

LAURA SOLIDORO MARUOTTI

*Aequitas e ius scriptum. Profili storici**

Sommario: 1.- Una riflessione sull'equità, ricordando Scialoja; 2.- L'equità, tra morale e diritto; 3.- Semantica e contenuti dell'equità; 4.- L'equità nei vari settori del diritto; 5.- Il giudice e l'equità, oggi; 6.- Equità e diritto sostanziale; 7.- Premesse teoriche all'applicazione del criterio equitativo: sistemi aperti e sistemi chiusi; 8.- L'equità non è un concetto assoluto e metastorico; 9.- Alle origini del concetto occidentale di equità; 10.- Dalla 'epieikeia' greca all' 'aequitas' romana; 11.- L'equità dei filosofi, l'equità dei giuristi; 12.- L'aequitas ciceroniana, 'dentro' e 'fuori' dal diritto; 13.- I significati dell'aequitas nei testi giurisprudenziali; 14.- I soggetti 'attori' dell'aequitas tra Repubblica e primo Principato; 15.- Magistrati e *iuris periti*: una improbabile distinzione tra 'equità' pretoria ed 'equità giurisprudenziale'; 16.- Equità e organi istituzionali; 17.- Ancora sull'aequitas nel pensiero dei prudentes; 18.- Le età dell'aequitas nella *scientia iuris*; 19.- L'equità di Labeone; 20.- Un 'mondo etico' per Labeone?; 21.- *Aequitas civilis, aequitas naturalis*: tra Labeone e Celso; 22.- Da Adriano ai Severi: verso la chiusura del sistema; 23.- Gli ultimi giuristi: la fine della controversialità del diritto; 24.- La 'funzione correttiva' dell'aequitas, tra diritto e morale; 25.- *Aequitas, naturalia iura, civilis ratio*; 26.- L'aequitas naturalis 'prima' del diritto, 'oltre' il diritto; 27.- L'aequitas naturalis nella casistica giurisprudenziale; 28.- Sulle tracce dell'aequitas bizantina; 29.- Alle soglie del Dominato: l'aequitas delle cancellerie; 30.- L'aequitas nella legislazione imperiale tardo antica e nella prospettiva dei Basilici; 31.- Una nuova funzione per l'aequitas nelle Università italiane; 32.- Il recupero dell'epieikeia aristotelica: da S. Tommaso D'Aquino alla Seconda Scolastica; 33.- Aequitas canonica e diritto particolare; 34.- Aequitas canonica e diritto civile; 35.- Equity ed aequitas.

1.- *Una riflessione sull'equità, ricordando Scialoja*

Il 23 novembre 1879, nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana di questa Università, l'allora professore di Diritto romano e di Codice civile, avv. Vittorio Scialoja, lesse il suo discorso 'Del diritto positivo e dell'equità', poi pubblicato nel 1880.

Sono passati da allora oltre centotrenta anni. Eppure, il tema e le problematiche ad esso connesse sono più che mai attuali. Né sono mutate le ragioni per le quali ancora oggi

*Relazione di "Fondamenti del diritto europeo" tenuta a Camerino il 16 novembre 2011 nell'ambito del ciclo di lezioni "Emilio Betti".

ci si interroga sul quando e sul perché delle interferenze tra il valore dell'equità e lo *ius scriptum*, inteso come *ius constitutum*, diritto positivo, o, più in generale, diritto vigente: tali ragioni sono nella inevitabile incompletezza dello *ius scriptum* (diritto positivo), il quale già non nasce esaustivo, ma sempre più si depauperava nel corso del tempo susseguente alla sua emanazione, con l'evoluzione dei valori e delle istanze sociali.

Posto, dunque, che qualsiasi ordinamento giuridico presenta una inevitabile incompletezza di fronte alla realtà socio-economica che è in continuo movimento, risulta inevitabile lasciare sempre al giurista-interprete un ampio margine di scelta personale e responsabile. Anche a prescindere dai 'vuoti' lasciati *ab origine* dal legislatore, è l'obsolescenza del 'diritto scritto', di fronte ai mutamenti della vita reale, a muovere la creazione di nuove regole che esprimano le istanze delle forze sociali ed economiche, pure se indipendentemente dalla volontà politica dominante, o persino contro di essa. Di queste istanze il giurista può — talora 'deve' — rendersi interprete.

Quando non si trovano riferimenti e soluzioni soddisfacenti nello *ius scriptum*, non di rado l'opzione del giurista si traduce in una integrazione inventiva, in un contributo alla vera e propria creazione del diritto¹. E ciò pone la delicata questione della dubbia legittimazione dell'interprete alla funzione di 'legislatore', specie nei sistemi 'chiusi'². Di fronte a una disciplina lacunosa oppure inadeguata alle istanze del presente, l'operatore del diritto deve operare delle scelte tra le diverse interpretazioni tecniche possibili. Ma tali scelte — e qui si tocca il punto di snodo della problematica — devono essere guidate da criteri giuridici positivi, oppure possono muovere da criteri puramente metalegali di decisione?

Le opinioni, al riguardo, divergono notevolmente³, e specie negli ultimi tempi, dal momento che anche sistemi giuridici tradizionalmente caratterizzati come 'chiusi', di fronte all'avanzata del soft law, si sono di fatto orientati verso considerevoli 'aperture', nel recepire nuovi soggetti e svariate forme di partecipazione alla produzione normativa nazionale⁴.

¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

² Sulla distinzione tra 'sistemi chiusi' e 'sistemi aperti', v. *infra*, § 7.

³ Crede nella natura politica —cioè metalegale— di tali scelte, tra gli altri, L. LOMBARDI VALLAURI, *La scelta giuridica come politica del diritto. Corso universitario*, Firenze, 1971, 121 ss.

⁴ Così L. D'ALESSANDRO, V. OMAGGIO, nella presentazione del Ciclo di lezioni magistrali organizzato dall'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli per l'anno 2012, sul tema *Ius non scriptum*. *Crisi della legge e produzione 'privata' del diritto*.

Ma vi è di più. Secondo una corrente di pensiero molto diffusa, in ogni atto interpretativo il giurista necessariamente attinge –oggi più che mai- a fonti “diverse da quelle ufficiali” e “situate a margine dello *ius conditum*, a un ordine giuridico, cioè, che integra quello costituito dalle norme positive e che perciò gli è esterno e lo precede, stabilisce sempre un rapporto tra *lex scripta* e *ius non scriptum*”⁵. Da questo punto di vista, si può affermare che in ogni enunciazione di diritto scritto è presente sempre, accanto alla componente legale, una componente extralegale. Il diritto stesso può essere definito come la risultante della integrazione degli enunciati normativi con elementi della realtà extralegale⁶.

In ipotesi, poi, di deficienza di un diritto scritto specifico (che può essere intesa alla stregua di ‘mancanza di regolamentazione giuridica’ o di ‘mancanza di una norma univoca’), l’integrazione del sistema avviene “di caso in caso, tramite apprezzamenti o giudizi di valore sociali e politici, attinti alla coscienza giuridica del tempo e non al testo legale”⁷. Il problema che sorge al riguardo è quello di stabilire ‘il criterio’ delle scelte operate dal giurista, affinché esso non sia arbitrario o meramente soggettivo, ma al contrario controllabile e razionalmente giustificabile: l’integrazione dell’ordinamento non si deve ridurre a opzioni puramente irrazionali⁸. Il che purtroppo nella nostra esperienza storica si è verificato: si pensi, per esempio, alla Germania della prima metà del secolo scorso, dove il richiamo al diritto non scritto, alle ‘clausole generali’ e ai ‘concetti aperti’ -o ‘concetti-valvola’- del BGB divennero ottimi strumenti operativi nelle mani del Führer per la realizzazione della sua volontà politica, venendo invocati persino per giustificare l’introduzione delle leggi razziali⁹.

⁵ G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1989, 8.

⁶ In questo senso, già L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio*, cit., *passim*; A. BARATTA, *Presentazione* a K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1° ed. 1956, 6° ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1975, tr. it., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, XXI; G. ORRÙ, *I criteri*, cit., 8 s.

⁷ G. ORRÙ, *I criteri*, cit., 9.

⁸ N. LIPARI, *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in *L’uso alternativo del diritto*, II, Milano, 1973, 37.

⁹ Rinvio a quanto già esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*. II, *Dalla crisi dello ‘ius commune’ alle codificazioni moderne*, 2° ed., Torino, 2010, 205 s., 209 ss., specialm. 227 s.; di recente ha ricordato la vicenda, S. PATI, nel corso della sua relazione su *L’interpretazione delle clausole generali*, svolta durante il IX Conv. Int. ARISTEC, *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo*, Roma, 9-11 giugno 2011, per i cui contenuti specifici v. il resoconto in *TSDP*. (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), V, 2012, sez. Cronache.

Sotto altro profilo, il tema riveste attualmente grande rilievo, in quanto la questione delle ‘clausole generali’ (Leerformeln) e delle ‘valutazioni aperte’ (offene Wertungen)¹⁰, almeno nel campo circoscritto del diritto delle obbligazioni e dei contratti, è materia che attinge alle radici storiche dell’armonizzazione europea e ai modi della sua futura edificazione. Tale problematica, intimamente legata come essa è alle ragioni delle origini e della evoluzione della nostra tradizione giuridica in materia di diritto non scritto, deve necessariamente riportare l’esperienza giuridica romana e medioevale nel dibattito oggi assai vivo, all’interno nella scienza giuridica europea (tanto di civil law, quanto di common law), su finalità e modi di costruzione dello *ius non scriptum*¹¹.

In linea di massima, i canoni attualmente adottati con maggiore frequenza dalla scienza giuridica e seguiti in giurisprudenza, nell’area di civil law, sono riconducibili a due categorie. Di esse, la prima include i criteri interni all’ordinamento, quali i principi costituzionali o “i principi generali dell’ordinamento giuridico” e i principi del diritto europeo. Nella seconda categoria vanno annoverati i criteri di valutazione tecnico-giuridica (elaborati all’interno dell’esperienza tecnico-giuridica e intesi alla individuazione delle modalità di un buon diritto, per esempio ‘il tipo normativo’, il ‘sistema aperto’ lo ‘standard’, etc.), i nuclei di diritto effettivo extralegislativo (fonti storiche e positive diverse dalla legge, quali l’uso giudiziario, il consenso del mondo giuridico, l’autorità del diritto giurisprudenziale creativo), infine i criteri filosofico-ideologici (considerati criteri ‘di valutazione ultima’, in quanto è necessario tradurli sul piano tecnico-giuridico).

Tra questi ultimi si includono lo *ius naturale*, la ‘natura della cosa o del fatto’, le regole oggettive che limitano i poteri del giudice e del legislatore, il diritto metapositivo (doveri che regolano la vita associata degli uomini e dalla legge etica universalmente riconosciuta), la topica- che indica all’interprete la scelta dei criteri extralegali di interpretazione, in assenza di una norma univoca, fornendo gli strumenti atti a rinforzare il ragionamento giuridico-, la zetetica (ricerca continua e nel dubbio incessante), le considerazioni giuridiche desunte dalla ragione, il ‘senso del diritto’ (da intendere come sentimento del giusto, intuizione, esprien-

¹⁰ Su Wertbegriffe, offene Wertungen e Leerformeln, ampia discussione di teoria generale del diritto storicamente impostata in F. WIEACKER, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in *ZSS*, 94, 1977, 1 ss.

¹¹ V. le riflessioni di U. VINCENTI, *Introduzione* a W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Padova, 2002, 6 s.

za) e, infine, l'equità. Tale ultimo (in ordine di esposizione, si intende) criterio pone il complesso, eterno problema dei rapporti tra 'morale' e 'diritto'.

2.- *L'equità, tra morale e diritto*

A partire dal secondo dopoguerra, sia in Italia che in Germania, forse per il riaffiorare delle tendenze giusnaturaliste, giurisprudenza e dottrina hanno mostrato una netta preferenza per i criteri integrativi filosofici e ideologici, rispetto ai criteri tecnico-giuridici¹²; tendenza che non si è poi sopita, anzi si è irrobustita di pari passo con la rapida obsolescenza delle codificazioni e con il conseguente, progressivo distacco dai pregressi entusiasmi del positivismo giuridico.

Oggi non si mette più in dubbio che l'interpretazione di una norma contiene elementi valutativi e discrezionali, ma si concorda sulla necessità di trovare un 'ordinamento dei valori', senza negare l'assoluta interdipendenza del momento giuridico rispetto al momento filosofico. Dunque, se da un lato è vano e scorretto il tentativo di eliminare dal pensiero giuridico gli aspetti politici, valutativi, ideologici, discrezionali, per altro verso tali elementi vanno però chiariti, messi in luce, ben articolati e giustificati in ogni decisione giudiziale: occorre d'altra parte rendere esplicite le proprie premesse¹³. Nella coscienza del giurista non è possibile separare il pensiero giuridico dal pensiero filosofico¹⁴: tanto nel suo ambito pratico (l'applicazione del diritto), tanto nella sua attività teoretica (la costruzione della dogmatica) la giurisprudenza è wertorientiertes Denken¹⁵, 'pensiero orientato ai valori'.

A tale conclusione si arriva se si osserva che :

- a) la norma positiva –nazionale e transnazionale- si serve spesso di concetti giuridici indeterminati o 'aperti' (per esempio, il comune senso del pudore) e di 'clausole generali' (Leerformeln), la cui portata normativa deve essere necessariamente integrata mediante valutazioni autonome dell'interprete e quindi dal 'conferimento di significato' che egli ne fa;
- b) quando la legge è priva di una valutazione autonoma e rinvia a criteri extralegali o extra-

¹² V. sul punto, nella parte finale di questo scritto, i riferimenti alla discussa teoria di G. MAGGIORE (*L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. Int. di Filosofia del Dir.*, 13, 1923, 256 ss.) circa la consistenza del diritto in un intreccio di valori morali, tra cui l'equità.

¹³ G. ORRÙ, *I criteri*, cit., 69, con prec. lett.

¹⁴ Così A. BARATTA, *Presentazione*, cit., XXXI s.

¹⁵ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3° ed., Berlin-Heidelberg-New-York, 1975, 194 ss.

giuridici, se le concezioni sociali correnti sono unitarie e convergenti, dottrina e giurisprudenza saranno uniformi, mentre in caso di pluralismi assiologici la decisione non potrà che essere discrezionale¹⁶.

Si impongono poi altre considerazioni. Da un lato, la legge è soggetta a un naturale processo di obsolescenza e comunque non è in grado di anticipare tutti i giudizi di valore che si riveleranno indispensabili per la sua applicazione. L'applicazione della legge, perciò, si realizza in parte in base ai giudizi di valore già anticipati dalla legge, ma in altra parte sulla base di giudizi di valore aggiuntivi (ossia valutazioni autonome) dell'interprete¹⁷. E infine, data l'inevitabile equivocità di ogni legge, l'interprete ha davanti a sé non una soluzione unica, ma una varietà di soluzioni, a volte ricavabili direttamente dalla legge, ma altre volte da ricercare al di fuori della legge. La scelta tra queste soluzioni avviene sulla base dei criteri di valutazione (non solo tecnico-giuridici, ma anche politici e ideologici) dell'interprete, e quindi dipendono dalla 'filosofia del diritto' che egli segue. Ecco perché nello studio della interpretazione del diritto occorre essere ben consapevoli di tre elementi: filosofia, sociologia, tecnica giuridica.

Ma ancora oggi, purtroppo, le tre componenti essenziali non si sono ancora saldate. Filosofia, sociologia, tecnica giuridica sono rimasti settori isolati, collocati l'uno accanto all'altro: la scienza giuridica si è fino ad ora limitata a proporre al giurista una grande quantità di strumenti ermeneutici e operativi tutti ugualmente validi, leciti e disponibili, senza tuttavia indicargli con metodi scientifici e razionali quando adoperare l'uno anziché l'altro¹⁸.

Da dove può nascere, allora, la consapevolezza del giurista in ordine alle scelte valoriali che egli è chiamato a compiere? Innanzitutto dalla 'conoscenza', che gli consenta di assumere atteggiamenti non solo coscienti, ma anche chiaramente esplicitabili ai terzi. In relazione all'equità, oggetto specifico di questa lezione, è necessario che il giurista sappia in primo luogo che esistono svariate accezioni di 'equità' in rapporto al diritto.

3.- *Semantica e contenuti dell'equità*

¹⁶ K ENGISCH, *Introduzione*, cit., 175.

¹⁷ Così, T. HELLER, *Logic und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, 1961, 101, e sulle sue orme G. ORRÙ, *I criteri*, cit., 70 s.

¹⁸ Così G. ORRÙ, *I criteri*, cit., 114.

In linea generale, l'equità nel campo del diritto consiste sia in un criterio di critica del diritto positivo, sia in un principio di interpretazione¹⁹. Ma i contenuti precisi del concetto di equità sono molto meno facilmente precisabili. Il primo problema che incontriamo nello studio dell'equità, dunque, è quello di intendersi sul significato che a tale termine si voglia o si debba attribuire, considerato il “perpetuarsi della relativa terminologia dal latino *aequitas* alla nostra ‘equità’”²⁰.

Quando si parla di ‘equità’ in relazione al diritto, i giuristi esprimono, in senso generale, la tendenza a riferirsi a quel complesso di regole poste dalla coscienza sociale o come aspirazione, come forza ideale che spinge verso un diritto ideale, o come a un ‘diritto’ che lo spirito del popolo vuole fare diventare legge. Tale seconda accezione corrisponde all'impostazione giusnaturalista: lo *ius naturale* è governato dall'equità²¹. Certamente, al giorno d'oggi non si pensa più a quel diritto astratto, immutabile, universale e ‘indifferente alla storia’ che avevano in mente i Giusnaturalisti, perché anzi il richiamo all'equità è inteso dai nostri giuristi come uno strumento idoneo a garantire al diritto mobilità e aderenza alla vita reale²². Filosofi e giuristi concordano nel ritenere l'equità una espressione della storicità del diritto, inteso quest'ultimo, nel suo divenire concreto. Inoltre, in linea di massima, si ritiene comunemente che l'equità indichi quel complesso di valori sociali di cui solitamente già tiene conto il legislatore nella formulazione della legge e di cui deve (talora) tenere conto il giudice, anche senza il tramite del legislatore²³.

Le opinioni però continuano a oscillare nei tentativi di ulteriore precisazione dei contenuti del concetto. Una delle letture più supportate da elementi testuali è quella che vede nella equità la ‘proporzione’: infatti di per sé –anche al di fuori dall'ambito giuridico- l'equità consiste in una commisurazione legata all'idea della uguaglianza, o, più precisamente, dell'uguaglianza proporzionale. Nel campo del diritto questa giusta proporzione è sinonimo di

¹⁹ Così, non soltanto con riferimento alle sperienze storiche pregresse, W. WALDSTEIN, *Elementi ‘pre-positivi’ dell'ordinamento nel diritto romano*, ora in *Saggi*, cit., 9 ss., specialm. 48, sulle orme di F. PRINGSHEIM, ‘*Aequitas*’ und ‘*bona fides*’, in AA.VV., *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, 183 ss., specialm. 194.

²⁰ M. TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in AA.VV., ‘*Aequitas*’. *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno, Trento, 11 e 12 aprile 2002*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, 57.

²¹ V. sul punto F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, 2° ed., Milano, 1959, 221.

²² Salv. ROMANO, voce *Equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* XV, Milano, 1966, 84 s.

²³ Così S. COTTA, voce *Diritto naturale*, in *Enc. dir.* XII, Milano, 1964, 647 ss.

perfetto equilibrio, il che implica anche un giudizio severo, “congruo al fatto”²⁴. L'*aequitas* è dunque uguaglianza proporzionale ‘giusta’ *in casu*²⁵, ma nel senso relativo con cui si adopera il vocabolo ‘giusto’ (*secundum ius*). Ma tale carattere relativo implica un rinvio ai criteri cui l’interprete deve attenersi nell’attuazione dell’equità, a un ‘paramento’ di riferimento; e anche su questo punto gli orientamenti divergono.

Sul significato di equità, la lettura di altri richiami, giurisprudenziali, ma anche codicistici –come meglio si esporrà a breve- lasciano però intendere una semantica diversa o più ampia del termine; dato, questo che implica l’interrogativo se la nozione di equità non sia per caso da ricavarsi in relazione alle caratteristiche della fattispecie (astratta o concreta) cui, di volta in volta, legislatori e giudici si richiamano.

Si collega perciò alla questione ora accennata un altro profilo, quello attinente ai complessi rapporti dell’equità col diritto positivo, che –come sopra si accennava- è del pari fortemente dibattuto²⁶. L’equità va relegata in ruolo esclusivamente ermeneutico? Risulta infatti arduo individuare e delimitare l’equità, quando essa viene posta sul piano della creazione di un diritto particolare, che si trova in un necessario –ma assai difficilmente definibile- rapporto con il diritto generale.

Volendo semplificare i termini del dibattito, questi si possono riassumere come segue: mentre taluni ritengono che l’equità debba operare sul solo terreno della interpretazione o esecuzione della legge, altri le riconoscono un’azione costitutiva autonoma, una funzione creativa di nuovo diritto (‘non scritto’). In altri termini, è controverso se si possa ammettere – ed eventualmente in quali limiti- che l’equità modifichi il diritto positivo; e di conseguenza se sia accettabile un ruolo più pregnante dell’equità, almeno in quegli ambiti del diritto positivo in cui domina l’autonomia dei privati, quali il contratto e il testamento.

4.- *L’equità nei vari settori del diritto*

La discussione sui significati e sul ruolo dell’equità si è storicamente sviluppata in specie

²⁴ S. RICCOBONO, *La definizione del ‘ius’ al tempo di Adriano*, in *AUPA*, 20, 1949, 60.

²⁵ Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 92. Per il significato di equità come ‘uguaglianza proporzionale’, in lett. v. soprattutto F. GALLO, *Prospetto storico della produzione e applicazione del diritto nell’epoca repubblicana*, in *L’officium’ del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 17 ss.

²⁶ Con riguardo alla dottrina meno recente, i termini della discussione sono efficacemente esposti da A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.* XV, Milano, 1966, 107 ss.

nel campo del diritto privato, per la “funzione di parametro”²⁷ che per tradizione questo diritto esplica anche in rapporto con gli altri settori dell’ordinamento in cui si tratta dell’equità; e ciò non a caso, ma perché il diritto privato, in quanto attinente agli interessi dei privati, “esprime con maggiore intensità il duplice piano della regola generale e di quella particolare di un rapporto concreto”²⁸. E’ comunque un dato di fatto che il diritto dei privati costituisca l’ambito sul quale ha operato la parte più consistente della dottrina sull’equità.

Al riguardo, è forse stata sottovalutata la circostanza che le affermazioni più nette e decise sull’importanza (in positivo) dell’equità provengano ormai, sin dal secolo scorso, dai cultori del diritto amministrativo, e sono attualmente ascrivibili in particolare alla sua giurisprudenza. In relazione alla delicata questione della funzione nomofilattica del giudice amministrativo, negli ultimi anni si è osservato –da parte della dottrina- che il richiamo all’equità nelle pronunce dei TAR e del Consiglio di Stato svolge un ruolo integrativo e suppletivo del precetto normativo²⁹.

La ‘disattenzione’ per questo massiccio impiego del parametro equitativo nel campo dell’amministrazione si può forse imputare al momento di flessione che sta attraversando la dottrina amministrativistica (peraltro non certo stimolata dalla recente estensione, operata con l’art. 88 comma 3 del Codice del diritto amministrativo, del divieto rivolto ai giudici di fondare e motivare le sentenze con richiami a opinioni dottrinali, già sancito all’art. 118 comma 3 disp. att. Cod. proc. civ. it.³⁰), mentre sarebbe senz’altro auspicabile un attento monitoraggio –con relativa riflessione critica- delle nuove tendenze. Se il richiamo al parametro equitativo sta coinvolgendo in misura sempre crescente il settore pubblicistico, la ragione è che la pubblica amministrazione non può mai prescindere da una attenta valutazione degli interessi in gioco: la conformità all’equità è una esigenza consustanziale all’azione degli organi amministrativi³¹. In

²⁷ Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 88.

²⁸ Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 91.

²⁹ G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, specialm. 277.

³⁰ Sulle ragioni storiche della introduzione di tale divieto, oggi del tutto privo di senso, rinvio a quanto esposto ne *La tradizione II*, cit., 69 s. e alle recenti considerazioni svolte da L. GAROFALO, nella relazione su *Il precedente nel civil law*, in occasione del IX Conv. Int. ARISTEC cit., per i cui contenuti si v. *TSDP* (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com) 5, 2012, sez. Cronache, cit.

³¹ L. RAGGI, *Contributo all’appræzzamento del concetto di equità*, in *Fil.*, 1919, 44 ss.; F. CAMMEO, *L’equità nel diritto amministrativo*, in *Ann. Bologna*, 1923/1924, 7 ss., 14 ss.; una lucida riflessione *ex post* sulle dottrine di tale ultimo A., è in F. MERUSI, *L’equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, Milano, 1993, 413 ss.

questo settore del diritto, infatti, il ricorso alla nozione di equità ha progressivamente assunto tratti del tutto peculiari, per la specificità di nozioni tecniche quali l'eccesso di potere, il potere discrezionale, etc.

Tuttavia, dal momento che si intende qui seguire in prevalenza l'evoluzione storica della nozione di equità nell'ambito giuridico, le mie riflessioni saranno circoscritte al contesto in cui originariamente la problematica è affiorata, quello appunto del diritto privato. Con riguardo a tale settore, le risposte che si sono date agli interrogativi sopra esposti circa gli ambiti operativi dell'equità vanno differenziate sui diversi profili del diritto privato processuale e sostanziale.

5.- *Il giudice e l'equità, oggi*

Nel campo procedurale, il tema che interessa i cultori del diritto vigente è quello del 'giudizio di equità', figura che impone di considerare l'apporto del giudice alla costruzione e alla evoluzione del sistema giuridico.

In un sistema chiuso³² (come è quello italiano) solo il legislatore può conferire al giudice il potere di decidere secondo equità; e in tale eventualità il giudice "è autorizzato ad assumere a fondamento della massima di decisione che applicherà al caso concreto anche valori diversi o contrari a quelli assunti nell'ordinamento positivamente fissato dal legislatore stesso"³³. Siffatta decisione giudiziale dovrà naturalmente risultare ispirata non a criteri meramente soggettivi, o, peggio, parziali e partigiani, bensì 'adeguati'.

Per l'Italia, il 'giudizio di equità' è previsto nel cod. proc. civ. agli artt. 113 e 114. Fondamentale l'enunciato dell'art. 113 comma 1: "Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità". Sulla base di tale enunciato, la legge è dunque la fonte primaria ed esclusiva di giuridicità. Tuttavia, i giudizi di equità di cui agli artt. 113 comma 2 e 114 cod. proc. civ. danno luogo alla creazione vera e propria di rapporti "secondo i principi di contemperamento degli interessi in un equo procedimento privato"³⁴. In definitiva, la sentenza di equità ha efficacia costitutiva di rapporti, e dunque riveste sostanzialmente carattere legislativo.

Tale effetto rende particolarmente delicato il ruolo della interpretazione nel giudizio di

³² V. *infra*, § 7.

³³ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 58.

³⁴ Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 103.

equità. E si torna perciò ancora una volta all'interrogativo di partenza: in cosa consiste più esattamente l'equità?

La dottrina dominante nella prima metà del XX secolo, nell'ambito della sua generale posizione negativa nei confronti dell'equità in generale, aveva assunto un atteggiamento restrittivo, esprimendo una valutazione di eccezionalità dell'equità giudiziale. Si era temuto l'arbitrio e, perciò, guardato con diffidenza alla pronuncia del giudice quale fonte di diritto, nel senso di 'creazione di un ordinamento particolare privato'. Il carattere sostanzialmente legislativo della sentenza di equità ha destato insomma non poche perplessità³⁵. E tale atteggiamento si spiega anche con una considerazione derivata dall'esperienza storica: il ricorso all'equità (così come alle altre *Leerformeln*) può funzionare "soltanto quando nella società vi sia un insieme fondamentale di valori sufficientemente ampio in cui tutti si riconoscano, il che accade (...) in una società aristocraticamente organizzata, dove i ceti elitari riescono ad imporre anche alle classi subordinate la loro scala di valori"³⁶, così come è avvenuto per l'antica società romana, lungo tutta la sua storia. Altrimenti, quando nella società circolano valori disomogenei, anche le valutazioni degli interpreti delle norme divergono, causando incertezza del diritto. E' appunto questo il quadro attuale, che si prospetta radicalmente diverso rispetto al modello delle società antiche.

Ciononostante, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, si è rafforzato un indirizzo diverso, più propenso all'utilizzo dell'equità, incentrato sul concetto tradizionale di *ius aequabile* e teso a vedere nell'equità giudiziale "il risultato di una delle fondamentali norme di funzione della giurisdizione"³⁷.

Volendo riassumere gli altri punti salienti del percorso italiano, si può dire che la dottrina postcodicistica³⁸ si è posta il problema di mettere a fuoco la differenza specifica tra 'giudizio di diritto' e 'giudizio di equità', per poi determinare cosa significhi, in concreto, "potere di giudicare secondo equità". E in via approssimativa sono state individuate due diversità: 1) la norma di equità è chiamata a operare per la singolarità di un caso, non

³⁵ V. sul punto C.M. DE MARINI, *Il giudizio d'equità nel processo civile. Premesse teoriche*, rist. Padova, 1959, 254, con prec. lett.

³⁶ M. TALAMANCA, *L' 'aequitas'*, cit., 59.

³⁷ Così Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 95.

³⁸ Fondamentale la lettura di C.M. DE MARINI, *Il giudizio d'equità*, cit.; D. PASINI, *Vita e forma nella realtà del diritto*, Milano, 1964, 137 ss.

riconducibile né ai dati dell'esperienza comune, né, per conseguenza, ad alcuna previsione legale di fatto; 2) il giudizio di equità è eccezionale rispetto al giudizio di diritto, perché la norma di equità è soggettiva, in quanto non preesistente o esterna al giudice, ma formulata nel corso del giudizio mediante una valutazione che il giudice trae dalla propria coscienza. Contro il criterio della singolarità del fatto, che indurrebbe a considerare la norma d'equità come norma del caso singolo, depone però il dettato dell'art. 113 comma 1, e in particolare l'uso del verbo "consentire" (per 'consentire' al giudice l'applicazione eccezionale della norma d'equità, dovrebbe sussistere la norma di diritto del caso, che invece, appunto, manca).

Di fronte a questo impasse, la dottrina si è allora concentrata sull'altro criterio discrezionale, cioè la soggettività del criterio di giudizio, in quanto in tale ottica si ritiene che il fatto da giudicare rientri in una previsione legale: la specificità della norma d'equità sarebbe la sua essenza di 'norma soggettiva' o addirittura 'arbitraria', rispetto a un caso pur generalizzabile e prevedibile, anzi già concretamente previsto da una norma di diritto. Il giudizio di equità, inteso in questi termini, si risolve "in un apprezzamento soggettivo del giudice"³⁹. Si viene così a creare un certo parallelismo con i settori degli ordinamenti di tipo anglosassone basati sull'*equity*.

Ma anche alla luce di tali riflessioni, continua a porsi il problema della relazione (logica e pratica) tra 'norma data' (norma di diritto) e 'norma non data' (norma d'equità).

Nel complesso, la teoria generale del diritto del XX e XXI secolo -si è più sopra accennato- ha lasciato oscillare la portata del concetto di equità tra il momento etico e il momento logico, dando luogo a due differenti interpretazioni estreme e alternative: il principio giuridico dell'equità o si identifica con il principio etico (ineliminabile dal giudizio giuridico), oppure si riduce a principio logico, contrapposto al giudizio di diritto, ma concepito come sussidiario a quest'ultimo, quale rimedio alle lacune della legge, o "stampella della giustizia", secondo la ficcante metafora di Perelman⁴⁰. Solo alcune teorie intermedie vedono l'equità come immanente o addirittura dominante la giuridicità nella sua interezza ed elemento di ispirazione del diritto positivo, o ancora considerano l'equità come "elemento polarizzante, ma

³⁹ A. NASI, voce *Equità*, cit., 110.

⁴⁰ "On se sert de l'équité comme de la béquille de la justice": Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, 50.

non esclusivo, dell'esperienza giuridica"⁴¹.

Da oltre un cinquantennio si propende comunque per l'esaltazione del momento logico, a scapito di quello etico, con la conseguente convinzione che il giudizio di equità non può essere correttamente inteso se non come "giudizio giuridico"⁴², benché non si neghi affatto radicalmente (e da parte di alcuni neppure si metta in dubbio) la sussistenza di un rapporto tra giudizio di equità e valutazione etica. Al riguardo, Vittorio Frosini ha anzi sottolineato che proprio giudicando secondo equità si viene "ad instaurare quel rapporto, che nel giudizio meramente legalistico è invece negato, giacché, come diceva Kant, legalismo ed etica stanno fra loro press'a poco come il cadavere sta al corpo vivente. Proseguendo con la stessa metafora, si potrebbe dire che l'equità serve a gettare un soffio vivificatore su quel cadavere; nel giudizio di equità, infatti, noi possiamo cogliere il momento dell'incidenza della morale nel diritto, e constatare, nell'esperienza giuridica in atto, l'astrattezza intellettualistica della distinzione tra diritto e morale, teorizzata in formule filosofiche, ma che può venire negata dalla concreta realtà dell'azione"⁴³. E ancora: "nel giudizio di equità, in cui il giudice assume fino in fondo la responsabilità personale del giudicare, senza che il ricorso all'applicazione meccanica della legge possa esonerarlo dal contributo del suo impegno creativo, noi possiamo constatare la possibile (e non già necessaria) coincidenza del diritto con la morale [...]. Ma una volta che si sia riconosciuta questa istanza etica, non si deve peraltro esaurire o celebrare il giudizio di equità *in foro conscientiae*, come evasione interiore dal mondo complesso dell'esperienza giuridica; poiché quel giudizio pur nasce e si conclude proprio nell'ambito di quella esperienza, esso appare anzi sempre condizionato dall'insieme di quell'ordinamento giuridico, in cui solo esso acquista un senso, e si attua [...]. Il giudizio di equità resta un procedimento 'tecnico' di produzione giuridica [...]. La sentenza del giudizio di equità, una volta emanata, diventa oggettiva, si aliena cioè dalla personalità del giudice che l'ha pronunciata (diversamente da come avviene con un giudizio morale), e acquista in definitiva un significato che è strettamente giuridico"⁴⁴.

L'equità (in rapporto alla creazione di diritto non scritto) andrebbe dunque intesa come

⁴¹ V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 69 ss., specialm. 78.

⁴² Così C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., 214.

⁴³ V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 81.

⁴⁴ V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 81.

un criterio di giudizio atto a incidere sulla regolamentazione di un caso concreto: diritto del singolo caso e *viva vox legis*, idoneo ad assumere un ruolo creativo del diritto (*vox legislatoris*).

Attualmente è dato riscontrare anche ulteriori valutazioni largamente condivise. Innanzitutto si è concordi nel rifiutare l'identificazione dell'equità nei valori insiti in una morale positiva o in una religione. L'equità andrebbe piuttosto individuata semplicemente in “uno schema operativo, che permette al giudice di egredire i rigorosi confini del sistema chiuso, per giudicare secondo i valori dominanti nella società”⁴⁵. Naturalmente, i valori di riferimento non devono essere necessariamente diversi da quelli già recepiti nell'ordinamento: al giurista si conferisce soltanto la facoltà, non l'obbligo, di ispirarsi a valori diversi; se poi il riferimento si opera a valori correnti, occorre la consapevolezza che si tratta di parametri comunque “destinati ad un perenne ricambio”⁴⁶.

Ma nel complesso, nonostante alcune acquisizioni di base ormai incontestate da parte della dottrina, la ricerca di una nozione soddisfacente di equità (e quindi dei limiti da porre alla libertà di giudizio) in ambito giurisprudenziale può dirsi fallita: l'equità continua a restare nella pura coscienza normativa del giudice.

6.- *Equità e diritto sostanziale*

Sul piano del diritto civile sostanziale, alcuni hanno visto una consacrazione, in Italia, del principio di equità già nei principi generali del diritto, di cui all'art. 3 disp. prel. cod. civ. 1865. Nel codice del 1942 sarebbero appunto i principi dell'equità a costituire i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, di cui all'art. 12 disp. prel. cod. civ.

E' possibile che su questa ‘lettura’ abbia pesato la dottrina civilistica germanica del periodo immediatamente precedente, con il rilievo conferito (nelle trattazioni di tipo tanto sistematico quanto casistico) alla distinzione tra *strenges Recht* e *billiges Recht*, a sua volta apertamente ed esplicitamente ricalcato sulla contrapposizione romana *ius strictum / ius aequum*⁴⁷.

Sta di fatto che da più parti si è contestata la coincidenza dell'equità con i principi del diritto positivo italiano, fino al punto da asserire che tale identificazione sia stata

⁴⁵ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 58.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Sul punto, in questo senso Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 87 e nt. 43.

espressamente esclusa dal legislatore, nell'elencare, l'uno accanto all'altro, equità, uso e legge, in materia di effetti obbligatori dei contratti (art. 1374 cod. civ. vig.)⁴⁸.

Così, in Italia, da un atteggiamento propenso a considerare l'equità come un principio etico dominante l'intero ordinamento giuridico e fonte universale del diritto⁴⁹, verso la metà del XX secolo –come più sopra già ricordato– unaparte della dottrina è passata a un ridimensionamento sempre più sensibile di questa visione, cominciando con il considerare l'equità come fonte esclusivamente mediata e sussidiaria⁵⁰, per poi circoscriverne il raggio d'azione alle sole norme di legge contenenti un richiamo espresso all'equità. Tale orientamento dottrinale si è perciò limitato allo studio di dette disposizioni di legge.

Il legislatore del 1942 ha indicato il ricorso al criterio equitativo in contesti in cui un dato quantitativo, non diversamente accertabile, va determinato secondo equità: vanno menzionati al riguardo gli artt. 1226 cod. civ. (“Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa”) e 1384 cod. civ. (“la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione è stata eseguita in parte *rell.*”). Poche sono le eccezioni. Tra queste, vi sono le norme di cui agli artt.: 1371 cod. civ. (“Qualora [...] il contratto rimanga oscuro, esso dev'essere inteso [...] nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso”) e 1374 cod. civ. (“Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”), dove l'equità è posta sul piano delle fonti del diritto. Va poi tenuto conto della legislazione speciale, la quale contempla molti rinvii all'equità.

Sulla scia di questa dottrina (incline al ricorso all'equità solo in presenza di un espresso rinvio da parte del legislatore), sembra essere tornata in auge, sotto molti aspetti, l'interpretazione radicale espressa da Vittorio Scialoja nel già citato Discorso Inaugurale letto il 23 novembre 1879 nell'Università di Camerino⁵¹ nell'Università di Camerino, dunque nel

⁴⁸ Cfr., in tal senso, gli ulteriori argomenti addotti già da M. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, 266 ss.

⁴⁹ Questa la posizione espressa negli anni Venti del secolo scorso da G. MAGGIORE, *L'equità*, cit., 256 s., dove prec. lett.

⁵⁰ All'epoca si sono espressi in tal senso, tra gli altri, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9° ed., Milano, 1957, 80; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 14° ed., Padova, 1964, 24.

⁵¹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Ann. Camerino*, 1880, 15 (anche in *ID.*, *Studi giuridici III*, Roma, 1932, 1 ss.).

vigore dell'abr. cod. civ. del 1865.

Scialoja esprimeva la convinzione che il ricorso interpretativo ai principi generali del diritto precludesse del tutto la considerazione di quanto non è diritto. Con ciò l'A. non intendeva certo negare il valore dell'equità, ma semplicemente porla in contrapposto con il diritto positivo: “noteremo che accanto al diritto positivo si manifesta l'azione di una forza, la quale dapprima sottomessa al diritto stesso, a poco a poco gli si ribella, finché giunge il momento nel quale il diritto viene modificato regolarmente secondo i casi dalla consuetudine o dalla legge, ovvero, se per altri motivi non si vuol toccare il diritto, esso viene nella pratica continuamente violato. Questa forza è l'equità”⁵², che l'A. definisce come “sentimento o concetto talora individuale talora generale, il quale richiede che un dato rapporto o che una serie di rapporti debbano regolarsi in un dato modo”⁵³. Una forza, un sentimento, ribadiva Scialoja, che si pone però sempre al di fuori (e anzi spesso contro) il diritto positivo.

Nel complesso, le teorie di Scialoja e degli Autori in qualche misura vicini alle sue concezioni si ponevano anche in linea con il dogma, allora imperante, della completezza dei codici, ed esprimevano una visione ‘negativa’ del contesto che rende necessario o possibile il ricorso all'equità. Così si pronunciava Francesco Ferrara nel 1921: “Quando l'ordinamento giuridico è costituito e funziona regolarmente, l'equità non ha campo di applicarsi, perché il diritto positivo basta da sé all'ordinamento dei rapporti [...] tutte le volte che lo sviluppo di un popolo è primitivo, l'equità signoreggia per mezzo d'interpreti e giudici (il diritto pretorio a Roma); quando invece la maturità giuridica s'afferma e prevale il bisogno di fermezza e sicurezza, l'equità cede il posto e si rifugia nell'angolo. E non è meraviglia: il subcosciente giuridico si ritrae davanti all'elaborazione meditata delle norme”⁵⁴. L'equità sarebbe insomma una entità eccezionale e trascurabile in un buon ordinamento, e, viceversa, l'evidenza del malfunzionamento o dello stato di arretratezza di un sistema giuridico che ne faccia largo uso.

La nuova codificazione del 1942 ha solo parzialmente alterato questi scenari. Si è già segnalato che il legislatore ha fatto un uso alquanto frequente della terminologia in questione⁵⁵, ma il ricorso al criterio equitativo avviene quasi esclusivamente in contesti in cui un dato

⁵² *Ibid.*, 13.

⁵³ *Ibid.*, 15.

⁵⁴ F. FERRARA sr., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 44 s.

⁵⁵ Si vedano gli artt. 1226, 1349, 1374, 1384, 1447, 1450, 1467, 1468, 1526, 1660, 1664, 1733, 1736, 1738, 1749, 1751, 1755, 2056, 2109, 2110, 2118, 2263, 2578, 2579 cod. civ.

quantitativo, non diversamente accertabile, va determinato secondo equità, e le norme agli artt. 1371 e 1374 si presentano come eccezioni.

Dopo la ricodificazione italiana si sono scontrati perciò due orientamenti contrapposti, di cui si è dato già sommariamente conto. Da un lato, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno sostenuto l'impostazione appena illustrata con le parole di Vittorio Scialoja. Sull'altro versante, sebbene il dato normativo del 1942 non abbia innovato radicalmente in materia di rinvio all'equità, si sono profilati diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. In particolare, si allontana dalla impostazione dottrinale dominante sotto l'abrogato cod. civ. l'indirizzo di una parte della civilistica italiana che, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, ha preso a condurre l'esegesi delle norme codicistiche alla luce di valutazioni fondate sull'equità, prescindendo da formule legislative di espresso richiamo⁵⁶.

Tale tendenza è stata peraltro preceduta da un cospicuo indirizzo giurisprudenziale, che ha optato per un'accezione di equità tale da renderne indipendente il ricorso dall'esplicito richiamo del legislatore, fino al punto da esprimersi in termini di 'equità sostitutiva'⁵⁷. In questa prospettiva, che travalica i confini dell'interpretazione e persino dell'integrazione normativa, l'equità ha assunto "proporzioni imponenti"⁵⁸. Del resto, nella medesima linea di pensiero, anche al di fuori dell'ambito giusprivatistico si è giunti molto avanti, fino a ritenere che nella stessa cerchia dello *ius strictum* (al di fuori delle configurazioni più rigide e inderogabili, quali per esempio il limite della minore età o il tasso legale degli interessi) sia ammissibile una certa gradualità o flessibilità: lo *ius strictum*, affermava già Carnelutti nel 1935, è compatibile con l'equità⁵⁹.

7.- Premesse teoriche all'applicazione del criterio equitativo: sistemi aperti e sistemi chiusi

Per dare maggiore consistenza alla ricerca sul rapporto dell'equità con il diritto positivo e per comprendere gli *a priori* teoretici delle conflittuali posizioni assunte a tale riguardo, occorre innanzitutto inquadrare i termini del problema alla luce di ulteriori considerazioni di

⁵⁶ Esemplare, in questo senso, sulla problematica dei vizi del negozio giuridico, la monografia di V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 62 ss.

⁵⁷ Fondamentale la definizione del concetto di equità in Cass., 6 marzo 1950, n. 566, su cui v. la nota di M. ELIA, *In tema di equità*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 106.

⁵⁸ Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 88.

⁵⁹ F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, 105; ID., *L'equità nel giudizio penale*, in *Giust. pen.*, 1945, III, 1 ss.

teoria generale del diritto.

E' fondamentale distinguere preliminarmente il diverso significato del ricorso al parametro equitativo nei sistemi codicistici e in quelli casistici. La rilevanza e il funzionamento dell'*aequitas* variano infatti in modo considerevole, a seconda del tipo di sistema giuridico nel quale tale Leerformel si trova a operare. Nella nostra tradizione occidentale, le vicende storiche hanno dato luogo, nei vari tempi e nei vari luoghi, alla formazione tanto di 'sistemi aperti', quanto di 'sistemi chiusi'⁶⁰. Ma il problema dell'equità non può essere impostato negli stessi termini in rapporto a un modello (chiuso) di diritto codificato, o comunque a prevalente formulazione legislativa, e in rapporto, invece, a un modello 'aperto', di formazione casistico-giurisprudenziale: nei due sistemi sono necessariamente diversa tanto la funzione dell'interprete, giudice o giurista che sia, tanto il procedimento logico-euristico che porta all'individuazione della soluzione 'giusta' per il caso concreto.

In un sistema chiuso, di diritto codificato e ispirato al principio della separazione dei poteri, al legislatore è attribuito il compito di fissare i modelli di comportamento con norme generali e astratte, mentre al giudice è dato il compito di applicare le norme "senza alcuna possibilità di incidere sui giudizi di valore che le sottendono o di introdurne dei nuovi"⁶¹: i giudizi di valore possono essere assunti esclusivamente dal legislatore.

All'interno di un siffatto contesto, il ricorso all'*aequitas* si presenta inevitabilmente come criterio sussidiario di 'eterointegrazione' del diritto, al quale può, almeno formalmente, ricorrere il giudice solo nei limiti in cui è a ciò autorizzato dal legislatore, per assumere a fondamento della sua decisione valori nuovi o diversi rispetto a quelli recepiti nella legge, valori peraltro suscettibili di una continua evoluzione in rapporto con quelli percepiti di volta in volta come meritevoli di riconoscimento e protezione in quel determinato contesto socio-politico⁶². Si è detto 'formalmente': e infatti nei sistemi chiusi il principio della separazione dei poteri non opera come un principio assoluto e la totale chiusura del sistema è so-

⁶⁰ V. di recente U. VINCENTI, *Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici 'aperti' e 'chiusi'*, in ID., *L'universo dei giuristi, giudici, legislatori. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 73 ss.

⁶¹ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 57.

⁶² L. VACCA, *L'aequitas nella 'interpretatio prudentium'*, in AA.VV. *'Aequitas'. Giornate in memoria di Paolo Silli*, cit., 21 ss., specialm. 24.

lo teorica, per la sostanziale eccezione costituita dall'operatività dell'analogia, peraltro generalmente prevista per esplicito dagli ordinamenti giuridici contemporanei⁶³.

Viceversa, in un ordinamento aperto, cioè di formazione prevalentemente giurisprudenziale (come quello romano del periodo repubblicano e del primo Principato) si può affermare –lasciando qui da parte il problema del rapporto con gli atti normativi espressi, che anche qui vale a temperare l'assolutezza di ogni affermazione- che il giudicante o il giurista sono liberi nella determinazione della massima di decisione da applicare al caso concreto. In tal modo si pongono dei precedenti idonei a influire sulle decisioni successive. Coloro che vengono chiamati a individuare il diritto da applicare alla fattispecie concreta (i giuristi nell'antica Roma, i giudici nel common law) sono dunque anche legittimati all'introduzione di nuove e diverse massime di decisione, tali da modificare il diritto previgente, in base a diversi giudizi di valore⁶⁴. Va altresì sottolineato che in un assetto in cui si riconosce più valore al precedente che alla norma generale e astratta si viene anche a superare il principio della separazione dei poteri (con la figura del giudice-legislatore), proprio del processo di formazione dello Stato moderno; e ciò in quanto il precedente non si irrigidisce mai in guisa di norma generale e astratta.

Nei sistemi chiusi, dunque, all'equità non si può riconoscere la stessa funzione che essa riveste nei sistemi aperti: nei primi il ricorso all'equità non può cioè assolvere alla “funzione formale di strumento che veicola nell'ambito dell'ordinamento giudizi di valore in quello non sanciti”⁶⁵.

Tuttavia, non mancano ambiti in cui l'equità può svolgere la medesima funzione in entrambi i sistemi. L'*aequitas*, infatti, costituisce sempre lo schema operativo che impone al giurista–interprete di proporre soluzioni uguali a casi simili e soluzioni differenti a casi qualificati da elementi diversi. La tradizionale idea aristotelica di equità come ‘giustizia del caso singolo’, su cui a breve ci soffermeremo, si propone non necessariamente come strumento correttivo delle leggi in senso etico, di tensione verso valori assoluti di ‘giustizia’, ma a volte soltanto come categoria tecnica dell'*interpretatio*, che permette ai giuristi di qualificare, valutare e distinguere gli elementi rilevanti dei casi concreti. I giuristi, in quanto esperti della

⁶³ M. TALAMANCA, L'*aequitas*, cit., 57.

⁶⁴ *Ibid.*, 57.

⁶⁵ *Ibid.*, 59.

scientia iuris, nell'uso del parametro equitativo si fanno perciò sempre ed inevitabilmente 'mediatori' dei valori condivisi all'interno del loro ceto e degli interessi considerati dalla società prevalenti in quel dato momento storico⁶⁶.

Per altro verso, ripercorrendo le tappe della storia dell'equità nell'esperienza giuridica romana, si potrà notare come l'*aequitas* del giurista possa di volta in volta ispirare procedimenti interpretativi differenti, talvolta interni all'ordinamento preesistente (si pensi al ricorso o meno all'analogia: se si è adottata una determinata soluzione per un certo caso o per una serie di casi simili, risulta 'equo' estendere la soluzione a un altro caso individuato come 'simile' o analogo, e, viceversa, l'equità può essere il criterio che permette di distinguere la soluzione di un caso che, pur apparentemente simile, presenta un elemento differenziante), altre volte introducendo la tutela di nuove esigenze al di fuori del sistema e della sua logica. Il che sta a dimostrare che anche nei sistemi aperti talora il richiamo all'equità può valere soltanto per giustificare un procedimento euristico orientato verso 'l'interno' del diritto previgente.

Strettamente legato alla tematica ora affrontata (possibilità di un ruolo diverso dell'equità nei sistemi chiusi, rispetto ai sistemi aperti), è il problema di distinguere quando l'equità si invoca in riferimento all'interpretazione del diritto scritto o, invece, alla creazione di diritto non scritto. Con riguardo all'interpretazione del diritto scritto, a sua volta, l'idea di equità si può applicare in due diversi ambiti: nel campo dell'interpretazione delle norme giuridiche (oggi: leggi scritte), per significare che esse vanno intese in conformità con il loro spirito, e non con il rigore della lettera, oppure con l'accezione (atecnica) di benignità o umanità. Si tratta di prospettive ben diverse tra loro⁶⁷; in relazione alle quali, peraltro, è necessario tenere sempre presente i variamenti del dato concettuale e terminologico: lo studio dell'*aequitas* nei diversi contesti storici e geografici non deve dare per scontato il significato che l'equità riveste "nel nostro modo di intendere il fenomeno giuridico, anche al di là dell'uso che fa, ad es., il nostro codice civile della terminologia in questione"⁶⁸.

⁶⁶ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 24 s.

⁶⁷ L'ammonimento è di V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 82.

⁶⁸ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 57 s.

Occorre perciò distinguere se si vuole considerare la rilevanza dell'equità nel suo significato tecnico-giuridico (profilo statico), oppure sul piano dei meccanismi di evoluzione e di adattamento del diritto (profilo dinamico).

8.- *L'equità non è un concetto assoluto e metastorico*

In linea generale, va osservato che il concetto di equità si presta più di ogni altro, in quanto Leerformel per eccellenza, a 'conferimenti di significato' assai estesi e persino arbitrari⁶⁹. Si è già considerato che nei sistemi aperti, in particolare, il ricorso all'equità assolve alla funzione *formale* di strumento idoneo a veicolare all'interno dell'ordinamento giudizi di valore in questo non sanciti. Ma occorre cautela⁷⁰, dal momento che l'individuazione del ruolo dell'equità è stata spesso legata alle concezioni politiche del momento, in termini di progressismo o conservatorismo, o anche, per esempio, nel senso di una presa di posizione favorevole o meno all'ampliamento del potere discrezionale del giudice o al riconoscimento di una sua funzione creativa di diritto.

Tale condizionamento 'politico' è dunque presente non solo nel momento stesso in cui l'interprete 'usa' il parametro equitativo, ma anche nella lettura 'storica' del concetto e nella sua interpretazione. Per l'operatore del diritto, il peso del condizionamento 'politico' o ideologico nella determinazione dell'equità si interfaccia con l'attribuzione del potere di individuare una soluzione giuridica integrativa o innovativa rispetto al diritto preesistente; un potere che –si è chiarito- può essere più o meno ampio a seconda a seconda del tipo di sistema (chiuso o aperto) in cui l'interprete opera, nonché degli equilibri che discendono dalla concezione 'politica' di ciascun momento storico circa i modi di produzione del diritto. Il condizionamento influisce sull'interprete nella misura in cui gli si riconoscono poteri più o meno ampi nell'uso dell'equità; a sua volta, il condizionamento dell'interprete influisce sul 'conferimento di significato' che egli opera a proposito della Leerformel, il quale si ripercuote sulla massima di decisione.

⁶⁹ G. ORRÙ, *I criteri*, cit., 78; sul piano dell'esperienza storia, A. PALMA, *'Benignior interpretatio'. 'benignitas' nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1997; O.BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.

⁷⁰ V. le riflessioni di G. TARELLO, *Il problema dell'interpretazione, una formulazione ambigua*, in *Riv. int. di Filosofia del Dir.*, 43, 1966, 349 ss.

Tanto premesso, nello studio sull'equità occorre essere consapevoli della notevole incidenza e dei condizionamenti degli elementi ideologici. Ogni ricerca sull'equità –così come sulle *Leerformel* in genere- deve rifuggire da 'irrigidimenti' in schemi ideologici, in dogmi, in postulati teorici. L'uso e il rilievo dell'equità nell'ambito giuridico non si possono comprendere se non attraverso uno studio diacronico, che rappresenti le peculiarità dei singoli momenti storici e, all'interno di questi, la caratterizzazione concreta data al valore dell'equità nei vari contesti in cui il parametro equitativo viene invocato. Soprattutto, va abbandonata la tentazione di ricercare una definizione di *aequitas* metastorica e valida in assoluto. E' viceversa opportuno e utile interrogarsi sui procedimenti euristici attraverso i quali, in ogni singolo periodo di riferimento prescelto, il giurista perviene alla decisione 'equitativa'. Ciò consente di indagare in quale rapporto tale decisione si ponga, nelle concezioni del tempo, con l'ordinamento giuridico preesistente nel suo complesso, nonché con la regolamentazione della materia attinente al caso, e infine con il complesso dei 'valori' assunti dal giurista come rilevanti ai fini della decisione.

Attraverso tale percorso si potrà verificare in quali contingenze, e con quali risultati, all'equità sia stato accordato un ruolo esclusivamente ermeneutico (come criterio interno all'*intepretatio* o come procedimento interpretativo che attui e sviluppi le potenzialità dell'ordinamento giuridico) e, quando, invece, una funzione anche creativa di nuovo diritto.

9.- *Alle origini del concetto occidentale di equità*

La storia del principio di equità si snoda attraverso un tragitto di dimensioni gigantesche, che non è possibile governare all'interno di una esposizione di dimensioni contenute, quale è appunto questa. Va comunque almeno ricordato che la pluralità e la disomogeneità dei significati di equità e del ricorso al parametro equitativo trovano in parte la loro giustificazione nella variegata tradizione di questo concetto, che non è soltanto ellenoromanocentrica, secondo quanto postula la storiografia dominante, bensì anche greco-orientale, come bene ha segnalato e argomentato Onorato Bucci⁷¹.

E' invece un dato acquisito che il primo a delineare una vera e propria dottrina dell'equità nei suoi rapporti con il diritto è stato Aristotele, anche se il concetto di *epieikeia* era

⁷¹ O. BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in *Apollinaris*, 62, 1990, 1-2, 257 s.

ben più risalente. Esso corrispondeva a un valore caratteristico dello spirito greco⁷², che la riflessione filosofica dunque non ha affatto ‘inventato’, ma si è limitata a recepire: *epieikeia* era in origine “ciò che si ritiene conveniente” (Francesco D’Agostino ha infatti proposto di rendere *epieikeia* con il vocabolo latino *convenientia*)⁷³. La prima definizione esplicita di *epieikeia* della letteratura greca ci è stata tramandata tra gli scritti platonici: “disposizione a cedere i propri diritti e i propri interessi; moderazione nelle relazioni; ben ordinato atteggiamento dell’anima razionale riguardo al bene e al male”⁷⁴. Qui l’equità-*epieikeia* ci viene descritta come equilibrio, moderazione, senso di umanità, capacità di discernere il bene dal male nella situazione concreta. Ma in tale visuale l’equità può presentarsi, secondo Platone, come una turbativa dell’ordine costituito, realizzando un affronto alle leggi, la cui autorità supera quella del monarca. In *Leggi* 6. 757 il filosofo afferma: “L’equità [...] e l’indulgenza sono una infrazione a ciò che è compiuto e perfetto, contro la corretta giustizia”⁷⁵.

A fronte di questa accezione primigenia, i rapporti tra *epieikeia* e diritto vengono scolpiti da Aristotele in modo tale da operare una non irrilevante modifica della semantica platonica del termine. Per ricostruire la nozione originaria dell’equità in relazione al diritto occorre rifarsi ad alcuni testi del filosofo stagirita, inclusi nell’*Etica Nicomachea* (V. 1136 a – 1138 a) e nella *Retorica* (I. 1354 a-b; 1374 a-b).

Nella prima di queste due opere Aristotele discute il rapporto intercorrente tra giustizia ed equità (*epieikeia*), precisando che si tratta di concetti né uguali né diversi: “l’equo è anche giusto, ma non secondo la legge, dal momento che l’equo è correzione e completamento del giusto legale [...]; la natura dell’equo è appunto quella di integrare la legge dove essa è insufficiente, a causa del suo esprimersi in termini generali”. Nella *Retorica* troviamo osservazioni ancora più illuminanti. “L’equo sembra essere giusto, ma esso è il giusto che va oltre la legge scritta”, perché al legislatore inevitabilmente sfugge qualcosa, dato che “la legge vale in generale, cioè per la gran parte dei casi, ma non per tutti”. E’ dunque la “lacuna della legge scritta” a rendere necessario il ricorso a una valutazione secondo equità. Il giudice equo

⁷² Ampia trattazione in A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Il diritto naturale nell’antica Grecia. Platone e gli stoici*, in A. VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 11 ss., 21 ss.

⁷³ F. D’AGOSTINO, *‘Epieikeia’. Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Milano, 1973, 1 ss.

⁷⁴ Rinvio al riguardo a F. D’AGOSTINO, *‘Epieikeia’*, cit., 16 s.

⁷⁵ *Ibid.*, 59.

deve intervenire lì dove il legislatore, che guarda il futuro e l'universale e non può prevedere in anticipo tutti gli accadimenti, ha lasciato delle lacune. Essere equi significa –precisa lo Stagirita– “badare non alla lettera della legge, ma allo spirito del legislatore [...] e in definitiva preferire un arbitrato alla lite in tribunale, perché l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge; e l'arbitrato è stato inventato appunto per conferire forza all'equità”. Aristotele contrappone dunque legalità ed equità (nel senso che ove manchi la legge devono applicarsi valutazioni equitative), eleggendo a margine divisorio la legge scritta: l'equità è quel ‘giusto’ che non è compreso nella legge scritta⁷⁶.

In sintesi estrema, Aristotele identifica l'equità con il diritto del caso singolo, concreto, in contrapposto alla *regula iuris*; ma collega l'equità anche con l'interpretazione della norma non letterale, bensì effettuata secondo lo spirito della legge e l'intendimento del legislatore. Con ciò lo Stagirita prospetta un'accezione dell'equità propriamente giuridica, e non astrattamente etica⁷⁷. Infatti, nella valutazione secondo equità, Aristotele include tanto la natura dei fatti, tanto i principi generali del diritto. Ma in questa prospettiva l'equità resta inequivocabilmente *fuori* dal diritto vigente.

Vittorio Frosini⁷⁸ ne ricava che per lo Stagirita l'equità è “il metodo di applicazione della legge non scritta”. E va sottolineato che in Aristotele il tema dell'equità è trattato come caratteristico della sfera giuridica, nei suoi (parziali) rapporti con la logica e con l'etica. Una indiretta conferma di questa prospettiva si trae dal fatto che Aristotele non ha discusso l'equità come attinente al dominio della logica o dell'etica in modo assoluto ed esaustivo, ma ne ha trattato con riferimento alla tecnica dell'argomentazione retorica (ambito nel quale si può giungere a conclusioni in contrasto tra loro, situazione peraltro tipica del mondo giudiziario). Lo Stagirita non ha confinato l'equità nel campo dell'etica, nel momento stesso in cui, accanto all'elemento etico (che pure è molto presente!), ha posto la disposizione sentimentale o psicologica, propria del metodo della retorica, che consiste nella capacità dimostrativa e persuasiva insieme. Merito di Aristotele è perciò quello di avere compreso –diversamente da

⁷⁶ Sui testi qui citati e sulla discussa questione della dubbia corrispondenza delle indicazioni fornite da Aristotele alle sue personali convinzioni (che si ritengono più fedelmente rispecchiate nell'Etica Nicomachea), v. ora O. BUCCI, *Il principio*, cit.; G. CAMBIANO, *La Retorica di Aristotele e il diritto naturale*, in AA.VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 59 ss., specialm. 70 ss.,

⁷⁷ V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.* XV, Milano, 1966, 69 ss., specialm. 71.

⁷⁸ *Ibid.*, 71.

Platone- che l'emergenza del concreto va affrontata in modo pragmatico e affidata all'uomo reale, non a un ideale governante; per il filosofo di Stagira l'*epieikeia* rappresenta 'il giusto', non nel senso di 'conformità alla legge' così come scritta dal legislatore, ma nel senso di 'correzione' o 'integrazione' della legge incompleta, da parte dell'interprete⁷⁹.

Con riferimento a quanto sopra esposto circa le convinzioni espresse da Vittorio Sialoja sul finire del Milleottocento, va sottolineato che la teoria per cui dai principi generali del diritto italiano sarebbe risultato escluso ogni elemento extragiuridico (tra cui l'equità) era stata formulata dallo Studioso proprio in occasione del commento a un passo dell'*Etica Nicomachea* (5.10), in cui lo Stagirita richiama il procedimento con cui si ricavano i principi dalle leggi: occorre giudicare –sostiene il filosofo- come avrebbe fatto lo stesso legislatore se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se avesse previsto la fattispecie⁸⁰: “quando la legge parla in termini universali e si verifica in concreto qualcosa che da essa non è espressamente previsto, occorre procedere , in vece del legislatore, a colmare l'eventuale lacuna o a correggere l'eventuale difformità. L'*epieikeia* è appunto una manifestazione della giustizia, anzi un miglioramento di essa, perché serve a mitigare gli eccessi della sua assolutezza: l'essenza dell'*epieikeia* sta nell'adattamento della legge generale al caso concreto, nel surrogarsi al legislatore interpretandone la volontà e gli orientamenti”. Nel pensiero di Aristotele, l'*epieikeia* è dunque “quel criterio artigianale”⁸¹ che occorre di volta in volta escogitare e adattare per realizzare 'la giustizia del caso concreto'.

In definitiva, anche se l'equità opera 'dall'esterno', in Aristotele non vi è alcuna netta frattura fra sfera morale e sfera giuridica. Sul punto, è opportuna ancora una precisazione. L'*epieikeia* aristotelica non è legata alla mitigazione del rigore della legge, ma attiene –come si è considerato- alla giustizia. In un punto specifico dell'*Etica Nicomachea* (V. 1137) il filosofo chiarisce bene i termini del rapporto tra *epieikeia* e giustizia: l'equità non è nulla di diverso dalla giustizia, anche se l'equità è *superiore* alla giustizia legale: “... il giusto e l'equo sono la stessa cosa e, pur essendo onesti entrambi, l'equo è superiore”.

10.- *Dalla 'epieikeia' greca all' 'aequitas' romana'*

Qual è l'eredità delle dottrine aristoteliche sulle concezioni romane dell'*aequitas*?

⁷⁹ Così F. D'AGOSTINO, *'Epieikeia'*, cit., 65 ss.

⁸⁰ V. sul punto anche Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 86 e nt. 30.

⁸¹ A. GUARINO, voce *Equità (diritto romano)*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, 620.

Prima di affrontare il tema dell'equità nel diritto romano, occorre discutere alcuni profili di storia della storiografia, nelle linee lucidamente colte dalla letteratura più recente in materia⁸².

Non vi è dubbio che il problema del ricorso all'elemento etico-morale nel pensiero giuridico romano stenti tuttora ad affrancarsi dal taglio delle analisi ottocentesche, che coincidevano nel teorizzare l'esistenza di una netta frattura tra sfera morale e sfera giuridica, sotto la suggestione di una lunga tradizione di pensiero, iniziata con la Seconda Scolastica e sfociata nella compiuta teorizzazione kantiana. Tuttavia, come si avrà modo di sottolineare più avanti, la reazione a questa tendenza rischia di peccare ugualmente, nell'eccesso opposto, ovvero quello di suggerire –magari in modo latente– una qualche mancata percezione, da parte di retori e giureconsulti romani, del discrimine di fatto esistente tra diritto e morale.

Sulle orme di Jhering⁸³, il quale nel 1890 aveva asserito la propensione dei giuristi romani alla separazione del giuridico dal non-giuridico, momento –quest'ultimo– da cui avrebbero fatto astrazione ("sie von allem Nicht-Juristischen [...] abstrahirt), Schulz⁸⁴, negli anni Trenta del secolo scorso, ha approfondito e diffuso la celebre teoria della Isolierung dei giuristi romani. La motivazione di tale 'lettura' dell'atteggiamento giurisprudenziale romano, peraltro riconducibile agli orientamenti filosofici dell'epoca, si profila più chiaramente se si tiene conto dell'elemento che, nella prospettiva di Jhering, avrebbero inibito la commistione tra 'giuridico' e 'non giuridico': e cioè la convinzione che la sfera giuridica individuale –quella in cui appunto si collocava la consapevolezza del discrimine tra diritto e morale– veniva lasciata all'autonomia del *civis* e risultava perciò intangibile dall'ordinamento giuridico romano. Schulz, dal canto suo, rimarcando la pretesa inattuabilità della sfera giuridica soggettiva, aggiungeva, quale ulteriore fattore, il 'senso dei limiti del diritto', tipicamente romano.

Non v'è dubbio che molte fonti romane, in numerosi ambiti della disciplina giuridica, contraddicano questa prospettiva. Per addurre sono una dei tanti esempi possibili, un'attenta considerazione dell'argomentazione ciceroniana contenuta nel terzo libro del *de officiis* di Cicerone, incentrato sui rapporti tra *l'utile* e *l'honestum*, pare dimostrare l'esatto contrario,

⁸² Soprattutto si discutono qui i rilievi di A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in AA.VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 573 ss.

⁸³ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Lipsiae 1921-1924, II.1, §§ 26 e 36; ed. Lipzig, 1894, §§ 58, 295.

⁸⁴ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1934, 1 ss., 14 s.

ovvero che –almeno in una certa linea di pensiero corrispondente alle dottrine stoiche di Antipatro- si tendesse a suggerire un oculato ‘travaso’ delle istanze morali più sentite nella sfera della giuridicità⁸⁵.

Tuttavia, la suggestione della teoria jheringhiana sull’ ‘astrazione’ dei giuristi romani dalla sfera morale ha condizionato una intera generazione –almeno- di studiosi. Nel 1856 Voigt⁸⁶ sosteneva e argomentava più dettagliatamente che i Romani avevano operato una netta scissione fra morale e diritto. Tale postulata frattura fra le due sfere era destinata a riecheggiare presto anche in Italia, nella prolusione tenuta nel 1879 da Vittorio Scialoja⁸⁷, maestro di Pietro Bonfante e studioso le cui idee hanno notoriamente influenzato in modo sensibile la civilistica e la romanistica italiana tra fine Ottocento e inizio Novecento. Nella già citata lezione di Scialoja, dove sono evidenti i nuovi risvolti positivisti, si riaffermava, ma questa volta in chiave normativistica, la separatezza del diritto rispetto all’equità⁸⁸. Per esigenze intrinseche all’ordinamento romano, i giuristi, oltre ad applicare ed estendere gli antichi principi, ne avrebbero tratti di nuovi dalla coscienza popolare (l’*aequum ac bonum* e la *naturalis ratio*), opponendoli così al diritto formale e rigoroso (*ius strictum, ius civile, summum ius*). Scialoja postulava però una differenza: “nell’equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata”⁸⁹.

Di lì a poco si sono profilati i primi temperamenti della costruzione di Jhering e Schulz. Tra il 1929 e il 1930, Pringsheim, con puntuale e acutissima attenzione per le fonti, teorizzava, ma sempre sul presupposto di una chiara demarcazione fra diritto e morale, che lo *ius* costituiva, per i Romani della prima età imperiale, una parte dell’equità, e non viceversa (“die *aequitas* (...) kein Teilgebiet des *jus* [ist], sowenig wie das *jus* ein Teilgebiet des *aequitas*”); poi, influenzato dalle tecniche interpolazionistiche dell’epoca, concludeva che soltanto i bizantini

⁸⁵ V. sul punto le divergenti opinioni in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 42 ss. e *passim*; R. FIORI, ‘*Bonus vir*’. *Politica filosofia retorica e diritto nel ‘de officiis’ di Cicerone*, Napoli, 2011, 270 ss. e *passim*.

⁸⁶ M. VOIGT, *Das ‘jus naturale’, ‘aequum et bonum’ und ‘jus gentium’ der Römer*, Leipzig, 1856-1875, rist. Aalen, 1966, 345 ss.

⁸⁷ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., 11 ss.

⁸⁸ Lo rileva A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 577.

⁸⁹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo*, cit., 14.

pervennero alla fusione –e confusione- tra *ius* ed *aequitas*⁹⁰.

Nel 1932, in Italia, il brillante allievo di Pietro Bonfante di tendenze interpolazioniste, Emilio Albertario, indicava nel Tardoantico (per la diffusione del Cristianesimo, per l'affermazione delle *leges* emanate dagli imperatori cristiani come unica fonte del diritto e per altre complesse cause) il periodo in cui morale e diritto presero a intrecciarsi e sovrapporsi in modo definitivo. La “confusione” tra norma giuridica e norma morale –secondo Albertario- sarebbe stata tipica già degli albori della società romana, dei successivi momenti di decadenza (l'Autore alludeva alla crisi repubblicana e dunque all'atteggiamento ciceroniano in materia) e dell'epoca romano-ellenica, mentre “nessun popolo, come il romano dell'età classica, ebbe vivo il senso che la vita sociale è guidata da diverse norme; e ogni ordine di norme ha la sua propria e più precisa finalità. La finalità giuridica non tocca l'altezza della finalità etica (...): l'etica sprona gli uomini a bene meritare gli uni degli altri, ed è norma non soltanto dell'azione esterna, ma anche, e soprattutto, della vita interiore dello spirito”⁹¹.

E' qui evidente il giudizio di disvalore espresso con riguardo alle epoche storiche in cui più evidente risulta la commistione (qualificata non a caso: “confusione”) tra diritto e morale.

Contro queste impostazioni omologhe e più o meno similmente argomentate, si è espresso nel 1949 Salvatore Riccobono⁹². Da un angolo visuale completamente opposto, lo studioso asseriva che la giurisprudenza romana si era prefissa lo scopo di ridurre tutto lo *ius* a *aequitas*, superando il formalismo dei *sollemnia verba* per venire incontro alla vita reale. Ma, come ha bene messo in evidenza Mantello, la costruzione di Riccobono poggiava anch'essa sul presupposto di una separatezza tra la sfera del morale e quella del giuridico, “con l'unica differenza rispetto alle tesi storiografiche combattute d'anticipare il momento della confusione e della sovrapposizione delle sfere medesime dal tardo-antico all'età della Repubblica e del Principato”⁹³. Una siffatta ipercritica rischia di oscurare quanto realmente traspare dalle fonti e che molto si avvicina –a mio parere- alle conclusioni espresse da Pringsheim.

⁹⁰ F. PRINGSHEIM, *'Jus aequum' und 'jus strictum'*, 1921; ID., *'Aequitas' und 'bona fides'*, 1931; ID., *'Bonum et aequum'*, 1932, in ID., *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, rispettivamente 131 ss., 154 ss., 173 ss.; il passo cit. è a pag. 132.

⁹¹ E. ALBERTARIO, *Etica e diritto nel mondo classico latino*, 1932, in ID., *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 9, 15.

⁹² S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949, 108 ss., 117 ss.

⁹³ A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 579.

11.- *L'equità dei filosofi, l'equità dei giuristi*

La storiografia romanistica si è dunque tradizionalmente caratterizzata per avere postulato, nel mondo romano, non solo la coscienza della separatezza fra 'morale' e 'diritto', ma addirittura la teorizzazione della stessa; si divide invece soltanto sul punto se i giuristi avessero prestato attenzione, o non, al momento etico. Che queste prospettive siano tutte ugualmente devianti è stato sostenuto da Antonio Mantello, secondo il quale formalizzazione e razionalizzazione della separatezza fra 'morale' e 'diritto' sono atteggiamenti relativamente recenti della cultura giuridica europea. A mio avviso, come ho anticipato, anche questa rigida delimitazione del problema proposta dallo Studioso romano non trova piena conferma nei dati testuali. Lo stesso Autore, d'altronde, ammette la probabilità "che fra primo e secondo secolo d.C. la tematica dei rapporti fra 'giuridico' e non giuridico' abbia interessato e, sotto certi profili, sia stata di moda", ma asserisce che tale inclinazione è stata propria "più del settore filosofico che di quello giurisprudenziale"⁹⁴. Precisa Mantello che nell'ambiente giurisprudenziale "la mancanza di 'teorizzazione' s'accompagna ad un maggiore 'disinteresse' per il problema in sé dei rapporti fra 'morale' e 'giuridico'"⁹⁵.

Ora, è fuori discussione che siano stati in prevalenza retori e filosofi ad affrontare *ex professo* la tematica. D'altronde, le idee circolanti all'interno della scuola paneziana erano ben conosciute dalle élites romane e ne danno ampia dimostrazione gli scritti di Cicerone e di Seneca. Dell'Arpinate, in particolare, va considerato il forte messaggio stoico veicolato dai contrasti fra *honestum* e *necessarium*, fra *regula officiorum* e *regula iuris*. In *Topica* 1-3, inoltre, Cicerone intraprende una articolata discussione di alcune teorie aristoteliche attinenti alla materia giuridica, che da sola basterebbe a dimostrare da un lato la separatezza, dall'altro lato le occasionali intersezioni –già sussistenti o auspiccate- tra sfera morale e sfera giuridica .

Tanto premesso, resta da dimostrare il 'disinteresse' dei giureconsulti per le discussioni di filosofi e retori circa il rapporto tra equità e diritto, e, più in generale, tra morale e *ius scriptum*. Pare assai difficile, peraltro, fornirne la dimostrazione in negativo della pretesa "sostanziale irrilevanza del messaggio stoico (...) per le visioni giurisprudenziali fra il I ed il II secolo d.C. sul *proprium* del giuridico e i suoi rapporti con il 'morale'"⁹⁶. Antonio Mantello⁹⁷ è

⁹⁴ *Ibid.*, 586.

⁹⁵ *Ibid.*, 590.

⁹⁶ *Ibid.*, 613.

invece convinto che “anche i giuristi attenti ai meccanismi logico-retorici concernenti il dato equitativo” non dovevano mostrare verso di essi “una particolare predisposizione di tipo etico-filosofico, a cominciare da Labeone con il suo distinguere fra *naturalis aequitas* e *civilis aequitas*”.

Le pagine seguenti sono appunto dedicate alla discussione di alcuni tra gli innumerevoli testi concernenti il rapporto tra *aequitas* e *ius scriptum*. Ma preferisco anticipare alcune delle conclusioni cui sono pervenuta: le fonti non ci pongono di fronte a indicazioni univoche, ma se indizi per una ricostruzione ci sono, questi depongono nel senso di una chiara, consapevole e meditata circolazione, tra i giuristi, dei valori e dei criteri orbitanti nella sfera etica⁹⁸. Prova indiretta ne siano le frequenti ‘proposte’ suggerite da Cicerone e da Seneca circa il ‘transito’ di alcuni imperativi morali o standard di comportamento nella sfera della giuridicità, moniti e istanze che risultano poi in parte cospicua accolti da giureconsulti, magistrati e giudici⁹⁹. D’altra parte, gli influssi della filosofia greca a partire dal II sec. a. C. sono attestati in modo incontrovertibile e vengono attualmente considerati ormai fuori discussione¹⁰⁰. Quello che Mantello¹⁰¹ denomina ‘il momento dinamico’ della sfera morale trovò, come a breve si illustrerà, ampia risposta nel pensiero e nell’operato giurisprudenziale già sul finire dell’età repubblicana. Per non parlare dei chiari echi della tradizione stoica nel ricorso ai parametri della benignità e dell’equità negli scritti dei giuristi severiani e negli interventi normativi imperiali, sui quali mi soffermerò più avanti.

Se non si trova piena rispondenza tra il concetto filosofico-retorico di equità e l’uso che ne fanno i giuristi, forse ciò è dipeso non dalla ‘indifferenza’ o dalla ‘incapacità’ di comprensione, né tanto meno dalla totale assenza delle “precondizioni per l’affermarsi di una distinzione tra etica e diritto”¹⁰², bensì dalla *rielaborazione* – originale e assolutamente

⁹⁷ *Ibid.*, 614.

⁹⁸ V., per es., i dati testuali e le serrate argomentazioni di G. FALCONE, ‘*Ius suum cuique tribuere*’, in *Studi in onore di R. Martini*, Milano, 2010, 972 ss.

⁹⁹ Rinvio, sul punto a quanto ho già esposto, con esegesi testuale, ne *Gli obblighi di informazione*, cit., 39 ss., 71 ss.

¹⁰⁰ V., tra la lett. più recente, W. WALDSTEIN, *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I sec. d.C.*, in A.A.VV., *Testi e problemi*, cit., 299 ss. specialm. 319, D. NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, in A.A.VV., *Testi e problemi*, cit., 521 ss., specialm. 522, G. FALCONE, ‘*Obligatio est iuris vinculum*’, Torino, 2003, 75 ss.; ID. ‘*Ius suum cuique tribere*’, cit. 972 ss.

¹⁰¹ A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 587.

¹⁰² Tale disinvolta affermazione di R. FIORI, ‘*Bonus vir*’, cit., 180, si scontra con innumerevoli dati testuali, molti dei quali esaminati anche dall’A., e da cui pare invece ben trasparire il travagliato percorso dai Romani (reto-

consapevole- che essi ne fecero, trasformando una categoria di origine filosofica e retorica in uno strumento di *legittimazione* (*aequitas civilis*), o di *integrazione e correzione* (*aequitas naturalis*) dell'ordinamento giuridico vigente. Da questo punto di vista, la distinzione labeoniana tra *aequitas civilis* ed *aequitas naturalis* si può considerare emblematica. Che poi sia dato registrare incertezze, incongruenze, forse addirittura contraddizioni nella 'definizione' dell'equità e delle sue funzioni, questo è un dato innegabile, dipendente in parte dalla natura del caso concreto di volta in volta sottoposto a esame o a giudizio, in altra parte dalla ovvia inidoneità dei giuristi proto-classici ad affrontare problematiche di teoria generale del diritto, e in buona misura anche dai ben diversi contesti storici (periodi 'sistema chiuso' e periodi di 'sistema aperto') nei quali vanno collocati di diversi interventi senatori, giurisprudenziali, legislativi in materia di equità.

Mi sembra comunque che le fonti non lascino dubbi sul fatto che il richiamo all'equità, da parte della giurisprudenza romana, non valeva solo a saggiare in modo diverso valori già assunti, o a basare le decisioni su nuovi valori tra quelli già recepiti. Come in modo sintetico ma assai efficace ha posto in evidenza Mario Talamanca, i giuristi romani facevano spesso menzione dell'*aequitas* al fine di introdurre vere e proprie "innovazioni fondate sull'assunzione di valori precedentemente non considerati dall'ordinamento. I romani insomma praticavano l'equità' –un'*aequitas* però non iperurania e lontana dall'uomo, bensì solidamente e realisticamente agganciata alle strutture ed ai valori correnti nella società-, ma non erano tanto preoccupati dalle sovrastrutture ideologiche e concettuali"¹⁰³. Di conseguenza, quando la decisione si fondava "su tale assunzione o su una rinnovata sperimentazione della bontà della soluzione adottata", si faceva "di regola un rinvio allo schema dell'*aequitas*"¹⁰⁴. Il ricorso al parametro equitativo costituiva, in buona sostanza, un laboratorio ideale per la sperimentazione giuridica.

Non occorre aspettare la giurisprudenza del tardo Principato, come invece sostiene Mantello¹⁰⁵, per trovare qualche riscontro della 'linea seneciana' e di fermenti di 'filosofismo'. Ciò presuppone ovviamente che anche i giureconsulti –come filosofi e retori- abbiano avuto

ri, filosofi e giuristi) verso una individuazione dei contorni delle due sfere e la teorizzazione delle interferenze reciproche.

¹⁰³ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 61.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 60.

¹⁰⁵ *Un'etica*, cit., 591, 614.

chiara e precisa contezza della distinzione (o meglio: della necessità di una distinzione) tra morale e diritto; né potrebbe d'altra parte essere stato diversamente, a mio parere, dal momento che la consapevolezza della necessità di conoscere (o almeno di ricercare) limiti e i contorni della sfera giuridica non possono essere né ignoti, né volutamente ignorati da nessun giurista.

In questa prospettiva, possiamo ora accingerci a una verifica di alcuni aspetti della vasta problematica legata all'equità romana.

12.- *L'aequitas ciceroniana, 'dentro' e 'fuori' dal diritto*

Nella lingua latina il termine *aequitas* (che risulta essere esclusivamente latino e privo di parentele con altre lingue antiche, proprio come *ius*) significa 'uguaglianza', 'proporzione', 'simmetria'; invece in ambito giuridico 'uguaglianza di trattamento giuridico' (Cic. *top.* 4.23: *valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat*¹⁰⁶; D. 42.1.20; D. 50.17.90: *in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est*), 'corrispondenza di un istituto giuridico alle leggi dell'equità' (*aequitas civilis*), 'corrispondenza alle leggi della natura' (*aequitas naturalis*), 'valorizzazione del caso concreto al di là della disciplina giuridica' (Scaev. D. 44.3.14: *de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate*), e ancora pietà, carità, benevolenza¹⁰⁷. Nei suoi rapporti con lo *ius*, *aequitas* è un concetto talora indipendente, in quanto, in alcuni contesti, costituisce un metro di valutazione dei rapporti sociali (Cic. *Phil.* 2.95: *sicut aequum est homini*). Pertanto: un comportamento *iustum* può essere ritenuto *aequum* ma anche *iniquum*, così come un comportamento *iniustum* può essere considerato, ciononostante, *aequum*.

L'indagine si allarga invece eccessivamente se si estende al campo filosofico: tuttavia esso si può racchiudere, per quanto concerne l'arco di tempo qui preso in considerazione, nel pensiero stoico e medio-platonico. E per il retaggio di questo pensiero, in estrema sintesi, si possono ricordare i richiami effettuati dai retori alla *fides*, alla *continentia et talia*, a proposito

¹⁰⁶ La frase ricorre anche in una glossa bolognese di autore ignoto, generalmente attribuita a Martino Gosia; sul *Fragmentum Pragense* v. ora P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 6° ed., Roma-Bari, 2000, 176.

¹⁰⁷ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 619 s.; M. BRETONI, '*Aequitas*'. *Prolegomeni per una filosofia*, in *Belfagor*, 61, 2006, 338 ss.

dell'*aequum/rectum*¹⁰⁸.

Quale rapporto intercorre allora tra l'*epieikeia* aristotelica e l'*aequitas* romana? Con una espressione felicemente sintetica, Antonio Guarino ha affermato che, se l'*aequitas* romana è anche *epieikeia*, “essa non è peraltro solo *epieikeia*”. Ma le opinioni sul punto contrastano, come si è già accennato. Mario Bretone¹⁰⁹ tende a ridimensionare il debito della scienza giuridica romana nei confronti dell'*epieikeia* aristotelica, definendolo meno rilevante di quello della trattatistica retorico-filosofica della tarda Repubblica. Va considerato, però, che suddetta trattatistica attingeva largamente all'esperienza greca. Il punto è dunque quello di verificare come i retaggi della teorica aristotelica, filtrati dal lavoro dei filosofi e retori romani, siano pervenuti ai giureconsulti romani: è in ogni caso opinione comune che “nella cultura antica, la riflessione di Aristotele intorno alla *epieikeia* rappresenta un punto fermo”¹¹⁰. Si può semmai discutere su quanto il pensiero retorico e giuridico romano abbia contribuito alla evoluzione sia del concetto di *aequitas* sia delle sue capacità innovative rispetto allo *ius scriptum*.

Un diffuso, ma non da tutti condiviso, atteggiamento di svalutazione dell'apporto della cultura romana –retorica e tecnico-giuridica- al concetto di equità è approdato alle espressioni di giudizi non esaltanti: si è rilevata, per esempio, la mancanza di elementi atti a distinguere chiaramente i contorni e i caratteri differenziali dei tre principi enunciati nei Digesti come complementari (*bonum, aequum, iustitia*), e allora si è insistito sulla “assai scarsa capacità dottrina di Cicerone e dei giuristi romani”¹¹¹. Non va disgiunto da queste valutazioni quanto Vittorio Frosini¹¹² ha affermato, e cioè che “l'interpretazione retorica dell'equità”, così come formulata da Aristotele, non ha “influito direttamente sull'esperienza giuridica del mondo romano durante il periodo in cui l'*aequitas* vi fece la sua apparizione”. Per contro, meno di recente altri Studiosi, tra cui Pio Fedele¹¹³, avevano affermato l'esatto contrario.

Ma il valore di affermazioni di carattere così generale, basate sulla lettura di pochi testi appartenenti a periodi storici assai distanti tra loro, e poi mirate a ridurre ad unità le concezioni

¹⁰⁸ M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*, II voll., 1° ed. Göttingen, 1949, tr. it. rist. Milano, 2005, 512; II, 171; J. COUSIN, *Études sur Quintilien I*, Paris, 1936, 753 ss., 756 ss.; A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 613 s.

¹⁰⁹ M. BRETONE *Storia del diritto romano*, 13° ed., Roma-Bari, 2010, 333 ss.

¹¹⁰ *Ibid.*, 334.

¹¹¹ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 623.

¹¹² V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 72.

¹¹³ P. FEDELE, voce *Equità canonica*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 147 ss., specialm. 148.

romane dell'*aequitas* snodatesi attraverso un percorso lungo circa tredici secoli, è chiaramente contestabile.

Nell'esame delle fonti occorre invece distinguere attentamente non solo i periodi storici di riferimento, ma anche le diverse formazioni (retorica, giuridica, filosofica) degli Autori presi in considerazione.

Di fatto, fu proprio l'arte retorica e argomentativa a favorire l'introduzione e la diffusione, in Roma, della dottrina aristotelica dell'*epieikeia*, secondo quanto affermato in

Cic. *de orat.* 1.244: *...at in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur.*

Cicerone, come è noto, è tornato in più luoghi e a più riprese in argomento. Antonio Guarino ha osservato che anzi è proprio con l'Arpinate che ha inizio una riflessione scientifica della complessa esperienza legata all'*aequitas*, secondo modalità che poi si vedono dilagare nella giurisprudenza classica, "di pari passo col ripensamento a fini dogmatici (...) di tutta quanta l'esperienza giuridica romana"¹¹⁴. Nel passo ora riportato, è già dato individuare un elemento di spicco: la contrapposizione tra il *defendere* secondo lo *ius scriptum* e il *defendere* secondo equità.

E' fondamentale, per la comprensione della teorica ciceroniana sull'*aequitas*, la considerazione di *top.* 23. 90¹¹⁵, in cui il Retore distingue l'*aequitas naturalis* rispetto alla 'equità istituzionale', illustrando poi le tre *species* di tale *institutio aequitatis*: una *pars legitima* (incarnata nella legge, dunque *ius scriptum*), una *conueniens* (fondata sugli accordi), una *moris vetustate firmata* (consolidata dall'antichità della consuetudine, cioè *ius non scriptum*). L'*aequitas* si trova dunque, per Cicerone, sia in natura, sia all'interno delle istituzioni giuridiche. L'*aequitas* che si colloca al di fuori del diritto, cioè l'*aequitas naturalis*, opera però con funzione di sprone e suggerimento, concorrendo alla formazione dell'ordinamento (come appare chiarito dalla lettura di Cic. *top.* 5.28¹¹⁶). Non vi è dubbio, dunque, che per il Retore l'equità costituisca un ambito assai più vasto del 'diritto vigente': l'intero diritto vigente (*ius civile*) è *aequitas*, ma al di fuori dell'*aequitas constituta* continua a sussistere l'*aequitas naturalis*. In *top.* 2. 9 Cicerone definisce con maggiore

¹¹⁴ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 623.

¹¹⁵ Su cui *infra*, nel testo.

¹¹⁶ Anche per questo passo, v. *infra*, nel testo.

precisione la totale coincidenza del diritto vigente con l'equità: *ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas*. La finalità per cui l'equità viene trasposta nelle leggi è individuata nella realizzazione o al conseguimento di quanto ciascun ordinamento riconosce ai propri *cives*.

Veniamo allora all'aspetto che qui più rileva: non si può negare che la concezione ciceroniana dell'equità differisca da quella aristotelica: per il Retore l'equità deve permeare lo *ius*, essere quindi 'dentro' il diritto, non solo fuori di esso (*rhet. ad Herenn. 2.13.20: ex aequo et bono ius constat*). Il diritto è equo –secondo l'Arpinate– se non si riduce ad astrazioni più o meno rispondenti a principi generali; esso deve piuttosto tradursi in formule tali da attuare, nella vita reale, i principi pratici, a soddisfare le numerose esigenze dei rapporti che gli uomini stabiliscono tra loro. Il diritto è equo quando risponde ai bisogni sociali reali. L'*aequitas naturalis* –sembra di capire– può pertanto, in quanto coincidente con valutazioni sociali condivise, trasformarsi in *aequitas constituta* (o *aequitas civilis*). *Ius civile est aequitas constituta*, asserisce Cicerone in *top. 2. 9*. E la caratteristica dello *ius civile* è appunto, per l'Arpinate, nel suo essere *aequabile* (Cic. *de off. 2.12.42: ius enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset ius*). Il concetto ciceroniano di *aequabilis* si ricava da *Topica 18. 71*, in materia di *comparatio*: *Parium autem comparatio nec elationem habet nec submissionem; est enim aequalis*. Lo *ius civile*, dunque è *aequabilis* perché ha in sé l'attitudine a ridurre a uguaglianza, nel senso –possiamo aggiungere– di *ius suum cuique tribuere*.

La *lex* per Cicerone è *fons aequitatis* e in sede processuale lo *iudicium* deve attuare l'*aequitas*. *Iustitia est aequitas*, si afferma infatti in *Rhet. Her. 3.3*. Anche nelle *Partitiones oratoriae 130* il Retore richiama la duplice 'potenza' dell'*aequitas*, che da un lato spinge verso il vero e il giusto, difendendo ciò che è buono ed equo, dall'altra parte dispensa premi a chi merita, pene a chi commette azioni illecite¹¹⁷. Non vi è dunque alcun nesso, in Cicerone, tra equità e benevolenza: in *top. 22. 84*, discutendo *de aequo et iniquo* e ponendosi il quesito se sia giusto vendicarsi nei confronti di chi ci ha inflitto una ingiustizia (*aequumne sit ulcisci a quocumque iniuriam acceperis*), il Retore riponde in senso affermativo. E ribadisce più avanti, a proposito dei *loci aequitatis* (*top. 23.90*), che l'equità si può trovare sia in natura che nelle istituzioni, dove essa

¹¹⁷ *Part. Or. 130*, su cui ampia trattazione in V. MAROTTA, 'Iustitia', 'vera philosophia' e 'natura'. Una nota sulle 'Institutiones' di Ulpiano, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 564 ss., specialm. 577.

ha la funzione di attuare i diritti spettanti ai *cives* e di conferire il diritto alla vendetta (*tributionem sui cuique et ulciscendi ius*). Interessa qui notare l'identificazione dell'equità 'istituzionale' nel *suum cuique tribuere*: una 'clausola vuota' si va a riempire di significato mediante il ricorso a un'altra 'clausola vuota', almeno stando all'opinione attualmente alquanto diffusa, secondo cui il *suum cuique tribuere* sarebbe un principio privo di contenuti¹¹⁸; ma sul punto torneremo più avanti.

Alle tante significazioni che *aequitas* assume nelle opere ciceroniane nei suoi rapporti con lo *ius*, ne va precisata un'altra: *aequitas* è per il Retore un formidabile criterio ermeneutico, secondo quanto risulta da *Cic. rep.* 5.33¹¹⁹.

A questa rapidissima ricognizione degli aspetti salienti dei significati ciceroniani dell'*aequitas* va affiancata una chiosa. Non si può di certo attribuire a Cicerone l'identificazione del 'diritto equo' con una parte soltanto dell'ordinamento giuridico o con il solo diritto onorario, quale sistema all'epoca 'alternativo' e più aderente alle nuove istanze socio-economiche, rispetto al vetusto e formalistico *ius civile*. Lo *ius civile*, nella concezione ciceroniana, era notoriamente l'intero diritto della *civitas* e includeva, accanto all'*aequitas* (che lo permeava per intero), gli editti dei magistrati, i giudicati, l'*auctoritas prudentium*, i senatoconsulti (*Cic. top.* 5.28)¹²⁰.

Contro la rilevanza di tali dati, non vale obiettare che Cicerone era un retore, e non un 'giurista' in senso stretto, dal momento che nei testi giuridici a breve all'esame si evidenzia una certa continuità su questa linea di pensiero. L'equità, concepita già da Aristotele come forza di altissima significazione etica e sociale, messa a servizio dell'adempimento della giustizia, venne considerata dai giuristi romani "come il principio informatore del diritto"¹²¹.

Non si vuole con ciò negare che il criterio equitativo sia stato invocato, nel corso dei secoli, con svariate e differenti finalità (lo implica, del resto, il carattere stesso di 'clausola generale' dell'equità), ma solo indicare 'corsi e ricorsi' delle medesime accezioni e applicazioni. Pure se riempita di significati mutevoli, l'equità non ha mai cessato di costituire una delle fondamentali *Leerformeln* di ogni ordinamento giuridico. Alcune delle sue accezioni più

¹¹⁸ Spunti e discussione del problema in W. WALDSTEIN, *La definizione della giustizia di Ulpiano (D. 1.1.10pr.)*, ora in *Saggi*, cit., 89 ss., specialm. 96.

¹¹⁹ <Nihil esse tam > regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus rell.

¹²⁰ Su cui già *supra* e ancora *infra*, nel testo.

¹²¹ P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 148.

ampie e condivise non hanno peraltro mai smesso di essere operative. Si pensi, per esempio, alla nozione di *aequalitas*. Già lo *ius civile* repubblicano si caratterizzava, per Cicerone, come *aequalis*, in quanto dotato delle capacità di *ius suum cuique tribuere*¹²². Negli ordinamenti contemporanei l'*aequalitas*, secondo la definizione datane molto tempo dopo, nel 1934, dal filosofo del diritto Orazio Condorelli¹²³, è quella caratteristica del diritto per cui una configurazione generale può riprodursi nelle situazioni particolari, e dunque tradursi in equità. “In un ordinamento rigido” –aggiungeva nel 1966 Salvatore Romano– “l'*aequalitas* è senza dubbio uno degli obiettivi dell'azione legislativa”¹²⁴; ma il suo aspetto più saliente è dato dal congegno di apertura, entro un sistema, verso altri diritti obiettivi di fonte diversa”, cioè “verso una azione creativa di diritto obiettivo di cui sono preventivamente poste le condizioni di accoglimento nel sistema”¹²⁵.

Anche se attraverso un percorso fortemente curvilineo, l'*aequalitas* romana si è dunque congiunta con quella moderna; e la cospicua oscillazione semantica con cui il ricorso al parametro equitativo ha operato, nel corso dei secoli, ci si presenta come assolutamente funzionale al processo di affinamento degli ordinamenti giuridici: va rammentato che Ugo Grozio fondò la sua etica giusnaturalista della giustizia distributiva sul valore dell'*aequitas*, intesa, questa, come bilanciamento del sinallagma sul piano economico. E Samuel Pufendorf, ponendosi sulle tracce di Grozio, sottolineò come dovesse sussistere una corrispondenza tra prestazione e controprestazione (requisito dell'equivalenza: *aequale onus, legitimum praetium*). Di lì a poco Christian Wolff pose a fondamento della responsabilità per i vizi della cosa nella compravendita l'*aequalitas*, ossia l'equivalenza tra le prestazioni.

Quanto sin qui esposto è valso senz'altro a chiarire la pluralità di funzioni del ricorso alla valutazione secondo equità nell'ambito giuridico; ma, per ciò stesso, nulla ancora ci ha suggerito sui precisi contenuti di tale criterio.

13.- *I significati dell'aequitas nei testi giurisprudenziali*

Le predicazioni di *aequum/iniquum* applicate all'ambito giuridico hanno assunto, nel

¹²² Per questo significato, ricorrente anche in altre fonti romane, rinvio all'approfondita trattazione di G. FALCONE, *Ius suum*, cit., 972 ss.

¹²³ O. CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Annali Catania*, 1934, II, 281.

¹²⁴ Salv. ROMANO, voce *Equità*, cit., 90.

¹²⁵ *Ibid.*

tempo, svariate accezioni. Per procedere in ordine cronologico, occorre esaminare innanzitutto i testi giurisprudenziali che, in materia di *aequitas*, sono innumerevoli.

Non potendo condurre qui una disamina completa delle decisioni dei *prudentes* concernenti il nostro tema, ma soltanto una analisi sintetica di alcune delle testimonianze più significative, mi sembra opportuno anticipare i risultati cui la scienza romanistica è pervenuta attraverso lo studio dei significati e dei caratteri dell'*aequitas*, per poi riflettere su alcuni dei relativi assunti, in occasione dell'esegesi di singoli testi.

Quanto alle finalità del ricorso al parametro equitativo da parte dei giureconsulti romani, si è attualmente pervenuti alla conclusione, largamente condivisa, secondo la quale "l'*aequitas* esprime l'esigenza di una disciplina adeguata, nell'ambito di un quadro che si è dato, ma in cui, all'interno del sistema aperto del *ius controversum*, i *prudentes* possono variare i valori recepiti, senza che si sentano, però, mai legittimati a sovvertirli bruscamente". Secondo l'opinione più diffusa (espressa, anche con differenti sfumature, da Filippo Gallo¹²⁶, Mario Talamanca¹²⁷, Letizia Vacca¹²⁸), il criterio che guidava i giuristi nell'uso del parametro equitativo era anzitutto l'esigenza di uguaglianza di trattamento (per casi concreti simili)¹²⁹: l'equità postula che a situazioni uguali corrispondano trattamenti uguali e, viceversa, a situazioni disparate trattamenti disparati. Va ricordato come anche Cicerone, in *Topica* 4.23, asseriva *valeat aequitas, quae in paribus causis paria iura desiderat* in relazione alla interpretazione estensiva del versetto decemvirale realtivo all'*usus* acquisitivo, in cui il termine *fundus* andava considerato come allusivo anche alle *aedes*.

Con ciò siamo proiettati sul piano dei contenuti. Al riguardo, come vedremo, pare tuttavia pienamente condivisibile –su base testuale– anche l'opinione di Antonio Guarino, secondo cui fino alla fine dell'età classica (ma non oltre!) le qualifiche *aequum/iniquum* hanno significato rispettivamente la rispondenza o la non rispondenza della norma alla coscienza sociale del momento storico in cui essa trovava applicazione, in accordo con quanto espresso da Cicerone in *Phil.* 2.95: *sicut aequum est homini*. Il fatto stesso che le fonti giuri-

¹²⁶ L'officium', cit., specialm. 18.

¹²⁷ M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 298, nt. 811.

¹²⁸ L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas' come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, ora in EAD., *metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 1 ss.

¹²⁹ L. VACCA, *L'aequitas'*, cit., 23.

sprudenziarie classiche rappresentino entrambe le significazioni (evidenziate rispettivamente da Talamanca e da Guarino), ma anche altre ancora, dimostra l'impossibilità di attribuire all'equità un contenuto costante, assoluto, eterno e immutabile.

Già presso i giureconsulti romani per ogni norma giuridica sorgeva inevitabile, nel momento della sua successiva applicazione, il giudizio circa: a) la sua conformità o meno alla coscienza sociale del momento¹³⁰, o, in altri contesti, b) l'uguaglianza di trattamento rispetto a casi simili. Consteremo invece come nell'età imperiale la nozione di *aequitas* si ampliò ulteriormente, fino a divenire in certo senso più costante (in quanto orpello retorico o concetto etico-religioso sinonimo di *benignitas* e *humanitas*), ma al tempo stesso tanto generica quanto atecnica, aprendo così le porte alla c.d. *aequitas bursalis* dell'età medioevale.

In ordine all'utilizzo della valutazione secondo equità, attraverso l'esame di alcune fonti si possono trarre copiosi indizi circa la rilevanza dell'*aequitas* quale 'schema operativo' in un diritto casistico-giurisprudenziale, come quello romano tardorepubblicano e del primo Principato. La verifica riveste particolare interesse, dal momento che proprio in quel periodo –la fase di passaggio dalla Repubblica al Principato– i *prudentes* (*qui fundaverunt ius civile*, fino a Labeone) andavano perfezionando il metodo dell'utilizzazione scientifica dell'analisi casistica.

Fino a pochi decenni orsono, la maggior parte dei numerosi e cospicui studi effettuati sul ricorso da parte dei giuristi classici all'equità risultava accomunata dall'intento di ogni Autore di individuare un unico significato dell'equità romana; al riguardo è dato osservare che ciascuna delle accezioni poco sopra illustrate ricorre effettivamente in dati gruppi di fonti, ma non in altri, che con buon fondamento sono poi adottati da differenti Studiosi al fine di dimostrare ulteriori significazioni del concetto di equità. Le ricerche più recenti consentono invece di assumere –quale 'stato dell'arte' e base delle ulteriori considerazioni che qui di seguito verranno svolte– che il termine polisenso *aequitas* è stato utilizzato dai giuristi romani in svariati contesti e con differenti accezioni. Tale difformità si riscontra in primo luogo in ragione di un esame diacronico delle fonti, che ha indotto a individuare, e talora a distinguere tra loro, un'*aequitas* pretoria, un'*aequitas* giurisprudenziale, un'*aequitas* imperia-

¹³⁰ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 621.

le¹³¹; ma anche all'interno di ciascuna singola esperienza, tra quelle ora annoverate, nel senso che persino nel pensiero del medesimo *iuris peritus*, o nelle svariate applicazioni pretorie coeve, o da parte della stessa cancelleria imperiale, il richiamo al criterio equitativo si può rivelare inteso a finalità differenti o adottato con significati disomogenei.

Ogni tentativo di *reductio ad unum* della complessità del concetto romano di *aequitas* e dei vari profili che i giureconsulti romani prendevano di volta in volta in considerazione è perciò destinato a fallire. Ma non v'è dubbio che sia possibile isolare, fino all'età del medio Principato, almeno due significazioni di equità: a) uguaglianza di trattamento di casi simili, b) rispondenza della decisione ai valori sociali condivisi, con conseguente rifiuto del *summum ius*, qualora rispetto ad essi disomogeneo.

Date queste premesse, si spiega perché l'equità abbia costituito una delle chiavi di volta del metodo della giurisprudenza romana. L'*aequitas*, in quanto intesa a realizzare, nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, il temperamento degli opposti interessi in gioco sulla base di valori –giuridici o ancora soltanto morali- condivisi, ci si presenta, unitamente al *bonum*, come il raccordo fra interesse generale e interesse particolare, e rappresenta “l'idea epistemologica dell'*ars iuris*”¹³², nei termini in cui tale *ars* è scolpita e celebrata nei Digesti giustiniani.

E' stato osservato¹³³ che “la nozione di *aequitas* è tra le più essenziali per la comprensione del diritto romano nel suo sviluppo storico, ma” - precisa Antonio Guarino- “è al contempo tra le più evanescenti e incerte e contraddittorie che le fonti romane ci offrano”; infatti, la funzione dell'*aequitas* veniva determinata tecnicamente in relazione alla struttura dei casi concreti e della soluzione individuata come ‘giusta’; ‘giusta’, beninteso, in rapporto con le caratteristiche e gli elementi qualificanti dei casi all'esame¹³⁴.

¹³¹ Per le ragioni che verranno a breve esposte, mentre è senz'altro condivisibile la netta demarcazione tra l'equità pretoria e giurisprudenziale da un lato, e l'equità tardo-imperiale dall'altro, non sembra opportuno - e possibile- isolare e distinguere con contorni netti l'equità dei giurisperiti romani rispetto all'equità pretoria (se non sul piano della diversa efficacia delle stesse, come a breve si chiarirà).

¹³² P. CERAMI, '*Aequum iudicium*' e giusto processo, in *AUPA*. 46, 2000, 115 ss., specialm. 130.

¹³³ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 619.

¹³⁴ L. VACCA, L'*aequitas*', cit., 22.

14.- *I soggetti 'attori' dell'aequitas tra Repubblica e primo Principato*

Se si guarda all'equità in relazione alla *interpretatio prudentium*, emerge subito la opportunità di differenziare l'applicazione dell'*aequitas* come strumento metodologico di integrazione o anche di correzione dello *ius civile* (inteso questo quale ordinamento legale 'stabilizzato', *ius receptum*), a seconda che ci si riferisca alla Repubblica o al Principato. Tale esigenza di distinguere le suddette fasi si pone a causa della sensibile diversità, nei due periodi, degli equilibri politici e istituzionali, e per conseguenza del modo di considerare –da parte dei *prudentes*– la composizione dello *ius*, con riguardo alle fonti di produzione con valore normativo¹³⁵.

A tale riguardo si può considerare come solido punto di partenza il risultato delle ricerche svolte da Letizia Vacca¹³⁶, secondo cui nei giuristi di entrambi i periodi non cambia però la percezione del contenuto sostanziale dell'*aequitas*, quale elemento presente in tutto il tessuto dell'ordinamento (in linea con la concezione ciceroniana, parzialmente difforme da quella aristotelica) e che sottende necessariamente ogni soluzione operante nella *civitas*, sia essa di tipo 'normativo' (ivi incluse le clausole edittali di produzione pretoria), o di tipo 'interpretativo'. Persiste dunque, nel tempo, una idea di *aequitas* come 'strumento', o 'schema operativo' che da un lato garantisce parità di trattamento, dall'altro permette l'adeguamento delle soluzioni pratiche ai valori correnti, come risultato di una valutazione tecnica dei giureconsulti o del senato o dei magistrati, che guidano e orientano la produzione normativa e la sua *interpretatio*.

Per la tarda Repubblica non ci risulta che i giuristi ricorressero esplicitamente e in modo diretto (spiegherò a breve il senso di questa precisazione) all'*aequitas* per introdurre nello *ius civile* (inteso come *ius compositum a prudentibus*, che cominciò a *fluere* dalle XII tavole con l'*interpretatio*: Pomp. D. 1.2.2.5) o per applicare nel nuovo canale costituito dallo *ius honorarium* soluzioni di 'rottura', incompatibili con il testo delle norme o con le regole consolidate¹³⁷. Nel campo della 'innovazione', il richiamo da parte dei *prudentes* dell'epoca al parametro equitativo si traduceva in interpretazioni di tipo estensivo o analogico, e a queste si limitava. Tale atteggiamento derivava verosimilmente dalla concezione allora dominante

¹³⁵ *Ibid.*, 26.

¹³⁶ L. VACCA, *Considerazioni*, cit., 14 s.; *L'aequitas*, cit., 26.

¹³⁷ Lo osserva L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 27.

dello *ius civile* come di un ordinamento costituito da tradizioni nazionali venerate come sacre, e perciò fondamentalmente eterno e immutabile (ove non corretto o mutato dalle *leges publicae*)¹³⁸. Per altro verso, occorre osservare che il ricorso a interpretazioni estensive o analogiche era di per sé notevolmente innovativo, considerato che all'epoca la tecnica dell'estensione analogica muoveva appunto i suoi primi passi¹³⁹. L'*aequitas* assumeva in questo ambito un peso determinante, in quanto invocata quale *ratio* giustificatrice dell'estensione e applicazione in via analogica o, viceversa, della delimitazione applicativa di precetti civilistici e clausole edittali¹⁴⁰.

La tecnica interpretativa si affinò allora, grazie al ricorso all'*aequitas*, sino ad allargare, ove necessario, l'ambito di applicazione delle leggi o delle clausole edittali, facendo leva sul carattere polisenso di alcuni vocaboli, oppure utilizzando la tecnica dell'analisi casistica e del 'distinguo'; si proponevano così soluzioni 'nuove', ma pur sempre riconducibili a una *interpretatio* compatibile con il tenore testuale delle norme di riferimento. Si veda, come esempio di questo orientamento nell'uso dell'equità, l'intenso lavoro di *interpretatio* della *lex Aquilia*, in relazione al quale Ulpiano sembra attribuire a Bruto soluzioni 'innovative' (D. 9.2.27.22-23)¹⁴¹.

Anche la contrapposizione tra *ius strictum* e *ius aequum* presenta in questo periodo caratteri peculiari e ben diversi rispetto all'età successiva: sul finire della Repubblica la dicotomia in oggetto si può ricondurre a un *topos* dell'argomentazione retorica o della rappresentazione filosofica. La distinzione allora operata fra la rigidità formalistica del diritto e l'esigenza di giustizia sostanziale proveniente dalla variegata realtà concreta non era ancora assunta a vero e proprio 'schema operativo' della scienza giuridica in quanto tale; i giureconsulti non se ne servivano (in prima persona), in quel contesto, per innovare e modificare –almeno per esplicito, si badi- lo *ius civile*.

Tuttavia, è necessario richiamare l'attenzione su un dato: questa finalità di innovazione del diritto mediante il ricorso all'equità venne ugualmente perseguita dai giuristi e dei retori del tempo, attraverso la loro funzione di guida e di orientamento dell'attività dei magi-

¹³⁸ A. GUARINO, *Equità*, cit., 621.

¹³⁹ Ampia trattazione in L. VACCA, *La 'svolta adrianea' e l'interpretazione analogica*; EAD., *Analogia e diritto casistico*, entrambi in EAD., *Metodo*, cit., rispettivamente alle pp. 39 ss.; 105 ss. (specialm. 114 ss.).

¹⁴⁰ Cfr. ora G. PAPA, *La 'replicatio'. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009, 331 nt. 6.

¹⁴¹ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 27.

strati e dei giudici; perché questi, e soltanto questi, potevano all'epoca operare brusche rotture con il diritto della tradizione.

Sul ruolo di orientamento della giurisdizione, dalla celebre *causa Curiana* si può forse trarre qualche spunto sull'importanza dell'apporto dei retori. Al riguardo, mi sembra assai dubbio che il prevalere della tesi di Crasso, il quale propugnava una interpretazione della volontà del testatore contro l'applicazione della formulazione letterale della clausola di sostituzione pupillare, fosse dovuto esclusivamente a un uso migliore della retorica forense¹⁴²: Cicerone (*pro Caec.* 69) riferisce con attenzione ed enfasi della causa curiana, lodando Crasso come difensore dell'equità e della volontà del testatore, ed è difficile concludere, in accordo con l'interpretazione dominante, che ciò evidenzi più che altro la concezione colta del retore, il quale notoriamente riteneva che lo *ius* della *civitas* “non poteva che sostanzarsi nell'*aequitas*”¹⁴³.

In altri termini, se è vero che per Cicerone non esisteva alcuna contrapposizione tra *ius* ed *aequitas*, perché l'*aequitas* era concepita come un elemento imprescindibile dello *ius*¹⁴⁴, è altrettanto rispondente al vero che per l'Arpinate l'*aequitas naturalis* aveva la funzione di contribuire a perseguire l'obiettivo della *iustitia*, ovvero la realizzazione dei diritti garantiti ai *cives* dall'ordinamento (Cic. *top.* 23.90). E quando il diritto vigente si poneva in contrasto con l'*aequum* e il *bonum* o con lo *ius naturae*, esso diventava 'ingiusto', in quanto non più idoneo ad attribuire più a ciascun *civis* il diritto che gli competeva; ed ecco perché, in tale prospettiva, le norme andavano costantemente corrette alla luce dell'*aequitas* (Cic. *de leg.* 1.42 ss.; *de off.* 2.78).

Direi pertanto che, nella rappresentazione ciceroniana, la retorica veniva vista, nel contesto della *causa Curiana*, come uno strumento per la realizzazione dell'*aequitas* contro un *summum ius* rigido e irrazionale, contro una *nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione* (Cic. *de off.* 1. 33). Tra le maglie della narrazione ciceroniana traspare che la retorica, nel corroborare la posizione di Manio Curio come come sostituto, se non pupillare, quanto meno volgare, aveva efficacemente veicolato l'equità naturale, ma in vista di una soluzione 'giusta' anche sul piano della prassi giuridica; e ciò considerato che il *de cuius* Coponio aveva adoperato

¹⁴² Così, invece, seguendo peraltro un orientamento assai diffuso, L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 28.

¹⁴³ *Ibid.*, 28.

¹⁴⁴ In questo senso si esprime invece L. VACCA, *ibid.*, 28.

una formula di *substitutio* diversa da quella normalmente in uso. Da questo angolo visuale, si dovrebbe concludere che i *centumviri* avevano dato ragione a Curio, difeso da L. Licinio Crasso, decidendo che la *substitutio pupillaris inutilis* dovesse valere come *substitutio vulgaris*, non soltanto per rispettare la *voluntas* del testatore, ma anche in attenta considerazione dei suoi *verba*, probabilmente non a caso diversi da quelli comunemente utilizzati dai testatori che non intendevano escludere la successione *ab intestato* ove la *substitutio pupillaris* non si realizzasse (per la premorienza del figlio al testatore o per la mancata nascita del postumo)¹⁴⁵.

Abbiamo già constatato che l'Arpinate esplicitamente (*top.* 5.28) identificava lo *ius civile* come una entità in continuo sviluppo e arricchimento (grazie anche all'attività di magistrati e giudici e al pensiero giurisprudenziale) sulla base del processo di trasformazione dell'*aequitas (naturalis, sembra di capire)* in *aequitas constituta*. L'attività dei *prudentes*, l'elaborazione e la rielaborazione degli editti magistratuali, il ricorso all'*aequitas* (quella ancora 'fuori' dal diritto, appunto) e persino i giudicati concorrevano nell'affinamento del diritto dei *cives*. La retorica (nell'ambito dei rapporti *ius-aequitas*) non era di certo estranea al novero degli strumenti di adeguamento dello *ius receptum* alle istanze equitative (e morali in genere)¹⁴⁶ in continua evoluzione e in fase di trasformazione in 'equità istituzionale' (*aequitas constituta*).

Dubito poi che sia opportuno differenziare in modo troppo drastico l'attività dei retori rispetto a quella dei giureconsulti, almeno sotto alcuni e ben determinati aspetti: se è vero che i retori 'usavano' l'equità per convincere (l'attività e il pensiero dei retori rispondevano senza dubbio a logiche retorico-persuasive)¹⁴⁷ non mi sembra altrettanto sostenibile che il 'fare' dei giuristi rispondesse esclusivamente a ragioni tecniche, di logica giuridica: anche gli *iuris periti* svolgevano larga parte della loro attività al servizio di clienti, le cui ragioni essi dovevano supportare usando le 'armi'¹⁴⁸ a loro disposizione, tra cui 'clausole vuote' come la buona fede e l'equità, al fine di convincere magistrati e giudicanti. E perciò, così

¹⁴⁵ La lett. in materia è sconfinata; mi limito perciò a citare, per gli spunti qui proposti, F. WIEACKER, *La causa curiana e gli orientamenti della giurisprudenza coeva*, in AA.VV., *Antologia giuridica romanistica e antiquaria* I, Milano, 1968, 109 ss.

¹⁴⁶ Significativi, al riguardo, Cic. *top.* 5.28 e larghi squarci del *de officiis* ciceroniano, su cui v. ancora *infra*, nel testo.

¹⁴⁷ Recenti approfondimenti in N. CORNU THÉNARD, *Les fondements persuasifs du recours à l'équité. Une confrontation entre Quintilien et les écoles de déclamation*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 387 ss.

¹⁴⁸ Efficace termine, adoperato da A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 242, le cui opinioni (esposte alle pp. 242 s.) qui discuto.

come è fuori discussione che i giuristi contribuissero all'affinamento del diritto con le loro innovative interpretazioni basate sul paramentro equitativo, pure se siffatte operazioni erano effettuate talora in vista –soltanto- del rafforzamento della tesi del cliente, non si vede perché si debba negare ai retori il merito di avere anch'essi dato un apporto di rilievo al miglioramento del diritto vigente, con l'ausilio di una retorica posta al servizio dei propri clienti. In definitiva, la circostanza che i retori facessero ricorso al valore dell'equità per perorare la causa della parte che difendevano, nulla toglie al valore anche tecnico del loro operato, e soprattutto non esclude affatto che il richiamo all'equità valesse, almeno in qualche caso, a veicolare un'argomentazione giuridica tecnicamente valida.

Del resto, non è un dato privo di significato che verso la fine dell'età repubblicana nelle opere retoriche l'equità viene rappresentata come una *pars iuris*¹⁴⁹. L'Autore della *Rhetorica ad Herennium* (2.13.20) individua il fondamento dello *ius* nel *bonum et aequum*, indicando nell'*aequitas* il riflesso della 'verità' (*ex aequo et bono ius constat quod ad veritatem et utilitatem commune videtur pertinere* rell.)¹⁵⁰.

15.- *Magistrati e iuris periti: una improbabile distinzione tra 'equità' pretoria ed 'equità giurisprudenziale'*

Tanto premesso, veniamo ora ad una rapida ricognizione degli strumenti processuali che, mediante la sinergia costituitasi tra giureconsulti e magistrati, consentirono l'attuazione delle istanze equitative.

Al di là dei rimedi intesi a integrare ed estendere lo *ius* preesistente, o limarne alcune asperità, vorrei qui soffermarmi su alcune esemplificazioni di *aequitas* radicalmente innovativa rispetto agli assetti giuridici pregressi.

Tra le varie fonti che si possono addurre al riguardo, mi sembra molto significativo

Nerat. 3 *membr.* D. 6.2.17: *Publiciana actio non ideo comparata est ut res a domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, [...] sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

¹⁴⁹ Rinvio sul punto alle ricerche di N. CORNU THÉNARD, *Les fondements*, cit., 387, dove altra bibl.

¹⁵⁰ V. ora M. HUMBERT, *Équité et raison naturelle dans les oeuvres de Celse et de Julien*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 419 ss., specialm. 422 s.; G. FALCONE, *Ius suum*, cit., nt. 35.

Il testo è arcinoto¹⁵¹ e non necessita di particolari spiegazioni. Ai nostri fini è sufficiente sottolineare due elementi: a) la funzione del richiamo all'*aequitas*; b) l'affiancamento della tecnica finzionistica all'argomento dell'*aequitas*. Qui il richiamo al parametro equitativo serve appunto come *argumentum* dell'applicazione di nuove regole pretorie, del tutto estranee alle logiche civilistiche; ed è proprio per evitare uno stravolgimento esplicito delle regole e delle categorie tradizionali che si rende necessario il ricorso alla *fiction*. Sarebbe ingiusto, afferma Nerazio, limitare la tutela dell'acquirente di *res mancipi* con semplice *traditio* alla sola tutela interdittale ed è l'*aequitas* a fondare la tutela introdotta dal pretore con l'*actio Publiciana*. Il ribaltamento dei principi tradizionali che si realizzava con l'editto Publiciano, per giunta in una materia di centrale importanza, quale quella dei rapporti proprietari, era di tale portata eversiva da suggerire il ricorso alla sommatoria di ben due strategie: criterio equitativo, più tecnica finzionistica¹⁵². In tal modo l'applicazione della *fiction* si avvaleva di una formidabile giustificazione: il perseguimento di una istanza moralmente condivisibile.

Al di là del collegamento qui occasionalmente instaurato tra l'equità e l'applicazione di azioni utili, non mancano altri nessi tra criterio equitativo e tutela onoraria intesa alla disapplicazione dello *ius civile*.

Determinanti e significative, in ordine al ruolo 'ufficioso' dei giuristi nell'uso del parametro equitativo con finalità di decisa innovazione rispetto al diritto tradizionale, risultano anche la struttura e le finalità delle *in integrum restitutiones*: provvedimenti giudiziari costitutivi di annullamento, i quali, per autorità del magistrato (*ope magistratus*), invalidavano fatti giuridici formalmente validi (a rigore di *ius civile*), con l'effetto di ripristinare integralmente una situazione giuridica soggettiva, che quei fatti avevano compromesso. Tali provvedi-

¹⁵¹ La bibl. relativa è sconfinata; mi limito perciò a citare, con riguardo ai soli profili che qui interessano, W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 306 s.

¹⁵² M. HUMBERT, *Equité*, cit., 419 ss., ha di recente sottolineato che, per giustificare soluzioni nuove rispetto agli assetti tradizionali, i giureconsulti romani ricorrevano a tre tecniche alternative, tra loro –precisa Humbert– nettamente differenti: l'interpretazione estensiva o applicazione analogica, il ricorso alle azioni utili (che implica un rispetto solo formale per la regola o categoria che il giurista non può o non ha il coraggio di sovvertire apertamente), il richiamo all'equità. Al riguardo, mi sembra interessante notare come nel passo di Nerazio ricorra menzione di ben due di dette 'strategie': al contrario Giuliano, per esempio, quando ricorre alla finzione non giustifica mai la sua scelta mediante il ricorso all'*aequitas*, mentre lo stesso giurista non disdegna di 'rinforzare' l'analogia, che si sostanzia nella ricerca ed evidenziazione degli elementi simili (*similis, similiter*), con il richiamo all'equità (*ibid.*, 429 ss., 442 ss.).

menti, come è noto, venivano emanati dal magistrato previo accurato accertamento nel merito (*causa cognita*), ispirato a considerazioni (specifiche e tecniche) basate sull'*aequitas*, quali l'opportunità di eliminare le conseguenze del *dolus malus*, del *metus*, della *fraus creditorum*, della *absentia rei publicae causa*, dell'operato di un *falsus tutor* e di poche altre fattispecie, tutte elencate nell'editto pretorio. Il magistrato formulava quindi un *decretum restitutionis* (volto al ripristino dello *status quo ante*) e, in ipotesi di inosservanza da parte del destinatario, uno *iudicium rescissorium* da esercitare nei confronti di quest'ultimo¹⁵³. Ho insistito su nozioni istituzionali ben note a tutti per ricordare come in età repubblicana l'*aequitas* avesse la forza di sovvertire radicalmente alcune tradizionali regole civilistiche.

E' fuori discussione che formalmente l'ardito operato del magistrato (consoli o pretori) in materia di *in integrum restitutiones* si fondasse nel loro *imperium* e non certo nell'*auctoritas* dei *prudentes* che lo suggerivano. Ma le complesse tecniche di invalidazione delle regole civilistiche (si pensi anche alla raffinata *fictio rescissoria*, che il magistrato, di fronte a una domanda di *restitutio* avanzata *in iure* da parte di attore o convenuto, poteva inserire nello *iudicium*, rispettivamente nell'*intentio* o a mò di *exceptio*, omettendo la formalità del *decretum*, e ordinando allo *iudex* di considerare come mai avvenuto il fatto 'iniquo', invalidato dal magistrato) erano ovviamente pensate, elaborate e proposte 'ufficiosamente' dai giureconsulti, i quali avevano un ruolo celato ma determinante nella stesura dell'editto; una siffatta 'distribuzione dei compiti' era del resto inevitabile, considerato che all'epoca le magistrature (quali appunto il consolato e la pretura) erano soltanto tappe della carriera politica e non richiedevano una specifica preparazione nella materia giuridica.

A tale proposito, si impone di riconsiderare il già citato brano ciceroniano dove è ben scolpito il delicato rapporto *aequitas-edicta magistratuum-auctoritas prudentium*.

Cic. *top.* 5.28: ... *partitionum, cum ea res, quae proposita est, quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultibus, rebus indicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat ...*

¹⁵³ Le fonti principali: D. 4.1; CI. 2.21, 49.

Cicerone ci presenta una *partitio* dello *ius civile* (naturalmente da non considerare come contrapposto allo *ius honorarium*, prospettiva che è più tarda) in cui le *leges*, i *senatusconsulta* e gli *edicta magistratuum* sono tutti ugualmente *partes* dello *ius civile* e vengono collocati sullo stesso piano dell'*auctoritas prudentium*, del *mos*, dell'*aequitas* e delle *res iudicatae*¹⁵⁴.

Secondo una certa lettura¹⁵⁵, dalla tecnica espositiva (le singole *partes* sono descritte separatamente, ma si pongono in rapporto di reciproca, necessaria interdipendenza) emergerebbe che l'*aequitas* (così come tutti gli elementi della *partitio*) non sarebbe stata considerata dal Retore una fonte autonoma dello *ius civile*, né una specie analizzabile separatamente dalla altre: in *top.* 5.28 l'*aequitas* costituirebbe un elemento che interagisce con gli altri in cui lo *ius civile* si compone, costituendo una *pars* del tutto. Questa osservazione, pur condivisibile in qualche misura, non deve però essere portata alle estreme conseguenze: è chiara l'intenzione di Cicerone di rappresentare lo *ius civile* come la risultante del confluire e del comporsi armonioso delle varie 'fonti di produzione', che sono autonome (come pensare diversamente dei senatoconsulti?), ma tutte accumulate dalla ispirazione al comune sentire.

16.- *Equità e organi istituzionali*

La comprensione di *Cic. top.* 5.28 è subordinata al raffronto con il fondamentale

Cic. top. 23. 90: *Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colliguntur. hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. natura partes habet duas, tributionem sui cuique et ulciscendi ius. institutio autem aequitatis tripartita est: una pars legitima, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata.*

In *Topica* 5.28, nel richiamare l'equità come *pars iuris civilis* (concretamente inteso come diritto vigente nella *civitas*), Cicerone fa riferimento a quella parte dell'*aequitas* che in *Topica* 23.90 riconduce alla *institutio aequitatis*, ma distinguendola dall'*aequitas* riferita alla natura e che dovrebbe ispirare le leggi a venire o i modi di applicazione del diritto: l'equità che appartiene al versante naturale ha la funzione di promuovere la parità di trattamento ma anche di conferire ai *cives* il 'diritto alla vendetta' per le illecità subite. Tali affermazioni sono

¹⁵⁴ Sul testo, v. soprattutto A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe nelle istituzioni di Ulpiano*, in *SDHI*, 69, 2003, 37 ss.

¹⁵⁵ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 28 ss.

effettuate in un contesto del tutto particolare: Cicerone si interroga infatti sull'argomento dell'*aequitas*, e, in particolare, sui luoghi (*topica, loci*) nei quali l'oratore può trovare argomenti fondati sull'equità, e indica due ambiti: la natura, con la sua forza bruta e spontanea, e l'*institutum*, cioè le istituzioni, la recezione umana dell'equità¹⁵⁶. Per l'Arpinate, la nozione di *ius civile* coincide senza dubbio con l'*aequitas constituta* (ne danno conferma *de orat.* 1.42.188 e *top.* 2.9), anche se l'*aequitas* può, al di fuori di questa 'incarnazione', svolgere pure altri ruoli e funzioni (come *ius non scriptum*-consuetudine, o valore morale suscettibile di trasformarsi, eventualmente, in norma giuridica).

Assume poi particolare rilevanza la specifica connessione –posta in *top.* 5.28- tra *aequitas* e *auctoritas prudentium* (elementi che a loro volta, come accennato, vanno messi in rapporti con gli editti dei magistrati, di cui i *prudentes* informano sostanza e contenuti). E' significativo che in tale contesto Cicerone non parli di *responsa prudentium*, bensì di *auctoritas prudentium*: segno, questo, che l'attività dei giuristi era considerata componente dello *ius civile* nella sua globalità: attraverso il suo multiforme operare, l'«autorevolezza scientifica» del giurista contribuiva nella composizione dello *ius civile* in un quadro coerente¹⁵⁷.

Dai *Topica*, per altro verso, non si colgono elementi sufficienti a chiarire in quale misura e con quali argomentazioni i giuristi concretamente ricorressero all'equità per procedere alla formazione, integrazione o modificazione dello *ius civile*.

Tuttavia, sappiamo che fra tarda Repubblica e primo Principato soltanto al magistrato giudicante e al suo *ius honorarium*, quale *viva vox iuris civilis* (Marcian. D. 1.1.8), era riconosciuto il potere di dare effettività all'*aequitas* mediante il ricorso a strumenti istituzionalmente idonei a correggere lo *ius civile*, e cioè integrandolo o eliminando le conseguenze inique di una sua applicazione troppo rigida. E la *ratio* dei rimedi pretori intesi a integrare o correggere lo *ius civile* viene costantemente ricondotta all'*aequitas* anche da parte dei successivi giuristi classici, in sede di commento delle clausole edittali (al riguardo, si leggano soprattutto Paul. D. 44.4.1; Pap. D. 44.4.12; Paul. D. 37.1.61). Gaio, in Inst. 3.25, contrappone esplicitamente le *iniquitates* dello *ius strictum* all'editto del pretore che le ha emendate, prevedendo la vo-

¹⁵⁶ Lo sottolinea M. HUMBERT, *Equité*, cit., 423 s., dove si tende ad attribuire una valenza giuridica al concetto di *institutum*, che invece non risulta espressa dal testo ciceroniano.

¹⁵⁷ Così L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 29 s.

cazione ereditaria dei figli emancipati¹⁵⁸. Il richiamo al fondamento equitativo delle clausole edittali innovative, proprio nella misura in cui esse correggono gli effetti iniqui dell'applicazione rigida dello *ius civile*, è frequentissimo nei commentari giurisprudenziali classici, specie in quelli ulpiani (per es. Ulp. D. 2.2.1pr.; D. 2..10.1pr. ; D. 2.13.4.1)¹⁵⁹.

Si è più sopra accennato all'inclusione, da parte di Cicerone, dei senatori tra 'le membra' dello *ius civile*, accanto all'*aequitas*. Al riguardo, occorre rilevare che dal II sec. a.C. il senato, facendo leva sul proprio prestigio e sulla propria indiscussa autorevolezza, aveva in più occasioni espresso giudizi di 'iniquità' e 'inattualità' del tradizionale ordinamento civilistico, invitando i magistrati a prendere i provvedimenti idonei all'adeguamento del diritto alle nuove istanze, ai nuovi valori sociali indicati dall'alto consesso e conformi a equità. Tanto risulta dalla motivazione di alcuni pareri senatori: *Sc. de Bachanalibus* del 186 a.C. (*ita senatus aequom censit*)¹⁶⁰; *Sc. de Tiburtibus* del 159 a.C. circa (*quod Teiburtes verba fecistis quibusque de rebus vos purgavistis, ea senatus animum advortit ita utei aequom fuit*)¹⁶¹; *Sc. de Asclepiade* del 78 a.C. circa (*senatum velle et aequom censere*)¹⁶²; *Sc. Velleianum* del 46 d. C. (*cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum*)¹⁶³.

I magistrati, dunque, vennero spesso stimolati dal senato a un'opera di adeguamento dello *ius* ispirata ai criteri di *aequitas*.

Al tempo stesso, come ben sappiamo, essi presero anche di loro iniziativa a integrare e modificare, ove occorresse, il vetusto e rigido ordinamento dello *ius civile*. Per la nota riluttanza dei Romani a modificare l'ordinamento tradizionale mediante *leges publicae*, lo *ius civile* si manifestò, con il passare del tempo, irrimediabilmente inadeguato alle istanze della coscienza sociale e ai mutamenti delle forme economiche. La conseguente moltiplicazione delle liti giudiziarie pose quindi in modo pressante i magistrati "di fronte al problema, sempre più grave ed urgente, di adeguare la loro azione alle esigenze della loro stessa coscienza di uomini e giuristi del proprio tempo"¹⁶⁴. Va poi sottolineato che il *praetor peregrinus*, istitui-

¹⁵⁸ *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt* (Gai 3.25). Per la qualifica gaiana del diritto successorio decemvirale come *ius strictum* v. Gai 3.18.

¹⁵⁹ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 30.

¹⁶⁰ FIRA 1, 2° ed., 30.26.

¹⁶¹ FIRA 1. 2° ed., 33.

¹⁶² FIRA. 1, 2° ed., 35.11.

¹⁶³ Ulp. D. 16.1.2.1.

¹⁶⁴ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 622.

to nel 242 a.C. e (contestualmente o in un momento successivo) preposto a dirimere le liti tra stranieri o cittadini e stranieri, non poteva applicare lo *ius civile* (se non in una fase assolutamente iniziale, facendo ricorso alla *fictio civitatis*), ma esplicava il suo *dicere ius* innovativo, fondato sull'*imperium*, mediante il ricorso a 'Leerformeln' quali l'*aequitas* e la *bona fides*, invitando i giudicanti a stabilire, con le loro sentenze, *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Dal 150 a.C. circa, cioè nel periodo di crisi della Repubblica, anche il *praetor urbanus* – confortato e sorretto dai *prudentes* e sulla base degli stimoli occasionalmente prodotti dai senatoconsulti – cominciò a ricorrere a 'clausole generali' e 'concetti aperti', al fine di tradurre in atto le istanze di rinnovamento avanzate dalla coscienza sociale. Prese così l'avvio una "imponente prassi derogatoria"¹⁶⁵ dello *ius civile*.

Lo *ius honorarium*, che i giureconsulti del tardo Principato definirono come un'opera di attualizzazione del diritto tradizionale (esplicito al riguardo Marcian D. 1.1.8: *viva vox iuris civilis*) divenne così l'espressione della coscienza sociale, "da cui scaturivano le valutazioni di *aequum* ed *iniquum* relativamente al *ius civile*"¹⁶⁶.

Va ricordato al riguardo quanto afferma Gaio nelle sue Istituzioni (4.116: *saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*), introducendo la trattazione delle *exceptiones*: le rigide norme del diritto civile venivano sovente disapplicate in nome dell'*aequitas*. Non va neppure dimenticata la *denegatio actionis*, cui poteva procedere il magistrato per l'iniquità della domanda dell'attore; sempre per motivi equitativi, questa poteva essere opposta dal pretore anche in casi non esplicitamente contemplati nell'editto (D. Iul. 28 dig. D. 38.13.1: *...quaesitum est, an actiones ei denegandae essent. Respondit: hic casus verbi edicti non continetur . Sed aequum est* rell.): quando, come nel caso illustrato dal giurista, l'applicazione analogica appariva forzata, soccorreva l'argomento dell'equità¹⁶⁷.

Possiamo concludere che le valutazioni fondate sull'*aequitas* avevano talora efficacia derogatrice del diritto, a seguito di un giudizio circa l'attualità o inattualità della norma di *ius civile*, formulato dal senato o dai magistrati¹⁶⁸. Tali attività si fondavano sull'*imperium* magistratuale, venivano ispirate dall'*auctoritas* del pensiero giurisprudenziale, il quale a sua volta

¹⁶⁵ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 622

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ V. sul punto M. HUMBERT, *Equité*, cit., 443.

¹⁶⁸ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 620 s.

in questo ambito si muoveva in larga parte all'interno delle linee tracciate da filosofi e retori.

17.- *Ancora sull'aequitas nel pensiero dei prudentes*

Ebbene, “non vi è dubbio che gli artefici del tecnicismo del processo formulare e della flessibilità delle sue strutture siano stati i giuristi laici e che gli stessi giuristi guidarono sia i magistrati nella costruzione dell'editto, sia i giudici per l'applicazione di questo *ius* composito”¹⁶⁹. Con il loro lavoro scientifico, i giuristi costruirono uno strumentario tecnico “per i magistrati giudicanti, in modo da potere affidare a costoro la realizzazione pratica delle loro innovazioni sostanziali e processuali”¹⁷⁰.

Che i giuristi tardo-repubblicani suggerissero al pretore l'utilizzazione di particolari mezzi processuali al fine di tutelare situazioni 'nuove' per ragioni equitative risulta inequivocabilmente da due responsi serviani: uno in materia di *postliminium*, riportato in Paul. D. 3.5.20pr. (... *Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium*), l'altro ricordato da Alfeno Varo (in Alf. D. 44.1.14: ... *placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere*). Entrambi i testi dimostrano anche la perizia di Servio Sulpicio Rufo nell'utilizzazione dell'*aequitas*, confermando la veridicità dell'asserzione ciceroniana (in *Brut.* 40.52 e in *Phil.* 9.10), secondo cui Servio era l'unico giurista capace di esercitare davvero l'*ars iuris*, e in particolare di utilizzare, nella esplicazione dell'*ars iuris*, l'*aequitas*. In questo senso depone pure un testo tratto dalle istituzioni di Gaio (3. 149), dove si ricorda che nella disputa tra Quinto Mucio e Servio in materia di *societas* prevalse la tesi di quest'ultimo, e cioè che *aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*¹⁷¹.

Circa il ruolo centrale del lavoro scientifico dei *prudentes* nell'opera di aggiornamento del diritto tradizionale realizzata mediante il richiamo all'equità, vanno poi considerate le azioni con condanna *in quantum aequum videbitur*, di cui è menzione già nel testo degli editti edilizi (D. 21.1.42). Secondo una opinione largamente diffusa, soltanto in origine le condanne erano formulate nel *quantum aequum*, come appunto sembrerebbe suggerire il testo

¹⁶⁹ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 31.

¹⁷⁰ C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. Dalle origini all'opera di Labeone*, I, Torino, 1997, 199.

¹⁷¹ Per il collegamento tra i passi citt., A. SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., 37 ss.; L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 31 s.

dell'editto edilizio riportato da Ulpiano in D. 21.1.42 (tuttavia a sua volta sospettato di rimaneggiamenti), mentre nel corso del Principato esse sarebbero state concepite tutte *in bonum et aequum*¹⁷². Tuttavia, di tale pretesa evoluzione (la trasformazione delle *actiones* con *condemnatio in quantum aequum videbitur* in *actiones in bonum et aequum conceptae*) non paiono sussistere elementi univoci. Mi limito ad addurre qui solo un esempio: se pure è vero che Papiiano, discutendo un caso pratico, sottolinea *dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est* (Pap. 8 *quaest.* D. 47.12.10), è altrettanto vero che per l'*actio sepulchri violati* la giurisprudenza classica continuò a prevedere la *condemnatio* nel *quanti ob eam rem aequum videbitur* (Ulp. D. 27.12.3pr.).

Ai nostri fini, i dati testuali comunque confermano quanto sia risalente il ricorso ai criteri equitativi. Questi costituivano “la molla dell'azione pretoria” e si concretavano in “un rilevamento delle valutazioni sociali correnti”¹⁷³, che poi, nel caso degli editti degli edili curuli, si specificavano con la considerazione delle prassi e dei valori di mercato, e con un chiaro recepimento delle realtà economiche del mondo mediterraneo.

Tra i casi più antichi e meno sospetti vi è quello dell'*actio iniuriarum aestimatoria*, del I sec. a.C.: il magistrato giudicante, nel conferire al giudicante il potere/dovere di condannare o assolvere, lo invitava a commisurare l'ammontare della eventuale condanna a quanto egli ritenesse equo (e ciò chiaramente non in astratto, ma nel senso di *quantum* l'*iniuria* pecuniariamente valesse, sulla base della valutazioni sociali correnti)¹⁷⁴.

Quanto sinora considerato dà ragione della improprietà di ogni tentativo di ‘isolamento’ e distinzione di una ‘equità giurisprudenziale’ rispetto alla ‘equità pretoria’, sul piano dei contenuti dell'*aequitas*, mentre tale distinzione ha pieno fondamento con riguardo alla diversa efficacia del ricorso al criterio equitativo, a seconda se operato da *iuris periti* (con mera funzione di individuazione dei contenuti dell'*aequitas* e di suggerimento e orientamento nei confronti dei magistrati giudicanti), o viceversa da magistrati, ai quali soltanto era demandata l'operatività del parametro equitativo e la connessa evoluzione o addirittura innovazione del diritto tradizionale che essa consentiva¹⁷⁵.

¹⁷² V. soprattutto A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 623.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ V. soprattutto Ulp. D. 47.10.11.1; cfr. A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 623.

¹⁷⁵ Lucidi spunti in L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 31.

18.- *Le età dell'aequitas nella scientia iuris*

E' stato espresso anche un dubbio radicale: quello che i più risalenti richiami all'equità non siano originari, bensì 'aggiunti' dai giuristi del medio Principato, autori dei testi giurisprudenziali conservati nei Digesti giustiniani e prima citati. Ha indotto alla formulazione di questa ipotesi la constatazione che negli scritti della giurisprudenza classica l'*aequitas* divenne (spesso associata al *bonum*) un canone assai ricorrente, se non addirittura abituale.

Contro l'ipotesi della natura insitica dei precedenti richiami all'equità si può tuttavia addurre, accanto a tutti i passi ciceroniani già ricordati, ancora un altro brano (in precedenza citato qui solo marginalmente), dal quale risulta a chiare lettere che il principale merito scientifico riconosciuto da Cicerone a Servio Sulpicio Rufo, considerato dal Retore come superiore a tutti i giuristi della sua epoca, fu appunto la '*paene divina*' capacità di interpretare le leggi e di dare una esplicazione concreta all'equità, riconducendo lo *ius civile*, per intero, alla chiarezza e all'equità:

Phil. 9.10: ...*paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia (...)* *Nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit.* 11. *Ita ea quae proficiscabantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat.*

Una capacità, quella di coniugare l'*interpretatio* dello *ius civile* con l'*aequitas*, che peraltro Servio aveva verosimilmente appreso dal suo maestro, Aquilio Gallo, il quale, apprendiamo da Cicerone, certamente già la praticava: Aquilio, secondo le parole del Retore (Cic. *pro Caec.* 27.78), *iuris civilis rationem numquam ab aequitate seiunxerit*¹⁷⁶.

L'*aequitas*, insomma, tra Repubblica e Principato costituiva ormai una sorta di 'clausola generale'¹⁷⁷ dell'ordinamento, il cui contenuto concreto veniva individuato di volta in volta dai *prudentes* e reso operativo con la tutela processuale offerta dal magistrato. Si è prima affermato che l'*aequitas* ci si presenta sovente come un criterio che permetteva di derogare allo *ius civile* in ossequio ad una idea di giustizia rapportata ai valori sociali correnti e in buo-

¹⁷⁶ Cfr. W. WALDSTEIN, '*Aequitas*' e '*summum ius*', in ID., *Saggi*, cit., 147.

¹⁷⁷ Così si esprime M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 311. Sulle sue orme, L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 31 ss.

na parte già recepiti dall'ordinamento nel suo complesso; perciò, l'equità deve essere anche intesa come *pars* e fondamento dell'ordinamento vigente, “che acquista ‘evidenza’ e ‘chiarezza’ mediante la *scientia* del giurista nell’interpretare ‘le leggi’”¹⁷⁸. Non concordo, invece nel ritenere che “nella rappresentazione di Cicerone l'*aequitas* sottesa all'*interpretatio* del giurista è interna all'ordinamento” e consente al giurista di proporre soluzioni ‘giuste’, in quanto concepite come esplicazione della *ratio* dell'ordinamento preesistente¹⁷⁹: come ho già avuto modo di argomentare, la concezione ciceroniana dell'equità è a mio parere molto più estesa, e include tanto i valori interni, quanto quelli (ancora) esterni all'ordinamento giuridico.

Queste concezioni non possono essere trasposte meccanicamente alle età neanche di poco successive. Un'altra valutazione da non trascurare, in materia di *aequitas*, è infatti quella –già segnalata- relativa alle ripercussioni sortite dai bruschi cambiamenti politici dell'ultimo quarto del I secolo a.C. sul modo di utilizzare l'*aequitas* da parte dei giuristi. Letizia Vacca ha bene sottolineato come nel periodo augusteo sia dato individuare una ‘svolta’, non nella tecnica scientifica dell'*interpretatio* (che restava incentrata sul metodo casistico), ma nel valore del responso, che si avviava a divenire ‘fonte di produzione del diritto’, mentre cominciava a isterilirsi lentamente il potere discrezionale del magistrato giudicante.

La descrizione laudativa di Pomponio¹⁸⁰ indica in Labeone l'interprete più sensibile dei nuovi tempi, capace di innovare con decisione, pur custodendo con cura le regole consolidate della *scientia iuris*. La giurisprudenza augustea non poteva ancora identificarsi a pieno titolo in quella ‘ufficiale’ adrianea, cui, se e in quanto riconosciuta mediante la concessione dello *ius publice respondendi*, *permissum est iura condere* (Gai 1.7). Perciò è probabile che Labeone, pur non avendo ottenuto la facoltà di *respondere ex auctoritate principis* a causa della sua fiera avversione al regime, non avesse subito alcuna *deminutio* della propria *auctoritas*, agli occhi dei *prudentes* coevi. Di certo, la descrizione che ne fa Pomponio beneficiava del decoro dei ‘tempi di decantazione’ necessari a sopire gli antichi dissidi politici.

¹⁷⁸ L. VACCA, L'‘*aequitas*’, cit., 33.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 33.

¹⁸⁰ Pomp. D. 1.2.2.47; L. VACCA, L'‘*aequitas*’, cit., 33 ss.

19. *L'equità di Labeone*

Di fatto, le soluzioni innovative facenti capo a Labeone vengono spesso giustificate dal giurista con il ricorso all'equità, che egli invoca per fondare tipi svariati di soluzioni: interpretazione estensiva o applicazione analogica delle leggi, forme nuove di tutela edittale, delimitazione dell'ambito di applicazione di una norma. Il fondamento equitativo vale a 'rafforzare' la soluzione proposta, che si colloca ai margini o talora al di fuori della norma civilistica.

Per il riconoscimento di tutela per una situazione precedentemente non contemplata si può esaminare Ulp. D. 47.9.3.2. In questo testo, il giurista di Tiro riconduce a Labeone l'applicazione analogica dell'editto '*de incendio ruina rate nave expugnata*', all'ipotesi di attacco di rapinatori a case o ville già saccheggiate, e ciò per considerazioni equitative: Labeone osservava che l'assalto dei pirati non era diverso dall'aggressione di una villa o di una casa da parte di briganti. Qui l'*aequitas* è intesa come 'uguaglianza', "nel senso preciso della parola: agisce come un criterio di equilibrio fra situazioni diverse ma affini, esigendo per esse una regolamentazione identica"¹⁸¹; ed è dunque in nome dell'equità che si procede all'applicazione analogica.

Sempre in nome dell'*aequitas*, Labeone suggerisce di ampliare l'ambito di applicazione di un rimedio processuale o di introdurre 'azioni utili' per tutelare 'situazioni analoghe' a quelle già considerate dall'ordinamento (Paul. D. 39.3.2.5; Ven. Sat. D. 43.23.2). Anche per delimitare l'originario ambito di applicazione di un rimedio processuale Labeone richiama l'equità, se si tratta di equilibrare la tutela delle parti (Ulp. D. 3.5.3.9).

E' di notevole interesse una decisione di Labeone in materia del dolo: il giurista considera *iniquum* che si consenta all'attore nei cui confronti sia stata concessa una *exceptio doli* di contrapporre una *replicatio doli*; infatti, l'equità che giustifica la tutela concessa del magistrato con l'*exceptio doli* non può ammettere che l'autore del raggirò tragga in alcun modo vantaggio dal suo comportamento immorale (Ulp. D. 44.4.4.13)¹⁸². D'altronde, non vi è

¹⁸¹ M. BRETONI, *Labeone e l'ordine della natura*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 249 ss., specialm. 253; sul passo v. anche M. HUMBERT, *Equité*, cit., 424 s.

¹⁸² Esaustiva esegesi del testo, con discussione della prec. lett., ora in G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 2009, 59 ss.; per gli aspetti qui considerati v. anche L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 35 s.; W. WALDSTEIN, *L'equità*, cit., 307.

dubbio che la *replicatio* fosse “stata intesa e assunta come strumento diretto a impedire l'*iniquitas*”¹⁸³.

In un altro gruppo di testi, il ricorso da parte di Labeone a istanze equitative si riconduce all'esigenza di contemperamento degli interessi in conflitto. Di questi, particolare interesse suscita un passo ulpiano in materia di *restitutio in integrum*. Apprendiamo che – secondo quanto risultava a Ulpiano da Pomponio- Labeone in materia di *restitutio in integrum* si era espresso favorevolmente a un minore di venticinque anni a seguito di una valutazione equitativa dei concreti interessi delle parti, tutti ritenuti rilevanti e degni di tutela per lo *ius honorarium* (Ulp.D. 4.4.13.1). La decisione di Labeone, conseguente a oculate distinzioni sugli elementi caratterizzanti il caso concreto, si era dunque e ispirata a valutazioni equitative: il giurista aveva ritenuto più equo privilegiare il minore, il quale nella fattispecie all'esame non avrebbe diversamente potuto recuperare il bene o il suo controvalore¹⁸⁴:

La stessa finalità sembra assolvere la valutazione equitativa (*melius aequius esse*), orientata dagli elementi di fatto rilevanti, effettuata da Labeone in materia di distribuzione di rischio, con riguardo a una *promissio dotis* (Iav. D. 24.3.66.7).

In alcuni passi giurisprudenziali, la valutazione equitativa ci viene presentata mediante la tecnica del ‘ragionamento per assurdo’, ossia evidenziando l'iniquità della soluzione opposta a quella prospettata. Da Ulp. D. 39.2.24.4 risulta che Labeone confermava una soluzione serviana notevolmente innovativa in materia di *cautio damni infecti*, rafforzandola con l'argomento dell'iniquità di una soluzione opposta, rigidamente aderente alla regola generale (*Labeo et rationem adicit, quo, si hoc non admittatur, iniquum erit*): il proprietario che aveva prestato la *cautio* doveva essere ritenuto responsabile se il crollo era stato cagionato da un vizio della costruzione, non invece se l'edificio era rovinato per la forza irresistibile del vento (tale, cioè, che nessuna costruzione, per quanto solida, avrebbe potuto resistere). Labeone, approvando, aggiunge: sarebbe *iniquum* non tenere conto dell'assoluta inevitabilità del danno¹⁸⁵. In questo caso “Labeone si richiama all'equità come criterio tecnico che impone di dare soluzioni diverse a fattispecie che presentino elementi qualificanti che è ‘giusto’ diffe-

¹⁸³ G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 347.

¹⁸⁴ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 37.

¹⁸⁵ Sul testo, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 336 s.

renziare¹⁸⁶. Ma è innegabile che l'opportunità di differenziare casi non identici, ciononostante anteriormente non disciplinati diversamente dallo *ius receptum*, derivi al giurista dall'aver effettuato valutazioni di tipo metagiuridico.

Analoga *ratio*, ma diversa tecnica argomentativa, si rinviene nella opinione di Labeone (in Ulp. D. 4.9.3.1), secondo cui, in materia di rischio nel trasporto marittimo, “non sarebbe iniquo” concedere una eccezione (*non esse iniquum ei exceptionem dari*) in caso di perimento della merce per naufragio o incursione dei pirati:

Quale esempio di *aequitas* più decisamente ‘extrasistemica’, che varca e oltrepassa in modo netto i confini del sistema normativo vigente¹⁸⁷, viene all’esame un parere di Labeone in tema di possesso del tesoro e di esercizio dell’*actio ad exhibendum*

Pomp. 18 *ad Sab.* D. 10.4.15: *Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem. quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest.*

Il giurista augusteo identifica quale possessore del tesoro (che egli intende come un insieme di cose di valore nascoste dal proprietario con l'intenzione proteggerle per poi ri-prenderle appena possibile) non, secondo le logiche dell'incorporazione adottate dai suoi predecessori, il proprietario del fondo dove il tesoro era stato interrato, bensì chi lo aveva tolto dal luogo in cui si trova (*loco movere*).

La fattispecie discussa riguarda un tesoro proprio, nascosto nel fondo altrui: se il proprietario del fondo non ha effettuato alcun atto di apprensione, per Labeone egli non si può considerare possessore del tesoro, pertanto il proprietario del tesoro al quale sia impedito di recuperarlo non può agire nei suoi confronti né con l’*actio furti* né con l’*actio ad exhibendum*.

¹⁸⁶ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 37.

¹⁸⁷ L'espressione è di M. BRETONE, *Labeone*, cit., 258.

bendum (in quanto non possessore e non autore di un atto di sottrazione, il proprietario del fondo non è legittimato passivo a tali rimedi). Labeone, valutata la non esperibilità delle due azioni, e quindi l'assenza di protezione per il proprietario del tesoro, reputa "non iniquo" che al proprietario del tesoro venga concesso almeno un interdetto recuperatorio, purché presti la *cantio damni infecti* e giuri di non chiedere il rimedio *calumniae causae*. Questa soluzione, fondata sull'*aequitas*, prevede il ricorso a una tutela giurisdizionale che si trova "fuori dal sistema", ma che risponde a una ben precisa *ratio*: evitare che taluni interessi in gioco, meritevoli di tutela, restino del tutto privi di protezione da parte dell'ordinamento¹⁸⁸. La valutazione che ha indotto Labeone a ricercare una risposta al di fuori dei dati normativi disponibili non è *aequitas civilis*: cos'altro, allora, nell'ottica del giurista augusteo, se non *aequitas naturalis*?¹⁸⁹.

Al riguardo, è bene tenere presente quanto risulta dalle Istituzioni giustinianee¹⁹⁰:

I. 2.1.39: *Thesaurus, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit* rell.

La decisione di Adriano –di cui stranamente non vi è menzione nel passo pomponiano– che il tesoro (altrui) fosse attribuito al proprietario del fondo che lì lo avesse trovato muoveva da valutazioni ispirate alla *naturalis aequitas*. Anche una delle successive modifiche alla tormentata disciplina dell'*inventio thesauri* (CTh. 10.18.2.1) risulta giustificata con un richiamo alla *naturalis aequitas*.

20.- Un 'mondo etico' per Labeone?

Nel complesso, non risulta condivisibile l'opinione secondo cui Labeone si sarebbe mosso soltanto all'interno di una 'equità civilistica', così come pare difficile negare che il richiamo labeoniano all'equità muovesse da un'esigenza del giurista di dare riconoscimento

¹⁸⁸ Per la complessa esegesi del testo, v. soprattutto M. BRETONE, *Labeone*, cit., 258 ss.

¹⁸⁹ Più cauto M. BRETONE, *Labeone*, cit., 264, il quale conclude la lettura del testo con queste espressioni: "L'equità, nel nostro caso, è una equità extrasistemica. Forzando un poco la mano, potremmo chiamarla 'naturale'".

¹⁹⁰ Si v. W. WALDSTEIN, *Ius naturale' nel diritto romano postclassico e giustiniano*, in ID., *Scritti*, cit., 207 ss., specialm. 278 s.

a “un mondo etico”, e quindi attuazione all’“etica dei comportamenti umani”¹⁹¹. L’attenzione di Labeone appare correttamente a Letizia Vacca concentrata sulla “valutazione tecnica degli equilibri degli interessi in gioco, e dalla particolarità del caso esaminato”¹⁹². Ma altro è poi concludere che “i principi cui il giurista dà attuazione nella sua *interpretatio* appartengono tutti ai valori riconosciuti e tutelati dall’ordinamento della *civitas*, sono cioè già ‘valori giuridicamente rilevanti’”¹⁹³.

A mio avviso, tale ultima considerazione è del tutto appropriata soltanto se riferita non al diritto prudenziale, bensì al quadro ‘finale’ risultante dalla compilazione giustiniana, e in particolare dai Digesti. Qui, infatti, la concatenazione della definizione dello *ius* come *ars boni et aequi*, la fantasiosa etimologia di *ius a iustitia* e la individuazione dei *tre praecepta iuris* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) paiono emblematici di una concezione assolutamente esaustiva del ‘diritto positivo’, da cui neppure la sfera morale poteva ‘debordare’. Ma come pensare che questa concezione prettamente giustiniana, e propria di un ‘sistema chiuso’, rispecchiasse idee già circolanti tra la giurisprudenza proto-classica? Non vedo ragioni per escludere che Labeone, operando all’interno di un sistema ancora ‘aperto’, avesse veicolato nell’orbita della giuridicità –mediante lo strumento euristico dell’equità– l’etica dei comportamenti umani e gli ideali stoici, quale appunto quello della giustizia distributiva.

Mi sembra, per altro verso, anche in parte opinabile la conclusione secondo cui Labeone “non enuncia le sue soluzioni come ‘suggerimenti’ per il magistrato nell’esplicazione della sua attività discrezionale, ma si esprime come ‘*iuris conditor*’: i suoi responsi sono consapevolmente formulati come idonei di per sé a formare diritto, sia pure suscettibile di essere ‘controverso’”¹⁹⁴. Un’asserzione, questa, forse troppo decisa: Labeone, fiero avversario del nuovo regime, non aveva ottenuto la facoltà di *respondere ex auctoritate principis* ed è quindi possibile che il suo convincimento di dover essere considerato nell’immediato *iuris conditor* non fosse poi così accentuato (sebbene il giurista riscuotesse comunque un enorme apprezzamento in ambito strettamente scientifico, come testimonia più tardi Pomponio).

¹⁹¹ M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 337 s., di cui qui si condivide l’impostazione.

¹⁹² L. VACCA, *L’aequitas*, cit., 38, nt. 55.

¹⁹³ *Ibid.*, 38.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 38.

In definitiva, le ricerche orientate sulle tracce di un'acquisita consapevolezza del complesso rapporto tra 'morale' e 'diritto', tra 'giuridico' e non-giuridico', e sulla sua utilizzazione nella tecnica di costruzione del diritto, da parte della giurisprudenza romana compresa tra Labeone e Pomponio, non sembrano prive di esiti positivi. Come ha osservato Nörr¹⁹⁵, l'*aequitas* è divenuta nel pensiero giurisprudenziale romano-classico una "Rechtskritische Kategorie", ma essa è stata utilizzata –aggiunge Mantello¹⁹⁶, in una direzione già indicata da Guarino- in modo pragmatico e realistico. Che le 'sfumature moraleggianti' ci fossero sembra difficile da negare. Bene ha precisato Bretone: "il mondo etico che si muove a base della retorica e che la retorica cristallizza nei suoi schemi è però anche il mondo etico della giurisprudenza che (come la filosofia) la incontra nel suo cammino"¹⁹⁷. Il fatto, poi, che la ricerca dell'*aequum* avvenisse in relazione alle caratteristiche del fatto di volta in volta all'esame non esclude affatto il ricorso, da parte dei *prudentes*, a valutazioni ispirate alla sfera etica.

Una più precisa scansione dei rapporti tra *strictum ius*, diritto pretorio ispirato all'*aequitas* e valutazioni tratte dalla sfera morale non si può forse realizzare che attraverso una lettura complessiva e cronologicamente ordinata della produzione giurisprudenziale legata ai temi dell'*aequitas*. Pur non potendo procedere in questa sede a una revisione puntuale dell'enorme mole di materiale pervenuti al riguardo, osserveremo come da lacuni testi traspaia una forte tensione verso nuove logiche di conciliazione e armonizzazione del diritto tradizionale, lo *ius scriptum*, con i multiformi valori dell'*aequitas*¹⁹⁸.

21.- *Aequitas civilis, aequitas naturalis: tra Labeone e Celso*

Alla luce di quanto fin qui considerato, non sembrano sussistere valide ragioni per dubitare che Labeone conoscesse, condividesse e applicasse –almeno in dati contesti- la distinzione, già operata da Cicerone (in *top.* 23.90), tra *aequitas naturalis* ed *aequitas civilis (institutio aequitatis)*. Tale diversificazione si palesa anzi ben presente al giurista augusteo nel suo

¹⁹⁵ D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, 113.

¹⁹⁶ A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 598.

¹⁹⁷ M. BREONE, *Storia del diritto romano*, cit., 338 s.

¹⁹⁸ Ottimi spunti in G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, in *Ius*, 1975, 1 ss., anche in *Problemi di diritto e procedura civile*, VII, Milano, 1975, 17 ss., e in ID., *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli, 2007, 51 ss., specialm. 60 s.

commento alle clausole edittali relative alle manomissioni testamentarie¹⁹⁹; tanto che anche Antonio Mantello, pur respingendo la chiara percezione, all'epoca, del discrimine tra i due ambiti²⁰⁰, ha rilevato l'“impianto retorico dell'intervento labeoniano (confermato fra l'altro, in ordine alla doppia veste dell'*aequitas*, dalla notissima testimonianza di Cic. *top.* 9)”.

Il quesito è se sia dato ravvisare una qualche cesura tra i due momenti, o se si essi ‘si implichino l'uno con l'altro’²⁰¹. Ebbene una volta ammesso che il criterio dell'*aequitas naturalis* operava “dall'esterno”, fondando “un limite ragionevole all'applicazione di un determinato regime giuridico”²⁰² e consentendo “uno sguardo critico sull'ordinamento”, non vedo come si possa poi rifiutare l'idea della chiara percezione, maturata dai giuristi, del discrimine sussistente tra ‘interno’ (scil. dell'ordinamento giuridico vigente) ed ‘esterno’ (scil. sfera etica), ferma restando la convinzione dei giuristi circa la necessità che il diritto e la sua applicazione dovessero essere conformi a equità. In altri termini: se è di certo rispondente ai dati testuali disponibili la conclusione che la tecnica giuridica e la filosofia si implicavano l'una con l'altra, è altrettanto evidente che i due ambiti erano percepiti come diversi anche se – sperabilmente- comunicanti.

In merito, viene all'esame

Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1pr.-1: *Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicitur, quominus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret: in eum intra annum utilem dupli iudicium datur. Haec autem actio, ut labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere.*

¹⁹⁹ Su cui M. BREONE, *Storia del diritto romano*, cit., 339 ss.; A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 600 ss.

²⁰⁰ *Un'etica*, cit., 601 nt. 72.

²⁰¹ Così M. BREONE, *Storia del diritto romano*, cit., 337.

²⁰² *Ibid.*

Il testo va esaminato con particolare attenzione, non solo perché all'*aequitas naturalis* risulta qui riconosciuta una vera e propria funzione normativa²⁰³, anche perché su di esso la letteratura romanistica più recente ha fatto leva per sostenere l'inesistenza, nell'ambito filosofico-retorico, e a maggior ragione giuridico, di una contrapposizione dogmatica fra 'stretto diritto' e 'parametro equitativo'. Il passo ulpiano viene attualmente soprattutto studiato²⁰⁴ per il discutibile significato della menzione, da parte di Labeone, dell'*aequitas naturalis* accanto all'*aequitas civilis*.

Prima di affrontare l'esegesi del brano, occorre ricordare quanto sopra accennato, e cioè che in ambiente serviano, già prima di Labeone, il caposcuola (Servio, appunto) aveva l'abitudine di risolvere mediante il ricorso all'equità le questioni non disciplinate dalla legge o dallo *ius civile*, se si presta fede a Cic. *Phil.* 9.11. Ma è solo con Labeone, almeno per quanto ci risulta, che il ricorso al parametro equitativo ricorre con particolare frequenza e posto in collegamento con il 'momento naturale'²⁰⁵.

E' già di per sé molto discusso il significato del rapporto instaurato tra *natura* ed *aequitas* in Labeone: anche l'attento studio sulla *natura agri* richiamata da Labeone in materia di *actio aquae pluviae arcendae* (secondo quanto risulta da Paul. D. 39.3.2.6)²⁰⁶ lascia irrisolto l'interrogativo se il nesso tra *aequitas* e *natura* stesse davvero a significare, per il giurista augusteo, che soltanto la natura consentiva "d'individuare regole eque (in contrapposizione alle regole del diritto positivo)"²⁰⁷: l'accostamento, si chiede Antonio Mantello, "poteva significare che così, attraverso il 'passepartout' dell'equità, egli concepisse, quasi a livello teorico, una sfera di regole superiori alle positive, lasciando quindi intendere a noi che proiettasse nell'ambito giuridico quella supremazia del diritto naturale rispetto al diritto storicamente posto che proprio nella tradizione stoica (da lui seguita circa mutamenti delle entità reali) era difesa e protetta?"²⁰⁸. Lo Studioso romano sostiene la tesi negativa, e cioè che "il

²⁰³ Tra i contributi più recenti, si segnala quello di M. HUMBERT, *Equité*, cit., 427 s., ma resta fondamentale l'esegesi di M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, cit., 339 s.

²⁰⁴ W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 299 ss.; A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 600; ID., *Natura e diritto*, cit., 212 ss., specialm. 239 ss.; M. BRETONNE, *Labeone*, cit., 264 s.; M. HUMBERT, *Equité*, cit., 427 ss., i quali pervengono però a conclusioni dissimili.

²⁰⁵ Per tale rilievo, F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antebadranae quae supersunt* II.1, Lipsiae, 1896, 18 ss.

²⁰⁶ Su cui ampiamente ancora A. MANTELLO, *Natura*, cit., 220 ss.; A. KACPRZAK, *L' 'actio aquae pluviae arcendae' ed il concetto labeoniano di natura*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 271 ss., con prec. bibl.

²⁰⁷ A. MANTELLO, *Natura*, cit., 239.

²⁰⁸ *Ibid.*, 239 s.

parametro equitativo non aveva mai il compito di dirimere fra queste due presunte sfere e magari di fondare una supremazia delle regole della prima rispetto alle regole della seconda”²⁰⁹. A mio parere, risulta più aderente a quanto dai testi in esame è dato ricavare la teoria già enunciata da Bremer²¹⁰, il quale attribuisce invece a Labeone una *ratio iuris naturalis*, fondante decisioni eversive rispetto ai pregressi assetti dello *ius civile*.

Torniamo allora a D. 47.4.1pr.-1. E’ Ulpiano ad attribuire a uno scritto di Labeone il richiamo alla classificazione in oggetto. Il giurista augusteo avrebbe sostenuto che, in assenza di un rimedio civilistico, il pretore era intervenuto con un’azione penale (pretoria) modellata sull’*actio furti nec manifesti* e fondata su un’*aequitas* più *naturalis* che *civilis*. Risalta qui la contrapposizioni tra ‘due’ equità: quella naturale e quella civile: quasi come se il giurista avesse voluto preliminarmente confermare quello che già costituiva un ‘dogma’ per Cicerone, e cioè la ‘giustizia astratta’ del diritto civile, la cui rigida applicazione, nel caso di specie, avrebbe tuttavia prodotto una decisione iniqua.

Ma esaminiamo la fattispecie discussa: un servo manomesso mediante testamento, dopo la morte del *dominus* e prima dell’*aditio hereditatis* (lo schiavo non era perciò ancora libero, ma neppure aveva un padrone) si era dolosamente adoperato affinché il patrimonio ereditario non pervenisse all’erede, sottraendo o danneggiando i beni ereditari. Sul piano delle regole tradizionali, non era possibile irrogare al servo alcuna sanzione. Il magistrato aveva concesso allora nei confronti dello schiavo, una volta divenuto libero, un’*actio utilis*. Questa azione, scriveva Labeone, ha in sé una ‘equità naturale’, piuttosto che una ‘equità civile’, dal momento che manca un’azione civile per siffatta fattispecie. Per le leggi di natura – questa la giustificazione addotta da Labeone – è infatti equo che non resti impunito chi sia reso più audace da questa speranza, di non potere essere obbligato (*coereri*) e condannato né come servo, in vista dell’imminente libertà, né come libero; e il pretore ha ritenuto di sanzionare con un’*actio in duplum* la malizia e la protervia di coloro che devastano i patrimoni ereditari.

E’ discusso²¹¹ se, per giustificare l’operato del pretore (Labeone non argomenta qui una sua soluzione!²¹²), decisamente “anomalo dal punto di vista giuridico-sistematico”²¹³, lo

²⁰⁹ *Ibid.*, 240.

²¹⁰ F. P. BREMER, *Iurisprudentiae Antihadrianae quae supersunt* II.1, cit., 18.

²¹¹ Cfr. A. MANTELLO, *Natura*, cit., 212 ss.

iuris peritus augusteo avesse realmente inteso richiamare il concetto metagiuridico di ‘giustizia naturale’ (nell’accezione ciceroniana), al fine di motivare il superamento delle logiche civilistiche e dunque la stessa *aequitas civilis*.

Il tenore del testo non sembra però lasciare adito a dubbi: si deve concludere in senso affermativo, e forse si può anche intravedere l’incipiente tendenza a ricondurre al gioco *aequitas civilis* / *aequitas naturalis* il complesso rapporto dialettico tra *ius civile* (comunque animato da una sua *aequitas* intrinseca, l’*aequitas civilis*, appunto) e il nuovo *ius honorarium* che, mosso dall’esigenza di rispettare i principi della giustizia naturale, intesi come necessariamente sovraordinati al diritto civile (nel brano appena esaminato l’*aequitas naturalis* ci appare dotata di una maggiore autorevolezza rispetto all’*aequitas civilis*) e quindi anche all’equità civilistica, cominciava a distaccarsi dalla concezione unitaria di Cicerone dello *ius civile*, quale *ius* della *civitas*.

Nella rappresentazione ciceroniana, l’*aequitas naturalis*, una volta tradotta in precetti ordinamentali diveniva *institutio*, *aequitas constituta*; ma l’intervento pretorio, a differenza del tradizionale impianto dello *ius civile*, non era subito dotato di simile ‘forza’: il magistrato, facendo leva sul suo *imperium*, si limitava a filtrare le istanze più urgenti del comune sentire sociale, consentendone non più di un ‘primo ingresso’ nella sfera della giuridicità. Soltanto un lungo consolidamento dei criteri pretori avrebbe potuto trasformare gli interventi magistratuali ispirati all’*aequitas naturalis* in *aequitas constituta*. In altri termini, l’intervento del pretore rispetto allo *ius civile* poteva sostanziarsi in una specie di ‘recezione’²¹⁴ della *naturalis aequitas*, della quale i giuristi si rendevano ‘mediatori’.

Sotto tale aspetto, va peraltro rimarcato come Labeone non esitasse a ricondurre alla medesima categoria dell’*aequitas* tanto “il momento positivo-normativo”, tanto “il momento naturale”²¹⁵; il dato ha indotto Mantello a concludere che nel settore giurisprudenziale il richiamo ai valori dell’*aequitas* potesse “trovare un piuttosto tipico impiego di stampo *non etico-filosofico*”²¹⁶. Ma, a mio parere, non sussistono elementi sufficienti per ritenere che la con-

²¹² Opportunamente lo rileva L. VACCA, *L’aequitas*, cit., 39.

²¹³ M. BRETONE, *Natura*, cit., 264.

²¹⁴ Così A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 601.

²¹⁵ A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 601.

²¹⁶ *Ibid.* 601.

cezione trasparente dal testo si differenzi sensibilmente rispetto agli inquadramenti cicero-niani.

Neppure convince l'asserzione secondo cui in Labeone, così come già in Cicerone, non compaiono elementi di una 'gerarchia' tra i valori dell'*aequitas naturalis* o dell'*aequitas constituta*: benché effettivamente non venga affermata la netta supremazia dei primi, rispetto ai secondi, le decisioni esaminate sembrano sottendere, quale loro *a priori*, appunto l'esigenza di dare la prevalenza alle istanze morali più largamente condivise, rispetto allo *strictum ius*. Atteso che il diritto vigente è esso stesso *aequitas* (in Cicerone e in Labeone), il ricorso all'equità naturale si rivela opportuno e necessario qualora: a) si verifichi una lacuna normativa; b) le caratteristiche del caso di specie all'esame siano tali da sconsigliare l'applicazione del diritto vigente (*aequitas civilis*, o *aequitas constituta*), in quanto si produrrebbe una decisione iniqua, mentre il ricorso al parametro dell'equità naturale (*aequitas naturalis*) dà luogo ad una soluzione 'giusta'.

In definitiva, in Labeone l'*aequitas naturalis* viene richiamata quale "fondamento normativo per la concessione di una tutela giurisdizionale, che non era prevista dal *ius civile*"²¹⁷. Non inficia questa conclusione il dubbio che l'attuale formulazione di D. 47.4.1.1 sia – almeno in parte – da ascrivere a mano ulpiana, se non addirittura a rimaneggiamenti posteriori²¹⁸: un elemento che conferma la circolazione del concetto di *aequitas naturalis* già nel primo Principato, e segnatamente con lo stesso significato adottato da Labeone, è costituito dal seguente brano ulpiano

Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.7: *Sed si servus, qui testamento heredi inusus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dedit heredi decem, an repetere possit? et refert patrem suum celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.*

²¹⁷ W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 320.

²¹⁸ Da *sed* in poi si è ipotizzato una riformulazione ulpiana da parte di A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 601; ID., *Natura*, cit., 242.

La decisione celsina fondata sulla *naturalis aequitas* è databile tra la fine di I e I primi anni del II sec. d.C.²¹⁹. La questione discussa è la seguente: uno schiavo manomesso con il testamento sotto condizione di pagare dieci, ignorando l'esistenza di un codicillo che similmente lo manometteva, ma *pure*, cioè senza subordinare la manomissione a questo pagamento, poteva ripetere la somma mediante *condictio*, una volta acquistata la libertà? Celso padre aveva dato un responso negativo, (probabilmente argomentando che un codicillo non confermato nel testamento non poteva eliminare la condizione testamentaria), mentre Celso figlio, contro il parere precedentemente espresso da suo padre, risponde affermativamente, ispirandosi al criterio dell'*aequitas naturalis* (vi è qui una oscillazione interpretativa in ordine al contrasto tra *verba* e *voluntas*?), e la sua decisione è approvata da Ulpiano²²⁰.

22.- *Da Adriano ai Severi: verso la chiusura del sistema*

Dopo la fase augustea si sostanzia un nuovo assetto delle 'fonti di produzione' del diritto, che si accentua nell'età di Adriano: "a partire da quest'epoca unico interlocutore del giurista sarà l'Imperatore, le cui pronunce normative costituiscono il nuovo limite 'esterno' all'*interpretatio*, ma non incidono in modo significativo sulle tecniche di argomentazione e 'costruzione casistica del sistema' proprie della *scientia iuris*"²²¹.

Nel complesso, il dualismo fra *interpretatio prudentium* e costituzioni imperiali si andava accentuando, dando luogo a un 'conflitto politico'²²². Nel valutare l'apporto del pensiero giurisprudenziale nell'epoca in cui questo veniva espresso, va tra l'altro ricordato che il 'potere' di costruzione della *scientia iuris* e più in generale degli *iura populi Romani* spettava ai soli giuristi muniti di *ius publice respondendi* (Gai 1.7: *quibus permissum est iura condere*). Dal novero dei giuristi 'selezionati' dal Principe era già stato escluso, in età augustea, Labeone, anche se all'epoca il non essere insigniti della possibilità di *respondere ex auctoritate principis* non aveva effetti così stroncanti, come invece ebbe nell'età di Adriano; e d'altronde l'indiscussa *doctrina* di Labeone ne aveva posto i pareri su una soglia di attenzione talmente alta da far sì che le

²¹⁹ Per la datazione, dettagli in W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 304.

²²⁰ Sul testo, W. WALDSTEIN, '*Aequitas*', cit., 148, 155.

²²¹ L. VACCA, L'*aequitas*', cit., 41.

²²² *Ibid.*

sue opinioni, una volta asseverate dal consenso dei giuristi coevi e successivi, costituissero comunque *ius*.

Tornando più specificamente al valore del ricorso all'*aequitas* nel Principato, tutte le ricerche svolte in materia evidenziano l'iniziale diffusione di una utilizzazione più generica del parametro equitativo, ormai inteso a "sottolineare in buona sostanza e spesso in modo fortemente 'intuitivo' l'opportunità d'una certa soluzione tecnico-giuridica perché considerata in sé migliore alla luce della concreta realtà delle cose"²²³ o –aggiungerei– di principi reputati sovrastanti rispetto al diritto vigente.

Un più sensibile mutamento di rotta –come si è accennato– è stato da alcuni intravisto con l'avvento dell'età adrianea²²⁴.

In Gaio la specificazione *bonum et aequum* sembra acquistare particolare rilievo. Il riferimento ad un *ex bono et aequo interpretationem capere*²²⁵ risulta distinto dal *secundum stricti iuris rationem expediri*²²⁷; e il richiamo alla *civilis ratio* che *naturalia iura corrumpere non potest* (effettuato in tema di *actio in bonum et aequum concepta*)²²⁸ esprime da una lato un vero e proprio "contrappunto concettuale"²²⁹, in cui la *ratio* viene istituzionalizzata e oggettivizzata (come emerge anche dall'insospettabile Gai 1.158), dall'altro lato l'esplicita affermazione di una primazia del 'diritto naturale' rispetto alla *civilis ratio*. I toni decisi, copiosamente ravvisabili in Gaio (sempre che i passi gaiani nei Digesti si considerino genuini²³⁰), va insieme a "una migliore attenzione al rapporto fra il momento 'equitativo' e lo stretto diritto che (solo parzialmente anticipata da Labeone con il ben diverso contrasto terminologico fra *naturalis* e *civilis aequitas* [...]) si ritroverà anche in altri giuristi del secondo secolo"²³¹.

Ed è infatti Celso che, almeno nella stratificazione offertaci dai Digesti, ci appare il primo giureconsulto romano "a configurare il momento 'equitativo' non più come referente concettuale per proporre una soluzione piuttosto che un'altra in ordine ad una determi-

²²³ A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 601, il quale però riconduce tale impostazione già a Labeone.

²²⁴ A. MANTELLO, *ibid.*, sulle cui orme L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 41.

²²⁵ Gai 1 *de test. ad ed. praet.* D. 35.1.16.

²²⁶ Secondo altre letture: *scripti*.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Gai 4 *ad ed. prov.* D. 4.5.8.

²²⁹ A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 604 s. e nt. 76.

²³⁰ Non nutre dubbi al riguardo A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 604.

²³¹ *Ibid.*, 601.

nata fattispecie, quanto e piuttosto come fine precipuo dell'attività giurisprudenziale²³². In tale prospettiva, si “tende a generalizzare il ruolo del dato ‘equitativo’ come obiettivo dell’elaborazione giurisprudenziale”²³³. Ma questa è la risultante della sistemazione bizantina: occorre ricordare come la lettura congiunta di D. 1.1.1pr. con D. 12.1.32 dimostri l’applicazione, da parte di Celso, della sua definizione del diritto a casi concreti²³⁴; inoltre, l’esame complessivo dei testi nei quali Celso richiama l’*aequitas* palesa una chiara propensione del giureconsulto per una concezione assai concreta di tale argomento²³⁵; il che, peraltro, bene si inquadra nelle logiche complessive della sua età. I sospetti di alterazione testuale paiono infondati: la genuinità del richiamo celsino al *bonum et aequum* pare confermata dalla circolazione dei medesimi concetti e formule espressive già nelle opere ciceroniane²³⁶ e poi –come appena illustrato– in Gaio.

Un altro indizio nel senso di una più tarda tendenza alla generalizzazione del concetto di equità è in

Paul. 17 *ad Plaut.* D. 45.1.91.3: *et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur.*

La *emendatio morae postea offerendo* viene presentata da Celso (è dubbio se *adulescens* stia ad indicare Celso figlio o un’opera giovanile di Celso padre), secondo le logiche del ragionevole²³⁷, come *quaestio de bono et aequo*, con una precisazione probabilmente pauliana o addirittura insitica: la guida del giurista è appunto nel *bonum et aequum* e si può anche sbagliare rovinosamente, operando sotto l’autorità della scienza del diritto, cieca nei confronti dell’*ars boni et aequi*²³⁸.

²³² *Ibid.*, 601 s.

²³³ *Ibid.*, 605.

²³⁴ Lo sottolinea W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 320; su D. 12.1.32 v. anche H. HUMBERT, *Equité*, cit., 450, il quale collega il richiamo celsino all’argomento del *bonum et aequum* in particolare all’ ‘audacia’ della decisione del giurista.

²³⁵ Rinvio, a tale riguardo, al percorso esegetico di M. HUMBERT, *Equité*, cit., 444 ss.

²³⁶ Cic. *part. or.* 130;

²³⁷ Così M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, cit., 290.

²³⁸ Sul passo, ancora di recente W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 308.

Ancora un riscontro della stessa propensione verso “un mare aperto, dove sono in agguato le insidie dell’irrazionalismo”²³⁹, si può trovare nel pensiero di Marcello in D. 4.1.7.1: *et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere*²⁴⁰.

Il passo attiene alla materia dell’assenza processuale della reintegrazione dell’assente. Marcello, dopo avere riportato il rescritto di Antonio Pio, il quale con particolare circospezione aveva invitato il pretore a d accordare la *restitutio in integrum* a un tale che aveva perso la lite a cusa di un’assenza²⁴¹, afferma che lo strumento restitutorio non opera soltanto in casi dello stesso genere, in quanto è necessario tutelare quanti vengono incolpevolmente tratti in ingano, specie se l’avversario è ricorso a una frode e se spetta l’azione per il dolo: ed è proprio del pretore avveduto ripristinare la controversia, così come suggeriscono la ragione e l’equità, anziché dare luogo a un’azione infamante (scil., l’*actio de dolo*), alla quale si deve ricorrere soltanto quando vi sono altri rimedi.

Nel testo, l’accostamento tra *ratio* ed *aequitas* lascia intravedere una necessaria complementarietà tra ‘momento razionale’ e ‘momento equitativo’, quasi che la *ratio* avesse la funzione di evitare una troppo ‘intuitiva’ identificazione dell’*aequitas* con il mero buon senso e con il comune sentire. Sfumature, queste, che però opportunamente Antonio Mantello mette in guardia dal sopravvalutare, attesa la scarsa attitudine alla teorizzazione in materia, almeno da parte dei giuristi romani, e la conseguente reperibilità di incongruenze persino negli orientamenti del singolo giurista²⁴².

Su questo nuovo percorso, l’impiego dell’*aequitas* si avvia dunque a divenire più ‘generico’. Quando questo sia avvenuto, però, non è dato saperlo ed è incauto attribuire la svolta all’età adrianea o a Celso in particolare: non sappiamo di preciso né in quale contesto Celso avesse eventualmente espresso la sua celebre definizione di ‘*ius*’ come *ars boni et aequi*²⁴³, né possiamo del tutto escludere un ‘ritocco’ ulpiano (benché esso non si debba dare per

²³⁹ M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 290.

²⁴⁰ Marcell. 3 *dig.* D. 4.1.7.1; sul brano, M. BRETONE, *Storia*, cit., 246.

²⁴¹ Marcell. 3 *dig.* D. 4.1.7pr.

²⁴² A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 605 nt. 76.

²⁴³ Tra la sconfinata bibl. in materia, cfr. soprattutto F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7 ss., che si esprime in senso contrario a P. CERAMI, *La concezione celsina del ‘ius’*, I, Palermo, 1985, 7 ss. e *passim*, negando che Celso si riferisse solo alla giurisprudenza.

scontato²⁴⁴) o bizantino all'originaria espressione celsina. Ma va ammesso che una prospettiva del genere 'derogatorio' del 'momento normativo-positivo' già con riguardo al II secolo si avviava a non essere più confacente al tipo di rapporto instauratosi, dopo la codificazione dell'editto, tra Principe e giuristi; e tanto meno, come è ovvio, un intervento degli organi giudicanti inteso a derogare il diritto positivo in nome dell'equità poteva essere accettato nel diritto giustiniano, una volta affermata la concezione dell'Imperatore come unico creatore e interprete del diritto.

Resta invece traccia, nei Digesti, della originaria concezione, propria della giurisprudenza del Principato: *ius est ars boni et aequi. cuius merito quis nos sacerdotes appellet* (Ulp. D. 1.1.1.pr.-1). L'attività, la prassi metodico-specialistica del *bonum et aequum*, in cui si sostanzia e si identifica lo *ius*, è posseduta dai giuristi, sacerdoti dello *ius*²⁴⁵: nell'indicare come essenza e finalità dello *ius* il *bonum et aequum*, a Celso-Ulpiano interessava probabilmente "dar risalto (...) allo *Juristenrecht* quale distillato ultimo dei processi interni all'esperienza giuridica"²⁴⁶.

Comunque si voglia intendere il senso (originario e/o giustiniano) della definizione celsina, sta di fatto che l'equità, strumento e finalità delle attività dei giuristi, ci viene presentata come realtà immanente, non trascendente la realtà concreta. Ed è solo nel tardo Principato che sembra affiorare la tendenza (non ancora un orientamento univoco) a considerare l'equità come "un referente 'metastorico' da contrapporre al referente storico giuridico-precettivo"²⁴⁷.

23.- *Gli ultimi giuristi: la fine della controversialità del diritto*

Ulpiano, nel riportare (forse con qualche 'correzione') la dottrina celsina dello *ius* (D. 1.1.1.pr.1), guarda "alla determinazione del *bonum et aequum* in rapporto ad un mondo rarefatto e costante di valori"; lo dimostra, tra l'altro, il riconoscimento al giurista del compito di tendere, attraverso l'esplicazione della sua attività tecnica, alla *vera philosophia* (sapere tota-

²⁴⁴ V. sul punto, con una contrastante ipotesi, A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 608.

²⁴⁵ Per questa interpretazione, P. CERAMI, *La concezione*, cit., 18 s.

²⁴⁶ A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 607.

²⁴⁷ *Ibid.*, 608.

le). In buona sostanza, la filosofia ci viene così presentata come “una specie di bussola indispensabile al navigare quotidiano”²⁴⁸.

Anche la circostanza che a riferire la distinzione labeoniana tra *aequitas civilis* ed *aequitas naturalis* sia stato Ulpiano, non è probabilmente casuale, considerato il ricorrere del tema dell'*aequitas naturalis* negli scritti ulpiane²⁴⁹. Il richiamo all'equità ha ormai una valenza ben diversa rispetto al passato: il giurista severiano non può di certo ambire ad uno stravolgimento del diritto vigente mediante il ricorso allo schema operativo dell'*aequitas*, e il fondamento equitativo delle decisioni assunte dai giuristi delle età precedenti talora costituisce per Ulpiano criterio di scelta tra i vari indirizzi giurisprudenziali o offre una buona giustificazione a singole disposizioni contenute nell'editto pretorio, di cui effettua frequenti *laudationes*²⁵⁰.

Di recente è stato reso oggetto di nuovi studi specifici²⁵¹ il c.d. editto di ritorsione (D. 2.2.1pr.; D. 2.2.3pr.), finalizzato alla repressione tanto degli atti illegittimi dei magistrati, tanto alla sanzione delle petizioni ingiuste di azioni. In forza dell'editto, il privato si sarebbe visto applicare la stessa disposizione illegale della quale si era anteriormente avvantaggiato; e qualora un magistrato avesse adottato (mediante *edictum repentinum*, sembra di capire) nei confronti di un privato un provvedimento anteriormente non contemplato né dallo *ius civile* né dall'editto (*novum ius*), nell'ipotesi in cui il magistrato stesso si trovasse ad essere in seguito parte di una controversia di quel genere, gli si sarebbe applicato il medesimo provvedimento.

²⁴⁸ *Ibid.*, 609, con altri riferimenti.

²⁴⁹ Si leggano di Ulp.: D. 2.2.1pr. (*hoc edictum summam habet aequitatem*); D. 2.10.1pr. (*aequissimum putavit praetor*); D. 2.14.1pr. (*huius edicti aequitas naturalis est*); D. 13.5.1pr. (*hoc edicto praetor favet naturali aequitate*); D. 4.4.1pr. (*hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit*); D. 37.5.1pr. (*hic titulus aequitatem quondam habet naturalem et ad aliquid novam*); D. 43.26.2.2 (*hoc interdictum restitutorium est. Et naturalem habet in se aequitatem*). Sui testi qui citt., v. W. WALDSTEIN, 'Aequitas', cit., 152; M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, cit., 343 e *passim*.

²⁵⁰ M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*, cit., 343.

²⁵¹ C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giurisdicente nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorsione e l'abrogatio iurisdictionis*, in AA.VV., *Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für D. Liebs zum 75. Geburtstag*, a cura di K. Munscheler, Berlin, 2011, 419 ss.; il tema è stato trattato sotto diversi profili anche da F. TUCCILLO, nel corso di una relazione su '*Ius novum nec constitutum*', svolta a Napoli il 13 gennaio 2012, nel corso del ciclo seminariale *Tempo e tempi del diritto*. Altri recenti, ma più brevi riferimenti ai testi citt. sull'editto di ritorsione, in M. HUMBERT, *Equité*, cit., 470 s.; J. F. STAGL, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer 'aequitas'*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 709 s. (il quale sostiene la genuinità dei richiami ulpiane all'*aequitas*, in quanto caratteristici dei suoi apprezzamenti delle clausole edittali).

Di questa clausola Ulpiano, in D. 2.2.1pr.-2, loda la *summa aequitas*, poiché –chiarisce– il principio giuridico che il magistrato ritiene equo applicare agli altri deve valere anche nei suoi confronti. Sempre dai commentari edittali è tratto un passo ulpiano sistemato dai compilatori come D. 2.2.3pr.: qui il giurista di Tiro precisa che se il magistrato ha applicato un diritto iniquo (*iniquum ius*), lo stesso provvedimento (iniquo) deve essere adottato nei suoi confronti, ove egli sia parte in una controversia analoga. In questo contesto il richiamo all’equità è duplice. La *summa aequitas* dell’editto di ritorsione è, con evidenza, nell’applicazione del principio (e del significato) tradizionale dell’*aequitas*, già enunciato da Cicerone in *top.* 4. 23: *valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat*. Mentre l’*iniquum ius* adottato dal magistrato e a lui stesso da applicarsi è evidentemente un diritto ‘ingiusto’, inadeguato al caso concreto sottoposto alla sua giurisdizione. In definitiva, neppure nell’ambito del c.d. editto di ritorsione il richiamo all’*aequitas* (e *iniquitas*) da parte di Ulpiano vale a introdurre proprie soluzioni innovative.

Paolo, dal canto suo, in generale ricorre a Wertbegriffe o a offene Wertungen (quali *natura* o *ius gentium* o *fas*) quando la tradizionale costruzione dogmatica risulta insoddisfacente, utilizzando i concetti valutativi “come strumenti sussidiari-evocativi” per giungere alla soluzione desiderata (perché più confacente alle logiche giuridiche condivise). Tanto risulta dalla lettura di Paul. D. 18.1.34.1-2 (sugli oggetti della compravendita) e di Paul. D. 45.1.83.5 (dove il giurista si rifà a valori etico-sociali, di fronte a una questione di dogmatica giuridica, effettuando una equiparazione della impossibilità naturale alla illiceità giuridica)²⁵².

Il *bonum et aequum* risulta invece ‘oggettivizzato’, in Paolo, in modo ancora più marcato, almeno a giudicare dal tenore dei materiali pervenuti. E’ fondamentale al riguardo il celebre brano sistemato come D. 1.1.11, dove lo *ius* –che , sostiene lo *iuris peritus*, può essere definito in vari modi- viene identificato in ciò che *semper aequum ac bonum est*, come lo *ius naturale*. Nel testo pauliano “sono rintracciabili con ogni verosimiglianza risonanze di tradizione stoica”²⁵³, nonché elementi della successiva intermediazione retorica operante sul parametro equitativo, che già aveva preparato il terreno alla definizione celsina dello *ius* come *ars boni et aequi*. Tuttavia nel brano è presente un elemento ulteriore: l’identificazione dello

²⁵² Articolata esegesi dei testi in D. NÖRR, *Alla ricerca*, cit., 552 ss.

²⁵³ A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 614, che accoglie una osservazione di NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 140.

ius nel *quod semper bonum ac aequum est*, e dunque con lo *ius naturale*, non è, per Paolo, l'unica possibile qualifica dello *ius*, che può invece individuarsi anche nello *ius civile* (*in quaqua civitate utile est*) e/o ancora nello *ius honorarium*²⁵⁴. Per quanto risulta, Paolo è il primo a equiparare allo *ius naturale* il *bonum ac aequum*, inteso come *modus iuris*²⁵⁵.

Sul punto, Ulpiano apre invece prospettive diverse: egli rappresenta lo *ius naturale* ben diversamente, cioè come *quod natura omnia animalia docuit* (D. 1.1.13), richiamando suggestioni “di tipo diverso, ‘pitagorizzanti’, dovuti alla probabilissima mediazione di dibattiti mistico-esoterici, non retorici adesso, propri dell’ambiente di corte e per patra via riscontrabili nella *Vita d’Apollonio di Tiana* scritta dal contemporaneo Filostrato di Lemno”²⁵⁶.

Sebbene Paolo e Ulpiano palesino orientamenti e inclinazioni filosofiche non in tutto combacianti in materia di *ius naturale*, essi sono pur sempre accomunati da una rappresentazione affine dell’equità e della sua funzione in rapporto con il diritto. Pur non teorizzando alcunché circa i confini tra ‘giuridico’ e ‘non giuridico’, entrambi forniscono alcune significative indicazioni, ovviamente legate alle logiche (soprattutto politiche) del loro momento storico. Nel complesso, la giurisprudenza severiana tende “a rendere *più lucida e giuridicizzata*” la coscienza dei nessi fra ‘morale’ e ‘diritto’, ma al tempo stesso, in questa nuova visuale, l’equità si avvia a perdere (né poteva essere altrimenti) la sua primitiva funzione di *Rechtskritische Kategorie*, per assumere un ruolo di formidabile supporto dello *ius scriptum* (ivi incluso l’editto pretorio, ormai codificato).

Questa svolta non è spiegabile in termini esclusivamente tecnico-formali, bensì con la consapevolezza, da parte degli stessi giuristi, del proprio ruolo e dei limiti del proprio agire: la burocratizzazione della giurisprudenza, la tipizzazione dei migliori giuristi come *grand commis* dell’apparato imperiale, il tentativo di dare massima saldezza alle forme di controllo giuridico-politico garantite dal giurista in quanto tecnico di regime devono avere stimolato una riflessione in questo ambito²⁵⁷. In un certo senso, attraverso le loro definizioni e il loro avvicinamento esplicito alla filosofia, Paolo e Ulpiano sembrano voler “dare una solu-

²⁵⁴ Sul passo v. soprattutto W. WALDSTEIN, *La definizione*, cit., 124; A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 609.

²⁵⁵ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, 507 nt. 20.

²⁵⁶ A. MANTELLO, *Un’etica* cit., 615; ID., *Il sogno, la parola, il diritto: appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, in *BIDR*, 33-34 (1991-1992) 349 ss.

²⁵⁷ Così A. MANTELLO, *Un’etica*, cit., 611 s.

zione al problema della collocazione del giurista all'interno delle strutture di potere, ma in chiave di netta subordinazione del giurista al potere stesso”²⁵⁸.

Può risultare di qualche interesse anche soffermarsi brevemente sull'uso del parametro equitativo da parte di uno degli ultimi giuristi romani, Ermogeniano²⁵⁹. Di questo giurista, operante alle soglie dell'Impero, ci sono pervenuti quattro brani in cui ricorre la menzione dell'*aequitas*.

Uno di essi (Hermog. D. 4.4.17) non riguarda il sistema delle fonti del diritto, ma la '*iniquitas sententiae*' (perché errata, in fatto o in diritto). In Hermog. D. 14.2.5pr.-1 il richiamo all'equità compare due volte. Nel principio del passo si esclude l'avaria comune se la nave non si salva (il *damnum amissae navis* non dà luogo a un *collationis consortium*, ed è a questo proposito che ricorre il primo richiamo all'*aequitas*), mentre viene ammessa qualora, per salvare la nave, si tagli l'albero che la mette in pericolo; in caso di caduta dell'albero, *aequitas contributionis habebit locum*. *Aequitas contributionis* potrebbe significare 'uguaglianza, parità'; in tal caso il giurista avrebbe inteso affermare che doveva avere luogo parità nella ripartizione del danno.

D. 36.4.11pr. riporta invece un brano estrapolato da Hermog. 4 *iur. epit.* Il giurista tratta del conflitto tra un tale che, *fideicommissorum servandorum causa*, ha ottenuto la *missio in possessionem* e il titolare di un fedecommesso di cosa singola che –pare²⁶⁰– sia stato *missus in singulam rem*, per cui “al fedecommesso, lasciato di per sé obbligatorio, viene a riconoscersi un'efficacia, se si vuole, reale”²⁶¹. Il giurista reputa che tra i due debba prevalere il fedecommisario di cosa specifica, quindi rafforza la sua decisione introducendo un *argumentum a similibus*: così come nei confronti del *missus in possessionem legatorum servandorum causa* prevaleva il beneficiario di un *legatum per vindicationem* disposto *sub condicione*, o lo *statuliber* qualora la condizione si fosse avverata. La decisione circa la prevalenza del fedecommisario di cosa singola è motivata da Ermogeniano come segue: il *missus in singulam rem* fa valere un lascito che ha per oggetto la cosa stessa nella quale è stato immesso, perciò sembra più equo (*aequius est me eam habere*) che la *res* resti a costui.

²⁵⁸ *Ibid.*, 612.

²⁵⁹ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 255 ss.

²⁶⁰ Secondo la lettura proposta da M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 263.

²⁶¹ *Ibid.*, 263.

Per comprendere la portata del richiamo al parametro equitativo occorre tenere presente che la soluzione del caso discusso da Ermogeniano non era affatto scontata, così come invece si può dire con riguardo alle esemplificazioni addotte dal giurista (disposizioni condizionali rilevanti sul piano dei diritti reali: pertanto, una volta verificatasi la condizione, le *res* non entravano nel patrimonio ereditario acquistato dagli eredi e dunque risultavano sottratte alla *missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa*). Viceversa, la *missio in singulam rem* (poi soppressa da Giustiniano) era concessa dal *praetor fideicommissarius* in forza di una disposizione a carattere obbligatorio, sicché coesisteva il carattere meramente obbligatorio del fedecommesso con gli effetti della *missio*, i quali invece proteggevano il fedecommissario sul piano dei diritti reali (fino a fargli acquistare il *dominium* sulla cosa). Il fedecommissario di cosa singola, dunque, nel chiedere la *missio* faceva valere un diritto basato su una disposizione obbligatoria, peraltro non riconosciuta né dallo *ius civile*, né dallo *ius honorarium*²⁶².

Di qui il problema: appartenevano di sicuro al patrimonio ereditario quelle cose oggetto di fedecommesso di cosa singola per cui si chiedeva la *missio in singulam rem* (ma sulle quali gli altri fedecommissari avevano conseguito la *missio fideicommissorum servandorum causa*). Il fedecommissario di cosa singola, pertanto, fino a che non fosse stato immesso non avrebbe avuto alcun diritto tutelato sul piano dei diritti reali, ma un mero *ius ad rem*²⁶³. E' la specialità del lascito a costituire “il baricentro dell'argomentazione”²⁶⁴ addotta da Ermogeniano, anche se gli *argumenta a similibus* non si rivelano perfettamente calzanti. E dal momento che la questione non si poteva risolvere sul piano della tecnica giuridica, ecco spiegato il ricorso al parametro equitativo.

Naturalmente, ancora una volta occorre chiedersi la verosimiglianza di una attribuzione ad Ermogeniano di un siffatto richiamo, considerati i caratteri dell'opera originaria da cui il brano è stato escerpito dai compilatori. Al riguardo va considerato che *aequius est* è una terminologia propria della giurisprudenza classica, anche se non molto frequente: ma si tratta di una delle forme in declino a partire dalla cancelleria dei Severi, “ a favore di giri di

²⁶² Così M. TALAMANCA, *L' 'aequitas'*, cit., 265 s.

²⁶³ *Ibid.*, 266.

²⁶⁴ *Ibid.*, 267.

frase costruiti con l'astratto *aequitas*²⁶⁵; soprattutto, pare difficile che negli anni in cui Ermogeniano operava si apprezzassero ancora ardite interpretazioni innovative (rispetto allo *ius scriptum*) fondate sull'*aequitas*. E' quindi probabile che "il rinvio all'*aequitas* e, qui, anche il modo di esprimerlo" risalissero "al materiale classico utilizzato dal tardo giurista"²⁶⁶.

24.- *La 'funzione correttiva' dell' aequitas, tra diritto e morale*

Quanto appena osservato conferma l'impossibilità di produrre risultati unificanti circa la portata dell'*aequitas* nel pensiero dei *prudentes* vissuti nell'età del Principato, così come di dimostrare chiare divaricazioni dell'atteggiamento giurisprudenziale rispetto agli assetti retorici e filosofici. Al contrario, sembra che, allo stato delle fonti, la distinzione ciceroniana tra l'*aequitas constituta* e l'*aequitas* che si trova in natura abbia influenzato sensibilmente gli orientamenti dei giureconsulti, i quali, se da un lato hanno considerato il tradizionale *ius constitutum*, lo *ius civile*, intessuto e intriso di *aequitas* (*aequitas civilis*), dal momento che le norme stesse erano concepite come la traduzione in regole dei valori sociali correnti, per altro verso non hanno poi esitato a scorgere 'un'altra' *aequitas*, quella che spinge e orienta l'evoluzione del diritto verso un adeguamento ulteriore (rispetto a quello già avvertito dal legislatore): l'*aequitas naturalis*, la quale induce a integrare e correggere *ius civile* ed *aequitas civilis* secondo i principi dell'*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Non a caso, il parametro equitativo compare spesso qualificato come *aequitas naturalis* laddove "il ragionamento giurisprudenziale lascia trasparire tensioni e tentativi di superare il *traditum*"²⁶⁷, oppure esigenze di legittimazione dei poteri discrezionali del magistrato o del ruolo creativo del giurista. E ancora, in una prospettiva ben diversa, il richiamo all'*aequitas* – senza ulteriori qualificazioni- rivela la necessità di legittimare lo stesso ordinamento vigente (*aequitas civilis; ius est ars boni et aequi* ecc.).

Di questa *aequitas naturalis* si avvalevano non soltanto direttamente i giuristi nelle loro funzioni di *respondere, cavere* e *agere*, ma anche, e sovente, i magistrati, sebbene attraverso la mediazione 'ufficiosa' dei giuristi. I magistrati, infatti, erano i soli legittimati a 'forzare' i limiti posti dall'ordinamento giuridico, avvalendosi del loro *imperium*. In tale ambito, il pen-

²⁶⁵ *Ibid.*, 269.

²⁶⁶ *Ibid.*, 269.

²⁶⁷ A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 610.

siero giurisprudenziale aveva sicuramente un ruolo di guida e di orientamento tanto nella composizione degli editti magistratuali, quanto dell'attività quotidiana del *dicere ius*, ma si trattava di un ruolo ufficioso, oscuro, celato. Il pretore “viene comunque sempre guidato e sorretto dalla mediazione tecnica del giurista”²⁶⁸.

Nel periodo proto-classico il rapporto dialettico tra *aequitas civilis* ed *aequitas naturalis* sembra essere stato attivo nell'ambito dei due principali livelli dell'ordinamento giuridico dell'epoca: *ius civile* e *ius honorarium*. Va dunque meglio compresa o calibrata l'idea secondo la quale, nel contesto storico dell'ultima repubblica e del Principato, l'*aequitas* dei giuristi “non è un principio etico generale, ma un criterio tecnico che permette di introdurre soluzioni innovative in coerenza con il diritto previgente”²⁶⁹. I testi fin qui letti sembrano piuttosto evidenziare che l'*aequitas*, fu sì criterio tecnico, ma quasi sempre informato al principio morale, specie laddove operante ‘dall'esterno’ (rispetto allo *ius scriptum*).

Molti dei passi giurisprudenziali fin qui esaminati descrivono “il procedimento euristico di ‘diagnosi dei casi concreti’ ed individuazione degli elementi qualificanti”, per il quale Labeone si richiama all'*aequitas*, quale valore in grado di orientare l'interprete verso la soluzione più confacente alla *ratio* della norma da applicare alla fattispecie in esame; oppure per estendere, una volta individuati gli elementi di fatto caratterizzanti la fattispecie, “soluzioni giuridiche già individuate per casi simili a situazioni non espressamente contemplate”²⁷⁰. Ma tale *aequitas* invocata dai giuristi, può considerarsi come un valore già intrinseco al diritto previgente?

In siffatti contesti, quando valutazioni equitative suggeriscono l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica di una norma (legislativa o edittale che sia), il tenore dei passi esaminati sembra suggerire che solo in qualche caso è la *ratio* equitativa insita nella stessa norma a guidare l'interprete nella sua utilizzazione per la soluzione delle fattispecie ‘simili’: vi è infatti un elemento che resta almeno in buona parte estraneo all'esercizio della mera tecnica giuridica. E questo elemento è il compito –assai delicato– lasciato al giurista di individuare ciò che è equo ritenere ‘simile’ o ‘dissimile’ (emblematica, al riguardo, appare

²⁶⁸ L. VACCA, L'*aequitas*', cit., 42.

²⁶⁹ *Ibid.*, 41.

²⁷⁰ *Ibid.*, 41, dove si richiama in proposito il summenzionato brano relativo all'esonero dalla responsabilità derivante da *cautio damni infecti* in ipotesi di danno prodotto a seguito di *vis cui resisti non potest*.

l'applicazione analogica dell'editto *De incendio ruina rate nave expugnata*)²⁷¹. Ebbene, è proprio qui che soccorre la celsina *ars boni et aequi*: in mancanza di una norma positiva, i criteri cui il giurista si deve ispirare per decidere se procedere o non procedere ad una interpretazione estensiva o applicazione analogica sono quelli dell'*aequum et bonum*, della *naturalis aequitas*, dello *ius naturale*²⁷².

Quando occorre correggere, o addirittura contraddire lo *ius civile* (è questo il caso delle logiche alla base delle *in integrum restitutiones* e delle *exceptiones*), spetta al magistrato, avvalendosi dell'*imperium*, procedere alla sostanziale inosservanza della norma civilistica, sul fondamento dell'*aequitas naturalis*, che non è difficile immaginare ufficiosamente suggeritigli dai giuristi. In ogni caso, dal testo in D. 47.4.1.1, sopra esaminato, emerge che quanto meno in sede di riflessione *ex post* la giurisprudenza romana abbia giustificato mediante il ricorso ai principi dell'*aequitas naturalis* alcune nette deviazioni rispetto alle regole civilistiche, decise dal pretore e dallo stesso attuate; in altri termini, il giurista 'copre' con l'autorevolezza propria e delle leggi di natura (invocate a mò di 'clausola generale', che permette l'integrazione o la correzione o la disapplicazione dello *ius* previgente) l'operato del pretore. Un meccanismo del genere si inserisce perfettamente in un tipo di sistema aperto, come appunto quello romano della prima età classica. Ed è un meccanismo che, pur lasciando trasparire la consapevolezza dei giuristi dell'epoca di non essere dei 'legislatori', ma soltanto dei "mediatori dell'ordine insito nella natura stessa dei rapporti"²⁷³, lascia a *iuris periti* e magistrati ampio spazio per plasmare e trasformare lo *ius scriptum* in maniera rispondente alle istanze morali condivise.

Sotto il medesimo profilo, occorre sottolineare che l'*aequitas* costituì, per giureconsulti e magistrati romani, uno strumento prezioso per giustificare le prime applicazioni di raffinate tecniche di interpretazione estensiva (facendo leva su vocaboli polisensu) o applicazione analogica delle norme (legislative o edittali). Il richiamo ai valori dell'*aequitas* ci si presenta in questo ambito come un 'grimaldello' indispensabile per realizzare l'evoluzione del-

²⁷¹ Differenti conclusioni esprime L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 42, la quale sostiene che le logiche equitative fossero già insite nelle norme da interpretare.

²⁷² Si tratta di uno spunto tratto dall'ottima opera di FÉLIX SENN (*De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice suivie d'une étude sur la distinction du 'jus naturale' et du 'jus gentium'*, Paris, 1927 (specialm. 19 ss.), ridiscussa da W. WALDSTEIN, *La definizione*, cit., 89 ss., specialm. 125

²⁷³ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 59 s., il quale cita al riguardo Pomp. *sing. ench.* D. 1.2.2.13 (... *quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius [SCIALOJA: medium] produci*).

lo *ius scriptum*, considerato che i metodi ermeneutici in oggetto all'epoca non erano stati né compiutamente distinti tra loro o teorizzati (occorre, per questo, aspettare la Glossa e il Commento), né, tanto meno, in alcun modo previsti dall'ordinamento giuridico²⁷⁴.

25.- Aequitas, naturalia iura, civilis ratio

Di certo, tali integrazioni o correzioni apportate dai giuristi in nome dell'equità naturale non stravolsero la *ratio* dell'ordinamento giuridico romano dell'epoca nel suo complesso (in quanto vi era incluso il previgente diritto pretorio, con i nuovi valori da esso veicolati), ma giunsero a modificare in modo sostanzioso alcuni settori del più tradizionale impianto civilistico. Come si è più sopra accennato, è perciò difficilmente accettabile la conclusione secondo cui anche il ricorso all'equità naturale si muoveva sempre all'interno dell'ordinamento giuridico previgente. Anche l'idea di un'*aequitas* "determinata concretamente dall'*interpretatio* giurisprudenziale nei suoi contenuti non etico-filosofici ma tecnico-giuridici"²⁷⁵ non sembra rispondere al dettato delle fonti; e, infine, non sembrano sussistere elementi per ritenere che questa accezione (tecnico-giuridica) di equità si ricolleggi alla celebre definizione celsina del diritto come *ars boni et aequi*.

Prima di addentrarci nei meandri della concezione dell'*aequitas* e dello *ius naturale* nell'età imperiale romana, vanno affrontati i dubbi ancora occasionalmente espressi circa eventuali stratificazioni o alterazioni apportate ai passi giurisprudenziali conservatici sul tema nei Digesti e fin qui esaminati, che possano avere oscurato e traviato il pensiero originario dei giuristi, specie dell'ultima età repubblicana. Sul punto, non resta che richiamare quanto in precedenza osservato. A prescindere dal valore della testimonianza ciceroniana circa la distinzione tra equità civilistica ed equità naturale, è infatti ormai opinione dominante che tutti i riferimenti allo *ius naturale* contenuti nei passi giurisprudenziali conservati nei Digesti giustiniani non siano da ascrivere a tardi rimaneggiamenti o alla mano dei compilatori: un intervento glossatorio postclassico così copioso e massiccio è difficilmente credibi-

²⁷⁴ Anche se la prima affermazione teorica circa la necessità di fare ricorso all'analogia per colmare le lacune della legge è comunemente vista già in un testo giurisprudenziale di Salvio Giuliano (Iul. D. 1.3.12), sui rinvio a L. VACCA, *Analogia e diritto casistico*, cit., 105 ss., specialm. 114 ss.

²⁷⁵ L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 42.

le²⁷⁶. Nel tardo Impero, oltretutto, si era diffusa una ben diversa concezione di equità, su cui a breve mi soffermerò, e della quale, se numerose sono le evidenze nel *Codex*, non vi è affatto traccia consistente nei Digesti; con la conseguenza che “i riferimenti allo *ius naturale* conservati nelle fonti giustiniane sotto il nome di giuristi classici effettivamente sono da ascrivere a loro”²⁷⁷.

Sarebbe qui fuori luogo un approfondimento sulla complessa accezione di *ius naturale* nell'età del Principato romano²⁷⁸. Basta sottolineare che *aequitas naturalis* e *naturalis ratio* o *ius naturale* (quest'ultima locuzione risulta spesso coincidente con la nozione di *ius gentium*, a partire da Gaio²⁷⁹) ci appaiono nelle fonti giuridiche giustiniane come termini e concetti intercambiabili. E' perciò di notevole interesse l'affermazione di Gaio, tratta dal suo commento all'editto provinciale e sistemata in D. 4.5.8, secondo cui, in riferimento alle *obligationes quae praestationem habere intelleguntur, civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*: il diritto civile non può sacrificare i diritti naturali, che si pongono al di sopra dell'ordinamento giuridico, quale sua suprema *ratio*²⁸⁰. In siffatto contesto, l'*aequitas naturalis* viene concepita non soltanto come un principio sovraordinato rispetto allo *ius scriptum*, ma anche, nel contesto specifico, configgente con esso. Ed è questa una prospettiva con tutta evidenza incompatibile con le visuali bizantine.

Il concetto di *aequitas naturalis* è scolpito nel già citato brano di Paolo tratto dai suoi commentari *ad Sabinum* e conservato in D. 1.1.11. I contenuti del brano sono chiaramente ricollegabile alla definizione celsina del diritto in D. 1.1.1pr.:

Paul. 14 *ad Sab.* D. 1.1.11: *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione*

²⁷⁶ A. GUARINO, voce Equità, cit., 623.

²⁷⁷ W. WALDSTEIN, 'Aequitas naturalis' e 'ius naturale', in AA.VV., 'Aequitas'. *Giornate in memoria di Paolo Silli*, cit., 44.

²⁷⁸ Rinvio, in materia, ai puntuali approfondimenti in AA.VV., *Testi e problemi*, cit.,

²⁷⁹ Gai 1.1.

²⁸⁰ W. WALDSTEIN, 'Aequitas naturalis', cit., 45.

collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.

La lettura congiunta del passo gaiano con il testo di Paolo sembra dimostrare che già nell'età degli Antonini e dei Severi, prima ancora che in Giustiniano, lo *ius naturale* venga concepito come il diritto che corrisponde all'*aequitas naturalis* e la esprime. E' invece difficile dire se tale identificazione sia da ascrivere già al pensiero di Sabino; anche se tale conclusione non conterrebbe nulla di inverosimile, alla luce delle fonti (retoriche e giuridiche) sopra esaminate.

Di particolare rilievo, per il nesso istituito tra *aequitas*, *bona fides* e *ius gentium* si presenta un lungo brano di Trifonino in D. 16.3.31pr.²⁸¹.

La buona fede che si esige nei contratti –afferma il giurista– richiede una valutazione equitativa al massimo grado (*summam aequitatem desiderat*). Ed ecco il quesito posto dal giurista: secondo quali criteri deve svolgersi tale valutazione secondo equità? La buona fede (da valutare secondo equità) va misurata col metro dello *ius gentium*, il diritto dei popoli, oppure in relazione ai precetti romani civili o pretori? E ancora, la buona fede deve essere valutata limitandosi al rapporto tra i contraenti, o occorre tenere conto di altri interessi eventualmente in gioco? Il testo, di estremo interesse per ciò che concerne i contenuti della *bona fides*, a noi interessa soprattutto per altri aspetti: l'interazione tra i due valori o 'clausole generali' (buona fede ed equità) postulata dal giurista entra in uno stato di impasse quando egli si interroga su come intendere la *bona fides* nell'ambito di una valutazione equitativa. L'*aequitas* dell'interprete impone di estendere l'indagine, ma fino a quale punto? Nel lungo ragionamento svolto da Trifonino vediamo la questione giuridica trasformarsi quasi in 'caso di coscienza'²⁸²: risalta chiara la difficoltà, nella soluzione dei casi concreti, di individuare i limiti della discrezionalità dell'interprete, qui implicata da un doppio ricorso alle *Leerformeln*.

²⁸¹ Tryph. 9 *disput.* D. 16.3.31pr.: *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.*

²⁸² M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 366 ss.

26.- L'*aequitas naturalis* 'prima' del diritto, 'oltre' il diritto

Vediamo ora come il richiamo giurisprudenziale all'*aequitas naturalis* operi all'interno di contesti più specifici, nella sistemazione dei Digesti giustiniane. Alcuni brani richiamano l'*aequitas naturalis* quale elemento ispiratore e dunque pre-positivo dell'ordinamento giuridico tradizionale.

Per primo, viene all'esame un testo gaiano concernente la *traditio*

Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.3 : *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

Qui l'equità naturale non ha riguardo a una clausola edittale, bensì a un tradizionale principio civilistico: l'*aequitas naturalis* viene rappresentata come il fondamento di una regola giuridica facente parte dello *ius civile*. La comparazione di questo testo con Gai 2.65 evidenzia che *iure naturali* è stato sostituito con *ius gentium*, ma il prosieguo del brano, dove il giurista, in D. 41.1.9.3, esprime il principio del trasferimento di proprietà tramite *traditio* riconducendolo a una logica di *naturalis aequitas* è genuino, in quanto corrispondente a Gai 2.65 (*naturali iure*)²⁸³.

Passiamo ora in rapida rassegna alcune *laudationes* dell'editto pretorio, in cui Ulpiano riconduce le decise innovazioni magistratali a pregevoli valutazioni di *aequitas naturalis*.

Un brano ulpiano, relativo all'editto *de pactis*, collega l'*aequitas naturalis* con uno dei fondamentali principi del diritto naturale, *pacta sunt servanda*, principio che qui ci appare esposto in una formula generalizzante, ma che tuttavia i Romani, come è noto, applicarono con molta parsimonia sul piano strettamente giuridico:

Ulp.4 *ad ed.* D. 2.14.1pr.: *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

²⁸³ Cfr. W. WALDSTEIN, *Ius naturale*, cit., 313, 317.

Secondo una opinione diffusa, è questo il testo giurisprudenziale più significativo in materia di *aequitas naturalis*²⁸⁴, anche per le sue ben note ricadute sulla successiva formazione della nozione moderna di contratto²⁸⁵. Con specifico riferimento all'età del Principato, il testo conferma l'inclinazione ulpiana alle *laudationes* delle clausole edittali fondate sull'equità, nonché la superiorità, avvertita all'epoca di composizione dell'editto *de pactis*, del valore superiore dell'*aequitas naturalis* rispetto allo *strictum ius* tradizionale (che riconosceva rilevanza giuridica ai soli *pacta adiecta* e *legitima*), sentito come obsoleto.

Dal Titolo *De minoribus viginti quinque annis* è tratto il già citato

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.1pr.*: *Hoc edicto praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutela mminorum suscepit rell.*

Ci triviamo di fronte a un'altra *laudatio* ulpiana del'editto pretorio. Nel prosieguo del brano si chiarisce che qui l'*aequitas naturalis* ispiratrice dell'intervento del magistrato (*auxilium*) è da mettere in relazione con le numerose insidie cui è esposta la fragilità di una età non matura²⁸⁶.

In apertura del titolo *De pecunia constituta* i compilatori hanno collocato

Ulp. 27 *ad ed. D. 13.5.1pr.*: *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam gravem est fidem fallere.*

Il giurista collega l'iniziativa pretoria, basata sulla *naturalis aequitas*, alla violazione della *fides* in caso di inadempimento dell'obbligo nascente dal patto con cui le parti avessero in precedenza regolato le modalità di adempimento di una *obligatio pecuniaria*. Questo legame istituito tra l'equità dell'applicazione di una sanzione nei confronti di chi violi la *fides* ricorre anche nel già citato D. 2.14.1pr.

²⁸⁴ V. soprattutto J. MESSNER, *Das Naturrecht*, VII, rist. Berlin, 1984, 430, 676; per la lett. più recente, U. BABUSIAUX, *Zur Funktion der 'aequitas naturalis' in Ulpian's Ediktlaudationen*, in AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 603 ss., specialm. 607 s., con altri riferimenti bibl.

²⁸⁵ V. quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I, Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello 'ius commune'*, 2° ed., Torino, 2011, 80, 107 s.

²⁸⁶ Sul testo, v. ora U. BABUSIAUX, *Zur Funktion*, cit., 608 ss.

Attiene invece alla ragioni dell'introduzione dello *ius postliminii* attraverso diritto consuetudinario, ma sempre collegando equità naturale e fondamento di tradizionali regole civilistiche:

Paul 16 *ad Sab.* D. 49.15.19pr.: ... *idque naturali aequitate introductum est...*

Qui il richiamo all'equità naturale vale a porre tale valore come fondamento di antiche norme di *ius civile* derivanti dai *mores* (si può vedere un accostamento con il concetto ciceroniano di *aequitas moris vetustate firmata*).

In apertura del Titolo *De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*, i compilatori dei Digesti hanno collocato il già citato

Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1pr.: *Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nurnique dotis nomine legatum.*

Nel testo ulpiano si afferma la connessione dell'omonimo editto con la *naturalis aequitas*, così come con la *nova aequitas*. Qui la *naturalis aequitas* non risulta contrapposta all'*aequitas civilis*, ma viene presentata come un valore corroborato dalla *nova aequitas*, quest'ultima probabilmente individuabile nello *ius novum* del primo Principato, sempre che non si debba supporre un rimaneggiamento successivo su questo specifico punto²⁸⁷.

In materia di precario, nel commentare una clausola dell'editto pretorio relativa alla concessione dell'interdetto restitutorio, ancora Ulpiano riconduce alle ragioni dell'equità naturale l'iniziativa del magistrato:

Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2pr.: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desinere habere, qua de re agitur, i dilli restituas*. 1 *Hoc interdictum restitutorium est.* 2 *Et naturaliter habet in se*

²⁸⁷ Cfr. sul passo U. BABUSIAUX, *Zur Funktion*, cit., 603 ss., specialm. 613 s.

aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura equum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem rell.

Viene infine in considerazione il regolamento pretorio di una fattispecie su cui già ci siamo soffermati, in sede di discussione dell'*aequitas* labeoniana. Il brano ulpiano in D. 47.4.1pr.-1²⁸⁸ è relativo all'ipotesi che il servo, manomesso mediante testamento, dopo la morte del padrone ma prima dell'adizione dell'eredità abbia sottratto o danneggiato i beni facenti parte del patrimonio ereditario, a danno del *vocatus*. Il pretore, constatata l'assenza di un rimedio civilistico, concede un'azione penale annale *in duplum*. Ulpiano riferisce al riguardo, nella sua consueta *laudatio*, che, come aveva scritto Labeone, questa tutela pretoria ha in sé un'*aequitas* più *naturalis* che *civilis*, dal momento che non soccorre l'azione civile: è equo per natura che non resti impunito chi depauperi i patrimoni ereditari, reso più audace dalla speranza di non potere essere sanzionato né come schiavo, né come libero.

Veniamo allora alle conclusioni: da quanto fin qui osservato, risulta che il richiamo all'*aequitas naturalis* all'interno dei Digesti viene rappresentato come valore extragiuridico ispiratore di nuove regole ed elemento pre-positivo rispetto all'ordinamento giuridico consolidatosi in età imperiale. Con riguardo, invece, all'età dei giuristi autori dei passi originari escerpiti dai compilatori giustiniane, l'*aequitas naturalis* si presenta in guisa: o di principio ispiratore delle tradizionali regole privatistiche; o di valore idoneo a veicolare all'interno del preesistente ordinamento giuridico, mediante l'intervento magistratuale fondato sull'*imperium*, nuove discipline fortemente innovative. In ogni caso, l'ottica (gaiana e) ulpiana è 'retrospettiva'.

Kaser afferma, generalizzando, che "la casistica della *naturalis aequitas* conferma la sua interpretazione di una giustizia legata al caso"²⁸⁹; e indubbiamente buona parte delle decisioni giurisprudenziali (alcune delle quali verranno esaminate a breve) depongono in questo senso. Ma va specificato che i testi fin qui considerati prospettano –e sul punto concordo con Waldstein²⁹⁰– in prevalenza l'equità naturale o come fonte delle norme tradizionali o

²⁸⁸ Il passo è riportato per esteso *supra*, § 21.

²⁸⁹ M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 63 s.

²⁹⁰ W. WALDSTEIN, *'Aequitas naturalis'*, cit., 49.

come principi alla cui realizzazione si deve tendere mediante un'opera di trasformazione ed evoluzione del diritto.

Si tratta, comunque, di valori e principi che ci vengono rappresentati come sovraordinati al diritto vigente (almeno nel senso che in tal modo essi erano sentiti nell'epoca in cui lo schema equitativo era stato operativo). In relazione allo *ius scriptum*, l'*aequitas* dell'ultima età repubblicana e del primo Principato sembra porsi in questo rapporto: il principio di equità, se conforme al diritto vigente, lo giustifica, lo legittima e lo corrobora, se con esso in contrasto ne impone l'adeguamento, funge da criterio integrativo in caso di lacuna dello *ius scriptum*. I testi in cui si richiama l'*aequitas naturalis* riguardano, più in generale, svariati 'risultati normativi' nelle cui fondamenta si ritrovano le leggi della natura.

27.- *L'aequitas naturalis nella casistica giurisprudenziale*

In alcuni brani giurisprudenziali il richiamo all'*aequitas naturalis* appare più vicino all'idea di Kaser, di 'giustizia del caso concreto'. Emblematico, in questo senso il già commentato Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.7²⁹¹. Ulpiano riferisce che Celso figlio si sarebbe discostato dall'opinione del padre, adottando una diversa decisione, in quanto *naturali aequitate motus*. Celso figlio aveva ammesso la restituzione di un *indebitum solutum* in un caso in cui lo *ius strictum* la escludeva, trovando tale soluzione attraverso una "ricerca sobria e realistica" – come Waldstein²⁹² la definisce- e cioè attingendo direttamente dalla prassi della vita umana e dalla complessiva *ratio iuris*²⁹³, ovvero dal diritto naturale. Siffatta valutazione aveva avuto da Celso figlio la precedenza rispetto allo *ius strictum*. E tale *sententia* viene da Ulpiano definita *verior*, rispetto a quella espressa dal padre del giurista. In questo contesto, la lode ulpiana è riservata a un orientamento giurisprudenziale avanzato (ma che in età severiana era divenuto *ius receptum*).

Sulla stessa linea di pensiero si muove Pomponio, in un breve testo sistemato nel Titolo *de conditione indebiti* e tratto dai commentari a Sabino:

²⁹¹ Il testo è riportato per esteso *supra*, § 21.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Così F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., 23 s.

Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*

Da leggere insieme al fr. inserito dalla commissione giustiniana nella raccolta delle *regulae iuris antiqui*

Pomp. *variar. lect.* l. D. 50.17.206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem.*

Con riguardo a questi due brani, è possibile che la differenza tra le espressioni ‘*natura aequum*’ e ‘*iure naturae aequum*’ sia dovuta all’intervento dei compilatori, ma neppure si può escludere che Pomponio abbia usato una differente terminologia nelle sue due opere (la prima composta sotto Adriano, la seconda più tardi, sotto i *divi fratres*), da cui i brani in oggetto sono stati escerpiti: forse la più tarda comparsa della locuzione *iure naturae aequum* rispecchia l’evoluzione del pensiero del giurista. In ogni caso, è fuori discussione che Pomponio “avesse assorbito la tradizione giusnaturalistica di scuola sabiniana”²⁹⁴. Una conferma di questa lettura²⁹⁵ si trae da un passo pauliano che i compilatori hanno anteposto a Pomp. D. 12.6.14:

Paul. 10 *ad Sab.* D. 12.6.15pr.: *Indebiti soluti conditio naturalis est et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in conditionem, ut puta partus qui ex ancilla natus sit vel quod alluvione accessit: immo et fructus, quos is cui solutum est bona fide percepit, in conditione venient.*

Paolo enuncia il principio, di probabile derivazione sabiniana, per cui la *conditio*, sebbene azione civile *stricti iuris*, in caso di pretesa alla restituzione di una prestazione effettuata per errore, in quanto non dovuta, diventa una *naturalis obligatio*. Per Paolo è dunque scontato che quanto è conforme al *naturalis* debba escludere una rigida applicazione delle regole

²⁹⁴ W. WALDSTEIN, ‘*Aequitas naturalis*’, cit., 50, e *amplius* ID., ‘*Operae libertorum*’, Stuttgart, 1986, 152 s.

²⁹⁵ Cfr. W. WALDSTEIN, *Sulla nozione di diritto naturale attraverso il diritto romano*, in ID., *Saggi*, cit., 69 s.

civilistiche della *condictio*. E' appunto in ciò che il pensiero di Paolo sembra congiungersi con le affermazioni ulpianee in D. 2.14.1pr.

I testi fin qui esaminati dimostrano ulteriormente come, al fine della decisione dei casi, i *prudentes* mettessero in stretta connessione *ius naturale* ed *aequitas naturalis*, invocandoli come *ratio* di soluzioni alternative rispetto allo *ius strictum*. Nella prospettiva dei Digesti, tali assetti, che per l'età del Principato si prospettavano come innovativi e in fase di 'sperimentazione', costituivano ormai *ius receptum*, al punto tale da meritare, in qualche caso di essere annoverati tra le *diversae regulae iuris antiqui* (D. 50.17). I dati passati al vaglio inducono a ritenere²⁹⁶ corrispondente in pieno alle visuali dell'ultima fase del Principato quanto risulta da Paolo D. 1.1.11: l'*aequitas naturalis* rappresenta il criterio di quanto è *semper aequum et bonum* e ciò non può essere null'altro che lo *ius naturale*. L'età dei Severi rappresenta appunto il periodo in cui sono ormai decorsi i tempi di necessaria decantazione del rinnovamento del vecchio *ius scriptum* alla luce dell'*aequitas*: ciò che tra tarda Repubblica e primo Principato costituiva assoluta novità, alle soglie dell'Impero si palesa come validato dal tempo: l'*aequitas naturalis* ha prodotto una evoluzione del diritto e alcuni principi che si sono via via consolidati, preparando la solida base su cui si svilupperà la legislazione imperiale.

Infine, non sembrano sussistere valide ragioni per escludere categoricamente che l'intercambiabilità dei termini *ius naturale* ed *aequitas naturalis* e delle nozioni che essi rappresentano sia propria dei *iuris periti* romani; la corrispondenza delle concezioni che vi sono sottese alle idee già circolanti nel tempo in cui essi operavano è comprovata dai numerose fonti non giuridiche a cui più sopra si è fatto riferimento.

28.- *Sulle tracce dell'aequitas bizantina*

Quanto alle visuali bizantine, data la concezione giustiniana di un diritto vigente – quello della compilazione- assolutamente esaustivo (prende di qui l'avvio il successivo dogma della completezza dei codici) e del quale l'Imperatore fosse unico creatore e interprete, è ovvio che l'*aequitas* si dovesse considerare immanente al nuovo *ius scriptum*. E' interessante, al riguardo, osservare come alcuni richiami della giurisprudenza all'*aequum et bonum* vengano dai bizantini prima generalizzati e poi disposti all'interno del titolo di apertura dei

²⁹⁶ W. WALDSTEIN, '*Aequitas naturalis*', cit., 51.

Digesti, al fine di un ‘adeguamento’ del pensiero originario dei giureconsulti alle nuove logiche regolatrici dei rapporti tra morale e diritto e, in particolare, tra *aequitas* e *ius*.

Nel primo Titolo del primo Libro dei Digesti compare il celebre passo tratto dal primo libro delle Istituzioni ulpianee, in cui il giurista di Tiro, dopo avere fornito una sua fantasiosa (ma tutt’altro che casuale) etimologia di giustizia²⁹⁷, accoglie la definizione celsina dello *ius* come ‘tecnica’, ‘attività’ (*ars*, di cui i giuristi sono i *sacerdotes*) del *bonum et aequum*:

Ulp. D. 1.1.1pr.: [*ius*] *est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis non sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequo ab iniquo separantes rell.*

Nel prosieguo dello stesso brano incontriamo ben altri due richiami all’equità: indicata la prima volta quale parte della formazione culturale del giurista, la seconda volta quale oggetto della sua attività: la distinzione di ciò che è equo da ciò che è iniquo.

Poco più avanti è stato collocato un altro passo ulpiano –ma questa volta escerpito dai *libri regularum*-, in cui è facile vedere un ulteriore riferimento all’*aequitas*, per il richiamo al *suum cuique tribuere*:

Ulp. 1 reg. D. 1.1.10pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

E il discorso del giurista di Tiro così prosegue, senza alcuna soluzione di continuità:

Ulp. 1 reg. D. 1.1.10.1: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*

Di nuovo, l’esigenza del *suum cuique tribuere* sembra alludere all’equità nel terzo e ultimo dei precetti del diritto, qui enunciati da Ulpiano.

²⁹⁷ Tra la vastissima bibl. in materia, mi limito a citare, per quanto qui rileva, W. WALDSTEIN, *La definizione*, cit., 89 ss.; M. BRETONNE, *Storia del diritto romano* cit., 271 ss.; cui *adde* gli AA. citt. alle note seguenti.

Torniamo così a un Leit-motiv della problematica legata all'*aequitas*, ovvero il nesso tra equità e *suum cuique tribuere*. Le numerose ricerche incentrate sul *suum cuique tribuere* hanno condotto a risultati piuttosto precisi e convincenti²⁹⁸: la formula è derivata da un modello greco proveniente dalla scuola pitagorica e stoica. Per quanto concerne l'operatività di questo concetto nella cultura romana, si deve a Cicerone la traduzione letterale della formula stoica (Cic. *de inv.* 2.160), mentre Ulpiano si sarebbe limitato a sostituire con *ius suum* l'espressione *suam dignitatem* presente nella definizione stoico-ciceroniana²⁹⁹. Ma quale sia lo *ius suum* che deve spettare a ciascuno non viene specificato in alcun luogo: è chiaro che siamo di posti dinanzi a una Leeformel, che spetta all'interprete riempire di significato, esercitando l'*ars boni et aequi*.

Per comprendere i testi poco sopra riportati occorre naturalmente distinguere il senso che essi avevano nel loro contesto originario (da noi ben difficilmente ricostruibile, nonostante gli sforzi di Lenel), dal ben più ampio significato che essi hanno poi assunto nel VI sec. d.C. all'interno della compilazione giustiniana, e segnatamente nell'esordio dei Digesti.

I Digesti giustiniani si iniziano appunto con l'osservazione del giurista severiano, non a caso tratta dal suo primo libro delle Istituzioni, per cui chi si accinge allo studio del diritto deve innanzitutto chiedersi da dove derivi il termine *ius*. Ulpiano precisa quindi che *ius* deriva da *injustitia* e adduce, a conferma di questa del tutto improbabile etimologia (ben definita di recente "un'inversione etimologica"³⁰⁰), l'avvincente definizione di Celso: *ius est ars boni et aequi*. Di seguito, Ulpiano elogia i giuristi, tra i quali si include (*nos*), qualificandoli *sacerdotes*, dal momento che curano la giustizia con venerazione, professano e comunicano al pubblico la conoscenza da loro acquisita circa ciò che è buono ed equo, distinguono ciò

²⁹⁸ Cfr. soprattutto A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Il diritto naturale*, cit., specialm. 47 ss. (su Crisippo SVF 3.63.27=Stob. 2.59.4: "La giustizia è la scienza che permette di attribuire i beni a ciascuno in maniera equa"); G. FALCONE, *Ius suum*, cit., con fonti e prec. lett.

²⁹⁹ Così W. WALDSTEIN, *La definizione*, cit., 97

³⁰⁰ Inversione che tuttavia indica un concetto ben preciso e presente a Ulpiano, e cioè che "il diritto può essere fondato unicamente sulla *injustitia*"; e "ciò equivale a dire che la giustizia è sovraordinata al diritto e ne è la fonte, come manifestazione di un immutabile principio di equità, di diritto conforme a giustizia": V. MAROTTA, *Injustitia*, cit., 563 ss., specialm. 564.

che equo da ciò che è iniquo etc.; il tutto con la viva aspirazione all'esercizio di una filosofia vera, non fittizia (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1pr.-1: ... *vera nisi fallor philosophiam, non simulatam* ...) ³⁰¹.

Risulta chiaro –almeno nella visuale bizantina– l'intreccio inestricabile tra *iustitia*, *bonum* ed *aequitas* ³⁰². Ma è vana –si ritiene diffusamente– la “ricerca di eccessive precisazione dei tre concetti” ³⁰³, approssimativi e incerti nei contorni, data la (pretesa) esigua capacità dottrinarie di retori e giuristi romani e nettamente inferiore rispetto alla potenza del pensiero greco.

Secondo Antonio Guarino, la genesi dei tre principi complementari (il *bonum*, l'*aequitas*, la *iustitia*) è da vedersi nelle riflessioni ciceroniane (a loro volta fortemente influenzate dalle speculazioni filosofiche greche), filtrate e rielaborate dalla giurisprudenza romana classica, nella sua opera di ripensamento in chiave dogmatica della pregressa esperienza giuridica. Attraverso una notevole deformazione storica (“e falsificazione più o meno grave” ³⁰⁴), le concrete manifestazioni di *bona fides*, di *aequum/iniquum* e dello stesso *ius*, così come esse si erano originariamente manifestate nei secoli precedenti, hanno dato luogo alla formulazione dei tre principi, in guisa di rappresentazione *sub specie aeternitatis* di strumenti ermeneutici nati come strumenti operativi necessari alla concreta e quotidiana amministrazione della giustizia. Lo studioso napoletano, tuttavia, intravede una ‘scansione concettuale’, sebbene del tutto orientativa: *bonum* starebbe a indicare “il fine morale dell'ordinamento”, *aequitas* “il fine di eguale trattamento dei soggetti”, *iustitia* “l'unità dell'uno e dell'altro fine” ³⁰⁵.

Indipendentemente dall'accoglimento di tale ultima opinione –per vero la individuazione dei tre suddetti significati non sembra poggiarsi su solide basi testuali–, costituisce un dato inoppugnabile l'assunzione di tali valori ideali, a partire da Cicerone ³⁰⁶, quale parametro di giudizio su ogni istituto giuridico comportamento umano, al fine di una loro valutazione positiva o negativa. Se già Ulpiano identificava la giurisprudenza con la *philosophia* (in-

³⁰¹ Sul § 1 del passo in esame, v. soprattutto G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, 3 ss.; V. MAROTTA, *Iustitia*, cit., 566 ss., dove altra lett.

³⁰² Sull'unità dei tre concetti vi è diffuso consenso: lett. in V. MAROTTA, *Iustitia*, cit., 564 e nt. 12.

³⁰³ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 623.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Per l'ipotesi di una consapevole corrispondenza, da parte di Ulpiano, con il pensiero dell'Arpinate, cfr. G. FALCONE, *La 'vera philosophia'*, cit., 37 ss.; V. MAROTTA, *Iustitia*, cit., 568 e nt. 31, 569 ss.

tesa come *sapientia*)³⁰⁷, con i bizantini emerge la tendenza a comporre i concetti di *ius e iustitia* come collegati alla *philosophia* in termini di astrattezza e immutabilità, a cui sono immutabili i valori –ormai metastorici- di *bonum et aequum*.

29.- *Alle soglie del Dominato: l'aequitas delle cancellerie.*

Verifichiamo ora quale fosse l'accezione di *aequitas* nei testi provenienti dalle cancellerie imperiali, una volta chiuso il ciclo vitale della giurisprudenza classica e superata la fase dello *ius controversum*, in direzione di un sistema chiuso. Sulla materia, le ricerche specifiche sono assai poche³⁰⁸, ma estremamente affidabili. I risultati già conseguiti, su cui qui per comodità del lettore si condurrà un rapido *excursus*, costituiranno la base delle nostre riflessioni.

La svolta del III sec. d.C., caratterizzata soprattutto dalla *constitutio Antoniniana* del 212, ebbe pesanti ripercussioni sui modi di accertamento dello stato del diritto. Ci si dirigeva verso una concezione unitaria dello *ius*, identificato con l'operato delle cancellerie imperiali. Nonostante ciò, si può osservare come gli *scrinia* continuassero a operare su una linea di relativa continuità rispetto al passato, cioè nel contesto rappresentato dal diritto controversiale, sviluppatosi nell'arco della pregressa, plurisecolare attività dei giureconsulti. L'efficacia delle *sententiae prudentium* non era affatto venuta meno, ma era destinata a irrigidirsi, come dimostrano i contenuti della legge delle citazioni³⁰⁹.

Alla luce di tali nuovi scenari, è interessante verificare con quali modalità la cancelleria imperiale del III sec. d.C. abbia “adattato lo schema concettuale ed operativo dell'*aequitas* per la soluzione dei problemi che sorgevano dall'inserzione dei *novi cives* nell'ambito dell'ordinamento romano”³¹⁰. La vita del diritto si concentrava sempre più nelle mani del *princeps*, che si affermava come centro motore di ogni forma di evoluzione e mutamento del diritto. “L'*aequitas*, dunque, mentre acquistò la dignità formale di un supremo

³⁰⁷ Sul punto, A. SCHIAVONE, *Giuristi e principe*, cit., specialm. 23 s.; ID., *Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 370, il quale –sempre sul presupposto della genuinità del testo- ritiene che Ulpiano non avrebbe asserito la supremazia del diritto sulla filosofia, ma la qualità di filosofi (sapienti) dei giuristi.

³⁰⁸ Tra queste, la più recente fa capo a M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 53 ss..

³⁰⁹ M. TALAMANCA, *L'aequitas*, cit., 55.

³¹⁰ *Ibid.* 56.

principio, perse quella prepotente efficacia pratica che aveva avuto particolarmente nell'età preclassica³¹¹.

Sull'uso del parametro equitativo da parte delle cancellerie imperiali hanno indagato due studi: quello, validissimo, ma ancora dominato dalle tendenze interpolazionistiche, di Fritz Pringsheim³¹² e quello, rispondente a diverso metodo esegetico, di Mario Talamanca³¹³.

Talamanca –alle cui ricerche qui si rinvia per i necessari approfondimenti- ha passato in rassegna tutte le costituzioni del tardo Principato in cui compare il richiamo all'equità, rilevando che: 1) in alcuni testi l'aggettivo *aequus* e la locuzione *aequo iure* vengono adoperati nel significato originario di 'uguale' (dato materiale dell'uguaglianza di parti o porzioni in materia di quote ereditarie), dunque come sinonimo di *aequalis*, e pertanto essi esulano dall'interesse della ricerca³¹⁴; 2) in altre due costituzioni l'avverbio *aeque* risulta non riferito alla problematica dell'equità, perché sta a significare 'ugualmente' (ma nel senso di 'anche', 'altresi')³¹⁵.

Nelle costituzioni del tardo Principato pertinenti al tema dell'equità compaiono lo stilema *aequum esse*, l'astratto *aequitas* (mentre nei giuristi classici e nello stile delle cancellerie coeve prevale ancora l'aggettivo sul nome astratto), l'aggettivo *iniquus*, il superlativo *periniquus*. A differenza dell'astratto *aequitas*, che nel III sec. d.C. tende a prevalere nettamente sull'aggettivo *aequus*, l'astratto *iniquus* non compare nelle costituzioni coeve conservateci (mentre ricorre nei giuristi classici nonché nelle costituzioni postclassiche e giustinianee)³¹⁶.

Al periodo prediocleziano sono da ascrivere dodici costituzioni, in cui il rinvio all'*aequitas* avviene nel contesto delle fonti del diritto da cui attingere la massima della decisione. Delle cinque costituzioni che rappresentano la cancelleria di Gordiano: in CI. 4.15.3, l'affermazione *non esse iniquum* vale ad esprimere giudizio positivo sulla richiesta dell'attore, aprendo le porte a una decisione senz'altro innovativa; in altri due provvedimenti (CI. 4.21.5; CI. 8.27.7) l'*iniquus* indica l'iniquità (nel senso di infondatezza) delle richieste avanza-

³¹¹ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 623.

³¹² F. PRINGSHEIM, *Römische 'aequitas' der christlichen Kaiser*, 1934, anche in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Wiesbaden, 1961, 229 ss.

³¹³ L' *'aequitas'*, cit., 53 ss.

³¹⁴ *Ibid.*, 62 s.

³¹⁵ *Ibid.*, 63.

³¹⁶ *Ibid.*, 65 s., con riferimenti testuali.

te dagli istanti ed ha quindi carattere retorico; nelle altre costituzioni l'equità giustifica soluzioni già scontate, alla luce dello *ius receptum*.

Nell'unica costituzione di Filippo l'Arabo (CI. 3.32.8) il rinvio all'*aequitas* è invece significativo: l'*aequitas* regge la concessione (senza precedenti) di un mezzo decretale.

Delle sei costituzioni provenienti dalla cancelleria di Valeriano e Gallieno, tre palesano un uso meramente retorico dell'equità (CI. 7.71.3; CI. 3.29.3; CI. 10.42.4), altre due richiamano l'equità per applicare figure giuridiche già invalse nella prassi (*ius receptum*: CI. 3.29.2; C. Greg.Wis. 2.1), soltanto una (quella in cui si introduce il principio della responsabilità sussidiaria del debitore fiscale che non abbia ricevuto una quietanza formalmente valida: CI. 10.2.2) contiene un richiamo all'equità atto a fondare una decisione innovativa.

Alla cancelleria diocleziana risalgono diciassette costituzioni sul nostro tema. Due di queste invocano l'equità per ampliare lo *ius receptum* e giustificare lo sviluppo del diritto, ma sono interpolate dai giustiniani (CI. 3.42.8; CI. 5.14.7); in altre due l'equità viene richiamata senza rapporto con le fonti del diritto (CI. 5.18.6.1; Cons. 2.7); in un'altra si definisce iniqua la stima difforme rispetto ai prezzi di mercato (CI. 4.10.4); in tre testi non si coglie il nesso tra equità e innovazione del diritto previgente, ma semmai la corrispondenza o mancata corrispondenza al diritto vigente (CI. 7.32.5; CI. 7.64.8; CI. 4.37.3); in due costituzioni equa è definita una soluzione molto ovvia sulla base dello *ius receptum* (CI. 8.15.5; CI. 7.26.9); in CI. 10.62.3 l'equità viene presa in considerazione nella sua accezione tradizionale di 'uguaglianza di trattamento'; in due interventi imperiali il richiamo all'*aequitas* ha portata esclusivamente retorica (CI. 7.14.5) o appare ridondante (CI. 2.4.14); in CI. 9.35.6 l'espressione *iuris aequitas* rileva in quanto l'equità risulta inglobata nell'istituto di *ius receptum*, con il significato labeoniano di *aequitas civilis*; in un testo risulta difficile comprendere il senso del richiamo all'equità (CI. 2.4.36); due sole costituzioni, una in tema di deterioramento della *res* per colpa del possessore (CI. 3.42.7), l'altra in materia di diritto criminale (CI. 9.1.17), richiamano il concetto di iniquità per escludere l'applicazione di *ius receptum*, decidendo in senso innovativo.

In definitiva, l'*aequitas* come fondamento di una soluzione non inquadrabile nel diritto previgente nella cancelleria diocleziana svolge un ruolo più modesto che nelle età precedenti. L'uso dello schema equitativo perde importanza e pregnanza con l'avvicinamento

alla fine del III sec. d.C. Ci si incammina così verso un uso improprio e ‘atecnico’ –rispetto ai canoni retorici e giurisprudenziali- del richiamo all’equità. Può essere infine interessante notare che, rispetto al primo Principato, in cui il ricorso all’equità pare circoscritto all’ambito dei rapporti patrimoniali (forse perché i rapporti familiari e personali erano più raramente oggetto di controversie giudiziarie), le costituzioni epiclassiche contenenti richiami al paramentro equitativo denotano la tendenza a riguardare in primo luogo rapporti personali e di famiglia.

Più complessivamente³¹⁷, nel corso del III secolo i rinvii allo schema dell’*aequitas* da parte delle cancellerie palesano una tendenza al rapido declino, sul piano quantitativo come qualitativo (dell’importanza, cioè, del ruolo svolto dal richiamo all’equità nel contesto in cui esso risulta inserito). “Nell’impiego fattone in questo periodo, lo schema concettuale dell’*aequitas* si scolorisce [...] e sembra perdere il caratteristico raccordo con l’introduzione di nuovi precedenti, sulla base di ‘Wertungen’ innovative”³¹⁸. L’*aequitas* dei giureconsulti *conditores iuris* è scomparsa insieme alla figura stessa del *prudens* classico, così come tratteggiata da Pomponio (D. 1.2.2.13), “mediatore per eccellenza della regolamentazione insita oggettivamente –ma non per l’intervento di una volontà trascendente- nella struttura dei rapporti umani”³¹⁹.

Naturalmente non si può credere che la cancelleria abbia improvvisamente obliterato l’*aequitas*. “Nel regresso che era seguito alla stagnazione dello sviluppo socio-economico, non vi erano forti pressioni, sul piano delle strutture sociali, verso modificazioni dell’ordinamento, e quindi l’occasione per decisioni innovative fondate su ‘Wertungen’ da ricondurre all’*aequitas* era, se non rara, piuttosto limitata”³²⁰. L’ordinamento traboccava per un esubero di precedenti, oltre che di norme, rispetto alle ridotte necessità del momento³²¹. Non si riscontrano neppure tracce di condizionamento prodotto dalle pressioni dei *novi cives*, all’indomani del 212, se non in uno unico caso (quello dell’acquisto con denaro altrui,

³¹⁷ Queste considerazioni conclusive fanno capo alle citt. ricerche svolte da M. TALAMANCA, *L’aequitas*, cit., 269 ss.

³¹⁸ *Ibid.*, 270.

³¹⁹ *Ibid.*, 273.

³²⁰ *Ibid.*, 270.

³²¹ *Ibid.*, 272 s.

deciso da Filippo l'Arabo con la cost. in CI. 3.32.8), dove tuttavia il rinvio all'*aequitas* non vale a recepire usanze provinciali, quanto piuttosto a tutelare l'istante in quanto *miles*.

I *principes* post-severiani – e specialmente Diocleziano – si sentivano del resto impegnati nella strenua difesa della 'romanità' antica e delle sue tradizioni politiche e giuridiche, non ancora travolte “dall'emergente ed antagonista scala di valori della nuova religione cristiana”³²². Ma i primi sintomi già si avvertono. E infatti, se una novità c'è, nei caratteri dei rinvii all'equità, questa riguarda la materia per la quale più frequenti risultano i (pur scarsi) richiami all'equità: e cioè, come già si è accennato, i rapporti familiari e personali.

Ed è appunto all'avanzata dei valori cristiani che va ascritta buona parte della nuova tipologia dei rinvii all'*aequitas* – unitamente a *humanitas* e *benignitas* – riscontrabile a partire dall'età costantiniana. La riflessione patristica riveste un ruolo di spicco in questa evoluzione. Da un certo punto di vista, si può affermare che i Padri della Chiesa non aggiungono nulla alla nozione evangelica di equità; a essi va però ascritto il merito di aver fatto convergere – nella nozione di equità – l'elemento teologico della *miser cordia* con quello romano-classico di 'giustizia perfetta': già in Origene e in S. Ambrogio l'*aequitas* ci viene presentata come la più completa espressione di giustizia³²³.

Per altra parte invece, i rinvii all'equità nel Tardoantico assolvono a una funzione pratica molto diversa. L'equità astratta invocata con tanta frequenza dagli Imperatori nelle loro *leges generales* (che Talamanca stigmatizza come “il luogo di elezione dell'ideologia come falsa coscienza”³²⁴) risponde spesso all'esigenza di ancorare le decisioni a nobili motivi. Nel momento stesso in cui acquista la dignità di supremo principio, l'*aequitas* perde l'efficacia pratica che le era stata impressa dai giureconsulti classici.

30.- L'*aequitas* nella legislazione imperiale tardo antica e nella *propositiva* dei Basilici

Tra IV e VI sec. d.C. nozione e funzione dell'equità subiscono una ulteriore evoluzione. Le logiche di tali mutamenti sono bene espresse nel testo di una costituzione di Co-

³²² *Ibid.*, 271; sulle novità apportate dal concetto cristiano di equità, efficace esposizione con lettura delle principali fonti e ragguglio bibl. in G. M. COLOMBO, 'Sapiens aequitas'. L'equità nella riflessione canonista tra i due codici, Roma, 2003, 37 ss.

³²³ Puntuale esame delle fonti in P.G. CARON, 'Aequitas' romana, 'miser cordia' patristica e 'epicheia' aristotelica nella dottrina dell'*aequitas* canonica. Dalle origini al rinascimento, Milano, 1971, 7 ss., sulle cui orme G.M. COLOMBO, 'Sapiens aequitas', cit., 52 ss.

³²⁴ M. TALAMANCA, L'*aequitas*', cit., 273.

stantino, datata 314 d.C. e non certo a caso inserita nel *codex* giustiniano, sotto il Titolo *De iudiciis*:

CI. 3.1.8: *Placuit in omnibus rebus preacipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.*

Si stabilisce che i principi di giustizia e di equità debbano sempre prevalere sul rigore del diritto (*ius strictum*). Forse la generalizzazione (*in omnibus rebus*) è da ascrivere ai compilatori giustiniani, e si deve ipotizzare che Costantino si occupasse di un caso concreto che non ci è dato conoscere.

Sempre in tema di equità nei suoi rapporti con il diritto vigente, è assai significativa un'altra *lex* costantiniana di appena due anni successiva a CI. 3.1.8, anch'essa accolta poi nel Codice di Giustiniano. Dal tenore del testo trapela la preoccupazione dell'Imperatore che il ricorso al parametro equitativo possa consentire a troppi organi dell'amministrazione imperiale pericolose deviazioni rispetto alle regole poste. Si inquadra perciò perfettamente nello spirito assolutistico dell'epoca

CI. 1.14.1: *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.*

Nella disposizione³²⁵ (su cui avremo modo di tornare più avanti) Costantino dimostra piena consapevolezza dell'enorme potere che conferisce l'uso dell'*aequitas* nel campo del diritto: egli lo avoca perciò nelle sue mani, stabilendo che soltanto l'Imperatore ha facoltà di regolare i rapporti tra *ius* ed *aequitas*.

L'età post-costantiniana si caratterizza –come già accennato– per l'emersione di due tendenze fondamentali: a) il collegamento dei rinvii all'*aequitas* con l'avanzata dei valori cristiani; b) la identificazione dell'*aequitas* con lo *ius naturale*, a sua volta di frequente identificato con i precetti fondamentali della religione cristiana.

³²⁵ Accurato esame del testo in F.M. DE ROBERTIS, 'Aequitas contra ius? Il fermo richiamo di Costantino al 'rigor iuris' contro le facili aperture -nelle fonti precedenti- alla 'ratio aequitatis', in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, XIII, 2001, 349 ss.

Complessivamente, le cancellerie imperiali sembrano molto impegnate nella ricerca della rispondenza o meno del diritto vigente ai valori della giustizia e dell'equità (*iustitia aequitatisquae ratio*); ma in tal modo le accezioni dell'*aequitas* vengono moltiplicate “fino ai limiti dell'incredibile”³²⁶.

Sul piano pratico, il rinvio all'equità risulta invece spesso utilizzato per giustificare decisioni aberranti, e la ‘giustizia del caso concreto’ diviene talora una maschera propizia per celare riconoscimenti di privilegi a categorie o a ceti potenti e perciò protetti dalle istituzioni, dunque per creare diritto particolare (*ius singulare*). Nella fase di lassismo del diritto, le cancellerie trovano comodo rifugiarsi dietro generiche giustificazioni fornite da *humanitas*, *benignitas*, *pietas*, *charitas*: nobili valori cristiani, ma strumentalizzati in ambito giuridico per il conseguimento di finalità contrarie ai tradizionali principi dell'*aequitas civilis*.

In considerazione della impossibilità di *reductio ad unum* dei significati di *aequitas* e delle ragioni del ricorso al parametro equitativo, si è notato quanto risulti difficile fare il punto sul rapporto tra l'*epieikeia* aristotelica e l'*aequitas* romana. Tuttavia, il percorso qui svolto, sebbene in sintesi estrema, ha messo in evidenza alcuni dati: la riflessione scientifica della giurisprudenza classica aveva concepito l'equità come un valore che spesso si trovava a coincidere con il diritto, ma talora si poneva al di fuori di esso, quale obiettivo da perseguire mediante l'arricchimento o la correzione (in termini anche derogatori) dell'ordinamento vigente. Ciò ha anche consentito di distinguere, tra le testimonianze romane pervenute, quali fra esse facessero riferimento all'*aequitas* in ordine alla interpretazione dello ‘*ius in civitate positum*’ (*ius scriptum*) e quali, invece alla creazione di diritto non scritto.

Quanto alle visuali bizantine, data la concezione propria del dominio di un diritto scritto (assolutamente esaustivo) di cui l'Imperatore fosse unico interprete creatore, è conseguenziale che l'*aequitas* si dovesse considerare come immanente al ‘diritto positivo’. Al riguardo, è anche significativo che i bizantini abbiano reso il termine latino *aequitas* non con *epieikeia*, bensì con *isòtes*.

Da un lato –abbiamo più sopra osservato– l'*aequitas* romana non è risultata allora né separata né contrapposta alle nozioni di *ius* e *iustitia*, ma anzi, al contrario, ne è venuta a costituire parte integrante, come risulta dalla celebre definizione di Celso, *ius est ars boni et aequi*

³²⁶ A. GUARINO, voce *Equità*, cit., 624.

(D. 1.1.1pr.), forse in origine allusiva invece, se si segue la costruzione di Riccobono, al rapporto dialettico tra *ius civile* e *ius honorarium*, dunque tra il formalismo arcaico e le valutazioni rispondenti ai nuovi valori sociali. Fin quasi all'età del Dominato –o almeno fino all'età dei Severi– il concetto di *aequitas* è stato utilizzato dai giuristi sul piano operativo (valore assunto come legittimante i mutamenti impressi al diritto tradizionale dalla *scientia iuris* e dall'editto pretorio), non in una dimensione astratta. E in qualche misura l'ottica della concretezza non tramonta neppure con i bizantini, quando l'equità cessa dalla sua funzione originaria di strumento innovativo, per divenire elemento legittimante del nuovo *ius scriptum*, il diritto (imperiale) positivo. Da questo punto di vista, Frosini³²⁷ riconosce che tanto l'equità aristotelica quanto l'equità romana sono riportate –in ambito giuridico– su di un piano pratico, quale quello del comportamento adottato dal giudice e dal giurista (aggiungerei: nel Tardoantico soprattutto dal legislatore) nella formulazione del giudizio giuridico o del precetto normativo.

La tradizione romana trasmetteva dunque all'età medioevale un concetto di equità molto composito, edificato sui precedenti greci ma poi notevolmente evoluto e trasformato nel corso dei secoli.

Per comprendere l'uso dello schema dell'*aequitas* nell'età post-romana potrà essere utile qualche osservazione sulle sorti della definizione celsina dello *ius* nell'Impero romano d'Oriente, e più specificamente nelle fonti greche dei secoli VI-IX d.C. Tra queste, particolare rilievo assumono i Basilici, in quanto è attraverso questa via che la definizione celsina è penetrata poi nelle successive compilazioni orientali.

Le approfondite ricerche svolte da Fausto Gorìa³²⁸ hanno posto in luce che nei Basilici (Bas. 2.1.1.) il termine *ius* viene reso come *nomos* (assumendo così il significato ben più specifico di 'diritto positivo', 'legge', il che induce la suggestione che il diritto sia esclusivamente nella legge). Si afferma poi (dall'autore di uno scolio a Bas., forse Stefano) che *nomos (ius)* deriva dalla *dicaiosiùne* (così viene tradotta *iustitia*), che per tale via si allontana dal significato ulpiano di 'virtù soggettiva' (ammesso naturalmente che Ulpiano davvero intendesse la *iustitia* come 'virtù soggettiva'), per assumere l'accezione tradizionale dell'area

³²⁷ V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 72 s.

³²⁸ F. GORÌA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche dei secoli VI-IX e l'Anonimo sulla strategia*, in AA.VV., *'Aequitas'*. *Giornate in memoria di Paolo Silli*, cit., 275 ss.

ellenistica, cioè di “giustizia distributiva aristotelica, recepita e sottolineata anche dagli Stoici”, consistente “nella ripartizione dell’eguale secondo la dignità”³²⁹. L’*ars* è a sua volta resa con *technè*, e ciò significa che la ‘tecnica’ del *nomos* sta nel valutare la ‘dignità’ (nel senso di ‘criterio’) sulla cui base viene fatta la ripartizione. Il *nomos-ius*, dunque, è l’arte di distribuire in modo uguale.

La lettura di alcune Novelle (Nov. 29, Nov. 36) di Leone VI conferma la tendenza a trasporre l’*ars boni et aequi* sul piano dell’attività legislativa: l’Imperatore si sente infatti vincolato a perseguire la giustizia (come ‘adeguatezza alla situazione concreta’) ed esplicita la consapevolezza che le leggi palesemente incompatibili con il principio della giusta distribuzione (‘equità’) possano perdere effettività per disapplicazione, o venire presto abrogate.

E’ su tali concezioni che si va edificando la grandiosa esperienza medioevale dell’*aequitas*. In particolare, è densa di significati la circostanza che nei Basilici sia dato congruo spazio alla definizione celsina dello *ius*, pur con le variazioni segnalate, alcune delle quali apportate dagli scolari. Si trasmettono così alla cultura medioevale due valori: l’*aequitas* nel senso di *isòtes* (uguaglianza), secondo gli insegnamenti provenienti dalla tradizione filosofica greca, e la concezione dell’attività normativa come *technè* (tecnica, attività pratica)³³⁰. Ma per una rinnovata valorizzazione dell’*aequitas* occorre attendere la rinascita della scienza giuridica europea, a partire dall’XI sec. d.C.

31.- *Una nuova funzione per l’aequitas nelle Università italiane*

I Glossatori, attraverso il rinnovato studio della compilazione giustiniana, rilessero i testi romani in cui compariva il rinvio all’*aequitas* con nuovi occhi: essi si richiamarono all’equità come a uno ‘strumento di mediazione’ tra il diritto giustiniano e i diritti particolari, tra il diritto secolare (*lex mundana*) e il diritto della Chiesa (*lex Ecclesiastica*).

Per Irnerio e i suoi discepoli l’equità costituiva la fonte stessa della giustizia, incarnando quella giustizia naturale che per volontà divina era intrinseca alle quotidiane relazioni umane: è evidente la derivazione di tale visuale dalle concezioni bizantine che avevano animato i

³²⁹ *Ibid.*, 286 s.

³³⁰ *Ibid.*, 305 s.

compilatori del Titolo I del Libro I dei Digesti. E' importante notare che i Glossatori auspicavano la trasformazione dell'equità in norme giuridiche cogenti, la traduzione dell'*aequitas rudis* in *aequitas constituta*: con ciò essi accoglievano la distinzione ciceroniana tra *aequitas naturalis* ed *aequitas civilis*, nonché la concezione tradizionale dell'immanenza dell'equità al diritto positivo (*aequitas civilis*). La nozione stessa di diritto finiva così per dipendere dall'equità.

Si può facilmente intuire che, in una società senza Stato e priva di un ordinamento giuridico unitario, come appunto era stata fino ad allora quella medioevale, una siffatta concezione dell'*aequitas* consegnava nelle mani del giurista un potere immenso³³¹. Ma a contrastare il rischio di un uso arbitrario e inopinato dello strumento equitativo si interposero varie circostanze. Questa vicenda dottrinale si svolgeva infatti in un momento di grandi trasformazioni: l'incipiente ricostituzione dell'Impero e la forte tensione verso l'elaborazione di un ordinamento giuridico unitario.

Furono due i delicati problemi che si posero allora: 1) la definizione dei limiti del potere di cui si poteva avvalere l'interprete qualora la norma positiva risultasse incompatibile con l'*aequitas* e si dovesse perciò reputare 'ingiusta'; 2) la individuazione dei limiti del potere conferito al giurista, per l'eventualità che la norma idonea a disciplinare una determinata fattispecie concreta mancasse del tutto, mentre la coscienza sociale riteneva buono e giusto (*bonum et aequum*) che quella situazione venisse disciplinata dal diritto. Al riguardo, Irnerio e i suoi discepoli trovarono una soluzione (che Adriano Cavanna definisce 'rigidamente legalitaria'), invocando la già citata costituzione costantiniana del 316 d.C. (CI. 1.14.1), nella quale si sanciva il principio per cui soltanto l'Imperatore poteva emanare norme e tradurre in giustizia l'equità, nonché modificare il diritto scritto non conforme all'*aequitas*.

Le ragioni del 'ritorno' di questi rigidi limiti alla discrezionalità del giurista (per giunta in guisa di 'autolimitazione') sono da vedersi da un lato nella volontà di accentramento dei poteri da parte del potere politico, dall'altra parte nella più nobile preoccupazione che, una volta scosse le fondamenta della norma scritta, si potesse poi andare alla ricerca di un ideale di equità che ciascuno aveva facoltà di vedere a suo modo, anche in regione delle proprie inclinazioni o convenienze, proprio come già si era verificato in età tardo imperiale; si voleva

³³¹ Sul tema, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, cit., 109 ss.

insomma sventare il rischio che l' *aequitas* ciascuno se la potesse cavare in ogni momento dalla borsa, usandola a proprio piacimento (c.d. *aequitas bursalis*).

Nel periodo successivo, i Commentatori fecero invece dell'equità un uso talmente sistematico e raffinato (come in materia di analogia, per esempio, che nella loro opinione, peraltro ricalcata sull'originaria impostazione romana, doveva essere governata e temperata dall'*aequitas*) da divenire proverbiale (c.d. *aequitas Bartoli*). In Bartolo, l'equità assunse ciononostante non di rado quelle sfumature proprie della concezione impressale dalla Chiesa, e comparve coniugata con quei sentimenti di *humanitas* che già avevano segnato l'età romana del Dominato.

Valgano, al riguardo, due esemplificazioni: Nel campo del processo penale (da cui solo i diritti moderni hanno bandito l'interpretazione analogica delle norme sfavorevoli all'imputato, ispirandosi al criterio del *favor rei*), Bartolo ricavò da un'asserzione ulpiana (per la quale il giudice era tenuto a esaminare d'ufficio ogni attenuante, prima di condannare a morte lo schiavo non difeso dal *dominus*³³²) il principio che il giudice doveva ricercare le prove dell'innocenza dell'imputato, anche se questo sceglieva di non difendersi. Un altro esempio della proverbiale *aequitas Bartoli* nel campo dell'interpretazione analogica è costituito dal parere favorevole reso in ordine alla rinnovazione dell'enfiteusi, concessa a tre generazioni, nei confronti pure di ulteriori discendenti. Mediante il richiamo al criterio equitativo, il giurista di Sassoferato (che non soltanto con questo parere dimostrò la sua propensione a venire incontro alle esigenze dei lavoratori della terra) avvantaggiò considerevolmente un gran numero di concessionari, i quali trassero evidente giovamento da tale soluzione, e soprattutto rese più agevole il frazionamento dei vasti possedimenti ecclesiastici e feudali, dove le concessioni enfiteutiche erano assai frequenti.

L'alto livello di siffatti percorsi ermeneutici doveva molto anche all'applicazione del metodo dialettico e diairetico. Fu in particolare il ricorso alle tecniche aristoteliche a giocare un ruolo di primaria importanza nell'uso dotto e tecnico del parametro equitativo.

32.- *Il recupero dell'epieikeia aristotelica: da S. Tommaso D'Aquino alla Seconda Scolastica*

Nel frattempo, infatti, S. Tommaso D'Aquino aveva riabilitato agli occhi della Chiesa la

³³² Ulp. D. 48.19.19.

dottrina di Aristotele e, con essa, anche la nozione di equità intesa come ‘giusto riconoscimento, o giusta distribuzione’. Tommaso prendeva le mosse dal concetto aristotelico di *epieikeia*, che nella *Summa Theologica*³³³ traduceva con *aequitas*. Nella stessa opera Tommaso ammoniva affinché si rinunziasse alla pretesa di una scienza giuridica stabile, per dedicarsi piuttosto all’arte di trovare per ogni caso concreto la soluzione più giusta (*suum ius cuique tribuere*). L’*epieikeia* era definita come *directio legis, ubi deficit propter universale*, parole che poi i teologi hanno inteso come ‘benigna interpretazione della legge, similmente all’accezione –già sopra segnalata– dell’equità invalsa nell’epoca patristica, come *miserecordia* e *benignitas*³³⁴.

E’ su queste basi che, tra XVI e XVII secolo, la Seconda Scolastica si accingeva a tornare sulla dottrina dell’*aequitas*, ma questa volta con un approccio prettamente casistico. Suárez, esponente di spicco di questo orientamento di pensiero, scrive, circa la relazione tra *epieikeia* e diritto naturale: “*Si praecepta naturalia spectentur ut per legem positivam constituta sunt, tunc recipiunt exceptionem epikeiae, praesertim in ordine ad intentionem legislatoris humani, licet secundum se et ut naturalia sunt, illam proprie non admittat*”³³⁵.

Si rivela in quest’epoca una lucida consapevolezza del fondamentale ruolo dell’equità nei processi di mutamento. Il criterio equitativo acquista il ruolo di strumento di adeguamento alle mutate contingenze. Il teologo di Granata, riferendosi alla *exceptio epieikeiae*, osserva pure che, rispetto ai principi di diritto naturale trasfusi nel diritto positivo, la funzione dell’equità è nel rendere possibile quell’unico mutamento di cui i valori del diritto naturale sono passibili, e cioè il mutamento relativo al variare della materia cui essi si riferiscono: “*interpretatio respectu voluntatis legislatoris humani est epikeia, quia est quasi emendatio eius; in se vero, et respectu legis naturalis, est tantum explicatio mutationis factae in materia*”³³⁶

L’equità si identifica quindi con l’interpretazione della legge umana nel rispetto della volontà del legislatore, e ne è quasi una integrazione, in sé e nel riguardo per la legge naturale; ma è anche la spiegazione dei mutamenti fatti nella materia cui essi si riferiscono. Naturalmente, in ambito giuridico questa teorica non poteva avere ricadute di poco conto sulla teoria della interpretazione.

³³³ *Summa Theologica* II. II q.120. 1 c.

³³⁴ Così G. BRUGNOTTO, *L’aequitas’ canonica. Studio e analisi del concetto di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, Roma, 1999, 64 s.; v. anche G.M. COLOMBO, ‘*Sapiens aequitas*’, cit., 67 ss.

³³⁵ F. SUÁREZ, *Opera omnia*, Parisiis, 1856, t. V, lb. 2, cap. XVI, n. 16.

³³⁶ F. SUÁREZ, *ibid.*

Il tema del mutamento era stato molto sentito già da S. Tommaso. La variazione degli atti umani regolati dalle leggi può verificarsi –egli affermava- in svariatissimi modi: “*humani actus de quibus leges dantur, in singularibus contingentibus consistunt, quae infinitis modis variare possunt*”, tanto che nessuna regola giuridica può risultare esaustiva (“*non fuit possibile aliquam regulam instituere, quae in nullo casu deficeret*”). E ciò perché –si noti come risulta qui evidente e diretto l’influsso aristotelico- “*legislatores attendunt ad id quod in pluribus accidit, secundum hoc leges ferentes*”. Questa la ragione, precisava Tommaso, per cui a volte osservare le leggi è contro l’*aequalitas* (obiettivo di realizzare l’uguaglianza) della giustizia e contro il bene comune (“*est contra aequalitatem iustitiae et contra bonum commune quod lex intendit*”).

E’ interessante notare che queste considerazioni vengono legate a una esemplificazione in materia di deposito, la quale dimostra che ‘il mutamento’ ricorrente nell’opera tomista non è solo da ricondursi all’evoluzione sociale, ma anche –o soprattutto- alla diversità dei casi, dunque alla particolarità della fattispecie concreta: così –afferma Tommaso- la legge stabilisce che le cose ricevute in deposito vadano restituite, in quanto ciò è per lo più *iustum*, tuttavia talora è nocivo, come nel caso in cui un infermo di mente dia in deposito una spada e poi la richieda indietro mentre versa in uno stato di evidente grave alterazione mentale (*dum est in furia*). E’ appunto a questo esempio che si riannodano, molto tempo dopo, le considerazioni di Suarez in ordine alla *exceptio epieikeia*: l’eccezione di equità vale ad evitare che l’applicazione rigida del diritto scritto si traduca in una iniquità sostanziale, date le specificità del caso.

Il recupero, da parte di S. Tommaso d’Aquino, della lezione aristotelica ha inciso profondamente anche sulla successiva formazione del diritto canonico, specie in quella parte in cui Tommaso sosteneva che in qualche caso la legge è iniqua (*est contra aequalitatem iustitiae et contra bonum commune quod lex intendit*) e allora è male osservare il diritto positivo: ove siano sancite regole inique bisogna allontanarsi dal diritto scritto per seguire piuttosto il senso della giustizia e il bene comune (*malum est sequi legem positam, bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas*). E’ questa, conclude Tommaso, “la funzione della *epieikeia*, che noi chiamiamo *aequitas*” (*ad hoc ordinatur epieikeia, quae apud nos dicitur aequitas*)³³⁷.

E’ appunto dalla concezione aristotelica, così come filtrata da Tommaso, che muovono

³³⁷ Per questi brani, v. P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 148.

il concetto e la funzione dell'*aequitas canonica*, peraltro già 'consacrata' nel *Decretum Gratiani* come criterio ermeneutico³³⁸.

33.- *Aequitas canonica e diritto particolare*

E' un dato di fatto che a partire dall'età giustiniana e fino alle codificazioni moderne la riflessione principale e più significativa in materia di equità è stata quella svolta in ambito canonistico.

In linea molto generale, si può dire che la Chiesa aveva assunto il concetto di *aequitas* con il significato di 'ordine e giustizia', coincidenti con la volontà divina. Gli influssi della dottrina aristotelica furono però palesi³³⁹. I canonisti, elaborando il principio dell'*aequitas canonica*, adoperarono infatti come sinonimi *aequitas* ed *epieikeia*.

Ciò si spiega sia con la recezione della lezione tomista, sia con la straordinaria ampiezza del concetto medioevale dell'equità. Questo era ormai inteso come comprensivo delle più disparate interpretazioni, sino al punto da intrecciarsi e confondersi con la morale, con la *naturalis ratio* e il diritto naturale.

Da un lato, l'uso generico e atecnico del parametro equitativo fu stigmatizzato con il ricorso all'espressione dispregiativa, sopra segnalata, *aequitas bursalis*. Ma sotto altro aspetto, l'*aequitas*, in tale accezione assai vasta, finì per presentarsi come un principio 'superiore' rispetto al diritto, dal quale ricevere lume e guida³⁴⁰: *Nihil aliud est aequitas quam Deus*: questo l'emblematico enunciato della Glossa bolognese, attribuibile a Martino³⁴¹.

L'equità canonica si rivelava differente dalla *epieikeia* greca soprattutto nel costituire una giustizia sì superiore, ma che per lo più risultava, anziché solo correttiva del diritto esistente, creativa di un 'diritto particolare', come in fondo si era verificato nel corso dell'ultima evoluzione del diritto romano.

Dato l'ampliamento semantico dell'*aequitas* medioevale, è chiaro che anche i canonisti accolsero il significato del principio di equità come strumento attraverso il quale adeguare la

³³⁸ Ampiamente, sul tema, B.-R. WICHERT, *Die Epikie bei Platon und Aristoteles, die 'aequitas' im römischen Recht und christliche 'misericordia', zu den Grundlagen der 'aequitas canonica' des 'Decretum Gratiani'. Eine rechtsphilosophisch-historische Untersuchung*, Roma, Univ. Gregoriana, 1991.

³³⁹ P.G. CARON, *'Aequitas' romana*, cit., 64 ss. e *passim*.

³⁴⁰ Così V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 73.

³⁴¹ La glossa in oggetto venne pubblicata da Fitting: dettagli in P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 147 e nt. 1.

norma astratta al caso singolo: l'equità realizzava la mediazione necessaria tra il principio astratto di giustizia (espresso nella norma generale e astratta) e le esigenze della fattispecie concreta. L'equità era anche per i canonisti una forza viva, operante in sede sia di creazione, sia di interpretazione, sia di applicazione della norma. Tuttavia, per intendere le peculiarità dell'*aequitas canonica* occorre soffermare l'attenzione, in particolare, sulla predetta equazione *aequitas-Deus-ius naturale*³⁴². Tale assimilazione, infatti, recava in sé il richiamo ai valori di *miser cordia, charitas, benignitas, humanitas*, in aperta contrapposizione alla *institia*, parola usata come sinonimo di *rigor iuris*. Più precisamente, secondo quanto risulta dal *Decretum Gratiani*, l'*aequitas* costituiva il correttivo del *rigor iuris*.

Nel corso dei secoli, questo dualismo è stato oggetto di contrastanti interpretazioni: in occasione del centenario graziano, il 22 aprile 1952 Pio XII si riferì all'*aequitas* di Graziano come mero canone di interpretazione. Contro la riduzione dell'equità canonica a semplice strumento ermeneutico si era però espresso Calasso, il quale aveva ribadito la natura di forza creativa –anche se mai arbitraria– dell'*aequitas* canonica, intesa da Graziano quale “superamento cristiano”³⁴³ della legge civile, del *rigor iuris*.

Dunque, l'*aequitas canonica*, se intesa come strumento ermeneutico, *correctivum iuris*, secondo una opinione autorevole³⁴⁴ ma non da tutti condivisa, non consisteva in “astratti o arbitrari principi di giustizia (come in alcuni diritti e in alcuni momenti storici l'equità fu concepita)”, bensì negli stessi principi che costituivano la base e la struttura specifica del sistema canonico. Vista invece oltre l'impiego del canone ermeneutico, l'*aequitas canonica* fu vera e propria fonte del diritto; ed è appunto questo aspetto che richiama l'equazione *aequitas-Deus-ius naturale*. Nelle Decretali di Gregorio IX e nella dottrina decretalista viene esplicitamente enunciato il significato di *aequitas* come fonte formale di diritto: *in his vero quibus ius non invenitur expressum, procedas aequitate servata* (cap. I I *Ex parte*, X. I. 36)³⁴⁵; la Glossa alle Decretali precisa però che *ius semper preferendum aequitati* (a meno che non sia in gioco un *periculum animarum*): dunque, se esiste il diritto scritto va applicato questo e non l'*aequitas*, che è chiaramente intesa quale strumento per colmare le lacune del sistema legislativo. Tale *aequitas*

³⁴² Sul punto, P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 147 ss.

³⁴³ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, 166 ss.

³⁴⁴ Espressa da V. DEL GIUDICE, *Istituzioni di diritto canonico*, Milano, 1936, 79.

³⁴⁵ Sul testo, P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 150.

non scripta viene posta sullo stesso piano della consuetudine, quale fonte formale del diritto (*sic dicitur de consuetudine, quae servatur cum deficit lex*). Nelle Decretali di Gregorio IX, più in particolare, l'equità viene rappresentata alla stregua di strumento atto alla integrazione delle lacune di legge, sul fondamento della *charitas* cristiana. Lo *ius scriptum*, pertanto, prevale sull'*aequitas*, ma, in assenza di *ius scriptum*, l'*aequitas* prevale sullo *ius non scriptum*³⁴⁶.

L'unico ambito nel quale l'*aequitas canonica* deve prevalere su ogni diritto, ivi inclusa la legislazione secolare, è costituito dalla sussistenza di un *periculum animarum*: “*Nullum vinculum servandum est ex quo periculum animarum inducitur*”, era il principio da cui muoveva l'Ostiense³⁴⁷. Ed è proprio su questo elemento che è stata vista una certa divergenza tra *aequitas* romana e *aequitas* canonica. Da un lato, la nozione romana di equità aveva costituito l'ossatura dell'equità canonica, che era incentrata sul concetto romano di *iustitia*. Tuttavia a questo si era affiancato, per i canonisti, il concetto di *misericordia*, che secondo i Romani restò invece un criterio di valutazione tardo e comunque eccezionale: tale differenza ha fatto sì che, mentre il diritto romano ammetteva l'*aequitas* –nella tarda accezione di *benignitas* e *misericordia*- come eccezione, per il diritto canonico essa costituisse la regola. Ciò ha indotto a un mutamento del concetto stesso di *aequitas* e l'equità canonica si è forgiata come intessuta di *charitas*, *benignitas*, *misericordia*. Al tempo stesso, è necessario sottolineare che il legame espressamente istituito tra l'*aequitas* canonica e il *periculum animarum* evidenzia come nell'ordinamento canonico *aequitas* non significasse invariabilmente ‘moderazione’, ‘indulgenza’, ‘perdono’. Tali parole, una volta connesse con il tema di *periculum animarum*, cambiarono il loro originario significato³⁴⁸, assumendo una precisa connotazione giuridica, specialmente nell'ambito del diritto penale. In questo campo, l'equità canonica assunse una valenza che ci ricorda molto da vicino lo *ius ulciscendi* menzionato da Cicerone³⁴⁹.

Abbiamo sopra constatato come Bartolo, invocando l'*aequitas*, in materia penale avesse posto l'analogia al servizio di un ideale umanitario. Ma in virtù degli stessi parametri equitativi –se collegati con il *periculum animarum*- la Chiesa pervenne a giustificare anche severe sanzioni e

³⁴⁶ Dettagliata trattazione in P.G. CARON, *'Aequitas romana'*, cit., 54 ss.; G.M. COLOMBO, *'Sapiens aequitas'*, cit., 60 ss.

³⁴⁷ *Lectura*, in X.ii.26, *De praescriptionibus*, 5 *Vigilanti* n. 7, v. *Placuerit*, su cui G. M. COLOMBO, *'Sapiens aequitas'*, cit., 158.

³⁴⁸ Così G. BRUGNOTTO, *L'aequitas canonica*, cit., 76.

³⁴⁹ *Supra*, § 12.

censure. Già nel Concilio di Aquisgrana dell'816 si fece riferimento all'*falx iustitiae et aequitatis censura*. Nel Decreto di Graziano, in qualche contesto specifico, l'*aequitas*, intesa nel senso romano di 'perfetta giustizia', stava a significare non certo l'uso di *miser cordia*, bensì l'opportunità di agire con severità (*aequitas severitatis*), ove necessario: l'*aequitas* di Graziano si colloca dunque a metà strada tra *rigor* e *miser cordia*, perdendo il significato generale di 'mitezza atta a temperare la legge scritta'³⁵⁰. Pure nei secoli successivi, quando veniva in considerazione il *periculum animarum*, la legge penale, anche se odiosa, riceveva apprezzamenti e si considerata suscettibile di interpretazione analogica (neutralizzando così il principio, allora ancora incipiente, *nullum crimen sine praevia lege poenalis*); e ciò in quanto, affermavano Giovanni D'Andrea e Nicolò de' Tedeschi (ma la loro opinione divenne comune ai Dottori), la portata della legge penale andava dilatata sia al fine di evitare il *periculum animarum*³⁵¹, sia per soddisfare le esigenze dell'ordinamento canonico. Si induceva così il giudice a punire con decisione, allontanando il suo operato dal prepotente movimento di pensiero che muoveva verso l'affermazione del principio *nullum crimen sine lege*.

34.- *Aequitas canonica e diritto civile*

Dunque, anche se nella sua fase iniziale l'equità del diritto canonico era stata orientata verso la formazione di diritti particolari, in progresso di tempo essa si è contraddistinta in prevalenza come un elemento dello *ius suppletorium*, e tale caratterizzazione è poi prevalsa con forza: emblematico è, al riguardo, il can. 20 del *Codex iuris canonici* del 1917 (poi sostituito dal *Codex* del 1983), che si colloca sulla scia della tradizione aristotelica e romana. Nel 1967, l'*aequitas canonica* veniva qualificata *sapiens aequitas* dal terzo dei dieci principi per la revisione del codice, approvati dal Sinodo dei Vescovi.

La *suppletio legis*, nell'ordinamento giuridico della Chiesa, era stata rigidamente disciplinata e riassunta in quattro fonti (*leges latae in similibus, generalia juris principia cum aequitate canonica servata, stylus et praxis Curiae Romanae, communis ac constans sententia doctorum*). Ma, una volta esauritasi l'esperienza dell'*utrumque ius*, l'idea di equità sviluppatasi all'interno del diritto privato

³⁵⁰ In questo senso, P.G. CARON, '*Aequitas romana*', cit., 11 ss., 17 ss.; G.M. COLOMBO, '*Sapiens aequitas*', cit., 55 ss., specialm. 57.

³⁵¹ *Constitutio, esti videatur odiosa, quia poenalis, favorabilis est, quia inducta in animarum favorem, ideo ipsius ponea non est restringenda, sed dilatanda, ut vitentur pericula* (JOANNIS ANDREAE, *In quartum decretalium librum novella commentaria*, Venetiis, 1581, 60 r., n. 5; 22 v., n. 9); sul testo, P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 152.

laico ha preso una direzione del tutto autonoma. Si è chiarito che tra tardo Medioevo e l'inizio della modernità l'idea in chiave moralistica dell'equità laica aveva subito un "processo di inflazione"³⁵², venendo intesa come "la sorgente immutabile ed eterna della norma positiva [...], la misura ideale" per valutarne intrinsecamente il contenuto: "il suo significato trascendeva perciò quello di semplice strumento ermeneutico"³⁵³. Questa concezione risulta ancora sporadicamente accolta nell'Italia della prima metà del XX secolo, come si è segnalato nelle pagine introduttive di questa lezione: "l'equità" –asseriva Giuseppe Maggiore³⁵⁴– "è la forza etica che realizza il diritto [...], è la fonte del diritto per eccellenza". Le critiche sono state però numerose e serrate, soprattutto da parte dei seguaci del positivismo giuridico, nel punto in cui questa costruzione sostituiva il diritto con la moralità.

D'altronde, in quegli anni la nozione di equità canonica non appariva trasponibile, nei suoi esatti contorni, nell'ambito del diritto civile. Tra le disposizioni dell'abr. *Codex iuris canonici* in cui è richiamata l'*aequitas* sembra opportuno soffermarsi, per chiarire il problema in oggetto, in particolare sul can. 20 e in particolare sul passaggio ...*a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis*. Con la formula di cui al can. 20, il legislatore ecclesiastico aveva inteso risolvere il problema delle lacune dell'ordinamento legislativo. Il richiamo operato all'*aequitas canonica* accanto ai *generalia iuris principia* sortiva l'effetto di informare il problema delle integrazioni allo spirito dell'ordinamento canonistico. Va sottolineata sul punto la differenza rispetto al legislatore civile italiano, il quale aveva richiamato solo i "principi generali del diritto" (art. 3 disp. prel. cod. civ. 1865) e poi, nel 1942, i "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12 comma 2 cod. civ. vig.).

Secondo un'opinione diffusa, il can. 20 aveva la sua fonte in una decretale di Onorio III (*In his vero super quibus ius non invenitur expressum, procedas aequitate servata*): dunque, per i casi non regolati da una norma espressa, si prescriveva all'interprete di ricorrere all'*aequitas*, "la quale, al pari della consuetudine –espressamente richiamata dalla Glossa a quella decretale– doveva essere considerata come una fonte formale di diritto"³⁵⁵. Non mancano però disparità di opinioni sul punto se l'*aequitas* in questione fosse quella *scripta* o *non scripta*.

³⁵² V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 78.

³⁵³ V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milano, 1956, 27.

³⁵⁴ G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., 256 ss.

³⁵⁵ P. FEDELE, voce *Equità*, cit., 156 s.

E' interessante riflettere sulla successiva interpretazione, da parte della dottrina canonistica, del can. 20. Circa il rapporto stabilito tra *aequitas canonica* e *generalia iuris principia*, la dottrina canonistica prevalente ha ritenuto che i principi generali del diritto dovessero essere interpretati "con benignità, con indulgenza, con misericordia e con carità cristiana, avendo riguardo al bene della Chiesa ed alla salute delle anime"³⁵⁶, ma non è mancato chi ha identificato i principi generali con il diritto naturale.

Comunque si voglia interpretare il can. 20 dell'abr. *Codex iuris canonici*, resta ferma la considerevole differenza tra le nozioni civile e canonica di equità, come profilatesi nel secolo scorso: la seconda è infatti inscindibilmente legata ai concetti di *salus* o *periculum animarum* e inoltre riveste un ruolo fondamentale nel sistema delle fonti, non solo quando si tratti di colmare le lacune delle leggi, ma anche quando l'applicazione delle norme positive conduca a risultati aberranti rispetto ai principi supremi. Altre differenze sono più opinabili. Per esempio, non pare valida una contrapposizione basata sulla considerazione che mentre l'equità civile si identifica nell'ordinamento positivo stesso, l'equità canonica si contrappone all'ordinamento positivo per fare luogo a norme proveniente *aliunde*³⁵⁷. Ritengo viceversa efficacemente dimostrato, attraverso l'*excursus* storico qui svolto, che anche l'equità civilistica ha avuto la funzione di giustificare soluzioni fortemente innovative rispetto al diritto previgente, ispirate a valori 'esterni' allo *ius scriptum*.

35.- *Equity ed aequitas*

Veniamo infine ad alcuni brevi cenni sugli infussi esercitati dalla composita nozione di *aequitas canonica* anche nell'area di *common law*.

In merito, va ricordata la giurisdizione in Equity, cioè quel settore del diritto anglosassone sviluppatosi dal XIV sec. d.C. e caratterizzato dalla prevalenza dell'*aequitas* romano-canonica (la denominazione Equity derivava appunto dall'*aequitas* del Cancelliere) sulla rigidità degli schemi tecnico-formali caratterizzanti il common law; un diritto essenzialmente fondiario, quest'ultimo, in quanto sorto per la tutela della proprietà immobiliare.

³⁵⁶ *Ibid.*, 157.

³⁵⁷ Così P. FEDELE, voce *Equità canonica*, cit., 159

E' ben noto che la crisi irreversibile delle Corti inglesi ebbe inizio nel momento in cui Re Enrico III -costretto dai signori feudali a bloccare l'emissione di nuovi writs, nell'ambito di un complessivo ridimensionamento dei poteri regi- con un atto formale del 1258 'chiuse' il sistema dei writs. Le Corti presero allora a elaborare interpretazioni estensive dei writs preesistenti, ma le nuove, numerose istanze socio-economiche (indotte dal commercio e dalla diffusione della proprietà mobiliare) restarono irrimediabilmente prive di tutela. Di fronte all'irrigidimento del sistema, i sudditi presero a rivolgersi al Sovrano con una supplica, al fine di ottenere tutela dalla giustizia regia. Più precisamente, le petizioni venivano presentate al Vescovo Cancelliere (Chancellor), perché, in qualità di confessore del Re e di 'rettore' della sua coscienza, concedesse il rimedio che i tribunali di common law non erano più in grado di fornire. All'inizio, il Cancelliere esaminava le questioni e le sottoponeva al Sovrano, il quale, vistosi oberato di lavoro, delegò ogni decisione al Vescovo Cancelliere. Costui si avvaleva a sua volta della Corte di Cancelleria (composta in prevalenza da chierici conoscitori del diritto romano-canonico, *l'utrumque ius* proprio dello *ius commune*) per elaborare procedure informali ispirate a criteri equitativi, assai simili al procedimento romano-canonico continentale, ma che nel diritto inglese assunsero nel loro complesso la denominazione di Equity.

Si sono qui richiamate nozioni ben conosciute al fine di sottolineare attraverso quale processo storico e mediante quale canale il principio di equità già operante nel continente si propagò nell'area di common law³⁵⁸. Il ricorso all'equità assunse qui i contenuti di osservanza di poche formalità, di applicazione dei valori della morale cristiana: tanto si riscontra, per esempio, in ordine al problema della validità dei titoli di credito (se ottenuti con attività o metodi ingiusti). Anche il *trust* nacque come strettamente connesso con il valore dell'equità. Basti pensare alla terminologia adottata per il soggetto nel cui interesse il legittimo proprietario di un bene (trustee) lo detiene. Equitable owner veniva chiamato il soggetto nel cui interesse il vero proprietario deteneva e amministrava il bene, in considerazione del fatto che il primo era anch'egli considerato proprietario in base alle regole dell'Equity. Un'altra materia nella quale è

³⁵⁸ Per l'argomentazione puntuale della 'comunicazione' tra equità romano-canonica e giurisdizione in Equity, occorre prendere le mosse dal classico studio di L. DE LUCA, *'Aequitas' canonica ed Equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Ephemerides iuris canonici*, 3, 1947, 1. 46 ss., specialm. 46 ss., 58 ss.; l'indagine è stata di recente nuovamente valorizzata da A. ALBISETTI, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, 2009, 325 ss. Per una dimostrazione ancora più articolata dell'assunto qui condiviso, v. M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008, 9 ss., 26 ss. e *passim*, con ampia rassegna di fonti e lett.

particolarmente evidente la derivazione dell'Equity inglese dall'*aequitas* canonica è quella dell'efficacia riconosciuta ai 'patti nudi', nella direzione della concezione moderna del contratto³⁵⁹.

Dunque, fu proprio attraverso i giuristi canonisti che l'*aequitas* venne introdotta nel diritto inglese dell'Equity, benché inizialmente in veste di rimedio straordinario, gestito da alti dignitari ecclesiastici. Anche se una parte della dottrina britannica tradizionale tende a svalutare e a circoscrivere i punti di contatto e le similitudini tra diritto romano-canonico e diritto anglosassone, con particolare riguardo all'equità, va considerato che altri studi –non solo di matrice continentale- hanno invece individuato e documentato con dovizia di particolari i molteplici, specifici canali di comunicazione e punti di contatto (di cui qui si è fatto solo qualche accenno) tra queste due esperienze giuridiche³⁶⁰.

Comunque si vogliano intendere i nessi tra l'equità di civil law e l'equità di common law, va osservato che pure nel diritto inglese, come già nelle pregresse esperienze continentali, con l'ingresso dell'Equity si è introdotto da un lato uno strumento di integrazione e di aggiornamento del rigido diritto tradizionale, ma al tempo stesso un "dualismo giuridico"³⁶¹ tra equità e diritto tradizionale. Come –con le dovute differenze- già era accaduto per il diritto romano dell'età repubblicana e proto-classica, nell'area di common law l'affermazione della giurisdizione in Equity fece sì che per il diritto comune si prendessero in considerazione le pretese dell'attore, per l'Equity le eccezioni del convenuto.

Da Hobbes in poi, tale tensione interna all'ordinamento giuridico inglese prese a suscitare crescenti reazioni critiche e timori di ordine politico in quanti, all'epoca, sostenevano l'unità del diritto come manifestazione fondamentale e indefettibile di una sovranità unitaria³⁶²; del resto, già nel 1660 la giurisdizione in Equity si era snaturata, trasformandosi in un sistema di diritto cristallizzato. Si tornava, così, ad un atteggiamento di diffidenza nei confronti del delica-

³⁵⁹ L. DE LUCA, '*Aequitas canonica*', cit., 58, considera anzi questa tematica come l'esempio più chiaro e caratteristico del nesso tra equità romano-canonica e giurisdizione in Equity; riesamina complessivamente l'influsso del diritto canonico sul diritto inglese delle obbligazioni M. FERRANTE, *L'apporto*, cit. 73 ss.

³⁶⁰ In questo senso, già H.J.S. MAINE, *Ancient law*, London, 1861, ried. Boston, 1963, 63 ss.; ampia discussione di questo profilo storiografico in M. FERRANTE, *L'apporto*, cit., 30 ss., con altra bibl.

³⁶¹ V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 74.

³⁶² Contro le antinomie del sistema, T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, London, 1681, opera pubblicata postuma.

to parametro equitativo, peraltro da sempre avversato nei sistemi chiusi o nei regimi autocratici, se ed in quanto affidato con troppa larghezza alla discrezionalità dei giuristi.

Abstract

Questa rinnovata riflessione sul tema dell'*aequitas* si incentra sui contenuti della lezione svolta da Vittorio Scialoja nel 1879 sui rapporti tra morale e diritto in connessione con le lacune del diritto positivo. Dopo avere analizzato l'ampia semantica del vocabolo *aequitas* e le differenti significazioni attribuite a questo concetto nelle varie esperienze giuridiche del passato e del presente (e in particolare oggi nei diversi settori del diritto) ci si sofferma sulle origini storiche -greche e romane- della nozione di *aequitas* e sulle interferenze con lo *ius scriptum*.

Lo studio dei testi letterari, giurisprudenziali e legislativi romani evidenzia una progressiva acquisizione di consapevolezza dei profili differenziali individuabili tra *aequitas civilis* ed *aequitas naturalis*, nonché, sul piano della applicazione pratica del diritto, la tendenza al richiamo sistematico all'*aequitas* con funzione correttiva delle iniquità conseguenti a una applicazione troppo rigida del diritto tradizionale.

L'approfondimento dei rapporti reciproci tra *aequitas-naturalia iura-civilis ratio* e delle relative definizioni concettuali consente di valutare i mutevoli contenuti e la altrettanto mutevole rilevanza giuridica dell'*aequitas naturalis* nei confronti dello *ius scriptum*. Nel lungo corso dell'esperienza giuridica romana la relazione tra *aequitas* e *ius scriptum*, tra morale e diritto, muta considerevolmente, anche in ragione dei cambiamenti politici, religiosi e istituzionali. Tale percorso si presenta in costante evoluzione anche in età medioevale, per le nuove valenze riconosciute all'*aequitas* nell'ambito del diritto canonico, specie a seguito della riabilitazione delle dottrine aristoteliche da parte di Tommaso D'Aquino.

This new attention paid to the topic of *aequitas* focuses on the contents of Vittorio Scialoja's lesson held in 1879, regarding the relationships between ethics and law in connection to gaps of positive law. After analyzing widely the semantics of the term *aequitas*, and the different meanings assumed by the term itself in several legal experiences, past and present (and, peculiarly, today, in the different fields of law itself), I will focus on historical, greek and roman origins of the idea of *aequitas*, and on the interferences with *ius scriptum*.

By studying different roman sources, both literary and legal, it will be shown the acknowledgment of how many differences arose up between *aequitas civilis* and *aequitas naturalis*. Then, practically, it will be shown how the systematic call for *aequitas* had the main purpose to correct strictness and iniquity deriving by a strict enforcement of traditional rules.

Focusing on relationships among *aequitas*, *naturalia iura*, *civilis ratio*, and on the different legal concepts, will allow to evaluate the everchanging contents, and the everchanging relevance of *aequitas naturalis* respect to *ius scriptum* as well.

During the longlasting roman legal experience, the relationships between *aequitas* and *ius scriptum*, and between ethics and law have been changing deeply, even because of the changes in politics, religion and social life. Such a path is constantly evolving itself even in Middle Age, because of the new values acquired by *aequitas* in Canon law, peculiarly after the recover of aristotelian theories due to S. Thomas Aquinas.