



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI  
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND  
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



## ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)  
ANGELA TROMBETTA

*Libertà individuali e prerogative reali: John Selden e il Petition of Right*



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,  
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,  
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,  
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,  
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,  
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,  
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,  
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,  
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,  
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,  
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,  
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

---

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,  
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: [FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT](mailto:FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT)

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG



Angela Trombetta

LIBERTA' INDIVIDUALI E PREROGATIVE REALI: JOHN SELDEN  
E IL *PETITION OF RIGHT*\*

ABSTRACT	
Il saggio si propone di analizzare l'apporto di J. Selden nella realizzazione del <i>Petition of right</i> , descrivendo i momenti (1621-1629) più significativi dei suoi interventi a difesa delle libertà individuali e delle prerogative parlamentari contro la pretesa di affermazioni assolutistiche del potere regio.	The essay aims at analyzing J. Selden's contribution in drafting the <i>Petition of Right</i> , describing the most important initiatives (1621-1629) targeted to protect freemen's right of liberty as well as privileges of the House of Commons against the absolute power of the Crown.
<b>Libertà individuali - immunità parlamentari - prerogative regie - legge fondamentale</b>	<b>Absolute power of the Crown - Privileges of the Parliamen - Rule of Law - Habeas corpus</b>

SOMMARIO: 1. La politica estera e i problemi costituzionali. – 2. Le libertà individuali e le prerogative reali: il dibattito nella House of Commons – 3. La supremazia della legge: il *Petition Right* e la discussione in Parlamento. – 4. Di nuovo nella Torre. – 5 *The rule of Law*: un imperativo morale per John Selden.

1. - Fra il 1603 e 1642 il sistema costituzionale inglese, che si era retto con successo nel periodo dei Tudor in base ad un delicato equilibrio dei principi di autorità monarchica e di consenso popolare, si ruppe<sup>1</sup>. Lo scontro si svolse su due

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco. Il presente saggio è in corso di pubblicazione anche nel volume a cura di A. TORRE, *Common law, protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico*.

<sup>1</sup> D. LINDSEY KEIR, *Constitutional History of Modern Britain since 1485*, London, W.W. Norton & Co., 1966, pp. 154-162. L'equilibrio, realizzatosi tra corona e popolo nel sedicesimo secolo, sembrò continuare agli albori del diciassettesimo, poiché la salita al trono di James I e le sue pretese di investitura divina, che portavano verso un assolutismo illuminato, non sembravano provocare grandi ansietà. Fu proprio la pace e la ricchezza dell'inizio di quel secolo -scrive Keir- che generarono «men of arrogant and self-confident temper, impatient of control and distrustful of authority». Pertanto l'opposizione politica agli Stuart fu spesso determinata da *self-interested motives*; del resto, «[t]he propertied classes who dominated Parliament and local administration showed repugnance towards the development of a centralized government which might challenge their own predominance».

linee, quella della lotta delle corti per la supremazia giurisdizionale, che culminò nel 1616 e la cui conclusione può essere emblematicamente rappresentata dal discorso di nomina letto da Lord Ellesmere a Sir Henry Mountagne, e quella della lotta parlamento- sovrano per le libertà individuali, le garanzie parlamentari e le prerogative reali, che vide protagonisti Edward Coke e John Selden da un lato, James I e Charles I dall'altro<sup>2</sup>. Con il discorso del 18 novembre 1616, pronunciato da Ellesmere a Sir Henry Mountague successore di Coke come *Chief Justice* del King's Bench, sembrava chiudersi definitivamente la lotta tra le corti; lotta che aveva acceso gli animi su temi riguardanti la natura del diritto, la natura del potere sovrano, i limiti delle prerogative regie e i confini giurisdizionali tra corti di *common law* e corti di *equity*.<sup>3</sup> Il sovrano si affermava come rappresentante della sovranità divina di Dio nel governo dei suoi sudditi e dei giudici. Il *Lord Chancellor* sottolineava l'aspetto singolare della situazione: «his Majesty is now graciously pleased to address unto you his Writ, under the Great Seal, calling you thereby to be his Chief Justice in this place, for Pleas to be holden before himself. A case rare, for you are called to a place vacant, not by death or cession, but by amotion and deposing of him that held the place before you, and that not as Sir William Thorpe in the time of the absence of King Ed.3 when there was a Custos Regni; nor as Sir Robert Tresilian in the disordered and unruly time of King R.2. But in peaceable and happy Reign of Great King James the great King of Great Britain, wherein you see the Prophet David's words true, He putteth down one, and setteth up another; a Lesson to be learned of all, and to be remembered and feared of all that sit in Judicial places»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> La politica assolutistica di James I e Charles I si scontrò in quegli anni con la 'supremazia del *common law*' di Coke (che cementò definitivamente la vecchia alleanza tra *common law* e Parlamento trasferendo al Parlamento quella superstiziosa reverenza che gli uomini avvertivano per il *common law*,) e con la dottrina costituzionale di Selden (che impregnò di conservatorismo legale la strenua lotta della battaglia costituzionale del diciassettesimo secolo), W. S. HOLDSWORTH, *History of English law*, I- XVII, London, Methuen, 1922-1972, V, pp.442-445. Al di là del giudizio- che non condivido- di 'conservatorismo legale' attribuito da Holdsworth a Selden, l'analisi della contrapposizione dello scontro mette in luce la posizione di Selden che si manifesta fin da i primi anni attraverso la sua opera di studioso. Selden, infatti, già nel 1616 in piena contesa tra parlamento e sovrano, fra corti di *common law* e corti di *equity*, pubblica, come storico e filologo, il *De laudibus legum Angliae*. Opera nella quale Fortescue affermava essere «caratteristico dell'Inghilterra il *dominium politicum et regale*, cioè quello dove il re non può governare che sulla base di leggi approvate dal Parlamento, di contro al governo *regale tantum*, dove la monarchia scivola nel dispotismo» (S. CARUSO, *La miglior legge del Regno. Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)*, Milano, Giuffrè, 2001, I, pp.174-175, II, pp. 497-499 ).

<sup>3</sup> A. TROMBETTA, *Diritto e morale nelle corti di common law ed equity. Una lotta per la giustizia o per il potere?*, in *Turn pre- ordinance and first decree into the law of children. Sapienza giuridica nel teatro shakespeareano*, in R. RUGGIERO - E. SICILIANI, Lecce, Pensa Multimedia, 2012, pp. 47-92.

<sup>4</sup> *Ellesmere's Speech to Sir Henry Mountague*, Nov. 18, 1616 (Moore, 826), in *Legal Examiner*, published for the Proprietors by J. WRIGHT, Law Bookseller and Publisher, London 1832, vol.2, p.500.

La polemica sembrava, quindi, definitivamente chiusa a favore della supremazia del sovrano e delle corti di *equity*. In realtà quella polemica, aperta sui *returns* e sugli *Habeas corpus* fin dalla fine del Cinquecento, aveva sollevato ulteriori questioni di diritto di rilevanza costituzionale. Queste giocarono un ruolo fondamentale nella crisi costituzionale del 1620- 1629, dove la voce di John Selden si sollevò in difesa delle garanzie parlamentari e dei diritti personali<sup>5</sup>. Le udienze, dinanzi al King's Bench sui *returns* e sugli *Habeas corpus* degli incarcerati, non avevano ricevuto l'attenzione e l'analisi che erano necessarie riservare loro<sup>6</sup>. Il dibattito sulle prerogative reali e su i

<sup>5</sup> Il 3 marzo del 1622 Selden e alcuni membri dei Commons furono costretti a comparire dinanzi al Privy Council, dove furono più tardi interrogati sul significato delle loro parole e delle loro azioni. Molti rifiutarono di rispondere appellandosi ai privilegi parlamentari, altri rifiutarono decisamente di rispondere su qualsiasi argomento sollevato nella Camera. Qui infatti nel 1621 era sorta una protesta ed era stato presentato un documento, alla cui stesura Selden aveva partecipato, «an Act for the better securing of Subjects from wrongful Imprisonment and Deprivation of their Trades and Occupations, contrary to the 29th Chapter of the Statute of Magna Charta» [*House of Commons Journal* vol. 1: 30 November, *Journal of the House of Commons* vol. I: 1547-1629 (1802), pp 652-653]. Tra le altre cose prevedeva che «no judge shall deny a *corpus cum causa*» e si aggiungeva che non si sarebbe applicato «to commitment for treason or commitments by six Privy Councilors wherein they must likewise signify that it is for matter of state not fit to be revealed» [*Commons Debates 1621*, ed. W. NOTESTEIN, H. RELF – H. SIMPSON, Yale University Press, 1935, V, p. 226]. Il *Bill* fu discusso il 5 e 28 maggio. Un altro diario contemporaneo (*Commons Debates*, 1621, III, p. 323) riporta una citazione di Coke, che nel discorso del 28 maggio contro «restraining the council thus», menziona un caso dibattuto al tempo di Henry VI nel quale i giudici rifiutarono di liberare il prigioniero che risultava imprigionato dal *Council* «for cause touching the king». Coke aggiunse che sarebbe stato sufficiente la firma di due membri del Consiglio «as was then used according to the law». Posizione ripresa, a sostegno della sua, nel dibattito parlamentare del 1628, da *Earl of Devon* nella House of Lords (*Journal of the House of Lords*, vol 3, p.756). Questi, infatti, richiama puntualmente (ne aveva trascritto le parole) l'affermazione di Coke. Tesi sostenuta anche - sottolinea *Earl of Devon*- nella seduta del 28 maggio, dove Coke aveva affermato che «in 33 H. VI upon a Habeas corpus, where the party was imprisoned by Two Privy Counselors *pro rebus Regem tangentibus*, that being the Return, it was allowed». Si trattava del *Poyning's case*, richiamato poco prima. In quel caso il richiedente fu imprigionato per sempre e di quel documento non se ne fece più niente. La rilevanza del Parlamento del 1621 nell'impostazione di temi di carattere costituzionale riguardanti la libertà dei soggetti, i privilegi parlamentari e le prerogative reali, è messa in risalto da R. ZALLER, *The Parliament of 1621: a Study in Constitutional Conflicts*, University of California Press, Berkeley, 1971.

<sup>6</sup> Tra i casi riguardanti i *returns* e gli *Habeas corpus* è da ricordare il *Brewer's Case*, 1Rolle134 (*Hilary term*, 1615, King's Bench). Alcuni *Brewers* erano stati arrestati per ordine del Consiglio e sul *return* dell'*habeas corpus*, come causa, si diceva che essi erano stati imprigionati in forza di «a warrant reciting that they were committed by the King's Council [*consilium*] 'for certain causes touching the King and his service'». Coventry, il difensore, argomentò l'insufficienza del *return* poiché «they were committed by the King's Council without showing what council it was, whether the Council of the State or legal council, and therefore it is uncertain». Il *Chief Justice* Coke, di rimando, richiamò numerosi casi e statuti affermando alla fine che «If this Court commits a man he is notailable and if I commit a man he is notailable by anyone even though no cause is declared, and thus here there may be a cause concerning the State which it is not convenient to have known». Tuttavia poiché Coventry non aveva avuto tempo sufficiente per parlare della materia alla prima lettura, gli fu concesso un giorno per ricevere copia del *return* e per replicare come desiderava. In realtà, ancora una volta la situazione restò irrisolta. Il problema, come abbiamo detto sopra, fu ripreso nel dibattito del 1621.



loro limiti si sviluppò in Parlamento nel 1628 in seguito al *Five Knights' case* dove Selden espresse con chiarezza la sua idea di un potere sovrano limitato dalla legge<sup>7</sup>.

E' anche vero che la politica estera e finanziaria in quegli anni condizionò, o meglio, influenzò la storia costituzionale inglese specialmente attraverso il problema del reperimento di denaro per sostenere la guerra contro la Spagna<sup>8</sup>. Charles I nel

<sup>7</sup> Nel 1623 Selden era entrato a far parte del Parlamento e, come già era accaduto nel 1621, si dimostrò strenuo difensore dei diritti parlamentari e convinto oppositore dell'uso assolutistico delle prerogative reali. Su questi temi, nel King's Bench, si fermò nell'argomentare la difesa di Sir Edmund Hampden nel caso dei *Five Knights* (3 *State Trials* 1, 1627). Infatti, dopo aver affermato che non aveva molto da aggiungere a ciò che, poco prima, era stato detto dai difensori degli altri imputati, ricorda che Sir Hampden era stato portato dinanzi a quella corte con il *Writ Habeas Corpus* e che il sorvegliante di Gatehouse aveva dichiarato sul *writ* che Sir Hampden era detenuto in prigione per 'speciale mandatum domini regis, mihi significatum per warrantum duorum privati concilii dicti domini regis'. La sua attenzione si fermava, quindi, poco sulla forma del *Writ* e sulla forma del *return*, più a lungo sulla materia del *return* e sull'imprigionamento 'per speciale mandatum domini regis' da parte dei *Lords* del consiglio senza alcuna causa espressa. Affermava che «per costante e stabilite leggi di questo Regno, senza le quali noi non siamo niente, nessun uomo può essere giustamente imprigionato da un altro senza una causa della carcerazione espressa nel *return*». Argomenti questi sui quali gli statuti erano stati espressamente menzionati, spiegati ed interpretati per cui non restava che richiamare la Magna Carta cap.29, dove si dice chiaramente: «No freeman shall be imprisoned without due process of the law». Questa frase «out of the very body of this act of Parliament, besides the explanation of other statutes, it appears, nullus liber homo capiatur vel imprisonatur nisi per legem terrae». Le parole 'legem terrae' sollevavano questioni sul loro significato, ma, continuava Selden, con il loro permesso, «there it must be intended by due course of law, to be either by presentment or by indictment». Pertanto concludeva: «My Lords, if the meaning of these words, 'per legem terrae', were hut, as we use to say, 'according to the law' –which leaves the matter very uncertain; and [if] 'per speciale mandatum...' be within the meaning of these words 'according to the law', then this Act had done nothing». (*Proceeding on Habeas Corpus, brought by Sir Thomas DAMEL, Sir John CORBET, Sir Walter EARL, Sir John HEVENINGHAM, Sir Edmund HAMPDEN*, 3Howell's *State Trials* 1 [K.B. 26 nov.1267]). Il richiamo alla Magna Carta aveva un valore sia, simbolico che, scientifico. Come abbiamo visto, Selden fa un'analisi linguistica accurata e dettagliata dei termini tecnici. Facendo questo sembra ricostruire storicamente il fondamento stesso delle libertà dei liberi uomini inglesi: *law of the land* non è *law of state*, ma è la *common law*, per la quale non vi può essere nessun *trial* per un uomo libero senza una messa in stato d'accusa o un'imputazione da parte di un gran giurì. Cosa che riaffermerà in Parlamento durante la difesa del *Petition of Right* «And that though each of the other laws which are admitted into this kingdom by custom or act of parliament may justly be called 'a law of the land', yet none of them can have the pre-eminence to be styled 'the law of the land'» [R.C. JOHNSON, M.F. KEELER, M.J. COLE, W.B. BIDWELL, eds., *Common Debates*, 1628, vols. 4, The Yale Centre for Parliamentary History, Yale University Press Haven, 1977-1978 (vol. II: 17 March- 19 April, p. 530 ).

<sup>8</sup> J.R.TANNER, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century, 1603-1689*, 1 ed., 1928, Cambridge, 1971, pp. 54- 56, 59- 60. Nel 1625, quando Charles I salì al trono, il Parlamento si oppose alla guerra con la Spagna e i Commons votarono soltanto due sovvenzioni che portarono ad una somma inadeguata a sostenere una guerra. Inoltre vi furono difficoltà anche su un altro punto della finanza riguardante la concessione di *tonnage* e *poundage* che, fin dal regno di Edward IV, il Parlamento soleva concedere al re per la vita, all'inizio del suo regno. Ma quando nel primo Parlamento di Charles I fu proposta l'abituale attribuzione, la questione della legalità di altri appannaggi, non rientranti nei *tonnage* e *poundage* e introdotte da James I per mezzo del *Book of Rates*, fu sollevata e i Commons decisero di limitare l'appannaggio ad un solo anno in modo da avere la possibilità di valutare l'intero sistema di tassazione indiretta. In questo i Commons non furono



tentativo di reperire denaro e mezzi per sostenere una guerra, anche senza l'appoggio del Parlamento, creò non poche difficoltà. La sua necessità e urgenza di denaro, dopo lo scioglimento del parlamento, si risolse nella richiesta di prestiti forzati. Coloro che si rifiutarono di pagare il prestito furono «committed by his majesty's special commandment»<sup>9</sup>. Nel 1627 cinque dei gentiluomini che avevano rifiutato di pagare il prestito e si trovavano nella prigione di Fleet, chiesero al King's Bench i *writs of Habeas Corpus*<sup>10</sup>. Come si è detto, questo caso divenne il punto di riferimento nel dibattito che portò nel 1628 al *Petition of Right*<sup>11</sup>.

2. - Il dibattito si sviluppò sull'idea dell'imprigionamento arbitrario e sui limiti delle prerogative reali da un lato, sulla rilevanza e uso dei precedenti dall'altro<sup>12</sup>. La

supportati dai *Lords* che rifiutarono di approvare le limitazioni. Il sovrano continuò comunque a riscuotere i suoi appannaggi anche senza l'approvazione. Senza Parlamento, con una pesante guerra in corso e con la disastrosa sconfitta di Cadice, il Re non avrebbe potuto procedere oltre. Fu quindi costretto a convocare un secondo Parlamento dove i *Commons*, non competenti per l'alta politica e per la politica estera, intervennero criticamente sui problemi finanziari. La guerra era stata finanziata da prestiti *on privy seals*, per cui il Parlamento era interessato a capire come questi prestiti fossero stati assunti. Tuttavia dopo l'*impeachment* di Buckingham, il Parlamento del 1626 fu sciolto.

<sup>9</sup> S. WILLMS, *The Five Knights' Case and Debates in the Parliament of 1628: Division and Suspicion under King Charles I*, in *Constructing the Past*: Vol.7: Iss. 1, Article11, (2006), pp.92- 100; M. KISHLANSKY, *Tyranny Denied: Charles I, Attorney General Heath, and the Five Knights' Case*, in *The Historical Journal* 42, No. 1 (Mar 1999), pp. 53- 83; P. CHRISTIANSON, *John Selden, the Five Knights' Case and Discretionary Imprisonment in Early Stuart England*, in *Criminal Justice History* 6, 1985, pp.65-87; G.E. AYLMER, *A Short History of Seventeenth Century England, 1603-1689*, New York, New America Library, 1963, pp.77-79.

<sup>10</sup> S.R. GARDINER, *Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660 [1906], the Case of Five Knights, before the Court of King's Bench* [Nov.15-28, 1627. State Trials, 3, pp. 114- 139], pp. 57-64.

<sup>11</sup> I gentiluomini restarono in prigione fino al 29 gennaio quando il sovrano nel Consiglio ordinò la loro scarcerazione e, contemporaneamente, ordinò l'elezione dei membri del Parlamento, perché si riunissero il 17 marzo. Molti dei gentiluomini, che avevano subito il prestito forzato, furono eletti. Il 22 marzo fu speso nell'aprire le lamentele, come «Billeting of Soldiers, loans by Benevolence and Privy Seal, and the imprisoning certain Gentlemen who refused to lend upon that Account, who afterwards bringing their Habeas Corpus, were notwithstanding remanded to prison; nor did the house incline to supply his majesty till these Grievances were redressed...». Sottolinea l'importanza del *Five Knights' case* nell'individuazione del *rule of law* nel dibattito parlamentare del 1628, J.S. HART, *The Rule of Law, 1603-1660 Crowns, Courts and Judges*, London, Longman, 2003, pp.127 -130.

<sup>12</sup> Il dibattito parlamentare sulle lagnanze e sui precedenti legali, attraverso cui i nove paragrafi del *Petition of Right* furono formulati e difesi contro gli emendamenti dei *Lords*, è contenuto nei *Commons Debates* 1628. La loro interpretazione- afferma R.M. SMUTS, *Parliament, the Petition of Right and Politics*, in *The Journal of Modern History*, vol.50, No. 4, (1978), pp. 712- 719- presenta numerose difficoltà perché essi si basano sulla memoria: discorsi, alle volte, contenuti in diari, altre in minute sui quali si basavano i discorsi dei membri dei *commons*. Leggendoli – continua Smuts- si sente l'urgenza che spingeva gli uomini del *Commons* a cambiare le decisioni dei giudici e gli argomenti sostenuti dal *General Attorney* del Re che tentavano di minare le libertà d'Inghilterra. I giudici- come abbiamo visto- avevano negato la libertà provvisoria ad uomini imprigionati su comando del re senza causa espressa e la stessa commissione aveva tentato di estendere l'uso della *martial law* per coprire alcune offese civili (p.714). Fu proprio Selden- scrive P. CHRISTIANSON, *Ancient Constitution in the Age of*

questione posta al centro del dibattito fu se Charles I con l'arresto senza causa espressa si fosse o no spinto al di là dei suoi poteri e, quindi, se ciò fosse contrario e in deroga alle leggi fondamentali e alle libertà del regno<sup>13</sup>.

Il Parlamento si divise in coloro che, come il Privy Council, sostenevano il re, ritenendo che non fosse da biasimare il suo comportamento poiché si era in uno stato di guerra (The right of the king to imprison by special command «is a freedom to the King as well as to the people.... Limiting the royal prerogative would be attacking the very grounds on which England had stood for under the rule of Kings and Queens»)<sup>14</sup>, e coloro che erano moderati e ritenevano che fosse necessario porre dei limiti alle prerogative reali (...«the act of power in imprisoning and confirming his Majesty's subjects in such manner without any declaration of the cause, is against the fundamental laws and liberties of this realm...Kings of England have a 'monarchical' state, not a 'seignoral'; the first makes freedom, the second slavery»)<sup>15</sup>. L'altra questione, che venne affrontata nel dibattito e che si originava nella posizione del *Attorney General* Heath, riguardava il valore e l'uso dei precedenti nonché la loro manipolazione<sup>16</sup>. Per quanto riguarda la prima questione, nel dibattito emerse la necessità di considerare il duplice aspetto del problema, l'aspetto verso il sovrano e quello verso i sudditi<sup>17</sup>. Entrambi gli aspetti dovevano essere considerati perché vi potesse essere giustizia<sup>18</sup>. Comunque, per la sua realizzazione non era necessario

*Sir Edward Coke e John Selden*, in Ellis SANDOZ, *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and Anglo American Tradition of Rule of Law*, Ellis Sandoz ed., 1993, pp. 115-184 - che il 25 marzo (*Commons Debates*, 1628, II, p135) lanciò l'esca suggerendo che «since the business concerns the King and his privy councillors, I desire therefore a day may be appointed for the King's counsel to come in and defend what was done if they can» (p.153).

<sup>13</sup> *Commons Debates*, 1628, II, pp. 146-150. J.A. GUY, *The Origins of the Petition of Right Reconsidered*, *The Historical Journal*, 25, 2(1982), pp. 289-312.

<sup>14</sup> WILLMS, *op. cit.*, p. 94.

<sup>15</sup> IVI, pp. 95-96.

<sup>16</sup> Il problema dei *Records*, verrà ripreso, lo abbiamo detto, nel dibattito parlamentare del 1628 e si incentrerà essenzialmente sul loro valore e utilizzo. Sarà lo stesso Selden che, essendo il dibattito vicino alla fine, propose «let a subcommittee search into those judgments and precedents» e ottenne il 29 marzo il permesso di estendere la sua ricerca, facendone copia, a importanti documenti (*Commons Debates*, 1628, II, pp. 173-177, 191-193). Sottolinea quest'aspetto CHRISTIANSON, *op. cit.*, pp. 156-157.

<sup>17</sup> J. RUSHWORTH (ed.), *Historical Collection of Private Passage of State*, 8 vols. London, (1659-1701), I, 1627 (part. 2 of 2), pp. 489- 515.

<sup>18</sup> Aspetti che erano emersi già negli argomenti con cui il *Chief Justice* Hyde aveva chiuso il *Five knights' Case* (Nov. 28, Mich. 3 Carol Regis, 1627). Il discorso di Hyde ci fa capire in pieno il dilemma in cui si trovano i giudici del King's Bench. C'era la consapevolezza che gli imputati erano in attesa di una risoluzione da parte della Corte e che il caso per il suo 'very great weight and great expectation' richiedeva che si facesse ricorso a ragioni solenni tanto quanto erano state addotte da loro che erano in prigione e in attesa da così lungo tempo, e nello stesso tempo c'era la consapevolezza di dover fare i conti con le prerogative reali e i precedenti e con il loro ruolo di amministrare la giustizia a tutto il popolo. Dopo aver citato i tre statuti (*Magna Carta*, 25E. 3, e 36 E.3,) e lo Statuto di Westminster primo, e diversi altri statuti allegati e discussi, di cui si è riconosciuto il loro vigore di buone leggi,

rivendicare nuove cose. Era sufficiente richiamare «our ancient vital liberties, by re-enforcing the ancient laws made by our ancestors, by setting forth such a character of them, as no licentious spirit shall dare to enter upon them». Da queste discendevano «for our Persons: first the freedom of them from imprisonment: secondly, from employment abroad, contrary to the ancient customs. For our goods: that no Levies be made, but by Parliament; secondly no billeting of soldiers. It is most necessary that these be resolved, that the subject may be secured in both»<sup>19</sup>. E' dovere dei membri del parlamento «to advise his majesty, but the way is to take a right course to attain the right end...by giving him a large supply according to his wants, by prostrating our grievances humbly at his feet, from thence they will have the best way to his heart, that is done in duty to his majesty»<sup>20</sup>. In questo modo sarebbe stato possibile portare il re dalla parte del popolo «considering the near subsistence between the king and people...»<sup>21</sup>. La camera dei Commons, dopo altri interventi procedette all'unanimità

aggiunge che la loro interpretazione non li appartiene poiché essa può andare in una o in un'altra direzione, mentre il giudizio deve essere lo stesso: ciò che si sta giudicando è «Whether one that is committed by the King's authority, and no cause declared of his commitment, according as here it is upon this return, whether we ought to deliver him by bail, or to remand him back again?». Per dare una risposta a questo quesito si deve tener conto solo del *return*, e anche quando il *return* accompagna il caso, non si è legati ad esaminare «the truth of the return, but the sufficiency of it, for there is a great difference between the sufficiency and the truth». Aggiunge: «we cannot judge upon rumors nor reports, but upon that which is before us on record». I precedenti addotti sono tanti e i *Records* anche. Perciò saranno i precedenti e records a giudicare questo caso. Poiché non si è più saggi di coloro che hanno giudicato prima di loro in quanto «the common custom of the law is, the Common Law of the land, and that hath been the continual common custom of the law, to which we are to submit, for we come not to change the law, but to submit to it». La questione resta comunque se si devono o no lasciar andare questi uomini...«If in justice we ought to deliver you, we would do it; but upon these grounds, and these Records, and the Precedents and Resolutions, we cannot deliver you, but you must be remanded...» (RUSHWOTH, *op. cit.*, pp. 459 s)

<sup>19</sup> *Commons Debates, 1628*, II, p. 62.

<sup>20</sup> *Commons Debates, 1628*, II, pp. 58-59.

<sup>21</sup> Il 25 marzo i *Commons* si costituirono in seduta plenaria per discutere «the Subject's Liberty in his Person»; il 29 marzo the *King's Solicitors* Shelton citò la decisione di Coke del 1616 che aveva rifiutato di rilasciare un prigioniero arrestato per ordine del Privy Council. A questo Coke replicò affermando «This report moves not me at all; that report is not yet 21 years old, but under age, being in 13 *Jac.* In truth, when I read Stanford, I was of his opinion at the first, but since, looking into those Records, before mentioned, I was of another mind. He brings in an ill time 13 *Jac.* When there was clashing between the Court of the King's Bench and Chancery, as also there were then many of the traitors that were of the Powder-Treason, committed *per mandatum concilii*» (...). Il 1 aprile il dibattito riprese e, ritenendo le camere non pronte ad affrontare la questione, si suggerì di seguire la soluzione letta di tutti i giudici in 34 *Eliz.* riguardo quell'argomento. A quelle parole, immediatamente Coke si alzò e intervenne affermando che non si poteva tardare ancora una decisione. Precisava, per quanto riguardava quel caso citato in cui era stato giudice, che in verità era stata fatta una mozione ma nessuna argomentazione o dibattito, o risoluzione sulla notifica; non voleva trovare scuse, in quanto «non vi è giudice che abbia un cuore onesto rivolto a Dio e un cuore semplice rivolto al mondo, che non abbia anche giustificazioni per ciò che fa.»(...) Non rinnegava di essere stato e di aver seguito allora quell'opinione, tuttavia, quando aveva percepito che alcuni dei membri di questo consiglio erano stati portati via, persino di fronte alla Camera, e mandati in prigione, e aveva percepito che anche lui

alla votazione di queste risoluzioni secondo cui nessun uomo sarebbe stato tenuto o messo in prigione, o arrestato per comando del Re o del Privy council, o di altri, senza che fossero state espresse le cause dell'imputazione, della detenzione o arresto, per le quali dalla legge sarebbe stato imputato, detenuto o arrestato. Il *Writ of Habeas Corpus* non poteva essere negato. Anzi, sarebbe dovuto essere garantito a ciascun uomo, che fosse imputato o detenuto in prigione, o in alto modo limitato nella sua libertà, sebbene per comando del Re o del Privy council o di altri, di richiederlo. Inoltre, se un uomo fosse stato imputato, o detenuto in prigione o limitato nella sua libertà per comando del Re o del Privy Council, o altri, e non essendo stata espressa la causa, per la quale dalla legge sarebbe dovuto essere imputato, detenuto o limitato nella libertà, e la stessa potesse, quindi, essere documentata nell'*Habeas Corpus*, concesso per la detta parte, allora egli dovrebbe essere rilasciato o liberato sotto cauzione. E' antico e indubitabile diritto di ogni uomo- conclude il documento- avere una piena e assoluta proprietà nei suoi beni e dei suoi possedimenti; pertanto nessuna tassa, tributo, prestito, benevolenza o altro simile onere dovrebbero essere comandati, o imposti dal re o da un suo ministro senza il consenso di un atto del parlamento<sup>22</sup>.

Una commissione fu nominata per convincere la House of Lords ad adottare la Risoluzione. I principali argomenti furono sostenuti, con un'ampia presentazione di statuti, ragioni e precedenti, da Littleton, Sir Edward Coke e John Selden<sup>23</sup>.

3. - Anche nella camera dei Lords furono pronunciati discorsi e argomentazioni sia a sostegno che contro le risoluzioni della camera dei Commons. Le argomentazioni del *Serjeant Ashley* tuttavia sembrarono andare ben oltre le questioni poste dai Commons<sup>24</sup>. Dopo aver sostenuto che «various are the cases that may be instanced, wherein there may be a lawful commitment without process. Wherefore I do positively and with confidence affirm, that if the imprisonment be lawful, whether it be by process, or without process, it is not prohibited by the law». Ashley dichiara

non era lontano da quel luogo, aveva riconsiderato quel libro. Quel testo prima era stato la sua guida, e aveva deciso per lui. In seguito, si era reso conto che vi erano guide migliori quali gli atti del Parlamento e altri precedenti dai quali emergeva che tali ordini erano contro la libertà del soggetto (*Commons Debates*, 1628, II, p. 213; *Speechs in Parliament*, 1628, p.1240)

<sup>22</sup> *Commons Debates*, 1628, II, pp.302, 311, 317, 329

<sup>23</sup> *Commons Debates*, 1628, II, pp. 358. Selden, tentò di dimostrare che i precedenti – ne citò 31, uno dopo l'altro,- mostravano che quegli arresti su mandato del re o del consiglio avevano ricevuto la libertà provvisoria nei vari *writ of habeas corpus*; Littleton citò un rilevante numero di statuti cercando di stabilire che la frase *per legem terrae* nella *Magna Carta* indica che l'imprigionamento deve avvenire o per *indictment* o per *presentment*; Coke, dopo aver letto le risoluzioni approvate dai *Commons*, sviluppò le ragioni per cui quei precedenti e statuti dovevano essere considerati interpretazioni delle «leggi fondamentali del regno». Gli altri interventi dei *Commons*, tutti guidati- afferma Christianson- dalla «visibile o invisibile mano di Selden», avevano pronunciato una colta lezione sulla natura dell'antica costituzione e una potente difesa della libertà dei liberi uomini (CHRISTIANSON, *op. cit.*, pp.157- 158).

<sup>24</sup> *Journal of the House of Lords*, vol.3 1620-1628, (1767-1830), pp. 745- 763.

che la questione da porre è un'altra: «Whether the King or Council may commit in prison 'per legem terrae', were only that a part of the municipal law of this realm, which we call the Common- Law? For there are also divers jurisdictions in this kingdom, which are also reckoned the law of the land»<sup>25</sup>. Cita quindi alcune giurisdizioni, *Ecclesiastical law*, *Admiral's jurisdiction*, ognuna delle quali è *lex terrae* come la *Martial Law*. Questa benché debba essere esercitata in tempo di guerra, tuttavia, come *lex tarrae*, può essere adottata anche in tempo di pace, quando non si può avere un procedimento ordinario<sup>26</sup>. Del resto, se la necessità lo richiede, si può procedere per equità naturale, come nei casi in cui 'the law of the land' non provvede; infatti «infinite are the occurrences of State, unto wich the common law extends not». Se questi procedimenti non dovessero essere considerati 'law of the land', allora si cadrebbe in quegli inconvenienti menzionati nel *Caudrey's case*, ossia che il re non sarebbe in grado di fare giustizia in tutti i casi nei suoi domini<sup>27</sup>. Se poi né il re, né il suo consiglio possono arrestare, necessariamente o il re non deve avere il Consiglio di Stato o, avendo un tale Consiglio, essi non hanno alcun potere di fare ordini o atti di stato; se invece possono, essi devono essere senza mezzi per costringere obbedienza a quegli atti: così si permette loro giurisdizione, ma non si permette la possibilità di costringere obbedienza a quegli atti. Il problema comunque è troppo importante perché possa essere risolto attraverso una risoluzione legale. Se prevale il soggetto, si perde il beneficio di quello Stato Governo, si ottiene la libertà con la quale una monarchia può subito diventare un'anarchia; se prevale lo Stato, esso ottiene un'assoluta sovranità, ma perde i soggetti. Non la loro sudditanza, poiché l'obbedienza la si deve concedere. Restano, quindi, solo preghiere e lacrime, venendo meno la loro parte migliore, che è la loro amicizia. La sovranità, comunque, è stabilita e la corona è fissata in modo stabile sulla testa reale. Fra questi due estremi continua Ashley- non vi è una via per moderare, ma per ricomporre le differenze. Via, comunque, che non spetta a lui prescrivere ma soltanto sollecitare. Concluso il discorso del *Serjeant Ashley*, intervenne il Presidente dichiarando ai gentiluomini della camera dei Commons che, sebbene a questa libera conferenza fosse stata data

<sup>25</sup> IVI, p. 758.

<sup>26</sup> E questo accade anche per la *law of Merchant* che è menzionata in 13Edw. 4fol.9,10, dove si dice che il Mercante straniero ha dal sovrano un salvacondotto per entrare nel regno, tuttavia essi non potranno essere costretti ad attendere l'ordinario processo di *common law*, ma potranno andare dinanzi al Consiglio del re o nella *Chancery* 'de die in diem et de hora in horam' dove il caso sarà determinato dalla *Law of Merchants*. In questo modo essa è legge dello Stato

<sup>27</sup> IVI, p. 758. Il *Caudrey's Case* del 1595, riportato nel V volume dei *Reports* di Coke, pubblicato nel 1605 quando Coke era *Attorney General*, fu un caso veramente emblematico della lotta che si stava innescando tra Corti di *Common law* ed *Equity*, tra Parlamento e Sovrano alla fine del XVI secolo. Il caso, corredato da una nota storica dello stesso Coke necessaria per documentare la supremazia della corona inglese in materia ecclesiastica, offrì a Coke l'occasione per sviluppare una teoria politica che poneva anche il sovrano, al quale si riconosceva un potere assoluto, al di sotto della legge (TROMBETTA, *Diritto e morale, cit.*, pp.69-70).



libertà dai Lords al consiglio di dire tutto ciò che essi pensavano andasse bene per la sua Maestà, tuttavia il *Serjeant Ashley* non aveva autorità o indicazioni da loro per parlare nel modo in cui si era espresso<sup>28</sup>. Egli fu arrestato e dopo, essendosi pentito per qualsiasi avventata espressione avesse potuto usare, fu liberato<sup>29</sup>. Nei due giorni seguenti la discussione sulle risoluzioni proposte dai Commons e sulle affermazioni fatte dal *Serjeant Ashley* continuò incentrandosi essenzialmente sulla libertà dei soggetti e sulla legge marziale<sup>30</sup>.

Il 21 aprile fu riferito ai Commons il risultato della conferenza, tenutasi con i Lords, sulle libertà dei soggetti.<sup>31</sup> Il giorno dopo si discusse ampiamente sul significato di legge marziale<sup>32</sup>. Fu proprio mentre Selden esponeva la sua opinione circa il posto che la legge marziale occupava nelle antiche costituzioni, che sopraggiunse un messaggero dai Lords con la richiesta di istituire un'unica commissione per entrambe le camere<sup>33</sup>. Il dibattito della commissione unificata dei Commons e dei Lords si aprì il 26 aprile. I Lords presentarono cinque punti sui quali ritenevano che il Re avrebbe dovuto pronunciarsi<sup>34</sup>. Durante il dibattito Selden prese la parola e sottolineò la differenza tra la risoluzione dei *Commons* che dichiarava la legge e le proposizioni dei *Lords* che tentavano di spiegare la legge: «Our resolutions we sent to the Lords were matters of law; and I think, nay I am sure, no man can

<sup>28</sup> *Journal of the House of Lords*, vol.3, p. 759.

<sup>29</sup> IVI, pp. 763-764; *Commons Debates*, 1628, II, pp. 282-284.

<sup>30</sup> Selden era intervenuto più volte nei giorni 16, 17, 19 Aprile (*Commons Debates*, 1628, II, pp.302, 311, 317, 324-326), ribattendo caso per caso ai rilievi sollevati dall' *Attorney General* ai precedenti da lui raccolti e portati dalla Commissione alla Camera dei Lords, «to prove that persons committed by the King or Privy Council without cause shewn, have been bailed, when they prayed it» (*House of Lords Journal*, vol.3, pp. 746- 750, 763.)

<sup>31</sup> *Commons Debates*, 1628, vol. III: 21 April- 27 May, pp.4, 5, 9, 13-19.

<sup>32</sup> *Commons Debates*, 1628, III, pp.23- 39 «It was said that there be several laws : *Ecclesiastical law, the law of Admiralty, the law of the Merchants, the Martial Law and the Law of State*. It is true that law you can name clearly is either ascertained by customs or established by act of Parliament. It is true there is a martial law in England. If an Army were gathered together against an enemy, martial law may be used which is known to the common law and it is incorporated in the common law, and all persons of that army are bound to obey» ( p. 25). Selden denuncia il fatto che «to the Petition of right they have added a clause for martial law» per cui aveva espresso una mozione contro la sottocommissione: il dibattito generale meritava una determinazione generale, così come in precedenza si era stati d'accordo per una commissione che cercasse i precedenti per le vecchie leggi, prima che ci si avviasse a farne una nuova( p. 28). Analizza le implicazioni politico-costituzionali degli interventi di Selden sulla *Martial Law*, CHRISTIANSON, *op. cit.*, pp. 168-170.

<sup>33</sup> *Commons Debates*, 1628, III, p.43 I Lords non riuscendo a raggiungere un accordo, sulle risoluzioni inviate dai *Commons*, avevano nominato una commissione di 18 membri e, poiché erano stati sollevati rilevanti argomenti sui quali era necessario ascoltare anche la Lower House, chiesero che un proporzionato numero di membri dei *Commons* si unisse alla loro commissione. La risposta fu naturalmente positiva.

<sup>34</sup> Punti che, non ancora approvati dalla House of Lords, rappresentavano solo una base per la conferenza unificata. Punti che i «Commons shall have liberty to add unto the same, or alter or take away any part of it, as they thing good: that – continuano I Lords nel messaggio- we are neither out of love with their proposition, nor in love with our own».

question the reason of them. But the Lords laying by consideration of our proposition, being law, have proposed these to explain what is law»<sup>35</sup>.

Il 12 maggio 1628, quando il dibattito e le consultazioni fra le due camere erano andate avanti per circa due mesi, il re inviò una lettera alla camera dei Lords in cui espresse il suo pensiero sul problema. Se fosse stato impedito al re e al consiglio di procedere all'arresto senza causa espressa anche in quei casi in cui la materia riguardava lo Stato o il governo, sarebbe venuto meno il senso della prerogativa reale e si sarebbero minati il vero fondamento e la struttura del regno. Se, infatti, le cause allegare dovevano essere tali da poter essere determinate dai giudici e dalle corti di Westminster in via legale e di ordinaria giustizia, cosa sarebbe accaduto in quei casi in cui giudici non avessero avuto la capacità di giudicare, né vi fossero state regole di diritto per guidare i loro giudizi in quella materia di natura trascendente? «Wherefore, as to Our Commons we have made fair Propositions, which might equally preserve the just Liberty of the Subject; so, my Lords, we have thought good to let you know that without the overthrow of Sovereignty, we cannot suffer this Power to be impeached; Notwithstanding, to clear our conscience and just intentions, this we publish, That it is not in our heart, nor will we ever extend our royal power, lent unto us from God, beyond the just rule of moderation, in anything which shall be contrary to our laws and customs, wherein the safety of our people shall be our only aim. And we do hereby declare our royal pleasure and resolution to be which, God willing, we shall ever constantly continue and maintain, that neither we, nor our privy council, shall or will, at any time hereafter, commit or command to prison, or otherwise restrain the person of any for not lending money to us, nor for any cause, which in our conscience doth not concern the public good and safety of us and our people...»<sup>36</sup>

Ben prima del 12 maggio, però, era divenuto chiaro che la camera dei Lords non avrebbe concorso alla stesura dello statuto proposto dai Commons, e che si sarebbe proceduto sulla via del *Petition*; per cui Sir E. Coke intervenne per sostenere questa linea dichiarando che non ci si sarebbe dovuti fidare delle assicurazioni fatte dal re nel messaggio. Il Parlamento, infatti, aveva inviato un *Petition* con le loro richieste e a queste il re non aveva mai risposto. Il vero problema, quale fosse la legge del regno (*law of realm*), restava irrisolto... «Let us put up a Petition of Right: not that I distrust the king, but that I cannot take his trust but in a parliamentary way...we have a maxim in the house of commons, and written on the walls of our house, that old ways are the safest and surest ways. And at last we fell upon that which we think...is the

<sup>35</sup> *Commons Debates*, 1628, III, p. 110. Selden attacca le risoluzioni presentate dai Lords e afferma «Magna Carta has been confirmed 32 o 33 times, and to have confirmed 34 times I don't know what good it will do» In particolare attacca la quinta che contraddice la prima risoluzione dei Commons sull'arresto discrezionale e vorrebbe distruggere «our fundamental liberties» e il «convenient time» che permetterebbe che ogni persona possa essere arrestata a piacere. Per questo ne chiedeva la cancellazione (pp.105- 106).

<sup>36</sup> *Journal of House of Lords*, vol.3. pp. 788-792



most ancient way of all»<sup>37</sup>. Il testo fu approvato da entrambe le camere il 26 maggio e si occupava non soltanto di arresti ma anche di prestiti forzati, acquarteramenti di soldati in abitazioni private e di processi sommari sotto la legge marziale. Per quanto riguardava gli arresti, si era partiti dalla citazione della Magna Carta, c.29 e 28Edw.III, c.3 e si continuava «divers of your subjects have of late been imprisoned without any cause shewed» ed era stato rifiutato il rilascio del *Habeas corpus* quando il *return* mostrava che gli arresti erano stati ordinati dal Privy Council. Il documento si concludeva con due clausole: c.10 in cui si pregava umilmente il sovrano «1 that no man hereafter be compelled to make or yield any gift, loan, benevolence, tax, or such like charge, without common consent by act of parliament; 2 and that be called make answer, or take such oath, or to give attendance, or be confined, or otherwise molested or disquieted concerning the same, or for refusal thereof: 3 and that no freeman in any such manner as is before mentioned, be imprisoned or detained», e c.11 in cui si chiedeva il riconoscimento di tutto ciò che si era detto nella clausola precedente «as their rights and liberties; according to the laws and statutes of this realm» e la promessa che «the awards, doings and proceedings, to the prejudice of your people, in any of the premises shall not be drawn hereafter into consequence or example» inoltre si chiedeva al sovrano «for the further comfort and safety of your people, to declare your royal will and pleasure, that in things aforesaid, all your officers and ministers shall serve you, according to the laws and statutes of this realm, as tender the honour of your majesty, and the prosperity of this kingdom»<sup>38</sup>.

La risposta del re (poche righe in cui dichiarava che «The King willeth, that the right be done according to the Laws and Customs of the Realm; and that the Statutes be put in due Execution, that His Subjects may have no cause to complain of any Wrongs or Oppressions, contrary to their just Right and Liberties: to the Preservation whereof, he holds himself in conscience as well obliged, as of his Prerogative»), letta il 3 giugno alla Camera dei Commons, sembrò non rispondere pienamente a ciò che il Parlamento aveva chiesto<sup>39</sup>. Del resto nello stesso giorno il re informò i Commons della sua intenzione di sciogliere il Parlamento l'11 giugno e, pertanto, chiedeva che non si prendessero in considerazione altri interessi<sup>40</sup>. Ci fu agitazione<sup>41</sup>. Il 6 giugno la House of Commons decise di non discutere i messaggi del 4 e 5 giugno che il Re

<sup>37</sup> *Commons Debates*, 1628, III, p. 317.

<sup>38</sup> *Commons Debates*, 1628, III, pp. 404- 407. La battaglia tra parlamento e monarchia nel XVII secolo fu combattuta da giuristi -che intesero difendere e affermare *the rule of law* contro l'arbitrio e l'assolutismo regio-, il suo carattere e il suo impatto furono, quindi, essenzialmente legali [J.H. HEXTER, *Power Struggle, Parliament, and Liberty in the Early Stuart England*, in *Journal of Modern History* 50, (1978), pp. 1-50]. Furono le aspettative legali che guidarono il dibattito politico determinando la misura, il valore e il ruolo della legge nella società (HART, *op. cit.*, *passim*)

<sup>39</sup> *Commons Debates 1628*, vol. IV: 28 May- 26 June, pp.52, 54-56, 60, 72-77. *Journal of House of Lords*, 3, pp. 834- 835; RUSHWOTH, *op. cit.*, pp. 588-610.

<sup>40</sup> *Commons Debates*, 1628, IV, p. 118.

aveva inviato ma di procedere nelle loro rimostranze<sup>42</sup>. I Lords invece decisero di insistere per una risposta più soddisfacente da parte del Re. Le camere, di nuovo riunite in conferenza, votarono all'unanimità che fosse richiesto al re di dare «a clear and satisfactory answer to the Petition of Right in full Parliament»<sup>43</sup>. L'ulteriore risposta («a fuller answer and more satisfactory to the people») del sovrano sembrò appagare i Commons.<sup>44</sup> Tuttavia quella soddisfazione ben presto apparve prematura; poiché il sovrano, avendo avuto sentore della protesta che i Commons stavano preparando negando la raccolta di *tunnage* e *poundage* (*customs duties*) senza l'approvazione del Parlamento, il 26 giugno sciolse le camere e aggiunse di voler dare una dichiarazione circa i veri suoi intenti «The profession of both houses in the time of hammering this Petition, was no way to trench upon my Prerogative, saying, they had neither intention or power to hurt it. Therefore it must needs be conceived, that I have granted no new, but only confirmed the ancient Liberties of my Subjects. Yet to show the clearness of my intentions, and that I neither repent nor mean to recede from any thing I have promised you, I do here declare myself, That those things which have been done, whereby many have had some cause to suspect the Liberties of the Subjects to be trenched upon, which indeed was the first and the true ground of the Petition, shall not hereafter be drawn into example for your prejudice; and from time to time, in the word of a king ye shall not have the like cause to complain»<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> *Commons Debates*, 1628, IV, pp. 117, 126, 130-131. Il 5 giugno, Selden intervenne ancora una volta sulla questione della libertà e della sua violazione: «I desire first we make known to the King the violation of the liberty of subject this day» e, ricollegandosi a ciò che poco prima aveva affermato Coke richiamando il principio espresso nella protesta 18 Jac.: richiamò gli avvenimenti del dicembre 1621 legati alla violazione della libertà, perpetrata durante la protesta riguardante la libertà di parlare in Parlamento e il conseguente scioglimento del Parlamento da parte di James I (p. 131). In quel tempo, come abbiamo già detto, Selden pur non essendo membro del Parlamento, aveva partecipato alla protesta collaborando oltre che alla ricerca dei precedenti, anche alla stesura del documento approvato il 18 Dicembre (*Commons Debates*, 1621, II, pp.528- 542,V, pp.240-246, 418-419;VI, p.424).

<sup>42</sup> *Commons Debates*, 1628, IV, pp. 138-142.

<sup>43</sup> *Commons Debates*, 1628, IV, pp.181, 188, 192-194.

<sup>44</sup> «The answer I have already given you was made with so good deliberation, and approved by the judgments of so many wise men, that I could not have imagined but it should have give you full satisfaction; but to avoid all ambiguous interpretations, and to shew you that there is no doubleness in my meaning, I am willing to please you as well in words as in substance; read your Petition, and you shall have an answer that I am sure will please you.»(*Commons Debates*, 1628, IV, pp.182-185, 193). Il *Petition* fu letto e fu data la nuova risposta del Re «Soit droit fait comme il est désiré par le Petition [Let right be done as is desired by the Petition]» (*The Statutes of the Realm* (1963), V, pp. 23- 25). La conferma delle libertà non contraddice le prerogative reali e con questa ulteriore risposta il re vuole soddisfare le loro domande, per tanto continua. «I have done my part; wherefore, if this Parliament have not a happy conclusion, the sin is yours, I am free from it» (RUSHWOTH, *op. cit.*, p. 613).

<sup>45</sup> RUSHWOTH, *op. cit.*, p. 627- 650; *Commons Debates*, 1628, IV, p. 480.

4. - Un nuovo Parlamento, convocato nel 1629, cercò nuovamente di cambiare il diritto del re a raccogliere *customs duties*, per cui fu immediatamente sciolto<sup>46</sup>. Selden e altri *leaders* dei Commons furono arrestati su ordine del re con il pretesto di «seditiosus» comportamenti tenuti nei giorni di chiusura della sessione<sup>47</sup>. Dopo l'appello, dinanzi alla Star Chamber di Selden e di alcuni altri accusati, alle prerogative parlamentari, una serie di interrogativi furono inviati dal re ai giudici; tra i quali se un membro del Parlamento potesse essere punito dalla Star Chamber, dopo lo scioglimento dello stesso parlamento, se questi durante la sessione aveva espresso «false slanders and rumours against the lords of the council and judges, not with the intent to question them in a legal course or in a parliamentary way but to blast them and to bring them to hatred of the people and the government in contempt»<sup>48</sup>. A questo e altri tre quesiti, che coinvolgevano gli effetti legali del *Petition*, i giudici dettero risposta affermativa<sup>49</sup>. Selden, come del resto anche gli altri, tentò di ottenere la libertà attraverso l'*Habeas Corpus*, tentativo che riuscì solo dopo molti mesi<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> RUSHWOTH, *op. cit.*, pp. 650-662: «And therefore it is our full and absolute resolution to dissolve the said Parliament whereof we thought good to give notice unto all the Lords Spiritual and Temporal, and to Knights, Citizens and Burgesses of present Parliament and to all other whom it may concern, that they may depart about their needful affair, without attending any longer here». Tuttavia il proclama, dato alla Corte il 4 marzo, non fu pubblicato prima del 10 marzo e soltanto sei giorni dopo il *commitment* dei membri del Parlamento il Re parlò ai *Lords*: «I thought necessary to come here today and to declare to you and all the world, that it was merely the undutiful und seditious carriage in the Lower House, that had made the dissolution of the Parliament and you, my lords, are so far from being any causes of it, that I take a much comfort in your dutiful demeanour as I am justly distasted with their proceedings...».

<sup>47</sup> *State Trials*, 34 vols. [London, 1809-1828], vol.3, pp. 236- 239. *Commons Debates*, 1629, pp. 203-205 171, 243, 264-265. Selden, non appena era stata aperta la sessione nel 1629, aveva dichiarato che «the *Petition* hath been lately violated ...the liberties for life persons and freehold had been 'invaded'». J.P. SOMMERVILLE, *Parliament, Privilege, and the Liberty of Subject*, in J.H. HEXTER, *Parliament and Liberty from the Reign of Elisabeth to the English Civil War*, Stanford University Press California, 1992, pp.56-84(69).

<sup>48</sup> RUSHWOTH, *op. cit.*, p. 662; L'appello ai privilegi parlamentari aveva avuto un riflesso immediato sulla corona che voleva evitare ad ogni costo il richiamo al *Petition of Right* in quanto avrebbe portato ad una discussione, indesiderata e dannosa, sulle prerogative reali con implicazioni di carattere politico- giuridiche. (L.J. REEVE, *The Arguments in the King's Bench in 1629 Concerning the Imprisonment of John Selden and Other Members of the House of Commons*, in *Journal of British Studies*, vol. 25, n. 3 (Jul. 1986), pp. 264-287.

<sup>49</sup> RUSHWOTH, *op. cit.*, pp. 662-691; I giudici risposero «that the same was punishable out of the Parliament, as an offence exorbitant committed in Parliament, beyond the Office and besides the duty of Parliament».

<sup>50</sup> Anche allora però i giudici chiesero assicurazioni circa il loro comportamento futuro, cosa che due di loro rifiutarono restando in carcere fino a che nel 1640 il parlamento non ordinò la loro liberazione (3*State Trials* 235-294); REEVE, *op. cit.*, p. 284. I giudici furono criticati, in tempi passati, per aver contribuito al fallimento del *Petition of Right* nel decennio 1630-1640. Se questa critica possa considerarsi giusta dipende da quale valore legale si attribuisce al *Petition*. Il problema della natura del *Petition*, del resto, era stato posto immediatamente da Coke: «This *Petition* is a Branch of *Magna Charta*: and fits to follow that precedent». Affermando ciò pose, in realtà, il problema in quale tipo di atto potesse rientrare. Non un atto legislativo; soltanto una promessa da parte del re che la legge

Questo caso era reso complicato dalla commistione di elementi legali ed elementi politici. Si scontrarono, infatti, in presenza del *Petition* da un lato, il desiderio della corona di creare una forma di precedente che avrebbe dovuto proteggere l'arresto per prerogativa anche sotto la legge, dall'altro, il desiderio di Selden e degli altri di vedere operare le prescrizioni del *Petition* riguardo la libertà, ancorché provvisoria, e la causa espressa<sup>51</sup>. Infatti Selden e il suo consigliere Littleton, nell'argomentazione in risposta al tentativo della corona di avere la sanzione legislativa all'imprigionamento senza causa, ne sostengono l'illegalità sulla base del *Petition*<sup>52</sup>. In questo si richiedeva che la vera causa fosse esplicitata e la causa stabilita venisse

sarebbe stata eseguita. Sembra comunque che, come esperimento nel fare costituzione, il *Petition* non fosse pensato dai suoi sostenitori come uno statuto. Esso conteneva l'accettazione da parte del sovrano dell'accordo che secondo queste leggi «certain definite grievances were illegal» (E.E. ADAR, *The Petition of Right, 5 History*, n.s. 99). Non andò più in là di questo: stabiliva non ampi principi costituzionali che i giudici potessero considerare come vincolanti. Ritiene che il *Petition*, pur non essendo uno statuto, tuttavia in quanto contiene principi generali ancorché non cogenti, costituisca una pietra miliare nello sviluppo del governo costituzionale inglese, F.H. RELF, *The Petition of Right*, Minnesota, 1917, pp.57-58. Afferma che il *Petition*, prodotto di negoziati tra corona e *commons* con la mediazione dei *lords*, sia uno vero statuto L.J. REEVE, *The Legal Status of The Petition of Right*, in *The Historical Journal*, vol. 29, No. 2 (1986), pp. 257-277. Sottolinea infatti che sono l'intera procedura, l'approvazione da entrambe le camere, l'approvazione del re, la registrazione, la pubblicazione che dettero al *Petition of Right* «its full legislative status. Like any statute it was eligible for judicial interpretation, but finally remained binding upon the judges» (p.261). Di opinione contraria è A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2005, pp. 80 s. L'autore ritiene che il *Petition of Right*, un'ispirazione della House of Commons e in modo particolare di un numero di *leaders* radicali quali John Pym, John Eliot, John Selden, non possa dirsi uno statuto con cui si è creata una nuova libertà, ma la riaffermazione di ciò che era il *Common law*.

<sup>51</sup> RUSHWORTH, *op. cit.*, pp. 664, 679-683; REEVE, *op. cit.*, pp. 268- 269, l'a. sottolinea il fatto che il caso non fu di facile risoluzione per i giudici poiché nonostante la causa, espressa nel *return* inviato al King's Bench «notable contempt committed by them against ourselves and our government and for stirring up sedition against us», fosse indeterminata e generica e nascondesse la volontà di includere nella categoria di alto tradimento comportamenti dissenzienti dal governo, tuttavia il *Petition*, essenzialmente, richiedeva che si mostrasse una causa. Entrambe le parti fecero riferimento al *Petition* e alla sua interpretazione: i due avvocati della corona nell'argomentare che il *return* dei *writs* era una causa sufficiente di detenzione, affermarono che l'offesa caratterizzata come sedizione era un alto crimine contro il Re e lo Stato e come tale implicava che i prigionieri non dovessero essere liberati. La risposta di Seldes e del suo consigliere Littleton agli argomenti della corona, riguardò essenzialmente la insufficienza del *return* e il diritto alla libertà provvisoria.

<sup>52</sup> REEVE, *op. cit.*, pp. 273-278 L'insufficienza del *return* venne equiparata all'insufficienza della causa nella sostanza. Il che voleva dire il diniego legale per l'arresto arbitrario. Istruito da Selden, Littleton affermò che la libertà poteva essere negata e la detenzione giustificata solo dalla legge. «Then sedition is no offence in itself, but the aggravation of an offence; and no indictment...was ever seen of this singly by itself». Si trattava di interpretare lo statuto. Partendo dall'idea che gli stessi avvocati del re avevano in precedenza espresso, ossia che il re non doveva essere esplicito nel dichiarare la causa dell'arresto, Littleton e Selden andarono oltre, nel dichiarare la natura arbitraria della causa come essa era stata esposta, affermando che se l'offesa fosse stata veramente un tradimento, allora il tradimento poteva essere indicato nel *return* e la libertà poteva essere legittimamente negata fino a che il processo non fosse prescritto o le parti non l'avessero portato dinanzi ad una giuria.

riconosciuta come causa vera. Pertanto se a Selden non fosse stata riconosciuta la libertà provvisoria, questo sarebbe avvenuto contro il *Petition*.

Gli argomenti prodotti da Littleton si fermarono sugli aspetti costituzionali del caso<sup>53</sup>. E' chiaro che i giudici si erano lasciati convincere da tali argomenti e avevano deciso in favore del diritto dei prigionieri alla libertà provvisoria sebbene «their obstinacy, in that they would not give the king a *Petition* expressing, That they where sorry he was offended with them ...The offences were not capital and that by the law the Prisoners ought be bailed giving security to the good behaviour»<sup>54</sup>. Tuttavia il re cercò di far prevalere la sua opinione lasciando i prigionieri nella Torre senza alcun rimedio legale e soltanto per suo ordine<sup>55</sup>. Del resto l'offerta di libertà, sotto la promessa che fosse garantito un buon comportamento futuro, fatta come atto di prerogativa reale, fu rifiutata dai prigionieri<sup>56</sup>. Come Selden stesso affermò, l'offerta era un'imputazione di colpevolezza, una riflessione sul *Petition of Right* e sui privilegi del Parlamento<sup>57</sup>. I prigionieri furono nuovamente rimandati in prigione. Soltanto nel 1631 Selden fu liberato<sup>58</sup>. Il lungo Parlamento condannò i procedimenti contro Selden e gli altri come illegali e contro i privilegi del parlamento e assegnò indennizzi<sup>59</sup>. Nel 1647 i Commons approvarono queste risoluzioni<sup>60</sup>. Il caso di Selden

<sup>53</sup> Le argomentazioni sostenute da Littleton, consigliere di Selden nella Corte, dimostrano, sia nella sostanza che nella forma, come essi lavorassero insieme (REEVE, *op. cit.*, p.276). Così come l'analisi legale e linguistica del termine 'sedition', termine utilizzato dalla Corona per imprigionare Selden, condotta in modo tale- l'abbiamo visto- da costringere il *King's Attorney General* a rivelare che *sedition* non costituiva offesa capitale, indica la rilevanza assunta dal *Petition of Right* per il caso.

<sup>54</sup> RUSHWORTH, *op. cit.*, pp. 683- 687.

<sup>55</sup> Nel momento in cui il Re ebbe sentore che la risoluzione dei giudici sarebbe stata a favore della libertà provvisoria, fece portare nella Torre i prigionieri impedendo che fossero condotti dinanzi al *King's Bench bar*. Dove i giudici avrebbero letto il loro giudizio secondo le regole della Corte. Infatti i giudici, constatando l'assenza dei prigionieri, rifiutarono di dare il giudizio affermando che i prigionieri «could not be bailed, delivered or remanded»

<sup>56</sup> La corte all'unanimità affermò che « they are now content that should be bailed but that they ought find Sureties also for the good behaviour». Selden rispose che «they have their Sureties ready for the Bail, but not for the good behaviour and desire, that the Bail might be accepted and that they be not urged to the other, and that for these Reasons....1 the sole point in question was if bailable or not. Therefore be now desideres that the matters of bail and of good behaviour may be separate and not confounded. 2...3 We demand to be bailed in point of Right and it be not grantable of Right , we not demand it, but the finding of Sureties for the good behaviour is a point of discretion merely and we cannot assent to it, without great offence to the Parliament, where these matters which are surmised by Return were acted and by Statute of 4Hen.8 all punishment of such nature are made valid and of none effect»(Trinity 5 Car. 1629, Banco Regis)

<sup>57</sup> RUSHWORTH, *op. cit.*, pp. 687-691.

<sup>58</sup> Selden presentò, nel frattempo, istanze per ottenere un *writ of Habeas Corpus* senza riuscirci. Ottenne solo un periodo di libertà condizionata su cauzione che venne prorogata più volte fino al giugno 1634, anno in cui il tribunale lo prosciolsse senza alcun dibattimento (CARUSO, *op. cit.*, pp.247-249)

<sup>59</sup> D.S BERKOWITZ, *John Selden Formative Years. Politics and Society in Early Seventeenth Century England*, FOLGER Books, London 198, pp. 237, 244-246, 256-257, 263-264, 266.

<sup>60</sup> *Commons Debates*, 1629, I, pp. 136-137.



e degli altri membri dei Commons aveva dimostrato come la presenza di conflitti costituzionali nella società politica del diciassettesimo secolo avesse assunto la forma legale di resistenza alla revisione della legge in un campo importante delle prerogative reali ordinarie<sup>61</sup>. L'incanalarsi dei conflitti politici nella sfera legale aveva portato inevitabilmente al collasso del Parlamento<sup>62</sup>.

5. - L'importanza della figura di John Selden nella prima età moderna può essere comparata, come uomo di scienza, a quella di Grotius e Hobbes<sup>63</sup>. Dai suoi lavori scientifici e dai suoi interventi politico-giuridici emerge chiaramente, non solo la rilevante posizione che ha occupato nella cultura del suo tempo, ma anche il ruolo che ha avuto nella controversia costituzionale e giuridica inglese del XVII secolo<sup>64</sup>. Probabilmente è durante quel periodo di così intensa e rilevante attività che sono maturate le sue nozioni di storia e di diritto<sup>65</sup>. Acuto politico e sottile giurista, insieme

<sup>61</sup> La lotta strenua per l'egemonia politica del paese tra Parlamento e Corona indirizzò anche il dibattito riguardante la forma e la natura della costituzione. Al tentativo da parte di James I e Charles I di imporre il diritto divino del sovrano in un particolare momento storico politico culturale, il Parlamento rispose con la richiesta di un riconoscimento da parte del sovrano delle libertà e delle regole di diritto. Due visioni diverse della sovranità, che la storiografia inglese identifica con tre possibili forme di governo teorizzate in quel periodo: monarchia costituzionale creata dal re, monarchia costituzionale mista, monarchia costituzionale governata dal *common law*. Tre modelli competitivi di costituzione che coinvolgevano divergenti distribuzioni di poteri in cui si confrontarono le prerogative della corona, le libertà del popolo e il governo del regno. L.J. REEVE, *Charles I and the Road to Personal Rule*, New York, University of Cambridge Press, 1989; CHRISTIANSON, *op. cit.*, pp. 119-135.

<sup>62</sup> REEVE, *The Arguments in King's Bench*, pp. 284- 287.

<sup>63</sup> J.P. SOMMERVILLE, *Selden, Grotius, and the Seventeenth-Century Intellectual*, in *Moral and Political Theory*, in V. KAHN - L. HUTSON eds., *Rhetoric and Law in Early Modern Europe*, New Haven, Yale University Press, 2001, pp. 318-344; BERKOWITZ, *op. cit.*, pp. 58-60; La sua controversia con Grotius è stata definita « a famous controversy in internationally law»(p.27)

<sup>64</sup> John Selden (1584-1654), fu il più importante studioso nell'Inghilterra del XVII secolo. Eccellente antiquario e perspicace storico del diritto inglese, fu anche studioso della civiltà orientale che collaborò a trasmettere in occidente. Studiò in modo approfondito il diritto e la storia ebraica [ *De Jure Naturali et Gentium iuxta disciplinam Ebraeorum* (1640) dove, nella ricognizione di principi di naturale giustizia, pose una particolare attenzione all'analogia che il diritto ebraico offriva in connessione con la giurisprudenza greca e romana; *Uxor Ebraica seu de nuptiis et divortiis veterum Ebraeorum* (1646) dove vi è un buon sommario della legge ebraica sul matrimonio e sul divorzio e sullo stato della donna maritata ]. I suoi lavori si occuparono dei temi più controversi del tempo, in campo religioso, politico-costituzionale, giuridico, provocando polemiche in tutta Europa [si pensi al suo *Mare Clausum* (1618 /1635) dove sostenne un'interessante teoria di diritto internazionale (l'esclusivo diritto degli inglesi al commercio e alla pesca nei mari settentrionali); *History of Tithes*(1618), che infuriò le autorità ecclesiastiche e fu soppresso per comando del sovrano ]. «Convinto protestante e avversario del cattolicesimo, non mise mai in dubbio l'importanza delle Sacre Scritture in cui la verità rivelata doveva essere intesa non solo come verità morale ma anche e soprattutto storica». Ad esse l'individuo doveva accostarsi «con l'ausilio della ragione senza soggiacere ad alcuna interpretazione autoritaria».

<sup>65</sup> H.J. BERMAN, *The Origins of Historical Jurisprudence: Coke Selden, Hale*, in *The Yale Law Journal*, vol.103, No 7 (May 1994), pp. 1651- 1738. J.B. SWAIN, Recensione a P. Christianson, *Discourse on History*, in *The Sixteenth Century Journal*, vol.29, No1, 1998, pp.302-303. Nozioni già delineate, seppure in modo soffuso e sfocato, nei suoi primi lavori - *The duello or Single Combat*, e

con Edward Coke, rappresenta una delle figure più rilevanti della vita politica e giuridica inglese; se Coke può essere considerato il difensore della immodificabilità del *common law* (egli contrapponendo «al divino mistero della prerogativa regia», «il mistero laico del common law», affidava al parlamento il compito di interpretarlo negandogli la possibilità di modificarlo); Selden può essere considerato, invece, lo strenuo difensore delle libertà individuali e parlamentari (farà prendere coscienza al Parlamento del suo ruolo fondamentale di garante delle libertà dei *freemen* inglesi)<sup>66</sup>. Entrato presto in politica, fu eletto alla camera dei *Commons*, sotto il regno di James I nel 1623 (dove divenne il capo morale del partito legalitario che intendeva promuovere le libertà inglesi e l'autorità del parlamento in base a leggi esistenti, senza innovazioni ma attraverso l'interpretazione) e sotto il regno di Carlo I Stuart nel 1625 (dove sostenne, con altri deputati, il mantenimento dell'integrità dell'*Habeas Corpus*). La sua lotta per le libertà individuali e contro l'assolutismo regio, lo portò due volte all'arresto, nel 1621 e nel 1629.

Nel 1621 James I pronunciò un discorso in cui definiva i privilegi del Parlamento una concessione della corona<sup>67</sup>. Le Camere affidarono, allora, a Selden un'*expertise* storico-legale, al fine di replicare al sovrano<sup>68</sup>. Selden dimostrò che quei privilegi erano originari anche se ammetteva l'esistenza di prerogative della Corona<sup>69</sup>. Insieme

*Jani Anglorum Facies Altera*- del 1610. Due brevi saggi – scrive Christianson, - sul duello privato e giudiziale e sull'antiche leggi della Britannia[ prima della conquista Normanna] dove Selden mostra una conoscenza profonda della dottrina continentale e delle primitive fonti del diritto.

<sup>66</sup> CARUSO, *La miglior legge*, cit., pp. 66, 74-75. Individua nelle argomentazioni di Selden la capacità di suggerire un perfetto sentire tra quelli riconosciuti nella *Magna Carta* come uomini liberi e i suoi ascoltatori, H. M. LARKIN, *The Making of Englishmen: Debates of National Identity 1550-1650*, Brill Academic Pub, p.220.

<sup>67</sup> «The privileges were derived from the Grace and Permission of our Ancestor and us» e ordinò, sebbene avesse aggiunto che avrebbe protetto «its lawful liberties and privileges» di non mettere in dubbio le sue prerogative poiché ciò avrebbe costretto lui o «any just king to retrench them of their privileges».

<sup>68</sup> *Journal of House of Lords*, 30 November, vol.3: 1620- 1628, (1767- 1830), p. 175; CARUSO, *La miglior legge*, cit, pp. 207-209.

<sup>69</sup> J. HATSELL, *Precedents of Proceeding in the House of Commons*, 1818: *With Observations*, vols. 4, 1818, Reprint London: Forgotten Books 2013, pp.24-25. Non solo aveva svolto quelle ricerche che gli erano state affidate, ma anche aiutò a stendere un documento approvato il 18 dicembre in cui si asseriva che «the Liberties, Franchises, Privileges and Jurisdiction of Parliament are the ancient and undoubted birthright and inheritance of the subject of England. And that the arduous and urgent affairs concerning the King, state, and defence of the Realm, or the Church of England, and main tenance and making of laws and mischiefs and grievances which daily happen within this realm are proper subjects and matter of counsel and debate in Parliament». Inoltre, continua il documento, tutti i membri hanno e, di diritto, devono avere libertà di discutere tali argomenti, e devono essere liberi «from all impeachment, imprisonment, and molestation (other than by censure of the House itself) for or concerning any bill, speaking, reasoning, or declaring of any matter or matters touching the parliament or parliament business, things. And that, if any of the said members be complained of, and questioned for anything done or said in Parliament, the same is to be showed to the King by the advice and assent of all the Commons assembled, before the king give credence to any private information» (*Commons Debates*, 1628, vol. IV, pp. 131 -134; E. NICHOLAS, *Proceedings and Debates ...1620-1621*



ad alcuni membri della camera dei Commons, Selden fu portato dinanzi al Privy Council, interrogato e arrestato<sup>70</sup>. Il Parlamento fu sciolto e riconvocato nel 1623.

La lotta di Selden per le libertà individuali e per i privilegi parlamentari non scese mai a compromessi. Essa si mantenne sempre su un alto profilo pubblico. Quando aveva accettato l'incarico da parte della camera dei Lords di ricercare i fondamenti dei loro privilegi, Selden si era reso conto immediatamente di quanto quell'argomento generasse controversie specialmente a causa dell'enorme confusione che esisteva riguardo la procedura e gli scopi della giurisdizione. Tuttavia non esitò a sostenere la battaglia a favore della libertà<sup>71</sup>. Contro l'assolutismo, Selden si trovò sempre in prima linea sostenendo il primato della legge<sup>72</sup>. Riteneva infatti che il principio, secondo cui «salus populi suprema lex esto», fosse stato impiegato in modo alquanto indiscriminato, sia a favore dell'assolutismo regio e dell'arbitrio delle corti, sia a favore del consenso contro l'assolutismo<sup>73</sup>. La fonte di legittimazione delle leggi risiede non soltanto nella loro rispondenza alla legge divina (comprendendo in questa la ragione e la coscienza), non soltanto nella loro corrispondenza alla volontà dell'autorità legittimata a produrre le leggi, ma anche e soprattutto nella loro

(Oxford, 1766), vol. II, pp. 359-360. Riconosce l'esistenza di prerogative reali che sono, come definirà nel *Table Talk* «something that can be told what it is, not something that has no name. Just as you see the archbishop ha his prerogative courts, but we know what is done in that court. So the King's prerogative is not his will, or what divines make it, a power to do what he lists» (J. SELDEN, *Table Talk*, London 1696, CXIII, p.154).

<sup>70</sup> *Commons Debates*, 1621, vol.2, pp. 528-546; *Acts of Privy Council*, 1621- 1622, pp. James I aveva attribuito non a tutti, ma soltanto ad alcuni membri «captious and curious heads» della *Lower House*, la responsabilità del sorgere di «those mists and vapours about the privileges».

<sup>71</sup> J. SELDEN, *Table talk* ( pensieri e discorsi trascritti dal suo segretario R. Milward, negli anni 1634-1654, sugli argomenti più vari) London, 1696, ed. with an introduction and note by S. H. REYNOLDS, Clarendon Press, p. 131, CII. «Salus populi suprema lex esto; that is in all the law you make, have a special eye to the good of the people; and then what does this concern the way they now go? » (p.131). Selden non solo non accetta la massima ma ne costruisce con essa una propria che esprime in pieno la sua idea sulla libertà e sul consenso quale valore supremo dell'individuo. Afferma infatti: «Salus populi suprema lex, et libertas populi summa salus populi [The welfare of the people is the supreme law and the liberty of the people the greatest welfare of the people] », e non indicare il motivo dell'arresto è ledere la libertà del popolo (*Commons Debates*, 1628, vol. 2, pp.171-185).

<sup>72</sup> Scopo della legislazione in quel periodo fu quello di assicurare la libertà dei soggetti e il diritto della camera dei *Commons* di dibattere liberamente dichiarando piuttosto che alterando le leggi esistenti. Il dibattito, cui Selden prese parte insieme a Coke e Eliot, ricorda argomenti usati in una Corte piuttosto che quelli in un dibattito in un'assemblea legislativa. Gli antichi *Records*, sia delle Corti, che delle Camere, furono prodotti e letti dando l'idea di vivere in un colto dibattito. Selden aveva acquistato una vasta conoscenza del diritto costituzionale e dei *records* delle corti e del parlamento e fu spesso consultato su questi argomenti sia prima, che dopo la sua elezione alla camera dei *Commons* [J.P. SOMMERVILLE, *John Selden, the Law of Nature and the origins of Government*, in *Historical Journal* 27 (1984) 437- 447; *Selden John*, ( by Edward Fry), *Dictionary of National Biography*, vol.51, 1897, Elder Smith & Co, p.214].

<sup>73</sup> CHRISTIANSON, *Ancient Constitution*, cit., p 155.

conformità al consenso popolare<sup>74</sup>. Selden dette in questo modo alla dottrina del governo con consenso del popolo una nuova dimensione legale: consenso si manifesta nel costume ossia nelle regole e norme di comportamento tacitamente o espressamente accettate dalla comunità. Sono queste norme- «the Best law of the Kingdom»- che costituiscono la «Common Law» ossia la suprema «Law of the land». In questa nozione non inserisce, come i suoi avversari avevano fatto, «the law of Chancery, the Ecclesiastical law, the law of Admiralty, the law of the Merchants, the Martial Law and the Law of State». «The law of the land», per Selden, è solo la «Common law». «The rule of law had no place for ‘convenience’». Si stava tentando, infatti, attraverso gli emendamenti di far passare un nuovo e pericoloso modo di fare una legge da parte della commissione<sup>75</sup>.

Le questioni riguardanti la *rule of law* portano necessariamente a considerare i problemi di carattere generale di teoria del diritto, quali le relazioni del diritto con la politica e la morale, calati in un contesto concreto e particolare del sistema legale inglese. Sia Coke che Selden erano interessati a spiegare non la legge in generale, ma la legge inglese. Erano interessati a individuare i fattori che avevano dato al diritto inglese il suo particolare carattere, pertanto le implicazioni politiche, filosofiche delle loro analisi erano subordinate ai loro stretti aspetti legali che esaminavano in termini storici<sup>76</sup>. Coke, ad esempio, era convinto assertore della «unbroken continuity of the common law, and the survival of the authority of its precedents, from early times». Selden, invece, tracciava le fonti di ciò che chiamava «the ancient common law». L’antichità dell’origine non era però così importante come il principio di una «unbroken continuity with the past». Selden sottolineò la continuità di molti

<sup>74</sup> SELDEN, *op. cit.*, p. 132: CII. La rilevanza del consenso in relazione alla legittimazione delle fonti normative è stato analizzato da R. ZALLER, *The Discourse of Legitimacy in Early Modern England*, Stanford University Press, Stanford California, 2007. L’a. sottolinea come per Selden il consenso sia essenziale non solo per l’obbligatorietà della stessa legge («Every law is a contract betwixt the Prince and the People e therefore to be Kept»), ma anche per il suo diritto di resistenza. Entrambi derivano dalla stessa fonte, il contratto la cui esistenza Selden non può dimostrare se non definendo la reazione tra sovrano e popolo con un riferimento alla relazione tra il Lord e il tenant (pp. 351-352).

<sup>75</sup> *Commons Debates*, 1628, II, pp.566- 568, 572; III, pp. 35, 39. Vi sono soltanto due modi per fare le leggi, ‘costumi e gli atti del Parlamento’. «Quelle sono leggi di costume. Può dirmi qualcuno.– si chiede Selden- che legge marziale è come punire un uomo secondo la sola commissione? Essa fa riferimento soltanto al Council e non si era mai conosciuto in Inghilterra che una legge fosse fatta se non dal costume o da un atto del Parlamento. Questa è una terza via di fare legge, è una via mai esistita prima». Selden vuole mettere in evidenza il fatto che né nel *civil law* né nel *common law* si tratta e si può trattare una materia come la *marzial law* sulla base dell’arbitrario principio della convenienza.. Entrambe hanno delle procedure ben fissate per varare la disciplina sotto le armi. CHRISTIANSON, *Ancient Constitution*, cit., pp. 168-170.

<sup>76</sup> BERMAN, *op. cit.*, pp. 1678-1679.

particolari, non soltanto dei principi base del *common law*. E' vero, comunque, che nella storia del diritto, la continuità implica necessariamente anche cambiamento<sup>77</sup>.

«The fundamental Law of England», la costituzione non scritta, era identificata da Coke con la stessa *Common Law*, vale a dire con il diritto applicato dalle corti del King's Bench, Common Pleas ed Exchequer fin dalla loro creazione nel dodicesimo e tredicesimo secolo<sup>78</sup>. La sua risposta al re, James I, era stata la storia, che vedeva largamente in termini di tradizione e precedenti<sup>79</sup>. Del resto lo stesso sovrano insisteva sui precedenti, che interpretava in modo alquanto diverso, essi dovevano essere rispettati, poiché erano la legittimazione storica della monarchia<sup>80</sup>. Aveva asserito la supremazia delle corti di *Common law* sulle altre corti e la subordinazione della stessa corona, quando esercitava poteri legali, e dello stesso parlamento al *Common law*, come interpretato dalle corti. Il *Common law* era visto come un corpo di principi, concetti, regole e procedure che originate in un passato remoto, costituiva, in effetti, la *fundamental law* del popolo inglese<sup>81</sup>. Selden si accosta a Coke sviluppando e nello stesso tempo sovvertendo questo concetto. I suoi studi storici sul *Common law* lo portano a trasformare la *fundamental law* (remota e imm modificabile) del popolo inglese in una concezione di un evolutivo passato e di una legge fondamentale che si evolve<sup>82</sup>. Affermava la continuità, ma enfatizzava anche i cambiamenti.

Credeva nel carattere permanente e remoto delle istituzioni costituzionali e dei principi, come il governo delle assemblee dei notabili e la responsabilità giudiziaria alla legge. Del resto già, nella prefazione alla nuova edizione di Fortescue's *De Laudibus Legum Angliae* (1616) aveva affermato che tutte le società alle loro origini formano uno «Stato» o una distribuzione di poteri, producendo «positive laws e customs». In Inghilterra sovrano, nobiltà, clero e rappresentanti degli uomini liberi avevano condiviso il potere e avevano potuto creare diritto «through custom and

<sup>77</sup> CHRISTIANSON, *Ancient Constitution*, cit., pp.144-146; BERMAN, *The Origins of Historical*, cit., p.1680

<sup>78</sup> BERMAN, *The Origins of Historical*, cit., pp. 1681-1682. Non elaborò teorie filosofiche. Come giudice credeva nell'autorità degli antichi statuti e nelle decisioni giudiziarie. I suoi tredici volumi di *Reports* raccolgono decisioni delle corti di *common law* dal 1572 al 1616, sistemate con le sue spiegazioni. Mentre i quattro volumi degli *Institutes*, contengono soprattutto commenti sulle dottrine, statuti e casi.

<sup>79</sup> TROMBETTA, *Diritto e Morale*, cit., pp. 69- 77.

<sup>80</sup> BERMAN, *The Origins of Historical*, cit., pp. 1684-1685.

<sup>81</sup> TROMBETTA, *Diritto e Morale*, cit., pp. 80- 92; BERMAN, *op. cit.*, pp.1686-1688.

<sup>82</sup> Un esempio di questa evoluzione del passato e nello stesso tempo di un presente che rompe con il passato lo abbiamo visto, quando analizza, risalendo alla *Magna Carta*, le libertà individuali. Il principio risale alla *Magna Carta* e testimonia la continuità storica pur in presenza di una rottura determinata dai modi in cui questa libertà si realizza. La storia segna il suo evolversi e modificarsi, un qualcosa che comunque non intacca l'essenza di quel principio proclamato nella *Magna Carta*. Sottolineano quest'aspetto, CHRISTIANSON, *Ancient Constitution*, cit., pp. 132- 135; BERMAN, *The Origins of Historical*, cit., pp. 1696- 1700.

statute from the very beginning». Così la continuità costituzionale si fondeva con il mutamento dei costumi. La permanenza e la continuità dei principi e dei valori costituzionali attraverso i secoli erano individuabili nel mutamento dei costumi e nell'interpretazione degli statuti.<sup>83</sup> I cambiamenti che si erano avuti nelle varie epoche dovevano essere considerati esempi di una graduale perfezione di quelle basilari istituzioni e principi.<sup>84</sup> Questo processo evolutivo aveva un valore normativo in quanto adattava la legge antica alle mutate circostanze storiche.<sup>85</sup> Tutto il sistema legale inglese doveva essere compreso nel suo senso storico, scriveva, infatti: «All laws in general are originally equally ancient. All were grounded upon nature... and nature being the same in all (nations) the beginning of all laws must be the same ...his beginning of laws...remained always [what] they were at first, saving the additions and interpretations in succeeding ages increased, and somewhat altered them... All the same may be affirmed of our British laws, or English, or other whatsoever. But the diverse opinions of interpreters proceeding from the weakness of man's reason, and the several conveniences of diverse states, have made those limitations which the law of nature had suffered, very different. ..The beginning of all here being in the first peopling of the land, when men by nature being civil creatures grew to plants a common society. This rationally considered, might end that obvious question of those which would say something against the laws of England if they could. This their trivial demand, When and how began your common laws? Question less it is fittest answered by affirming, when and in like kind as the laws of all other states, that is When there was first a state in that land which the common law now governs: ....Then were natural laws limited for the convenience of civil society here, and those limitations have been from thence, increased, altered interpreted, and brought to what now they are; although,...now, in regard of their first being, they are not otherwise than the ship that by often mending had no piece of the first materials, or as the house

<sup>83</sup> Selden vedeva « the law » – scrive ZALLER, *op. cit.*, p.330 – «as a social instrument often repaid and refurbished, as in famous image of the ships that retained none of its artificial timbers yet remained the same».

<sup>84</sup> CHRISTIANSON, *Discourse on History*, cit., *passim.*, Sviluppa queste idee già nell'opera *Jani Anglorum facias altera* (London 1610) ricostruendo la storia della costituzione inglese dall'antico regno bretone alla morte di Henry II. l'antica costituzione emerge come una struttura politica nel quale i maggiori segni della sovranità risiedono al di là di ogni singolo monarca. L'unità della società britannica la si deve non ad una singola autorità politica ma a ad un comune diritto e ad una comune religione.

<sup>85</sup> Selden (insieme con Coke e Hale) ha avuto una grande influenza nel pensiero giuridico dei secoli successivi. Per poter tracciare e comprendere tale influenza è necessario distinguere due aspetti della sua giurisprudenza: la teoria della natura e funzione della legge che, intesa in senso generale, ha un carattere morale, politico e storico ( la legge è il bilanciamento della morale e della politica alla luce della storia, è il bilanciamento della giustizia e dell'ordine alla luce dell'esperienza [H. BERMAN, *Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History*, 76 Cal. L. Rev. (1988) 797- 801], e il concetto e la funzione non della legge in generale ma della legge inglese in particolare [BERMAN, *The Origins of Historical*, cit., , pp. 1731- 2].

that's so often repaired ut nihil ex pristina materia supersit [that nothing remains of the original material], which yet, by the civil law, is to be accounted the same still...». <sup>86</sup> La relativa qualità della legge di un popolo pertanto deve essere giudicata non dalla sua superiore antichità ma dalla sua estensione a dare ascolto ai voleri e ai bisogni di un particolare popolo e dalla capacità a restare, nonostante i cambiamenti, fedele all'organica continuità del suo passato. Appartiene all'organica continuità del passato («by the constant and settled laws of the kingdom, without which we are nothing») il fatto che il re e il consiglio non possano imprigionare un uomo senza una causa espressa nel *return* <sup>87</sup>.

Gli argomenti contro l'imprigionamento discrezionale, sottolineando l'elisione tra passato e presente, rivelano quanto la storia legale fosse, per Selden, un processo di adattamento delle passate soluzioni alle circostanze del suo presente <sup>88</sup>. Era, non soltanto un abile giurista, estremamente rispettato, ma anche e soprattutto, essendo stato consigliere per la difesa dei gentiluomini quando era stata rifiutata loro la libertà provvisoria attraverso il *writ Habeas Corpus*, un profondo conoscitore delle questioni legali e costituzionali coinvolte <sup>89</sup>. Conoscenza che si rivelò estremamente utile nella sua attiva partecipazione alle commissioni delle sedute plenarie delle due camere per il *Petition of Right* (intervenne, come abbiamo visto, su argomenti quali le garanzie di libertà, l'*habeas corpus*, immunità parlamentari, privilegi del parlamento, tassazione, la legge marziale) e nella determinazione degli argomenti, insieme al suo consigliere Littleton, della sua linea di difesa quando, nel 1629, fu arrestato, senza causa espressa nel *return* <sup>90</sup>.

L'autorevolezza, che sia per cultura giuridica, che per conoscenza storica aveva avuto nel Parlamento dal 1621 al 1629, non venne meno negli anni successivi alla sua scarcerazione nel 1631. Tuttavia Selden, da quel momento in poi, pur non negando la sua adesione alle battaglie per i diritti, si dedicò prevalentemente ai suoi interessi di studioso e assunse una posizione più moderata nei confronti della battaglia

<sup>86</sup> J. SELDEN, *Notes on Sir John FORTEESCUE, The Laudibus Legum Anglicae*, in J. SELDEN, *Works*, (London, T. Wood 1726), vol.3, pp.1891-92.

<sup>87</sup> *The Five Knights' Case*, 3 Howell's state Trials, 17. A differenza di Coke, che, quando aveva visto violata la libertà del parlamento, aveva mutato nel tempo la sua opinione circa il potere del re o del concilio (aveva affermato nel *Brewer's Case* che erano sufficienti le firme di due consiglieri) di arrestare senza una causa espressa, Selden riteneva che tale potere non fosse mai esistito poiché la storia, i costumi, il consenso di un popolo non si misuravano secondo punti fissati nel passato; essi, per loro natura, erano in via di sviluppo (BERMAN, *The Origins of Historical*, cit., pp. 1701- 1702).

<sup>88</sup> Il dibattito politico, si svolse, lo abbiamo visto, su di un piano essenzialmente legale. Fu quella battaglia per l'affermazione dei valori e dei principi di libertà e di giustizia legale che determinò la misura, il valore e il ruolo della legge nella società. Interessante e utile, a tale proposito, la lettura di HART, *The Rule of Law*, cit., *passim*.

<sup>89</sup> *Historical Collection: 1628*, vol.1, pp.516-538

<sup>90</sup> *Commons Debates*, 1629, I, pp. 136-137; *Commons Debates 1628*, III, pp. 611- 623; IV, pp. 284, 364, 366, 369, 390



costituzionale<sup>91</sup>. Il suo senso storico e la profonda conoscenza delle fonti avevano aiutato la sua battaglia in Parlamento contro l'affermazione di James I della supremazia della corona e del ruolo subordinato sia delle corti che del parlamento<sup>92</sup>.

Selden cercando l'origine dei privilegi parlamentari aveva seguito l'evoluzione sia delle istituzioni monarchiche, sia dello stato. Lo Stato e la sovranità si sviluppano insieme all'interno di un diritto e di un costume in evoluzione, pertanto non è la supremazia di un singolo individuo su una società politica che lo rende Re. Ciò che contribuisce all'essenza di Re è « the large e supreme Government of a Nation ». La sua visione della sovranità è certamente moderna. Così come la sua idea di legge. La sovranità è qualcosa di strettamente legato allo stato e al diritto. La monarchia non è una preordinata istituzione politica derivata direttamente dal diritto di natura. Essa è una costruzione sociale, fondata con le forme più alte di consenso, né logicamente, né storicamente precedente gli altri modi del potere sovrano, condizionati da specifiche circostanze di tempo e di luogo, limitati da altre forme di autorità<sup>93</sup>. La legge, cui anche il potere sovrano, qualunque forma abbia, è subordinato, è un costante processo di adattamento alle circostanze storiche pur nella fedeltà ad un fisso ordine passato. Essa è il frutto di un bisogno sociale e di una volontà politica per cui la legge è in ogni dato momento della sua esistenza l'espressione formale di un contenuto sociale.

<sup>91</sup> Nel 1641 rifiutò la carica di *Lord Chancellorship*. Nel 1642 riprese il tema dei privilegi parlamentari e pubblicò la sua riflessione nell'opuscolo «Privileges of the Baronage of England». Sebbene avesse affermato, quando la battaglia tra Parlamento e Corona era diventata violenta e non si era basata più su argomentazioni storico legali, «Wise man say nothing in dangerous times», tuttavia nel 1643, anno della rivoluzione, pur non condividendo la guerra civile, Selden elaborò la sua teoria della guerra e affermò «se c'è guerra è meglio che vinca il Parlamento». La sua riflessione era partita dall'analogia della guerra con il duello e dalla sua legittimazione nella più remota antichità. Come è giusto che un duca combatta con un gentiluomo in caso di ingiuria poiché, anche se il duca occupa un posto più alto nello stato questo non gli dà il privilegio di ingiuriare, è legittimo che il gentiluomo reagisca in difesa della sua dignità. L'ingiuria fatta li ha resi uguali. Così è possibile capire la disputa che può sorgere tra il principe e i suoi sudditi. «Thought there be a vast distance between him and them, and they are to obey him according to their contract; yet he has no power to do them an injury. Then, they think themselves as much bound to vindicate their right, as they are to obey his lawful commands. Nor is there any other measure of justice left upon earth but arms » (SELDEN, *Table Talk*, cit., pp.58- 60).

<sup>92</sup> ZALLER, *op. cit.*, pp. 330-333.

<sup>93</sup> Attraverso i suoi studi biblici elaborò molti concetti giuridici che lo aiutarono a risolvere problemi politici e sociali del suo tempo. Mise in evidenza, -afferma A. S. BERKOWITZ, *John Selden and the Biblical Origins of the Modern International Political Systems*, in *Jewish Political Studies Review* 6:1-2, (Spring 1994), pp.27-47, le origini bibliche del moderno sistema politico internazionale basato sulla coesistenza di governi sovrani. Nell'applicare il concetto di sovranità, così delineato, al mondo moderno Selden si poggiò sull'idea biblica dei confini e delimitazioni artificiali nelle relazioni internazionali collocando, quindi, la vera origine della sovranità nell'affermazione della nozione biblica di principi di confine e collegandola all'idea di delimitazione artificiale per distinguere un'entità da un'altra come mezzo per proteggere l'abisso tra l'uomo e Dio (pp. 27-28).