, pp. 494-499; nonché Picardi, *Il giudice ordinario (le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989, pp. 731-733.

chiunque intendesse agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto doveva munirsi di un *original writ* - o *breve* - appositamente rilasciato dal sovrano dietro il pagamento di una somma in denaro. Tale documento incorporava un ordine regio, rivolto al convenuto, affinché rimediasse all'illecito lamentato dall'attore, ovvero comparisse davanti a una corte regia, per dare conto delle proprie ragioni. Nel contempo, tale ordine era rivolto a un funzionario locale, lo sceriffo, il quale garantiva l'ottemperanza del convenuto all'ordine ricevuto<sup>22</sup>.

Esistevano diversi tipi di *writ*, tutti modellati sulle possibili situazioni giuridiche tutelabili. Il loro catalogo rispecchiava pertanto inevitabilmente le esigenze proprie di un sistema di giustizia a sua volta espressione di una società tipicamente feudale, basata prevalentemente sulla proprietà fondiaria e su un'economia di tipo agricolo<sup>23</sup>.

Al rilascio dei *writ* provvedeva, su delega del Re, un selezionato apparato di funzionari amministrativi di nomina regia. In particolare, il soggetto incaricato di curare l'emissione dei *writ* per conto del sovrano era il Cancelliere. Questi era un dignitario di altissimo rango - generalmente un vescovo, almeno fino al regno di Enrico VIII<sup>24</sup> -, al quale facevano capo molteplici funzioni e prerogative<sup>25</sup>. Egli ricopriva anzitutto la carica di segretario del Re, svolgendo funzioni di carattere governativo-amministrative;

---

<sup>22</sup> Sul sistema dei *writ* e sulla natura degli *original writ*, il rinvio alla storiografia giuridica inglese non può che essere a, Maitland, *The Forms of Action at Common Law*, 1 ed. separata da *Equity*, 8<sup>th</sup> reprint, Cambridge 1965, *passim*; Id., *The History of the Register of Original Writs*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 549 ss; nonché Pollock, Maitland, *op. cit.*, p. 195; infine, ampiamente, Bigelow, *History of Procedure in England from the Norman Conquest*, Boston 1880, p. 147 ss; nella dottrina americana pare di sicuro interesse in materia Hazard, *The Early Evolution of the Common Law Writs: A Sketch*, in 6 *Am. J. Legal Hist* 1962, p. 114 ss; quanto alla storiografia giuridica italiana, per tutti si rinvia a Cavanna, *op. cit.*, pp. 501-506.

<sup>23</sup> Per riferimenti sulla struttura economica e la caratterizzazione sociale e politica dell'Inghilterra dei primi secoli dopo la conquista normanna si veda ad es. Baker, *op. cit.*, p. 255 ss; Spence, *op. cit.*, p. 87 ss; nonché Hogue, *Origins of the Common Law*, Indianapolis 1966, pp. 83-142.

<sup>24</sup> Fu infatti a partire dal regno di Enrico VIII, per le ben note vicende che condussero allo scisma anglicano dalla Chiesa Cattolica, che i Cancellieri cessarono di essere selezionati in prevalenza fra gli ecclesiastici e iniziarono a essere regolarmente giuristi laici formati in diritto inglese. Sul punto cfr. Holdsworth, *The Early History of Equity*, 13 *Mich. L. Rev.* 1914, p. 295; nonché Mattei, *Il modello di common law*, 2a ed., Torino 2004, p. 17.

<sup>25</sup> Cfr. Holdsworth, *The Early History*, cit., p. 293; Marsh, *History of Court of Chancery*, Toronto 1890, p. 12-15; Bispham, *Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 8<sup>th</sup> ed., Philadelphia 1910, p. 7.

e, in tale veste, prendeva parte stabilmente al *council*, l'antica *curia regis*, nel quale occupava una posizione preminente in ragione della sua specifica qualificazione culturale<sup>26</sup>.

Gran parte del potere e del prestigio del Cancelliere derivava poi dalla sua qualità di custode del sigillo reale (*Great seal*), apposto ai numerosi documenti scritti di provenienza regia<sup>27</sup>. Ed è propriamente all'esercizio di tale ultima prerogativa che si collega l'originaria e ulteriore funzione - ancora solo paragiudiziale - del Cancelliere, ossia, quella di delegato alla concessione degli *original writ*, che, datane la natura appunto di ordini regi, venivano muniti del sigillo del Re<sup>28</sup>.

Agli impegni derivanti da tali importanti e molteplici cariche il Cancelliere poteva far fronte solo avvalendosi di una significativa dotazione di personale qualificato. L'ufficio del Cancelliere si caratterizzava in effetti per la presenza di una sorta di proto burocrazia giudiziaria, sviluppatasi a livello intermedio e tipica dei sistemi giudiziari privi di una strutturazione gerarchico-burocratica, come quello inglese. All'interno della Cancelleria (*Chancery*), operava infatti uno *staff* di ausiliari del Cancelliere. Appartenenti al clero, e perciò detti *clerk*, i membri della *Chancery* erano generalmente dotati di una formazione giuridica di tipo continentale, essendo spesso dottori di diritto romano canonico

---

<sup>26</sup> Cfr. Baker, *op. cit.*, p. 115; Maitland, *Equity and the Forms of Action*, Cambridge 1910, p. 2; sulla composizione e le funzioni del *council* si veda, ad es. Spence, *The History of the Court of Chancery*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, pp. 226-227; Marsh, *op. cit.*, pp. 6-12; e quanto in Cavanna, *op. cit.*, p. 496.

<sup>27</sup> Per un rilievo circa la grande massa di documenti regi ai quali veniva apposto il sigillo reale e al correlativo prestigio di chi conservava e apponeva tale sigillo, si veda Maitland, *op. cit.*, p. 3.

<sup>28</sup> Prima del consolidarsi della *Court of Chancery* come giurisdizione speciale e sostanzialmente autonoma, il Cancelliere esercitava solo residualmente poteri di tipo giurisdizionale e solo con riferimento al cosiddetto "*Latin side*" della Cancelleria; in tale sede il Cancelliere esercitava giurisdizione di *common law* in relazione a controversie promosse nei confronti del sovrano, ovvero aventi ad oggetto posizioni giuridiche di cui fossero stati titolari i suoi sottoposti. La lingua utilizzata nel contesto di tale giurisdizione era il latino; da qui la definizione di "*English side of the Chancery*" per definire invece la giurisdizione speciale del Cancelliere in *equity*, sviluppatasi a partire dal XIV Secolo. Sul punto cfr. Baker, *op. cit.*, pp. 116-117; Pollock, Maitland, *op. cit.*, pp. 193 e 197; Maitland, *op. cit.*, p. 4; Haskett, *The Medieval English Court of Chancery*, in 14 *Law & Hist. Rev.* 1996, spec. p. 248 ss. Quanto all'attività di rilascio e concessione dei *writ*, non sembra essa possa essere considerata come propriamente giurisdizionale dal momento che il Cancelliere, prima dell'emissione del *writ* non sentiva le due parti ma si limitava a prendere atto delle ragioni dell'attore a verificare la corrispondenza dei fatti affermati con la fattispecie astratta sottesa a uno fra i *writ* esistenti, né, quindi, con l'emissione del *writ* decideva alcuna controversia; cfr. Pollock, Maitland, *op. cit.*, p. 193; nonché Sereni, *op. cit.*, p. 322.

(*doctores utriusque iuris*), oltre che di un'altrettanto profonda conoscenza del diritto inglese. Sin dalla metà del XIII secolo, l'attività di questi soggetti era prevalentemente rivolta alla materiale predisposizione, al rilascio e alla conservazione dei *writ*. Erano tali soggetti che, in ragione delle loro conoscenze giuridiche, provvedevano dunque a modulare le formule contenute nei *writ* in relazione alle diverse situazioni soggettive per le quali, volta a volta, veniva richiesta tutela (come si è accennato, a ogni *writ* corrispondeva infatti una specifica situazione giuridica tutelabile)<sup>29</sup>.

È piuttosto evidente che in questo assetto istituzionale un grande potere spettava al Cancelliere e al suo ufficio. Egli si trovava di fatto in condizione di determinare - secondo un *iter* sostanzialmente inverso rispetto all'approccio più familiare al giurista continentale - nuovi diritti sostanziali attraverso la predisposizione della relativa forma di tutela giurisdizionale incorporata nel *writ*<sup>30</sup>.

Si comprende quindi come il Re e il *council*, preoccupati di conservare intatto il proprio potere legislativo, provvedessero, mediante le cosiddette *Provisions of Oxford* (1258), a limitare drasticamente il potere del Cancelliere di emettere nuovi *writ*. E di qui la subordinazione all'autorizzazione regia o del *council* della possibilità per il Cancelliere di elaborare e di concedere nuovi *writ*<sup>31</sup>. Talché la cancelleria poteva concedere i soli *writ of course*, o *de cursu*; ossia, le sole formule già circolanti<sup>32</sup>. È così che il catalogo dei *writ* disponibili diventa sostanzialmente chiuso e tassativo; e che le relative formule vengono predisposte e conservate dai *clerk* in un apposito registro, il cosiddetto "*register of original writs*"<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Per più ampie considerazioni sull'organizzazione interna della Cancelleria e relativi riferimenti bibliografici si rinvia a quanto nel successivo § 3 *infra*.

<sup>30</sup> Cfr. Main, *op. cit.*, p. 439, spec. quanto riportato sub n. 59 nonché quanto in Picardi, *Il sistema giudiziario inglese tra continuità ed innovazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2007, p. 615.

<sup>31</sup> Sul punto si vedano ad es. Kerly, *op. cit.*, p. 9; Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 224 ss; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 24; Bigelow, *op. cit.*, pp. 197-200.

<sup>32</sup> Da qui deriva l'appellativo di *cursitors* per definire i *clerks* incaricati della materiale copiatura e predisposizione di tali ordini.

<sup>33</sup> Cfr. Pollock, Maitland, *op. loc. cit.*; nonché, diffusamente, Maitland, *The History of the Register of Original Writs*, cit., *passim.*; e Holdsworth, *A History of English Law*, cit., pp. 512-525.

Bisogna anche aggiungere che il divieto di concedere nuovi *writ* viene parzialmente temperato da una successiva modificazione, contenuta nel *Chapter 24* dello *Statute of Westminster II* (1285) che consente al Cancelliere (ossia ai suoi *clerk*) di emettere nuovi *writ* in relazione a fattispecie analoghe a quelle già provviste di apposito *writ* (*in consimili casu*), “*new in instance not in principle*”<sup>34</sup>. Ed è dalla creatività interpretativa dei *clerk* imposta da tale situazione normativa che di fatto deriva l’estensione della tutela concessa mediante i *writ* esistenti a una molteplicità di situazioni nuove. Emblematica in tal senso è la vicenda del *writ of trespass*, la cui utilizzazione viene da quel momento sostanzialmente estesa a gran parte delle pretese di risarcimento da fatto illecito o da inadempimento contrattuale, in quanto ritenute fondate su un medesimo amplissimo principio di sanzione contro la violazione della pace del sovrano<sup>35</sup>.

Due conseguenze, a tutti gli effetti determinanti per lo sviluppo del sistema di giustizia di *equity*, si possono derivare da questa situazione. Per un verso, si assiste a un significativo irrigidimento del sistema dei *writ*, al punto da risultare non più adeguato a rispondere alle nuove esigenze di tutela progressivamente emergenti in ragione del pur lento evolversi degli assetti economico-sociali. Per altro verso, il Cancelliere, e in particolare i suoi *clerk*, pervengono a sviluppare significative e specifiche abilità che consentono loro di conoscere delle pretese dei privati e di inquadrarle nelle possibili forme di tutela, adattando, nei limiti dei poteri concessi, le formule esistenti alle diverse situazioni sostanziali azionate.

Al di là degli sforzi del Cancelliere e dei suoi sottoposti, tuttavia, per un’area sempre più vasta di posizioni sostanziali, il sistema di *common law* e dei *writ* appare comunque irrimediabilmente inidoneo ad assicurare qualsiasi forma di tutela effettiva<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 240 e pp. 325-326; Snell, *op. cit.*, pp. 10-11; Marsh, *op. cit.*, pp. 21-22; inoltre, dettagliatamente sulla natura del cd *writ in consimili casu*, Watkin, *The Significance of ‘In Consimili Casu’*, in *23 Am. J. Legal Hist.* 1979, p. 283 ss.

<sup>35</sup> Sul punto si veda, ad es. quanto in Spence, *op. ult. cit.*, p. 240; nonché Mattei, *Common Law*, cit., p. 35.

<sup>36</sup> È notoria la definizione di *equity* resa da Blackstone, per cui “*Equity exists for the correction of situations wherein the law is deficient*”; si consideri in proposito che, sia in Inghilterra, sia, poi, negli Stati Uniti, il “test” per valutare la sussistenza delle giurisdizione di *equity* in

Tale area comprende, a titolo di esempio: a) situazioni sostanziali per le quali i *writ* esistenti non sono utilizzabili neppure in via analogica; b) ipotesi nelle quali il rimedio tipico di *common law*, ossia il risarcimento del danno, non fornisce tutela effettiva in quanto l'unico rimedio astrattamente utile consisterebbe in forme di esecuzione in forma specifica o in inibitorie; c) ipotesi di manifesta rigidità del processo di *common law* concretantesi ad esempio nella mancata previsione *at law* di forme di litisconsorzio, ove pure sarebbe necessaria l'estensione dell'ambito soggettivo di una controversia; d) ipotesi coinvolgenti la qualità del soggetto bisognoso di tutela, in quanto non in condizione di acquistare la formula del *writ* o perché palesemente svantaggiato rispetto a un avversario in condizione di influenzare il verdetto della giuria<sup>37</sup>.

In tali circostanze, e in ogni altro caso in cui l'esigenza di tutela risulti insoddisfatta, la grazia del sovrano costituisce la sola possibile alternativa al sistema giurisdizionale espresso dal *common law* inglese<sup>38</sup>. Il Re, infatti, era considerato la fonte ultima e suprema della giustizia<sup>39</sup>. E in quanto tale, pur avendo delegato l'esercizio del potere giurisdizionale alle corti di *common law*, permaneva depositario di una generale *prerogative of grace in civil matters*. È al Re quindi che compete un potere discrezionale sufficientemente ampio da

---

relazione a una determinata controversia è consistito a lungo nella verifica in astratto della possibilità ottenere "*plain, adequate and complete relief*" mediante un'azione *at law*; sul punto si veda, ad es. Main, *op. cit.*, p. 451; si vedano inoltre più in generale i richiami di cui alla nota 18, *supra*.

<sup>37</sup> Per riferimenti circa i molteplici difetti del *common law* rispetto ai quali il sistema di *equity* si proponeva come un possibile rimedio si vedano ad es.: Kerly, *op. cit.*, p. 70; Robertson, *Elementary Law*, cit. in Maitland, Montague, *op. cit.*, p. 219; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 44; per una ricca esemplificazione degli ambiti più ricorrenti si veda Bispham, *op. cit.*, pp. 11-13; con particolare riferimento al rigore della procedura *at law* si vedano poi le osservazioni di Snell, *op. cit.*, pp. 9-10; quanto, infine, al ricorso al Cancelliere da parte dei poveri o di chi paventasse la possibilità per la propria controparte di influenzare la giuria, si veda ad es., Maitland, Montague, *op. cit.*, p. 122; Marsh, *op. cit.*, pp. 47-48; più diffusamente sui cosiddetti *suits in forma pauperis* presso la Court of Chancery si veda Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., pp. 381-389.

<sup>38</sup> Sul punto, e per considerazioni sul carattere tipicamente medievale di questo meccanismo, cfr. Cavanna, *op. cit.*, p. 532.

<sup>39</sup> È nota del resto la definizione del sovrano inglese come *fountain of justice – fons iustitiae*; cfr., ad es., Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 44; Picardi, *Il giudice ordinario*, cit., p. 731.



consentirgli di temperare sia i rigori sia il formalismo del *common law* ricorrendo all'applicazione di principi basilari di equità e giustizia <sup>40</sup>.

In ultima istanza quindi, in assenza di adeguata tutela *at law*, a chiunque è virtualmente consentito rivolgersi al sovrano, o al suo *council*, al fine di ottenere un provvedimento di grazia; ciò attraverso la forma di una supplica - cosiddetta *petition* - mediante la quale il ricorrente si rimette alla coscienza del sovrano e al suo senso di giustizia <sup>41</sup>.

È a partire dal regno di Edoardo I che per prassi tali richieste "di grazia" vengono rimesse dal Re al Cancelliere, incaricato in tal modo di provvedere in sua vece. Ed è precipuamente da tale trasferimento di potere giurisdizionale che, secondo la prevalente opinione degli storici, avrebbe origine la giurisdizione di *equity* <sup>42</sup>.

Le ragioni di tale fenomeno di delega delle suppliche dal sovrano al Cancelliere sembrano sostanziarsi in una molteplicità di fattori. Fra esse, comunque, una ragione di carattere "istituzionale" sembra anzitutto imporsi; ed è quella legata alla circostanza per cui, come si è detto, le suppliche al sovrano fanno propriamente appello alla coscienza del Re e al suo senso di giustizia. Appare quindi normale che a occuparsi di tali richieste sia il soggetto che per alto rango e per appartenenza all'ordinamento ecclesiastico svolge la funzione istituzionale, ossia formale, di custode della coscienza del Re, ossia il Cancelliere <sup>43</sup>. Più probabile è tuttavia che - come anche suggerisce la prevalente interpretazione della storiografia giuridica - la delega al Cancelliere delle petizioni di grazia risulti collegata pressoché da subito propriamente alle funzioni di segreteria svolte dal Cancelliere e al ruolo da questi ricoperto all'interno del *council*. Egli, infatti, come si è detto, è fra i membri di tale

---

<sup>40</sup> Per uno studio sulla *prerogative of grace* si veda Billson, *Equity in its Relations to Common Law*, Boston 1917, p. 15 ss; cfr. inoltre Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 338 ss; Marsh, *op. cit.*, p. 14; nonché Bigelow, *Elements of Equity for the Use of Students*, Boston 1879, pp. 4-8.

<sup>41</sup> Cfr. Kerly, *op. cit.*, p. 36 ss; per approfondimenti sulle nozioni di *equity* e *conscience* nel sistema di *equity* si veda Klinck, *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, Farnham 2010, *passim*.

<sup>42</sup> Cfr. Bigelow, *op. ult. cit.*, p. 8; Spence, *op. ult. cit. loc. cit.*; Marsh, *op. cit.*, p. 28.

<sup>43</sup> Sul Cancelliere come "*keeper of the King's conscience*" e sul suo ruolo di confessore e cappellano del Re si veda Marsh, *op. cit.*, p. 15; cfr. inoltre Picardi, *Il giudice ordinario*, cit., p. 737; Cavanna, *op. cit.*, p. 535.

organo verosimilmente il più istruito; quantomeno il soggetto dotato di maggiore preparazione giuridica, e non a caso già preposto allo svolgimento di attività paragiudiziali connesse alla concessione dei *writ* <sup>44</sup>.

A ciò si aggiunga la circostanza, a tutti gli effetti fondamentale, che, a fronte di un numero progressivamente crescente di *petition*, determinato dalla conclamata inefficienza del sistema di *common law*, il Cancelliere appare l'unico soggetto dotato di un'efficiente struttura - la *Chancery*, appunto - di funzionari organizzati, sufficientemente colti e istruiti in materie giuridiche <sup>45</sup>.

Gli storici escludono la possibilità di datare con precisione la nascita della giurisdizione del Cancelliere e della *Court of Chancery*. Il suo sviluppo risulta in effetti tanto graduale quanto compiuto essenzialmente in via di prassi. Si può in ogni caso collocare nel XIV secolo la trasformazione della delega da parte del sovrano al Cancelliere del potere di conoscere e decidere sulle *petition* in una vera e propria *general delegation* della *prerogative of grace* che sostanzia il sistema di giustizia di *equity* <sup>46</sup>. Dimostrazione di ciò è la circostanza che, inaugurando così la secolare tradizione della *Court of Chancery* dalla seconda metà del secolo le *petition* iniziano a essere rivolte direttamente al Cancelliere e questi, conseguentemente, inizia a emettere in nome proprio i provvedimenti, cosiddetti *decree*, che definiscono il relativo procedimento <sup>47</sup>. L'assestamento della giurisdizione del Cancelliere come giurisdizione speciale e distinta si ritiene sostanzialmente compiuta nel XV secolo, durante il regno di Riccardo II <sup>48</sup>. E in ragione di tale fenomeno è altresì possibile affermare che si perfeziona il processo di graduale delega da parte del sovrano ad altri soggetti del suo

---

<sup>44</sup> Sul punto si vedano i riferimenti di cui alla nota 28, *supra*.

<sup>45</sup> Cfr. più ampiamente quanto nel § 3 *infra*.

<sup>46</sup> Sul tema della "*general delegation*" si veda, per tutti, Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 337 ss, nonché p. 368 ss.

<sup>47</sup> Il provvedimento regio con cui formalmente venne compiuta tale delega fu un'ordinanza del XX anno del regno di Edoardo III; cfr. in proposito Marsh, *op. cit.*, p. 30-31; Spence, *op. ult. cit.*, p. 335; Snell, *op. cit.*, p. 11; cfr. inoltre Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence: As Administered in England and America*, 6<sup>th</sup> ed, Boston 1853, pp. 48-49.

<sup>48</sup> Cfr. Baker, *op. cit.*, p. 119; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., *loc. cit.*.

originario potere giurisdizionale, iniziato con la creazione delle corti di *common law* <sup>49</sup>.

Il sistema di amministrazione della giustizia presso la *Court of Chancery* viene definito con il termine di *equity* per metonimia, in ragione del carattere della giustizia resa presso tale corte. A fondamento delle invocazioni dei *petitioner* è infatti il richiamo a principi di ordine morale, etico e di equità; e corrispettivamente i provvedimenti emessi dalla Corte sono, di conseguenza, prevalentemente resi in applicazione di tali principi, in funzione di temperamento e di correzione del *common law* <sup>50</sup>.

Proprio in ragione di ciò - in quanto fondata sulla discrezionalità del Cancelliere come manifestazione del suo senso di giustizia e di equità - nel contesto della giurisdizione di *equity* si perviene progressivamente allo sviluppo di un nuovo sistema di regole, almeno inizialmente, residuale e sussidiario rispetto al *common law* <sup>51</sup>. E, proprio in conseguenza di tale configurazione, anche la procedura applicata nella *Court of Chancery* diventa inevitabilmente espressione di tale specialità e differenza - quasi una esplicita alterità - rispetto al sistema di *common law*. È su questa base che essa sviluppa caratteri del tutto propri, di fatto fortemente influenzati dal rango e dal tipo di formazione sia del Cancelliere sia, soprattutto, degli altri membri della *Court of Chancery* <sup>52</sup>. Sebbene la materia rimanga assai dibattuta, sembra infatti potersi affermare che la procedura di *equity* sia stata prevalentemente improntata a modelli di diritto romano-canonico; modelli, pertanto, virtualmente coerenti

---

<sup>49</sup> Come osserva Picardi, *Il sistema giudiziario inglese*, cit., p. 616: "In questo quadro, la partecipazione diretta del sovrano all'amministrazione della giustizia venne definitivamente meno". Il sistema stesso dei *writs*, del resto, altro non fu se non il meccanismo attraverso il quale l'esercizio della giurisdizione veniva delegato dal sovrano alla singola corte di giustizia, con riferimento alla singola controversia; sul punto si vedano le interessanti osservazioni di Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 338 ss.

<sup>50</sup> Sul punto cfr. ad es. Story, *op. cit.*, pp. 10-11; Billson, *op. cit.*, p. 17; e Spence, *The History of the Court of Chancery*, cit. p. 238.

<sup>51</sup> Cfr. ad es. Sereni, *op. cit.*, p. 332, il quale sottolinea fra l'altro la sostanziale analogia con lo *ius praetorium* rispetto allo *ius civile*; così anche Cavanna, *op. cit.*, p. 534; si veda inoltre Snell, *op. cit.*, p. 3; e, soprattutto, Story, *op. cit.*, pp. 12-13, ivi anche per la citazione di Lord Bacon sul parallelo fra giurisdizione di *equity* e giustizia del pretore: "*Habeant similiter Curiae Praetoriae potestatem tam subveniendi contra rigorem legis, quam supplendi defectum legis*"; per ogni approfondimento sul tema, invero suggestivo, si rinvia in ogni caso a Pugliese, "*Ius honorarium*" a Roma ed "*equity*" nei sistemi di *common law*, Milano 1988, *passim*.

<sup>52</sup> Cfr. Baker, *op. cit.*, p. 119; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 45; per un quadro sintetico della procedura seguita in *equity* si veda Bispham, *op. cit.*, pp. 14-17.

con i parametri culturali di riferimento di quella élite *culta*, di matrice ecclesiastica, che costituiva il funzionariato della Cancelleria<sup>53</sup>.

Ai fini di una sintetica definizione iniziale, le modalità procedurali applicate presso la giurisdizione di *equity* possono in effetti essere descritte in termini di vera e propria giustapposizione rispetto ai caratteri della procedura *at law* e, per contro, in termini di forti analogie rispetto alla procedura applicata presso le corti ecclesiastiche<sup>54</sup>. Tali modalità appaiono in sostanza ispirate a una netta tendenza alla semplificazione del procedimento; un risultato alla cui realizzazione si previene, da un lato, attraverso l'adozione di una notevole libertà delle forme nonché, dall'altro, mediante l'attribuzione al Cancelliere di una grande discrezionalità nella gestione della causa e nell'elaborazione dei rimedi concessi<sup>55</sup>.

A questo punto, per quanto nel contesto di una ricostruzione dichiaratamente sommaria e parziale, appare inevitabile una precisazione di pretto carattere diacronico: per poter parlare di una vera e propria procedura di *equity* - ossia, inquadrata in una disciplina stabile e consolidata, applicata in modo uniforme per la generalità delle controversie decise dalla *Chancery* - occorre attendere il XVI secolo. Prima di questo, pur molto ampio, riferimento temporale si può dire che si assista a una sorta di progressivo assestamento della *Court of Chancery*, sotto il profilo funzionale come sotto quello strutturale<sup>56</sup>.

Probabilmente, il dato che consente di cogliere con maggiore immediatezza la distanza della "nuova" procedura di *equity* rispetto al *common*

---

<sup>53</sup> Cfr. Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 45; Millar, *op. cit.*, p. 25; intorno all'influenza del modello di diritto romano-canonico sulla procedura e la giurisdizione di *equity* si veda, fra molti possibili, Langdell, *The Development of Equity Pleading from Canon Law Procedure*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 753 ss; Scrutton, *Roman Law Influence in Chancery Church Courts, Admiralty and the Law Merchant*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, Boston 1907, p. 208 ss; Plucknett, *The Relations Between Roman Law and English Common Law Down to the Sixteenth Century: A General Survey*, in 3 *U. Toronto L. J.* 1939, p. 24 ss.

<sup>54</sup> In argomento si veda Radin, *On Anglo American Legal History*, St. Paul Minn. 1936, p. 429 ss; e, ampiamente, Langdell, *op. cit.*, *passim*.

<sup>55</sup> Cfr. Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., *loc. cit.*; si veda inoltre Story, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>56</sup> Cfr. Haskett, *op. cit.*, p. 251; Maitland, *Equity and the Forms of Action*, cit., p. 8.

*law* può essere ravvisato nel suo scarsissimo formalismo <sup>57</sup>. Invero, la procedura applicata presso la *Chancery*, in totale coerenza con le circostanze che hanno determinato la genesi di questa corte, non richiede un *original writ*. In *equity* la controversia viene pertanto introdotta con un atto privo di formule sacramentali o standardizzate; fatta salva, per certi versi ovviamente, l'invocazione, prima al Re e quindi al Cancelliere, per ottenere giustizia nel caso specifico. Il tutto, sin dall'origine, nella forma di una supplica, incorporata in un *bill* contenente sì l'esposizione dei fatti della causa ma senza che sia necessaria la qualificazione giuridica degli stessi <sup>58</sup>.

È questo il "*bill of complaint*" dell'attore, al quale fa seguito il provvedimento del Cancelliere - il cosiddetto *writ of subpoena* - mediante il quale il convenuto viene convocato personalmente al fine di essere interrogato sotto giuramento e dietro minaccia di una sanzione di tipo economico da applicarsi in caso di contumacia <sup>59</sup>.

Sul piano latamente istruttorio, è poi notorio come l'interrogatorio della parte a scopo probatorio, e quindi il conseguente rifiuto dell'esclusione della testimonianza dei soggetti aventi interesse nella causa, rappresenti l'ulteriore aspetto di marcata differenza fra l'*equity procedure* e la procedura di *common law* <sup>60</sup>. Più in generale, si può ritenere che sia proprio rispetto al diritto probatorio, e alla sua natura prevalentemente scritta, che sin delle sue origini la procedura di *equity* si distingua effettivamente dal modello processuale applicato presso le corti di *common law*. Appare pressoché certo che le ragioni di questa diversità siano da collegare alla cultura di diritto romano-canonico ampiamente diffusa fra i membri dell'ufficio del Cancelliere <sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. Baker, *op. loc. cit.*; Haskett, *op. cit.*, p. 252.

<sup>58</sup> Sulla natura e sulle caratteristiche del *bill in equity* cfr. Kerly, *op. cit.*, p. 36; Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 370; Marsh, *op. cit.*, p. 34 ss.

<sup>59</sup> Cfr. Maitland, *op. ult. cit.*, p. 5; Spence, *op. ult. cit.*, p. 371 ss; Marsh, *op. cit.*, p. 45 ss.

<sup>60</sup> Sul punto il riferimento d'obbligo è, ovviamente, Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, p. 425 ss, spec. p. 430; Van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., p. 45, il quale afferma che "*The chancellor did not share the common law aversion to evidence given by the parties*"; Marsh, *op. cit.*, p. 49 ss; Spence, *The History of the Court of Chancery*, cit., pp. 237-238.

<sup>61</sup> Cfr. Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York 1971, p. 68.

Sembra però che l'elaborazione di soluzioni e istituti peculiari in ambito probatorio sia stata determinata, in grande misura, anche dalle stesse caratteristiche strutturali e organizzative proprie della *Court of Chancery*. La presenza di una notevole articolazione interna alla *Court* consente infatti di delegare gran parte delle attività connesse all'assunzione di mezzi di prova orali; ciò che in effetti avviene attraverso il meccanismo cosiddetto di *reference*<sup>62</sup>.

Tali fondamentali differenze appaiono comprensibili solo se si considera l'ulteriore aspetto che, forse più di ogni altro, risulta fondamentale nella caratterizzazione della *equity procedure*. Esso consiste, notoriamente del resto, nell'assenza della giuria dal processo di *equity*; *dominus* assoluto del relativo giudizio è pertanto il Cancelliere, incaricato di decidere tanto le questioni di diritto quanto quelle di fatto<sup>63</sup>. E se è possibile affermare che il processo di *common law* si sia in buona parte plasmato in funzione della presenza di un particolare giudice del fatto come la giuria, altrettanto si può dire dell'impatto derivante dall'assenza di tale istituto nella procedura di *equity*. Tale caratteristica esercita a questo riguardo un'influenza a tutti gli effetti determinante, consentendo l'adozione di soluzioni impensabili in qualsiasi processo *at law* con giuria. In particolare, per quanto qui particolarmente rileva, tale dato appare cruciale per comprendere le ragioni del carattere essenzialmente scritto e della natura non necessariamente concentrata dell'*equity procedure*<sup>64</sup>.

Ma altrettanto cruciale è che l'assenza della giuria pone le basi per la possibile delega di determinate attività o questioni - al limite, anche della decisione di questioni di fatto - a soggetti diversi dal Cancelliere. Un fenomeno, questo, strettamente legato al carattere scritto della procedura, e che, come vedremo, rileva soprattutto per la configurazione delle modalità di assunzione delle prove testimoniali *in equity*. Questa attività - in ulteriore e netta differenziazione rispetto alla procedura *at law*, tipicamente orale e svolta

---

<sup>62</sup> Più ampiamente § 3, *infra*.

<sup>63</sup> Cfr. Sereni, *op. cit.*, p. 324.

<sup>64</sup> In proposito si veda ancora Cappelletti, *Procédure orale*, cit., p. 71 ss.; nonché Id., *Aspetti sociali e politici e della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, in *Giustizia e società*, Milano 1972, p. 57.

*in open court* - tende infatti per lo più a realizzarsi in forma scritta e segreta. E ciò ricorrendo frequentemente a soggetti delegati, nonché variamente qualificati, come *commissioner, examiner, referee...* o *master*, i quali recepiscono appunto per iscritto e in assenza delle parti le dichiarazioni dei testimoni <sup>65</sup>.

Fra i vari aspetti della procedura in *equity*, questi ora accennati sembrano meritevoli di particolare attenzione nella prospettiva della ricerca. Ed è proprio alla possibilità di delega di attività da parte del Cancelliere ad altri soggetti nonché alla modalità di assunzione in via delegata delle prove orali che si intende rivolgere l'attenzione nel prossimo paragrafo.

Entrambe le questioni coinvolgono del resto strettamente il profilo organizzativo-strutturale della *Court of Chancery*. La frequente delega di attività da parte del Cancelliere sembra infatti presupporre la presenza di soggetti ausiliari, oltre che di una qualche forma di organizzazione dell'ufficio del Cancelliere. Come già nell'attività di concessione dei *writ*, questi infatti fa largo affidamento su un *corpus* selezionato di funzionari. Ciò che ci si propone di verificare sono pertanto i caratteri salienti della struttura organizzativa della *Court of Chancery*; ossia, quali siano i soggetti in essa operanti, quali le attività da essi svolte e, in particolare, quali i soggetti destinatari delle deleghe funzionali attribuite dal Cancelliere. Posto lo scopo ultimo di questa indagine nella verifica delle influenze di questo modello sull'origine e lo sviluppo della figura del *Master* statunitense, l'arco temporale al quale si limiterà l'attenzione è quello compreso fra l'emergere della *Chancery* e i secoli XVII e XVIII, durante i quali inizia anche a svilupparsi un diritto americano coloniale.

D'altro canto, il successivo secolo XIX, nel quale pure si collocano le prime discipline federali di *equity* statunitensi, segna in Inghilterra il momento di massimo declino dell'*equity procedure* e di drammatica impopolarità della *Chancery*. Come vedremo meglio nel prosieguo, è infatti un dato che, proprio mentre l'ordinamento statunitense nella sua fase formativa guarda con maggiore attenzione ai modelli processuali offerti dall'antica madrepatria,

---

<sup>65</sup> Per ampi riferimenti su ulteriori caratteri della procedura di *equity*, con particolare attenzione al *discovery* e alla natura dei rimedi tipici di questa giurisdizione si veda, Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, p. 135 ss.

quegli stessi modelli - e in particolar modo la procedura applicata presso la *High Court of Chancery* - riscontrano un ormai conclamato fallimento e un'ineludibile esigenza di riforma <sup>66</sup>.

### 3. (segue) **Struttura e organizzazione della *Court of Chancery* inglese - I *Master***

Il sistema giudiziario inglese, com'è noto, si contraddistingue tradizionalmente per la mancanza di un'organizzazione di tipo gerarchico-burocratico. Le ragioni di tale caratterizzazione sono state molteplici e per lo più riconducibili alla storica autonomia maturata dalle corti di *common law* rispetto al potere centrale del sovrano <sup>67</sup>. Una circostanza che tuttavia muta ove si consideri l'ultima, in ordine di creazione, fra le corti regie, ossia la *Court of Chancery*. Già da quanto accennato in precedenza risulta infatti il grande rilievo che a questo riguardo assume in tale ambito la presenza di un solido corpo di ausiliari e di assistenti del Cancelliere. E, in effetti, la stessa storia della *Chancery* sembra inseparabile dalla storia degli *officer* operanti al suo interno <sup>68</sup>.

La ragione storica di tale presenza sembra piuttosto agevolmente individuabile nella molteplicità di funzioni e di incombenze rimesse dal sovrano alla Cancelleria. Appare infatti quasi ovvio che l'espletamento delle complesse attività amministrative, notarili, para-giudiziali e propriamente giurisdizionali di competenza del Cancelliere abbia imposto il ricorso all'assistenza di collaboratori sempre più numerosi, fidati e istruiti. E, parimenti, ritenere che a determinare la partecipazione di un gran numero di

---

<sup>66</sup> In argomento cfr. Parkes, *A History of the Court of Chancery*, London 1928, p. 361 ss; Millar, *op. cit.*, pp. 43-51; e quanto specificamente *sub nota* 122 *infra*.

<sup>67</sup> Cfr. Picardi, *Il giudice ordinario*, cit., p. 733; per considerazioni sul modello burocratico si veda Taruffo, *Il modello burocratico di amministrazione della giustizia*, in Bessone, Silvestri, Taruffo (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, Padova 2000, p. 359 ss.

<sup>68</sup> Bryant, *The Office of Master in Chancery – Early English Development*, in 40 *A.B.A. J.* 1954, p. 498-499, ove significativamente si afferma: “[...] wherever there was a chancellor there was of necessity a chancery because it was necessary that there be a trained body of clerks to carry on the work designated by the king to the chancellor”.



soggetti laici alle attività quotidianamente svolte dall'istituzione siano state quindi le esigenze stesse di funzionamento della *Chancery*. Un dato, questo, che del resto - anche in prospettiva diacronica - appare costantemente presente a prescindere dalle funzioni contingenti volta a volta attribuite al Cancelliere nelle diverse epoche; si tratta in ogni caso di un aspetto che sembra consolidarsi nel momento stesso in cui l'attività giurisdizionale diventa preponderante all'interno della *Chancery* <sup>69</sup>.

D'altro canto, occorre anche notare che la partecipazione dei laici all'amministrazione della giustizia civile inglese non rappresenta una singolarità della *Court of Chancery*. In ragione dell'esiguo numero di giudici disponibili, tradizionalmente, il giudiziario inglese si regge anzi ampiamente sulla presenza di soggetti non togati <sup>70</sup>. Ciò non toglie, tuttavia, che solo l'organizzazione interna della Cancelleria si sia modulata secondo un ordine marcatamente gerarchico-piramidale, improntato a una rigorosa distribuzione delle competenze fra i diversi livelli di funzionari e ausiliari.

Di grande rilievo fra le cause di tale fenomeno è il fatto che - diversamente dalle corti regie - nella Cancelleria fosse presente un solo giudice, appunto il Cancelliere. Se, quindi, in buona sostanza, il ridotto numero di giudici presso le corti inglesi ha determinato la necessità di affiancare al giudiziario dei soggetti laici, la presenza nella *Chancery* di un solo giudice è molto probabile che, a maggior ragione, abbia significativamente favorito lo sviluppo di un'efficiente strutturazione verticistica e stratificata del suo apparato organizzativo <sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Sul nesso fra aumento del carico di lavoro della Cancelleria e l'esigenza di dotarsi di funzionari ai quali delegare parzialmente i poteri del Cancelliere cfr. Story, *op. cit.*, p. 55, spec. nota 3; cfr. inoltre Parkes, *op. cit.*, p. 18, il quale sottolinea come: "*The Chancellor had under him certain clerks, according to the pressure and exigencies of business*"; infine, soprattutto, Potter, *An Introduction to the History of Equity and its Courts*, London 1931, p. 15, ove si sottolinea lo stretto nesso fra la funzione giurisdizionale svolta dalla *Chancery* e lo sviluppo di un'articolata struttura organizzata.

<sup>70</sup> In argomento, l'ovvio riferimento è a Dawson, *op. cit.*, *passim*.

<sup>71</sup> Sulla presenza di un unico giudice presso la *Court of Chancery* individuato nel Cancelliere cfr. Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., pp. 356-357; nonché, per un esplicito rilievo delle conseguenze che derivano in termini organizzativi da tale unicità cfr. Dawson, *op. cit.*, p. 146 ss. Nella seconda metà del XV viene munito di significativi poteri giurisdizionali un altro soggetto operante all'interno della *Court of Chancery*, il *Master of the Rolls*. Già con il regno di Edoardo II tale soggetto appare occasionalmente delegato all'esercizio del potere giurisdizionale mediante apposito atto del Cancelliere; a partire dalla seconda metà del XV secolo risulta che tale potere gli fosse attribuito stabilmente, come confermerebbe il fatto che a

Beninteso, tale aspetto rimane per molti versi solo incidentalmente connesso ai profili strettamente giurisdizionali dell'attività svolta dal Cancelliere. È, infatti, un dato largamente assestato nella ricerca storica che la progressiva organizzazione di una struttura burocratica risulti ben più risalente rispetto all'emersione e alla affermazione della Cancelleria come *Chancery Court*, ossia come una distinta corte di giustizia. Invero, una forma di organizzazione in senso gerarchico dell'attività della *Chancery* appare già pienamente identificabile in epoca medievale, in quanto funzionalmente intesa allo svolgimento delle attività amministrative e segretariali rimesse alla Cancelleria<sup>72</sup>. Come già accennato, è il meccanismo della delega lo strumento originante questo tipo di strutturazione; attraverso, cioè, il trasferimento di funzioni e di attività da parte del vertice, rappresentato dal *Chancellor*, ai soggetti immediatamente a lui subordinati, e da tali soggetti, a seguire, ad altri funzionari di grado inferiore. Si tratta, del resto, di un modello organizzativo già chiaramente definito in epoca normanna, al punto da indurre alcuni storici a ritenere che esso sia stato addirittura importato dall'esperienza franca<sup>73</sup>. Ciò posto, è comunque un fatto che - per quanto qui precipuamente interessa - il perfezionamento dell'organizzazione gerarchica risulta strettamente connesso all'attività di elaborazione, concessione e conservazione di *writ* regi svolta *ex professo* dalla Cancelleria<sup>74</sup>.

Come si è visto, il potere di emettere tali ordini regi viene attribuito dal Re al Cancelliere per essenziali ragioni di competenza tecnico-giuridica, oltre che - ma la circostanza è qui invero di tutto rilievo istituzionale - per via del suo ruolo di custode del sigillo reale; ambedue ragioni che fanno dunque del

---

tale soggetto erano rivolte direttamente *petitions* e lo stesso emetteva in nome proprio *decrees* che definivano il giudizio; per riferimenti in materia si veda quanto *sub nota* 86 *infra*.

<sup>72</sup> Cfr. Maitland, *The History of the Register of Original Writs*, cit., p. 594 il quale indica il Cancelliere come "*manager of the officina brevium*".

<sup>73</sup> Per una sintetica ricostruzione delle origini medievali della Cancelleria e del suo personale si veda Ball, *The Chancery Master*, in 77 *L. Q. R.* 1961, pp. 331-333: più in particolare sull'origine prenormanna della figura del *Master in Chancery* cfr. Kerly, *op. cit.*, p. 59.

<sup>74</sup> Sul punto si veda Hoffman, *The Office and Duties of Masters in Chancery*, New York 1824, p. xvi; Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., pp. 237-240; Hogue, *op. cit.*, pp. 166-181; cfr. inoltre Ball, *op. cit.*, p. 332, che fornisce un significativo riferimento cronologico circa lo sviluppo della funzione del *clerk*: "*By the time of Edward I the senior Clerks in Chancery had become assistants to the developing Court of the Lord Chancellor*".

Cancelliere il responsabile del confezionamento, della conservazione e della materiale concessione dei *writ* in nome e per conto del sovrano.

Nello svolgimento di questa attività paragiurisdizionale il Cancelliere può contare, anzitutto, su una ristretta cerchia di dodici funzionari, generalmente definiti *clerk* o - secondo la definizione latina - *clerici*, in quanto originariamente appartenenti al clero <sup>75</sup>. E proprio in ragione di tale provenienza ecclesiale, essi erano in possesso di una significativa formazione culturale, derivata peraltro dallo studio tanto del diritto romano-canonico quanto del *common law* <sup>76</sup>. Una duplice preparazione del resto funzionalmente collegata all'ampio spettro di attività di fatto rimesse ai *clerk*; attività purtuttavia di carattere prevalentemente ausiliario e di consulenza. In effetti, una conoscenza piuttosto approfondita del diritto canonico e del cosiddetto *ius gentium* appare di fondamentale importanza per l'attività di consulenza e di supporto tecnico-giuridico svolta dai *clerk*, in rappresentanza del Cancelliere, presso la camera alta del parlamento inglese, la *House of Lords*. Il senso della partecipazione di tali soggetti alle sedute della *House of Lords* è infatti, precipuamente, quello di mettere le loro conoscenze giuridiche al servizio del legislatore; in particolare, essi esprimono il proprio parere rispetto alle questioni di politica estera, partecipando alla redazione materiale di trattati e accordi con altri stati, fornendo a tal fine consulenza su questioni di diritto straniero <sup>77</sup>.

La loro formazione di *common lawyers* costituisce, per converso, il necessario presupposto per lo svolgimento della menzionata attività di

---

<sup>75</sup> Inizialmente erano sei *clerk*, e di qui il nome dell'ufficio noto come *six clerks*; sul numero di *clerk* presenti presso la *Chancery* e sulla loro provenienza ecclesiastica cfr. Bryant, *op. cit.*, p. 499. Il carattere ecclesiastico dei *clerk* perdura sino allo scisma anglicano, che determina una spinta alla secolarizzazione della Cancelleria e, in particolare, della figura del *master*, in favore di soggetti con preparazione giuridica maggiormente orientata alla conoscenza del diritto inglese; cfr. Ball, *op. cit.*, p. 336 e ulteriori richiami *sub nota 26 supra*.

<sup>76</sup> Il Cancelliere e il personale della Cancelleria vengono icasticamente descritti come "*a learned man with learned subordinates*", cfr. Maitland, Montague, *op. cit.*, p. 121; circa la necessità di un ufficio composto di esperti in diritto per l'attività di configurazione e concessione dei *writ* si veda inoltre Pike, *Common Law and Conscience in the Ancient Court of Chancery*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 723; sulla duplice preparazione tanto di diritto inglese, quanto di diritto latamente continentale cfr. Bryant, *op. loc. cit.*.

<sup>77</sup> Circa le funzioni di consulenza svolte dai *clerk/master* presso la *House of Lords* si veda, ad es., Bryant, *op. cit.*, p. 500; Ball, *op. cit.*, p. 332.

elaborazione e concessione dei *writ*. In particolare, i *clerk* provvedono, in vece del Cancelliere, all'elaborazione di nuovi *writ* ove le situazioni giuridiche azionate dai cittadini concernano diritti non catalogati nelle formule già esistenti. Uno stato di cose che permane, come si è detto, almeno fino alle restrizioni conseguenti alle *Provisions of Oxford*. È infatti a seguito di tali *statute* che, l'attività dei *clerk* viene prevalentemente ristretta alla ricerca di soluzioni interpretative analogiche intese a consentire, stante l'impossibilità di creare nuovi *writ*, almeno l'adattamento dei *writ* esistenti alle nuove esigenze di tutela <sup>78</sup>.

Sono inoltre sempre i *clerk* che provvedono alla registrazione dei *writ* circolanti e alla cura del relativo registro, garantendo così l'uniformità dei *writ* emessi e la continuazione delle formule progressivamente elaborate <sup>79</sup>. Al riguardo è da dire che, prima dell'istituzione di tale il registro, il catalogo degli ordini regi pare essere stato trasmesso per tradizione orale, da *clerk* a *clerk* nel corso di varie generazioni, secondo un'impostazione di tipo spiccatamente esoterico e in ogni caso caratteristico delle culture proprie di caste gerarchicizzate <sup>80</sup>.

I funzionari propriamente incaricati di questo compito di elaborazione e conservazione risultano frequentemente indicati con una varietà in sé significativa di definizioni specifiche <sup>81</sup>. Ricorrono al riguardo espressioni come *clerici ad robas*, a segnalare la particolarità degli abiti indossati dai *clerk* nello svolgimento delle attività loro delegate <sup>82</sup>. Più interessante sul piano tecnico-istituzionale, un'altra definizione ricorrente, quella di *socii et collaterales*, esplicita lo *status* e la interrelazione fra *clerk* e Cancelliere sotto il profilo della loro associazione a quest'ultimo nella redazione di *writ* suggellata

---

<sup>78</sup> Sul punto si rinvia ai richiami già svolti sub note 32 e 34 *supra*, oltre a Bryant, *op. cit.*, p. 500.

<sup>79</sup> Cfr. Gilbert, *The History and Practice of the High Court of Chancery*, 1st Am. ed., Washington D.C. 1874, p. 19; Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 238.

<sup>80</sup> Cfr. Maitland, *The History of the Register of Original Writs*, cit., p. 556.

<sup>81</sup> Cfr. in particolare Ball, *op. cit.*, p. 331 ss, il quale afferma: "Names and titles come and go, offices are established, decline, merge, die and revive, but the essential function continues and the modern incumbents have no difficulties in identifying themselves with their medieval counterparts. In this way, the Chancery Masters take their descent from the very sources of the English legal system."

<sup>82</sup> Cfr. Bryant, *op. cit.*, p. 499.

dall'apposizione del sigillo reale <sup>83</sup>. Per indicare i *clerk* si ricorreva poi alla ulteriore formula di *clerici de prima forma*, utilizzata propriamente per distinguerli dai soggetti, sempre afferenti alla Cancelleria, a essi sottoposti gerarchicamente <sup>84</sup>. Infine, in ragione della loro formazione giuridica e del possesso spesso di qualificazioni accademico-formali in questo campo (*doctores* è un termine a loro spesso riferito), tali soggetti erano altresì definiti, a partire dal principio del XV secolo, *magistri cancellariae*: appellativo dal quale deriva quello moderno di *Masters in Chancery*, usato correntemente a partire dall'epoca Tudor <sup>85</sup>.

Un'ulteriore conferma della strutturazione gerarchica della Cancelleria è inoltre rappresentata dalla circostanza che, fra i 12 *clerk*, sorta di *primus inter pares*, spiccava il *Master of the Rolls*, il più elevato in rango e custode dei registri dei documenti autenticati dalla Cancelleria; oltre che unico soggetto, insieme al Cancelliere, a essere munito di potere giurisdizionale, dalla seconda metà del XV secolo <sup>86</sup>.

A comporre l'ufficio della Cancelleria si colloca la presenza di altri soggetti al di sotto dei dodici *clerk*. Una seconda categoria di soggetti, cosiddetti *clerici de secunda forma*, o *bougiers*, anch'essi nel numero di dodici, incaricati di recepire le richieste di *writ* da parte dei privati e di ricondurli e adattarli a uno dei modelli esistenti <sup>87</sup>. Solo le questioni e le fattispecie di difficile catalogazione, ovvero quelle relative a fattispecie nuove, tendono infatti a pervenire all'attenzione dei *clerk* di prima forma. La stessa apposizione del sigillo reale è del resto materialmente delegata dai *clerk* di prima forma a quelli di seconda; il tutto nel contesto di una specifica

---

<sup>83</sup> Cfr. ad es. Henderson, *op. cit.*, p. 40.

<sup>84</sup> Per un quadro sintetico dell'ordinamento gerarchico interno alla Cancelleria cfr. Hogue, *op. cit.*, pp. 177-180.

<sup>85</sup> La ragione dell'appellativo di "Master" attribuito ai *clerks* deriva dalla loro formazione: in quanto soggetti *graduate* essi erano infatti definiti "magistri"; cfr. Snell, *The Principles of Equity*, 1st Am. ed., St. Louis 1885, p. 6-7; Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 238; Pollock, Maitland, *op. cit.*, p. 194; Gilbert, *op. cit.*, pp. 9-10; Ball, *op. cit.*, p. 333.

<sup>86</sup> Sull'attribuzione di potere giurisdizionale al *Master of the Rolls*, si veda Radin, *op. cit.*, p. 429; e Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 358.

<sup>87</sup> Cfr. Marsh, *op. cit.*, pp. 16-17: "The duties of these clerks were to hear and examine the complaints of those who sought redress in the King's Courts and to furnish them with the appropriate writs".

responsabilità dei più alti in grado per l'attività dei secondi e, pertanto, dell'esercizio di un controllo diretto degli uni sugli altri.

A un livello ancor meno qualificato di funzionariato della *Chancery* sono poi collocati i cosiddetti *clerici de cursu*, o *cursitors*, incaricati dello svolgimento di attività prevalentemente materiali, segnatamente della redazione e copiatura di *writ*<sup>88</sup>. Per lo svolgimento di queste attività sono utilizzati giovani che in tal modo intraprendono un vero e proprio *cursus honorum* virtualmente completantesi con il raggiungimento della carica di *clerici de prima forma*<sup>89</sup>. Una carriera a tutti gli effetti burocratica (si rammenta che l'incarico è a vita e - dato rilevante - permane anche in caso di morte o mutamento del Cancelliere), come dimostra la circostanza che l'investitura dei *clerk* avvenga per nomina regia; ciò almeno fino al XV secolo, periodo dal quale la nomina diviene appannaggio dello stesso Cancelliere<sup>90</sup>.

Efficientemente distribuita su diversi piani gerarchici, fra loro funzionalmente complementari, tale è quindi la composita struttura organizzativa della Cancelleria; non a caso icasticamente definita anche come *officina brevium*<sup>91</sup>.

Ma un fatto rilevante interviene a questo proposito nel corso del XV secolo. Come si è accennato nel precedente paragrafo, in tale periodo, a completamento di un processo già intrapreso dalla Cancelleria durante il secolo precedente, si fa luogo a un radicale mutamento della funzione della *Chancery* stessa, determinato soprattutto da due eventi sostanzialmente giustapposti. Da un lato, il progressivo irrigidimento del *common law* rende pressoché residuale l'esigenza di elaborare nuovi *writ*, o anche solo di adeguare le formule esistenti; dall'altro, e per converso, l'ufficio del Cancelliere viene assumendo

---

<sup>88</sup> Cfr. Hogue, *op. cit.*, pp. 179-180.

<sup>89</sup> Cfr. Henderson, *op. cit.*, p. 39; Hoffman, *op. cit.*, p. xvii.

<sup>90</sup> Sulle diverse modalità di nomina cfr., ad es., Potter, *op. cit.*, p. 15; Hoffman, *op. cit.*, p. xvi.

<sup>91</sup> Per riscontri di tale evocativa definizione cfr. ad es. Pike, *op. cit.*, p. 722; nonché Gilbert, *op. cit.*, p. 9, il quale ricorda altresì la presenza di un ulteriore tipo di funzionari, cosiddetti *hanaper*, preposti alla riscossione della tassa stabilita per la concessione dei *writ*, e alla tenuta della relativa contabilità.

ormai stabilmente i connotati di una distinta giurisdizione, oltretutto individuabile in una specifica corte di giustizia, la *Court of Chancery*<sup>92</sup>.

In questo periodo, infatti, pur conservando tutti i suoi precedenti incarichi di tipo governativo-amministrativo, il Cancelliere si trova a far fronte a una incipiente mole di attività propriamente giurisdizionale. Da un primo periodo, collocabile grossomodo fino alla fine del XV secolo, nel quale l'udienza presso la *Chancery* era addirittura serale e collocata materialmente nella dimora dello stesso *Chancellor*, il peso dell'attività giudiziale finisce per diventare preponderante e impone un impegno diretto e costante<sup>93</sup>. Ed essendo il *Chancellor* - fatta salva l'attribuzione di un potere giurisdizionale al *Master of the Rolls* - l'unico giudice presente presso la *Court of Chancery*, una conseguenza quasi immediata di ciò è un'intensa attività di delega di crescenti porzioni dell'attività giudiziale, e in particolare di quella istruttoria, dal Cancelliere ad altri soggetti. Una circostanza rispetto alla quale è chiara l'importanza - anche solo strettamente funzionale - della presenza all'interno della Cancelleria di un apparato burocratico fortemente qualificato. Senza la struttura incorporata dai *Masters* e dai loro subalterni, la nuova corte di *equity* non avrebbe infatti materialmente potuto funzionare<sup>94</sup>.

Di qui la necessità di disciplinare in via legislativa - cosa che in effetti avviene durante i regni di Riccardo II e di Enrico V, mediante due *ordinance* di riforma della *Chancery*, in un periodo compreso fra il 1377 e il 1413 - incarichi e prerogative dei componenti della *Chancery Court*<sup>95</sup>. Oltre a segnalare di per sé l'autonomia e la centralità assunta dalla struttura organizzativa della Corte, questa sistemazione normativa risulta di particolare interesse per la presenza in essa di un primo tentativo di distinzione definitiva fra i vari ruoli dei funzionari-*master* all'interno della *Chancery Court*. Tali fonti riportano specialmente una fondamentale distinzione fra *Master* propriamente detti, o

---

<sup>92</sup> Cfr. Ball, *op. cit.*, pp. 334-335.

<sup>93</sup> Cfr., ad es., Story, *op. cit.*, p. 55, sub nota 3 nel testo.

<sup>94</sup> Sul punto si veda, ad es., MacNair, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin 1999, p. 31 s.

<sup>95</sup> Il riferimento è alla cd *Ordinance of the Chancery* del 1388-1389, successivamente riformata mediante il cd *Renewal* del 1413 che, almeno formalmente, istituisce la figura comunque già presente e consolidata dei "*Master or clerks at robes*", appunto in numero di 12, cfr. Ball, *op. cit.*, pp. 334-335; Hoffman, *op. cit.*, p. xix.

*Master ordinary* e *Master extraordinary*; i primi formalmente riconosciuti come i possibili affidatari dei più svariati incarichi (e delegati allo svolgimento di attività e prerogative proprie del Cancelliere, ad eccezione del potere di rendere provvedimenti definitivi) i secondi invece soggetti esterni alla struttura della Corte, delegati, in qualità di *commissioner* a ricevere i giuramenti e ad assumere le prove testimoniali fuori della città di Londra <sup>96</sup>.

Da tali discipline sembra di poter ricavare che i *Master of Chancery* siano per certo destinatari di ampie deleghe, per quanto tendenzialmente privi del potere di decidere una controversia in via definitiva. L'attribuzione o non ai *Master* di effettivo potere giurisdizionale costituisce, invero, una questione tuttora priva di risposta certa <sup>97</sup>. Per converso, non è contestato che essi, in virtù della loro preparazione giuridica, si collochino al fianco del Cancelliere durante le udienze, in numero di due e in qualità di ausiliari; il numero sale a tre quando, invece, il Cancelliere è assente o in caso di sua sostituzione <sup>98</sup>.

Nell'interpretazione prevalente, essi tendono a essere indicati come meri ausiliari del giudice o "*legal assessor*", con incarichi di assistenza e di consulenza variamente modulati <sup>99</sup>. Anche se semplici ausiliari, è un fatto comunque che dalla loro attività sia dipeso il funzionamento complessivo della *Court of Chancery*.

C'è da aggiungere però che, oltre al semplice supporto giuridico, i *Master* provvedono anche a svolgere materialmente gran parte delle attività necessarie per l'istruzione e la trattazione della causa loro delegate dal Cancelliere.

In particolare, una modernissima funzione di *management* giudiziale e di gestione della controversia risulta svolta dal *Master* sin dall'ordinanza del 1413; tale ruolo, esercitato solo nell'ipotesi - pur frequente - di assenza del

---

<sup>96</sup> Relativamente alla nozione di *Masters extraordinary* si veda Ball, *op. cit.*, p. 334; Henderson, *op. cit.*, p. 35.

<sup>97</sup> Cfr. Hoffman, *op. cit.*, pp. xvii-xviii; per una efficace rappresentazione della disputa dottrinale circa l'attribuzione o non di potere propriamente giurisdizionale ai *master* cfr. Bryant, *op. cit.*, p. 500.

<sup>98</sup> Cfr. Kerly, *op. cit.*, p. 59 il quale afferma altresì, senza tuttavia fondare la propria asserzione che fino al XVII secolo i *Master* sarebbero stati addirittura "*cojudices*"; Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 383; Bryant, *loc. ult. cit.*; Hoffman, *op. cit.*, p. xvii.

<sup>99</sup> In ragione di tale funzione i *Master in Chancery* vengono talvolta paragonati ai *pedanei iudices* che assistevano il pretore romano ed erano destinatari di deleghe di potere giurisdizionale, cfr. Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 361; Ball, *op. cit.*, p. 332.



Cancelliere, prevede il potere di fissare termini per lo svolgimento delle attività processuali occorrenti, svolgere attività trattatoria, eventualmente decidendo singole questioni di fatto (*to hear and determine*), nonché, tipicamente, ammettere prove testimoniali e provvedere alla relativa assunzione<sup>100</sup>.

Del resto, la prassi di delegare determinate attività ai *Master* in quanto *Master ordinary* appare antica quanto la stessa *Court of Chancery*; le prime testimonianze del fenomeno vengono in effetti ricondotte al regno di Riccardo II<sup>101</sup>. È in tale contesto che si colloca anche l'attribuzione del potere - sempre formalizzato in un ordine del Cancelliere - di svolgere attività di indagine e di recepire in un apposito *report* da sottoporre al Cancelliere i conseguenti accertamenti in fatto<sup>102</sup>. Questo meccanismo di delega risulta sostanzialmente basato su di un'attività di *reference*, realizzata attraverso l'emissione da parte del Cancelliere di un ordine *ad hoc*: il cosiddetto *order of reference*, nel quale vengono determinate le attività rimesse al *Master*, nonché i relativi poteri e i limiti del mandato<sup>103</sup>.

Fin da un periodo risalente - e collocabile grossomodo intorno alla prima metà del secolo XV - la prima attività regolarmente oggetto di delega dal Cancelliere ai *Master* pare essere consistita nell'assunzione delle prove testimoniali. Ciò in ragione principalmente del fatto che, com'è noto, è in forma segreta che si svolge l'esame dei testimoni presso la *Court of Chancery*; quindi, in assenza delle parti, e sotto giuramento, conformemente al modello di processo romano-canonico che ispira sotto questo profilo molto radicalmente la procedura di *equity*<sup>104</sup>. Il *Master* viene pertanto incaricato, mediante *reference*,

---

<sup>100</sup> Cfr., ad es., Ball, *op. cit.*, p. 335; Hoffman, *op. cit.*, pp. xvii-xviii, il quale ritiene che i *Master* esercitassero talvolta anche un vero e proprio potere giurisdizionale, decidendo in via definitiva intere controversie: “[...] it is certain that the Masters were frequently intrusted by the court with the hearing of causes, sometimes to be finally decided by them, but generally to end and determine the matter if they could, if not, to report to the court”; tale potere, seppure residual, appare confermato dalle riforme volute da Bacon, mediante le quali si esclude espressamente la possibilità che un *Master* possa decidere una controversia.

<sup>101</sup> L'aneddotica pretenderebbe di fare risalire la prassi della *reference* al cancellierato di Sir Christopher Hatton, durante il regno di Elisabetta I, giustificandola con la “notoria ignoranza della legge” che si afferma caratterizzasse quel Cancelliere, cfr. Parkes, *op. cit.*, p. 70.

<sup>102</sup> Cfr. Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., pp. 383-386.

<sup>103</sup> Cfr. Dawson, *op. cit.*, p. 161; Henderson, *op. cit.*, p. 48.

<sup>104</sup> In proposito si vedano le osservazioni contenute in Dawson, *op. cit.*, p. 149 ss, il quale pur riconoscendo che l'utilizzazione dell'interrogatorio del testimone sotto giuramento costituiva il

di svolgere l'interrogatorio del testimone e, quindi, di raccoglierne le dichiarazioni all'interno di una relazione scritta, o *report*<sup>105</sup>.

Questa prassi diventa comune al punto da poter essere considerata fra le ragioni che, a partire proprio dal XV secolo, conducono alla generalizzazione presso la *Court of Chancery* della forma scritta nell'assunzione della prova testimoniale. Si deve anche notare che - come del resto ampiamente noto - non prevedendo la procedura in *equity* la presenza della giuria, risulta pressoché naturale, e comunque non necessario, che l'assunzione della prova nella maggior parte dei casi non avvenga davanti al giudice in udienza. La regola era infatti che i capitoli di prova fossero predisposti dalle parti e dai loro *counsel*, mentre l'assunzione avveniva in forma segreta, in assenza di contraddittorio davanti a un soggetto appositamente incaricato. Di qui la predisposizione da parte del *Master* di un atto scritto nel quale recepire le dichiarazioni dei testimoni. Lo svilupparsi in questa sede della tecnica delle *deposition* (o, per utilizzare il lessico processuale della prassi corrente, *written interrogatories*) appare invero essere molto probabilmente derivato da questa circostanza<sup>106</sup>.

I soggetti incaricati di questa attività di assunzione e trascrizione-*recording* mutano a seconda del luogo dell'assunzione della prova. È per lo più un *Master in Chancery* a essere incaricato ove le dichiarazioni dei testimoni debbano essere assunte entro i confini della città di Londra; mentre l'*appointment* concerne altrettanto tendenzialmente un *Master extraordinary* ove tale attività debba essere svolta fuori dalla città, ma entro un raggio di 20 miglia; la delega è invece rimessa a uno o più *special commissioner* se l'assunzione deve essere realizzata in aree remote del regno<sup>107</sup>. C'è da dire che, in ogni caso, a partire dal regno di Elisabetta I, le incombenze relative all'assunzione delle prove testimoniali non concernono più i *Master in*

---

principale mezzo di prova presso la *Court of Chancery*, pone in dubbio che tale metodo sia stato effettivamente importato dalla tradizione di diritto canonico.

<sup>105</sup> Cfr. Kerly, *op. cit.*, p. 121 ss; e ampiamente, su un aspetto sul quale si dovrà comunque tornare insistentemente nel prosieguo, MacNair, *op. cit.*, pp. 169-184.

<sup>106</sup> Cfr. Potter, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>107</sup> Cfr. Kerly, *op. cit.*, p. 67 e 121.

*Chancery*, essendo tale attività ormai delegata regolarmente ai *Master extraordinary* <sup>108</sup>.

Ciò che occorre notare, in quanto fortemente caratterizzante la figura del *Master* è che questi, una volta incaricato di assumere una prova testimoniale, poteva egli stesso rivolgere, discrezionalmente, domande ai testimoni, anche oltre la capitolazione predisposta dalle parti. Un potere di indagine che, quindi, connota la figura del *Master* in maniera fortemente inquisitoria, confermando la derivazione canonica della procedura di *equity* <sup>109</sup>.

Il ricorso al metodo di *reference* di una vasta area di attività ai *Master* non si esaurisce tuttavia nella mera delega all'assunzione delle prove testimoniali. Progressivamente, infatti, - in un crescendo di attribuzioni che si cristallizza solo all'inizio del XVIII secolo - accanto a questa prassi, si registra anche la rimessione ai *Master* della conoscenza di un gran numero di questioni di fatto e di diritto, al fine di fornire al Cancelliere un'informazione competente, per lo più realizzata, anche in questo caso, attraverso appositi *report* <sup>110</sup>. Una prassi particolarmente frequente in relazione a questioni di fatto di particolare complessità, implicanti per la loro conoscenza accurate e lunghe indagini nonché specifiche abilità tecniche. L'ipotesi tipica e tradizionale è quella della delega di attività di *account*: come, ad esempio, in caso di accertamenti contabili o stime e valutazioni di beni <sup>111</sup>.

Anche da quest'ultima indicazione è agevole cogliere come l'individuazione di un catalogo delle attività delegate ai *Master* risulta invero difficoltosa, in ragione quantomeno della loro estesissima varietà. Si pensi che, fra l'altro, e per certi versi sorprendentemente, sono i *Master* a occuparsi della definizione delle questioni di rito e della verifica della regolarità degli atti del processo. Sono sempre i *Master*, nell'ambito delle attività loro regolarmente

---

<sup>108</sup> Cfr. Potter, *op. cit.*, p. 15.

<sup>109</sup> Cfr. Langbein, Lerner, Smith, *History of the Common Law – The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands 2009, p. 288 ss.

<sup>110</sup> Sulla formazione progressiva a partire dal XIII Sec., e sulla cristallizzazione delle funzioni dei *Master* intorno al XVIII Sec. cfr. Bryant, *op. cit.*, p. 501 e 533; si veda poi Potter, *op. cit.*, p. 16.

<sup>111</sup> Sulla centralità delle attività di *account* cfr. Ball, *op. cit.*, p. 338, il quale sottolinea come: “*The state of an account is a question of fact such as had for centuries been referred to the Masters for inquiry and report.*”.

delegata, a fornire al Cancelliere pareri circa il risultato delle prove assunte. Ma sempre ai *Master* spetta anche svolgere attività di differente natura, come quelle di curatela e di tutela di minori e incapaci, di custodia di beni sequestrati o dei quali fosse controversa la proprietà e, infine, di delega alla vendita giudiziale <sup>112</sup>.

Di grande interesse risulta poi la circostanza che - evidentemente al fine precipuo di ridurre il carico giudiziale pendente presso la *Chancery* - ai *Master* venga a volte attribuito il potere di tentare la risoluzione della controversia in via stragiudiziale; e ciò mediante la loro nomina in qualità di *arbitrator* ovvero di *mediator* <sup>113</sup>. Si tratta di un aspetto di totale rilievo per la prospettiva di questa indagine; tale da meritare successivi richiami, ai quali per ora si rinvia.

Ciò posto, in forma di *caveat* generale, occorre segnalare che quello sopra realizzato costituisce, piuttosto evidentemente del resto, un catalogo incompleto ed essenzialmente esemplificativo. In ogni caso, il ricorso ai *Master* ha costituito un fenomeno di ampiezza e rilievo tali da incidere profondamente sull'assetto della giustizia inglese nel suo periodo formativo. Un evento di rilievo così fondamentale da indurre Lord Bacon, nel corso del suo cancellierato nei primi decenni del XVII secolo, a restringere l'ambito delle attività loro delegabili e a stabilire formalmente che il potere di emettere un provvedimento decisorio definitivo (*decree*) avrebbe dovuto in ogni caso essere prerogativa esclusiva del Cancelliere <sup>114</sup>. La circostanza di un intervento di tale portata da parte dello stesso *Lord Chancellor* in sé segnala la percezione dell'importanza del fenomeno dei *Master* nel contesto dell'organizzazione della giustizia inglese; e consente di considerare in una prospettiva non marginale tanto il loro operato quanto la loro probabile influenza sull'evoluzione successiva di questo modello di giustizia.

---

<sup>112</sup> Ball, *op. cit.*, p. 339, il quale sottolinea come l'attribuzione ai *Master* di queste specifiche attività abbia contribuito a compromettere la funzionalità e anche il credito sociale di tali soggetti, mettendoli in condizione di speculare sulla loro carica e sui patrimoni loro affidati in custodia a diverso titolo.

<sup>113</sup> Per riscontri in tal senso cfr. Spence, *The Equitable Jurisdiction*, cit., p. 381 ss; Kerly, *op. cit.*, p. 126.

<sup>114</sup> Sulle riforme della *Chancery* durante il cancellierato di Lord Bacon si veda diffusamente Shapiro, *Sir Francis Bacon and the Mid-Seventeenth Century Movement for Law Reform*, in *24 Am. J. Legal Hist.* 1980, p. 331 ss; e per quanto qui di specifico interesse, Hoffman, *op. cit.*, pp. xviii-xix.

Il fenomeno della *delega-reference* di attività processuali appare tuttavia sostanzialmente inarrestabile e si propaga oltre ogni tentativo di limitazione. È un dato infatti che, all'inizio del XIX secolo, una commissione incaricata di riferire alla *British House of Commons* circa lo stato delle corti di giustizia inglesi affermi: “[...] *it would be impossible to specify every head of reference, because they are almost as numerous as the matters subject to the jurisdiction of the court, but that the following most frequently occur*”<sup>115</sup>. Il dato cronologico qui interessa in special modo dal momento che, come vedremo nel capitolo seguente, è proprio fra il XVIII e il XIX secolo che l'ordinamento statunitense, in piena fase di assestamento-elaborazione, sembra guardare con maggiore interesse e consapevolezza al modello inglese.

In conclusione, ma il dato assume davvero grandissima rilevanza, si deve altresì notare come sullo sviluppo delle funzioni del *Master in Chancery* inglese abbiano influito, e in larga parte, anche i meccanismi di retribuzione della attività da loro svolta<sup>116</sup>. Per certo, in epoca medievale ai *Master* viene corrisposto un salario, comprensivo di beni in natura, vitto e alloggio<sup>117</sup>. A partire dal XVI secolo, tuttavia, la modalità di compenso muta, e i *Master* iniziano a percepire un *fee* corrisposto direttamente dalle parti processuali, in funzione dell'attività svolta. Questo aspetto, per quanto forse prosaico, pare aver favorito una sorta di accaparramento di attività processuali da parte dei *Master*, inducendoli a svolgere anche attività al limite non strettamente necessarie<sup>118</sup>. E di qui anche il diffondersi al loro riguardo di un'immagine - per lo più letteraria - di soggetti spesso avidi di denaro<sup>119</sup>. Ed è forse anche in ragione di ciò che, durante il XIX secolo, la presenza di questa figura così centrale nella storia e nel funzionamento della *Court of Chancery* viene spesso

---

<sup>115</sup> La citazione è riportata da Hoffman, *op. cit.*, p. xx, che dà conto della relazione resa nel 1826 da un'apposita commissione nominata per elaborare proposte di riforma della *Court of Chancery*; per notizie sul punto si veda anche Parkes, *op. cit.*, p. 361 ss.

<sup>116</sup> In argomento si veda la ricostruzione storica svolta in Levine, *Calculating Fees on Special Masters*, 37 *Hastings L. J.* 1985, pp. 144-148.

<sup>117</sup> Sull'originaria modalità di compenso in natura del personale della *Chancery* cfr. Bryant, *op. cit.*, p. 499; Ball, *op. cit.*, p. 335.

<sup>118</sup> Cfr. Parkes, *op. cit.*, p. 18; Potter, *op. cit.*, p. 15; Hoffman, *op. cit.*, p. xvii.

<sup>119</sup> Il riferimento, invero quasi ovvio è a Dickens, *Bleak House*, 1852 e in particolare al capitolo primo dove la vita della *Chancery* e la corruzione dei personaggi che la frequentano, *in primis* i *Master* appunto, viene descritta con toni fortemente evocativi e drammatici.

ritenuta dalla dottrina come una fra le principali cause della lunghezza e del costo dei processi in *equity* <sup>120</sup>.

La centralità del *Master* all'interno della corte, rafforzata dalla progressiva crescita delle attività delegate, fa sì che proprio dai *Master* dipendano le possibilità di funzionamento del processo e le chance di giungere a una sua definizione <sup>121</sup>. Una centralità che, quindi, unitamente alle particolari modalità di compenso dei *Master*, si traduce spesso in un'occasione di abuso, quando non di corruzione e arbitrio. È in considerazione di questi aspetti che l'ufficio del *Master in Chancery* inglese, ormai ritenuto irrecuperabilmente inutile e dannoso, finisce infatti per essere abolito mediante apposito *statute*, segnatamente con il *Court of Chancery Act* del 1852 <sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr., per tutti, Potter, *op. cit.*, pp. 16-19, dalle osservazioni del quale si coglie efficacemente il tendenziale sfavore che sembra di potere ravvisare fra molti commentatori inglesi (ma il dato vale in larga misura anche per gli Stati Uniti come vedremo) rispetto ad ogni forma di potere organizzato, centralizzato e burocratico.

<sup>121</sup> Sul problema del malfunzionamento della *Chancery* e sul nesso fra tale fenomeno e la figura dei *Master*, come fonte di corruzione, lentezza e costi, si veda, ad es. Lobban, *Preparing for Fusion: Reforming the Nineteenth-Century Court of Chancery, Part I*, in *22 Law and Hist. Rev.* 2004, pp. 389 – 397.

<sup>122</sup> Cfr. in argomento il testo dal titolo invero piuttosto evocativo, Shelford, *The Statutes for Amending the Practice in Chancery for the Abolition of the Office of Master and for the Relief of the Suitors*, London 1852, spec pp. 59-81; per un quadro delle riforme del processo civile inglese nella seconda metà del XIX secolo si veda Millar, *op. cit.*, pp. 43-51.

## CAPITOLO II

### Aspetti della versione statunitense di *equity* federale e ruolo del *Master*.

**SOMMARIO:** 1. *Early days* della cultura giuridica statunitense e trasposizione del modello inglese - Recepimento del *common law*... - 2. (*segue*) ... e giurisdizione *in equity* nelle colonie americane - 3. *Equity procedure* nell'ordinamento statunitense federale post-rivoluzionario - 4. Ruolo e funzioni del *Master* nel processo statunitense federale di *equity* - Evoluzione pratica e culturale del modello.

#### 1. *Early days* della cultura giuridica statunitense e trasposizione del modello inglese - Recepimento del *common law*...

Dall'indagine storica sull'ordinamento inglese e sul relativo sistema di *equity* si possono ricavare alcune conclusioni utili nella specifica prospettiva di questa ricerca. E ciò in particolare con riguardo al fenomeno della presenza consolidata, diffusa e di assoluta centralità nell'organizzazione della corte, di un folto apparato di ausiliari giudiziali variamente qualificati come elemento caratterizzante la strutturazione dell'organo giurisdizionale intorno a cui tale sistema si articola, ossia la *Court of Chancery* inglese a partire dalla sua origine e sino al XIX secolo. All'interno di questa struttura spicca per ruolo e funzioni svolte la figura del *Master in Chancery*, in quanto principale destinatario di ampie deleghe di attività giudiziali, prevalentemente di natura istruttoria e trattatoria, e attribuite dal giudice-Cancelliere mediate l'istituto tipico della *reference*, oltre che di significativi poteri di indagine, catalogabili come di tipo inquisitorio <sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Per i risultati acquisiti dall'indagine sul modello di importazione dell'*Equity* inglese si veda il Capitolo I *supra*.

Ciò che ci si propone di verificare qui di seguito è se la figura del *Master in Chancery* inglese abbia o non esercitato qualche forma di influenza all'interno dell'ordinamento statunitense. Se, in altri termini, si possa sostanziare in tale o analoga figura quella particolare figura di ausiliario giudiziale, sorta di *counterpart* statunitense, più tardi previsto dalle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, e denominato *Special Master*.

È al fine di realizzare una verifica di questo genere che appare opportuno ritornare brevemente al problema del recepimento del diritto inglese, anzitutto nel contesto delle colonie americane e successivamente negli Stati Uniti. Attraverso questa pur minima ricostruzione storica si ritiene infatti di poter verificare (e, forse, anche di giustificare) su di un piano generale i termini dell'effettiva circolazione del modello di processo civile inglese all'interno dell'ordinamento statunitense. Più in dettaglio, è attraverso questo passaggio ricostruttivo che si intende chiarire come si siano configurate le modalità di recepimento dello specifico modello processuale rappresentato dall'*equity procedure*. Un'indagine che, pertanto, appare un ineludibile presupposto per poter cogliere le ragioni della presenza successiva, all'interno delle discipline processuali statunitensi elaborate fra il XIX e il XX secolo, di istituti apparentemente tipici dell'*equity* applicata presso la *Chancery* inglese.

Solo pochi *caveat* prima di ogni considerazione in proposito. Come si è accennato in apertura del primo capitolo, costituisce un dato acquisito e pacifico l'influenza *at large* esercitata dal diritto inglese su istituzioni, normative, decisioni giudiziali, prassi e concezioni del diritto diffuse in area americana. Ciò posto, appare tuttavia necessario tenere strettamente presente innanzitutto il dato diacronico. La storiografia - non solo quella giuridica - utilizza l'evento, di per sé fortemente simbolico, della Dichiarazione di Indipendenza del 1776 per segnare uno spartiacque nella storia americana. Prima di tale data si colloca il periodo cosiddetto coloniale, esteso su quasi due secoli di storia. Dopo tale data, per converso, si tende a parlare propriamente di Stati Uniti d'America e quindi a riferire a questa entità ogni tipo di considerazione <sup>124</sup>. È solo dopo il 1776 che - per una sorta di tacita

---

<sup>124</sup> Per riferimenti alla storia degli Stati Uniti d'America si rinvia alle classiche trattazioni generali tradotte in lingua italiana di Jones, *Storia degli Stati Uniti d'America*, Milano 2011,



convenzione - appare dunque tradizionalmente “possibile”, ancorché in termini generalissimi, il riferimento a un diritto statunitense e, all’interno di questo, a un processo civile statunitense <sup>125</sup>.

Pur in un tale quadro astratto, si ripete, fortemente convenzionale, la cosiddetta epoca coloniale copre un arco di tempo davvero vasto, tale da collocarsi fra i primi insediamenti inglesi sulle coste della Virginia all’inizio del XVII secolo e le ultime due decadi del XVIII secolo, in coincidenza con la cosiddetta Rivoluzione Americana <sup>126</sup>. La nozione di America coloniale, alla quale la storiografia fa ampiamente riferimento, sembra quindi rappresentare poco più di una semplice, seppur utile, etichetta definitoria. E correlativamente, parlare di “diritto coloniale”, come pure usualmente tende a fare la storiografia giuridica americana, appare per di sé improprio ove con tale nozione si intenda implicare una categoria ulteriore a una mera distinzione, fra diritto appunto coloniale e diritto propriamente statunitense. Nel corso dei due secoli coperti dalla definizione di “epoca coloniale”, è un fatto che la società coloniale americana abbia conosciuto cambiamenti enormi, tali da trasformarla da una realtà meramente pionieristica, immersa in una dimensione di *struggle with nature* - per quanto specialmente concerne buona parte del XVII secolo - alla società già in qualche ambito molto sofisticata ed economicamente avanzata delle colonie mercantili del XVIII secolo <sup>127</sup>. E occorre subito dire che anche il diritto americano coloniale riflette tale mutamento di ordine sociale ed

---

*passim* e, per il periodo coloniale, pp. 1-72; Nevins, Commager, *Storia degli Stati Uniti*, Torino 1960, *passim*; e, più in particolare, sugli *early days* e sul periodo coloniale, Hofstadter, *L'America coloniale - Ritratto di una nazione nascente*, Milano 1983, *passim*; Testi, *La formazione degli Stati Uniti*, Bologna 2003, *passim*; Guido, *La rivoluzione americana*, Bari 2009, *passim*.

<sup>125</sup> Così, per citare due classici della storia del diritto americana, Horwitz, *Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge 1977; Nelson, *Americanization of the Common Law*, Athens GA 1976.

<sup>126</sup> In argomento, e in particolare intorno alle caratteristiche sociali, economiche e politiche del mondo coloniale americano prima e immediatamente dopo la Rivoluzione si veda, ad. es., Bailyn, Wood, *Le origini degli Stati Uniti*, Bologna 1987, *passim*; oltre al già citato Hofstadter, *op. cit.*, *passim*.

<sup>127</sup> Sull’evoluzione socio-economica delle colonie americane, oltre alle indicazioni di cui alla nota precedente si veda, in particolare, O. Handlin, L. Handlin, *Gli americani nell’età della rivoluzione 1770-1787*, Bologna 1984, pp. 13-146.

economico, progressivamente configurandosi in modi anche molto diversi a seconda del periodo e dell'ambito geografico che si consideri <sup>128</sup>.

Proprio a questo riguardo, e a scanso di fondamentali fraintendimenti, merita un qualche chiarimento anche un ulteriore aspetto di ordine geografico-politico. Ogni generalizzazione sul carattere dell'America coloniale finisce per "schermare" una realtà effettiva di forti differenziazioni invece esistenti su più piani fra le diverse colonie. Le colonie atlantiche inglesi risultano invero reciprocamente differenziabili sotto vari profili. Così per il loro impianto istituzionale (esistendo colonie regie, colonie imprenditoriali, colonie proprietarie), ma anche in ragione della loro collocazione geografica (colonie del nord - New England, colonie centrali, colonie del sud) <sup>129</sup>. Distinzioni che, pur fondate a loro volta su ampie generalizzazioni, sottendono in realtà ampie e ulteriori caratterizzazioni, di tipo sociale, religioso ed economico; caratterizzazioni tutte, idonee a contraddistinguere ciascuna colonia in modo marcatamente e singolarmente identitario. Una circostanza valida evidentemente anche per lo specifico del fenomeno giuridico <sup>130</sup>.

Si tratta di distinzioni che sembrano del resto mantenere in qualche misura un significato, almeno a livello statale, anche dopo l'indipendenza degli Stati Uniti. E ciò, ancora una volta, anche con significativi riscontri sul piano giuridico e con particolare riguardo all'assetto disciplinare di svariati ambiti del diritto. In particolare per quanto qui interessa, ciò appare vero con riferimento alle diverse discipline statali di processo civile; in netta - e notoria - differenziazione rispetto al livello federale, ove la presenza di un legislatore, di

---

<sup>128</sup> Per considerazioni generali sulla varietà del diritto americano coloniale e la sua diversa configurazione in funzione delle diversità economiche e sociali riscontrabili fra le diverse colonie si veda Aumann, *The Changing American Legal System – Some Selected Phases*, Columbus 1940, Cap. I; e per cenni nella letteratura in lingua italiana, Hazard, Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, pp. 13-16.

<sup>129</sup> In particolare, per un quadro dei diversi sistemi di governo coloniale si veda, ad es., Bilder, *English Settlement and Local Governance*, in Grossberg, Tomlins (editors), *The Cambridge History of Law in America – Volume I – Early America (1580-1815)*, Cambridge 2008, p. 63 ss.

<sup>130</sup> Sul carattere fortemente eterogeneo delle colonie e sulle ragioni della creazione di sistemi giuridici "regionali" in America si veda l'interessante saggio di König, *Regionalism in Early American Law*, in Grossberg, Tomlins (editors), *The Cambridge History of Law in America – Volume I – Early America (1580-1815)*, Cambridge 2008, p. 144 ss.

un governo e di un sistema di corti di giustizia federali appunto, costituisce garanzia di uniformità del diritto <sup>131</sup>.

È in queste coordinate storico-temporali che il problema del trapianto del modello giuridico inglese - e, in subordine, dell'*equity jurisdiction* - sembra dover essere collocato. A ben vedere, è tuttavia la stessa nozione e configurazione culturale e pratica di tale generalizzato modello che richiede ampie riconsiderazioni e aggiustamenti. L'ordinamento inglese a cavallo fra i secoli XVII e XVIII si caratterizza infatti per una grandissima varietà di fonti, e di sistemi di giustizia paralleli, variamente intersecati fra loro e di fatto complementari <sup>132</sup>. Anche sulla scorta delle considerazioni svolte nel capitolo che precede, si può considerare un epitome proprio di questa complessa evoluzione il binomio *common law* ed *equity*, e la reciproca precisazione che, proprio in tale periodo, giunge a configurarsi come un elemento ormai imprescindibile di polarizzazione dell'ordinamento inglese <sup>133</sup>. Il tutto anche ad escludere definitivamente dalla nozione propria di *common law* altre giurisdizioni, pur presenti nel mondo inglese del tempo, come la giurisdizione di *Admiralty* o quella della *Star Chamber* <sup>134</sup>.

A ben vedere, lo stesso *common law*, negli anni di insediamento e sviluppo delle colonie, non si configura come un sistema di diritto del tutto uniforme. Semplificazioni estreme a parte, nel XVII secolo il *common law* appare infatti notevolmente frammentato; e ciò anche in funzione della molteplicità di corti di giustizia *at law* presenti sul territorio inglese. Si riscontra infatti un sistema estremamente variegato di corti locali che in effetti convive in quel periodo con

---

<sup>131</sup> In argomento si rinvia a Subrin, *Federal Rules, Local Rules, and State Rules: Uniformity, Divergence, and Emerging Procedural Patterns*, in 137 *U. Pa. L. Rev.* 1989, p. 1999 ss.

<sup>132</sup> Per un quadro del complesso panorama del giudiziario inglese in prospettiva diacronica fra XVII e XIX secolo, si veda, ad es., Cox, *The Institutions of the English Government*, London 1863, pp. 299-592.

<sup>133</sup> Sulla "dicotomia" giurisdizionale inglese si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, al Capitolo I *supra*.

<sup>134</sup> Cfr., ad es., Friedman, *Storia del diritto americano*, Milano 1995, pp. 23-24. In particolare sulla storia dell'*Admiralty Court* si veda, ad es., il classico saggio di Lambert Mears, *The History of the Admiralty Jurisdiction*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 312 ss; per riferimenti circa la giurisdizione della "camera stellata", anche per la segnalazione della sorta di mito negativo storicamente creatosi intorno all'istituzione, si rinvia a Barnes, *Star Chamber Mythology*, in 5 *Am. J. Legal Hist.* 1961, p. 1 ss.

le corti regie centrali di Westminster. Il tutto commisto a un contiguo *corpus* di consuetudini, principi di diritto e procedure oltre che molto differenziati anche molto distanti rispetto a quelli applicati presso le corti di Londra<sup>135</sup>.

Il modello inglese di *common law*, in definitiva, mal si presta, in quel periodo specialmente, a una catalogazione univoca. E da ciò è agevole derivare che la sua circolazione all'interno delle colonie risente fortemente di tale intrinseca complessità. Una circostanza che condiziona la stessa ricostruzione storiografica del diritto coloniale americano largamente inteso e costituisce una sorta di vera e propria sfida, con la quale la dottrina americana si confronta ormai da più di un secolo<sup>136</sup>.

Nel contesto di tali studi - lo si ribadisce - è in ogni caso un fatto che il problema della circolazione del modello inglese sia stato generalmente impostato in termini di recezione del *common law* all'interno delle colonie atlantiche. Scelta probabilmente dettata da esigenze di semplificazione della materia; un'esigenza che peraltro ha anche contribuito a marginalizzare in buona parte le vicende che hanno specificamente riguardato la circolazione del modello di *equity* in area americana.

Anche in ragione di tale impostazione sembra possibile catalogare come tutt'ora aperti e fluidi i risultati conseguiti dalla ricerca storiografica in materia. Pur nel contesto di modelli ricostruttivi alquanto diversificati, sono stati in effetti riscontrati ed analizzati diversi e - a seconda del luogo e del tempo - variamente caratterizzati gradi di penetrazione del *common law* all'interno dei sistemi giuridici coloniali<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Cfr. Friedman, *op. cit.*, pp. 20-21; König, *op. cit.*, pp. 149-151; nonché sulle influenze del diritto "locale" inglese sulla formazione del diritto americano, Goebel, *King's Law and Local Custom in Seventeenth Century New England*, in 31 *Col. L. Rev.* 1931, p. 316 ss.

<sup>136</sup> Fra la dottrina di inizio XIX secolo in materia, il fondamentale riferimento col quale gli studiosi successivi hanno dovuto confrontarsi è rappresentato, quasi ovviamente, dalle opere di Roscoe Pound sull'origine del diritto americano, e in particolare, Pound, *The Formative Era of American Law*, Boston 1938, *passim*; Id., *The Development of American Law and Its Deviation from English Law*, 67 *L. Q. R.* 1951, p. 49 ss.; altre "pietre miliari" in materia, pur essendo espressione di un'impostazione per certi versi superata dagli studi successivi sono, ad es., Morris, *Studies in the History of American Law*, New York 1930, *passim*; Reinsch, *The English Common Law in the Early American Colonies*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, Boston 1907, p. 367 ss; Pope, *The English Common Law in the United States*, in 24 *Harv. L. Rev.* 1910, p. 6 ss.; Dale, *The Adoption of Common Law by the American Colonies*, in 21 *Am. L. Reg.* 1882, p. 553.

<sup>137</sup> Cfr. Haskins, *A Problem in the Reception of the Common Law in the Colonial Period*, in 97 *U. Pa. L. Rev.* 1949, p. 842 ss.; per un assessment completo e recente della bibliografia

Nell'impostazione storiografica più tradizionale (collocabile fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo) si tende a considerare il diritto americano coloniale - con riguardo a tutto il XVII secolo - essenzialmente come un diritto di frontiera; all'interno del quale il modello inglese viene recepito solo a metà, anche perché scarsamente inteso nei suoi rarefatti tecnicismi <sup>138</sup>. Secondo questo approccio, non si potrebbe allora parlare di vero e proprio recepimento del diritto inglese, e quindi anche dei modelli giurisdizionali da esso espressi. Ciò almeno fino al secolo successivo. Solo nel corso di tale periodo, infatti, varie e differenziate ragioni di ordine politico-sociale contribuiscono a determinare l'effettiva ed estesa diffusione del modello inglese. Talché, più che trasferito dalla madrepatria ad opera dei coloni, il diritto inglese sarebbe stato, in questa prospettiva, imposto da una rinnovata politica imperiale inglese, determinata ad affermare il proprio dominio sui territori d'oltreoceano. Il tutto, al contempo, favorito - specie dalla seconda metà del XVIII secolo - da un'immigrazione di tipo nuovo proveniente dall'Inghilterra e per certo più colta rispetto al passato <sup>139</sup>.

Occorre aggiungere che, nel contesto di questo approccio, è netta la tendenza ad attribuire particolare rilievo al dato sociale. Il principale fattore occasionante il passaggio fra due diverse intensità nel recepimento del modello giuridico inglese viene individuato sostanzialmente nel mutato carattere socio-culturale del colono inglese-tipo. E ciò in ragione del fatto che, mentre a una colonizzazione di *farmer* sarebbe corrisposta un'organizzazione sociale e istituzionale per così dire rustica, con la presenza fra i nuovi

---

storiografica in materia si veda inoltre Gerber, *Bringing Ideas Back In - A Brief Historiography of American Colonial Law*, in 51 *Am. J. Legal Hist.* 2011, p. 359.

<sup>138</sup> Si consideri in proposito la celebre definizione fornita da Reinsch in relazione al XVII secolo nelle colonie, secondo la quale si sarebbe trattato di "a period of rude, untechnical popular law", cfr. Reinsch, *op. cit.*, pp. 367-370; sulla stessa linea si pone l'altro studio storiografico classico Hilkey, *Legal Development in Colonial Massachusetts - 1630-1686*, New York 1910, *passim*, e in particolare sullo scetticismo rispetto all'effettiva recezione del *common law* inglese nelle colonie, p. 5, pp. 141-145; e in termini di sostanziale adesione Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, s.l., 1952, p. 39 ss.

<sup>139</sup> Sul punto si veda più Cfr. Chroust, *Rise of the Legal Profession in America*, Norman 1965, pp. 17-18; in argomento si veda anche, Henretta, *Magistrates, Common Law Lawyers, Legislators: The Three Legal Systems of British America*, in Grossberg, Tomlins (editors), *The Cambridge History of Law in America - Volume 1 - Early America (1580-1815)*, Cambridge 2008, p. 556 ss, spec. pp. 569-576.

colonizzatori anche di *lawyer* inglesi si assiste alla definitiva importazione e conseguente affermazione del diritto inglese <sup>140</sup>.

Per quanto molto suggestiva, una simile impostazione appare francamente troppo semplicificante, al punto da essere oggi ritenuta in gran parte superata <sup>141</sup>. Certo, essa sembra cogliere alcuni aspetti fondamentali, specialmente nell'individuazione chiara delle due principali ragioni - quella politica e quella sociale - del rafforzamento del modello inglese durante il XVIII secolo. Secondo la storiografia contemporanea, tale approccio pecca, tuttavia, nel proporre una partizione temporale troppo rigida fra i due secoli di svolgimento dell'età coloniale. In tal modo, di fatto, si perverrebbe a una svalutazione estrema delle specifiche qualità del modello giuridico americano del primo secolo degli insediamenti coloniali. Per converso, in analoga prospettiva si sopravvaluterebbe il successivo "successo" del modello giuridico inglese, a tutto scapito dei pur presenti aspetti di forte originalità del diritto americano del tempo <sup>142</sup>.

Di qui la consapevolezza che, nell'affrontare il problema del recepimento del modello inglese, non si può evitare di confrontarsi a fondo con la sua intrinseca complessità. E anche che, dal punto di vista metodologico, si devono tenere in debita considerazione sia quelli che si potrebbero definire i veicoli di diffusione del modello, sia le molteplici forme di resistenza allo stesso. E ciò anche ove venisse compromessa una ricostruzione agevole - o un

---

<sup>140</sup> L'efficace considerazione per cui la società coloniale era composta da "*farmers, not lawyers*" è di Thomas Jefferson ed è riportata in König, *op. cit.*, p. 147; per ulteriori considerazioni sul tema si veda poi Kocourek, *Sources of Law in the United States of North America and Their Relation to Each Other*, in 18 *A.B.A.J.* 1932, p. 677; per la trattazione specifica del tema della circolazione dei giuristi fra le colonie e, più in generale, dell'origine della professione forense in America si rinvia ai due testi ormai classici di Warren, *A History of the American Bar*, Boston 1911, *passim* oltre a richiami specifici *infra*; Chroust, *op. cit.*, *passim* oltre a richiami specifici *infra*.

<sup>141</sup> Per una sintesi delle principali teorie ricostruttive del diritto coloniale americano si veda ad es. Stoebuck, *Reception of English Common Law in the American Colonies*, in 10 *Wm. & Mary L. Rev.* 1968, pp. 393-396; in particolare, per una critica alla teoria tradizionale di Reinsch si veda, ad es., Katz, *Looking Backward: The Early History of American Law*, in 33 *U. Ch. L. Rev.* 1966, pp. 867-874.

<sup>142</sup> Cfr. K. L. Hall, *The Magic Mirror - Law in American History*, New York - Oxford 1989, pp. 12-14; un dato, quello dell'originalità del diritto americano, colto efficacemente e già da tempo, come dimostrano i riferimenti sul punto raccolti nell'antologia di Haar, *The Goldenage of American Law*, New York 1965, pp. 432-452.

inquadramento sistematico, in fondo, però, artificiale - del problema in questione.

Coerente con questa nuova impostazione è quindi la necessità di considerare partitamente le singole colonie, riconducendo a ciascun singolo ambito coloniale il tema della circolazione dei sistemi di diritto importati dalla madrepatria <sup>143</sup>. Ciascuna colonia costituisce infatti un autonomo sistema giuridico, alla determinazione del quale concorrono molteplici cause di natura economica, politica, sociale e culturale <sup>144</sup>.

Almeno per gran parte del XVII secolo, sembra in effetti essere mancata una forza capace di garantire effettività e omogeneità nell'applicazione del diritto inglese, in ragione di una volontà di controllo piuttosto blanda da parte della madrepatria sull'effettivo rispetto del proprio diritto. In effetti, dal punto di vista formale, ogni colonia è "costituzionalmente" basata su un *charter*; ossia su un mandato concesso dalla corona alle autorità coloniali, per l'esercizio dei poteri legislativi, di governo e di amministrazione della giustizia. E pressoché ciascun *charter* risulta essere munito di una previsione - per lo più alquanto elastica - che prevede il rispetto del diritto inglese, all'interno della colonia <sup>145</sup>.

Di fatto, tuttavia, il vincolo rappresentato da tali previsioni all'interno del *charter* risulta di minor impatto rispetto ai caratteri specifici di ciascuna colonia, in termini di popolazione e territorio. Si potrebbe in sostanza affermare che il Nuovo Mondo presenta già in quel periodo una particolarità

---

<sup>143</sup> Si veda, ad es., Stoebeck, *op. cit.*, p. 401, il quale risolutamente afferma: "*The assumption that colonial law was essentially the same in all colonies is wholly without foundation*"; sul punto si veda anche quanto in Mattei, *Stare Decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano 1988, p. 7 ss.

<sup>144</sup> Cfr. König, *op. cit.*, pp. 144-177.

<sup>145</sup> Il riferimento classico e pressoché obbligatorio in materia è a Thorpe, *The Federal and State Constitutions*, Washington 1909, Vol. I, *passim*, nel quale l'autore dà conto in modo puntuale dei singoli *charter*-leggi fondamentali organiche, colonia per colonia; in argomento si rinvia comunque anche a quanto in F. W. Hall, *Common Law: An Account of its Reception in the United States*, in 4 *Vand. L. Rev.* 1951, pp. 791-793; nonché a Stoebeck, *op. cit.*, 396-398. Si noti che la formula pressoché standard contenuta nei *charter* conferiva il potere alle autorità coloniali di emanare statuti, leggi e ordinanze, purché "*[...] soe as such Lawes and Ordinances be not contrarie or repugnant to the Lawes and Statutes of this our Realme of England*": per questo tramite si stabiliva il principio cd della *repugnancy*, variamente interpretabile, e di fatto variamente interpretato.

tale da imporre una inevitabile rimodulazione del modello inglese, impedendone di fatto un recepimento aproblematico e assoluto <sup>146</sup>.

Tali elementi di discontinuità, del resto, non segnano solo ipotesi di contrasto o frizione fra singole colonie e madrepatria, ma anche - e ampiamente - fra le stesse colonie. Le colonie americane tendono invero a differenziarsi reciprocamente in maniera molto evidente non solo per ragioni climatiche e geografiche ma anche per ragioni di carattere sociale e demografico. Differenze che si ripercuotono significativamente sul sistema giuridico di ciascuna di esse.

Un duplice stato di cose - l'assenza di un processo di uniformazione imposta e la presenza di notevoli specificità locali - induce pertanto all'apprestamento di soluzioni spiccatamente originali nelle singole colonie con riguardo alla loro configurazione ordinamentale. Anche in ragione di tali specialità, nonostante le comuni radici nel diritto inglese, si può pertanto dire che il diritto coloniale tende sin dal principio a manifestarsi come, in ultima analisi, un diritto a tutti gli effetti americano <sup>147</sup>.

Nel caratterizzare le specificità di tale diritto, la storiografia giuridica ricorre generalmente all'individuazione di tre macroaree, grossomodo corrispondenti alle colonie del nord, del centro e del sud. Si tratta di una tripartizione utilizzata per rappresentare i diversi "regionalismi" coloniali e, conseguentemente, il diverso grado di apertura al modello inglese nella configurazione dei rispettivi ordinamenti <sup>148</sup>. All'interno di questo panorama variegato, è noto che i due "apici" del sistema coloniale, tanto dal punto di vista geografico che per così dire ideologico, vengono fatti corrispondere alle colonie del New England e a quelle del sud.

---

<sup>146</sup> Cfr. K. L. Hall, *The Magic Mirror*, cit., pp. 12-13; Friedman, *op. cit.*, pp. 31-37.

<sup>147</sup> Cfr., ad es., K. L. Hall, *The Magic Mirror*, cit., pp. 11-14, nonché quanto in Chroust, *op. cit.*, p. 17, ove si afferma che: "Each colony gradually developed a sort of common law of its own, which often differed greatly from that of England as well as from that of any other colony".

<sup>148</sup> Sul riferimento a tre distinte aree identificabili all'interno del panorama americano coloniale nella ricezione del modello inglese si veda ad es., attraverso le diverse epoche della storiografia in materia, Reinsch, *op. cit.*, p. 372 ss; Chroust, *op. cit.*, pp. 55-392; Konig, *op. cit.*, pp. 144-145.



Forse la più singolare esperienza di tutta la storia coloniale americana è rappresentata dalle colonie del nord, cosiddette della Nuova Inghilterra <sup>149</sup>. Si tratta di un'esperienza notoriamente intrisa del fenomeno religioso e delle motivazioni politiche che contraddistinguono il tipo di immigrazione prevalentemente destinato a tali colonie <sup>150</sup>. È infatti prevalentemente in tale area che si stabiliscono sette di protestanti puritani, mosse dall'obiettivo utopico di realizzare il regno di Dio nel Nuovo Mondo, oltre che, in larga misura, dall'esigenza di sfuggire a persecuzioni e carestie nella madrepatria <sup>151</sup>. Ed è proprio tale forte caratterizzazione socio-religiosa a portare con sé cruciali effetti per quanto concerne il diritto delle colonie del New England.

Il che si verifica tanto sul piano dell'elaborazione originale di nuovo diritto, largamente e dichiaratamente ispirata a principi biblici, quanto, soprattutto, rispetto al rapporto con il diritto della madrepatria. È un fatto, del resto, come l'emigrazione puritana sulle coste americane traesse la propria ragione prevalentemente dal contrasto maturato con la Chiesa Anglicana; la quale, come noto, in Inghilterra si pone in stretta relazione col potere monarchico. Di qui, quindi il tendenziale rifiuto ideologico del più tipico prodotto giuridico del potere regio, ossia del *common law* inglese delle corti di Londra <sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> L'esperienza coloniale del *New England*, e in particolare quella della colonia di *Massachusetts Bay* è stata, ed è tuttora di gran lunga più studiata e quindi conosciuta da parte della storiografia giuridica statunitense. Oltre all'interesse intrinseco rappresentato dalle caratteristiche uniche di questi insediamenti sotto il profilo culturale e religioso, la ragione di tale approfondimento sembra essere dipesa anche dalla semplice contingenza per cui - diversamente da altre colonie - quelle del *New England* offrono una maggiore quantità di "materiale legale" consultabile. Fra i numerosi studi in argomento si rinvia, ad es., a Goebel, *op. loc. cit.*; Haskins, *Law and Authority in Early Massachusetts - A Study in Tradition and Design*, Hamden 1968, *passim*; Hilkey, *op. cit.*, *passim*; Washburn, *Sketches of the Judicial History of Massachusetts - From 1630 to the Revolution in 1775*, Boston 1884, *passim*; e di recente, a riprova di un sempre vivo interesse nella materia, Nelson, *The Common Law in Colonial America: Volume 1, The Chesapeake and New England, 1607-1660*, New York 2008, *passim*, primo volume di un progetto sulla storia giuridica americana in 4 volumi tuttora in corso di elaborazione.

<sup>150</sup> In argomento si invia a quanto ampiamente in König, *Law and Society in Puritan Massachusetts. Essex County, 1629-1692*, Chapel Hill 1979, *passim*; nonché Nelson, *The Utopian Legal Order of the Massachusetts Bay Colony, 1630-1686*, in 47 *Am. J. Legal Hist.* 2005, p. 183 ss.

<sup>151</sup> Cfr. Haskins, *A Problem in the Reception*, cit., p. 844, pp. 852-853; Millar, *op. cit.*, p. 39.

<sup>152</sup> In argomento, oltre alle opere già citate alla nota 27, *supra*, si veda, ad es., White, *Law in American History, Volume 1 - From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, pp. 25-26.

Per converso, nelle colonie del sud - ma ciò sembra essere valido anche per le colonie regie del centro, tipicamente quelle di New York e New Jersey - si realizza una penetrazione molto più marcata e completa del modello di *common law* inglese<sup>153</sup>. Anche in questo contesto, come del resto in ogni colonia, vige un dovere di rispetto delle leggi del regno; il tutto sulla base ancora una volta di quanto nei *charter* regolanti l'assetto costituzionale delle colonie americane inglesi. Sono altri, tuttavia, i fattori che determinano in queste colonie una maggiore disponibilità al recepimento del *common law of England*.

Anche qui, di particolare rilievo sono gli aspetti concernenti lo specifico socio-culturale dell'immigrazione in tali aree, composta prevalentemente dalla piccola nobiltà locale inglese, in cerca di fortuna e di maggiori libertà di iniziativa economica. Il tutto, congiunto alla conformazione geografica dei luoghi, particolarmente adatti allo sviluppo di grandi piantagioni e, quindi, al consolidamento di grandi proprietà fondiarie. Un contesto quindi in definitiva particolarmente propizio alla ricezione di regolamentazioni giuridiche di rapporti essenzialmente di carattere fondiario, proprio come quella tendenzialmente espressa dal *common law* inglese<sup>154</sup>.

Senza incorrere nelle semplificazioni della storiografia dei primi anni del novecento, a completamento del quadro che si sta tratteggiando, occorre dar conto di un'ulteriore fondamentale circostanza storica. Nel corso del XVIII secolo, il *common law* inglese sembra vivere una sorta di *revival* all'interno degli ordinamenti coloniali. In questo periodo in effetti il diritto americano coloniale sembra acquisire tratti marcatamente inglesi. È un *trend* molto

---

<sup>153</sup> Cfr. Stoebeck, *op. cit.*, pp. 402-404; specificamente sull'esperienza della colonia di Nuova York si veda Goebel, *The Courts and the Law in Colonial New York*, in Flick (editor), *History of the State of New York*, New York 1933, Vol. I, p. 3 ss.

<sup>154</sup> Per un quadro della colonia per molti versi più rappresentativa fra quelle del sud si vedano, ad es., Washburn, *Law and Authority in Colonial Virginia*, in Billias (editor), *Law and Authority in Colonial America*, Barre MA 1965, p. 116 ss; e Chitwood, *Justice in Colonial Virginia*, Baltimore 1905, *passim*; e per considerazioni sulla diversità fra colonie del nord e colonie del sud, cfr. F. W. Hall, *Common Law*, cit., p. 795 ss; di recente, sulle colonie centrali e le Caroline, Nelson, *The Common Law in Colonial America, Volume II, The Middle Colonies and the Carolinas, 1660-1730*, New York 2012, *passim*.

precisamente collocato sul piano storico intorno alla metà del secolo e generalmente definito come la “*Anglicization*” del diritto americano <sup>155</sup>.

Tale fenomeno trae origine essenzialmente dal nuovo approccio manifestato dal potere imperiale inglese nella gestione delle colonie americane. Uscita dalla drammatica crisi politica del XVII secolo, la monarchia inglese pone infatti in essere una vera e propria restaurazione, nel contesto della quale rientra la precisa volontà di esercitare un maggiore controllo rispetto al passato sui territori americani <sup>156</sup>. Del resto, è anche in questi anni che si afferma il pensiero economico mercantilista, che nell’asservimento economico delle colonie alla madrepatria trova un imprescindibile caposaldo <sup>157</sup>.

Da ciò deriva una politica di tendenziale limitazione e controllo - esercitata parallelamente attraverso il potere legislativo e quello giudiziario - dell’autonomia concessa in precedenza alle colonie. Di questa tendenza è manifestazione il sempre più frequente ricorso a interventi normativi diretti sul diritto coloniale da parte del parlamento inglese. Per altro verso, istituzioni giudiziarie inglesi, come la *Admiralty Court*, vengono sempre più trasformate in strumenti attraverso i quali garantire il rispetto delle norme stabilite dalla madrepatria <sup>158</sup>. Un sistema di controllo che risulta poi completato dall’introduzione di un potere generale di revisione rimesso al *Privy Council* di Londra, e avente a oggetto tanto dei testi legislativi approvati dalle assemblee coloniali, quanto delle sentenze emesse dai giudici delle colonie <sup>159</sup>.

Contemporanei a questa nuova *policy* inglese - che tanta parte avrà nel generare il risentimento anti-inglese alla base del fenomeno rivoluzionario -

---

<sup>155</sup> Cfr. White, *op. cit.*, pp. 41-52; la tesi dell’anglicizzazione del diritto americano è invece criticata da Henretta, *op. cit.*, pp. 577-582.

<sup>156</sup> Cfr., ad es., F. W. Hall, *Common Law*, cit. p. 797; nonché Black, voce *United States Law: The Colonial Period. General Introduction and Historical Overview*, in *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford 2009, pp. 31-32.

<sup>157</sup> Sul mercantilismo come modello economico tipico del sistema imperial inglese nel XVII secolo si veda, ad es., Jones, *op. cit.*, pp. 19-22; Bailyn, Wood, *op. cit.*, pp. 132-134.

<sup>158</sup> In argomento cfr., Frank, *Historical Bases of the Federal Judicial System*, in *23 Ind. L. J.* 1948, pp. 240-242.

<sup>159</sup> Sul sistema di revisione e controllo esercitato dal *Privy Council* si veda Frank, *op. cit.*, pp. 239-240 e, più diffusamente, Smith, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York 1950, *passim*.

sono del resto anche nuovi rilevanti fenomeni sociali collocabili in questo periodo.

La seconda parte del XVIII secolo si caratterizza per un notevole dinamismo delle colonie sul piano economico, con il raggiungimento di importanti risultati commerciali. La società di agricoltori pionieri degli *early days* sembra ormai lontana; se non storicamente, almeno... geograficamente, in quanto quel tipo di colonizzazione "di frontiera", lungi dallo scomparire, si sposta progressivamente sempre più a ovest <sup>160</sup>. Per il resto, e soprattutto per le colonie atlantiche, l'evoluzione sociale appare ormai adeguata a regolamentazioni di rapporti economici di tipo più complesso. Di qui, un diffuso e crescente "bisogno di diritto"; un'esigenza rispetto alla quale, nelle parole di Grant Gilmore, "*English law was the only law that post-Revolutionary American lawyers knew anything about*" <sup>161</sup>. Risulta pertanto naturale che le *élite* americane tendano sempre più a rivolgersi alla grande tradizione del *common law* inglese per le soluzioni più opportune e convenienti da trapiantare nel Nuovo Mondo <sup>162</sup>.

Queste rinnovate esigenze di un'economia in forte sviluppo sono all'origine del nuovo rapporto con il diritto della madrepatria. E non solo, dal momento che - come già detto in parte - anche l'esperienza della pratica del diritto inglese risulta utile in sede coloniale e tale esperienza rende il trasferimento in America di alcuni membri dell'avvocatura inglese necessaria e gradita e professionalmente molto apprezzata dai nuovi americani. Il tutto nel contesto di un più ampio fenomeno che si colloca intorno alla seconda metà del secolo; ossia la cosiddetta immigrazione qualificata, spesso composta da *cavalier immigrant* in fuga dall'instabilità politica inglese e altrettanto spesso dotati di una buona preparazione di tipo giuridico <sup>163</sup>. Del resto, il mercato americano inizia ad aprirsi a prospettive di guadagno anche per avvocati inglesi

---

<sup>160</sup> Cfr. O. Handlin, L. Handlin, *op. cit.*, pp. 125-146.

<sup>161</sup> Cfr. Gilmore, *The Ages of American Law*, Chelsea MI 1977, p. 19.

<sup>162</sup> Sul complesso rapporto di ossequio e diffidenza delle *élite* intellettuali americane rispetto al *common law of England* cfr. Radin, *The Rivalry of Common Law and Civil Law Ideas in the American Colonies*, in *Law: A Century of Progress*, New York 1937, Vol. I, p. 404 ss.

<sup>163</sup> Cfr. Chroust, *op. cit.*, pp. 17-18; in argomento si veda anche, Henretta, *op. cit.*, p. 556 ss, spec. pp. 569-576.

incapaci di trovare spazio nella madrepatria; e, per converso, con crescente frequenza, sono i figli della ricca borghesia americana ad andare a istruirsi presso le *Inn of court* londinesi <sup>164</sup>. Anche per questa via, testi giuridici inglesi iniziano a diffondersi nel Nuovo Mondo - come dimostra il successo dei *Commentaries* di Blackstone o di *Coke on Littleton* - e, nello stesso periodo, a essere stampati direttamente nelle colonie <sup>165</sup>.

Tutti questi fattori, mentre contribuiscono a incrementare la circolazione del modello di *common law* inglese nelle e fra le colonie, segnano un momento fondamentale per lo sviluppo successivo del diritto americano post-rivoluzionario <sup>166</sup>.

## 2. (segue) ... e giurisdizione *in equity* nelle colonie americane

In questo quadro complesso e variegato di ricezione del modello inglese di diritto oltre atlantico, la vicenda dell'introduzione e dell'assestamento di una giurisdizione di *equity* nelle colonie americane costituisce un elemento di grande rilievo strutturale.

Proprio in questa prospettiva è appena il caso di ricordare che, quando nel corso del XVII secolo le colonie iniziano a confrontarsi con l'esigenza di configurare i propri ordinamenti giuridici, il sistema di giustizia di *equity* sviluppatosi intorno alla *Court of Chancery* rappresenta da tempo una presenza irrinunciabile all'interno dell'ordinamento inglese. La giurisdizione del Cancelliere, emersa come giurisdizione straordinaria basata su principi di equità e coscienza, in funzione di correttivo al rigore del *common law*, e progressivamente divenuta complementare rispetto a quest'ultimo, a partire dal XVI secolo è ormai identificabile come un sistema di amministrazione della giustizia distinto e autonomo. Un sistema - o piuttosto una giurisdizione - in quanto tale, dotato di propri principi, di precedenti giudiziari e di una propria

---

<sup>164</sup> Cfr. Chroust, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>165</sup> Sul problema della circolazione dei testi giuridici inglesi nelle colonie si veda, per tutti, Mattei, *op. cit.*, pp. 18-19, e pp. 27-32.

<sup>166</sup> Cfr. Chafee, *Book Review*, 57 *Harv. L. Rev.* 1944, spec. pp. 399 e 414; Kocourek, *op. loc. cit.*

procedura stabile e articolata <sup>167</sup>. Pertanto si può ben dire che, nel momento in cui inizia a diffondersi fra le colonie, il modello inglese di giustizia risulta già stabilmente caratterizzato da quella “dicotomia giurisdizionale” che ne esprime uno fra i tratti più singolari e tipici <sup>168</sup>.

È quindi comprensibile che tale duplicità di giurisdizione risulti sostanzialmente “naturale” ai coloni americani. In quanto abituati a confrontarsi con istituzioni di diritto inglese essi sono già, almeno in astratto, culturalmente attrezzati per accogliere un’organizzazione così particolare del sistema giurisdizionale. Il problema del recepimento del sistema di *equity* fra le colonie sembra però andare al di là della mera opportunità di conservare un assetto giurisdizionale per così dire tradizionale. Si tratta invero di una questione di ben altra portata e direttamente concernente la funzionalità e l’effettività del sistema giudiziario complessivamente considerato.

Le ragioni alla base della presenza di una doppia giurisdizione nell’ordinamento inglese finiscono infatti col riproporsi, quasi naturalmente, nei singoli ordinamenti coloniali, nel momento stesso in cui l’originario sistema di *common law* viene qui introdotto e recepito. L’opportunità di ragionare sull’introduzione nelle colonie di un sistema di *equity* risulta in effetti strettamente connessa alle stesse esigenze di correzione-temperamento dei difetti propri del *common law* da tempo avvertita nell’ordinamento inglese. E così pure, in qualche misura tipicamente, l’esigenza di superare l’inadeguatezza dei rimedi disponibili *at law*; rimedi suscettibili di garantire solo forme di tutela risarcitoria o restitutoria, oltre che di per sé inadeguate a consentire forme di tutela anticipata - cautelare nelle forme di una *injunction* <sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Per una visione diacronica sullo sviluppo della giurisdizione di *equity* in Inghilterra si veda, oltre a quanto più diffusamente nel Capitolo I, § 2 *supra*, Kittle, *Courts of Law and Equity – Why They Exist and Why They Differ*, in 26 *Va. L. Q.* 1919, p. 21 ss.; per riferimenti generali sull’esperienza americana di *equity* si rinvia a quanto nella letteratura italiana e, segnatamente, a Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, p. 135 ss; Hazard, Taruffo, *op. cit.*, pp. 22-34; Sereni, *L’equity negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, spec. pp. 311 ss; nonché Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione civile*, VI, Torino 1990, pp. 327-328.

<sup>168</sup> La definizione è presa a prestito da Millar, *op. cit.*, p. 31.

<sup>169</sup> Cfr., ad es., Millar, *op. cit.*, p. 32; Walsh, *The Growing Function of Equity in the Development of Law*, in *Law: A Century of Progress*, New York 1937, Vol. I, p. 404 ss.

In sostanza, nel XVII secolo recepire un sistema giurisdizionale di *common law* senza affiancarvi il relativo “correttivo” rappresentato dall’*equity* avrebbe significato recepire un modello mutilato e in larga parte privo della dovuta effettività.

Un simile discorso sembra del resto valere anche sotto un profilo ulteriore rispetto a quello della tutela, e concernente propriamente la tecnica processuale e istituti tipici della procedura in *equity*. Ci si riferisce all’opportunità di recepire anche quel ricco bagaglio di strumenti processuali elaborati all’interno della *Court of Chancery* e divenuti caratterizzanti della procedura ivi seguita, specie con riferimento alle fasi di trattazione e di istruzione probatoria. Si pensi, banalmente, a istituti quali il litisconsorzio o alla tecnica del *bill* semplificato per introdurre la controversia; ma soprattutto a strumenti davvero indispensabili in una prospettiva di corretta trattazione e istruzione della causa quali il *discovery*, o - di particolare rilievo rispetto al fine del presente lavoro - la possibilità di coinvolgere, anche mediante delega di funzioni e attività, soggetti para giurisdizionali come il *Master* nella trattazione - istruzione della controversia <sup>170</sup>.

Anche con riferimento a questo tipo di elementi caratteristici, il problema del recepimento del modello di *equity* esprime dunque l’esigenza di dotare o non un modello processuale di idonei strumenti di chiarificazione dell’oggetto della causa, di corretto accertamento della verità dei fatti e di efficiente gestione del processo <sup>171</sup>. Appare quindi evidente la pressoché assoluta inevitabilità della questione. E si capisce anche come l’esigenza di dotarsi di un sistema di *equity* - e quindi, eventualmente, di un organo *ad hoc* che eserciti la

---

<sup>170</sup> Il tema è trattato in maniera accurata, riferita soprattutto alla straordinaria influenza esercitata dal modello di *equity procedure* sulla disciplina del processo civile federale statunitense dal fondamentale saggio di Subrin, *How Equity Conquered the Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.* 1987, p. 909.

<sup>171</sup> In ragione di queste specifiche esigenze si svilupperà nelle corti federali di *equity* americane, a partire dal XIX secolo, una vera e propria *auxiliary jurisdiction*, intesa a fornire, in via ausiliaria appunto, anche nelle controversie *at law*, lo strumentario di tipo trattatorio e istruttorio tipico del processo di *equity*; sul tema, sul quale comunque si ritornerà nel corso del successivo paragrafo, si veda, ad es., Pomeroy, *A Treatise on Equity Jurisprudence as Administered in the United States of America*, San Francisco - New York 1918, Vol I, p. 259 ss; Rush, *The Essentials of Equity Pleading and Practice - State and Federal*, 3rd ed., Chicago 1919, p. 17; e, nella letteratura italiana, Dondi, *op. cit.*, p. 151 ss.

relativa giurisdizione - sia avvertita sin dai primi decenni di storia degli insediamenti coloniali atlantici <sup>172</sup>.

In sintesi si può affermare che, pur con forme e intensità diverse da colonia a colonia, le esigenze di giustizia espresse dalla popolazione frequentemente si convertono nella richiesta, più o meno esplicita, di introdurre rimedi e strumenti tipici dell'*equity*; quando non - invero, più raramente - di stabilire una vera e propria *Court of Chancery* <sup>173</sup>.

Le considerazioni svolte in precedenza circa la natura regionale e particolare del diritto coloniale americano sembrano peraltro valide anche con riferimento allo specifico tema del recepimento dell'*equity*. In altri termini, anche rispetto all'*equity*, le soluzioni alle quali concretamente ricorrono i diversi sistemi coloniali sono spesso molto divergenti fra loro, oltre che cronologicamente non sovrapponibili <sup>174</sup>.

Pur senza pretendere di fornire un quadro completo di quanto si configura come un vero e proprio *puzzle*, basti considerare ad esempio che alcune colonie (e il discorso vale in generale anche per il periodo post-coloniale, quando le colonie diventano Stati indipendenti) non hanno mai avuto una giurisdizione di *equity*. Così, ad esempio, il Massachusetts <sup>175</sup> ma anche, salvo una breve parentesi, la Pennsylvania <sup>176</sup>. E ciò mentre in altre colonie, ad esempio nel New Jersey e in numerose colonie del Sud, vengono regolarmente istituite Corti di *Chancery*, con devoluzione alle stesse della giurisdizione in *equity* <sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> Cfr., anche per ampi richiami bibliografici in nota, Main, *Traditional Equity and Contemporary Procedure*, in 78 *Walsh L. Rev.* 2003, spec. p. 449 ss; Surrency, *The Courts in the American Colonies*, in 11 *Am. J. Legal Hist.* 1967, p. 271 ss.

<sup>173</sup> Per un riscontro di tale atteggiamento si veda Wilson, *Courts of Chancery in America - Colonial Period*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 226 ss.

<sup>174</sup> In tema si veda Wilson, *op. cit.*, p. 226 ss.

<sup>175</sup> Per le vicende dell'*equity* in Massachusetts si veda Woodruff, *Chancery in Massachusetts*, in 5 *L. Q. R.* 1889, p. 379 ss e, in particolare sul periodo coloniale pre-rivoluzionario, pp. 370-377.

<sup>176</sup> In Pennsylvania, fatta salva la breve parentesi all'inizio del XVIII secolo, durante la quale presso la colonia fu istituita una *Court of Chancery*, erano le corti *at law* a fornire, all'occorrenza rimedi in forma equitativa; su tale esperienza si veda Fisher, *The Administration of Equity through Common Law Forms in Pennsylvania*, in AA VV, *Select Essays in Anglo-American Legal History*, II, Boston 1908, p. 257 ss; Hitchler, *A History of Equity in Pennsylvania*, in 37 *Dickinson Law Review* 1933, p. 156 ss; e, per una trattazione storica più approfondita, Rawle, *Equity in Pennsylvania*, Philadelphia 1868, *passim*.

<sup>177</sup> Cfr. Wilson, *op. cit.*, pp. 241-243; Friedman, *op. cit.*, pp. 51-53.



Su tali diverse esperienze, come pure sulle ragioni della presenza o non di giurisdizioni di *equity*, è ipotizzabile che abbiano influito fattori diversi e contingenze storiche di vario tipo. Fra queste ultime occorre considerare anzitutto la difficoltà connessa al recepimento di un'istituzione complessa e strutturata come la *Court of Chancery* inglese in un contesto che, pur nella sua vitalità, risulta per certo molto arretrato rispetto alla madrepatria inglese<sup>178</sup>. E ciò anche in ragione della già segnalata carenza, almeno fino alla seconda metà XVIII secolo, di un ceto di giuristi e *lawyer* nei territori delle colonie americane.

Più in generale, si devono comunque rilevare frequenti e diffuse resistenze alla penetrazione del modello inglese di *equity* nelle colonie; resistenze connesse per lo più a sentimenti di diffusa avversione e di pregiudizio intorno all'istituzione della *Court of Chancery*, proprio per la sua intrinseca natura di emblema della cultura, ancorché giuridica, inglese<sup>179</sup>. Un'avversione tanto diffusa e radicata da emergere ricorrentemente, specie nel periodo rivoluzionario, ma anche in seguito<sup>180</sup>.

Al riguardo è solo il caso di rammentare che, mentre il *common law* viene percepito da ampi strati della società americana come un complesso di principi e di garanzie a tutela delle libertà individuali dei cittadini inglesi contro l'arbitrio della monarchia, l'*equity* per converso, in quanto riconducibile a una forma di *prerogative jurisdiction* regia, appare come l'espressione tipica del potere monarchico e - non di rado - come uno strumento di potere arbitrario<sup>181</sup>.

Sono molteplici e variamente modulate da colonia a colonia le ragioni di tale diffidenza. E occorre subito rilevare che, anche a questo proposito, si registra una sostanziale divaricazione di approccio fra le colonie del New

---

<sup>178</sup> Cfr. K. L. Hall, *The Magic Mirror*, cit., pp. 21-22.

<sup>179</sup> Cfr., ad es., Von Moschzisker, *Equity Jurisdiction in the Federal Courts*, in 75 *U. Pa. L. Rev.* 1926, pp. 289; e ampiamente, Beale, *Equity in America*, in 1 *Cambridge L. J.* 1921-1923, pp. 21-24.

<sup>180</sup> Di un generale "*distrust*" nei confronti dell'*equity* nel periodo coloniale parla espressamente *How Equity Conquered the Common Law*, cit. pp. 926-929. Si ritiene che il definitivo "sdoganamento" culturale del sistema di *equity* sia avvenuto solo nel XIX secolo in seguito alla pubblicazione delle opere del più grande studioso americano della materia, Justice Story; in questo senso cfr. Beale, *op. cit.*, p. 24.

<sup>181</sup> Cfr., ad es., Von Moschzisker, *op. cit.*, pp. 287-289.

England e quelle del Sud <sup>182</sup>. Negli insediamenti puritani del Nord, e in primo luogo in Massachusetts, il modello di *equity* sconta in genere soprattutto un tenace pregiudizio di matrice religiosa. Un pregiudizio che in gran parte esprime l'avversione risalente al retaggio della "rivoluzione puritana" per l'assetto complessivo delle istituzioni inglesi, con la quale ben si concilia l'individuazione nella *Court of Chancery* di uno strumento appunto di arbitrio, per lo più corrotto, e oltretutto caratterizzato da procedure lente, costose e sostanzialmente mal funzionanti <sup>183</sup>.

Tale approccio di rigetto sembra tuttavia giustificarsi anche sotto il profilo del sentimento religioso. Alcuni dei principi fondanti la giurisdizione di *equity* vengono infatti percepiti come inconciliabili con la rigida morale puritana. Così per la nozione di *petition* o *bill* mediante cui si introduce la controversia in *equity*. La definizione stessa di *petition* come "supplica" integra infatti un'idea del tutto estranea all'approccio caratteristico dei gruppi religiosi che nel XVII secolo colonizzano il New England. Appare in sostanza del tutto inconciliabile con la visione del singolo come libero di fronte alla divinità senza nessuna necessità di tramite ulteriore, fondamento del puritanesimo, l'idea di un'invocazione rivolta a un'autorità superiore <sup>184</sup>.

Ma esistono anche altre ragioni di rifiuto connesse a profondi sentimenti di morale religiosa. Nella più intima natura dell'*equity* sembra in effetti consistere un elemento profondamente contrario all'etica protestante e, soprattutto, alla sua accezione puritana. La finalità principale dell'*equity* di offrire una correzione rispetto al rigore della legge, anche mediante il ricorso a massime e principi di equità e coscienza, appare infatti difficilmente conciliabile con l'individualismo etico tipico del puritanesimo e con la relativa concezione dell'uomo libero e padrone del proprio futuro <sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. Friedman, *op. cit.*, pp. 51-53; König, *Regionalism in Early American Law*, p. 173 ss.

<sup>183</sup> Per un'ampia illustrazione della questione si veda Prall, *Chancery Reform and the Puritan Revolution*, in 6 *Am. J. Legal Hist.* 1962, p. 28 ss.

<sup>184</sup> Cfr. Harrington Putnam, *Early Administration of Equity in this Country*, in 90 *Cent. L. J.* 1920, pp. 423-426.

<sup>185</sup> In generale sul puritanesimo americano si veda, ad es., Bercovitch, *America puritana*, Roma 1992, *passim*; in particolare sull'individualismo puritano si veda, ad es., Hofstadter, *Società e intellettuali in America*, Torino 1968, p. 65 ss.

Un uomo che si pretende, pienamente responsabile delle proprie azioni, e al quale Dio ha ritenuto di assegnare certe caratteristiche e qualità, in ragione delle quali è l'individuo l'unico artefice dei propri successi e dei propri fallimenti. Ma proprio in quanto libero, l'uomo deve andare incontro alle conseguenze derivanti dalle sue azioni, senza possibilità di correttivi. Dovendo subire le conseguenze del rigore del *common law*, dovrà per così dire subirle fino in fondo, in una prospettiva priva di aiuti per i più deboli e meno previdenti. E ciò neppure quando tali aiuti si configurino come correttivi provenienti da un organo di giustizia, come appunto la giurisdizione di *equity*. La capacità dell'*equity* di incidere sul rigido regime delle responsabilità individuali, tipico dell'etica puritana, la rende pertanto fortemente invisa alle società come quelle coloniali americane tipicamente informate a tale etica <sup>186</sup>.

Ma oltre a questo dato etico-religioso, avvertito soprattutto fra le colonie del New England, esistono anche altre ragioni per una tanto diffusa avversione rispetto all'istituzione di corti di *equity* o di *Chancery* nei territori americani. Tali ragioni concernono più intimamente la stessa struttura disciplinare del procedimento in *equity* e, segnatamente, una fra le sue caratteristiche principali, come la presenza di un giudice "tecnico", unico organo decidente del fatto e del diritto, impersonato dal Cancelliere. Il tutto con una drastica e assoluta eliminazione in tale *modus procedendi* della giuria come giudice del fatto <sup>187</sup>.

Il carattere popolare della giustizia di *common law*, derivante dal coinvolgimento diretto dell'"uomo della strada" attraverso l'istituzione della giuria viene avvertito, specie dalla popolazione delle colonie americane, come una essenziale garanzia di controllo sul corretto esercizio del potere giurisdizionale <sup>188</sup>. E una circostanza come questa assume in quel contesto una

---

<sup>186</sup> Cfr. Pound, *The Spirit of Common Law*, Francetown 1921, pp. 52-54; oltre a cenni sul tema in König, *Regionalism in Early American Law*, p. 175.

<sup>187</sup> In argomento si veda, ad es., fra molti possibili, Langbein, *Bifurcation and the bench: The influence of the jury on the English conceptions of the judiciary*, in Brand, Getzler (editors) *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law From Antiquity to Modern Times*, Cambridge, 2012, pp. 72-76; Von Mehren, Murray, *Law in the United States*, Cambridge 2007, pp. 206-230.

<sup>188</sup> Cfr., in una letteratura a dir poco vasta sull'argomento, il classico Scott, *Trial by Jury and the Reform of Civil Procedure*, in 5 *Harv. L. Rev.* 1918, pp. 676-677; nonché Nelson, *The Americanization*, cit., pp. 20-21.

valenza anche maggiore in quanto si traduce nella possibilità per i coloni di provvedere essi stessi all'esercizio dell'attività giurisdizionale, oltre che di un controllo sul potere giurisdizionale; con ciò riducendo significativamente il rischio di un suo esercizio arbitrario da parte di poteri estranei e lontani, come *in primis* quello regio<sup>189</sup>. È pertanto quasi inevitabile che l'assenza di *jury system* nel processo di *equity*, venga percepita come contigua ad un esercizio discrezionale della giustizia, svincolato da ogni possibilità di controllo a base popolare<sup>190</sup>.

Una prospettiva tanto più allarmante se si considera che, fra le colonie che hanno conosciuto l'istituzione di *Courts of Chancery*, il ruolo di Cancelliere viene generalmente ricoperto dal Governatore della singola colonia, come è noto, nominato direttamente dal sovrano. Per questo complesso di ragioni, le giurisdizioni di *equity* tendono ad essere viste dai coloni, piuttosto che come un efficiente strumento di giustizia, come un'efficace strumento per il perseguimento di finalità politiche da parte delle autorità inglesi. Del resto, celebri episodi della storia coloniale confermano la concretezza del rischio accennato. Le vicende della *Court of Chancery* nella colonia di New York in relazione al cosiddetto *Cosby Case* rappresentano l'epitome dell'asservimento della giurisdizione di *equity* a scopi politici o addirittura privati del Governatore<sup>191</sup>.

Posto questo stato di cose e le connesse difficoltà di diffusione della giurisdizione in *equity* in area americana, si deve tuttavia registrare intorno alla metà del XVIII secolo un vero e proprio *revirement* a questo riguardo. Diversi fattori si collocano alla base della diffusione proprio in tale area di un

---

<sup>189</sup> In proposito, ad es., Beale, *op. cit.*, p. 23; Subrin, *How Equity Conquered the Common Law*, cit., p. 929.

<sup>190</sup> Cfr., ad es., Von Moschzisker, *op. cit.*, p. 289.

<sup>191</sup> Il riferimento è alle vicende occorse nella colonia di New York durante gli anni '30 del XVIII secolo, quando il Governatore Cosby, al fine di recuperare i compensi che, in sua assenza, erano stati percepiti dal suo sostituto, durante il periodo di vacanza dell'incarico di governatore, arrivò a istituire *d'embée* una corte di *equity* proprio al fine specifico di evitare un processo con giuria e conseguentemente di poter pilotare la sentenza in senso a sé favorevole. L'organo rappresentativo della colonia si oppose strenuamente a tale tentativo, affermando risolutamente che l'istituzione di una *Court of Chancery* senza il consenso dell'Assemblea "*is contrary to law, unwarrantable, and of dangerous consequence to the liberties and properties of the people*" cfr. Wilson, *op. cit.*, pp. 238-241; cfr. Smith, Hershkovitz, *Courts of Equity in the Province of New York: The Cosby Controversy, 1732-1736*, in 16 *Am. J. Legal Hist.* 1972, p. 1 ss.

atteggiamento diverso nei confronti dell'*equity*; un atteggiamento che si configura come l'effettivo superamento della diffidenza e dei pregiudizi, alcuni dei quali certamente legittimi, fino ad allora esistenti a tale riguardo.

Ragioni economiche e sociali sono, anche in questo caso, alla base di tale mutamento. La maggiore articolazione dei rapporti economici, e il conseguente maggiore formalismo nelle interrelazioni fra privati inducono a riconsiderare l'opportunità di dotarsi di una giurisdizione che mitighi i rigori del *common law*. Senza contare che, all'interno di una società sempre più complessa come quella coloniale della seconda metà del XVIII secolo, le ragioni della presenza di una giurisdizione di *equity*, specie nelle tradizionali aree di giurisdizione esclusiva (si pensi banalmente al *trust* o ad ampie aree dell'illecito civile, o ancora all'esecuzione in forma specifica di obbligazioni contrattuali), iniziano a costituire esigenze sempre più concretamente avvertite <sup>192</sup>.

È in questo periodo - e soprattutto in quello immediatamente successivo della costituzione di una nazione americana - che si realizza anche la fondamentale premessa politico-istituzionale per l'istituzione di una giurisdizione di *equity*. Sulla scorta della diffusione delle idee di Montesquieu e del *turmoil* politico seguito alla Rivoluzione inglese, nel mondo americano viene affermandosi con particolare vigore il principio - sino ad allora pressoché ignorato - della separazione dei poteri. E la possibilità di istituire corti di *Chancery / equity* distinte dal potere esecutivo costituisce un essenziale presupposto per considerare con minor apprensione e sfiducia la giurisdizione di *equity* <sup>193</sup>. Non è un caso quindi che alcuni fra i primi interventi normativi a livello federale in materia di giustizia civile riguardino proprio la procedura di *equity* applicabile nelle corti federali.

---

<sup>192</sup> Per considerazioni in tal senso cfr. K. L. Hall, *The Magic Mirror*, cit., pp. 21-22; sulle materie comprese nella giurisdizione esclusiva di *equity* si veda ad es. James, Hazard, Leubsdorf, *Civil Procedure*, 4<sup>th</sup> ed., New York 2001, pp. 17-20; ma anche Sereni, *op. cit.*, p. 1112 ss.

<sup>193</sup> Cfr. K. L. Hall, *op. ult. cit. loc. cit.*; e con particolare riferimento al fenomeno della separazione dei poteri, Gerber, *A Distinct Judicial Power – The Origins of an Independent Judiciary: 1606-1787*, New York 2011, *passim*; e nella letteratura italiana Volterra, *L'indipendenza del giudice negli Stati Uniti d'America*, Milano 1970, pp. 1-11.

### 3. *Equity procedure* nell'ordinamento statunitense federale post-rivoluzionario

Nel 1787, quando la Convenzione Costituzionale si riunisce a Philadelphia per discutere del contenuto della nuova Costituzione degli Stati Uniti d'America, l'adesione di tutti i tredici stati americani al riconoscimento di forme di tutela di *equity* appare ormai consolidata<sup>194</sup>. A seconda delle diverse "sensibilità" manifestate dai singoli stati americani - e delle quali si è sinteticamente detto nel paragrafo precedente - la cognizione delle controversie riconducibili all'*equity jurisdiction* e la relativa possibilità di concedere i rimedi tipici dell'*equity* vengono rimesse o a corti *ad hoc* di *equity* o di *Chancery* ovvero, in mancanza di istituzioni simili, alle corti di *common law*<sup>195</sup>. La tendenza in ogni caso prevalente nella maggioranza degli stati è ad attribuire alle corti statali la giurisdizione sia delle controversie *at law*, sia di quelle *in equity*; le stesse corti, pertanto, decidono sia in qualità di giudici di *equity* sia di giudici di *common law*. Un unico *corpus* giudiziario, quindi, che di fatto conosce e decide come se si trattasse di due organi distinti, seguendo diverse procedure<sup>196</sup>.

Si può dunque fare risalire a tale diffusione e stabile assestamento a livello statale la ragione dell'immediato riscontro all'interno della Costituzione degli Stati Uniti dell'*equity jurisdiction*; il che avviene mediante il riconoscimento espresso del carattere per così dire duplice della giurisdizione civile americana nell'*Article III* della Costituzione, che attribuisce al giudiziario il potere

---

<sup>194</sup> Cfr. Kroger, *Supreme Court Equity, 1789-1835, and the History of American Judging*, in 34 *Hous. L. Rev.* 1998, pp. 1438-1440.

<sup>195</sup> All'epoca della Rivoluzione gli Stati con una distinta corte di *Chancery* erano Alabama, Delaware, Mississippi, New Jersey, New York, South Carolina e Tennessee; si tratta di un duplice ordine di corti statali che oggi persiste solo negli stati del Delaware, Mississippi e Tennessee, dal momento che gli altri - a partire dallo stato di New York nel 1846 - hanno abolito le corti di *Chancery*.

<sup>196</sup> Cfr. James, Hazard, Leubsdorf, *op. cit.*, p. 21; Friedman, *op. cit.*, pp. 143-144; Subrin, *How Equity Conquered the Common Law*, cit., p. 928; Hoffer, *The Law's Conscience: Equitable Constitutionalism in America*, Chapel Hill 1990, pp. 49-51. Per completezza, occorre dare altresì conto dell'esperienza di alcuni stati, e in particolare della Georgia che, con grande anticipo rispetto a quanto avverrà intorno alla metà del XIX Secolo nello stato di New York - e solo nel 1938 a livello federale - realizza la fusione fra *common law* ed *equity*, eliminando di conseguenza ogni distinzione fra azioni *at law* e in *Equity*, cfr. Millar, *op. cit.*, pp. 40-41; Friedman, *op. cit.*, p. 142.

generalizzato di conoscere e di decidere ogni controversia, sia di *equity* sia di *common law*<sup>197</sup>. Si può pertanto dire che l'*enactment* della Costituzione federale segna il definitivo e solenne riconoscimento della circostanza per cui, anche nell'ordinamento statunitense, l'esercizio della giurisdizione si regge ormai stabilmente su due distinti "pilastri".

Altre fonti, di livello per lo più legislativo, costituiscono tuttavia il vero e necessario referente per la verifica di come tale formale consacrazione dell'*equity* influisca sull'organizzazione delle corti federali. E ciò essenzialmente in ragione della rimessione al Congresso degli Stati Uniti da parte dei costituenti della responsabilità di provvedere alla concreta istituzione, organizzazione e disciplina delle corti federali "inferiori"<sup>198</sup>. A costituire il primo di tali referenti normativi, in quanto provvedimento attuativo di fonte legislativa, è anzitutto il cosiddetto *Federal Judiciary Act* del 1789, a tutti gli effetti la "norma originale" del sistema giudiziario federale statunitense, di poco successivo alla Costituzione<sup>199</sup>.

In esso sembra netta la scelta in favore della soluzione all'epoca più diffusa fra gli stati americani, ossia della concentrazione di *common law* ed *equity* in capo a un unico giudice. Una scelta che consente al legislatore di recepire il dato ormai acquisito della duplicità di giurisdizione e, al contempo, di garantire la sostanziale unitarietà del giudiziario federale<sup>200</sup>. Pertanto, è lo stesso giudice federale di primo grado, segnatamente la *district court*, a conoscere sia le controversie di *equity* sia di *common law*, assumendo la funzione ora di *chancellor* ora di *common law judge*<sup>201</sup>. Il legislatore statunitense - con una scelta che discostandosi nettamente dal modello

---

<sup>197</sup> U.S. Constitution, Art. III, Section 2, che così sancisce: "The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority [...]"; cfr. Hopkins, *The New Federal Equity Rules*, Cincinnati 1913, p. 2.

<sup>198</sup> A intendere ogni altra corte federale oltre alla Corte Suprema. La disposizione alla quale si fa riferimento in particolare mediante la previsione di cui a U.S. Constitution, Art. I, Section 8 ove è stabilito che: "The Congress shall have the power [...] to constitute tribunals inferior to the Supreme Court". In proposito cfr. Hazard, Taruffo, *op. cit.*, pp. 50-54.

<sup>199</sup> L'indicazione corretta è: *An Act to Establish the Judicial Courts of the United States*, September 24, 1789. In argomento si veda ampiamente Wheeler, Harrison, *Creating the Federal Judicial System*, 3rd ed., Washington 2005, *passim*.

<sup>200</sup> Cfr. James, Hazard, Leubsdorf, *op. loc. cit.*.

<sup>201</sup> In questi termini, Main, *op. cit.*, p. 450.

organizzativo inglese appare emblematica della maturità raggiunta dell'ordinamento americano - mostra quindi di ritenere che il riconoscimento del carattere duplice della giurisdizione non comporti la necessaria istituzione di un sistema di corti separate di *equity* e di *common law*, ma possa essere conservato nel contesto di un unico giudiziario <sup>202</sup>.

In tal modo viene realizzata una configurazione sostanzialmente duplice e alternativa della giurisdizione federale. Una scelta che si sostanzia anche alla previsione di regole processuali distinte, a seconda che la controversia introdotta davanti al giudice federale sia riconducibile all'una o all'altra giurisdizione, e quindi debba essere conosciuta e decisa dallo stesso giudice in una veste o nell'altra <sup>203</sup>. È infatti da ritenersi del tutto estranea alla cultura dell'epoca qualsiasi idea di fusione (*merger*) fra le due discipline processuali di *equity* e di *common law* <sup>204</sup>.

Pur in questo quadro di riconoscimento costituzionale dell'*equity jurisdiction*, occorre in ogni caso rilevare che il radicato sentimento di sfiducia e sospetto del cittadino americano nei confronti di questa giurisdizione sembra conservare - almeno per tutto il XVIII secolo - gran parte della sua carica. Circostanza abbondantemente spiegabile, se si pensa che l'istituzione delle corti federali segue infatti di pochi anni il periodo rivoluzionario e che, pertanto, il sentimento anti inglese - anche nella forma del rifiuto pregiudiziale degli istituti più tipici del sistema giuridico inglese - risulta ampiamente diffuso per tutto l'ultimo decennio del secolo. È alla luce di questo spirito di diffidenza che si devono quindi interpretare alcune specifiche previsioni del *Judiciary Act* del 1789; previsioni chiaramente intese a limitare la portata dell'*equity jurisdiction* a livello federale.

Due aspetti in particolare meritano qui un richiamo.

---

<sup>202</sup> Cfr. Street, *Federal Equity Practice: A Treatise on the Pleadings Used and Practice Followed in Courts of the United States in the Exercise of Their Equity Jurisdiction*, New York 1909, pp. 3-4.

<sup>203</sup> In particolare, le controversie federali in *equity* non seguivano le regole del processo di *common law* e, prima dell'introduzione della prima disciplina processuale federale relativa (ma in buona parte anche successivamente come vedremo), si ispiravano largamente alla prassi in uso presso la *High Court of Chancery* inglese; sul punto si veda più ampiamente *infra*.

<sup>204</sup> Il problema del *merger* verrà affrontato nel Capitolo III, *infra* al quale pertanto si rinvia.



Per un verso, va sottolineato il tentativo di intervenire in materia di diritto delle prove e, segnatamente, con riguardo alle modalità di assunzione delle prove testimoniali tipiche dell'*equity*. Una circostanza chiaramente ispirata a rendere tali modalità - notoriamente implicanti le nozioni di segretezza e di scrittura - più prossime ai metodi propri del *common law*, al fine di consentire maggiore trasparenza e possibilità di controllo; un dato sul quale occorrerà tornare fra breve nel corso del successivo paragrafo <sup>205</sup>. Per altro verso, sembra importante segnalare la chiara volontà del legislatore americano di attribuire all'*equity jurisdiction* una dimensione di sostanziale residualità rispetto alla giurisdizione di *common law*.

Si tratta di una tendenza che sembra implicita in un particolare dato normativo. All'interno del *Judiciary Act* è infatti presente una clausola che di fatto limita fortemente la possibilità di accesso alla giurisdizione federale di *equity*, mediante l'introduzione di una sorta di filtro di "adeguatezza", cosiddetto *adequacy test* <sup>206</sup>. In base a tale previsione, l'accesso alla giurisdizione in *equity*, e quindi alle relative forme di tutela, è vincolato alla preventiva verifica dell'eventuale presenza e astratta adeguatezza di rimedi disponibili *at law*, alternativi a quelli richiesti *in equity*. In tale prospettiva è quindi evidente che la possibilità di ottenere una forma di tutela di *equity* è intesa come del tutto residuale e limitata alle sole ipotesi in cui manchino forme di tutela adeguate *at law*.

La *ratio* di una simile previsione appare di per sé chiara: perseguire la massima limitazione e il contenimento della giurisdizione di *equity* a beneficio di quella *at law*. In sintesi, sembra di poter affermare che, nell'impostazione del *Judiciary Act* del 1789, l'*equity jurisdiction* si configuri come una sorta di

---

<sup>205</sup> La disposizione alla quale si fa riferimento è quella del *Federal Judiciary Act 1789, Section 30*; cfr. § 4, *infra*.

<sup>206</sup> Cfr. Surrency, *History of the Federal Courts*, New York 2002, pp. 231-232; Arnold, *Law and Equity in the Federal Courts*, in 7 *Ky. L. J.* 1919, p. 15 ss; Main, *op. cit.*, pp. 451-452; Pomeroy, *op. cit.*, Vol. I, p. 216 ss; in particolare, la previsione alla quale ci si riferisce è contenuta nel Chapter 20, § 11 e stabilisce che "*suits in equity shall not be sustained in either of the courts of the United States, in any case where plain, adequate and complete remedy may be had at law*".

male necessario, con il quale si deve convivere, limitandone però gli effetti e le influenze negative<sup>207</sup>.

A un'analisi più attenta occorre tuttavia anche considerare come la previsione di tale filtro di adeguatezza, al di là della contrapposizione ideologica nei confronti del sistema inglese di *equity*, si combini con l'esigenza di affermare in maniera positiva garanzie di base molto coerenti con i valori statunitensi; è il caso soprattutto del *right to jury trial*, tipico del processo *at law*<sup>208</sup>.

Il VII emendamento, che notoriamente sancisce tale diritto a livello costituzionale, viene infatti approvato solo due anni dopo il *Judiciary Act*, ossia nel 1791<sup>209</sup>. La previsione qui di una sorta di clausola di adeguatezza che, in presenza di un rimedio astrattamente adeguato *at law*, preveda comunque la garanzia di un processo nelle forme del *common law* anziché secondo quelle di *equity*, risulta pertanto coerente con questa esigenza e per così dire anticipa in sede di *Judiciary Act* la successiva previsione costituzionale<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Occorre specificare come l'operatività della *adequacy clause* fosse di fatto limitata alla sola *concurrent jurisdiction*, ossia all'area di diritti che potevano essere di cognizione sia del giudice di *common law*, sia del giudice di *equity*. In tale ambito, l'esigenza di applicare una procedura o l'altra seguiva quindi il criterio dell'adequazione del rimedio prospettabile. A fianco alla giurisdizione "concorrente", i giudici di *equity* (*rectius*: il giudice federale in veste di giudice di *equity*) avevano poi giurisdizione esclusiva in una serie di materie, cosiddetta *exclusive jurisdiction*. In tale ambito rientravano i diritti azionabili solo in *equity*, rispetto ai quali il *common law* era del tutto inidoneo a fornire qualsivoglia tutela giurisdizionale, come ad esempio in materia di *Trust*. Il quadro è completato dalla cosiddetta *auxiliary jurisdiction*, alla quale si è già accennato alla nota 49, *supra*. Si tratta di una forma di giurisdizione del tutto servente rispetto al *common law* e intesa a fornire ai soggetti che agivano *at law*, gli strumenti processuali tipici del processo di *equity*, e in particolare i meccanismi di *discovery* documentale. In questo specifico ambito, colui che fosse stato parte in una controversia *at law*, poteva proporre apposito *bill in equity* al fine di ottenere dal giudice un ordine, ad es. di *discovery*, al fine di obbligare la propria controparte o un terzo a esibire in giudizio i documenti necessari per accertare i fatti di causa.

<sup>208</sup> Cfr. Whitehouse, *Equity Practice - State and Federal*, Chicago 1915, p. 28.

<sup>209</sup> Sul diritto costituzionale ad avere un processo (civile) con giuria, fra una letteratura comprensibilmente vastissima, si rinvia al riferimento davvero classico James, *Right to Jury Trial in Civil Actions*, in 72 *Yale L. J.* 1963, p. 655 ss; ma anche, con particolare attenzione al problema del rapporto fra giurisdizione di *equity* e *jury trial*, Hazard, Chesnin, *Chancery Procedure and the Seventh Amendment: Jury Trial of Issues in Equity Cases before 1791*, in 83 *Yale L. J.* 1974, p. 999 ss; oltre alla replica di Langbein, *Fact Finding in the English Court of Chancery: A Rebuttal*, in 83 *Yale L. J.* 1974, p. 1620 ss.

<sup>210</sup> È un fatto, del resto, che l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza intorno alla nozione di "*plain, adequate and complete remedy*", in seguito alla costituzionalizzazione del diritto al processo con giuria nei giudizi di *common law* e, soprattutto, dopo il *merger* fra *law* ed *equity* realizzato nel 1938 sia stata piuttosto flessibile, riconoscendo con sempre maggiore frequenza

In ogni caso, la “*prevalent anglophobia*” che nel periodo post rivoluzionario sembra in qualche misura informare le scelte di politica legislativa della nuova nazione viene ad esaurirsi in breve tempo <sup>211</sup>. E in contemporanea tende anche a mitigarsi il diffuso pregiudizio verso il sistema di *equity* complessivamente considerato. Più forti di ogni pregiudizio risultano invero le istanze di tutela che rischierebbero di rimanere irrimediabilmente insoddisfatte senza la possibilità di azionare diritti anche con le forme e le modalità tipiche dell’*equity procedure*. Dall’originario *distrust* si passa in definitiva, e piuttosto rapidamente, a una significativa rivalutazione del sistema di *equity* e del modello processuale da esso espresso <sup>212</sup>.

Il mutamento di approccio rispetto al modello giuridico inglese si rivela invero un presupposto essenziale per la configurazione della disciplina processuale di *equity* applicata presso le corti federali statunitensi. Ciò essenzialmente in ragione del modo della creazione del giudiziario federale statunitense, avvenuta senza la contestuale elaborazione di normative processuali applicabili presso quelle stesse corti federali. In altri termini, il legislatore del periodo di formazione della nazione sembra essenzialmente occuparsi del dato strutturale, sostanzialmente tralasciando quello funzionale; vengono insomma istituite le corti ma si tralascia il problema del processo, sia esso di *common law* o di *equity*.

Occorre tuttavia segnalare che si assiste sotto vari profili a un diverso approccio fra le due giurisdizioni. Con riferimento al processo *at law*, la tendenza è infatti a prevedere che nei giudizi davanti alle corti federali si adottino le procedure vigenti nello stato in cui si trova la corte federale adita <sup>213</sup>. Diversa, e decisamente più problematica, è invece l’individuazione del rito applicabile nei giudizi *in equity*. Al riguardo, la tendenza è ad escludere da subito il riferimento al modesto patrimonio del giudiziario coloniale. Il che sembra spiegabile con la circostanza, di per sé ovvia, che non tutti gli stati

---

la sostanziale insufficienza del risarcimento del danno, tipico rimedio di *common law*, cfr. Sereni, *op. cit.*, pp. 1144-1145.

<sup>211</sup> Cfr. Gilmore, *op. cit.*, p. 22.

<sup>212</sup> In proposito si rinvia a Kessler, *Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to Adversarial*, in 90 *Cornell L. Rev.* 2005, p. 1204.

<sup>213</sup> Cfr. Millar, *op. cit.*, pp. 57-60; James, Hazard, Lebsdorf, *op. cit.*, pp. 23-24.

americani erano dotati di *Chancery court*, o comunque, di una corte formalmente dotata di giurisdizione in *equity*<sup>214</sup>.

Al momento dell'adozione del *Judiciary Act*, pertanto, e in mancanza di una disciplina processuale federale di *equity*, l'unica possibilità sembra rappresentata dal diretto richiamo al vasto e secolare patrimonio di principi e prassi del diritto inglese<sup>215</sup>. Ciò che in effetti si verifica mediante il rinvio alla procedura seguita presso la *High Court of Chancery* inglese<sup>216</sup>.

Su questa linea del resto si colloca il di poco successivo *Process Act* del 1792; normativa che, pur dando veste positiva a tale rinvio alla procedura di *Chancery* inglese, pone nel contempo le basi per una disciplina uniforme del processo federale di *equity*<sup>217</sup>. Con tale disciplina, infatti, il legislatore statunitense attribuisce alla Corte Suprema il potere di emanare un *corpus* di regole uniformi in materia di procedura di *equity*; norme da applicarsi presso tutte le corti federali<sup>218</sup>. Si tratta a ben vedere di una previsione del tutto significativa; e ciò anche al di là dello scopo della presente analisi. Con essa invero si anticipa una tendenza, gradualmente consolidatasi in seguito, a delegare al supremo organo giurisdizionale il potere di provvedere alla regolamentazione della materia processuale civile. Una tecnica che trova la sua consacrazione più rilevante nell'analoga attribuzione alla Corte Suprema, mediante il cosiddetto *Rules Enabling Act* del 1934, del potere di predisporre la

---

<sup>214</sup> Cfr. Subrin, *How Equity Conquered the Common Law*, cit., p. 931; Hazard, Taruffo, *op. cit.*, pp. 34-36.

<sup>215</sup> Cfr. Gilmore, *op. cit.*, p. 23 il quale, in termini generali non riferiti al solo problema delle lacune in materia di processo federale che qui ci occupano, afferma: "*The only professional solution which can be imagined, as of the 1780s, would have been a total borrowing of English law, which would then have been adapted, bit by bit and piece by piece, to fit the conditions of American life*".

<sup>216</sup> Cfr. Street, *op. cit.*, pp. 4-5, il quale riporta altresì la decisione della Corte Suprema che meglio esprime tale tendenza: "*The remedies in the courts of the United States are to be at common law or in equity, not according to the practice of state courts, but according to the principles of common law and equity, as distinguished and defined in the country from which we derive our knowledge of those principles*" *Robinson v. Campbell* (1818); si veda anche Hopkins, *op. cit.*, pp. 5-6. In proposito, e a conferma della portata di tale rinvio alla disciplina processuale inglese, è interessante notare come a cavallo fra il XIX e il XX secolo trovassero grandissima diffusione negli Stati Uniti i principali trattati inglesi in materia di *equity*. Così, ad esempio, l'opera di Daniell, *Pleading and Practice of the High Court of Chancery*, London 1837, la seconda edizione del quale è significativamente edita nel 1851 sia a Londra, sia a Boston.

<sup>217</sup> *Act of May 8, 1792, Section 2*; sul punto si veda Hopkins, *op. cit.*, p. 9.

<sup>218</sup> Cfr. Surrency, *History of the Federal Courts*, cit., pp. 235-236; Millar, *op. cit.*, pp. 57-58.

disciplina applicabile a livello federale a tutte le controversie civili <sup>219</sup>. Ed è solo il caso di rammentare qui che il risultato di tale attribuzione di “*rulemaking power*” consiste, notoriamente, nel monumentale *corpus* di regole emanato nel 1938 e conosciuto come *Federal Rules of Civil Procedure* <sup>220</sup>.

Il primo *set* di norme processuali di *equity* applicabili a livello federale, ossia le *Federal Equity Rules*, viene in ogni caso emanato dalla *Supreme Court* nel 1822 <sup>221</sup>. Si tratta invero solo di una prima, quasi solo abbozzata, disciplina processuale; il cui carattere di fondo è di risultare a tutti gli effetti piuttosto elementare, ridotta a complessivi 33 articoli contenenti regole sintetiche, in gran parte intese a stabilire garanzie minime di contraddittorio formale <sup>222</sup>. Una disciplina che, proprio in ragione di tale carattere sintetico e per molti versi anche lacunoso, rimette una grande discrezionalità ai giudici federali <sup>223</sup>. Una disciplina che, oltretutto, conserva ancora un vasto richiamo in via integrativa al modello processuale inglese applicato presso la *High Court of Chancery* <sup>224</sup>.

È nel giro di pochi anni dall’emanazione di tali norme che, tuttavia, sulla scorta del progressivo assestarsi delle corti federali, e della stratificazione di un cospicuo *case law* anche in materia di processo federale di *equity*, si impone l’esigenza di una riformulazione normativa nella prospettiva di una disciplina più compiuta ed elaborata. Tale esigenza trova realizzazione in due successivi

---

<sup>219</sup> Cfr. Burbank, *The Rules Enabling Act of 1934*, in 130 *U. Pa. L. Rev.* 1982, p. 1015 ss.

<sup>220</sup> Per riferimento sulla genesi delle *Federal Rules of Civil Procedure*, fra una letteratura imponente, oltre al saggio richiamato alla nota precedente e a Subrin, *How Equity Conquered the Common Law*, cit., pp. 943 ss, si vedano ad es. Clark, Moore, *A New Federal Civil Procedure: I, The Background*, in 44 *Yale L. J.* 1935, p. 394 ss; *Id.*, *A New Federal Civil Procedure: II, Pleadings and Parties*, ivi, p. 1292 ss; Holtzoff, *Origin and Sources of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 30 *N.Y.U. L. Rev.* 1955, p. 1057 ss; e, nella letteratura italiana, Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, Padova 1991, pp. 17-83; Taruffo, *op. cit.*, pp. 332-333; Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004, pp. 130-137.

<sup>221</sup> Per il testo delle norme, oltre che per un’introduzione sull’argomento, si veda Hopkins, *op. cit.*, p. 37 ss.

<sup>222</sup> Cfr. Main, *op. cit.*, p. 469.

<sup>223</sup> Cfr. Main, *op. loc. cit.*; Kessler, *op. cit.*, p. 1198, spec. *sub nota* 79; quello fra indeterminatezza-elasticità della procedura in *equity* e discrezionalità del giudice rappresenta quasi un luogo comune che informa di sé considerazioni anche recenti e di vasta eco come, tipicamente, in Resnik, *Managerial Judges*, 96 *Harv. L. Rev.* 1982, pp. 374-376.

<sup>224</sup> La disposizione conclusiva delle *Rules*, ossia la *Rule XXXIII* stabilisce infatti che: “*In all cases where the rules prescribed by this court, or by the Circuit Court, do not apply, the practice of the Circuit Court shall be regulated by the practice of the High Court of Chancery in England*”.

interventi di riforma complessiva dell'*equity procedure* federale, rispettivamente collocati nel 1842 e nel 1912 <sup>225</sup>.

Si tratta nei due casi di discipline che manifestano la progressiva adozione di una diversa, nuova attitudine culturale e tecnico-giuridica nei confronti del referente inglese, come confermano ampi riscontri nella lettera delle normative indicate.

La norma di chiusura delle *Rules* del 1822 contiene infatti ancora - come si è accennato - un rinvio generalizzato alla prassi della *High Court of Chancery* inglese; letteralmente "ogni qualvolta non fosse possibile applicare una norma interna" <sup>226</sup>. Pur di poco successive, le *Federal Equity Rules* del 1842 assumono invece una prospettiva radicalmente diversa. La *Rule XC* dispone, infatti, che il rinvio alla prassi della *High Court of Chancery* sia limitato alle sole ipotesi in cui, in presenza di lacune normative interne, la prassi inglese appaia "ragionevolmente idonea e convenientemente applicabile [in via analogica] alle circostanze specifiche" <sup>227</sup>. Una disposizione che sembra sanzionare, se mai sia esistita, la fine di una tradizione di deferenza verso la tradizione di *equity* inglese da parte del giudiziario americano.

In questo quadro culturale, non stupisce quindi che le successive *Federal Equity Rules* del 1912, l'ultimo e più completo *corpus* di norme processuali di *equity* a livello federale, non contengano alcun tipo di richiamo a fonti esogene. Ciò anche se, per altro verso, un'ulteriore circostanza concernente la genesi delle *Federal Equity Rules* del 1912 merita di essere considerata nella prospettiva di ricostruzione storica della circolazione di un modello inglese di *equity jurisdiction* negli Stati Uniti. Invero, la direttiva di fondo e l'impostazione metodologica dei redattori delle norme del 1912 sembra

---

<sup>225</sup> *Federal Equity Rules* 1912.

<sup>226</sup> Cfr. *Rule XXXIII Federal Equity Rules* 1822.

<sup>227</sup> *Federal Equity Rules* 1822, *Rule XC*: "In all cases, where the rules prescribed by this court, or by the Circuit Court, do not apply, the practice of the Circuit Court shall be regulated by the present practice of the High Court of Chancery in England, so far as the same may be reasonably applied consistently with the local circumstances and local convenience of the district where the court is held, not as positive rules, but furnishing just analogies to regulate the practice".

esprimere una scelta culturale fortemente orientata a forme di pragmatismo in qualche misura tipicamente americane <sup>228</sup>.

L'elaborazione delle nuove norme processuali di *equity* viene infatti preceduta da una sorta di indagine “*sur le champ*” da parte del *Justice* Horace Lurton, uno fra i giudici della Corte Suprema Americana incaricati di preparare le nuove *Rules* <sup>229</sup>. Nel corso di tutto il 1911 Lurton visita l'Inghilterra per studiare il funzionamento della *High Court of Chancery*. E, durante il suo soggiorno, sottopone una serie di domande direttamente al *Lord Chancellor* Loreburn concernenti la procedura e, soprattutto, la prassi inglese di *equity* successiva ai *Judicature Acts* del 1870. Si tratta di una verifica che si estende (e ciò avrà grande rilievo anche in seguito in prospettiva statunitense) anche ai benefici pratici dell'introduzione di una *single form of action*, valida sia per i procedimenti *at law* sia per quelli *in equity*. Una verifica che, *last not least*, oltretutto si estende anche all'analisi dell'ampiezza e delle conseguenze del ricorso alla forma della *deposition* scritta nell'assunzione delle prove testimoniali <sup>230</sup>.

Sembra pertanto spiegabile anche alla luce di questa specifica esperienza di indagine la scomparsa all'interno delle *Federal Equity Rules* del 1912 di ogni generico richiamo alla prassi della *Chancery* inglese. Una scelta di politica del diritto che si collega al mutato atteggiamento culturale - di impronta grossomodo pragmatica - dei giuristi americani nei confronti dell'antica madrepatria. Un atteggiamento culturale influenzato da una più attenta conoscenza diretta e di studio del modello inglese, ormai però del tutto percepito come distinto dal diritto interno statunitense; un diritto *altro*, al quale ispirarsi nella redazione delle norme interne solo in presenza di forti ragioni di opportunità e convenienza pratica <sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> Sembra in effetti di poter dire che l'approccio americano al diritto - quantomeno al diritto privato largamente inteso - sia di tipo pragmatico e funzionale rispetto alle esigenze, *in primis* di tipo economiche della società, per riferimenti invero generalissimi in proposito di veda, ad es., Hurst, *Law and Social Progress in U.S. History*, Ann Arbor 1956, *passim*.

<sup>229</sup> Cfr. Surrency, *History of the Federal Courts*, cit., p. 238; Hopkins, *op. cit.*, p. 27.

<sup>230</sup> Il contenuto dell'intervista di *Justice* Lurton al Cancelliere Loreburn è riportato integralmente da Hopkins, *op. cit.*, pp. 27-32.

<sup>231</sup> Sul tema della raggiunta maturità della cultura giuridica americana, il riferimento, di per sé quasi ovvio, è agli studi di Christopher Columbus Langdell, *Dean* della *Harvard Law School* e “padre” del cosiddetto *case method*. Proprio lo studio della giurisprudenza delle corti

Venendo alle strette modalità procedurali, è anzitutto da notare che l'introduzione del procedimento di *equity* federale non si discosta dalle forme tipiche dell'*equity pleading*, e si realizza mediante il deposito da parte dell'attore di un *bill of complaint*. Stante l'assenza di *form of action* tipizzate nel processo civile di *equity*, tale atto introduttivo non prevede particolari requisiti di forma, e il contenuto si limita tendenzialmente agli elementi necessari a identificare la domanda giudiziale. L'attore provvede quindi con il proprio *pleading* a fondare esclusivamente in fatto la propria domanda, mediante allegazione dettagliata dei fatti della causa e a esplicitare la forma di tutela richiesta, oltre all'indicazione degli elementi necessaria a consentire la *vocatio* di colui che si afferma essere il titolare passivo del diritto azionato. Spetterà per converso al *defendant* contestare le allegazioni dell'attore, eventualmente depositando una *replication* contenente le eventuali eccezioni e domande riconvenzionali<sup>232</sup>.

In generale, il processo federale in *equity* si caratterizza per una maggiore flessibilità e correlativamente, per una maggiore discrezionalità rimessa al giudice. Tipicamente esemplificativa di questa tendenza è la disciplina del *joinder*, che, a differenza di quanto avviene nel processo *at law*, consente al giudice di autorizzare forme di cumulo soggettivo e oggettivo delle cause.

Una volta conclusosi lo scambio degli atti fra di parte e definito il *thema probandum*, la controversia perviene alla cosiddetta fase *at issue*. Inizierà propriamente in questo momento la fase di istruzione probatoria, inclusiva dell'esame dei testimoni e del tutto speciale rispetto a quanto nel processo *at law*. Come in parte anticipato nel capitolo I, infatti, è in questa sede che -

---

statunitensi come fonte virtualmente unica del diritto americano segna in effetti una sorta di affrancamento rispetto al diritto inglese e al relativo bagaglio di precedenti giudiziari. Sulla figura sul pensiero di Langdell si veda diffusamente Kimball, *The Inception of Modern Professional Education – C.C. Langdell, 1826-1906*, Chapel Hill 2009, *passim*; l'altra figura simbolo di questo passaggio dalla *formative era* all'età matura del diritto americano è certamente quella di Oliver Wendell Holmes, che di Langdell fu allievo e che controbui in modo determinante alla nascita e allo sviluppo del cosiddetto realismo giuridico americano, cfr. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, *passim*. Per indicazioni di carattere generale sul pensiero giuridico americano si rinvia ai classici Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX Secolo – I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Milano 1958, *passim*; Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, *passim*.

<sup>232</sup> Per indicazioni sintetiche circa il processo civile in *equity* si veda, ad es., Clark, *Code Pleading*, St. Paul Minn, 1947, pp. 16-17; Kessler, *op. cit.*, pp. 1206-1207; Surrency, *History of the Federal Courts*, cit., pp. 232-234.



appunto nell'attività di istruzione probatoria e, segnatamente, rispetto all'assunzione delle prove testimoniali - il ruolo del *Master* assume particolare rilievo. Un ruolo che, almeno fino al 1912 mantiene gran parte di quei caratteri latamente definibili come "inquisitori" che già contraddistinguono tale figura nell'ambito del processo civile inglese di *equity*. E invero, la considerazione di tale ruolo nel processo federale statunitense *in equity* costituisce un punto di osservazione privilegiato anche per osservazioni più ampie ed estensibili alla *philosophy* complessiva del processo civile statunitense, incluse le sue opzioni ideologiche di fondo <sup>233</sup>.

#### 4. Ruolo e funzioni del *Master* nel processo statunitense federale di *equity* - Evoluzione pratica e culturale del modello

Rispetto al coinvolgimento di ausiliari giudiziali - *Master* nel quadro normativo sopra accennato, un primo rilievo di base può sostanzarsi nella considerazione che il processo federale di *equity* disciplinato dalle *Rules* succedutesi fra il 1822 e il 1842 rappresenta in larga misura un modello di *equity procedure* ancora decisamente "*Master centered*" <sup>234</sup>.

La figura del *Master* fa per così dire la sua comparsa in territorio americano, fin dalle prime sporadiche esperienze coloniali di *Chancery* <sup>235</sup>. E si può supporre che la presenza di *Master* in funzione di ausiliari del cancelliere venga percepita dal giurista americano come un tratto del tutto naturale, quasi strutturalmente tipico, nell'organizzazione della *Court of Chancery*. Del resto,

---

<sup>233</sup> Per riferimenti più ampi alla procedura di *equity* federale si rinvia alle opere generali in materia e, in particolare, a Bispham, *Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 8<sup>th</sup> ed., Philadelphia 1910, *passim*; Clephane, *Handbook of the Law of Equity Pleading and Practice*, St. Paul Minn 1926, *passim*; Pomeroy, *op. cit.*, Vol. I, *passim*; Street, *op. cit.*, *passim*; Whitehouse, *op. cit.*, *passim*.

<sup>234</sup> Entrambe le normative prevedono infatti, con diversa ampiezza, una significativa parte dedicata alla procedura da seguire davanti a questi soggetti, all'oggetto della loro cognizione e alle attività a essi delegabili; della centralità del *Master* nel contesto di queste discipline processuali si ha riscontro anche per così dire editoriale, posto che due fra le opere più diffuse a cavallo fra i due secoli in materia di *equity practice and procedure* dedicano gran parte della trattazione proprio al *Master*: Rush, *A Manual of Equity Pleading and Practice: State and Federal: With Illustrative Forms, and Including the Federal Equity Rules of Court: Special Attention Given to Modern Practice in Relation to the Master's Office*, Chicago 1909, *passim*; Henderson, *Chancery practice: with special reference to the office and duties of masters in chancery, registers, auditors, commissioners in chancery*, Chicago 1904, *passim*.

<sup>235</sup> Cfr. Wilson, *op. cit.*, pp. 230-238.

è facile spiegare ciò con la circostanza che, in epoca coloniale, tale presenza si collega anche alla frequente corrispondenza fra Governatore della Colonia e Cancelliere e, quindi, alla conseguente esigenza di fornire in particolare quest'ultimo soggetto, essenzialmente politico, di un'adeguata struttura di ausiliari giudiziali, dotati di conoscenze giuridiche minime<sup>236</sup>.

Per un fenomeno di probabile imitazione, è in ogni caso da rilevare che la presenza di ausiliari nella forma di *Master in Chancery* si riscontra anche successivamente, nelle giurisdizioni statali post-rivoluzionarie; il che ovviamente accade comunque solo negli stati provvedutisi di distinte corti di *equity*<sup>237</sup>.

Sotto questo profilo, si può pertanto affermare che la giurisdizione federale di *equity* non costituisce quindi un'eccezione. E, del resto, il riferimento a soggetti incardinati nella struttura organizzativa di tale giurisdizione e catalogati come *Master* è riscontrabile già nella prima versione di *Federal Equity Rules* del 1822. La *Rule XXIX* prevede, infatti, la possibilità di "riferire" - ossia di delegare mediante l'istituto della *reference* - a un *Master* lo svolgimento di attività di indagine, con l'incarico di far confluire i relativi accertamenti all'interno di una relazione scritta - *report* da sottoporre al giudice federale<sup>238</sup>.

È quantomeno agevole riscontrare nella presenza di questo schema il retaggio dall'esperienza della *Chancery* inglese, di cui si è detto in precedenza<sup>239</sup>. E ciò a ulteriore conferma di quanto si è rilevato circa la vasta influenza esercitata sulla giurisdizione federale di *equity*, fino agli inizi del XIX secolo,

---

<sup>236</sup> Cfr. Wilson, *op. loc. cit.*.

<sup>237</sup> Per un'illustrazione analitica stato per stato della presenza di *Master* o di figure a essi assimilabili a livello statale cfr. Henderson, *op. cit.*, pp. 93-110.

<sup>238</sup> Si riporta di seguito il testo della *Rule XXIX* delle *Federal Equity Rules* 1822: "When a matter is referred to a master to examine and report thereon, he shall assign a day and place therefore, and give reasonable notice thereof to the parties, or to the attorney or solicitor of such party as may not reside within the district, and if either party shall fail to attend at the time and place, the master may adjourn the examination of the matter to some future day, and give notice thereof to the parties, in which notice it shall be expressed that if the party fail again to appear, the master will proceed ex parte; and if after receiving such notice the party shall again fail to appear, the master may proceed to examine the matter to him referred, and to report the same to the court, that such proceedings may be had thereon as to the court shall seem equitable and right."

<sup>239</sup> Si veda Capitolo I, § 3, *supra*.

da parte della prassi propria della *High Court of Chancery* inglese. Risulta, peraltro, davvero interessante notare come, pur a un livello ancora embrionale di elaborazione dell'*equity procedure* federale, nella disciplina americana concernente i *Master* si inizino già a manifestare alcune significative specificità.

Colpisce in particolare il fatto che, anche con riferimento all'istituto della *reference*, la normativa in esame, pur caratterizzata da numerose lacune, si preoccupi immancabilmente di stabilire garanzie minime di contraddittorio. Una preoccupazione che sembra interpretabile come un'ulteriore manifestazione di devozione da parte dell'ordinamento statunitense verso la nozione di *due process*, quantomeno nella sua accezione minima di *right to notice and hearing*<sup>240</sup>. Si tratta, del resto, di una prospettiva che segna nel suo complesso la disciplina che si considera. Da notare infatti che, in relazione allo specifico problema della delega di poteri di indagine e accertamento di fatto a *Master*, tale prospettiva si converte nella tendenza ad assicurare anche gli aspetti formali del contraddittorio, a garanzia che le parti siano informate riguardo il luogo e il tempo dello svolgimento di attività di indagine da parte del *Master* stesso.

Ciò pur dovendosi constatare la mancanza nella norma di specifiche indicazioni rispetto al contenuto e al carattere delle indagini e degli accertamenti delegabili al *Master*. Una circostanza sulla base della quale appare verosimile ritenere che, almeno a questo stadio iniziale di elaborazione normativa - e in assenza di riscontri ricavabili dalle raccolte giurisprudenziali ancora poco diffuse all'inizio del XIX secolo - la possibilità di *reference* non conosca significative limitazioni, alla stregua di quanto in quello stesso periodo avviene nell'ordinamento inglese<sup>241</sup>.

Un ulteriore elemento, di carattere essenzialmente strutturale, merita infine di essere segnalato. Come si è visto, nell'esperienza della *Chancery* inglese - e, con le debite proporzioni, anche nelle esperienze coloniali di *Chancery* - il

---

<sup>240</sup> In argomento la letteratura è ovviamente vastissima; è pertanto a mero fine esplicativo che si rimanda alla sintesi sul tema in Issacharoff, *Civil Procedure*, 3rd ed., New York 2012, pp. 1-16 e più ampiamente a Subrin, Dykstra, *Notice and the Right to be Heard: The Significance of Old Friends*, in 9 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 1974, p. 451 ss.

<sup>241</sup> Cfr. sul tema Whitehouse, *op. cit.*, p. 585 ss; e, ampiamente, Henderson, *op. cit.*, p. 162 ss.

*Master* rappresenta un soggetto ausiliario del tutto organico all'istituzione giudiziaria. Egli è insomma parte di una struttura in qualche misura burocratizzata, e comunque stabilmente organizzata in senso verticistico <sup>242</sup>. Sulla base della disciplina delle *Rules* del 1822, la presenza del *Master* appare invece sempre necessariamente subordinata a uno specifico *appointment*, o *commission* da realizzarsi di volta in volta da parte del giudiziario. In sostanza, perché il *Master* svolga un qualche ruolo all'interno del processo federale di *equity*, risulta necessario il preventivo ed espresso conferimento di un incarico da parte del giudice <sup>243</sup>.

Rispetto a questa impostazione la riforma realizzata con le *Federal Equity Rules* del 1842 introduce a vari livelli innovazioni di grande rilievo. Pur di poco successive rispetto alla normativa del 1822, le nuove *Rules* appaiono in effetti fortemente innovative, sia con riguardo alla tecnica redazionale sia con riguardo al loro contenuto. Esse compongono una disciplina organica, composta da 92 *rules* (a fronte delle sole 33 del 1822), sistematicamente ordinata e caratterizzata da un forte grado di specificità nella regolamentazione dei diversi istituti <sup>244</sup>.

È specialmente con riguardo alla disciplina concernente il ruolo e le funzioni dei *Master* che questa caratteristica delle *Rules* del 1842 risulta in effetti particolarmente riscontrabile. Alla materia viene infatti dedicata una normativa piuttosto ampia (le *rules* interessate vanno dalla 73 alla 84) con diverse disposizioni che, pur prive di rubrica, si occupano partitamente di regolare i diversi aspetti connessi al coinvolgimento di *Master* nell'attività della corte federale *in equity* <sup>245</sup>.

Posto quanto segnalato sopra, a questo riguardo è subito interessante notare che la delega di attività di accertamento e di indagine al *Master* può

---

<sup>242</sup> Si veda ancora quanto ampiamente in Capitolo I, § 3, *supra*.

<sup>243</sup> Come si vedrà fra breve infatti la possibilità di nominare *standing master* ossia soggetti stabilmente impiegati presso le corti federali con funzioni di ausiliario giudiziale destinatario di *reference* è prevista solo a partire dalle *Federal Equity Rules* del 1842.

<sup>244</sup> Per considerazioni circa il carattere più "raffinato" e completo delle *Rules* del 1842 si veda ad es. Surrency, *History of the Federal Courts*, cit., p. 236; si ritiene infatti che il redattore, seppure non riconosciuto, delle *Rules* sia stato il massimo studioso dell'*equity* nel XIX secolo, ossia il giudice della Corte Suprema, Justice Joseph Story.

<sup>245</sup> Per il testo delle norme si rinvia, ancora, all'unica edizione disponibile, ossia a Hopkins, *op. cit.*, p. 44 ss e, per le *Rules* concernenti i *Master*, pp. 58-60.

nella nuova disciplina dipendere tanto da un'istanza di parte quanto dall'iniziativa ufficiosa del giudice. Sarà tuttavia in entrambi i casi il giudice a decidere, si badi, discrezionalmente e senza obbligo di motivazione, circa l'opportunità di nominare un *Master* e di delegare determinate attività a tale soggetto<sup>246</sup>. L'unica ipotesi che per vero sfugge alla discrezionalità del giudice è quella di richieste di nomina di un *Master* provenienti dalle parti congiuntamente; in tale ipotesi, il giudice è infatti tenuto a provvedere alla nomina, senza poter esercitare alcuna valutazione di opportunità in proposito<sup>247</sup>.

Invero, il potere discrezionale di nominare *Master* attribuito al giudice costituisce una costante nelle normative statunitensi di *equity*, e risulterà fondamentale anche nell'esperienza successiva, di cui diremo nel prossimo capitolo<sup>248</sup>. Come si è visto, già le norme del 1822 configurano in effetti in tal senso il relativo potere del giudice, senza di fatto porre limiti né alla possibilità di nomina né al contenuto della delega. E così nelle versioni successive delle *Rules*. Anche nelle *Rules* del 1842 si riscontra la sostanziale assenza di delimitazioni disciplinari (l'espressione è infatti "*any matter*") dell'oggetto dell'indagine e dell'accertamento svolti dal *Master*<sup>249</sup>. Pur se non espressamente previsto nelle *Rules*, l'unico limite individuabile quanto all'oggetto della *delega-reference* sembra concernere la possibilità di rimettere al *Master* la decisione della causa. E ciò sia espressamente, sia in maniera implicita attraverso la delega a provvedere complessivamente all'accertamento dei fatti e alla decisione delle questioni di diritto. Integrando di fatto una

---

<sup>246</sup> Si veda in proposito la *Rule 73*, della quale si riporta qui di seguito il testo: "*Whenever any reference of any matter is made to a master to examine and report thereon, the party at whose instance or for whose benefit the reference is made, shall cause the same to be presented to the master for a hearing on or before the next rule-day succeeding the time when the reference was made; if he shall omit to do so, the adverse party shall be at liberty forthwith to cause proceedings to be had before the aster, at the costs of the party procuring the reference*". Più in dettaglio, si può dire che la nomina di un *Master* può avvenire, ogni qualvolta il giudice lo ritenga opportuno;

<sup>247</sup> Cfr. Whitehouse, *op. cit.*, p. 585.

<sup>248</sup> Cfr. Capitolo III, § 4, *infra*.

<sup>249</sup> Cfr. *Rule 73, Federal Equity Rules 1842*.

rinuncia all'esercizio del potere giurisdizionale da parte della corte, tale ipotesi è infatti ammessa solo previo espresso consenso delle parti <sup>250</sup>.

Anche le trasformazioni strutturali realizzate con la normativa del 1842 rispetto alla disciplina precedente appaiono particolarmente significative. Le nuove norme prevedono infatti la possibilità per la Corte di munirsi in via definitiva di uno o più *standing Master in Chancery*, ossia *Master* nominati stabilmente e potenzialmente utilizzabili in ogni controversia in qualità di ausiliari del giudice <sup>251</sup>. Si tratta di una previsione che avvicina significativamente la figura del *Master* statunitense a quella del suo corrispettivo inglese; non più un soggetto nominato *ad hoc* per la singola causa ma un ausiliario stabilmente in funzione presso la corte.

Riguardo alla definizione di "*standing Master in Chancery*" non sembra del resto insignificante l'analogia lessicale con l'appellativo utilizzato nel il modello organizzativo della *Chancery* inglese. Ciò anche se la nomina di *Master* stabili e organici alla corte di *equity* resta peraltro solo una possibilità nel contesto statunitense, la regola continuando a essere quella della nomina *ad hoc* e, per così dire, "a tempo" dei *Master*.

Resta comunque un'ulteriore considerazione a questo riguardo. Le ragioni che determinano la nomina di *Master* nelle *Federal Equity Rules* del 1842 appaiono del tutto assimilabili a quelle che, tradizionalmente, hanno determinato la presenza di *Master in Chancery* presso la Cancelleria inglese. Si tratta, infatti, di ragioni connesse perlopiù allo scarso numero di giudici disponibili all'interno della corte. Anche presso le corti federali statunitensi, insomma, a fronte della già notevole quantità e complessità delle controversie inizia a manifestarsi un problema di fondo e ricorrente; e cioè che "*equity is understaffed*" <sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Cfr. Whitehouse, *op. cit.*, pp. 581-583.

<sup>251</sup> Cfr. *Rule 82, Federal Equity Rules 1842*, della quale di seguito si riporta parzialmente il testo: "*The Circuit Courts may appoint standing masters in Chancery in their respective districts [...]*". Solo incidentalmente si può notare sin da ora come la denominazione in oggi più diffusa per indicare i *Master*, ossia quella di *Special Master*, deriva precipuamente dall'opportunità di distinguerli da quei soggetti che, in ragione di una nomina generale e stabile sono appunto definiti *Standing Master*.

<sup>252</sup> Cfr. Kessler, *op. cit.*, p. 1221.

In altri termini, anche presso le corti federali statunitensi la nomina di *Master, standing* ovvero nominati *ad hoc (special)* si può fare risalire all'eccessivo carico di lavoro del giudiziario federale. Con la nomina di un *Master*, e la conseguente delega di ampie porzioni di attività complesse e *time consuming* - segnatamente quelle concernenti accertamenti in fatto - al giudice sarà infatti consentito di liberare almeno parzialmente il proprio *docket*. Il *court appointed Master* viene così a configurarsi come una sorta di *alter ego* del giudice con eminenti funzioni inquisitorie. Un soggetto al quale potranno essere delegate, tramite apposito *order of reference*, anche attività di indagine sui fatti e di raccolta di prove, sia orali sia documentali <sup>253</sup>. Talché, parafrasando il titolo di un noto saggio della nostra letteratura giuridica, si potrebbe dire che la possibilità di nominare *Master* nel contesto della *Federal Equity procedure* è prevista "per la pace dei giudici" <sup>254</sup>.

Del resto, conferma il carattere spiccatamente *inquisitorial* e l'effettività di tale strumento il fatto che, nello svolgimento delle attività oggetto di *reference*, il *Master* potrà andare "*thoroughly into the facts*", a tal fine utilizzando una serie piuttosto ampia di poteri, alcuni dei quali a carattere spiccatamente inquisitorio <sup>255</sup>. Il *Master* potrà, in particolare, interrogare parti e terzi sotto giuramento; e ciò sostanzialmente su ogni argomento rientrante nella *reference*. *Last not least*, egli potrà anche emettere ordini di produzione di documenti, la

---

<sup>253</sup> Si veda in proposito quanto in Kessler, *op. cit.*, pp. 1208-1210, ove si specifica che "*Primary purpose of employing masters is to ease the court's burden in both assimilating large amounts of evidence and making complicated findings of facts*".

<sup>254</sup> Il riferimento è ovviamente a Chiarloni, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, in *Foro it.*, 1989, V, 14.

<sup>255</sup> La norma di riferimento è la *Rule 77, Federal Equity Rules 1842*, qui riportata per esteso: "*The master shall regulate all the proceedings in every hearing before him, upon every such reference; and he shall have full authority to examine the parties in the cause upon oath, touching all matters contained in the reference; and also to require the production of all books, papers, writings, vouchers, and other documents applicable thereto; and also to examine on oath, viva voce, all witnesses produced by the parties before him, and to order the examination of other witnesses to be taken, under a commission to be issued upon his certificate from the clerk's office, or by deposition according to the acts of Congress, or otherwise as hereinafter provided; and also to direct the mode in which the matters requiring evidence shall be proved before him; and generally to do all other acts, and direct all other inquiries and proceedings in the matter before him, which he may deem necessary and proper to the justice and merits thereof, and the rights of the parties.*"; cfr. Rose, *Jurisdiction and Procedure of the Federal Courts*, 2<sup>nd</sup> ed., Albany NY 1922, pp.433-434.

cui ottemperanza sarà garantita da *subpoena* <sup>256</sup>. Inoltre, sulla base di una formulazione che oltretutto lascia intendere la pressoché assoluta mancanza di vincoli all'attività del *Master*, le *Rules* del 1842 stabiliscono più in generale che questi avrà il potere ampio, residuale e generalizzato “*to do all other acts, and direct all other inquiries and proceedings in the matter before him, which he may deem necessary and proper to the justice and merits thereof, and the rights of the parties*” <sup>257</sup>.

La formulazione della norma merita attenzione in quanto esprime appieno il carattere ancora largamente *inquisitorial* del *Master* già più volte richiamato. La norma pone in effetti in capo a questo soggetto un potere estremamente ampio, sia di regolamentazione delle modalità procedurali delle attività da esso svolte, sia di accertamento sui fatti della causa. In sostanza, una volta che il giudice federale abbia ritenuto di nominare un *Master*, definendo nel contempo l'ambito delle sue attività, entro tali limiti è di fatto consentito all'ausiliario di operare con piena discrezionalità nella scelta dei tempi, dei metodi e delle modalità di accertamento dei fatti. Sotto la vigenza delle *Federal Equity Rules* del 1842, si può quindi dire che il *Master*, ove nominato - ma come si è detto, per ragioni di scarsità delle risorse giudiziali la nomina è assai frequente - rappresenta il *dominus* della fase di istruzione e trattazione del processo federale. In ciò si esplica una funzione fortemente inquisitoria che sembrerebbe contrastare radicalmente con i luoghi comuni diffusi in materia di opzioni ideologiche di fondo del processo civile statunitense <sup>258</sup>.

Qualche ultimo rilievo, a questo punto, deve riguardare proprio l'oggetto degli accertamenti compiuti dal *Master*, ossia le conclusioni costituenti il risultato della sua attività. Esse dovranno confluire all'interno di un *report* da rimettere al giudice, e del quale questi terrà conto ai fini della decisione della causa <sup>259</sup>. Le *Rules* del 1842 invero non si esprimono circa il valore

---

<sup>256</sup> Circa i poteri del *Master* si veda ampiamente Rush, *A Manual of Equity Pleading and Practice*, cit., pp. 60-64; Henderson, *op. cit.*, p. 202 ss.

<sup>257</sup> Cfr. *Rule 77, Federal Equity Rules 1842*.

<sup>258</sup> Per considerazioni in proposito si veda diffusamente quanto in Kessler, *op. cit.*, spec. p. 1181 ss.

<sup>259</sup> Cfr. *Rule 76, Federal Equity Rules 1842* di seguito integralmente riportata: “*In the reports made by the master to the court, no part of any state of facts, charge, affidavit, deposition, examination, or answer, brought in or used before them shall be stated or recited. But such*



eventualmente vincolante del contenuto del *report* ai fini della decisione del giudice. La disciplina di riferimento si limita a illustrare le modalità di predisposizione del *report* stesso. Su questa base, il *Master* è tenuto a riferire nel *report* di ogni accertamento svolto, ogni risposta ottenuta e dichiarazione raccolta. Ma, nel fare ciò, egli dovrà evitare ogni possibile forma di valutazione e limitarsi a fornire una mera illustrazione di quanto è stato oggetto della sua verifica <sup>260</sup>.

Ciò chiarisce che la funzione propria del *report* è essenzialmente informativa, e del tutto servente rispetto all'attività decisoria propria del giudice; al quale solo è rimessa la facoltà di "tirare le somme" circa le indagini compiute dal *Master*. Un dato, questo, che consente di ricavare indicazioni utili anche intorno all'eventuale carattere vincolante del *report*. Invero, anche sulla scorta delle indicazioni fornite dal *case law* in materia, sembra di poter dire che in linea generale il contenuto del *Master's report* non sia vincolante ai fini della decisione <sup>261</sup>. La sua portata dipende infatti dal tipo di accertamento recepito nel *report* stesso e, quindi, dall'ambito della *reference*. È evidente, ad esempio, che accertamenti di tipo squisitamente tecnico, come quelli in materia di *account*, lasciano ben poco spazio alla valutazione e alla discrezionalità del giudice. In linea generale sembra però tipica del *report* una funzione prettamente informativa, talché il giudice potrà liberamente discostarsi dal suo contenuto <sup>262</sup>.

Da notare in ogni caso che il contenuto del *Master's report* dovrà essere oggetto del contraddittorio fra le parti, che potranno avanzare osservazioni in proposito ed eventualmente opporsi ad esso. Nel valutare l'attendibilità e la utilizzabilità del *report*, il giudice potrà quindi tenere in considerazione anche le osservazioni da queste formulate. Le opposizioni saranno discusse in udienza e, in caso di opposizioni *frivolous* o comunque infondate, le spese

---

*state of facts charge, affidavit, deposition, examination, or answer, shall be identified, specified, and referred to, so as to inform the court what state of facts, charge, affidavit, deposition, examination, or answer, were so brought in or used.*

<sup>260</sup> Cfr. *Rule 76, Federal Equity Rules 1842*; ampiamente sul tema del *Master's Report* si rinvia a Henderson, *op. cit.*, p. 476 ss.

<sup>261</sup> Sul tema si veda, anche per richiami giurisprudenziali, Rose, *op. cit.*, pp. 434-435.

<sup>262</sup> Cfr. Rose, *op. cit.*, p. 435.

dell'attività processuale a esse connesse verranno poste a carico della parte opponente<sup>263</sup>.

Rispetto a questo assetto normativo, la figura del *Master* subisce una profonda riconsiderazione nel XX secolo, mediante la riforma conseguente all'emanazione dell'ultima versione delle *Federal Equity Rules*, ossia quella del 1912.

Tale affermazione potrebbe invero apparire paradossale ove si consideri che il tenore delle norme disciplinanti gli ausiliari giudiziali è in larga parte identico a quello già presente nella precedente versione della normativa del 1842. E in effetti si registra una sostanziale identità disciplinare fra le *Rules* del 1912 e quelle del 1842 con riguardo all'assetto del ruolo del *Master* nella giurisdizione statunitense di *equity*. Si potrebbe quindi essere indotti a pensare che la nuova disciplina non introduca innovazioni di grande portata rispetto al tema in esame.

Ciononostante, due aspetti meritano attenzione, in ragione della loro pesante incidenza proprio sulla disciplina che concerne il *Master*. Si tratta da un lato delle novità introdotte in materia di limiti alla possibilità stessa di fare uso di *Master* da parte del giudice e, dall'altro, delle modifiche alle modalità di assunzione di prove testimoniali ad opera del *Master*.

Riguardo al primo di tali aspetti, è appena il caso di rammentare l'estrema estensione e il carattere discrezionale del potere di nomina di *Master* spettante alle corti federali statunitensi. E, come probabile derivazione da una tale vastità e indeterminatezza di potere, la sostanziale assenza di delimitazione dei poteri a loro volta svolti dai *Master* nell'esercizio delle funzioni ad essi conferite. Un'indeterminatezza spesso tradottasi in forme di abuso dello strumento da parte del giudiziario, mediante un ricorso generalizzato, sempre più frequente e più ampio, al punto da poter considerare la nomina di un *Master* come la regola in quasi ogni processo<sup>264</sup>.

A questa tendenza i redattori delle *Rules* del 1912 intendono quindi porre un argine. E non appare casuale che una norma *ad hoc* - la *rule 59* - risulti

---

<sup>263</sup> Cfr. *Rules 83 e 84, Federal Equity Rules 1842*; in tema si veda inoltre Rush, *A Manual of Equity Pleading and Practice*, cit., pp. 64-67.

<sup>264</sup> Per un riscontro di tale problema cfr. Rose, *op. cit.*, p. 433.

emblematicamente rubricata “*Reference to Master - Exceptional, not Usual*”<sup>265</sup>. In base a tale norma - con l’eccezione dell’attività per certi versi costituente l’oggetto storicamente privilegiato di *reference*, ossia lo svolgimento di rendiconto-*account* - la possibilità di nominare un *Master* e di delegargli porzioni di attività viene configurata come straordinaria e circoscritta ad un ridotto numero di casi, comunque doverosamente da indicare da parte del giudice all’interno dell’*order of reference*<sup>266</sup>.

Ora, questa forte limitazione della possibilità di nominare *Master*, se certamente esprime una volontà di ridurre abusivi eccessi di delega a soggetti non giudiziali, può tuttavia essere letta anche in un’altra chiave. La riforma, lungi dal costituire un intervento di dettaglio, sembra esprimere un radicale mutamento nell’impostazione, anche di tipo filosofico ideologico, nella concezione del processo civile federale statunitense. Se infatti si considera la natura spiccatamente inquisitoria della figura del *Master*, di derivazione inglese, e alla base, di stampo romano canonico, il limite alla possibilità di *appointment*, solo ove ricorrano “condizioni eccezionali”, rivela la volontà dei redattori delle norme di neutralizzare le potenzialità dirompenti di una figura incoerente con il mutato atteggiamento verso la procedura civile. Un atteggiamento che proprio in questo momento storico muta radicalmente, sulla scorta di scelte ideologiche orientate a un complessivo favore verso il modello di processo *at law*, tipicamente *adversarial*, a scapito della possibile alternativa *inquisitorial*, rappresentata dal referente di *equity* e dai suoi istituti tipici come, appunto, il *Master*.

Tale mutato orientamento ideologico può essere colto appieno solo che si consideri l’altro aspetto, già segnalato, nel quale si manifesta un serio intervento innovatore delle *Rules* del 1912. Esso concerne un’attività, quella dell’assunzione delle prove testimoniali, che - come già segnalato in precedenza - presso la *Chancery* inglese costituisce appannaggio specifico dei *Master in Chancery*<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Cfr. *Rule 59, Federal Equity Rules 1912* di seguito parzialmente riprodotta: “*Save in matters of account, a reference to a master shall be the exception, not the rule, and shall be made upon a showing that some exceptional condition requires it [...]*”.

<sup>266</sup> Cfr. *Rule 59, Federal Equity Rules 1912*.

<sup>267</sup> Sul tema si veda il Capitolo I, § 3, *supra*.

L'evoluzione della figura del *Master* all'interno delle tre versioni succedutesi delle *Federal Equity Rules*, e in particolare la diversa funzione ad esso riservata nell'ambito delle attività istruttorie, fornisce un punto di osservazione privilegiato rispetto alle tendenze prevalenti all'interno dell'ordinamento americano in materia di prova. È infatti fra il XIX e il XX secolo che, in tale ambito, si colloca la fondamentale opzione fra i diversi sistemi dell'oralità e della scrittura e fra le relative tecniche processuali. La centralità del *Master* nel processo civile di *equity* rende in qualche misura tale soggetto il veicolo del passaggio dal sistema della scrittura al sistema dell'oralità<sup>268</sup>.

Come noto, in ragione della importante influenza della tradizione di diritto romano-canonica, l'elemento della segretezza e della scrittura caratterizza tutta la procedura di *equity* e si estende anche al diritto probatorio, con una marcata preferenza per le prove documentali rispetto a quelle orali-costituende<sup>269</sup>. In ragione di ciò, l'assunzione della prova testimoniale nel processo di *equity* è tradizionalmente rimessa a soggetti altri rispetto al giudice-cancelliere. Tali soggetti, variamente identificabili (ora come *master*, ma talvolta come *commissioner* o *examiner*), provvedono a raccogliere le dichiarazioni dei terzi in forma scritta e in assenza di contraddittorio (*ex parte*); e ciò generalmente sulla base di capitoli precedentemente predisposti dalle parti (*written interrogatories*)<sup>270</sup>. Notoriamente alla base di questo *modus procedendi* si colloca la convinzione che l'assunzione realizzata da un soggetto terzo, in assenza delle parti e dei loro avvocati, consenta un massimo grado di

---

<sup>268</sup> Il tema è affrontato in questa prospettiva da Kessler, *op. cit.*, p. 1205 ss.

<sup>269</sup> Il riferimento per certi versi ovvio in materia è agli straordinari lavori della dottrina comparatistica italiana e, segnatamente, a Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano 1962, p. 425 ss.; Id., *Aspetti sociali e politici e della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, in *Giustizia e società*, Milano 1972, p. 57 ss; e, in particolare, Id., *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York 1971, p. 68 ss, ove l'autore afferma: "[...] le procès en equity [...] consistait spécialement dans "l'exclusion de la parole evidence", c'est à dire de la preuve orale, submergée par la preuve écrite (written ou documentary evidence). Même la preuve par témoins était écrite plutôt qu'orale: d'une part car les questions (interrogatories, questions) devaient être formulées par écrit; et d'autre part car les réponses ou dépositions étaient reçues et insérées au procès-verbal en secret, en l'absence des parties et de leurs défenseurs, par des organes autres que le juge qui décidait (les examiners, désormais devenus des auxiliaires ordinaires de la Cour, et les commissioners), ou faites directement par écrit au moyen des affidavits ou d'autres écritures (answers to written interrogatories).".

<sup>270</sup> Cfr. MacNair, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin 1999, p. 166 ss.

oggettività, limitando inoltre ogni possibilità di influenza o di intimidazione del testimone <sup>271</sup>. Le prove così acquisite vengono rese pubbliche solo quando l'attività istruttoria è completa. E, in effetti, costituisce una dato ampiamente acquisito che il modello processuale di *equity* aderisca tradizionalmente a un'impostazione che si basa sulla segretezza. In quanto tale, il modello è quindi da intendersi culturalmente e metodologicamente contrapposto rispetto alla logica dell'oralità, tipica invece del processo con giuria di *common law* <sup>272</sup>.

Si può dire che tale impostazione, di per sé tipica dell'*equity procedure* applicata presso la *Chancery* inglese in combinatoria con le accennate modalità di assunzione delle prove testimoniali, venga sostanzialmente replicata nell'esperienza prima coloniale e poi statale americana; anche se con alcuni opportuni *caveat*. E ciò in particolare per quanto riguarda la ricezione presso le corti federali statunitensi dell'assetto tipico della disciplina della prova testimoniale nel processo in *equity*; una materia le cui vicende appaiono davvero molto articolate, oltre che strettamente intrecciate con l'altalenante popolarità dell'*equity* largamente intesa. Il contesto del diritto probatorio sembra in effetti rappresentare una sorta di termometro del consenso riservato dai giuristi americani all'*equity procedure* di derivazione inglese; e ciò anche in ragione del suo costante raffronto con il modello processuale alternativo rappresentato dalla procedura di *common law* <sup>273</sup>.

Emblematica a questo proposito appare l'esperienza del *Judiciary Act* del 1789. In un periodo immediatamente post-rivoluzionario caratterizzato, come si è accennato, da diffusa e profonda diffidenza verso istituti e modelli tipicamente inglesi come appunto l'*equity*, il legislatore statunitense mostra di volere intervenire specificamente sulle modalità di assunzione della prova testimoniale. E, in effetti, la *Section 30* del *Judiciary Act* prevede esplicitamente l'adozione del metodo di assunzione - orale e *in open court* -

---

<sup>271</sup> Cfr. MacNair, *op. cit.*, pp. 173-177.

<sup>272</sup> Cfr. MacNair, *op. cit.*, pp. 177-178.

<sup>273</sup> Sulle modalità di assunzione della prova nel processo di *common law*, fra le molti possibili, alcune citazioni appaiono a dir poco d'obbligo, così, Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., p. 421 ss; *Id.*, *Procédure orale et procédure écrite*, cit. p. 74 ss; Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova 1979, p. 24 ss; *Id.*, *La semplice verità - Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari 2009, pp. 156-160.

delle prove testimoniali, proprio del modello di processo *at law*, anche nei processi federali di *equity*<sup>274</sup>.

Con il progressivo venir meno del pregiudizio anti-inglese, accompagnato, come si è visto, dall'esigenza pratica di rivolgersi, in via integrativa e analogica all'esperienza dell'*equity* inglese, la previsione contenuta nel *Judiciary Act* perde tuttavia ben presto di significato. Già uno *Statute* del 1802 stabilisce infatti ampie possibilità di deroga al divieto di prova scritta ivi previsto<sup>275</sup>. E del resto le *Rules* del 1822, nella loro estrema sinteticità - pur non escludendo a priori la possibilità di procedere all'assunzione in udienza - contengono una chiara indicazione metodologica in proposito e stabiliscono modalità di assunzione delle prove testimoniali mediante *court appointed officers*, alla stregua del referente inglese della *High Court of Chancery*<sup>276</sup>.

In tale ambito normativo al *Master* vengono attribuite funzioni prevalentemente segretariali. In particolare, in ragione di quanto previsto alle *Rules* 25 e 28, le dichiarazioni dei testimoni devono infatti essere raccolte da soggetti appositamente incaricati, *Master*, o *commissioner*. Essi dovranno raccogliere le dichiarazioni (*deposition*) in forma segreta e scritta, basandosi su formulari contenenti l'indicazione dei capitoli di prova in precedenza predisposti dalle parti. In base a tale disciplina, pertanto, le modalità di assunzione della prova testimoniale risultano essere del tutto scritte e il coinvolgimento del *Master* in questa fase limitato a un'attività prevalentemente passiva e quasi meccanica.

Tale approccio inizia però a mutare sensibilmente già con il successivo *set* di *Equity rules* del 1842. Sulla scorta delle teorie filosofiche allora maggiormente in voga e, segnatamente, delle teorie benthamiane in materia probatoria, la tendenza che mostra di affermarsi, anche nel processo di *equity*, è

---

<sup>274</sup> Cfr. Marcus, *Completing Equity's Conquest? Reflections on the Future of Trial Under the Federal Rules of Civil Procedure*, in 50 *U. Pitt. L. Rev.* 1989, p. 731.

<sup>275</sup> Cfr. Marcus, *op. loc. cit.*; Street, *op. cit.*, pp. 991-995; Kessler, *op. cit.*, pp. 1232-1233.

<sup>276</sup> Cfr. *Rule 28, Federal Equity Rules 1822* di seguito parzialmente riprodotta: "*Witnesses who live within the district may, upon due notice of the opposite party, be summoned to appear before the commissioners appointed to take testimony, or before a master or examiner appointed in any cause by subpoena in the usual form [...]*". La stessa norma specifica peraltro, in via di principio, come la possibilità di assunzione delle dichiarazioni testimonial *in open court* non sia esclusa.

intesa a garantire sempre maggiore spazio all'oralità. E tale rinnovata prospettiva si traduce anzitutto in un nuovo ruolo del *Master*, il quale inizia infatti a partecipare attivamente all'attività di raccolta delle dichiarazioni testimoniali, abbandonando progressivamente il ruolo di mero "*recorder*" di tali dichiarazioni. In linea con i poteri anche di natura inquisitoria attribuiti a tale soggetto, questi può quindi porre direttamente domande ai testimoni, in base alla propria conoscenza dei fatti di causa e, eventualmente, superando la capitolazione così come predisposta dalle parti <sup>277</sup>. L'oralità inizia insomma a "farsi largo", seppur in forma mediata e attraverso il *Master*, e ad acquisire un'importanza sempre crescente, anche all'interno di un processo tipicamente scritto come quello di *equity*.

La possibilità svolgere una vera e propria *cross examination* dei testimoni in udienza e senza la mediazione di soggetti terzi viene introdotta di lì a poco mediante una modificazione della *Rule 67*, parzialmente riformata nel 1893. A partire da tale riforma il potere di interrogare direttamente i testimoni non è più rimesso in via esclusiva al *Master*. La norma riformata consente infatti al giudice, discrezionalmente, di autorizzare le parti a porre esse stesse, direttamente, domande ai testimoni <sup>278</sup>.

Le premesse sono quindi poste per una svolta epocale in materia probatoria. Il sistema dell'oralità, mediante interrogatorio diretto e incrociato dei testimoni a opera delle parti è ormai una possibilità consentita, seppure vincolata a un'autorizzazione discrezionale del giudice. È in effetti di lì a poco, con la riforma delle *Federal Equity Rules* del 1912 che si realizza il vero e sostanziale mutamento di prospettiva a questo riguardo. Le istanze derivanti dal cosiddetto *Codification Movement* - del quale si dirà nel capitolo successivo - intese al superamento della duplicità di giurisdizione e alla fusione fra *common law* e *equity* favoriscono il riavvicinamento delle discipline con riguardo specialmente all'ambito probatorio. E ciò si realizza a tutto svantaggio

---

<sup>277</sup> Cfr. Kessler, *op. cit.*, p. 1226 ss; la già citata *Rule 77, Federal Equity Rules 1842* prevede infatti che il *Master* "[...] shall have full authority to examine the parties in the cause upon oath, touching all matters contained in the reference [...]".

<sup>278</sup> La *Rule 67, Federal Equity Rules 1842*, come riformata dopo l'*amendment* del 1893, stabilisce che "*Upon due notice given [...] the court may, at its discretion, permit the whole, or any specific part of the evidence to be adduced orally in open court, on final hearing*".

della tradizione scritta tipica dell'*equity procedure*. La *Rule 46* della disciplina federale del 1912 ribalta, infatti, l'impostazione precedente. La regola, anche *in equity*, diventa pertanto quella dell'assunzione "*orally in open court*"; il che potrà realizzarsi anche mediante *cross examination* <sup>279</sup>. Di conseguenza, l'assunzione di prove testimoniali mediante *Master* che originariamente costituiva il metodo di assunzione, finisce per ridursi alle sole ipotesi tassativamente previste ed "eccezionali" <sup>280</sup>.

Anche in questo senso quindi, la neutralizzazione del *Master* appare compiuta sotto il profilo funzionale. Tale figura risulta infatti tendenzialmente privata dei poteri in materia istruttoria che tradizionalmente gli derivano dalla tradizione di *equity*.

Aspetti questi che anticipano le scelte in materia della successiva disciplina processuale civile federale unitaria successiva al definitivo *merger* fra *common law* ed *equity* a livello di corti federali.

---

<sup>279</sup> Cfr. Talley, *The New and Old Federal Equity Rules Compared*, in 18 *Va. L. Rev.* 1913, p. 663.

<sup>280</sup> Cfr. Subrin, *How Equity Conquered the Common Law*, cit., p. 953.