UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI

DELLA

FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME I – ANNO 2012

CAMERINO

2012

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI

DELLA

FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME I – ANNO 2012

CAMERINO

2012

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Ignazio Buti

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;

Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarini

Facoltà di Giurisprudenza

Università degli Studi di Camerino

Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19

I - 62032 Camerino (MC)

e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

INDICE SOMMARIO

EDITORIALI

1 Rocco FAVALE, *Di nuovo gli Annali della Facoltà giuridica*

3 Felice MERCOGLIANO, *Gli Annali della Facoltà giuridica. Per un nuovo inizio*

STUDI

7 Piero GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*

59 Cinzia DI PAOLO, *Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano*

87 Ugo PIOLETTI, *Bancarotta, fallimento e statuto dell'imprenditore*

103 Monica NAPOLITANO, *Il luogo della prestazione lavorativa*

131 Marta CERIONI, *Prime riflessioni sulle fonti dell'autonomia privata*

RILEGGENDO

171 Felice MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*

179 Vittorio SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*

207 Laura SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas* e *ius scriptum. Profili storici*

321 Roberto CALVO, *L'equità nel diritto civile (studio sull'attualità della sentenza celsina "ius est ars boni et aequi")*

EDITORIALI

ROCCO FAVALE

Di nuovo gli Annali della Facoltà giuridica

Superato il primo decennio di questo nuovo secolo la Facoltà giuridica pubblica la *Nuova Serie* degli *Annali*.

Una nuova rivista? No, la domanda deve essere capovolta.

La questione reale è perché sono stati assenti gli Annali per più lustri. Questo antico genere di pubblicazione periodica ha sempre rappresentato il "sudore" della Facoltà, la testimonianza reale della temperie in cui opera un corpo accademico, ossia la capacità di coniugare la didattica e lo studio: insegnare per stimolare la ricerca, come presagio di ricerca, e quest'ultima a sostegno della didattica. Un binomio inseparabile che ha costituito e costuisce ancor oggi la particella elementare del sistema Università.

Pur in tempi odierni in cui si crede di misurare il diritto – il riferimento è ai rapporti della World Bank del nuovo secolo – l'operazione culturale degli *Annali* non può essere qualificata come meramente retorica; la quantità non può essere vista come succedanea della qualità, anzi quest'ultima ne esce mortificata.

L'*Annale* ancora oggi può costituire uno strumento insostituibile per la vita della comunità accademica, come l'ombra lo è per il corpo. Non c'è congegno migliore che esprima il lavoro scientifico di una Facoltà, costituendo il deposito ideale dei materiali elaborati dagli studiosi nel loro impegno quotidiano presso l'Ateneo.

Insomma questo genere di pubblicazione riflette il lavoro scientifico nell'università sotto qualsiasi livello, da studi a dibattiti a seminari a incontri, tutti orientati a dimostrare il "fare" di un orgasmo accademico.

La struttura della pubblicazione è spartana e, nel contempo, tradizionale, all'unisono con la sua natura e i suoi scopi. Ciò non esclude future revisioni, arricchimenti che l'esperienza soltanto potrà suggerire.

Gli *Studi* ospitano i risultati delle ricerche *lato sensu* dei docenti e ricercatori che rappresentano la linfa intellettuale della nostra Facoltà, assieme agli apporti di colleghi e studiosi di altri atenei collegati culturalmente. I *Commenti* riguardano tutti i contributi che trattano in guisa critica la congerie di fonti normative proprie e improprie. La sezione *Rileggendo* ha la peculiarità di riproporre materiali del passato corredata da una nota preliminare critica che agevoli il lettore circa la loro collocazione all'interno della relativa materia. Le *Letture* contengono recensioni, segnalazioni, letture d'insieme d'interesse storico-giuridico-sociale nonché elenchi di novità editoriali per una determinata area giuridica. Infine la pubblicazione è completata con una preziosa ed utile sezione dedicata alle *Notizie*, la quale registra le iniziative tenute e sostenute nella nostra Facoltà.

La speranza è che gli *Annali* possano non soltanto registrare i passi culturali compiuti dalla Facoltà, ma allo stesso tempo alimentare, attraverso la forza della storia e della tradizione (testimoniata nelle sue belle pagine da Felice Mercogliano), «la sua vitalità nell'ordine scientifico» (*Seduta* della Facoltà giuridica del nostro Ateneo, 14 marzo 1925). Questa è per lo meno la nostra intenzione: con il presente annodare il futuro al passato.

FELICE MERCOGLIANO

Gli Annali della Facoltà giuridica. Per un nuovo inizio

1. Gli Annali dell'Università di Camerino nascono come progetto scientifico ed impegno editoriale della Facoltà giuridica il 14 marzo 1925. Il loro battesimo istituzionale-accademico avviene in Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza, allorché viene votato un ordine del giorno che considera "in sommo grado" nell'interesse dell'Ateneo camerte "affermare ancor piú la sua vitalità nell'ordine scientifico" e, di conseguenza, "uno dei mezzi piú idonei a questo scopo è la pubblicazione di un volume annuale, che raccolga insieme contributi scientifici originali del personale insegnante, aiuti ed assistenti di questo Ateneo".

Viene cosí edito nel 1926 il primo volume degli Annali dell'Università di Camerino (Sezione Giuridica). In apertura, un ponderoso contributo dal titolo classicheggiante *Emptio non tollit locatum* (p. 9-163) del Rettore in carica, il civilista Antonio Ambrosino; di seguito, un articolo, piú snello, su *La nuova fase della etnologia giuridica* (p. 165-212) di Giuseppe Mazzarella, appena succeduto sulla cattedra di Diritto romano ad Emilio Betti trasferitosi a Messina[1]; chiude una breve, ma significativa, rubrica di *Libri pervenuti* (p. 213-214). Il campo d'azione, per cosí dire, sembra risultare sin dal principio bipartito quasi in maniera simmetrica: un saggio – qual è quello di Ambrosino – appare a prima vista d'impianto tradizionale nel metodo d'indagine scientifica e conservativo nell'analisi dei dati, in ossequio al piú tipico e datato tardo-pandettismo allora imperante nell'esegesi storico-giuridica[2], ampio ed or-

[1] Sarà qui, a Messina, che Betti avrà subito come matricola Giorgio La Pira, che Betti stesso porterà quindi con sé nel successivo trasferimento sulla cattedra di Firenze, la città di cui La Pira sarà celeberrimo sindaco negli anni cinquanta e sessanta: sul punto v., per tutti, M. BRUTTI, *Giorgio La Pira. Passione politica e scienza del diritto*, in *Index*, 34, 2006, 58 (= *Index per Giorgio La Pira romanista*, Napoli, 2009, 84).

[2] Sul contesto storiografico in ambito giuridico, che dalla riflessione sulla problematica rotante intorno al codice civile, sin dalla fine dell'Ottocento, approda al dibattito fervente nei primi decenni del Novecento, cfr. di

dinato nella scansione delle tematiche affrontate, con una connotazione peraltro finanche pratica[3]; l'altro contributo – di Mazzarella – invece è piú scorrevole nella lettura, meno 'tecnico' per questioni passate in rassegna e soluzioni prospettate, dai contenuti accademicamente alquanto eterodossi ed alternativi a confini disciplinari rigidi, mostra altresì finalità teoretiche assolutamente slegate da problemi della prassi forense e da intenti sistematizzanti, nonché una certa lontananza dai tracciati di ricerca delle correnti dominanti[4].

Ecco che si può individuare una matrice ideale nell'arco temporale globale degli Annali, che sin dagli esordi balza agli occhi: contributi tradizionali e studi innovativi, anche fortemente connotati in un senso o nell'altro, non si sono mai schiacciati a vicenda, sfociando in una varietà – forse inconsapevolmente – produttiva di proficue contaminazioni scientifiche, sorte in un ambiente accademico piccolo per dimensioni materiali, ma dagli alti livelli ed elevati interessi di studio e ricerche.

Varia pure la denominazione della testata con il vol. 8 (1934) e diviene "Annali della Facoltà di Giurisprudenza", al momento del cambio di casa editrice, che diventa la napoletana Jovene. Il periodico assume definitivamente con il vol. 11 (1937), infine, il suo nome storico di "Annali della Facoltà Giuridica". Vengono pubblicati quarantadue volte, in quarantasette anni. In un paio di occasioni svolgono pure la funzione di onoranze, qual è il caso del vol. 12, tom. 2 (1938) in memoria dell'internazionalista Giuliano Enriques, suicidatosi dalla rocca del Borgia, vittima accademica della follia fascista piú cupa e scellerata, le leggi razziali, segretario di redazione ininterrottamente dal vol. 3 (1929) al vol. 11 (1937), allorché gli subentra un giovanissimo Norberto Bobbio. Anche i due voll. 34 (1968) e 35 (1969) sono in memoria, a loro volta, di Piero Rasi, a lungo Direttore – dal vol. 25 (1959, il primo anno accademico da Università statale dell'Ateneo camerte) al vol. 31 (1965), prima della

recente la monografia di M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007.

[3] Ambrosino prende in considerazione l'art. 1597 cod. civ. del 1865 (al tempo oggetto di riesame da parte della Commissione Reale già insediata per la riforma dei codici), che imponeva l'obbligo all'acquirente del bene locato di "stare alla locazione" preesistente tra alienante e conduttore (rapporto costruito pertanto come obbligazione *ob rem*), in conformità alla logica secondo la quale "vendita non rompe locazione", agli antipodi della regola fondamentale del diritto romano, espressa dal brocardo *emptio tollit locatum*.

[4] Per un profilo dell'opera, invero rimasta sempre un po' isolata e piuttosto transdisciplinare, di Giuseppe Mazzarella, v. A. NEGRI, *Il giurista dell'area romanistica di fronte all'etnologia giuridica*, Milano, 1983, 24-31.

direzione finale di Pio Ciprotti, dal vol. 32 (1966) al vol. 39 (1973). Talvolta contengono Atti di convegni[5].

Il legame accademico correlato geneticamente con Camerino non impedisce tuttavia un'europeizzazione degli Annali, anzi offre uno slancio ad emanciparsi da un'impossibile autarchia localistica universitaria. Negli Annali appaiono, difatti, non di rado corposi contributi non soltanto in alcune lingue straniere (francese e inglese), ma soprattutto che travalicano una valenza di natura meramente territoriale, come si verifica per tanti contributi di docenti non a Camerino, e in particolar modo per significative relazioni e commemorazioni tenute qui da grandi studiosi stranieri. Basti ricordare in tal senso due contributi esemplari: le mirabili *Ricerche su Camerino città umbra* di Gerhard Radke, nel vol. 29 (1963), e la commemorazione di Emilio Betti tenuta da Franz Wieacker, nel vol. 36 (1970). Ad Emilio Betti è intitolato un ciclo di Lezioni magistrali, che da oramai un decennio organizzo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino. Ora pubblichiamo le due Lezioni tenute da Laura Solidoro e da Roberto Calvo in tema di equità, nella Rubrica "Rileggendo", incentrata sulla ristampa della celebre prolusione camerte (1879) di Vittorio Scialoja su equità e diritto positivo. La dialettica delineata in apertura di questo editoriale continua e l'auspicio più forte, sentito e sincero, è che sviluppi una nuova stagione di studi mirabili e personalità scientifiche dell'autorevolezza di quel passato che ora si volge e si rivolge al nostro futuro.

[5] Come nel caso del vol. 37 (1971), che racchiude gli Atti dell'VIII seminario di diritto amministrativo (Camerino 18 aprile – 30 maggio 1970).

STUDI

PIERO GOTTI

Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo

Sommario: 1. Introduzione al tema e definizione dell'oggetto dell'indagine. – 2. Cenni ai precedenti normativi e giurisprudenziali. – 3. Le opzioni interpretative prospettabili e prospettate in punto di qualificazione sistematica della giurisdizione in parola. – 4. La natura dei poteri del giudice: *a)* esclusione di una giurisdizione, sia pure innominata e atipica, di merito. - 5. *Segue b)* o di un giudizio di equità di matrice civilistica. - 6. *Segue c)* si tratta di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva di sola legittimità, per così dire 'speciale', in quanto caratterizzata da poteri cognitori giudiziali particolarmente incisivi. - 7. In dettaglio: la competenza giurisdizionale in tema di sanzioni cd. alternative. – 8. Una giurisdizione esclusiva in cui viene esercitata la cd. discrezionalità del giudice. – 8.1. In particolare: gli approdi della scienza giuridica in tema di discrezionalità del giudice civile. – 8.2. La discrezionalità del giudice amministrativo con riguardo alla fattispecie in esame – 9. Osservazioni di sintesi.

1. *Introduzione al tema e definizione dell'oggetto dell'indagine*

Il tema della sorte del contratto d'appalto pubblico a seguito dell'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'aggiudicazione definitiva è, ormai, stato sviscerato in tutte le sue componenti, di ordine sia sostanziale che processuale, da numerosi contributi dottrinali – cui si sono affiancate alcune pronunce giurisprudenziali -, che si sono succeduti nel tempo e si sono intensificati soprattutto a partire dall'introduzione nel nostro ordinamento degli artt. 244[1] e 245[2] del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive nn. 2004/17/CE e 204/18/CE), come

[1] Che recita testualmente: "*Giurisdizione* – 1. Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici".

[2] A sua volta l'art. 245, cit., è rubricato: *Strumenti di tutela*; seguono poi l'art. 245-*bis*: *Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni***,** l'art. 245-*ter*: *Inefficacia dei contratti negli altri casi*, l'art. 245-*quater*: *Sanzioni amministrative*, l'art. 245-*quinquies*: *Tutela in forma specifica e per equivalente*.

poi modificato dall'art. 8 del d.lgs. n. 53/2010, che ha recepito la c.d. seconda direttiva n. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 modificativa delle direttive nn. 89/665/CEE e 92/13/CEE, in attuazione della delega, conferita al Governo, di cui all'art. 44 della legge n. 88/2009[3], relativa appunto al "miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici" (di lavori, servizi e forniture). V'è, poi, da ricordare che il codice del processo amministrativo, contenuto nel d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, attuativo dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69[4] ed entrato in vigore il 16 settembre 2010, alla cui disciplina oggi rinviano gli artt. 245-*bis* e 245-*ter* del codice dei contratti pubblici (che sono stati, nel frattempo, novellati e trasfusi negli artt. 121 e 122 c.p.a.), regola ora dettagliatamente ai citati artt. 121 ss. il rito abbreviato concernente la "dichiarazione", con alcuni distinguo, del giudice amministrativo "di inefficacia del contratto" stipulato tra amministrazione aggiudicatrice e privato appaltatore[5] e – si badi – ha espressamente collocato tale dichiarazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 133, comma 1, lett. *e*.1, c.p.a.), ma non anche nell'ambito della giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.).

---

[3] Recante "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee Legge comunitaria 2008*".

[4] Recante – com'è noto – "*delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo" (Codice del processo amministrativo*).

[5] In proposito, v'è da aggiungere qui per inciso - senza voler neppure sfiorare la complessa questione di ordine (apparentemente solo) processuale, ma affondante in realtà le sue radici nel diritto sostanziale - che si è posto, fin da subito, il problema di stabilire se, nel caso, si sia in presenza di azione e sentenza amministrativa meramente 'di accertamento', come, stando alla lettera della norma, si potrebbe essere indotti a pensare, oppure invece si tratti di azione e pronuncia 'costitutiva'. La sentenza sul contratto – si è detto – *ex* art. 121 c.p.a. avrebbe natura dichiarativa, in quanto si limiterebbe ad accertare la realizzazione della fattispecie prevista dalla disposizione: a ciò corrisponderebbe la qualificazione in termini di nullità del contratto stipulato in violazione delle regole sancite nell'art. 121, salvo il caso in cui il giudice escluda la privazione totale degli effetti. Per contro, la dichiarazione di inefficacia *ex* art. 122 c.p.a. avrebbe natura costitutiva: soltanto una pronuncia del giudice potrebbe determinare l'inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 2908 c.c., e, dal punto di vista sostanziale, il vizio sarebbe quello dell'annullabilità.

Al riguardo si vedano, tra le altre, in giurisprudenza: T.a.r. Toscana, sez. I, n. 6579/2010, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. III, n. 6838/2011, *ivi*, che parla di "accertamento costitutivo della … inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione"; nonché Cons. St., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1570, in *Guida dir.*, 2011, n. 16, 74, con nota di A. PONTE. In dottrina sul punto, sempre nel senso della negazione di sentenze meramente dichiarative, v. ampiamente: G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it, n. 7/2010, § 2, e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 735-737; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2010, 1067 ss., spec. 1091-1094; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti*), in *www.giustamm.it*, 2011, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664 ss.; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella interna, dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. III, 1765 ss., spec.1831-32.

Al riguardo, l'attenzione degli interpreti sembra per il momento essersi concentrata prevalentemente sui profili di diritto sostanziale, ovvero si è appuntata perlopiù sul significato da attribuire al termine "privazione di effetti del contratto", impiegato sia dalla direttiva CE del 2007 che dalla relativa legge delega[6], ma – ed è questo il punto che qui interessa – non sono mancate neppure autorevoli prese di posizione[7] che, inoltre, hanno affrontato il problema, altrettanto importante, di stabilire quale tipo di giurisdizione eserciti veramente il giudice amministrativo nelle fattispecie in esame, riconducendolo anche al più vasto pro-

[6] La letteratura al riguardo è davvero imponente. Tra i contributi relativamente più recenti e significativi si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, *ex multis*: F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3, 569; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 5, 797 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1029 ss.; ID., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it, n. 7/2010, § 3 ss., e in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 731 ss.; F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Dir. amm.*, 2009, 123 ss.; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Riv. trim. app.*, n. 4/2010, 977 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La* "caducazione" *del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 719 ss.; ID., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2011, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 240 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovo rimedi previsti dal D.LGS. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi,* in www.giustizia-amministrativa.it, n. 6/2010; I. FRANCO, *Giurisdizione sulle controversie in materia di contratti pubblici: incidenza della direttiva ricorsi e del decreto di recepimento*, in *Urb. app.*, 2010, 1391 ss.; A. BARTOLINI-S. FANTINI – F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva* ricorsi, in *Urb. app.*, 2010, 657; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *www.giustamm.it*., n. 4/2008; ID., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in www.giustamm.it, n. 11/2010; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it, n. 7/2010; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo*, *cit.*, 1067 ss.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, *cit.*, 664 ss.; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4/2010, 865 ss.; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, n. 4 /2008; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, in www.giustamm.it, n. 6/2010; F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in www.giustamm.it, n. 3/2010; ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, 3 ss.; L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 2/2011, e in G. CLEMENTE di S. LUCA, (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, vol. I, *La tutela delle situazioni soggettive nei confronti del potere amministrativo*, 355 ss.; M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto: la questione è davvero risolta?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, 1529 ss., ed *ivi*, ulteriore bibliografia citata.

Per una disamina del significato che ha acquisito il termine "privazione di effetti", impiegato dalla direttiva 2007/66/CE, quale risulta dalla traduzione in alcune delle principali lingue europee (versione spagnola, inglese e francese), cfr. N. PAOLANTONIO, Cap. 5, *I riti compatti*, sez. III, *Il rito accelerato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2001, IV ed., 487 ss. e spec. 493, il quale sottolinea, tra l'altro, come la traduzione in altre lingue della stessa direttiva comunitaria non sia esattamente coincidente con il termine "privazione degli effetti", inclinando i testi della direttiva tradotti in altre lingue (diverse da quella italiana) a fare riferimento piuttosto – com'è avvenuto da noi – all'inefficacia del contratto.

[7] Si vedano, in particolare, tra i primi: F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto del giudice amministrativo: quale giurisdizione?*, in www.giustamm.it, n. 6/2011, 1 ss.; P. CARPENTIERI, *op. cit.,* 704 ss.; G. TROPEA, *L'"ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.,* 3/2011, 965 ss., spec. 1010 ss., 1014 ss.

blema del rapporto che, sempre con riferimento alle dette fattispecie, viene a delinearsi – a seconda dell'opzione ermeneutica che si ritenga di accogliere - tra giurisdizione amministrativa *tout court* ed amministrazione pubblica in Italia, oggi. Rapporto da riguardare nel rispetto del fondamentale principio di separazione dei poteri, che definisce tuttora, nell'odierno Stato (sociale e interventista) di diritto, le relazioni intercorrenti tra i poteri pubblici quali fissate, in primo luogo, dalla Carta costituzionale.

In sintesi – lasciando sullo sfondo il profilo dell'evoluzione, da noi, del rapporto tra giurisdizione amministrativa ed amministrazione pubblica, vorremmo innanzitutto analizzare le varie ricostruzioni avanzate in dottrina a proposito della natura dei poteri esercitati dal giudice amministrativo in sede di pronuncia sull'efficacia o meno del contratto. E, in particolare, vorremmo appurare se siamo in presenza: *a)* di un'ipotesi ('innominata') di giurisdizione di merito; oppure *b)*, di un giudizio di equità; o, ancora, *c)* di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva per così dire 'speciale', in quanto caratterizzata da poteri cognitori del giudice particolarmente incisivi[8]; oppure, infine, *d)* di un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva di sola legittimità, in verità un po' *sui generis*, in cui il giudice conosce a fondo il fatto e compie, poi, 'valutazioni' circa la consistenza ed il contemperamento dei vari interessi, pubblici e privati, in gioco nelle diverse fattispecie. Valutazioni che non comportano tuttavia, secondo noi, l'esercizio di una giurisdizione amministrativa di merito – in cui, cioè, siano esaminati 'anche' i vizi di merito, siano compiuti apprezzamenti di opportunità amministrativa e, comunque, il giudice si sostituisca all'amministrazione in esito alla risoluzione della specifica controversia -, ma rimangono sul piano della giurisdizione esclusiva di sola legittimità e sono da qualificare, invece, come espressione di esercizio della cd. 'discrezionalità del giudice'. Istituto (o tema), quest'ultimo, non nuovo ma anzi studiato da tempo soprattutto dalla dottrina privatistica e processual-civilistica e che, a nostro avviso - come cercheremo di dimostrare – può trovare applicazione ed essere assunto quale 'chiave di lettura' di una serie di ipotesi che si rinvengono anche nel diritto amministrativo e nel diritto processuale amministrativo.

[8] Così ancora F. SAITTA, *op. cit.*, § 2, 2, §§ 3 e 4, 3-5. Dello stesso A. si veda anche in precedenza: *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) "specialità" della giurisdizione esclusiva alla ricerca di una identità*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2004, 58 ss.

Mentre volutamente, non ci occuperemo delle conseguenze giuridiche di natura sostanziale della dichiarazione o meno di inefficacia del contratto di appalto pubblico di cui agli artt. 121 ss. c.p.a.

2. *Cenni ai precedenti normativi e giurisprudenziali*

Iniziamo, dunque, compiendo un breve *excursus* circa l'evoluzione sul piano normativo e giurisprudenziale registratasi in punto di sorte del menzionato contratto d'appalto pubblico e di qualificazione del tipo di giurisdizione amministrativa esercitata nel caso concreto.

Il percorso – com'è noto - può essere così riassunto.

La direttiva n. 2007/66/CE aveva soltanto autorizzato ("possono") gli Stati membri a "prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente", e di irrogare "sanzioni alternative" (art. 2-*quinquies*, comma 3). Per il resto, la direttiva ricorsi (art. 2, § 2) si era ben guardata – com'è stato osservato[9] – dal puntualizzare le caratteristiche del predetto "organo di ricorso indipendente", che quindi avrebbe anche potuto essere un organo di natura non giurisdizionale[10], limitandosi a consentire agli Stati membri di conferire all'organo stesso "un'ampia discrezionalità al fine di tenere conto di tutti i fatti rilevanti" (art. 2-*sexies*, comma 2).

Nel frattempo, nelle more del recepimento della suddetta direttiva, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 30 luglio 2008, n. 9[11], aveva indicato, per la pronuncia del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, la sede dell'ottemperanza, che

[9] Cfr. F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustamm.it, 30 aprile 2010,1.

[10] Per esempio, l'Autorità (indipendente) di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*).

[11] In *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1134, nonché in www.lexitalia.it, nn. 7-8/2008 e in *Urb. app.*, n. 10/2008, 1142 ss., con nota di P. GALLO, *Consiglio di Stato e Corte di Cassazione finalmente d'accordo?*. Secondo tale pronuncia, tra l'altro, l'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 va interpretato nel senso che la giurisdizione del giudice ordinario sussiste anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento dell'aggiudicazione della gara (v. in questo senso Cass., S.U., 23 aprile 2008, n. 10443, in www.lexitalia.it, n. /2008), e, inoltre, si determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi, ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034 del 1971.

notoriamente è, ancor oggi, il caso più significativo della giurisdizione di merito (art. 134, lett. *a)*, c.p.a.).

La citata legge delega n. 88/2009, art. 44, comma 3, lett. *b)* aveva, poi, fissato il criterio di recepire le disposizioni della direttiva n. 2007/66/CE "nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito".

Il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Commissione speciale 1° febbraio 2010, n. 368[12], aveva invece sconsigliato il ricorso alla giurisdizione di merito, ancorché la legge delega consentisse tale opzione, in considerazione del fatto che la giurisdizione estesa al merito "presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a 'sostituirsi' all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione", ma ritenute non opportune e/o non convenienti, mentre, nel caso di specie, il giudice amministrativo viene ad occuparsi essenzialmente di "controversie aventi ad oggetto aspetti" definiti – si badi – "di natura civilistica", inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato; cosicché, "pur potendo essere prevista (…) la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore". E veniva, infine, espresso un dubbio circa la possibilità che l'interferenza sul contratto potesse costituire un'ipotesi di sostituzione del giudice all'amministrazione[13].

In ossequio alle indicazioni del Consiglio di Stato il decreto attuativo – n. 53 del 2010 – ha conseguentemente soppresso il riferimento alla giurisdizione di merito ed ha parlato solamente di giurisdizione esclusiva, limitandosi, all'art. 7, ad aggiungere all'art. 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici il seguente periodo: "*La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*".

[12] V. Cons. Stato, parere Comm. spec. 1° febbraio 2010, n. 368, in www.giustamm.it, in www.federalismi.it, n. 3/2010, in www.lexitalia.it, n. 2/2010, e di cui un ampio estratto è riportato anche da N. PAOLANTONIO, *Commento agli artt. 121 e 122*, in G. LEONE-L. MARUOTTI-C. SALTELLI, *Codice del processo amministrativo (commentato e annotato con la giurisprudenza)*, Padova, 2010, 916-918.

[13] Cfr. sul punto E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1074, nonché E. D'ARPE, *Appalti pubblici: i punti critici del D.L.vo 20 marzo 2010, n. 53 attuativo della "direttiva ricorsi" 2007/66 delle Comunità Europee*, in *Giurisdiz. amm.*, n. 9/2010, IV, 419.

Per quanto concerne, inoltre, la giurisprudenza civile va tenuta presente la posizione assunta dalla Cass., S.U., con l'ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906[14], a tenore della quale la situazione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive sottese alle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo "in sede di giurisdizione esclusiva" ai sensi della direttiva CE n. 66/2007. "Tale soluzione – prosegue la Corte – è ormai ineludibile … quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione di esse al giudice amministrativo nelle materie di *giurisdizione esclusiva* … e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e – si badi – *in relazione agli interessi generali e pubblici* oggetto della controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata" (corsivi nostri).

Nella giurisprudenza amministrativa, antecedente all'entrata in vigore del c.p.a., si può ricordare, per tutte, la sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-*bi*s, 16 giugno 2010, n.18131[15], secondo la quale il nuovo art. 245-*ter* del codice dei contratti pubblici del 2006, introdotto con il d.lgs. n. 53/2010, si rivolge al giudice amministrativo che annulla

---

[14] In www.lexitalia.it, n. 2/2010; in *Urb. app.*, 2010, 431, con nota di C. LAMBERTI, *Il punto di vista amministrativi- stico*; in www.giustamm.it, n. 2/2010, in www.*federalismi.it*, n. 9/2009, commentata da F. CARDARELLI, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, III, 162, nonché commentata da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, VI ed., 2807 e nt. 14, 2808 e nt. 19. Nello stesso senso v. Cass., S.U., ord. 5 marzo 2010, n. 5291, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2010.

Nella citata ordinanza n. 2906 la Cassazione, a sezioni unite, dopo aver sottoposto a rivisitazione il proprio precedente orientamento dicotomico in materia di appalti pubblici fondato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi (con conseguente necessità della celebrazione di due distinti processi), al § 7 della motivazione (intitolato "*Effetti orizzontali della Direttiva n. 66 del 2007*"), non manca di riportare alcuni tratti salienti della direttiva europea, secondo cui, ad es., l'"organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice … può disporre che il contratto stipulato sia considerato privo di effetti (art. 2-*quinquies*, comma 1), prendendo in considerazione eventuali 'esigenze imperative connesse ad un interesse generale', che impongano il mantenimento degli effetti del contratto e riservando ai diritti nazionali la disciplina delle conseguenze di un contratto, di cui sia stata decisa comunque la prevista privazione di effetti".

Ancora, a detta della Corte, "va riconosciuto rilievo alla connessione tra le domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione, con la conseguente attribuzione di entrambe alla *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163" (cors. nostro). Per una prima applicazione della nuova disciplina v. T.a.r. Veneto, sez. I, 7 maggio 2010, n. 1838, e T.a.r Lombardia, Milano, sez. I, 27 maggio 2010, n. 1524, in www.giustizia-amministrativa.it.

[15] In www.giustamm.it, n. 6/2010.

l'aggiudicazione definitiva e stabilisce se dichiarare o meno inefficace il contratto, alla luce di una serie articolata di elementi[16]; e, ancora, rafforza il ruolo decisorio dell'organo giudicante, il quale opera nell'esercizio di una giurisdizione in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che viene certamente configurata come un caso di giurisdizione esclusiva, ma anche di merito, in virtù degli "incisivi poteri attribuiti al giudice" – sottolinea la pronuncia – "in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla eventualmente con effetto retroattivo".

Infine, come già accennato, il codice del processo amministrativo, recependo a sua volta il contenuto delle norme del d.lgs. n. 53/2010, ha espressamente collocato la dichiarazione del giudice amministrativo di inefficacia del contratto nel *solo* ambito – si noti – della giurisdizione esclusiva, come risulta: *a)* in positivo, dalla norma ricognitiva dell'art. 133, che elenca, al comma 1, le materie di giurisdizione esclusiva e, alla lettera *e*), n. 1, la materia qui in discussione; e *b)*, in negativo, (come risulta) dal dettato dell'art. 134, relativo alla giurisdizione di merito, che, tra i casi tassativamente elencati, non menziona le fattispecie di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. ; inoltre, tale ultima disposizione è da considerare di carattere eccezionale, suscettibile solo di un'interpretazione di stretto diritto, non anche di un'interpretazione estensiva né, a maggior ragione, analogica.

3. *Le opzioni interpretative prospettabili e prospettate in punto di qualificazione sistematica della giurisdizione amministrativa in parola*

Così delineato succintamente il contesto generale, si può passare ad esaminare le varie opzioni ermeneutiche avanzate in dottrina in punto di tipo di giurisdizione amministrativa realmente esercitata nelle ipotesi di cui agli artt. 121-124 c.p.a.

Prima, però, va riepilogato il complesso dei poteri di cui è intestatario il giudice amministrativo nelle fattispecie in questione e va precisato che esso, ai sensi dell'art. 2 direttiva CE n. 66/2007, non solo è chiamato ad esercitare poteri cautelari, poteri istruttori, poteri di annullamento dell'aggiudicazione definitiva illegittima e poteri di risarcimento del danno;

[16] Ovvero – come recita l'art. 245-*ter*, appena citato nel testo – "tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta".

ma – e questo ci serve a circoscrivere ed a dettagliare quella che si può convenire di chiamare la 'discrezionalità del giudice amministrativo' nel caso *de quo* – è titolare anche, ad esempio, del potere di scegliere *se* rendere o meno inefficace il contratto (la privazione di effetti non è considerata un esito automatico, ma, come visto, deve essere accertata da un organo di ricorso indipendente: 13mo 'considerando' della direttiva n. 66/2007, cit.), *se* privilegiare ragioni di interesse generale derogatorie dell'inefficacia del contratto in caso di 'violazioni gravi' (cioè di totale pretermissione dell'assetto concorrenziale), *se* accordare sanzioni alternative anche cumulandole con la parziale inefficacia del contratto, *se* far retroagire gli effetti dell'inefficacia al momento della stipulazione o limitarsi alla soppressione degli obblighi che rimangono da adempiere, *se* ed in quale misura applicare le sanzioni pecuniarie alternative *ovvero* limitarsi alla riduzione della durata delle prestazioni, *se* prevedere il possibile "recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione" (21mo 'considerando' della direttiva). Inoltre – come esattamente è stato osservato[17] – l'esercizio della funzione giurisdizionale in questo caso è gravato dalla necessaria considerazione di *interessi molteplici*: quelli *privati* delle parti che si contendono l'aggiudicazione o l'accesso al mercato[18]; quello *pubblico* (soggettivamente tale) proprio della stazione appaltante, specialmente in caso di adozione di misure cautelari (v. art. 2, § 5, della direttiva); quello *generale* proprio della collettività, che ne fruisce diffusamente, e non della sola stazione appaltante (diverso dagli 'interessi economici' connessi al contratto[19]), il quale presidia alle "esigenze imperative" che impongono che gli effetti del contratto stipulato debbano essere mantenuti (v. art. 2-*quinquies*, § 3, della direttiva), e che è volto – come, del resto, quello della stazione appaltante – all'esecuzione rapida dell'opera pubblica o alla continuità dell'erogazione di un servizio[20].

---

[17] Il punto è ben riassunto da F. CARDARELLI, *Commento* a Cass., S.U., ord. n. 2906/2010, *cit.*, 12.

[18] Interessi di cui sono portatori il titolare dell'impresa risultata aggiudicataria della gara ed il ricorrente secondo classificato, che, in caso di annullamento dell'aggiudicazione illegittima, potrebbe subentrare nell'esecuzione del contratto.

[19] Che sono individuati dalla norma nei maggiori costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, nella necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, nella modifica dell'operatore economico e negli obblighi di legge derivanti dalla dichiarazione di efficacia del contratto.

[20] In argomento si veda anche M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.*, § 12, che parla di "persistente riferimento normativo alla rilevanza dell'*interesse generale*, quale parametro vincolante la decisione del giudice" (interesse che può essere rinvenuto laddove l'oggetto contrattuale si presti ad una fruizione diffusa, anziché riguardare la sola stazione appaltante) ed aggiunge che il vero – se non esclusivo - *dominus* di tale interesse generale è la stessa pubblica amministrazione, che deve evidenziare le eventuali ragioni – obiettive – contrastanti

Insomma, la molteplicità degli aspetti oggetto di considerazione da parte del giudice, la complessità delle valutazioni che egli è chiamato ad effettuare (più volte nella direttiva si fa riferimento alla necessità di valutare "tutti" gli aspetti pertinenti), la capacità di incidere sul contenuto del contratto[21] fanno dell'organo giudicante una figura centrale nell'applicazione corretta della direttiva. Con plurime, possibili implicazioni di vario genere, sulle quali tuttavia non possiamo soffermarci in questa sede[22].

4. *La natura dei poteri del giudice: a) esclusione di una giurisdizione, sia pure innominata e atipica, di merito*

Tra i primi commentatori non è mancato chi ha dato per scontato di essere in presenza di un'ipotesi ('speciale' ed 'innominata') di *giurisdizione di merito*. Ciò – è stato affermato – "in quanto gli apprezzamenti che il giudice è chiamato a compiere implicano valutazioni sostitutive dell'attività amministrativa", non soltanto alla luce della chiara indicazione in tal senso contenuta nella legge delega (art. 44, lett. *h*) n. 88/2009[23], ma anche dopo che il Governo, seguendo le indicazioni del Consiglio di Stato, si è limitato a qualificare tale giurisdizione come esclusiva. A sostegno di siffatta interpretazione, si è osservato che al giudice amministrativo è attribuito – specie allorché gli è consentito di disporre che gli effetti del contratto siano mantenuti per il rispetto di "esigenze imperative" connesse ad un interesse

---

la conseguenza dell'inefficacia del contratto. Ancora cfr. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel Codice appalti e nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 luglio 2010, 85, nonché B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2011, 476 ss., spec. 482-483.

Infine, per uno sguardo panoramico alla dinamica diacronica degli interessi pubblici tutelati dall'Unione europea in materia di contratti pubblici d'appalto, quali disciplinati in primo luogo dalle direttive, succedutesi a più riprese, in materia, cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1068 -1071, ad avviso del quale per "la liberalizzazione del mercato dei contratti pubblici, aperto alla concorrenza degli imprenditori dei Paesi che costituiscono l'Unione Europea, la normativa comunitaria, recepita anche dalla nostra legislazione, ha posto regole di tutela delle imprese i cui interessi alla corretta e non discriminatoria competizione sono considerati pubblici alla pari di quelli di tutela dell'interesse patrimoniale della pubblica amministrazione e dell'azione della pubblica amministrazione retta dall'imparzialità e dal buon andamento " (pp. 1069-1070). L'A. ricorda, inoltre, che il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Commissione speciale del 25 gennaio 2010 sullo schema di decreto legislativo poi divenuto il d.lgs. n. 53/2010, rileva che la direttiva 2007/66/CE, alla quale si dà attuazione, è innovativa per molti aspetti tra cui la tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza (p. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio*).

[21] Capacità d'incidere che va ben oltre – sempre ad avviso di F. CARDARELLI, *op. cit.*, 12 – la mera 'privazione di effetti', estendendosi il potere del giudice amministrativo alla rimodulazione delle prescrizioni dedotte nell'appalto, alla sua durata ed anche al sinallagma funzionale originariamente cristallizzato.

[22] E per le quali si rinvia ancora, per un'efficace sintesi, a F. CARDARELLI, *op. cit.*, 12-13.

[23] Così R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. – CdS*, 2009, 2450.

generale – "anche il potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione", e cioè "proprio quella scelta discrezionale attinente ai profili di opportunità e convenienza dell'agire amministrativo che costituisce il 'cuore' del merito amministrativo"[24].

La soluzione accolta nel c.p.a è stata, tuttavia, da più parti criticata[25] in quanto dissonante rispetto all'impostazione seguita dalla sentenza dell'Adunanza plenaria, in precedenza richiamata, ed al criterio dettato dalla legge delega e perché smentita dai contenuti invasivi del potere attribuito al giudice (dalla scelta – come visto – sul *se* dichiarare l'inefficacia del contratto al *se* dichiararla *ex tunc* o *ex nunc*, sempre "*in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti*", per usare la locuzione di sintesi impiegata dall'art. 44 della legge delega del 2009, fino all'adozione di "sanzioni alternative", variamente configurate e graduate, incidenti anche sulla durata residua del rapporto contrattuale).

---

[24] Così R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, il quale – con riferimento alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 53/2010 – ribadisce che il *corpus* normativo complessivo "attribuisce al giudice amministrativo una giurisdizione non solo esclusiva ma anche comprensiva di valutazioni che, afferendo alla comparazione ed alla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta, si estendono alla sfera del *merito amministrativo*" (cors. nostro); e ancora cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, cit.*, *passim*; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficienza funzionale del contratto*, *cit.*, 263-264; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.giustamm.it., n. 4/2010; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nella disciplina del Codice del processo amministrativo*, in *www.neldiritto.it.*, n. 10/2010. In tal senso, anche se più cautamente, si esprime F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.,* § 3, 6, e § 7, 13-14, secondo il quale si potrebbe forse parlare di valutazioni di "merito, anche se gli interessi sono pur sempre catalogati dalla legge e, quindi, il giudice si configura come un soggetto che applica il diritto"; nonché G.C. SPATTINI, *Note minime su autorità indipendenti, separazione dei poteri e "giusto processo" nel Codice: ancora una "ingiustizia amministrativa" nei confronti della discrezionalità tecnica?*, in *www.giustamm.it.*, n. 2/2011.

In giurisprudenza si è fatto, talvolta, riferimento ad un'ipotesi non codificata di giurisdizione estesa al merito: cfr. in tal senso T.a.r. Lazio, sez. I, 6 giugno 2008, n. 5578, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 1678, secondo cui "la giurisdizione del giudice amministrativo sul profilo sanzionatorio si estende al merito ai sensi dell'art. 23 L. 689/1981 applicabile in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 L. 287/1990, sicché il Tribunale, oltre ad annullare in tutto o in parte l'atto, può anche modificare lo stesso limitatamente all'entità della sanzione dovuta".

Viceversa, Cass., S.U., 29 aprile 2005, n. 8882, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 3210, hanno espressamente escluso che il potere di quantificare la sanzione fondi in qualche modo una giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito.

In argomento si veda, poi, ancora F. SAITTA, *op. cit.,* § 2, 2.

[25] Cfr. R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, al sito www.giustizia-amministrativa.it; oltre a R. CAPONIGRO, *opp. citt.* alle precedenti note 23 e 24; ed a M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto*, *cit.*, 1580, secondo il quale la penetrante valutazione compiuta dal giudice amministrativo sulle vicende contrattuali, ovvero l'apprezzamento della congruità di una sanzione pecuniaria in alternativa ad una pronuncia di inefficacia del contratto, inducono a pensare che, nei casi in parola, "la consistenza della giurisdizione sia davvero estesa al merito dell'assetto degli interessi tra le parti contendenti".

Sennonché, come convincentemente è stato osservato e argomentato in seguito[26], l'esclusione di questo contenzioso dall'ambito della giurisdizione di merito si riconnette alla restrizione dell'area stessa della giurisdizione di merito introdotta dal c.p.a. come riflesso, a sua volta, del potenziamento e della più generale riconfigurazione dei poteri cognitori e decisori del giudice amministrativo sia nella giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva. Non è, dunque, che i poteri esercitati dal giudice in tema di inefficacia del contratto non presentino i tratti che, tradizionalmente, sono stati riconosciuti ed attribuiti alla giurisdizione di merito; ma è che, più radicalmente, si andrebbe ridimensionando la nozione stessa della giurisdizione di merito, e conseguentemente il suo ambito di estensione, definito dagli artt. 7, comma 6, e 34, comma 1, lett. *d)*, c.p.a.

Ancora, è stato rilevato che la giurisdizione di merito risulta "difficilmente compatibile con la cognizione di diritti soggettivi"[27] e che nella fattispecie essa non ricorre in quanto ha ad oggetto non già un atto amministrativo, bensì un contratto[28]. Ma si è, poi, subito aggiunto che, se pure è vero che nel caso in esame il giudice non tocca l'atto amministrativo impugnato, interferendo invece su un contratto, è altrettanto vero, tuttavia, che qui esso si sostituisce all'amministrazione nel compiere quelle "valutazioni di opportunità e convenienza che sono il tratto tipico del merito amministrativo, normalmente non sindacabile nella sede della legittimità"[29].

---

[26] Cfr. E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1075 e *passim*; in senso conforme G. TROPEA, *op. cit.*, 1032-1033.

[27] Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi, il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.-TAR*, *Osservatorio* n. 1/2010, LXXXII- LXXXIII, che comunque evidenzia l'assegnazione al giudice amministrativo di forti poteri di ufficio comprendenti una valutazione di "vera e propria opportunità sulla conservazione del contratto". *Contra*, invece, F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit.*, § 4, 4, il quale obietta che, viceversa, la recente scelta del legislatore di devolvere alla giurisdizione, al contempo esclusiva (per espressa previsione dell'art. 21-*septies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990) e di merito (in quanto la sede in cui si affrontano simili questioni è il giudizio di ottemperanza), l'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato dimostra la piena compatibilità tra sindacato esteso al merito e diritti soggettivi.

[28] Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 738.

[29] Così P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 23-24, e nota 61, ove l'A. – dopo essersi rifatto a G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 130 ss., ed a A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, 539 ss. – asserisce, conclusivamente, che se è vero che è precluso al giudice di legittimità di effettuare "una comparazione tra il grado di ragionevolezza di due scelte alternative, che rientra nel merito, riservato all'autorità amministrativa", come rilevato anche da Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1999, n. 53 (in *Foro amm.*, 1999, 63), allora dovrebbe ritenersi che nel caso dei poteri del giudice sulla sorte del contratto, si abbia a che fare proprio con un caso del genere, di "valutazione comparativa di alternative lecite in base a criteri di convenienza e opportunità", anche rispetto all'interesse pubblico della stessa stazione committente, "ciò che sembrerebbe essere, per l'appunto, merito". Di recente, in termini, circa la tradizionale distinzione fra la categoria della legittimità e quella del merito, al fine anche di comprendere quanto di ciò che

Questa tesi è stata, poi, confermata sia da una certa prima giurisprudenza[30] sia, successivamente, dalla dottrina[31], anche alla luce di un'interpretazione sistematica della disciplina dettata dal c.p.a.[32].

Infine, è da menzionare un autorevole studioso, che, facendo riferimento sia alle previsioni sul punto del c.p.a. sia a quelle della legislazione più recente in altri settori[33], ha prospettato una ricostruzione più attuale ed aggiornata della giurisdizione (anche) di merito, la quale si caratterizzerebbe oggi non più per la circostanza che il giudice amministrativo compirebbe in essa valutazioni di opportunità, o conoscerebbe pienamente e direttamente del fatto (il che avverrebbe, ormai, anche nella giurisdizione generale di legittimità), ma per la circostanza che essa ricorrerebbe essenzialmente "in quei casi in cui eccezionalmente si rende necessaria una contestualità tra la tutela delle situazioni di interesse legittimo dei pri-

---

viene attualmente considerato come merito coincida veramente con i margini che la legge 'riserva' all'amministrazione, cfr. A. TRAVI, *Presentazione* di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (Madrid, 2007), traduzione italiana, Milano, 2010, XV-XVI.

[30] Cfr. T.a.r. Lazio-Roma, sez. III *bis*, 16 giugno 2010, n. 18131, in www.giustamm.it, n. 6/2010, che sottolinea gli incisivi poteri attribuiti al giudice "in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla eventualmente con effetto retroattivo"; nonché Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale – dal momento che è attribuito al giudice dell'ottemperanza anche la cognizione della pretesa a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in termini di risarcimento in forma specifica, non può dubitarsi che la cognizione dello stesso si estenda in tal caso anche all'accertamento costitutivo della relativa condizione, data dall'inefficacia del contratto a séguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, disposto nella precedente fase di cognizione; tanto perché la richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica si esplica e realizza appunto con la domanda di caducazione del contratto d'appalto concluso in attuazione della gara svoltasi con procedura illegittima - sono da ricondurre alla giurisdizione di merito (di cui all'art. 134, comma 1, lett. *a*, c.p.a.) "gli incisivi poteri attribuiti al Giudice dall'art. 122 c.p.a. in ordine alla valutazione, all'opportunità ed alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo".

[31] Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.*, 263-264, secondo il quale a questo punto potrebbe aprirsi un ampio di battito circa la "possibile amministrativizzazione del giudice", che, nella concreta ponderazione degli interessi antagonisti, sembra potersi avvalere di "una discrezionalità più propriamente pertinente all'esercizio del potere amministrativo". Ed in proposito conclude: "che si tratti di un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza non sembra possibile dubitare; e però non sembra trattarsi di un potere 'nuovo' essendovi vari esempi di attribuzione al giudice di valutazione discrezionale di carattere concreto e specifico". E sarebbe ipotizzabile, forse, anche un parallelo con la volontaria giurisdizione, che è un caso "classico" di amministrazione affidata ad organi giudiziari.

[32] Cfr. G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, *Art. 7*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D. Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 106-108, i quali affermano che il *corpus* normativo attribuisce al giudice "anche il potere-dovere di esercitare un'attività di valutazione dell'interesse pubblico sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione".

[33] In particolare, viene fatto riferimento all'art. 1 ed all'art. 4, comma 2, lett. *l*, n. 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, con cui il Parlamento italiano ha disposto una delega al Governo finalizzata, tra l'altro, "all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni" e dei concessionari di servizi pubblici: con la peculiarità, tuttavia, che in quest'ultimo caso è il citato art. 4 a devolvere espressamente il relativo giudizio, che può promuovere ogni interessato, "alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo" (cd. *class action*).

vati e la tutela delle ragioni dell'*interesse pubblico*" (cors. nostro): come, appunto, accadrebbe nelle ipotesi di cui agli artt. 121 ss. c.p.a., in materia di stipulazione di contratti di appalto pubblico, in cui è necessaria la previsione nell'ordinamento di una giurisdizione amministrativa idonea a "conformare alla misura di tutela delle ragioni del privato le ragioni dell'*interesse pubblico*" obiettivo (cors. nostro)[34].

La tesi in discussione (della ricorrenza di una giurisdizione 'innominata' di merito nelle fattispecie in parola) però, com'è stato giustamente notato, si pone in contrasto sia con il criterio interpretativo letterale – nella misura in cui, come detto, l'art. 133, comma 1, lett. *e*.1), c.p.a. parla di "giurisdizione esclusiva" e non anche di merito – sia con il criterio logico-sistematico – essendo quantomeno improbabile che il Governo, ove avesse avuto intenzione di prevedere un'ipotesi di giurisdizione estesa al merito, in contrasto con le indicazioni del Consiglio di Stato, non l'avrebbe prevista espressamente, mentre, recependo l'indicazione dello stesso Consiglio, ha esplicitamente qualificato la giurisdizione stessa come esclusiva *tout court* -. Inoltre, tale tesi - e questa osservazione sembra ineccepibile – non tiene conto del principio della tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito[35] (ora sancito nell'art. 7, comma 6, c.p.a. cit.): tra le materie devolute a tale giurisdizione (elencate nell'art. 134 dello stesso codice), infatti, non è in alcun modo contemplato il caso che qui viene in rilievo[36] ed è impensabile che si sia trattato di una svista della Commissione, che ha puntualmente operato l'inserimento nel codice della disposizione appena richiamata[37].

Cosicché, risulta difficile sostenere, come era forse ipotizzabile prima del 16 settembre 2010, che nel nuovo disegno del processo sui contratti di appalto pubblico, come deli-

---

[34] Così A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, 1437 ss., spec. 1450-1452; ID., *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011, 105. Da ultimo, si tenga presente il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 25 gennaio 2010, *cit*., 66, ove si legge – come visto - che le controversie in questione hanno ad oggetto "aspetti di natura civilistica" inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto che mal si conciliano con l'esercizio dei poteri della giurisdizione di merito.

[35] Cfr., per tutte, al riguardo Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5310, in www.giustizia-amministrativa.it.

[36] Osservazione, quest'ultima, condivisa da M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione*, *cit*., § 7, secondo cui nel codice "l'elenco delle tassative ipotesi di giurisdizione di merito non fa alcun cenno alle controversie in materia di inefficacia del contratto".

[37] Cfr. F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit*., § 2, 2; del medesimo A. cfr. in precedenza, all'indomani dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 53/2010, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustamm.it, n. 4/2010, § 6.

neato dal c.p.a., si sia in presenza di una giurisdizione di merito 'innominata'[38]; mentre si potrebbe, tutt'al più, criticare "la scelta del Governo" – e, prima ancora del Consiglio di Stato che l'ha in tal modo indirizzata – "di non aver seguito, a tal proposito, la legge delega"[39]/[40].

E ciò, si badi, è da ritenere un punto fermo ed acquisito ancorché si accolga la ricostruzione avanzata da taluno secondo cui la giurisdizione amministrativa in certi casi, che vedremo più avanti al § 7 – e, più precisamente, quando il giudice dispone 'sanzioni alternative' (una sanzione pecuniaria a carico della stazione appaltante e/o la riduzione della durata residua del contratto, che colpisce anche l'appaltatore) in luogo della dichiarazione di inefficacia del medesimo, nelle ipotesi di cui all'art. 123, comma 3, c.p.a. –, sarebbe da ritenere una giurisdizione che da soggettiva e di parti diventa 'oggettiva', nel senso che curerebbe solo il pubblico interesse leso dalla violazione di norme volte ad assicurare una serie di principi[41], nonché ad assicurare le condizioni (astratte) per una tutela effettiva e piena degli operatori economici a vari fini[42].

5. Segue b) *o di un giudizio di equità di matrice civilistica*

In secondo luogo, si deve valutare se nel caso che ci occupa il giudice amministrativo non si muova piuttosto – secondo una impostazione che è stata definita "pan-civilistica" e

[38] Cfr. M. LIPARI, *ibidem*. Infine, contro la ricostruzione della giurisdizione in questione in termini di giurisdizione di merito, in cui il giudice amministrativo, sostituendosi all'amministrazione, potrebbe, in via del tutto eccezionale, valutare discrezionalmente "circa l'opportunità di tenere in vita un certo contratto", si è espresso F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit*., 22-23, il quale tuttavia obietta, in maniera che non appare in verità del tutto pertinente, che "la p.a. non ha il potere di decidere sulle sorti dei negozi giuridici privati

[39] Così, ancora, F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit*., § 2, 2. In senso conforme cfr. P. CERBO, *Le "sanzioni alternative" nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app*., 2010, 881 ss., spec. 886.

[40] Così E. FOLLIERI, *op. cit*., 1074. Escludono che in proposito siano demandate al giudice amministrativo valutazioni eccedenti i canoni della giurisdizione di legittimità, e da inquadrare piuttosto nella giurisdizione di merito, anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 355, e F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit*., § 3.

[41] In particolare, i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e pubblicità delle procedure di affidamento.

[42] Cfr. E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. app*., 2011, 1141.

"giudice-centrica" – all'interno dell'ordine di idee e della cornice dogmatica costituiti dal diritto privato dei contratti[43].

Così è stato affermato, ad esempio, che, da un punto di vista contenutistico, il potere esercitato dal giudice amministrativo sul contratto è assai vicino a quello esercitato dal giudice civile attraverso la risoluzione giudiziale[44].

Quest'ultima tesi, però, offre il fianco ad un'obiezione, consistente nel fatto che nella dichiarazione di inefficacia siamo in presenza di un vizio genetico e non di una alterazione sopravvenuta del sinallagma contrattuale[45].

Altri autori hanno impostato diversamente la questione e, partendo dalla funzione propriamente sanzionatoria attribuita alla risoluzione giudiziale da alcuni civilisti[46], hanno sostenuto che, nel caso in esame, il giudice amministrativo esercita una potestà di cura di "interessi non circoscritti alle parti in giudizio", potestà che "è a metà tra la sanzione e il ripristino dell'ordine violato"[47].

Altri autori, ancora, hanno sottolineato la "natura più gestionale che decisoria" degli apprezzamenti (e delle conseguenti pronunce) demandati al giudice amministrativo nelle fattispecie in esame[48] e, prendendo spunto dall'uso abbondante, ricorrente nelle prescrizioni in parola, di concetti giuridici indeterminati di rinvio a *standards* valutativi, ne hanno indotto

---

[43] In argomento si veda tra gli altri, con dovizia di argomenti trattati, G. TROPEA, *op. cit.*, 998 ss.

[44] In questo senso, facendo riferimento alla direttiva n. 2007/66/CE, si era espresso M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.federalismi.it, n. 9/2008, § 9; ID., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, *ivi*, n. 7/2010, par. 27.

[45] La notazione è di G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE*, *cit.*, 1046, secondo il quale nel caso in questione "non pare appropriato richiamare l'istituto della risoluzione, anziché quello dell'annullamento. Al più si dovrà distinguere tra annullamento totale o parziale del contratto, con effetti *ex tunc* o meno, a seconda delle varie soluzioni consentite dalla Direttiva stessa". Il richiamo alla risoluzione è, invece, di M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto*, *cit.*, 16.

[46] Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147-148, e più di recente G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, 123 ss.

[47] Cfr. G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 888-889, pur ammettendo la difficoltà di ogni tentativo di classificazione, anche per la fluidità delle categorie civilistiche richiamate.

[48] Mette in luce questa "competenza tipicamente gestionale" A. BOTTO, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, in *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, a cura di C. FRANCHINI e F. TITOMANLIO, Torino, 2010, 10.

che si rende, da questo punto di vista, "non privo di suggestione" il richiamo ipotizzato al giudizio di equità[49].

In questa prospettiva – si è detto - la valutazione del giudice, finalizzata a decidere in ordine alla pronuncia di inefficacia del contratto, sarebbe, in ultima analisi 'equitativa' e questo esito è ottenuto mediante l'utilizzazione di regole riferite proprio al contratto in generale ed estranee alla logica tipica dell'evidenza pubblica.

Il richiamo all'equità cd. correttiva[50] apparirebbe, insomma, sicuramente pertinente ed utile poiché, in effetti, è questo tipo di potere discrezionale creativo di diritto ed integrativo *ex fide bona* del precetto giuridico indeterminato, che è attribuito al giudice, anche in diritto civile, allorquando si tratti di ricomporre il rapporto giuridico in vario modo pregiudicato da atti o fatti illeciti mediante restituzioni, ripetizioni, risarcimenti ecc. (v. artt. 1226, 1227, 1450 e 1467, terzo comma, sulla *reductio ad equitatem*, 2058 c.c.)[51].

In ogni caso – è stato ancora notato – resterebbe da approfondire il significato "operativo" della locuzione 'giudizio secondo equità', che suscita complessi problemi di teoria generale. Su questo punto si fronteggiano, tradizionalmente, almeno due scuole di pensiero:

---

[49] Cfr. M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, *cit*., il quale riferisce di un importante filone interpretativo, che segue una prospettiva schematicamente definibile come "civilistica", secondo cui la valutazione del giudice amministrativo finalizzata a decidere in ordine alla pronuncia di inefficacia del contratto – *ex* artt. 121 ss. c.p.a. – sarebbe, in ultima analisi, "equitativa". In particolare, nel caso di specie, ci si troverebbe in presenza di una sorta di equità parzialmente "pilotata", perché inserita nel quadro di appositi parametri normativi (per quanto incompleti, generici e sicuramente delineati come meramente esemplificativi).

Secondo F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit*., § 7, nelle controversie in questione il giudice dispone di poteri di apprezzamento molto ampi, in quanto è "chiamato quasi ad assumere un decisione di equità, senza che specifici parametri possano guidarne l'apprezzamento". Cosicché la protezione del singolo imprenditore si confronta – anche al di fuori dei casi che più direttamente concernono la concorrenza - con "un potere sanzionatorio ampiamente discrezionale esercitato non già dall'amministrazione, ma da un giudice".

Da parte sua P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto*, *cit*., § 4.2., proponendo un richiamo di stampo romanistico, aggiunge che potrebbe dirsi che qui si ha a che fare non con un *judicium strictum* (o *stricti juris*), bensì con un *judicium bonae fidei*, in forza del quale – come è stato precisato (cfr. sul punto A. GUARINO, *Diritto privato romano*, V ed., Napoli, 1976, 214-215) – al giudice era attribuito "un largo margine di valutazione discrezionale", e cioè il potere di stabilire "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*":

[50] Secondo G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma, 1996, 166, l'equità correttiva "comporta il bilanciamento tra le prestazioni" e si rinviene, ad esempio, nel caso di riduzione della penale (art. 1384 c.c.), che può essere diminuita equamente dal giudice, avuto riguardo però all'interesse del creditore; in materia di corrispettivo non determinato dalle parti in materia di appalto (art. 1664), commissione (artt. 1733, 1736), agenzia (artt. 1749, 1751), mediazione (art. 1755), lavoro (artt. 2109, 2110, 2111, 2118, 2120): disposizioni, tutte queste, che presuppongono – si badi - "la domanda di parte".

[51] Cfr. ancora P. CARPENTIERI, *op. cit*., par. 4.2., 26.

l'una favorevole alla contrapposizione del giudizio di equità a quello secondo diritto; l'altra, invece, che vede nell'equità una sorta di sintesi dei principi dell'ordinamento giuridico.

Altra opinione, anch'essa di chiara matrice civilistica, pone in evidenza la natura di "*clausole generali*" dei larghi criteri fissati dalle disposizioni di cui agli artt. 121 e 122 ss. c.p.a.[52].

Le menzionate norme prevederebbero, insomma, poteri del giudice ben presenti nel sistema del processo civile ordinario; con la precisazione che i criteri previsti risulterebbero più complessi sotto il profilo quantitativo, ma sostanzialmente analoghi sotto l'aspetto *qualitativo* e che il richiamo all'equità cd. correttiva potrebbe giovare a conciliare il principio di legalità con la giusta flessibilità applicativa delle regole legislative[53].

Ebbene, com'è noto, a detta di un'opinione largamente diffusa l'equità consiste nel potere di attenuare il rigore del *summum jus*, con riferimento a particolari circostanze e situazioni non influenti secondo il diritto[54], e si risolve nella giustizia erogata nel caso concreto, tenuto conto delle sue peculiarità[55].

Inoltre, va distinta la cd. "equità sostitutiva" (del principio di legalità), che si ha quando è attribuito al giudice il potere di sostituire totalmente l'applicazione di una norma con un'autonoma decisione equitativa[56], e la cd. "equità integrativa", che ricorre ogniqualvolta

---

[52] In sostanza ci si troverebbe in presenza – come riferisce la riportata dottrina (cfr. M. LIPARI, *op. ult. cit. loc. cit.*) – di una situazione analoga alle previsioni del codice civile, in materia di risoluzione del contratto e, in termini più lati, di obbligazioni: per esempio, la non scarsa importanza dell'inadempimento, l'eccessiva onerosità e l'alea normale del contratto, la rilevanza della partecipazione di una parte nel contratto plurilaterale; la buona fede contrattuale ed il dovere di correttezza.

[53] Cfr. ancora, rispettivamente, M. LIPARI, *op. ult. cit. loc. cit.*, e P. CARPENTIERI, *op. cit. loc. cit.*

[54] Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 maggio 1981, n. 3414, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2600.

[55] Ne segue - come bene è stato messo in evidenza – che "l'equità si pone come la giustizia del caso singolo, nella misura in cui mira a recuperare la peculiarità della fattispecie concreta pretermessa dalla norma generale ed astratta": così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile,* Napoli, 2012, V ed., II ristampa, 208 ss. In argomento cfr. anche G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, IV ed., 232 ss; ID., *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 387; V. DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1944.

[56] Potere giudiziale che, peraltro, non può risolversi in un giudizio extragiuridico perché c'è in gioco il principio della certezza delle relazioni giuridiche. Si veda al riguardo Corte cost. 6 luglio 2004 n. 206, in *www.giurcost.org*, la quale – nell'affrontare lo spinoso problema della compatibilità di un giudizio di equità con il principio di legalità, su cui si fonda la tutela giurisdizionale dei diritti e la soggezione del giudice alle leggi – ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 113, comma 2, c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare "i principi informatori della materia". In seguito cfr. Cass., sez. III, 11 gennaio 2005, n. 382, in *Nuova giurisp. civ. comm.*, 2006, 56 ss., e Cass. civ., sez. I, 11 luglio 2005, n. 14517, in *Guida al diritto*, 2005, n. 39, 61, secondo cui "la sola funzione che alla giurisdizione di equità può riconoscersi, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità, a sua volta ancorato al principio di costituzionalità, nel quale la legge è lo strumento principale di attuazione dei principi costituzionali, è quella di individuare l'eventuale re-

non l'intera determinazione della fattispecie, ma solo una sua parte è rimessa al giudizio equitativo del giudice[57] e la comparazione degli interessi sostanziali è consentita al fine di colmare lacune nella disciplina del rapporto o di determinare il *quantum debeatur*, senza risoluzione di una controversia.

Ora, com'è stato osservato, per caratterizzare i poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, potrebbe farsi ricorso alla nozione di equità giudiziale integrativa o correttiva[58], non certo a quella di tipo suppletivo[59], ed è appunto alla prima specie di equità che allude la dottrina da ultimo menzionata.

---

gola di giudizio non scritta che , con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua, tuttavia, della medesima disciplina cui si inspira la disciplina positiva".

[57] Così A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 208-210, che menziona tra i casi di equità sostitutiva, innanzi tutto, l'art. 113, comma 1, c.p.c. , che enuncia il principio generale secondo cui "nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme di diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità", nonché l'art. 113, comma 2, e l'art. 114, e tra i casi di equità integrativa cita gli artt. 432, 1226, 1374, 1333 e 2056 c.p.c. E ancora, *ex multis*, cfr.: G. ALPA, *op. cit.*, 164 ss., con ampi riferimenti di diritto comparato, nonché 106-107 (ove l'A., a proposito della clausola generale della 'buona fede' si rifà a F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretische Praezisierung der par. 242 BGB*, Tubingen 1957, ed a G. BOEHMER, *Grundlagen der burgerlichen Rectsordnung*, 1952); G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso di base di diritto processuale civile*, IV ed., Padova, 2010, 76; M. GRADI, *Il sentimento di giustizia nei giudizi di equità necessaria e il controllo della decisione in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 279 ss.; A.D. DE SANTIS, nota redaz.le (a Cass., sez. trib., 21 febbraio 2007, n. 4055) in tema di giudizio secondo equità da parte del giudice di pace, in *Foro it.*, 2007, 2073; P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1149 ss.; B. GUARALDI, Nota a Cass., sez. un. civ., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Studium iuris*, 2000, 206 ss.; e giurisprudenza e dottrina *ivi* citate.

Più in generale, andando indietro nel tempo, si vedano: R. CALVO, *L'equità nel diritto civile (studio sull'attualità della sentenza celsina "ius est ars boni et equi"*, nella Rubrica "Rileggendo", *infra*; ID., *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. notariato*, 2010, 304, 306; G. FINOCCHIARO, *Equità (giudizio di)*, in *Il diritto* (Enc. giur. diretta da S. Patti), vol. 6, Milano, 2007, 60 ss.; R. MARTINO, *Equità: II) Giudizio di equità,* in *Enc. giur. Treccani, XII (Aggiornamento*), Roma, 2005, 2; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 183 ss. ; E. GRASSO, *Equità (giudizio)*, in *Dig. (disc. priv., sez. civ.),* VII, Torino, 1991, 477 ss.; P. SILLI, *Equità (storia del diritto), id.*, *id.*, 477 ss.; L. MOCCIA, *Equity*, *id.*, *id.*, 498 ss.; V. VARANO, *Equità: I) Teoria generale*, e *II) Giudizio di equità*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, par. 3.5 ss.; S. RODOTA', *Quale equità?,* in *L'equità* (Atti del Convegno di Lecce, 9-11 settembre 1973), Milano, 1975, 50; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, spec. 176; E. GRASSO, *Equità: I) Premessa storica*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 65 ss.; V. FROSINI, *Id.*: II) *Nozione di equità*, *id.*, *id.*, 69 ss.; S. ROMANO, *Id.*: *III) Principio di equità (dir. priv.)*, *id.*, *id.*, 83 ss.; A. NASI, *Id.: IV) Giudizio di equità (dir. proc. civ.)*, *id., id.*, 107 ss.; M. RHEINSTEIN, *Common law-equity*, *id.*, *id.*, VII, 1960, 914; R. VECCHIONE, *Equità (Giudizio di)*, in *Nss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1960, 625 ss.; J. DEREK DAVIES, *"Equity"*, *id.*, *id.*, 638 ss. C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padova, 1957, 183; A. RASELLI, *Sentenze determinative e classificazione delle sentenze*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, 567; R. RESTA, *Equità e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, vol. II, Milano, 1957, 725. In precedenza, si veda per tutti V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Diritto privato, Prima Parte, Roma, 1932, 1 ss.

Sull'arbitrato di equità cfr., per tutti, F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, 177.

[58] Su cui si veda anche Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2010, n. 10607, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 4, 646.

[59] Cfr. sul punto P. CARPENTIERI, *op. cit.*, § 4.2., 26 e nota 66.

I poteri del giudice previsti dagli artt. 121 ss. del c.p.a. spaziano dalla graduazione cronologica della declaratoria dell'inefficacia[60], alla valutazione della sussistenza (comma 2) di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano la conservazione degli effetti del contratto anche in presenza delle violazioni gravi; e, nei casi in cui quest'ultime non ricorrano, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto di tutta una serie di elementi[61], secondo quanto stabilito dal § 5 art. 2 della direttiva n. 2007/66/CE[62].

Al riguardo è stato obiettato, però, che il dato normativo (espresso dall'art. 121 c.p.a.) annette un'importanza, spesso decisiva, all'apprezzamento dell'"interesse generale"[63], che risulta invece estraneo ai parametri solitamente utilizzati dal codice civile, e si è ritenuto che nelle prime applicazioni giurisprudenziali sia stato frequentemente utilizzato proprio questo criterio (anche in ipotesi di violazioni non gravi), sia pure in combinazione con altre valutazioni, per giustificare la decisione di non pronunciare l'inefficacia del contratto[64].

Per cui, con queste precisazioni ed uscendo da tutte le ricostruzioni pan-civilistiche, sembra preferibile ritenere che i poteri di decisione del giudice amministrativo trovino un loro "fondamento autonomo", estraneo, almeno in parte, all'ottica privatistica e riconducibile, piuttosto alla "rilevanza pubblicistica" degli interessi perseguiti attraverso il contratto di appalto[65]: parametro, quest'ultimo, che invece è del tutto ignorato dal codice civile e dalla giurisprudenza ordinaria.

---

[60] In "funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante", come recita il comma 1 del cit. art. 121 ("*Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*").

[61] Ed in particolare degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel medesimo, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

[62] A tenore del quale "Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tenere conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico, e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive".

[63] Su cui ci siamo soffermati *retro*, al § 3, e che è menzionato – si badi – solo nell'art. 121 (ossia a proposito dell'inefficacia del contratto nei casi di *violazioni gravi*) e non nell'art. 122 (inefficacia del contratto negli *altri casi*): pertanto, in mancanza di esplicita menzione, dovrebbe dedursi che il criterio dell'interesse generale prevalente non può trovare applicazione.

[64] Cfr. al riguardo M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.* , § 9, 11-12.

[65] *Ibidem*. Sul persistente rilievo pubblicistico del contratto di appalto cfr., altresì, A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, *cit.*, passim.

Concludendo, le ipotesi testé viste di giudizi di equità di competenza del giudice civile sembrano, sì, essere vicine a quelle contemplate dagli artt. 121 e 122 c.p.a., nelle quali la decisione del giudice è indirizzata da parametri normativi incompleti e generici, ma prima ancora – com'è stato a ragione notato – v'è da chiedersi se, per giustificare il bilanciamento di interessi richiesto dalle citate disposizioni, sia proprio necessario il ricorso al giudizio di equità[66], a cui – si badi bene - le citate norme codicistiche non fanno un espresso rinvio, apparendo invece più convincente concludere che il legislatore, pur intendendo rafforzare il ruolo del giudice, "con ogni probabilità non abbia voluto seguire la (…) strada (…) del giudizio *secondo equità*" ed abbia privilegiato, invece, la tesi secondo cui le disposizioni legislative in questione, ed i criteri in esse previsti, sono suscettibili di un'interpretazione (costituzionalmente orientata) che "ci mantenga saldamente sul terreno del giudizio *secondo diritto*"[67].

Fermo restando quanto appena detto, a proposito della compatibilità o meno del giudizio amministrativo di legittimità (e quindi anche della giurisdizione esclusiva) con una funzione *lato sensu* equitativa esercitabile dal giudice amministrativo, va rilevato qui brevemente – per inciso - che una recente dottrina[68], riassumendo i tratti salienti dell'elaborazione teorica precedente e partendo dal dato di diritto positivo costituito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rubricato: *Diritto ad una buona amministrazione*)[69], ha dimostrato che da tempo la nostra giurisprudenza amministrativa – sindacando la legittimità dei provvedimenti della p.a. sotto il profilo dell'eccesso di potere per ingiustizia manifesta, irragionevolezza ecc. - utilizza il principio di equità in funzione sia interpretativa[70] che integrativa[71] che anche sostitutiva (o correttiva)[72], ed al riguardo, al fine

---

66 Cfr. F. SAITTA, *La dichiarazione di efficacia del contratto*, *cit*., § 3, 3.

67 Cfr. in tal senso F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit*., §§ 3, 6 e 7, a commento del parere del Consiglio di Stato prima che venisse definitivamente approvato il decreto legislativo di recepimento della direttiva, secondo il quale (§ 6) l'idea che il giudice amministrativo eserciti "una sorta di giurisdizione (…) di *equità*" potrebbe "scontrarsi con una serie di norme costituzionali che qui si possono solo rapidamente ipotizzare in sequenza: artt. 3, 24, 41, 100, 103, 113, Cost." (concetto poi ribadito dall'A. in *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit*., 23).

68 Cfr. L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. I, *Principi generali*, *Parte generale,* 653 ss. spec. 708, 714.

69 In base al quale (comma 1): "*Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione*", ed affermato anche dalla Corte di Giustizia: cfr. da ultimo Corte di Giustizia, sez. I, 20 maggio 2010, causa C-583/08 P.

70 Cfr. Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2495, in www.giustizia-amministrativa.it; *id*., *id*., 13 luglio 2000, n. 3910, *idem*; *id*., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638, *idem*; *id*., *id*., 6 marzo 2006, n. 1068, *idem*. Per un riferimento

di sistematizzarne il concetto con riferimento al diritto amministrativo, ha precisato, sul versante definitorio, che l'equità è da intendere innanzitutto, a diritto vigente, come regola generale di azione dei pubblici poteri e, al contempo, come regola giuridica di relazione tra l'ordine legale dell'autorità e l'ordine (giuridico) sociale obiettivo, colti nella loro dimensione oggettiva; sì che ogni concezione dell'equità come rinvio ad altro che a norme non può trovare accoglimento, perché contrasta irrimediabilmente con il principio di legalità.

6. Segue c) *si tratta di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva di sola legittimità, per così dire 'speciale', in quanto caratterizzata da poteri cognitori giudiziali particolarmente incisivi*

Orbene, appurato che nella fattispecie in questione non siamo in presenza né di un giudizio di equità di matrice civilistica, né di un caso di giurisdizione innominata di merito (che, peraltro, è cosa ben diversa dal giudizio di equità[73]), è da sottolineare che l'attribuzione al giudice amministrativo della sola giurisdizione esclusiva di legittimità – che è quella in cui il c.p.a. colloca la dichiarazione giudiziale dell'inefficacia del contratto d'appalto pubblico - comporta che, in sede cognitoria, l'organo giudicante debba accertare

all'equità declinato in relazione alla proporzionalità cfr. C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1529, nonché, sull'uso giurisprudenziale dell'equità come canone di sindacato di legittimità, cfr. di recente C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'autorità della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 873.

[71] In ordine alle questioni in materia di risarcimento del danno, recentemente sempre più diffuse e rilevanti, ed alle molte altre ipotesi nelle quali l'equità viene utilizzata per comporre la fattispecie legale, cfr. di recente T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 19, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2011, n. 41, *idem* ; Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253, *idem*; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 settembre 2010, n. 1226, *idem*; Cons. St., sez. V, 10 agosto 2010, n. 5543, *idem*, ove si ritiene "che, nell'incertezza, debba essere privilegiato il criterio dell'indice dei prezzi al consumo pubblicati dall'ISTAT, secondo un principio di equità e di buona amministrazione".

[72] Emblematico è il caso dell'inerzia dell'amministrazione a fronte di istanza del privato, in assenza di un termine entro il quale dover assumere la decisione, ipotesi nella quale la giurisprudenza ha ampiamente introdotto obblighi giuridici di provvedere pur "a prescindere dall'esistenza di una specifica disposizione normativa" che lo imponga, sorgendo in questi casi il dovere (di provvedere) dall'equità, che è costruita come fonte del precetto. Cfr. sul punto Cons. St, sez. V, 15 marzo 1991, n. 250, in www.giustizia-amministrativa.it; *id.*, sez. VI, 14 ottobre 1992, n. 762, *idem*; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 28 giugno 2001, n. 1034, *idem*; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 21 dicembre 2007, n. 4370, *idem*; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 26 ottobre 2010, n. 2296, *idem*; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 15 ottobre 2010, n. 2078, *idem*; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 novembre 2010, n. 2704, *idem*. E ancora cfr. Cons. St., sez. V,18 gennaio 2006, 112, *idem*, che qualifica l'equità come un principio generale dell'ordinamento; *id.*, sez. IV, 20 maggio 2003, n. 2715, *idem*, che lo desume dall'art. 3 Cost.; *id.*, sez. V, 2 febbraio 2012, n. 528, *idem*, relativa all'applicazione dell'art. 26, comma 2, c.p.a.

Nella giurisprudenza costituzionale è, poi, frequente il riferimento all'equità come specificazione del principio di ragionevolezza: cfr. per tutte sent. n. 162/1997 e ord. n. 428/2006.

[73] Cfr. E. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, *passim*, e spec. 102-104, 124-132, 277-293, che prende le mosse dalla ricostruzione del concetto di equità nella filosofia greca ed in Aristotele in particolare.

e valutare una cospicua serie di elementi, in funzione delle deduzioni delle parti[74]. Si tratta di un sindacato particolarmente incisivo su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici e di opportunità, nonché sulle conseguenti misure da adottare, ed il giudice è intestatario di poteri decisori che giungono sino alla sostituzione dell'appaltatore nel contratto, surrogandosi così alla decisione selettiva operata dalla pubblica amministrazione. Per cui sembra di poter parlare di una giurisdizione di legittimità, sì, ma in realtà 'piena', non solo con riferimento al potere di accertamento completo esercitato dal giudice, ma anche con riguardo all'indagine volta ad assicurare al ricorrente l'utilità cui aspira con il ricorso ed il conseguimento del bene della vita[75].

Come osservato da un attento studioso, la particolare materia oggetto di questa giurisdizione esclusiva pone, insomma, i poteri cognitori del giudice su un piano di "specialità" e di "diversità" rispetto alle altre materie, pure rientranti nella giurisdizione esclusiva[76].

---

[74] Tra i quali – come ben sintetizzato da E. FOLLIERI, *op. cit*., 1075 ss. - sono da annoverare, tra gli altri: la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto (art. 245-*bis* d.lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 9 d.lgs. n. 53/2010, e art. 121 c.p.a.); il mantenimento degli effetti del contratto qualora lo richiedano "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (art. 245-*bis*, secondo comma, d.lgs. n. 163/2006, cit., e art. 121 c.p.a.); fuori dei casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto (o di applicazione delle sanzioni alternative qualora si ritenga, in via eccezionale, di non dichiarare la inefficacia necessaria), gli interessi delle parti, l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contra*tto, ai fini della dichiarazione (eventuale) di inefficacia del contratto.*

[75] In argomento cfr. A. POLICE*, Le forme della giurisdizione*, cit., 121 ss. e, *amplius*, dello stesso A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000 e II, Padova, 2001, il quale prospetta una visione unificante delle giurisdizioni amministrative, che mirano ad assicurare una tutela piena della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente, mentre il tipo di giurisdizione tende a divenire irrilevante.

Cfr. altresì A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, secondo il quale – dopo un'attenta verifica - nelle varie materie di giurisdizione esclusiva i poteri del giudice amministrativo sono disciplinati diversamente e non è possibile fare riferimento ad un quadro di poteri giudiziali esattamente definito in via generale.

[76] Cfr. ancora E. FOLLIERI, *op. cit*., 1076, 1091, ad avviso del quale nella materia di cui ci stiamo occupando "si realizza quella conoscenza del rapporto di cui si discute da tempo".

Sotto altro profilo, nel senso che le potenzialità di tutela conseguibili nella giurisdizione di merito sono ormai sostanzialmente raggiungibili nella giurisdizione di legittimità, in virtù di un penetrante sindacato sull'eccesso di potere, cfr. M. MAZZAMUTO, *Art. 134*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *op. cit*., 1094-1095.

Secondo P. CARPENTIERI, *op. cit*., 28, 36, ancorché la conclusione sul punto in questione resti, allo stato, ancora perplessa (abbisognando di più significativi *test* giurisprudenziali, non ancora disponibili), sembra trattarsi di giurisdizione esclusiva speciale "potenziata" e "rafforzata" da attribuzioni di equità giudiziale correttiva e integrativa, con i tratti propri di un *judicium bonae fidei*, di romanistica reminescenza, e con una pronuncia dispositiva o determinativa del diritto del caso singolo, ciò che tipico del giudizio di equità.

In termini assai vicini all'opinione, sopra riferita, di E. Follieri, si esprime F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit*., § 4, 5, secondo cui il fatto che si sia in presenza di un'ipotesi di giurisdizione (soltanto) esclusiva non impedisce l'esistenza, nella specie di "profili di specialità", ben potendosi configurare una giurisdizione differente, sotto certi aspetti, da quella, pure esclusiva, esercitata in altre materie. La giurisdizione sul-

In altre parole, la giurisdizione in esame si caratterizza in termini di legittimità sostanziale e non di merito. E' stato evidenziato, infatti, come il giudice amministrativo sia essenzialmente chiamato a riempire di contenuti quei "concetti giuridici indeterminati" enunciati dalle nuove disposizioni, secondo una tecnica giurisdizionale che rimane nell'area della conoscenza del fatto, a cui anche gli interessi di vario tipo, che si sono visti, vanno ascritti[77]. Cosicché non è ipotizzabile alcuna sostituzione dell'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico: una sostituzione insussistente nella fattispecie, in quanto le valutazioni sull'interesse generale sono state riservate dal legislatore direttamente al giudice, e che sarebbe anche - come esattamente si è prospettato – di dubbia legittimità costituzionale[78].

Il giudice amministrativo, insomma, è sì chiamato ad una ponderazione di interessi e ad una valutazione delle situazioni di fatto, ma non per sostituirsi all'amministrazione nell'individuazione della decisione amministrativa, bensì per scegliere il tipo di tutela (in forma specifica ovvero per equivalente; inefficacia del contratto *ex tunc* ovvero *ex nunc*, ecc.) migliore possibile da accordare in considerazione dei rapporti giuridici coinvolti nella controversia[79].

---

la sorte del contratto è, infatti, connotata dalla "pienezza dei poteri cognitori", indispensabile per l'adeguata considerazione di tutti gli interessi in contesa al fine di pervenire alla decisione sull'efficacia del contratto. Quest'ultimo A., *op. ult. cit.*, § 4, 4 e nota 47, con riferimento all'istituto della reintegrazione in forma specifica nella fattispecie *de qua* - di cui all'art. 124 c.p.a. rubricato "Tutela in forma specifica e per equivalente" che disciplina la "domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto" da parte dell'aggiudicatario escluso e vittorioso in giudizio - osserva ancora che anche la reintegrazione in forma specifica può ben essere disposta dal giudice amministrativo anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, operando anche in quella sede le valutazioni in ordine all'eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività che, *ex* art. 2058 c.c., ostano, ad esempio, al subentro del concorrente pregiudicato dall'illegittima aggiudicazione nel rapporto contrattuale in corso.

[77] Così F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice, cit.*, § 4.2., secondo cui "occorre considerare come non sia affatto detto che una valutazione comparativa degli interessi debba necessariamente implicare una valutazione riconducibile al merito", poiché "anche il codice civile (artt. 2058, 2933) detta disposizioni che subordinano la pronuncia del giudice a presupposti quali la possibilità, l'eccessiva onerosità, il non contrasto con l'interesse nazionale". In senso conforme A. CARULLO, *op. cit.*, 1016-1017, e F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit.*, § 4, 4.

[78] Cfr. F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2011, § 2.3; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 738.

In giurisprudenza cfr. C.G.A. Sicilia, sez. giur., 26 luglio 2006, n. 440, in *Giust civ.*, 2006, 2671, secondo cui "l'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione che si estenda al merito del provvedimento emanando (dallo stesso giudice) – al di fuori della peculiare ipotesi del giudizio di ottemperanza e, in questo caso, persino senza un'espressa attribuzione di legge – sembra violare, insieme ai principi costituzionali di divisione dei poteri e di buona amministrazione, anche il principio della terzietà del giudice".

[79] Così L. LAMBERTI, *op. cit.*, § 6, e 386, la quale pure conviene che non appare condivisibile qualificare la giurisdizione in parola come giurisdizione di merito, trattandosi invece di una giurisdizione esclusiva di (sola) legittimità ma "differente da quella pure esclusiva esercitata in altre materie".

In definitiva, con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, è stato affidato a tale giudice – come ancora si è rilevato – il compito di valutare se ed entro quali limiti il "prioritario interesse al ripristino di una situazione di concorrenza effettiva" attraverso la misura specifica – coincidente con l'interesse all'attuazione della pretesa – debba cedere il passo all'"interesse – del pari di rilevanza comunitaria – alla stabilità dei rapporti contrattuali"[80], ossia si tratta di graduare la condanna dell'amministrazione, senza compiere alcuna valutazione di opportunità[81].

Il principio che deve guidare il giudice amministrativo non può, dunque, che essere un principio di logica e di buon senso, ovvero il principio generale di imparzialità, di ragionevolezza e di solidarietà, e la stessa valutazione degli "interessi delle parti", apparentemente sfuggente ad una predeterminazione di criteri obiettivi, ben può essere guidata dal limite dell'eccessiva onerosità, ricavabile anche dall'applicazione analogica dell'art. 2058, comma 2, c.c., e comunque desumibile dal principio, esso pure generale, di proporzionalità[82].

In dottrina cfr. ancora R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2012, V ed., 249 ss., 625 ss.; M. DE PAOLIS, *Il processo amministrativo*, Padova, 2012, 588 ss.; nonché A. LIBERATI, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2010,785 ss.

[80] Cfr. A. ANGIULI, *op. cit.*, 900-901, la quale rileva, altresì, che l'attribuzione di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo in ordine alla "privazione degli effetti" del contratto, sta ad indicare che "la pretesa sostanziale dell'operatore economico in materia va fatta valere immediatamente; che la relativa controversia deve esser definita con altrettanta celerità; che le regole processuali devono essere strutturate in modo da evitare la progressione del procedimento con la stipula del contratto in un ambito di sospetta illegittimità". L'A. osserva inoltre (*op. cit.*, 910) che la figura contrattuale risultante da una disciplina così tipicamente caratterizzata – qual'è quella che scaturisce dagli artt. 121 ss. c.p.a. – presenta molteplici analogie con il "*contrat administratif*" dell'ordinamento francese (e *ivi* dottrina francese citata al riguardo).

[81] Cfr. N. PAOLANTONIO, *Art. 121,* in G. LEONE-L. MARUOTTI-G. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 918.

[82] Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, § 5, il quale ammette quindi, da un lato, la sostenibilità di un'interpretazione delle disposizioni in parola compatibile con il giudizio di legittimità, e, dall'altro, la sussistenza di vari profili di assimilazione tra il caso *de quo* e l'art. 2058, comma 2, c.c. Nello stesso scritto, § 4, nota 28, l'A. sostiene pure – ma la tesi non è condivisa da F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, cit., § 4, 5 – che, a differenza delle ipotesi di cui all'art. 2058, comma 2, (*Risarcimento in forma specifica*), ed all'art. 2933, comma 2, c.c. (*Esecuzione forzata degli obblighi di non fare*), ecc., nel caso che ci occupa non v'è neppure la regola cui il giudice deve attenersi allorché i parametri normativi siano in tutto o in parte sussistenti.

Sul principio di proporzionalità è d'obbligo il richiamo a F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.

Ancora, è da menzionare al riguardo l'opinione di A. ANGIULI, *op. cit.*, 896, 901, secondo la quale il legislatore comunitario ha indicato una serie di parametri atti ad evitare che la misura della "privazione degli effetti", funzionale alla tutela specifica, sia sistematicamente disapplicata; ma, nello stesso tempo, a guidare le valutazioni del giudice, attraverso l'esame di "tutti gli aspetti pertinenti" (art. 2-*sexies*, comma 1, ult. parte, dir. cit.), verso "risultati *ragionevoli* e *proporzionati*" (cors. nostro).

Il problema insomma è di come il giudice amministrativo si cimenta con le "clausole generali"[83] o con i "concetti giuridici indeterminati", come quando deve valutare, ad esempio, se un annullamento d'ufficio sia stato disposto "entro un termine ragionevole" (art. 21-*nonies* della stessa legge); o quando deve delibare un'istanza cautelare (art. 55 c.p.a.), effettuando una comparazione di interessi, con riguardo anche all'interesse generale[84].

In realtà, com'è stato da tempo posto in evidenza, a proposito del problema del regime giuridico di quelle che sono state definite 'valutazioni di merito non discrezionali', effettuate dal giudice amministrativo, giudizi tecnici, giudizi di fatto, giudizi di valore (basta pensare alle ipotesi in cui si applicano principi generali come quelli menzionati di ragionevolezza, di proporzionalità, di buona fede, di affidamento, ecc.), per quanto complessi, "possono essere assoggettati ad un controllo giurisdizionale pieno". E ciò perché in questi casi l'esistenza di un merito amministrativo non è necessitata: la presenza di "uno spazio caratterizzato da indeterminatezza" non è sufficiente infatti – è stato precisato - per giungere alla conclusione che "siano di merito le valutazioni attraverso cui esso viene 'riempito' (specificato)"[85]. E questo vale anche con riferimento sia al sindacato sull'annullabilità del provvedimento amministrativo, sia con riguardo alla disciplina relativa all'azione giudiziale nei confronti del silenzio della p.a., di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., che – com'è stato notato – non costituiscono, probabilmente, casi di giurisdizione estesa al merito, ma "si mantengono nell'ambito della legittimità sostanziale"[86].

Ritornando alle ipotesi di cui all'art. 121 ss. c.p.a., si può quindi ritenere che si tratta, nella sostanza, di effettuare valutazioni discrezionali attribuite al giudice in luogo

---

Sull'art. 2933, comma 2, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, *cit.,* 132, 135; dello stesso A. cfr. pure, in argomento, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm*., 2003, 994.

[83] Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, *cit*., 354-355, anche con riferimento all'ipotesi del risarcimento del danno e dell'esecuzione forzata in forma specifica (*ex* artt. 2058, comma 2, e 2933, comma 2, c.c); F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, *cit*., 6; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit*., 738.

[84] Così esemplifica al riguardo F. SAITTA, *op. ult. cit*., § 4, 5.

[85] Cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO, (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss., e in *Dir. pubbl*., 1998, 135, con ampi riferimenti alla precedente dottrina amministrativistica al riguardo.

[86] Cfr. anche F. SAITTA, op. ult. cit. loc. cit.. E, a proposito delle due ipotesi normative indicate nel testo, cfr. M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm*., 2010, 101-102; E. STICCHI DAMIANI, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.,* 2010, 1 ss.; G. D'ANGELO, *Il giudizio sul silenzio fra novità giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Foro amm.-Tar*, 2005,989; nonché, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2114, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'amministrazione committente, ma che non fuoriescono dall'ambito della giurisdizione esclusiva di sola legittimità e che comportano un sindacato giudiziale diretto sul contratto stipulato e l'esercizio del potere di pronunciare una sentenza dichiarativa della sua inefficacia[87].

E la prima giurisprudenza amministrativa al riguardo sembra dimostrare che il giudice amministrativo ha saputo fare "un uso accorto ed il più possibile obiettivo dei suoi nuovi poteri"[88] allorché è pervenuto o meno a pronunciare l'inefficacia del contratto di appalto pubblico.

---

[87] In senso conforme R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva*, *cit*., osserva che la declaratoria di inefficacia del contratto presenta "connotati spiccatamente discrezionali" quando il giudice è chiamato a fare una precisa scelta tra la permanente efficacia o la declaratoria di inefficacia "negli altri casi" di cui all'art. 122 c.p.a.

In termini analoghi si pronuncia C. SGUBIN, *Commento agli artt. 120-125*, in E. PICOZZA, (a cura di), *Codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, commento articolo per articolo)*, Torino, 2010, 242 ss., 244, 283, secondo cui negli altri casi (ex art. 122 c.p.a.) si ha "una sorta d'inversione della sanzione, tale per cui l'inefficacia non è più tassativamente prevista ma diventa una valutazione discrezionale del Giudice, tenendo conto degli interessi dell'aggiudicatario. La norma impone al Giudice di bilanciare gli interessi coinvolti, e cioè l'interesse pubblico alla prosecuzione senza interruzioni dell'esecuzione del contratto rispetto all'interesse dell'operatore economico ricorrente ad eseguire senza ritardo la propria prestazione".

[88] Cfr. ancora F. SAITTA, *op. ult. cit. loc. cit.*

Per la giurisprudenza relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, cfr. ad es. T.a.r. Veneto, sez. I, 7 maggio 2010, n. 1838, in www.giustizia-amministrtiva.it; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1524, in www.lexitalia.it, n. 5/2010; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 16 giugno 2010, n. 18131, in www.giustamm.it, che pure sottolinea gli incisivi poteri attribuiti al giudice amministrativo dalla normativa *de qua*; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 giugno 2010, n. 1107, *ivi*, n. 6/2010; T.a.r. Toscana, sez. I, 11 novembre 2010, n. 6579, in www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA, a tenore della quale l'azione volta alla declaratoria di inefficacia del contratto non ha carattere accertativo ma costitutivo, poiché in base agli artt. 121 e122 del d.lgs 2luglio 2010, n. 104, al giudice spetta il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto, il che vuol dire che l'inefficacia non è una conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma per raggiungere tale risultato occorre l'intervento di una pronuncia costitutiva dell'organo di ricorso, ovvero del giudice amministrativo, a cui "spetta di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti". Il legislatore ha quindi valutato che l'interesse pubblico, che nella fase precontrattuale attiene alla creazione di un mercato unico europeo, sussista anche nella fase di esecuzione del contratto relativamente però ad un altro bene collettivo, vale adire la spedita esecuzione dell'opera pubblica, servizio o fornitura. Pertanto, la valutazione degli interessi connessi alla continuazione nell'esecuzione di un contratto, in caso di violazione della normativa di evidenza pubblica, "compete unicamente al giudice e non può invece derivare da un'iniziativa autonoma della stazione appaltante", cosicché quest'ultima, per incidere sull'efficacia del contratto stipulato, dovrà "adire il giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto il quale, ai fini della decisione, potrà apprezzare l'avvenuto annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica"; T.a.r. Toscana, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154, in www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 8 marzo 2011, n. 2122, in *Foro amm.- TA*R, 2011, 879; Cons. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5823, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 2695, con nota di M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte* del *contratto*; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759, in *Riv. trim. app.*, n. 2/2011, 467 ss. con nota di B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*; Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 2866; Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 13, in *Foro it*., 2012, III, 13, con nota redazionale di G. D'ANGELO, secondo la quale l'art. 122 c.p.a. va interpretato nel senso che la locuzione "nei casi in cui il vizio

7. *In dettaglio: la competenza giurisdizionale in tema di sanzioni cd. alternative*

A questo punto va accennato brevemente alla questione se in materia di irrogazione delle "sanzioni alternative", di cui all'art. 123 c.p.a. (che riproduce, con alcune modifiche, l'art. 245-*quater* d.lgs. n. 163/2006), rispetto alla dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto - sanzione pecuniaria a carico della stazione appaltante e/o riduzione della durata (residua) del contratto, che colpisce anche o principalmente il contraente appaltatore[89]- sussista o meno un problema di compatibilità con il quadro costituzionale di riferimento.

Secondo una parte della dottrina, infatti, la scelta del giudice amministrativo come soggetto "irrogatore" di sanzioni amministrative sarebbe incostituzionale, in quanto si tratterebbe dell' "attribuzione al giudice amministrativo di una funzione materialmente amministrativa di tipo sanzionatorio"[90], riservata come tale all'amministrazione in quanto oggetto di un potere amministrativo autonomo[91], e le norme violate risulterebbero in particolare gli artt. 103, 113 e 111 Cost.[92]

---

dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara" non sia connessa alla "possibilità di subentrare nel contratto", ma costituisca il presupposto per la stessa applicabilità della disposizione; Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in *www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA*, secondo la quale in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti; Trib. Torino, sez. I civ., 19 gennaio 2011, n. 307, in *Respons. civ. prev.*, 2001, nn. 7-8, 1616 ss., con nota di P. PATRITO, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto d'appalto: strumenti di tutela dell'originario aggiudicatario-contraente, prima e dopo il recepimento della direttiva ricorsi.*

[89] Ove, a fronte di vizi gravi, il contratto sia conservato, oppure nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo dichiari inefficace il contratto solo *ex nunc* (*ex* art. 123, comma 1). E' da osservare qui incidentalmente che, dei due tipi di sanzione, solo quella pecuniaria ha con certezza carattere afflittivo, mentre la riduzione della durata del contratto sembra invece svolgere una funzione diversa, vale a dire quella di ristabilire la legalità materiale alterata dalla stipulazione *contra jus* del contratto: cfr. al riguardo P. CERBO, *op. cit.*, 883 ss., nonché V. LOPILATO, *Categorie contrattuali*, *cit.*, 27 ss., secondo il quale la sanzione della riduzione della durata del contratto svolgerebbe la medesima funzione che, nell'ambito civilistico, viene svolta tramite la sostituzione automatica di clausola nulla – *ex* art. 1419, comma 2, c.c. – per violazione di norma imperativa o comunque dell'ordine pubblico economico.

In ogni caso (*ex* art. 123, comma 2, ultima parte) l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con tali sanzioni.

In argomento cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 5, 10-11; L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.*, 388-391; A. BARTOLINI-S. FANTINI-F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento*, *cit.*, 657; N. PAOLANTONIO, *I riti compatti*, *cit.*, 495-496.

[90] Cfr. F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit.*, § 8, 16.

[91] Sotto altro angolo visuale, E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative, cit.,* 1129 ss., sostiene che l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di applicare "sanzioni amministrative" (*ex* art. 123 c.p.a.) pone questioni sul piano costituzionale, della struttura e della funzione del processo amministrativo in relazione: al potere

Ora – com'è stato osservato - l'unica vera peculiarità delle sanzioni alternative di cui al d.lgs. n. 53/2010 sta nella circostanza che ad irrogarle non è il giudice civile o quello penale, ma il giudice amministrativo. Tuttavia, che il giudice amministrativo faccia ciò che fanno anche gli altri, ed in particolare quello civile, è la conseguenza fisiologica di quella "unità pluralistica" della giurisdizione che è emersa con chiarezza nella pronuncia della Corte costituzionale sulla *tranlatio iudicii*[93], nonché nella più recente giurisprudenza delle Sezioni unite sulla tutelabilità dei diritti fondamentali innanzi al giudice amministrativo[94].

Non sembrano, infatti, ravvisarsi specifiche ragioni che precludano al giudice amministrativo di effettuare le valutazioni necessarie all'irrogazione delle sanzioni alternative, come ad esempio quelle relative alla quantificazione delle sanzioni, alla scelta se irrogarle congiuntamente o singolarmente e alla sussistenza stessa di una violazione sanzionabile. Anzi, a ben vedere, il giudice amministrativo – com'è stato ancora notato – compie già da tempo valutazioni di questo tipo[95].

Inoltre, il potere di irrogare le sanzioni alternative è proprio del giudice amministrativo, prescinde da domande di parte ed in nessun modo l'amministrazione ha titolo ad esercitarlo, cosicché si deve ritenere che egli possa compiere un'autonoma valutazione circa la sussistenza della violazione.

Semmai, maggiori difficoltà di inquadramento sistematico si pongono per la valutazione del giudice circa la sussistenza delle "esigenze imperative connesse ad un interesse

---

d'ufficio del giudice non legato al "*petitum*", al contraddittorio, al possibile coinvolgimento nella sanzione del controinteressato "incolpevole", alla qualificazione sostanziale amministrativa o meno, alla disciplina processuale applicabile, alla mancanza di una sottoposizione all'esame del giudice in caso di erogazione della sanzione in appello, ai criteri per la determinazione e quantificazione delle sanzioni, e così via. Cfr., poi, ancora L. LAMBERTI, *op. cit.*, 390, per l'indicazione di ulteriori problemi - posti dalla previsione delle sanzioni alternative in questione – di compatibilità costituzionale in ordine a diversi profili.

92 Perché qui, per un verso, non si tutelerebbero né diritti né interessi legittimi e, per l'altro, il giudice non si troverebbe in una posizione di terzietà. Circa le conseguenze negative della ridotta regolamentazione del rito in parola cfr. anche Corte cost. ord. 4 febbraio 2006, n. 68, in www.cortecostituzionale.it.

93 Cfr. Corte costituzionale 12 marzo 2007, n. 77, in *Urb. app.*, 2007, 814 ss., con nota di G. SIGISMONDI, *La distanza fra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la* translatio iudicii.

94 Cfr. Cass., S.U., 29 aprile 2009, n. 9956, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 1434 (s.m.).

95 Cfr. ancora P. CERBO, *op. cit.*, 886; concorda con questa ricostruzione E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo*, *cit.*, 42. Fortemente critici sono invece, soprattutto con riferimento al profilo della legittimità costituzionale dell'istituto ed a quanto avviene nelle normative di settore, che regolano le funzioni sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti, F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit.*, 37 ss., e G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, *cit.*, rispettivamente § 6 e 748 ss.

generale"[96] - di cui all'art. 2-*quinquies*, § 3, direttiva cit. ed all'art. 121, comma 2, c.p.a. -, che giustificano la perdurante efficacia del contratto e, dunque, l'applicazione delle sanzioni alternative. Ancorché il riferimento all'interesse generale possa far pensare ad una scelta discrezionale solitamente riservata all'amministrazione, in realtà la disposizione va correttamente contestualizzata nel complesso sistema di tutela introdotto dal d.lgs. n. 53/2010: con questa previsione, prima che il presupposto per l'applicazione delle sanzioni alternative, si è inteso introdurre un limite "civilistico" alla tutela della parte danneggiata per esigenze di ordine generale, alla stessa stregua di quanto accade ad esempio nell'art. 2933, comma 2, c.c.[97].

Dato che anche la tutela successiva all'annullamento dell'aggiudicazione viene affidata al giudice amministrativo, che di conseguenza svolge in questo ambito il ruolo normalmente riservato al giudice civile, ben può il primo aver modo di compiere le medesime valutazioni ordinariamente compiute dal secondo, anche con riferimento alla compatibilità fra la tutela del singolo ed esigenze della collettività.

Resta, tuttavia, il dubbio – com'è stato osservato – di una scelta legislativa "comunque inopportuna", a fronte di una direttiva ricorsi che, non a caso, rimetteva la competenza ad irrogare le sanzioni in questione ad un più generico "organo di ricorso" indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, secondo una dizione sufficientemente ampia da assorbire autorità amministrative non giurisdizionali[98], quali ad esempio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Infine, è da ricordare come sia stato prospettato in dottrina che nel caso di cui al terzo comma dell'art. 123 c.p.a.[99] – quando cioè le sanzioni sono effettivamente alternative –

---

[96] Sul significato da attribuire a tale interesse, bilanciato con quello della parte che chiedeva il subentro nel contratto, cfr. di recente Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui "il subentro nel contratto per residui sette mesi alla data della camera di consiglio … non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso".

[97] Cfr. ancora P. CERBO, *op. cit.*, 887 ss., secondo il quale (888) le disposizioni sulle sanzioni alternative rappresentano una linea di sviluppo coerente con il riconoscimento al giudice amministrativo, primariamente sul piano costituzionale, della medesima dignità del giudice civile: infatti, a tale equiparazione "formale" ha fatto seguito una equiparazione "funzionale", anche rispetto all'irrogazione delle sanzioni amministrative.

[98] Cfr. in questo senso G. TROPEA, L'"*ibrido fiore della conciliazione*", *cit.*, 1031.

[99] A tenore del quale "il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto", – clausola cd. di *stand still period* – " ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ri-

la fase eventuale e finale del giudizio sarebbe di giurisdizione cd. oggettiva. Il giudice, infatti, adotterebbe una sanzione pecuniaria che nessun vantaggio attribuisce al ricorrente, mentre, se riduce la durata residua del contratto, a parte le conseguenze negative sul contraente[100], solo in via indiretta, eventuale e di mero fatto, potrebbe giovare al ricorrente, qualora la stazione appaltante decidesse di indire una nuova gara per la parte del contratto non eseguita ed il ricorrente, alla pari di ogni altro operatore in possesso dei requisiti, può partecipare. La pronuncia del giudice in questi casi interverrebbe essenzialmente per sanzionare la violazione obiettiva delle disposizioni che ha compromesso la realizzazione di alcuni interessi pubblici oggetto di tutela normativa e cioè – *ex* art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti) – quelli del libero mercato, concorrenza, *par condicio*, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché quelli rivolti ad ottenere reali possibilità di avere tutela[101].

Questa prospettazione merita attenzione ed appare, in definitiva, la più convincente, perché piuttosto debole sembra, invece, l'opposta argomentazione secondo cui la giurisdizione amministrativa rimarrebbe, pur sempre, anche in questo caso una giurisdizione sog-

---

corrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

100 Su cui vedi F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit.*, 15-16, che evidenzia come l'interruzione della prestazione potrebbe, a sorpresa, divenire vantaggiosa per il contraente quando "la situazione di mercato si fosse modificata in modo da rendere meno vantaggiose le condizioni pregresse già convenute e più vantaggiose quelle che si potrebbero trarre da un nuovo stipulando contratto. Per altro verso, potrebbe determinare una iper-afflittività qualora la riduzione della durata finisca per eliminare ogni prospettiva di profitto a causa del costo degli ammortamenti iniziali".

101 Cfr. E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 1131-1132, il quale precisa che il giudice adotta una sanzione pecuniaria che non arreca alcuna soddisfazione al bene della vita per il quale è stato promosso il giudizio ed il ricorrente non ha alcun interesse a questa pronuncia, anche se è stato necessario il suo ricorso per introdurre il giudizio e delimitare il *thema decidendum*.

Per un accenno all'attenuazione della soggettività del giudizio che si verificherebbe in questa ipotesi cfr. F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit.*, § 5, secondo il quale nella fattispecie "il giudice interviene non soltanto d'ufficio, ma anche (con valenza sanzionatoria) al fine di soddisfare l'interesse oggettivo dell'ordinamento, *ergo* in funzione di tutela e ripristino della concorrenza, che notoriamente rappresenta l'interesse primario tutelato dalla normativa di settore".

Fa riferimento alla problematica interpretativa dei rapporti fra giurisdizione soggettiva e di parti e giurisdizione oggettiva, in cui sovente il tema della riserva di amministrazione si intreccia con quello dei risvolti obiettivi del processo, "come testimoniano le questioni relative alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a." nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici, anche G. TROPEA, *op. cit.*, 972-973, secondo il quale (1030) con riferimento a tali ipotesi "appare davvero arduo non riscontrare un mutamento in senso oggettivo della struttura del processo amministrativo, in cui diviene centrale la cura dell'interesse pubblico" leso dalla violazione delle norme di diritto pubblico sopra indicate. Per l'evidenziazione di tendenze oggettiviste riguardo ai caratteri della giurisdizione amministrativa si veda, inoltre, in precedenza dello stesso A., *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, nota a Cons. St., sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 664 ss.

gettiva e di parti. Infatti, come avviene per quella civile (e prima ancora per quella penale) - allorché il giudice (ri)valuta la fondatezza dell'irrogazione della sanzione pecuniaria inflitta al privato, decisa dalla pubblica amministrazione, e ne (ri)quantifica l'ammontare, facendo diretta applicazione dei criteri previsti dall'art. 11 della legge n. 689/1981, affinché sia tutelato il relativo diritto soggettivo del trasgressore alla "giusta" irrogazione della sanzione - allo stesso modo si potrebbe pensare che pure nel processo amministrativo in cui vengono decise dal giudice le sanzioni alternative, di cui al suddetto art. 123 comma 3 c.p.a., sia anche tutelato il diritto del soggetto passivo che, direttamente o indirettamente, subisce la sanzione, alla "giusta" comminazione della medesima da parte del giudice amministrativo. Ma, a ben guardare, non si può non riconoscere che nella fattispecie in esame prevalgono, e di gran lunga, le ragioni di tutela dell'interesse pubblico oggettivo (al rispetto del principio comunitario di libera ed effettiva concorrenza *per* il mercato) su quelle di tutela dell'interesse individuale delle parti litiganti. E inoltre e prima ancora, come bene è stato dimostrato e si vedrà più avanti[102], non pare corretto assimilare le sanzioni inflitte dal giudice nell'ipotesi in questione a quelle irrogate dall'amministrazione pubblica ai sensi della richiamata legge del 1981.

8. *Una giurisdizione esclusiva in cui viene esercitata la cd. discrezionalità del giudice*

Dunque, la dottrina amministrativistica maggioritaria è dell'opinione che nei casi in questione al giudice amministrativo sono demandate valutazioni che non riguardano tanto la legittimità di atti amministrativi quanto ineriscono, piuttosto, soltanto all'"applicazione di regole giuridiche al caso concreto". L'apprezzamento del caso concreto rimesso a tale giudice dalle disposizioni in esame presenta analogie con quello riconosciuto al giudice civile in presenza di "clausole generali", o ai fini del risarcimento in forma specifica: si veda in particolare l'art. 2933, comma 2, c.c. che fa riferimento al concetto di "pregiudizio all'economia nazionale" ed esprime una valutazione di prevalenza dell'interesse nazionale; o l'art. 2058, comma 2, c.c. che rimette al giudice di verificare se la reintegrazione in forma specifica "*risulta eccessivamente onerosa per il debitore*" e, nel caso in cui essa risulti eccessivamente onerosa, consente che sia disposto solo un risarcimento per equivalente. L'attività del giudice ammi-

[102] V. *infra*, § 8.2.

nistrativo, insomma, non comporta, neppure nell'ambito in esame, una selezione degli interessi in gioco, secondo i canoni della discrezionalità amministrativa, e pertanto non impinge nel merito[103].

8.1. *In particolare: gli approdi della scienza giuridica in tema di discrezionalità del giudice civile*

L'argomento, come si vede chiaramente, è da correlare con gli ormai numerosi studi che sono stati condotti in Italia ed all'estero, soprattutto in ambito civilistico e processual-civilistico, sulle clausole generali, di cui già s'è fatto cenno – indicate anche, in prima approssimazione, come norme elastiche o senza fattispecie, concetti giuridici indeterminati, concetti valvola, *standards* valutativi e rapportate ai c.d. "principi generali" dell'ordinamento -, da interpretare ed applicare, nonché concernenti la cd. discrezionalità del giudice[104].

L'attenzione degli studiosi si è concentrata soprattutto sui profili di teoria generale[105] e si è cercato di individuare i caratteri che diversificano la discrezionalità del giudice da quella del legislatore e soprattutto da quella attribuita alla pubblica amministrazione (nelle sue due varianti: di discrezionalità amministrativa[106], espressione *lato sensu* di autonomia po-

---

[103] Cfr. G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit*., 738; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, *cit*., 355; F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, *cit*., § 4.2., che, a proposito delle menzionate disposizioni del codice civile, sostiene – come visto – che non è affatto detto che "una valutazione comparativa degli interessi debba necessariamente implicare una valutazione riconducibile al merito"; F. SAITTA, *La dichiarazione di inefficacia del contratto*, *cit*., § 4; F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit*., § 5; ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit*., 24, che richiama anche le applicazioni giurisprudenziali relative all'istituto processuale dell'interesse ad agire (o a ricorrere) dell'attore quale condizione dell'azione.

[104] Si tratta, insomma, di tutte tecniche normative destinate ad assicurare la coerenza tra disposizioni dell'ordinamento e realtà sociale (e suo ordine giuridico) .

Vedi di recente in argomento S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, *cit*., 303 ss., ed *ivi* ampi riferimenti dottrinali ed accenni alla "dimensione europea" di questa problematica. Sul punto cfr. anche: S. RODOTA', *Le clausole generali*, in *I contratti in generale*, I, *I fenomeni negoziali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm*., fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 389 ss.; A. GUARNIERI, voce *Clausole generali*, in *Dig., dir. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 403. Più in generale, per una sintesi delle varie tesi elaborate dalla dottrina in ordine alla "funzione" dei concetti in esame, cfr. E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, con prefazione di M. Taruffo, Torino, 2003, nonché C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, 1990, 337 ss. E ancora cfr.: C. BIONDI, *In tema di potere discrezionale del giudice*, in *Riv. dir. proc*., 1928, 234; M. AIELLO, *La discrezionalità del giudice civile nella applicazione della legge*, in M. BESSONE (a cura di), *L'attività del giudice (mediazione degli interessi e controllo delle attività)*, Torino, 1997, 85 ss. con citazioni anche di giurisprudenza della Cassazione civile; G. ALPA, *L'arte del giudicare*, *cit*., 41 ss., 85 ss, 105 ss.; ID., voce *Principi generali*, in *Dig., disc. priv*., XIV, Torino, 1996, 335 ss., e relativa dottrina *ivi* citata.

[105] Sui vari possibili significati del concetto di discrezionalità nel campo del diritto cfr., in epoca ormai risalente, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, spec. 55-56, e più di recente C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, spec. 11-12.

[106] Senza pretese di completezza, tra i molti studi sulla discrezionalità amministrativa, fondamentali rimangono ancora nella dottrina italiana, oltre alle trattazioni nei manuali, quelli di E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 5 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, rist. 1960, 193 ss.; M.S.

litica, e di discrezionalità tecnica[107], su entrambe le quali la letteratura e la produzione giurisprudenziale sono assai abbondanti).

A questo proposito, nella dottrina italiana più risalente di un certo interesse restano, in particolare, gli studi condotti sulla discrezionalità del giudice civile da Raselli già negli anni '20[108].

Orbene il menzionato autore, dopo aver studiato molti temi di teoria generale e di diritto costituzionale e dopo aver dedicato la prima parte dell'indagine al problema del potere discrezionale della pubblica amministrazione, ritiene che la discrezionalità intesa come "la potestà (…) di determinare volta per volta il momento o il contenuto del proprio atto o

GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 42; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it*., vol. V, Torino, 1960, 1108; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir*., vol. XIII, Milano 1964, 65 ss., 87 ss.; V. OTTAVIANO, voce *Merito (diritto amministrativo)*,in *Nss. Dig. it*., vol. X, Torino, 1964, 575 ss.; G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.,* vol. XXVI, Milano, 1976, 130 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm*., 1984, 488; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 28 ss., 61 ss. (che intende la discrezionalità amministrativa come problema essenzialmente di interpretazione); G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 19 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1989, 1 ss.; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig., disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 401 ss.; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, vol. III, 2006, 1999 ss. Di recente si veda, tra gli altri, E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008.

[107] Sulla discussa nozione di discrezionalità tecnica basterà ricordare: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it*., 1910, IV, 10 ss.; F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento di fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it*., 1902, III, 278; E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it*., 1959, III, 193 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 37 ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 206 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. De PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; M. DELLA SCALA, *L'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni "tecnico-discrezionali"*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI e L. DE LUCIA, Torino, 2009, 263 ss.

[108] Cfr. A. RASELLI, *Potere discrezionale del giudice civile*, I ed., Padova, 1926, ripubblicato l'anno successivo col titolo *Il potere discrezionale del giudice*, cui è seguito poi un altro volume con lo stesso titolo pubblicato nel 1935. Il primo volume è stato, infine, ripubblicato sempre a Padova nel 1975, a cura della "Fondazione Piero Calamandrei", con il titolo *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, e con *Presentazione* di G.A. Micheli, a cui si farà cenno per le citazioni nel presente lavoro.

In seguito, è da menzionare lo studio di R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, (che fa il punto sull'elaborazione dottrinale nel frattempo sviluppatasi e tende ad approfondire, anch'esso, i profili di teoria generale), a cui sono da aggiungere, tra le altre, le monografie di F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; di G. CRISCUOLI, *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, Padova, 2000; e di E. FABIANI, *Clausole generali, cit.*. Inoltre si vedano: R. MARENGO, *Note in tema di discrezionalità del giudice civile*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, vol. II, Milano, 1993, 165 ss., e P. VINCENTI, *Poteri istruttori e discrezionalità del giudice nell'ambito garantistico del "giusto processo"*, in *Nuova giurispr. civile comm*., 2006, II, 144 ss. Sul principio costituzionale di discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica garantistica del "giusto processo", cfr. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, spec. 327 ss.

ambedue questi punti"[109] nel modo più opportuno per l'interesse pubblico[110], si presenta non solo nell'ambito dell'amministrazione, ma anche in quello della giurisdizione, là dove manchino norme imperative particolari.

Il giudice, infatti, può essere destinatario di un particolare precetto che gli consente di integrare la norma giuridica attraverso una ponderazione obiettiva degli interessi collettivi, che costituisce il fondamento della discrezionalità. Per quanto la nozione di attività discrezionale sia unitaria[111], la citata dottrina ha posto in evidenza la differente ampiezza dell'attività discrezionale del giudice civile, ben più ristretta di quella del giudice penale[112] e di quello amministrativo, per non parlare di quella dell'amministrazione. Ma non mancano i casi in cui "al giudice civile sono concesse delle facoltà o gli obblighi impostigli dalla legge non sono perfettamente determinati in tutti i loro elementi"[113].

In particolare, le attività che il giudice compie nell'interpretazione della norma giuridica e nell'applicazione della legge presuppongono complesse valutazioni di interessi, che sono di opportunità in rapporto allo scopo della legge stessa, sono destinate ad assicurare la migliore attuazione della norma e conferiscono all'organo giudiziario la facoltà "di determinare la propria linea di condotta nell'attività esterna (…) secondo valutazioni di opportunità rivolte a determinare, in rapporto allo scopo della funzione, che cosa importi, nel singolo

---

[109] Cfr. A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice*, Padova, 1975, 21.

[110] Secondo la definizione data per la prima volta da E. BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, 36. Per una discussione sul valore assegnato a questa massima dalla dottrina, cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 223 e note; ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 57 ss.

[111] Valida, cioè, tanto per l'amministrazione quanto per la giurisdizione, quali funzioni dello Stato svolgentisi *sub lege*.

[112] Per quanto concerne la ricostruzione della discrezionalità del giudice penale, quale ad es. riscontrabile nel riconoscimento o meno delle circostanze attenuanti generiche, svincolato dal ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p. – come riferisce R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, *cit.*, 31 ss., 34, 341 – una prima corrente dottrinale tende a configurare la suddetta discrezionalità in termini ampi, riconducendola ad un rinvio da parte della legge al caso concreto, ossia alla indeterminatezza della legge. Una seconda corrente, invece, restringe il campo della discrezionalità alle sole ipotesi di "indeterminatezza intenzionale", mentre negli altri casi di indeterminatezza l'attività del giudice avrebbe "natura" meramente interpretativa. La dottrina prevalente, comunque, qualifica la discrezionalità penale come vincolata, poiché, anzi, proprio la sottoposizione a vincoli giuridici consentirebbe di distinguerla da quella amministrativa: in proposito cfr. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1985, 751 ss.; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità. II) Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 648 ss.; ID., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 182; R. RAMPIONI, *"In nome della legge" (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, 310 ss.

[113] Cfr. ancora A. RASELLI, *op. ult. cit.*, 267.

caso concreto, il precetto giuridico generale, posto per gli organi dello Stato: *"adempi nel modo più opportuno la funzione pubblica che ti è demandata'"*[114]. Infine il citato autore, occupandosi dei casi in cui la legge gli consente di pronunciarsi secondo equità, ritiene che, mentre il giudice – nella sua attività di interpretazione del diritto positivo – deve ricostruire la *ratio* della norma imperativa particolare, tenendo conto delle esigenze sociali che l'hanno determinata nella fase legislativa, il giudice, cui la legge conferisce un potere discrezionale in sede di interpretazione, deve lui scegliere la soluzione più giusta ed equa rispetto alle particolarità del caso concreto, pur sempre riportandosi alla coscienza collettiva quale si manifesta storicamente in rapporto alla giustizia ed alla socialità[115].

Per cui, in definitiva, si può dire che nella concezione di Raselli la discrezionalità amministrativa viene assimilata alquanto a quella del giudice civile sulla base di una pretesa identità del tipo di giudizio svolto, consistendo in entrambi i casi lo scopo dell'attività posta in essere nell'"attuazione del diritto oggettivo"[116].

L'autore che si è occupato della nozione in esame nella dottrina italiana più recente parte, invece, dal concetto di "dovere discrezionale"[117] e giunge a ritenere che si ha discrezionalità del giudice civile "quando le norme rimettono al giudice la comparazione, in concreto, dell'interesse fissato dalla norma come 'causa' dell'atto" con gli altri interessi sui quali l'atto stesso è destinato ad incidere, "talvolta al fine di decidere se porlo in essere, in altri casi semplicemente al fine di determinare, in tutto o in parte, la modificazione materiale in

---

[114] Cfr. ancora A. RASELLI, *op. ult. cit.,* 263, nonché G.A. MICHELI, *Presentazione*, *cit*., IX-X.

[115] Cfr. G.A. MICHELI, *op. cit*., XIII.

Cfr., inoltre, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, *cit*., 76 ss., il quale dà conto ampiamente dell'intenso dibattito svoltosi nella dottrina processual-civilistica italiana – e, in particolare, tra F. CARNELUTTI, da una parte, *Lezioni*, Padova, 1921, vol. II, 18 ss., e P. CALAMANDREI, dall'altra, *La genesi logica della sentenza* civile, in *Riv. crit. scienze sociali*, 1914, soprattutto § 17 ss.; ID., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur*., 1921, rispetto ai quali A. Raselli assume una posizione definita 'mediana' (75) - a proposito di quel tipo di processi in cui era lasciata al giudice una certa libertà, ovvero un margine di potere discrezionale, quanto alla determinazione degli effetti (in casi, ad esempio, come quello previsto dall'art. 145 c.c. del 1942 in tema di alimenti), e segnatamente su argomenti quali le sentenze dispositive o le decisioni delle giurisdizioni di equità.

[116] Cfr. ancora L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, *cit*., 80-81.

[117] Cfr. R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, *cit*., 59 ss., ove si pone, in particolare, in rilievo come "anche quando l'attività del giudice contenga margini di discrezionalità, si verte in di lui *doveri*, tutti gli atti del giudice (e anche di chi collabora con lui) essendo disciplinati dalle norme relative come "doverosi", il che non è altro se non l'applicazione della regola più generale, per cui l'organo pubblico (qualsiasi organo pubblico) *deve* sempre assolvere al compito cui è stato preposto".

cui il contenuto consiste"[118]. Di ciò vengono fornite molteplici conferme[119] e si ritiene che non vi sia discrezionalità nel "giudizio di diritto", in quanto è da escludere che l'interpretazione delle norme importi comparazione di valori alla stregua del caso concreto.

Entrambe le impostazioni dottrinali riferite giungono però, sia pure per vie diverse, ad escludere, quanto meno in via di principio, la sussistenza di discrezionalità del giudice nell'esercizio dei poteri di interpretazione ed applicazione della norma[120].

E' emersa, inoltre, la distinzione tra norme generali, che sanciscono la finalizzazione dell'attività del giudice alla tutela di posizioni giuridiche soggettive[121], e norme specifiche, che disciplinano i singoli istituti o particolari aspetti di ciascuno di essi. Anche queste ultime possono avere una portata più o meno ampia, a seconda che fissino una regola generale rispetto al singolo istituto, oppure siano meramente derogatorie (vedi artt. 38 e 183 c.p.c.).

La determinazione del contenuto dell'atto rileva poi, in generale, sotto due profili, a seconda che l'atto debba essere posto in essere o meno, nonché nel primo caso a proposito di che cosa quella modificazione materiale debba riguardare.

In altri casi, invece, la norma descrive i presupposti ricorrendo a criteri imprecisi o formulazioni generiche che spetta al giudice rendere coerenti. Il più delle volte, nel relativo giudizio di fatto o interpretativo si esaurisce il suo compito: è questo il caso, ad esempio, del ricorso ai concetti di "urgenza" (art. 78 c.p.c.), "necessità" (artt. 61 e 213 c.p.c.), "indispensabilità" (artt. 118 e 437 c.p.c.), che involgono certo l'interesse del soggetto, ma solo in

---

[118] Cfr. R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 323 ss., 59 ss.

[119] In particolare, in primo luogo, viene ribadita l'insufficienza dell'"approccio letterale", ragione del fatto che spesso è la stessa lettera della legge a trarre in inganno l'interprete, affermando, in casi in cui non può esservi scelta in base a ponderazione di valori, che il giudice "può" adottare il provvedimento (per es. vedi art. 78, comma 1, c.p.c.), oppure facendo uso di termini come "opportunità", "apprezzamento" (vedi art. 116), "facoltà" (vedi art. 117). In secondo luogo, viene affermato che l'esercizio della discrezionalità non può confondersi col "giudizio di fatto", in quanto quest'ultimo, non vertendo su valori, si esaurisce in attività conoscitiva, cui il giudice provvede mediante logica dimostrativa.

[120] Cfr. A. RASELLI, *op. ult. cit.*, 132 ss., spec.146-148, e R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 176 ss. Ma con specifico riferimento ai "rapporti" fra interpretazione e discrezionalità si vedano anche, nella dottrina italiana più risalente, le considerazioni svolte da E. BETTI, *op. cit.*, 55 ss.

[121] E perciò – come prosegue R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 325-326 – (la finalizzano) al ripristino di una situazione conforme al diritto e, più in generale, ad ordinare i comportamenti dei privati secondo il diritto (vedi, ad es., artt. 24 Cost. e 2907 c.c., quanto alla giurisdizione civile; nonché artt. 2910, 2930 e 2931c.c.).

quanto esso presupponga determinate circostanze, che il giudice deve limitarsi ad accertare[122].

In altre ipotesi, invece, le norme fanno riferimento a concetti quali quelli di "buona fede", "ordine pubblico", "comune senso del pudore", "diligenza del buon padre di famiglia", "giusta causa di licenziamento" che il giudice man mano adatta al mutato modo di sentire della comunità, sul piano generale, e quindi in via meramente interpretativa[123].

Peraltro, in talune ipotesi il giudice deve anche – al fine della determinazione del contenuto dell'atto, sotto il profilo della decisione se porlo in essere o meno – provvedere alla comparazione degli interessi sui quali l'atto è destinato ad incidere. Il che avviene, ad esempio, quando sia la singola norma a demandare espressamente al giudice la valutazione delle circostanze del caso concreto[124].

Per quanto concerne, infine, i limiti che il giudice è tenuto ad osservare nell'esercizio della discrezionalità, in primo luogo il giudice può esercitare certe "prerogative" – ovvero effettuare una comparazione di interessi alla luce delle esigenze del caso concreto al fine di determinare il contenuto dell'atto – soltanto in virtù di espressa "previsione normativa", giacché la legge costituisce l'unica fonte delle posizioni giuridiche soggettive. In secondo luogo, sussiste un limite quanto all'oggetto, nel senso che il giudice "può comparare esclusivamente gli interessi" individuati come tali e ritenuti meritevoli di tutela dalla legge. In terzo luogo, il giudice "non può omettere di includere nella comparazione l'interesse posto dall'atto", o dalla determinazione, che precede nella sequenza. Infine, quanto alla struttura del ragionamento, quest'ultimo è vincolato – anche a garanzia dell'imparzialità – all'"osservanza delle regole della logica ed all'uso di criteri oggettivi" di ragionevolezza: in

[122] Cfr. R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 328-329 e nota 9, secondo cui talvolta, poi, la norma si riferisce espressamente al concetto di "opportunità", senza che ciò importi l'attribuzione al giudice di un dovere discrezionale.
[123] Cfr. al riguardo E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VII ed., Padova, 1994, 389 s., che parla di concetti-valvola, quali valori che spetta al giudice rendere coerenti *pro tempore*.
[124] Si pensi, ad es., all'art. 151 c.p.c., che rimette al giudice la valutazione delle "circostanze particolari e delle esigenze di maggiore celerità" ai fini della prescrizione di particolari forme di notificazione; all'art. 2721, comma 2, c.c.; all'art. 700 c.p.c., secondo il quale il giudice adotta i provvedimenti di urgenza idonei "secondo le circostanze"; all'art. 535, comma 2, c.p.c.; all'art. 118, 283, 373, 420, 431, 624, 642, 649, 665, 669/13 c.p.c. tutti facenti riferimento a concetti che involgono apprezzamenti di valore, qual'è, nel caso più frequente, quello di "gravità". Oppure all'ipotesi in cui la norma – ad es. l'art. 211 c.p.c. – impone espressamente al giudice la comparazione di interessi, come nel caso dell'ordine di esibizione al terzo, che il giudice dispone conciliando "nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo; analogamente dispone l'art. 30, ult. comma, della legge n. 392/1978.

particolare, il rispetto di tale limite deve risultare dalla motivazione del provvedimento discrezionale[125].

Conclusivamente è da ritenere, in conformità alle più recenti teorie in materia di interpretazione[126], che il giudice possieda sempre una certa discrezionalità in sede interpretativa ovvero di applicazione della norma al fatto[127]. Per cui il problema che si pone, con specifico riferimento alla maggiore o minore indeterminatezza del testo della norma, è per l'appunto quello di stabilire se ci si trovi di fronte ad una mera differenza quantitativa (maggiore discrezionalità) o qualitativa (passaggio dalla mera attività di interpretazione della norma, sia pur caratterizzata da "discrezionalità", a quella di "creazione" della stessa).

Ciò posto, l'attenzione va concentrata su quelle ipotesi di "indeterminatezza" del testo normativo in cui il legislatore, nel delineare la fattispecie legale astratta, ricorre a concetti ricondotti dalla dottrina a quelle categorie giuridiche denominate, a seconda dei casi:

---

125 Cfr. ancora R. MARENGO, *op. ult. cit.*, 335-336, 340 ss., secondo il quale - posto che l'atto discrezionale è sindacabile, in via generale, sotto il profilo della legittimità – è possibile, quanto alla discrezionalità del giudice civile e degli altri organi pubblici, ricavare un nucleo comune, sufficiente a farne un "concetto di teoria generale".

In primo luogo, l'origine comune a tutte le nozioni di discrezionalità è testimoniata dall'esigenza di conciliare "autorità e doverosità", posto che la posizione di supremazia, in cui l'organo pubblico si trova, è finalizzata al perseguimento di scopi che interessano la generalità, dalla quale il soggetto agente trae – direttamente o indirettamente – la propria legittimazione (sono, quindi, da qualificare come "doverose" le attività di ogni organo pubblico).

L'organo munito d'imperio, inoltre, trae dal diritto la propria autorità: cfr. sul punto C. LAVAGNA, voce *Autorità (dir. pubbl.), Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 477 ss.

Anche la comparazione dei valori in gioco costituisce, al tempo stesso, caratteristica comune ed elemento di differenziazione tra le diverse figure di discrezionalità.

Un ulteriore elemento comune è costituito dall'esercizio in base a criteri obiettivi, rinvenuti nella generalità e tenuto conto della necessità di tendere alla coerenza dell'ordinamento.

Infine, è da ricordare la definizione di discrezionalità del giudice proposta da Barak (cfr. A. BARAK, *Judicial Discretion*, trad. it. a cura di V. Gueli, Firenze, 1961, 16; e successivamente Milano, 1995, 16, 34), secondo il quale essa è "il potere, conferito ad una persona dotata di autorità, di scegliere tra due o più alternative, ciascuna legittima", con la precisazione che, pertanto, "il potere discrezionale del giudice rinvia… alla facoltà, accordatagli dal diritto, di decidere tra parecchie alternative legittime", per cui non esiste "quando al giudice si presenta un'unica opzione". Mentre, seppur "in misura limitata", tale discrezionalità esisterebbe in particolare nei cd. casi difficili.

126 Sulle quali cfr. tra gli altri C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 87 ss.; R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura L. Cabella Pisu e L. Nanni, Padova, 1998, 85 ss.; M. TARUFFO, *Il giudice e la "Rule of Law"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 931 ss, spec. 943; VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999, 175 ss e 186 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti; F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,1995, 1 ss.

127 Cfr. sul punto M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 349 ss., spec. 362 ss.

"concetti giuridici indeterminati", "concetti elastici", "clausole generali", "*standards* valutativi".

Ora, il termine "*concetto indeterminato*" viene suggerito per designare tutti quei concetti che si caratterizzano, su un piano "meramente quantitativo", per una indeterminatezza maggiore (o meglio estremamente elevata) rispetto agli altri concetti utilizzati dal testo della norma nel delineare la fattispecie astratta[128].

Il termine "*concetto elastico*" (o "norma elastica") viene proposto per designare tutti quei concetti che si caratterizzano, invece, su un piano "qualitativo", per il fatto di richiedere, ai fini della loro applicazione, l'effettuazione di un giudizio di valore, operando il concetto un rinvio a valori "extragiuridici"[129].

Viceversa, le "*clausole generali*" sembrano da ricostruire come "norme incomplete, frammenti di norme", che non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei "programmi normativi di altre disposizioni"[130] ed in tal modo consentendo a concetti quali quelli di 'correttezza' e 'buona fede' di poter trovare collocazione in una "categoria giuridica" idonea ad esprimere una peculiarità che gli stessi possiedono[131]. Altrimenti detto, con la locuzione – creata dalla dottrina tedesca – clausole ge-

---

128 Così E. FABIANI, *op. cit.*, 57. In argomento cfr. M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti,* Milano, 1993, spec. 17 ss., e nella dottrina tedesca si veda per tutti W. GRUNSKY, in STEIN F.- JONAS H., *Kommentar zur ZivilprozeBordnung, 21, Auflage, Band 5, Teilband 1*, Tubingen, 1994,346

129 Cfr. S. RODOTA', *Le clausole generali*, *cit.*, 389 ss., spec. 392

130 Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10-11; ma si veda anche l'impostazione di M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti d'integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 83, e di F. ROSELLI, *op. cit.*, 11, che fa propria l'affermazione secondo cui – si badi – "il giudizio di merito applicativo di norme elastiche" è "soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge".

131 Il legislatore ha fatto molte volte ricorso alle clausole generali nel diritto privato. Basti pensare alle ipotesi in cui ricorrono le espressioni "giusti motivi" (ad esempio, nel licenziamento); "interesse del creditore" (artt. 1173, 1414 c.c.); "termine congruo" (art. 1379 c.c.); "grave motivo" (art. 84, comma 2 c.c.).

Sul piano definitorio della natura e delle funzioni delle "clausole generali" è, poi, da tener presente che – secondo L. MENGONI, *op. cit.*, 10 – esse "impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta".

Ad avviso di C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 24, tra concetti indeterminati e clausole generali vi sarebbe una differenza di natura (o di specie): i primi sono tali in quanto indeterminati sul piano linguistico, le seconde sono indeterminate sul piano dei valori.

Con riferimento alla distinzione tra termini del linguaggio giuridico che contengono un riferimento a norme e termini che indicano situazioni di mero fatto, si sono poi distinte clausole generali che fanno riferimento a norme (ad es. correttezza, *ex* art. 1175 c.c.) e clausole generali che fanno riferimento a fatti qualificati da norme (ad es. danno ingiusto, giusta causa, giustificato motivo). E si è ritenuto che, mentre nel primo caso si è in presenza di clausole che connotano un valore (lealtà, correttezza, buona fede), nel secondo caso invece

nerali si indicano quelle espressioni di tenore appunto generale, non specifico, i cui contenuti possono essere precisati di volta in volta dal giudice, nell'*interpretazione* della legge, secondo l'evolvere delle abitudini e del sentire dei cittadini: in una parola, della coscienza sociale[132].

Infine, con la dizione "*standard valutativo*" va inteso non un qualcosa che si mette sul medesimo piano dei concetti sopra indicati, ma piuttosto un qualcosa che funge da "parametro di riferimento" e "da guida" – al pari dei principi generali, sia pure su un piano diverso – per il giudice nell'esercizio di quella attività integrativa (giuridica e non fattuale) di cui necessita il testo della norma per effetto della sua "indeterminatezza", a mo' di strumento che circoscrive quest'ultima[133]/[134].

8.2. *La discrezionalità del giudice amministrativo con riguardo alla fattispecie in esame*

---

l'estrema genericità dell'oggettivazione (giusto, ingiusto) impedisce alla clausola generale di esprimere la *ratio* che le regole poste dal giudice devono soddisfare. In argomento cfr. G. ALPA, *L'arte del giudicare*, *cit.*, 86-87; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 544; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 643.

In particolare, sulle clausole di *correttezza* (che indica la lealtà e la probità del comportamento) ed è omologa a quella di *buona fede* in senso oggettivo cfr., tra gli altri G. ALPA, *op. cit.*, 88-89, 105 ss., nonché S. PATTI, *Clausole generali*, *cit.*, 308 ss., e dottrina diffusamente *ivi* cit.

132 Cfr. ancora G. ALPA, *op. cit.*, 85.

133 Cfr. E. FABIANI, *op. cit.*, 53 e 58, secondo il quale lo *standard* svolge un'importante funzione in sede di "concretizzazione", ad opera del giudice, della indeterminatezza propria delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati o elastici; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 102-103; G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 475, il quale, dopo aver ravvisato nelle clausole generali la "enucleazione dai principi di criteri di condotta", qualifica gli "*standards* valutativi, come misura sociale dell'applicazione di quei criteri".

134Alla luce di quanto precede, si comprendono anche i termini del problema dell'ammissibilità o meno di un efficace controllo della Corte di cassazione sull'esercizio della discrezionalità compiuto dal giudice civile di merito, che applica le clausole generali o utilizza norme elastiche: il punto essenziale di tale problema consiste, infatti, nel ricondurre o meno la sussunzione del fatto concreto entro la clausola generale (o la norma elastica) non al giudizio di fatto, ma al giudizio di 'diritto'. Si tratta, cioè, di un momento del ragionamento con cui il giudice interpreta ed applica la norma elastica, o contenente la clausola generale, al caso concreto.

Ora, sembra condivisibile l'opinione secondo cui, da un lato, qualsiasi decisione interpretativa e applicativa di una norma implica l'esercizio di poteri *lato sensu* creativi, e quindi discrezionali, da parte del giudice-interprete. Dall'altro lato, la discrezionalità interpretativa del giudice di merito è senza alcun dubbio sindacabile in sede di controllo di legittimità effettuato dalla Cassazione e l'attività che la Corte svolge su questo piano, ancorché entri nel merito della decisione impugnata, rimane senz'altro – si badi – nell'ambito della decisione 'in diritto' e non entra in quello della decisione in fatto.

Di conseguenza, sotto questo profilo, è certamente ammissibile (e, va aggiunto, necessario) il controllo di legittimità esercitato dalla Cassazione sull'applicazione della clausola generale o della norma elastica, perché è proprio nel controllo sulla corretta ed uniforme interpretazione e applicazione di norme da parte dei giudici di merito (e ciò vale, negli stessi termini, anche per le norme elastiche o contenenti clausole generali) che si manifesta la funzione di nomofilachia, che definisce il ruolo istituzionale della Corte suprema. Cfr. al riguardo M. TARUFFO, *Prefazione* a E. FABIANI, *op. cit.*, XIX-XX; in senso conforme S. PATTI, *op. cit.*, 310.

Com'è noto, la discrezionalità del giudice amministrativo si è esplicata in passato e si esprime tuttora essenzialmente nel sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati, condotto sotto il profilo del riscontro della sussistenza o meno del vizio di eccesso di potere, tipico dell'attività amministrativa discrezionale, attraverso il controllo del rispetto di principi dell'ordinamento come ad esempio quello di imparzialità, di logicità, di ragionevolezza, di completezza dell'istruttoria, di esatta rappresentazione dei fatti, di proporzionalità dell'azione amministrativa, quando l'amministrazione operi come soggetto di diritto pubblico; e si esercita, altresì, nella verifica del rispetto da parte di essa anche di principi giuridici generali, quali ad esempio la certezza del diritto, il legittimo affidamento, la buona fede e la correttezza (questi ultimi due soprattutto quando si versi in materia di obbligazioni, contratti, accordi ecc.), sia che agisca applicando norme di diritto pubblico sia, e a maggior ragione, quando agisca utilizzando la normazione interprivata[135].

Si tratta di un controllo particolarmente penetrante effettuato dal giudice amministrativo, il quale, valorizzando al massimo grado l'interpretazione sistematica, non si limita a verificare il rispetto delle disposizioni normative, generali e speciali, ma impone il rispetto di ulteriori regole logiche o di comune esperienza, oggettive e verificabili, enunciate dalla giurisprudenza stessa, la violazione delle quali è sintomatica del cattivo svolgimento della funzione amministrativa[136].

D'altro canto, v'è da considerare che il giudizio amministrativo ha subìto nel tempo una consistente trasformazione ed è divenuto oggi a tutti gli effetti un giudizio di parti, an-

[135] Non essendo possibile dare conto, qui, dell'imponente (se non sterminata) elaborazione concettuale sviluppatasi al riguardo sia in dottrina che in giurisprudenza, in Italia ed all'estero, si veda, per tutti, nella manualistica D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, V ed., 64-73, 343-353, e dottrina *ivi* ampiamente e analiticamente citata. Inoltre, tra gli altri, cfr. M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, e su singoli profili abbastanza di recente P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 131 ss.

Sui principi generali non fondati su un espresso enunciato normativo ed il loro ruolo nel sindacato di eccesso di potere, cfr. F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss., secondo il quale la pubblica amministrazione può utilizzare soltanto l'equità integrativa, prevista dalla legge, e il giudice amministrativo è stato ed è anche un giudice di equità; nonché G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, *passim*.

[136] Per lo spazio riservato ai "principi non scritti", e per la loro elaborazione ed importanza, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano, v. da ultimo un accenno in A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 517.

che nella fase dell'ottemperanza[137], e che la giurisdizione di legittimità ha, in generale, registrato una notevole evoluzione non soltanto in rapporto alla sua capacità e possibilità di "accedere al fatto", ormai assicurata dal consolidato ampliamento dei mezzi di prova nel processo amministrativo, ma soprattutto dall'ampliamento dei poteri (cognitori, cautelari, decisori) del giudice e delle garanzie di tutela che attualmente, "eccedendo la tutela demolitoria d'annullamento", si estendono alla "riparazione piena o semipiena delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dall'attività amministrativa"[138], venendo in rilievo, su tutte, la garanzia della tutela risarcitoria del privato ricorrente, in forma specifica o in via residuale per equivalente.

Inoltre, come esattamente è stato osservato, quello delle controversie di cui ci stiamo occupando – eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto pubblico a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e comminazione delle sanzioni alternative - è uno dei pochi casi (unitamente, ad esempio, all'ipotesi di cui all'art. 11, l. n. 241/1990[139]) in cui è chiaramente possibile l'individuazione di liti "attinenti a rapporti obbligatori" – quelli che investono il contratto – distinte da quelle "legate all'esercizio del potere"[140] nella procedura (di evidenza pubblica) della aggiudicazione, e che opportunamente risultano ora concentrate entrambe nella giurisdizione amministrativa esclusiva.

Un elemento caratterizza, tuttavia, le controversie di cui ci stiamo occupando ed è costituito dalla circostanza che si coglie "una frizione" tra i profili peculiari del nuovo processo in tema di appalti che è servente rispetto ad "un valore oggettivo", rappresentato dalla concorrenza *per* il mercato[141], la cui tutela (appunto, oggettiva) è affidata ad un custode giurisdizionale dotato di ampi poteri di apprezzamento, e la tradizione domestica di un giudizio amministrativo, imperniato sul principio della domanda, che è venuto strutturandosi

137 Secondo quanto sostenuto, tra gli altri, da L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione (La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa)*, Milano, 2003, *passim*.
138 Cfr. A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, *cit*., 1447.
139 Su cui cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm*., 2010, 27 ss.
140 Così F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit*., § 3, 6.
141 Anche se – come giustamente ha osservato F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit*., 18 – specialmente in un momento storico come quello che stiamo attraversando tale valore non può essere assolutizzato ed isolato né, soprattutto, disgiunto da quello rappresentato dalla accurata e migliore "utilizzazione del denaro pubblico": su cui cfr. di recente D. BOITEUX, *Le bon usage de deniers publics*, in *Revue de droit public*, 2011, 1099 ss.

invece, come appena detto, a protezione della "situazione giuridica soggettiva" del singolo privato ricorrente[142].

Precisato questo, e passando a considerare i criteri che orientano il giudice e le valutazioni che egli compie in ordine ai cd. concetti indeterminati ed alle clausole generali impiegati nelle fattispecie di cui agli artt. 121 ss. c.p.a., è da rilevare che le suddette valutazioni appaiono senza dubbio "fortemente soggettive", da operare di volta in volta, e, come tali, eccedono dai limiti tradizionali, seppur profondamente riveduti, del giudizio di legittimità, per cui viene da domandarsi se esse rimangano sempre valutazioni discrezionali ma di carattere giuridico, e così restino all'interno dell'applicazione ortodossa dei parametri normativi, pur descritti in modo generico, vago ed impreciso, oppure travalichino in apprezzamenti di opportunità, seppur prudenti, fra interessi eterogenei e contrapposti e perciò contrassegnati da un alto tasso di opinabilità, senza alcuna indicazione preferenziale fornita dalla legge[143].

Si pensi, ad esempio, alla possibilità per il giudice di svolgere valutazioni nello stabilire *se*, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, si debba dichiarare la privazione degli effetti del contratto o, in via subordinata, accordare il risarcimento per equivalente del danno subìto e provato; *se* disporre la privazione degli effetti limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire ovvero con decorrenza retroattiva[144]; *se* disporre che il contratto è privato di effetti oppure applicare le sanzioni alternative.

E, specificando ulteriormente, si considerino i poteri discrezionali che esercita il giudice amministrativo in ordine, in primo luogo, alla graduazione cronologica della declaratoria di inefficacia "in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto" (art. 121, comma 1), quando si siano verificate 'violazioni più gravi' del diritto comunitario o nazionale e, cioè, sia

142 Così ancora F. FRACCHIA, *op. cit.*, § 7, 14.

143 Come già accennato, in quest'ultimo senso sembra propendere G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, cit.*, 730 e *passim*. *Contra* tra gli altri F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, *cit.*, § 2.3., 9, il quale ritiene che il parametro che il giudice deve applicare nelle valutazioni (anche di interessi) non sia un parametro libero (o discrezionale), ma un parametro fissato dalla legge, anche se vago e impreciso; peraltro – aggiunge significativamente l'A., come anticipato –, se ci fossero casi in cui il giudice si sostituisce all'amministrazione nella cura dell'interesse pubblico essi dovrebbero essere portati innanzi alla Corte costituzionale. In senso sostanzialmente conforme v. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, *cit.*, 48.

144 Cfr. sul punto M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto*, *cit.*, 1550, che ritiene questa previsione una "vera innovazione stravolgente" in ordine alla quale la relativa valutazione e scelta del giudice è espressione dell'esercizio di "un forte potere dispositivo".

stata omessa ogni forma di pubblicità del bando o avviso con cui si indice la gara o, ricorrendo certe ulteriori condizioni, non sia stato rispettato il cd. *standstill period* sostanziale o processuale[145].

Ora la valutazione sulla decorrenza della privazione degli effetti comporta sicuramente l'attribuzione al giudice amministrativo di una discrezionalità assai ampia, ma pare altresì indubbio che la valutazione della 'gravità' della condotta dell'amministrazione, in relazione alle deduzioni delle parti, anche private, attiene al potere – schiettamente giurisdizionale – di 'graduare la condanna', senza che sia compiuto alcun apprezzamento di opportunità, venendo essenzialmente in rilievo l'applicazione del concetto appunto di 'gravità', riferito a comportamenti dell'amministrazione, che è oggetto pacificamente di apprezzamento anche nel giudizio cautelare effettuato nell'ambito della giurisdizione di legittimità[146].

Oppure, per altro verso, si consideri la valutazione della sussistenza di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano, in via derogatoria (e, come tale, da interpretare restrittivamente), la conservazione degli effetti del contratto anche in presenza di 'violazioni gravi' (art. 121, comma 2).

La norma, peraltro, non dettaglia, se non genericamente, i contenuti di tali "esigenze imperative", di carattere tecnico o di altro tipo: e questo aumenta in misura considerevole la discrezionalità del giudice, il quale – secondo taluno – anche in questa ipotesi è "svincolato da parametri predeterminati"[147] e, pertanto, è onerato di "motivare rigorosamente la decisione"[148] circa la sussistenza di circostanze tali da "rendere evidente" che le obbligazioni

---

[145] A proposito delle quali due ultime ipotesi F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 5, 10, rileva come il giudice, in tali casi, "sia chiamato a effettuare una sorta di giudizio prognostico" onde verificare se "il rispetto delle norme (la legge sembra indicare prioritariamente quella sullo *standstill*, ma, evidentemente, occorre riferirsi alle illegittimità dell'aggiudicazione nel loro complesso: in questo senso si dice che la violazione si 'aggiunge' ad altri vizi) avrebbe determinato l'aggiudicazione a favore del ricorrente".

[146] Sottolinea questa particolarità costituita dalla figura giuridica – per noi nuova – della "grave violazione" del diritto comunitario da parte della stazione appaltante, che deve essere valutata da giudici amministrativi che hanno giudicato fino ad ora della sola legittimità (comprensiva del vizio di eccesso di potere) degli atti amministrativi e non – si badi - della violazione di norme o di principi in quanto "grave", F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione*, *cit.*, 128.

[147] Così G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 737-738 e nota 25, ove l'A. precisa che l'interesse generale è un interesse pubblico che, ove accompagnato da una sua particolare accentuazione ("esigenze imperative"), costituisce "un limite al perseguimento dell'interesse pubblico primario, rappresentato … dalla tutela della concorrenza". Secondo R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, *cit.*, 51, non si tratta tuttavia qui di "valutazioni di opportunità politica, ma pur sempre (di) valutazioni giuridiche".

[148] Cfr. N. PAOLANTONIO, *Commento agli artt. 121-122 c.p.a.*, *cit.*, 918. Al riguardo M. SANINO, *Aggiudicazione illegittima e inefficacia del contratto*, *cit.*, 1553, osserva che opportunamente il legislatore, accentrando e dilatando

contrattuali possano essere rispettate solo dall'"esecutore attuale", ossia dall'impresa originariamente (ed illegittimamente) dichiarata aggiudicataria.

Comunque, è da ritenere che l'"interesse generale" in questione sia solo quello dell'intera collettività al mantenimento del contratto in funzione della celere realizzazione dell'opera pubblica, e non anche il mero interesse pubblico della singola stazione appaltante o l'interesse di una singola amministrazione (per esempio, alla ristrutturazione di un proprio edificio adibito a uffici pubblici).

In ogni caso, non sono da ritenere esigenze imperative gli 'interessi economici' legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti da una serie di circostanze, di cui all'ultima parte dell'art. 121, comma 2, e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia. Di essi il giudice può tenere conto solo allorché ravvisi che la declaratoria di inefficacia possa condurre a "conseguenze sproporzionate", anche in considerazione dell'"eventuale mancata proposizione della domanda" del ricorrente "di subentro" nell'esecuzione del contratto.

Cosicché, in definitiva, nel caso delle violazioni gravi le "esigenze imperative", che possono impedire la dichiarazione di inefficacia del contratto, sono essenzialmente riferite, sì, all'interesse pubblico, ma pure in questo caso la valutazione da compiere, da parte del giudice, non è tale da debordare dalla conoscenza del fatto e dall'applicazione del diritto, essendo comunque legata all'applicazione del principio di proporzionalità[149].

In secondo luogo, quando invece si sia in presenza di 'violazioni meno o non gravi', di cui all'art. 122, ovvero quando ricorrono solo violazioni del procedimento di aggiudicazione definitiva per vizi (definibili come) formali, il giudice, al fine di decidere se mantenere efficace il contratto o privarlo di effetti, deve valutare caso per caso gli interessi delle parti in gioco, onde stabilire – anche stavolta sulla base di elementi giuridici e non di mera opportunità amministrativa - se vi sia l'eventualità che il ricorrente possa agevolmente ed effettivamente subentrare nel contratto, nonché considerando che ove il contratto rimanga

ancor più il "potere discrezionale del giudice", si cura di dare contenuto al concetto in esame, tentando di definirlo anche in negativo, e precisando, inoltre, che sempre il giudice dovrà verificare la sussistenza di 'esigenze imperative' "con grande cautela e prudenza".

[149] Così F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, *cit*., 4.2.: posto, appunto, che l'inefficacia del contratto, per non essere pronunciata, deve condurre a "conseguenze sproporzionate".

efficace, a differenza di quanto accade per le violazioni gravi, non troveranno applicazione le sanzioni alternative.

In queste ipotesi al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva è attribuito il potere discrezionale – ed ora in misura anche maggiore[150] - di dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, "degli interessi delle parti"[151], nonché dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione del contratto alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del medesimo e della possibilità (espressione, quest'ultima, anodina) di "subentrare nel contratto", quando il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro "sia stata proposta" (art. 122, ultima parte). Per cui occorre condurre tale valutazione nel pieno rispetto dei "principi del giusto processo", del contraddittorio e della "piena parità delle parti"[152].

Sempre con riferimento ai vizi non gravi dovrebbe poi trovare applicazione, secondo taluno, l'istituto che tutela il terzo contraente quando possa dimostrare di "aver acquistato il diritto in buona fede", prima di aver ricevuto la notifica del ricorso, così come, nei casi di sopravvenuta esecuzione parziale del contratto da parte dell'aggiudicatario illegittimo, si dovrebbe applicare l'art. 1181 c.c. in tema di "adempimento parziale"[153].

In terzo luogo, ai sensi dell'art. 123, comma 2, il giudice amministrativo – quale "signore dell'apprezzamento della concorrenza", come è stato definito, e "guardiano delle relative regole"[154] - applica le sanzioni alternative, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio (è da ritenere anche con l'aggiudicatario, ove si riduca la durata del contratto) e ne determina la misura in modo che siano "effettive, dissuasive, proporzionate" al va-

---

150 Perché tra l'altro – secondo G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 741 e nota 28 – in questo caso non solo i parametri sono eterogenei, posti in ordine sparso ed "elastici", ma non vi è neppure "la regola cui attenersi nel caso che siano tutti o in parte sussistenti". Viceversa, secondo F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale*, *cit.*, 4.2., sarebbe individuabile una qualche somiglianza tra questa ipotesi e le già citate fattispecie di cui agli artt. 2058, comma 2, e 2933, comma 2, c.c.

151 Il che potrebbe condurre a pronunce che escludano l'inefficacia del contratto ove la considerazione dell'interesse dell'amministrazione assuma il sopravvento, nella valutazione del giudice medesimo, sull'interesse del privato. Anche secondo M. SANINO, *op. cit.*, 1555, si tratta in questo caso di una valutazione che dovrà effettuarsi di volta in volta e "che, di per sé, sfugge a qualsivoglia apprezzamento secondo criteri predeterminati".

152 Cfr., ancora, N. PAOLANTONIO, *op. ult. cit. loc. cit.*

153 Cfr. F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, *cit.*, § 7; ID., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit.*, 24. Circa la tutela da assicurare anche all'"altro contraente" in buona fede cfr. pure G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, 729 nota 1, 745-746.

154 Cfr. F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 6, 12.

lore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla medesima per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In tal modo le indicazioni fornite dal legislatore rappresentano 'una sorta di schema' che il giudice dovrà seguire al momento della stesura della motivazione della propria decisione e, posto che sono fissati adeguati parametri sia in ordine ai presupposti che alla graduazione della sanzione, non pare che vi sia "spazio per sconfinamenti" da parte del giudice nel merito amministrativo[155].

Infine, con riferimento alla tematica del risarcimento e della quantificazione del danno subìto dal ricorrente vittorioso, e più specificamente con riguardo all'applicazione dell'art. 124, comma 2, c.p.a.[156], è stato precisato convincentemente che i "giustificati motivi" ostativi alla presentazione della domanda di aggiudicazione o di subentro devono essere ricercati in circostanze – si badi – di carattere obiettivo, non attinenti a valutazioni di convenienza dell'attore, in quanto essi fanno parte di quelle "circostanze del caso", di cui parla l'art. 2056, comma 2, c.c., che il giudice deve apprezzare prudentemente per determinare il lucro cessante[157].

9. *Osservazioni di sintesi*

In conclusione, come si vede, in tutte queste previsioni normative ricorrono spesso poteri che comportano un margine di incidenza giudiziale (*id est*: di discrezionalità del giudi-

[155] Così R. DE NICTOLIS, *Commento agli articoli 121-125 c.p.a.*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo (commentario al D. Lgs. n. 104/2010)*, Milano, 2011, § 12.

Di contrario parere al riguardo si manifesta, viceversa, M. SANINO, *op. cit.*, 1558-1560, secondo il quale "l'intervento del giudice in situazioni simili sarà particolarmente penetrante e suscettibile di pesanti verifiche" ed implicherà "valutazioni di merito che sembrerebbero sino ad oggi mai configurabili nel sistema della giustizia amministrativa". L'A. ancora insiste nel sottolineare (p. 1560) che la norma in questione conferisce al giudice "un potere del tutto inusuale" nel nostro ordinamento processuale, consentendogli di determinare con sue autonome valutazioni di non procedere alla declaratoria di inefficacia del contratto, ma di irrogare una sanzione (di contenuto diversificato) in corrispondenza non di un illecito (amministrativo), ma di "un non corretto esercizio del potere" da parte della p.a.: sanzione, peraltro, non raffrontabile con le sanzioni amministrative, nate con e contemplate dalla legge n. 689 del 24 novembre 1981, distinguendosi da quest'ultime "sia nei presupposti che nella funzione". Infine, sempre a parere del citato A., nell'applicazione di tali sanzioni, che possono essere alternative o cumulative tra loro, il giudice deve tener conto del "criterio di proporzionalità", che è un principio sotteso a tutti i provvedimenti amministrativi ed è imposto, ma – si badi e come detto - anche nelle valutazioni della legittimità dell'azione amministrativa discrezionale, pure dalla legislazione comunitaria.

[156] Secondo il quale la condotta processuale della parte, la quale, pur avendo conseguito l'annullamento dell'aggiudicazione, non abbia proposto, senza "giustificati motivi", domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero si sia dichiarata non disponibile a subentrare, è valutata ai sensi dell'art. 1227 c.c.

[157] Cfr., ancora, M. SANINO, *op. cit.*, 1578.

ce) ragguardevole, ma – s'è già detto – la dottrina prevalente rimane dell'avviso che essi, ancorché "specialissimi", possono essere contenuti adeguatamente entro il modello della giurisdizione esclusiva di (sola) legittimità.

E', sì, vero che il giudice amministrativo viene chiamato in tutte le ipotesi contemplate in cui il contratto deve o può essere dichiarato inefficace, a svolgere un delicato "ruolo di valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco". Tuttavia egli resta, di regola, un giudice e non diventa un 'amministratore', perché opera effettuando valutazioni non di opportunità politica e di buona amministrazione ma pur sempre "valutazioni giuridiche"[158] basate, perlopiù, su presupposti di fatto sufficientemente definiti.

Inoltre, un ruolo importante che pare assegnato al giudice amministrativo, anche nell'ambito di una sicuramente molto incisiva giurisdizione esclusiva di legittimità, risulta, in molte delle ipotesi esaminate, quello di 'garante della legalità comunitaria', riguardata innanzitutto sul piano obiettivo della tutela e del ripristino dell'effetto utile della concorrenza *per* il mercato. E questo ruolo di controllore della legalità obiettiva, deputato ad assicurare in prima battuta, anche se non solo, il rispetto dell'ordinamento comunitario e nazionale, che gli ha attribuito il legislatore, non sembra in verità del tutto in linea, da noi, col dato costituzionale e col carattere soggettivo e di parti, imperniato sul principio della domanda, ormai assunto dal nostro processo amministrativo. Sì che rimane – come già è stato notato - alquanto forte l'"impatto" sul nostro ordinamento e sulla nostra tradizione giuridica di un istituto processuale (il giudizio in materia di appalti pubblici, appunto) delineato in un contesto culturale, quello europeo, molto diverso da quello "domestico"[159]; e occorre, inoltre, trovare un'interpretazione delle norme in grado di mitigare le più vistose alterazioni dell'ibrido rapporto giudice-amministrazione che si è venuto a creare.

Fermo restando, dunque, che anche la giurisdizione di legittimità è da ritenere oggi una giurisdizione che realizza la 'pienezza' dell'indagine e della cognizione del fatto e si fonda sui principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo[160], per indi-

[158] Cfr., ancora, R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, § 5.

[159] Così F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto*, *cit.*, § 7.

[160] I quali – come noto – sono principi-cardine anche del diritto comunitario: sul punto cfr. di recente, tra gli altri, S. OGGIANI, *Profili della tutela giurisdizionale in materia di appalti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 981 ss., spec. 1018 ss.; nonché F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit.*, 19, secondo il quale è l'effettività della tutela giurisdizionale, e non la garanzia della

care questa forma di protezione *ope legis*, oltre che di un interesse individuale, anche di un interesse generale e "primario" al corretto affidamento del contratto (proprio di un ordinamento sovranazionale incentrato sul valore oggettivo della concorrenza *per* il mercato[161]), potrebbe pure utilizzarsi residualmente – com'è stato suggerito – la dizione 'giurisdizione di merito'[162], intesa quale ulteriore accezione semantica della locuzione 'giurisdizione amministrativa'. Ma è evidente come, a questo punto, la disputa e la divergenza siano non già di natura teorica e sostanziale, bensì unicamente di carattere formale, nominalistico e classificatorio.

Mentre il dato predominante resta quello per cui nella maggior parte delle ipotesi testé descritte, fatta eccezione per quella delle 'sanzioni alternative', il suddetto interesse pubblico "primario" alla concorrenza, preso a cuore dall'ordinamento comunitario anche con la direttiva n. 66/2007, passa – com'è stato detto efficacemente – "per il filtro dell'interesse del ricorrente" al conseguimento del bene della vita, ossia per l'applicazione del principio dispositivo, e penetra "all'interno del contratto" provocandone di frequente l'inefficacia quando si sia verificata una violazione delle regole di affidamento dell'appalto[163].

Detto questo, non si può negare che lascia un po' perplessi come la Commissione speciale del Consiglio di Stato, menzionata *retro* al § 2, vista l'incidenza che assume in tutta la suddetta normativa l'interesse pubblico "primario" alla concorrenza, abbia potuto ritenere, viceversa, che le controversie in questione abbiano ad oggetto precipuamente "aspetti di

concorrenza, il principio comunitario che viene in gioco nelle ipotesi di prevista dichiarazione di inefficacia del contratto, e che porta l'ordinamento europeo con la direttiva n. 66/2007 ad accettare (per le violazioni meno gravi) e ad imporre (per quelle gravi) che si possa eliminare il contratto già stipulato pur di assicurare al ricorrente, "in nome dell'effettività appunto, non solo la tutela per equivalente bensì anche quella volta al conseguimento del bene della vita", tramite la reintegrazione in forma specifica.

Sull'influenza del diritto comunitario sul processo amministrativo italiano cfr. M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, 47 ss.; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2006, 487 ss.

161 Il quale ultimo peraltro, specialmente nel momento storico che stiamo vivendo, non può essere assolutizzato ed isolato e disgiunto dall'altrettanto rilevante interesse pubblico alla "parsimoniosa utilizzazione delle risorse pubbliche" ed alla più accurata e migliore spesa del pubblico denaro: così convincentemente F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, *cit.*, 18-19 e nota n. 11.

162 Cfr. al riguardo A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito*, *cit.*, 1447 ss., 1451-1452.

163 Cfr. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 31, 17 e 45, il quale conclude appunto nel senso che, con riferimento alle fattispecie considerate, l'unico istituto che potrebbe ricondursi, pur con alcune riserve, al fenomeno della giurisdizione oggettiva "è quello delle sanzioni alternative".

Per la considerazione che l'effettività di tutto il "sistema di ricorso", nella materia in esame, dipende in definitiva "esclusivamente dall'iniziativa processuale di un'impresa privata", e non anche da quella dell'Autorità di vigilanza o delle amministrazioni interessate o dello Stato, si vedano i rilievi critici di G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto*, *cit.*, § 7, 755-757.

natura civilistica", inerenti le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato. Ma, tuttavia, va subito aggiunto che a nostro avviso, anche accettando quest'ultima prospettazione, l'apprezzamento spesso discrezionale e la valutazione comparativa degli interessi compiuti dal giudice amministrativo, nelle fattispecie in questione, non fuoriescono dall'ambito della legittimità e non implicano l'esercizio della giurisdizione di merito.

Abstract

L'Autore compie dapprima un breve excursus circa l'evoluzione, sul piano normativo e giurisprudenziale, registratasi con riguardo al tema della sorte del contratto d'appalto pubblico - a seguito dell'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'aggiudicazione definitiva illegittima - e della qualificazione del tipo di giurisdizione amministrativa esercitata nel caso concreto. Quindi cerca di appurare se, nella fattispecie in esame, si è in presenza: a) di un'ipotesi ('innominata') di giurisdizione di merito; oppure b) di un giudizio di equità di matrice civilistica; o, ancora, c) di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva di sola legittimità caratterizzata, però, da poteri cognitori giudiziali particolarmente incisivi ed in cui - si badi - viene esercitata la c.d. discrezionalità del giudice. Quest'ultimo, secondo l'A., è il tipo di giurisdizione amministrativa che sembra ricorrere nella fattispecie analizzata, anche alla luce degli approdi cui è pervenuta, ad oggi, la scienza giuridica in tema di discrezionalità del giudice civile.

The author makes first a brief overview of the progress on the regulatory and jurisprudencial, with regard to the question of the destiny of the public contract - following the annulment by the administrative judge of the final - and the qualifications of the type of administrative jurisdiction exercised in this case. So try to ascertain whether, in the present case, it is in the presence of: a) hypothesis ('unnamed') of unlimited jurisdiction, or b) a Fairness matrix civil, or even c) the hypothesis of a single exclusive jurisdiction of legitimacy characterized, however, by powers court particularly incisive and in which - mind you - is exercised the discretion of the judge. The latter, according to the A., is the type of administrative jurisdiction that seem to draw in this case analyzed in the light of the landing of receipt, to date, legal science in the field of civil judicial discretion.

CINZIA DI PAOLO

Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano

Sommario: 1. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 2. L'impatto della convenzione nell'ordinamento interno alla luce delle Considerazioni del Comitato dei diritti del fanciullo del 31 ottobre 2011. – 3. L'attuazione del diritto di audizione del fanciullo. – 4. Il concetto di *best interests of the child* nell'ambito della disciplina dell'immigrazione. – 5. L'apparente bilanciamento di interessi effettuato dalla Cassazione a sezioni unite. – 6. La Corte europea dei diritti dell'uomo tra *best interests of the child* e migranti irregolari. – 7. I rilievi del Comitato sui diritti del fanciullo riguardo i minori delle famiglie irregolari. – 8. Il rango delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento italiano. – 9. La portata della norma preambolare sul "diritto alla vita" alla luce dell'art.117 della Costituzione.

1. *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*

La Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata e aperta alla firma a New York il 20 novembre 1989 con risoluzione 44-25 del 20 novembre 1989 dall'Assemblea Generale nel corso della 44° sessione, attualmente realizza la più importante forma di tutela dell'infanzia a livello internazionale[1].

Nell'ambito dei trattati in materia di diritti umani adottati in seno alle Nazioni Unite, la Convenzione sui diritti del fanciullo ha rappresentato l'accordo più rapidamente e uni-

[1] Si veda *Official Records of the General Assembly, Forty-fourth session, Supplement 49 (A-44-49)*, p.166. Per un commento sulla Convenzione si veda MAFFEI, *La tutela internazionale dei diritti del bambino*, in *La tutela internazionale dei diritti umani*, *Norme, garanzie, prassi*, a cura di PINESCHI, Milano, 2006, p.232 ss.; MARCHEGIANI, *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, in *Codice della Famiglia*, Le Fonti del Diritto italiano, a cura di SESTA, Tomo I, pp.74 ss., Giuffrè, 2007; SAULLE, *La Convenzione nel ventesimo anniversario*, *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, Roma, 2009, p.1 ss. Questa Convenzione successivamente è stata integrata con due Protocolli opzionali, entrambi del 6 settembre 2000, aventi anch'essi valore di accordo internazionale a seguito di ratifica, rispettivamente vertenti sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e sulla vendita dei bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile.

versalmente ratificato; attualmente è in vigore per 193 Stati e ciò evidenzia l'elevato interesse condiviso dagli Stati per l'oggetto della disciplina, nonostante le diversità culturali avessero reso l'iter procedurale di formazione della Convenzione lungo e diviso per tappe[2]. La Convenzione, infatti, è stata adottata all'unanimità dall'Assemblea generale il 20 novembre 1989 ed è entrata in vigore il 2 settembre 1990: trascorso, cioè, un periodo temporale molto breve, in conformità all'art.49 della stessa in base al quale è necessario che almeno 20 Stati abbiano depositato atto di ratifica o di adesione presso il Segretario Generale della Organizzazione delle Nazioni Unite. Ad oggi, essa ha avuto la ratifica o l'adesione da parte di tutti gli Stati del mondo ad eccezione degli Stati Uniti e della Somalia. L'Italia l'ha ratificata il 5 settembre 1991.

La Convenzione rappresenta il primo strumento in cui il fanciullo viene ad essere il diretto beneficiario di norme, nel senso che gli Stati sono obbligati, all'interno dei loro ordinamenti ad accordare determinati diritti ai fanciulli[3]. Di conseguenza si tratta di norme

[2] Sul punto si veda SAULLE, op.cit., p. 5 ss; Inoltre, va detto che nel periodo precedente la Convenzione, il fanciullo costituiva oggetto di disciplina negli ordinamenti interni degli Stati nell'ambito del contesto familiare e, a livello internazionale, l'Organizzazione internazionale del lavoro aveva posto in rilievo l'annoso problema del lavoro minorile predisponendo una serie di convenzioni. Vanno poi ricordate la Dichiarazione di Ginevra del 1924 sui diritti del fanciullo che conteneva scarse enunciazioni di principio e la Dichiarazione del 20 novembre 1959 sui diritti del fanciullo, ambedue con valore raccomandatario e non vincolante (anche se questa ultima già evidenziava 10 "principi" che costituiranno il punto di partenza per la stesura della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza). Nel suddetto contesto deve essere tuttavia ricordato che il fanciullo ricadeva nell'ambito della più generale disciplina in materia di diritti umani in qualità, appunto, di essere umano: la Dichiarazione Universale sulla salvaguardia dei diritti umani del 1948 avente efficacia raccomandatoria, il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici sociali e culturali entrambi del 1966 volti a rafforzare la Dichiarazione creando, questi ultimi, norme giuridiche. Si ricorda inoltre che la Carta sociale europea approvata dal Consiglio d'Europa nel 1961 ed entrata in vigore nel 1965 (emendata successivamente nel 1996) si rivolge ai bambini ed agli adolescenti quali beneficiari di una adeguata protezione sociale, giuridica ed economica.

[3] L'art.1 della Convenzione precisa che, ai fini e per l'applicazione della Convenzione stessa per fanciullo si intende ogni essere umano di età inferiore a 18 anni, a meno che non raggiunga la maturità prima di tale età in base a disposizioni nazionali. Il fatto che le norme internazionali possano, in alcune circostanze, attribuire direttamente diritti agli individui rappresenta un recente sviluppo verificatosi nella comunità internazionale, confermato anche da un *dictum* del 2001 della Corte internazionale di giustizia nel caso *La Grand* (*La Grand, Germany v. United States*, Judgment, 27 June 2001, ICJ, *Reports, 2001*, 466, 494, par. 77. Nel caso in questione la Corte internazionale di giustizia ha affermato che l'art.36, par.1, della Convenzione sulle relazioni consolari del 24 aprile 1963, secondo cui le autorità dello Stato di residenza debbono avvertire sollecitamente lo Stato di invio in caso di arresto di un suo cittadino, conferisce un diritto agli individui. Con ciò, dunque, intendiamo dissentire da quella autorevole dottrina la quale si domanda se possa parlarsi di veri e propri diritti del fanciullo: BOBBIO, *L'età dei diritti,* Torino, 1990, 67 secondo il quale per le norme della Convenzione si dovrebbe parlare «di aspirazioni certo nobili ma vaghe e di richieste giuste ma deboli», secondo l'a. «non c'è diritto senza obbligo e non c'è diritto né obbligo senza una norma di condotta», p. XVIII; per una analisi di questa dottrina confutata, del resto, dalla stessa giurisprudenza costituzionale si veda CARRATTA, *Per i diritti processuali del fanciullo, a vent'anni dalla Convenzione di New York del 1989*, in www.treccani.it/Portale/sito/diritto, p.1.

dirette agli Stati, che saranno obbligati nell'ambito del loro ordinamento a provvedere all'attuazione della stessa Convenzione[4].

Ulteriore conferma del fatto che la Convenzione tuteli direttamente l'interesse del fanciullo e non quello dello Stato si evince dal suo ambito di applicazione. Lo Stato che ha ratificato la Convenzione ha l'obbligo di applicarla a tutti i fanciulli che si trovano sul suo territorio anche temporaneamente e prescindendo dal fatto se essi abbiano un valido titolo giuridico a risiedervi. In altri termini lo Stato deve assicurare adeguate garanzie non solo ai propri cittadini ma a tutti i bambini che si trovano sotto la sua giurisdizione siano pur essi minori irregolari. Così dicendo, il principio di non discriminazione (art.2) assume valenza di principio generale ed esclude che uno Stato attenui la portata della Convenzione in base alla razza, al colore della pelle, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche e all'origine nazionale del fanciullo[5].

Per rendere effettivi i diritti sanciti dalla Convenzione , l'art.43 prevede l'istituzione di un Comitato composto da esperti indipendenti che veglia sull'osservanza della Convenzione da parte degli Stati; esso ha assolto fin ora una funzione di monitoraggio sull'attuazione della Convenzione. I propri interventi, inoltre, non si limitano ad essere di tipo investigativo ma anche di supporto per l'adempimento della Convenzione da parte degli Stati; questi ultimi sono tenuti ad inviare al Comitato rapporti periodici che attestano lo stato d'attuazione della Convenzione, sulla base dei quali l'organo redige delle Osservazioni. Particolare rilievo rivestono i Commenti Generali, redatti ad opera del Comitato, che possono avere ad oggetto singole disposizioni della Convenzione. Si tratta di interpretazioni autorevoli, capaci di attualizzare la Convenzione ed adattarla a situazioni nuove che di volta in

[4] Come afferma la dottrina MAFFEI, *op.cit.*, p.248, il cambiamento redazionale incentrato sugli Stati rispetto ad altri strumenti giuridici in cui il bambino sembrava essere il soggetto migliora la posizione di quest'ultimo perché fa sì che gli Stati, se non attuano la Convenzione, incorrano in una responsabilità internazionale.

[5] Per quanto concerne poi i diritti garantiti dal fanciullo si possono ricordare, solo in via esemplificativa e non esaustiva, il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art.6), il diritto al nome e alla nazionalità (art.7), il diritto di mantenere le relazioni con i propri genitori considerando la famiglia elemento essenziale per una crescita equilibrata (art.9), il diritto del fanciullo, i cui genitori risiedono in Stati diversi, a intrattenere rapporti personali e al ricongiungimento familiare (art. 10), il diritto alla libertà di espressione e di informazione, di pensiero di coscienza di religione, di associazione e di riunione pacifica (art.14 e 15), il diritto alla vita privata, all'onore e alla reputazione (art.16), il diritto alla protezione contro ogni forma di violenza di abbandono di sfruttamento, compresa la violenza sessuale (art.19), il diritto alla salute (art.24), il diritto ad un livello di vita adeguato (art.27), il diritto all'istruzione (art.28), il diritto al riposo e allo svago (art.31).)

volta si profilano nella prassi degli Stati[6]. Il Comitato, comunque, non ha svolto fin ora funzioni giurisdizionali e non costituisce uno strumento di ricorso da parte di individui o da parte di altri Stati per presunta violazione della Convenzione, né ha possibilità di redigere rapporti non vincolanti, cosi come accade per altri trattati sui diritti umani. A questo riguardo, tuttavia, il 17 giugno 2011 il Consiglio per i diritti umani dell'Onu ha approvato il Protocollo facoltativo alla Convenzione stessa che consentirà ad individui ed organizzazioni non governative di presentare reclami al Comitato per violazioni; sono inoltre previsti anche reclami interstatali; il protocollo la cui entrata in vigore necessita di 10 ratifiche si applicherà solo agli Stati che lo hanno ratificato.

Ora, l'esame di questa Convenzione sotto il profilo dell'effettività implica un'indagine che dovrebbe spaziare sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno, tuttavia il presente lavoro si soffermerà prevalentemente sul tema dell'attuazione che essa ha avuto nel nostro ordinamento.

A titolo semplificativo, tuttavia, va detto che i richiami continui e costanti alla Convenzione da parte di numerosi atti e giurisdizioni internazionali ne esaltano la sua importanza e fanno sì che essa permei la realtà giuridica internazionale. Per quanto concerne l'ordinamento dell'Unione Europea, diciamo subito che la Convenzione ha avuto una precisa valorizzazione nell'ambito nella Carta dei diritti fondamentali; l'art. 24 della stessa dedica un'attenzione particolare ai minori prevedendo una serie di diritti che ricalcano quelli della Convenzione. Del resto le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, che rappresentano un prezioso strumento interpretativo destinato a chiarire le disposizioni della Carta, affermano che l'art.24 si basa sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, e in particolare sugli articoli 3, 9, 12 e 13 della Convenzione. Alla luce di ciò, dunque la norma (l'art.24), che enuncia un diritto fondamentale sia per le istituzioni e organi dell'Unione che per gli Stati membri, deve essere ricostruita in stretta correlazione alle norme della Convenzione.

Inoltre nel contesto del Consiglio d'Europa la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua interpretazione evolutiva della Convenzione europea, ha valorizzato in misura

[6] Ed è proprio nelle sue interpretazioni che il Comitato ha enucleato quale principio generale della Convenzione quello sancito dall'art.3 e cioè che l'interesse superiore del fanciullo deve essere in una considerazione preminente in tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza delle istituzioni pubbliche o private, di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi.

considerevole la Convenzione sui diritti del fanciullo quale riferimento costante nell'applicazione dell'art.8 sul divieto di ingerenza nella vita privata e familiare quando vi sia il coinvolgimento di minori.

2. *L'impatto della convenzione nell'ordinamento interno alla luce delle Considerazioni del Comitato dei diritti del fanciullo del 31 ottobre 2011*

Esaminando l'impatto avuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo nel nostro ordinamento si possono valutare disgiuntamente i seguenti profili: il suo grado di attuazione a livello legislativo e l'efficacia attribuitagli ad opera dei giudici interni.

A seguito della ratifica italiana, avvenuta il 5 settembre 1991, il legislatore non ha ritenuto necessario emanare misure di attuazione *ad hoc* al fine di favorirne l'applicazione interna, né al momento della legge di autorizzazione alla ratifica, né successivamente all'ordine di esecuzione. C'è da sperare che il legislatore, così facendo, abbia considerato le disposizioni in questione *self-executing*, cioè direttamente applicabili e produttive di effetti diretti e dunque non richiedenti disposizioni interne atte ad integrare la materia e, non viceversa, abbia ratificato la Convenzione per propaganda internazionale per poi farla finire in una sorta di "limbo delle norme"[7].

Questo fatto, di certo, non ha favorito l'applicazione interna di quelle norme di carattere meno preciso volte ad indirizzare gli Stati verso criteri generali da utilizzare nei vari settori che lasciano l'attuazione effettiva al legislatore (norme che, nel corso della redazione

[7] In realtà la necessità di norme di attuazione è stata ribadita anche da ultimo con la pubblicazione sulla G. U. n. 106 del 9 maggio 2011 del terzo Piano nazionale per l'infanzia, approvato dal presidente della Repubblica con proprio decreto il 21 gennaio scorso nel quale si ravvisa la necessità «di preparare un testo unico delle leggi sull'infanzia e sull'adolescenza sul modello del *Children Act* inglese del 1989 che raccolga le norme in materia di promozione dei diritti, prevenzione e tutela e ridefinisca le responsabilità sociali e amministrative per il rispetto dei diritti dei bambini al fine di dare centralità alle questioni delle nuove generazioni per un futuro di benessere al nostro paese». In realtà solo dopo pochi mesi il legislatore ha preferito istituire l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (legge 12 luglio 2011, n.112), la quale tra le varie competenze ha anche quella di promuovere l'attuazione della Convenzione di New York e degli altri strumenti internazionali in materia di promozione e di tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, la piena applicazione della normativa europea e nazionale vigente in materia di promozione della tutela dell'infanzia e dell'adolescenza (art.3). Va ricordato, tuttavia che, lo stesso legislatore, ha più volte fatto dei riferimenti, seppur meramente retorici, alla Convenzione sia nell'ambito dei lavori preparatori di leggi emanate successivamente all'entrata in vigore della stessa in materia di famiglia e minori che all'interno di articoli di legge come il Decreto legislativo 25.7.1998 n.286, che all'art. 28, par.3 richiama il concetto del superiore interesse del fanciullo in collegamento alla Convenzione di New York; sul punto si veda LONG, *The impact of the UNCRC on the Italian Legal System*, in *Internat.Journal of children's rights*, 2009, p.155 ss.

della Convenzione, si erano rese necessarie per favorire il maggior numero di ratifiche da parte degli Stati), e ha reso possibile affermazioni come quella della Corte di Cassazione che, nella sentenza n.5115 del 2003, richiamando la Convenzione di New York, si esprime come se la stessa contenesse «previsioni che hanno carattere generale e sono dirette verso le parti dello strumento internazionale» e non avessero una ricaduta nella sfera giuridica individuale attraverso l'ausilio dello strumento processuale.

Una disposizione di particolare rilievo contenuta nella Convenzione che per poter essere applicata necessita di interventi da parte del legislatore può essere rinvenuta nell'art.12 della Convenzione, che sancisce il precetto del rispetto per le opinioni del bambino attraverso la sua audizione. Gli Stati, con questa norma, hanno assunto l'impegno di garantire al fanciullo, capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, opinione che dovrebbe essere presa in considerazione tenendo conto dell' età e del grado di maturità del fanciullo. La stessa disposizione, inoltre, individua l'attuazione del precetto: sancisce, cioè, che deve esser data al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale. In altri termini, compito degli Stati è quello di adottare un modello processuale in grado di rendere effettivi i diritti del minore di carattere fondamentale.

Sull'importanza della norma concordano sia il Comitato dei diritti del fanciullo che la Corte costituzionale.

Il Comitato dei diritti del fanciullo ha dedicato ad essa il *General Comment* n.9 del 2009 sottolineandone la sua particolarità sia perchè si tratta di una disposizione unica, non rinvenibile nell'ambito degli altri strumenti giuridici relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, e sia perchè è capace di influenzare l'interpretazione e l'applicazione di tutti gli altri diritti sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo[8]. Si tratterebbe, in altri termini a detta del Comitato, di una norma strumentale per l'attuazione degli altri diritti previsti dalla Convenzione.

[8] Lo si può leggere in <http-www2.ohchr.org-english-bodies-crc-docs-AdvanceVersion-CRC-C-GC-12_fr.pdf.url>.

Il Comitato, peraltro, giustifica il suo interesse nei confronti di questa disposizione (par.4), affermando che, pur avendo preso atto dell'attenzione mostrata dagli Stati per la norma, nel corso della sessione straordinaria dell'Assemblea generale del 2002 dedicata alla tutela dei fanciulli, esso è convinto che la concreta attuazione della stessa viene ostacolata da mentalità e pratiche perpetrate all'interno degli ordinamenti statali. Ostacoli, che per il Comitato colpiscono prevalentemente i fanciulli che appartengono ai gruppi più emarginati e svantaggiati.

Per il Comitato, dunque, il trascorrere degli anni dall'entrata in vigore della Convenzione non sembra aver migliorato l'attuazione della disposizione; e quindi nel suo *General Comment* n. 9, indirizzato a tutti gli Stati, si è prefisso l'obiettivo di chiarire le implicazioni di carattere processuale della disposizione contenuta nell'art.12, di illustrare le norme e gli istituti capaci di assicurarne l'attuazione e di fornire suggerimenti dettati dalla sua esperienza in materia di controllo sull'applicazione della Convenzione. Al riguardo, lo stesso Comitato (par.81 del Commento Generale) chiarisce che il diritto del fanciullo ad essere ascoltato viene sovente confuso con la libertà di espressione consacrata all'art. 13 della Convenzione. In realtà si tratterebbe di due diritti distinti pur se strettamente correlati. L'art.13 sancisce la libertà di espressione e cioè il diritto ad avere ed esprimere le proprie opinioni e a ricevere tutte le informazioni ritenute necessarie senza che l'apparato statale possa in qualche modo interferire. Di conseguenza, in base alla norma, sorge a carico dello Stato sia l'obbligo di non ingerenza, nel limitare in un qualche modo la libertà di poter esprimere le proprie idee, sia quello di proteggere il diritto di accesso ai mezzi di comunicazione e al dialogo pubblico. Con ciò viene tutelato il diritto del fanciullo di poter esprimere le proprie opinioni su tutto ciò che può avere una qualche incidenza sulla propria vita. Diversamente, nel contesto di attuazione dell'art.12 gli Stati, che sono attivamente coinvolti in un obbligo di fare, sono tenuti ad adottare un preciso quadro giuridico e i meccanismi necessari al fine di facilitare la partecipazione attiva del bambino in tutti i provvedimenti che lo riguardano per tenere nella dovuta considerazione le sue opinioni.

Per il Comitato, dunque, l'audizione del fanciullo costituisce presupposto giuridico per la validità del provvedimento. Tuttavia, - e qui sta la correlazione tra i due diritti, - l'aver dato attuazione interna all'art.12, con una attività di integrazione normativa che crea un

contesto rispettoso delle opinioni del fanciulli, contribuirà ugualmente a rinforzare la capacità dello stesso di esercitare la libertà di espressione.

3. *L'attuazione del diritto di audizione del fanciullo*

Per quanto concerne l'attuazione della norma contenuta nell'art.12 nell'ordinamento italiano, va detto che una parte della dottrina ritiene che essa costituisca «*The only situation in which Italian case law has given the Convention the force to modify domestic law*[9], Eppure il Comitato sui diritti del fanciullo non sembra essere dello stesso avviso.

Di certo, lo spartiacque per la sua diretta applicabilità può rinvenirsi nella pronuncia della Corte costituzionale n.1 del 30.1. 2002. Come dichiarato dallo Stato italiano nel III Rapporto presentato al Comitato in forza dell'art. 44 della Convenzione del 2009, nel quale si illustra lo stato di attuazione del'art.12 per il periodo temporale 2000-2007, inizialmente non era stata percepita la portata della norma nel contesto nazionale sulla base dell'errata considerazione che essa richiedesse norme di specificazione nei vari procedimenti giurisdizionali; di conseguenza l'audizione del minore veniva garantita solo in quei pochi casi previsti dalla legge. Diversamente la Corte Costituzionale nella pronuncia del 2002 dichiara la natura direttamente applicabile della disposizione: il suo carattere, cioè, di disposizione *self executing* applicabile in tutti i settori di coinvolgimento del minore.

Siffatta pronuncia precede di un anno le preoccupazioni del Comitato sullo stato di attuazione nell'ordinamento italiano dell'art.12, quasi che la Corte costituzionale abbia voluto cautelarsi dalle stesse. Il Comitato, infatti, nelle *Concluding observations* del 18.3.2003 sul II Rapporto sottoposto dallo Stato italiano in forza dell'art.44 della Convenzione il 21 marzo 2000, rapporto che esaminava lo stato di attuazione della Convenzione nel periodo precedente alla citata sentenza della Corte costituzionale, lamentava all'Italia anche la violazione dell'art.12[10]. Il Comitato evidenziava la propria preoccupazione sul fatto che il diritto dei bambini ad essere ascoltati non fosse adeguatamente garantito nei procedimenti di loro interesse e raccomandava che nelle procedure giudiziarie e amministrative fosse assicurato il rispetto del diritto di audizione di ogni bambino con l'adeguata considerazione delle opinioni espresse. Particolare attenzione veniva poi richiesta dal Comitato al diritto di ogni

[9] Cfr. LONG**,** *op.cit***.**, p.161
[10] Cfr. doc.CRC/C/15/Add.198, in http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm, par.25 e 26.

bambino di partecipare alle decisioni che lo riguardano sia nella famiglia, scuola, enti e nella società nel suo insieme. Né mancava, infine, la raccomandazione all'Italia di rafforzare l'azione generale di sensibilizzazione in particolare nel campo dell'istruzione e dell'amministrazione della giustizia in merito all'attuazione di principio in questione.

Ma qual è lo stato di attuazione della norma oggi, trascorsi otto anni dalle Osservazioni del Comitato? Di certo si registra una maggiore sensibilità, rispetto al passato, nei confronti della norma e si avverte in maniera più concreta la necessità di una sua attuazione. Ciò è dimostrato dalle espressioni contenute nel III Piano biennale nazionale di azioni e interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva, emanato il 21.01.2011, il quale, tra le problematiche, inserisce proprio la partecipazione attiva dei minori in ambito familiare, scolastico, sociale politico, amministrativo e giuridico[11].

Il Piano individua una serie di tipologie di azioni che hanno quale obiettivo di promuovere politiche per l'infanzia che favoriscano l'ascolto del minore e afferma che il tema della partecipazione è oggetto di attenzioni crescenti sia in termini normativi e strategici sia da un punto di vista metodologico nella consapevolezza dei diretti interessati[12].

Si tratta, tuttavia, di consuete dichiarazioni di intenti correlate da formule arricchite stilisticamente, che tuttavia non risolvono a monte il vero problema costituito dal fatto che a tutt'oggi manca una disciplina organica di attuazione della norma in grado di essere applicata in ogni procedura che lo interessi; il diritto del minore in oggetto è previsto per singoli specifici settori e ancora rimane inadeguata la disciplina della rappresentanza del minore nei procedimenti che lo riguardano attraverso la nomina di un curatore speciale: figura, questa,

[11] Esso valuta che la fase pionieristica e sperimentale di attuazione della Convenzione ha dimostrato la possibilità di costruire opportunità di partecipazione dei bambini e degli adolescenti con effetti positivi per tutti. Pertanto per «rendere la partecipazione dei bambini e dei ragazzi una pratica diffusa e costante in tutto il paese diventa necessario affrontare alcune criticità legate: alla mancanza di un quadro strategico di fondo, con la conseguente visibile frammentazione delle competenze e la difficile (spesso assente) integrazione tra le intenzionalità e le prassi delle diverse istituzioni; alla discontinuità, dovuta al fatto che dopo la stagione della 285/97, che ha mobilitato soggetti, ha attivato strutture, ha generato attese, non si sia riusciti in molti casi a dare continuità ai processi di partecipazione; alla frammentazione, nella diffusione delle esperienze, con aree del Paese molto attente ai temi della partecipazione dei bambini e degli adolescenti, ed altre dove ben poco è stato realizzato». «L'obiettivo generale che il nuovo Piano di Azione assume in relazione al tema della partecipazione dei minori per la costruzione di un patto intergenerazionale è, da un lato, favorire il passaggio dalla fase sperimentale e pionieristica ad una fase di sviluppo e consolidamento proprio degli spazi per l'espressione del punto di vista dei minori sulle questioni che li riguardano; dall'altro promuovere realmente una cultura del patto, fuori da una logica contrattualistica e opportunistica».

[12] Tra le varie tipologie di azioni proposte dal Testo unico si segnala il progetto di emanare un Testo unico delle leggi sull'infanzia e l'adolescenza capace di offrire un contributo per la costruzione di un sistema

già evocata dalla stessa Corte Costituzionale nel 2002 quale mezzo di attuazione dell'art.12 in considerazione del fatto che l'audizione del minore gli attribuisce la veste di parte processuale con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti[13]. L'inadeguatezza della disciplina necessariamente si è riflessa sul piano applicativo.[14].

La questione, di recente, è stata nuovamente valutata dal Comitato dei diritti del fanciullo nel corso della sua 58° sessione (Ginevra, 19 settembre – 7 ottobre 2011) che ha analizzato il *Third and fourth periodic reports of States parties due in 2008*, del 30 gennaio 2009 ed ha emanato le *Concluding observations* del 31 ottobre 2011 [15].

Da un primo esame delle osservazioni conclusive, si ha l'impressione che i suggerimenti del Comitato dati al nostro Stato nel 2003 in merito all'attuazione di questa norma siano prevalentemente rimasti lettera morta. Infatti il Comitato, dopo aver richiamato la sentenza della Corte Costituzionale sopra citata e le disposizioni introdotte nell'arco di tempo che va dal suo ultimo rapporto ad oggi che prevedono il diritto del fanciullo ad essere ascoltato, limitatamente ad alcuni settori, afferma di essere preoccupato dell'assenza di una chiara attuazione «del diritto esplicito del fanciullo di essere sentito in ogni procedimento civile penale ed amministrativo», dell'assenza di linee guida per incrementare la legge 149/2001 relativamente alla nomina del curatore speciale nei casi di adozione dei minori, nonché della mancanza di una consultazione sistematica dei ragazzi nel processo di formazione delle leggi e delle politiche che li riguardano a livello regionale. Pertanto il Comitato, dopo aver ricordato che l'art.12 rappresenta una disposizione che, data la sua importanza ha costituito oggetto di uno specifico *General Comment*, raccomanda all'Italia quelli che a suo modo di vedere costituiscono gli strumenti più adeguati di attuazione: l'introduzione di una apposita disciplina *ad hoc* che garantisca l'esercizio del diritto in ogni questione in cui possano essere coinvolti gli interessi dei ragazzi e soprattutto la predisposizione di misure di garanzia e la previsione di meccanismi che assicurino che tale partecipazione possa trovare

---

[13] Cfr. CARRATTA**,** *op.cit.*, p.1.

[14] Come è stato rilevato da una parte della dottrina «The majority of Italian courts however deem that the child's right to be heard is merely used for the reconstruction of facts and not to protect and promote the child's freedom of expression. For this reason, judges traditionally have a wide discretionary power to assess the capability of the child to form his or her own views, the opportunity to hear the child and the ways of hearing him or her, not only when the law remains silent on children's being heard, but also when it makes the right to be heard compulsory without indicating a minimum age», sul punto LONG**,** *op.cit.*, p.162

[15] Le Osservazioni Conclusive sono disponibili nel seguente sito <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC_C_ITA_3-4

effettiva attuazione e sia libera da manipolazioni o intimidazioni. Dalle osservazioni, politicamente stringenti, del Comitato, ciò che si evince è l'assoluta necessità di svincolare l'audizione del minore dal potere discrezionale dell'autorità giurisdizionale emanando una disciplina il più possibile obiettiva, al fine di migliorare l'istituto della rappresentanza del minore, istituto imprescindibile nel caso in cui quest'ultimo si trovi ad avere interessi in conflitto nel proprio ambito familiare. Secondo l'impostazione suggerita dal Comitato, dunque, viene ribadito il fatto che l'unica ipotesi in cui dovrebbe rivivere la discrezionalità del giudice si dovrebbe avere quando l'audizione del minore si trasformi in un pregiudizio dello stesso ossia si ponga in conflitto con il superiore interesse del ragazzo.

4. *Il concetto di* best interests of the child *nell'ambito della disciplina dell'immigrazione*

Valutando le Osservazioni conclusive del 2011 nella loro interezza, numerosi sono gli aspetti affrontati dal Comitato sui diritti del fanciullo: aspetti che meriterebbero adeguati approfondimenti ma che, in questa sede, non possono essere affrontati[16]; tuttavia vale la pena sviluppare alcune considerazioni su una questione che coinvolge un altro tra i principi fondamentali della Convenzione di New York, vale a dire quello del «best interests of the child». Ora, proprio l'applicazione di siffatto principio da parte dei giudici italiani, nel contesto del settore dell'immigrazione, ha generato differenti punti di vista tra la giurisprudenza di merito (tribunali per i minorenni e corti d'appello territoriali) e la prima sezione civile della Corte cassazione, tanto che le Sezioni unite hanno tentato di far chiarezza con la pronuncia n. 22216/2006[17]. Nonostante questa pronuncia, la prima sezione mostrava ancora incertezze interpretative; di conseguenza la Cassazione a sezioni unite interveniva ancora con funzione nomofilattica con la sentenza n.21799 del 25 ottobre 2010; da ultimo, la questione è stata vagliata anche dal Comitato dei diritti del fanciullo.

[16] «Un lungo elenco di promesse non mantenute, tra le quali ogni tanto fa capolino qualche dato positivo», è questo il commento, molto efficace, fatto del rapporto da CASTELLANETA, in http://www.marinacastellaneta.it/category/diritti-dei-bambini.

[17] In questa sentenza la Cassazione a sezioni unite rivedeva l'orientamento restrittivo sostenuto dalla prima sezione valutando che la gravità dei motivi potesse sussistere anche in presenza di un danno psicologico potenziale e conseguente al distacco del minore dal familiare, in altri termini riteneva che la gravità dei motivi non fosse determinata esclusivamente dalla sussistenza di una patologia o dallo stato di salute del minore, potendo aver rilevanza il danno psicologico; del resto la norma si esprime in termini di sviluppo psico-fisico, per un commento della vicenda precedente alla sentenza n.21799 del 25/10/2010 v. DE VITTOR, *Sviluppo psicofisico del minore e controllo dell'immigrazione clandestina: il bilanciamento operato dalla Corte di cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale, 2010, n.2, vol.4, p.* ss.

Intendiamo parlare dell'interpretazione del Testo unico sull'immigrazione di cui al d.lgs 286/98.

Come è noto, la disciplina sull'immigrazione, pur essendo ispirata all'esigenza di definire i diritti degli immigrati, su molti aspetti tende a privilegiare l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza. Potremmo dire quindi, *a contrario,* che solo una interpretazione delle norme in materia di immigrazione attenta, innanzitutto, alla protezione dei diritti delle famiglie e dei minori, sarebbe in grado di contenere gli interessi tipicamente statali del rispetto della sovranità.

In merito all'esigenza di bilanciare siffatti interessi è stato consapevole, *in primis,* il legislatore, prevedendo, nella stessa disciplina dell'immigrazione che l'esercizio dei diritti fondamentali della persona umana prescinde sia dal possesso della cittadinanza che dalla posizione regolare o meno dell'individuo sul territorio italiano (art.2, par.1), e stabilendo una disciplina derogatoria a favore dei minori[18]. Di particolare rilievo, al riguardo, la disposizione (art.28, comma 3) che sancisce, quale criterio guida dell'intero settore, che «in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art.3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989». Certo, un concetto complesso quale è quello del superiore interesse del ragazzo viene richiamato dal legislatore senza alcun ausilio interpretativo; infatti non è sempre immediatamente percepibile individuare quale sia *the best interests of the child* essendo la nozione di per sé suscettibile di una varietà di significati in base ai diversi punti di vista[19]; tuttavia nel contesto dell'immigrazione

[18] Si tratta delle disposizioni che sanciscono il divieto di espulsione degli stranieri di età inferiore ai diciotto anni tranne che per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art.13, par.1°) e fatto salvo il diritto di seguire il genitore colpito da un provvedimento di espulsione (art.19, par.2, lett.a), le norme riguardanti la tutela della salute dei minori non cittadini presenti in Italia (art.35, par.3, lett.b), il diritto all'istruzione, l'accesso ai servizi educativi e la partecipazione alla vita della comunità scolastica (art.38 e art.45 d.P.R. 394/1999) al fine di assicurare la loro integrazione nella società.

[19] Giustamente una parte della dottrina (FOCARELLI, *op.cit.* p.991) mette in rilievo che la nozione implica tutta una serie di considerazioni: in primo luogo dal punto di vista di chi il migliore interesse del bambino debba essere stabilito; a volte il punto di vista del bambino può essere diverso da quello dei genitori o dei medici. Inoltre gli interessi del bambino possono essere svariati e confliggenti tra loro. «Si è persino ventilato che il principio del migliore interesse del bambino possa semplicemente fornire un alibi per l'ideologia dominante, ad esempio quando viene (o appare essere) utilizzata per escludere l'affidamento dei bambini ad omosessuali», (p.991). Inoltre l'**a**. riporta di un caso particolarmente singolare affrontato dalla Corte costituzionale del Sud Africa nel 2000. La Corte era stata adita da una associazione di 196 scuole cristiane evangeliche indipendenti

essa potrebbe essere strettamente correlata con un altro principio portante della Convenzione: l'art.9, secondo cui il fanciullo non deve essere separato dai suoi genitori se non quando è il suo stesso interesse a richiedere una collocazione lontano da uno o ambedue di essi. Del resto, il Preambolo della Convenzione sancisce che il minore «ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione» e che la famiglia rappresenta «unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli»[20]. Principi, questi, che non obbligano al ricongiungimento familiare bensì a che «ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori in vista di entrare in uno Stato parte o di lasciarlo ai fini di un ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e diligenza», (art.10). Nel corso dei negoziati che condussero alla stesura finale, diversi Stati, in merito a questa disposizione, precisarono che l'obbligo a carico degli Stati nella valutazione di siffatta domanda non garantisce il risultato del ricongiungimento, tuttavia l'aver scelto l'inserimento del termine *umanità,* che trascende i canoni puramente giuridici, rende la disposizione senz'ombra di dubbio sbilanciata verso una situazione di vicinanza del minore con entrambi i genitori. Ciò, salvo che un esame obiettivo della fattispecie concreta evidenzi che l'unità familiare sia contraria

---

che contestava la costituzionalità di un alegge (*South African School Act* del 1996) che aveva vietato le punizioni corporali in qualsiasi scuola, pubblica e privata. Secondo l'associazione le punizioni corporali nella scuola trovavano una fondata giustificazione in diversi brani della Bibbia trattandosi di un «vital aspect of Christian religion», e dunque la legge violava i loro diritti alla libertà religiosa e culturale. La Corte non accoglie siffatta impostazione e ritiene debba prevalere l'interesse dello Stato alla tutela dei fanciulli da qualsiasi forma di degrado. E dunque secondo l' **a.** il reale problema di principio in questione consiste nel «fissare dei *punti fermi*, almeno minimi, ed evitare che il principio del miglior interesse del bambino così spesso sbandierato da giudici e legislatori, significhi tutto e il suo contrario, ossia si presti semplicemente ai gusti (e alla filosofia di fondo) di ciascun interprete». La questione delle punizioni corporali è stata affrontata da ultimo dal Comitato sui diritti del fanciullo proprio in riferimento all'Italia. Esso ritiene che sia necessaria l'adozione di una legge che vieti espressamente il ricorso a forme di punizioni corporali ancora usato nel nostro ordinamento quale strumento educativoin quanto la sentenza della Cassazione di per sé non è sufficiente.

[20] Questi principi, del resto, non sono mai stati sconfessati neppure dalla nostra giurisprudenza. Nella sentenza della Cassazione n.21799 del 25/10/2010 (v. *infra* par.6) «le Sezioni Unite osservano che gli artt. 29 e segg Costituzione tutelano la famiglia anche e soprattutto come luogo privilegiato di sviluppo e affermazione della personalità del minore, ponendolo al centro di un sistema di protezione efruizione di diritti da esercitarsi nei confronti dei genitori (art.30) e dei pubblici poteri (art.31). E che la Corte Costituzionale ha rimarcato l'applicazione generale e paritaria di detti diritti considerati fondamentali della persona con specifico riguardo alla condizione degli stranieri già in epoca anteriore del TU del 1998: estendendo il ricongiungimento di cui alla legge allora vigente a fattispecie ulteriori, riferite a nuclei familiari con figli minori attraverso una motivazione incentrata sul diritto del minore alla massima espressione della funzione genitoriale (sent. 20371997 e 28/1995). Con la successiva pronuncia 376/2000, ha rilevato quindi che il diritto all'unità familiare merita un aspeciale protezione quando riguarda il destino

all'interesse stesso del fanciullo perché non garantisce un contesto affettivo sereno o adeguato economicamente per la formazione della personalità del minore[21].

Potremmo dire, dunque, che il richiamo della Convenzione e del principio del *best interests* effettuato dal d.lgs. 286/98, tecnicamente ultroneo in quanto trattasi di norme vigenti a seguito di adattamento del nostro ordinamento con ordine di esecuzione, intende senz'altro spostare il bilanciamento a favore del minore; e rimarcare altresì agli operatori giuridici non solo la centralità di siffatto principio ma addirittura la sua portata di elemento sovversivo della disciplina concernente l'immigrazione: portata oggi, rafforzata grazie al rango che l'art.117 della Costituzione ha conferito alle norme pattizie, (tema, questo, di cui parleremo nel corso dell'indagine)[22].

Ora, la difficoltà di applicare la nozione del *best interests* nel settore dell'immigrazione, ha trovato concreta applicazione nell'interpretazione dell'art.31, comma 3 del TU, che in deroga alle ordinarie regole per l'ingresso ed il soggiorno, consente al familiare - privo di permesso di soggiorno - del minore straniero di ottenere dal Tribunale per i minorenni una speciale autorizzazione all'ingresso o al soggiorno «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano»[23]. Se tale autorizzazione è accordata, la questura rilascia al genitore un permesso di soggiorno «per assistenza minore, rinnovabile, di durata corrispondente a quella stabilita dal Tribunale per i minorenni. Il permesso di soggiorno consente di svolgere attività lavorative ma non può essere convertito in permesso per motivi di lavoro»[24]. Si tratta di un permesso di soggiorno di durata limitata che non può essere trasformato nello stabile titolo di soggiorno lavorativo e che pertanto è irrilevante ai fini delle esigenze di controllo dell'immigrazione; la sua unica *ratio* è, esclusivamente, quella di protezione del minore. Infatti la disposizione è stata collocata nel Titolo IV del Testo unico, rubricato «Diritto

[21] D'altro canto, va ricordato, nel nostro ordinamento il diritto all'unità familiare può non trovare automatica realizzazione nell'istituto del ricongiungimento quando non ricorrono le condizioni per utilizzare questo istituto.

[22] Convenzione sui diritti del migrante quando entrerà in vigore essa nel nostro ordinamento rango di norma costituzionale art.10 par. 2 della Costituzione.

[23] La singolarità della norma sta anche nel fatto che l'autorizzazione prescinde dal requisito della regolarità dell'ingresso e del soggiorno sul territorio italiano sia del familiare richiedente che del minore e ciò si pone in contraddizione con il dispositivo dell'art.10-bis, 6° comma TU sul reato di immigrazione clandestina: il familiare richiedente in sostanza si autodenuncerebbe.

[24] Cfr. art.29, comma 6 TU d.lgs 286/98.

all'unità familiare e tutela dei minori» e dunque dovrebbe essere interpretata alla luce del principio generale, di cui all'art.28 comma 3, anzidetto.

Per l'appunto, - come ricordato, da ultimo, dalla Corte di Cassazione a sezioni unite - l'interpretazione della nozione di "gravi motivi", richiesti dalla norma, quale presupposto necessario per il conseguimento dell'autorizzazione, ha prodotto differenti orientamenti giurisprudenziali da parte sia dei Tribunali minorili che dalla stessa Cassazione nella quale si è generato, all'interno della 1° sezione, un netto contrasto di interpretazioni che ha reso necessario e opportuno una nuova pronuncia delle Sezioni unite. Senza ripercorrere in questa sede i complessi percorsi interpretativi seguiti dalla copiosa giurisprudenza e dottrina che si è occupata del tema, ci limitiamo a sintetizzare le due diverse impostazioni. La prima, definita dalla Cassazione a sezioni unite assolutamente prevalente, ritiene che i casi di autorizzazione dovrebbero essere utilizzati solo per gravi condizioni di salute del minore, nel senso che le condizioni previste nel menzionato art.31 (consistenti nei gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore stesso tenuto conto delle condizioni di salute e di età) sono configurabili solo allorquando sia accertata l'esistenza di una situazione di emergenza temporanea quale potrebbe essere, ad esempio, quella determinata da gravi motivi di salute o quella nella quale la mancanza o l'allontanamento improvviso del genitore pone in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore. In altri termini i gravi motivi si presenterebbero in presenza di situazioni eccezionali di carattere transitorio, situazioni che di certo non sussistono nelle ordinarie necessità di accompagnare la crescita del minore nel contesto scolastico e socio culturale. Questo orientamento, nell'opinione della Corte trova giustificazione nel fatto che una utilizzazione generalizzata della nozione di gravi motivi «finirebbe col legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri strumentalizzando l'infanzia»[25] con conseguente elusione sistematica delle norme sull'immigrazione[26].

L'altra interpretazione, auspicata viceversa dalla dottrina prevalente e da una parte della giurisdizione di merito, appare molto più attenta al concetto di *best interests of the child*, scegliendo di interpretare in modo estensivo i «gravi motivi», intesi questi ultimi, come l'insieme delle condizioni necessarie allo sviluppo psicofisico del minore; realizzando quin-

[25] Sentenza n.5856 del 14 gennaio 2010.

[26] Una preoccupazione secondo una parte della dottrina (MOROZZO DELLA ROCCA**,** *La condizione giuridica del minore straniero: norme giurisdizione e prassi amministrative*, in *Minorigiustizia*, 2002, p.38; cit in LONG, p.256) condivisibile.

di una perfetta armonizzazione delle esigenze interne con i principi internazionali. Di conseguenza l'autorizzazione non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti alla salute del minore ma può essere connessa semplicemente alle necessità della tenera età del minore e dunque alla realizzazione del superiore interesse del fanciullo in relazione all'età e/o alle condizioni di salute anche psichiche; ciò in quanto l'allontanamento del genitore nel percorso educativo formativo scolastico potrebbe compromettere l'equilibrio psicofisico al minore.

Potremmo dire, in sintesi che la giurisprudenza si è posta di fronte alla scelta se dare centralità al superiore interesse del minore, privilegiando l'applicazione delle fonti internazionali, o, piuttosto, sostenere l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale attraverso l'osservanza del controllo dell'immigrazione in un'ottica di involuzione nella tutela dei diritti umani.

5. *L'apparente bilanciamento di interessi effettuato dalla Cassazione a sezioni unite*

La Cassazione a sezioni unite, nella sentenza n. 21799 del 25/10/2010, si è trovata nuovamente ad interpretare l'art.31 del TU, e questa volta ha scelto una soluzione che, nel merito, è sostanzialmente condivisibile ma che utilizza argomentazioni che indeboliscono la portata delle fonti internazionali[27].

In primo luogo la Cassazione adotta, come criterio guida, quello di un equilibrato bilanciamento tra il rispetto alla vita familiare del minore, che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere, e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede il rispetto delle norme sull'immigrazione.

Inoltre l'organo giudicante, preso atto delle differenti interpretazioni date alla norma dalla giurisprudenza, si allontana dall'orientamento particolarmente restrittivo volto ad intendere la nozione di gravi motivi in termini di patologia medica - che comunque, a detta dell'organo giudicante, ha avuto una notevole evoluzione -, e valuta che nell'art.31 può essere ricompreso «qualsiasi danno effettivo, concreto percepibile ed obbiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equili-

[27]Per un commento della sentenza si veda PIERGIGLI, *Intangibilità delle frontiere e protezione dei legami familiari del minore straniero. Contrasti interpretativi e approdi giurisprudenziali,* in <http://www. *Federalismi.it*> *Rivista di diritto pubblico italiano,comunitario e comparato*, n.04/2001.

brio psico-fisico deriva o è altamente probabile deriverà al minore, dall'allontanamento dei familiari o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.» Si tratta, a detta della Corte, di situazioni che non si prestano ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, ma richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato, peraltro da parte di un organo specializzato, tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate, nonché di ogni possibile variabile – come l'età, le condizioni di salute, la presenza o meno dell'altro genitore e la situazione della famiglia – e di qualsiasi altro fattore idoneo a consentire l'operazione di corretto bilanciamento di interessi richiesta dalla norma: in relazione ai quali viene richiamata la giurisprudenza della Corte europea che ha elaborato una serie di parametri finalizzati ad ottenere una soluzione fortemente caratterizzata dal caso concreto ma pur sempre fondata sul bilanciamento di interessi[28].

Ora, a noi sembra che nelle affermazioni della Corte più che una attenzione particolare al rispetto della disciplina dell'immigrazione o dell'ordine pubblico dello Stato, si avverte l'esigenza di identificare criteri generali in attuazione del principio del miglior interesse del fanciullo *ex* art.28 del TU; di conseguenza la Corte, di fatto, attua uno "sbilanciamento" di interessi a favore dei diritti della persona[29].

---

[28] Ed infatti, proprio nel rispetto di siffatte argomentazioni, la Corte ritiene nel caso di specie non si siano svolte adeguate indagini sul rapporto esistente tra la madre e i tre figli minorenni e sull'eventuale pregiudizio che sarebbe derivato agli stessi dall'espulsione della prima. Il fatto all'origine della pronuncia riguardava una cittadina nigeriana, la quale condannata per il reato di sfruttamento della prostituzione era destinataria di un provvedimento di espulsione. Ella aveva tenuto un comportamento poco attento alle esigenze dei figli tanto che si era reso necessario l'intervento dei servizi sociali ed il loro affidamento etero familiare. La stessa faceva richiesta al Tribunale dei minorenni di Perugia per essere autorizzata ai sensi dell'articolo 31 del T.U. sull'immigrazione d.lgs 286/1998 alla temporanea permanenza sul territorio nazionale nell'interesse dei tre figli minori. Il Tribunale respingeva l'istanza e il decreto veniva confermato dalla Corte di appello di Perugia a seguito di appello. La Corte invece ritiene che la condanna definitiva della ricorrente per il reato della prostituzione e l'affidamento dei tre figli ad una famiglia italiana non sia di per sé sufficiente a considerare che l'espulsione della madre non porti loro pregiudizio. Pertanto la Cassazione cassa la decisione con rinvio alla stessa Corte di appello di Perugia che in diversa composizione dovrà provvedere al riesame dei motivi di appello della ricorrente compiendo gli accertamenti di cui si è detto.

[29] Su di un punto, tuttavia, la Corte rileva che qualora si utilizzi una interpretazione volta a garantire esclusivamente il rispetto dell'unità familiare si avrebbe un utilizzo pretestuoso dei minori e dei diritti loro riconosciuti, da parte dei genitori nel loro esclusivo interesse e si attribuirebbe alla norma la funzione che le è estranea di introdurre una modalità anomala di legittimazione del soggiorno di famiglie di stranieri attraverso non già la tutela ma la strumentalizzazione dell'infanzia e di fatto essa si tradurrebbe in una vera e propria sanatoria permanente di immigrati presenti irregolarmente nel territorio nazionale. In merito a ciò, del resto, in precedenza la Corte di Cassazione, sezione I civile, (sentenza del 26 giugno, dep. 16 ottobre 2009, n.22080) aveva negato che « l'interesse del minore venga strumentalizzato al solo fine di legittimare la presenza di soggetti privi dei requisiti dovuti per la permanenza in Italia», in quanto il permesso ha carattere temporaneo e non può essere convertito in permesso per lavoro.

Ma, in realtà, questa nostra considerazione viene smentita dalla stessa Corte, allorquando essa precisa di non poter condividere quell'indirizzo (rappresentato da Cassazione 22080/2009 e 823/2010,) attento esclusivamente al panorama delle fonti internazionali che enunciano e privilegiano il superiore interesse del fanciullo. E ciò in quanto, a suo dire, l'orientamento in questione finisce per oltrepassare i confini interpretativi della clausola dei gravi motivi richiamati dalla nostra legge interna e dunque di fatto abroga la norma stessa in materia di immigrazione; norma, che così come tutta la materia dell'immigrazione, per la Corte, merita un'attenta considerazione. Quest'ultima affermazione della Corte sembra facilmente confutabile da quanto sopra esposto e cioè che non sempre il superiore interesse del fanciullo si realizza nel contesto dell'unità familiare e dunque con la concessione del permesso di soggiorno.

Dunque, la Corte ritiene che il principio del *best interests of the child*, così come enucleato dalla Convenzione non vada applicato perché incapace di realizzare il bilanciamento di interessi da lei auspicato. E pertanto ne enuclea essa stessa una versione riadattata al diritto e ai valori del nostro Stato, ignara del fatto che il principio stesso, per sua natura, non conduce a soluzioni standardizzate ma si presta alla valutazione di ogni singolo caso, pur senza mai allontanarsi da alcuni parametri comuni a tutti gli Stati; trattandosi, pur sempre, di una norma di diritto internazionale di natura pattizia interpretabile alla luce delle norme sul diritto dei trattati contenute nella Convenzione di Vienna del 1969[30].

6. *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra* best interests of the child *e migranti irregolari*

La soluzione a cui giunge la Corte di Cassazione, fondata sul bilanciamento tra contrapposte esigenze, troverebbe giustificazione, a detta della stessa, nelle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

[30] Sul punto cfr. FOCARELLI, op.cit. p.992, il quale dopo aver precisato che essendo la Convenzione ratificata da quasi tutti gli Stati, si potrebbe presumere che sul concetto del miglior interesse esista una *convergenza universale*; suggerisce che «La Convenzione quindi forza l'interprete a spostare l'attenzione dal piano locale/nazionale a quello universale, comprese nel primo le modalità proiettive locali/nazionali di immaginare ciò che è universale, e a cercare per quant è possibile un nucleo comune tra le culture, evitando tra l'altro interpretazioni evoluzionistico-moderniste (quando non velatamente razziste) fondate sulla distinzione tra «noi», più avanzati e «civili», e «loro» più arretrati.

L'art.8 della Convenzione sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare, diritto che può essere sacrificato per consentire interventi della pubblica autorità necessari per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e il benessere economico. Di conseguenza, la Corte europea in numerose occasioni ha dichiarato che il diritto in questione non ha natura di diritto assoluto e può essere sacrificato sulla base di politiche statali di regolamentazione dell'immigrazione. Tuttavia, per far sì che l'esclusione di una persona da un paese in cui vivono i congiunti, e dunque l'interferenza statale nella vita privata di un individuo non costituisca un sopruso, la Corte europea ha elaborato una serie di criteri, di natura elastica, per valutare la legittimità della misura di espulsione: il suo fondamento legale, la proporzionalità e la necessità in una società democratica[31].

Siffatti parametri vengono richiamati dalla Cassazione a conferma del fatto che anche la Corte europea ha scelto quale criterio guida quello del bilanciamento tra opposti valori sottovalutando, tuttavia, che tra tali criteri uno, in realtà, sembra avere un peso decisivo per la Corte europea: la presenza di minori e la loro età, criterio che, a detta della stessa, include il concetto del superiore interesse del fanciullo e il benessere del bambino. Di conseguenza, per la Corte europea la presenza di un minore sposta il bilanciamento richiedendo una valutazione più rigorosa delle ragioni che possono giustificare la misura di espulsione e dunque la deroga al diritto all'unità familiare. Ciò si evidenzia nei casi in cui, nonostante la gravità del reato commesso, la Corte dà ampio rilievo alla presenza di un minore tanto da ritenere che la misura di espulsione sia in violazione dell'art.8 Convenzione europea.

Il caso A.W. Khan c. Regno Unito, (ricorso n.47486/06) deciso dalla Corte di Strasburgo con sentenza del 12 gennaio 2010, appare emblematico al riguardo, in quanto la

[31] I criteri in questione, elaborati nel caso *Boultif v. Svizzera,* ricorso 54273/00 deciso con sentenza 2 agosto 2001, consistono nel valutare la natura e la gravità delle offese commesse, la durata della permanenza del ricorrente nel paese dal quale deve essere espulso, il tempo trascorso dal momento in cui è stata commessa la violazione e la condotta tenuta in quel periodo, la nazionalità delle varie persone coinvolte, la situazione familiare, se il coniuge conosceva della violazione al momento iniziale della propria relazione, l'esistenza di bambini e la loro età, la solidità dei legami sociali-culturali e familiari del paese ospite e di quello di destinazione. E dunque proprio sulla base di siffatti criteri la Corte europea ha rilevato che la misura di espulsione costituisse un aviazione dell'art.8; si veda tra gli altri i casi *Moustaquin* v. *Belgio*, ricorso n.12313/86, sentenza del 18 febbraio 1991; *Amrollahi* v. *Danimarca* , ricorso n.56811/00, sentenza dell'11 luglio 2002, *Yllmaz* v. *Germania*, ricorso n.52853/99, sentenza del 17 aprile 2003, *Keles* v. *Germania*, ricorso n.32231/02, sentenza del 27 ottobre 2005. Va da sé che siffatta giurisprudenza ha avuto una forte influenza anche nell'ambito dell'Unione Europea ed ancora di più l'avrà nel momento in cui quest'ultima aderirà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo *ex* art.6 par.2 TUE; al riguardo si veda ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *riv.dir.internaz.*, 2011, p.5 ss.

Corte ha svolto un'approfondita considerazione dei vari criteri e si è soffermata in dettaglio sul ruolo genitoriale del ricorrente al fine di valutare se il provvedimento di espulsione violasse l'art.8 della Convenzione europea. Il un cittadino pakistano Abdul Waheed Khan, entrato all'età di tre anni in Gran Bretagna dove ha ottenuto un permesso a tempo illimitato e ha vissuto tutto il suo percorso formativo, era stato condannato a sette anni di carcere e all'espulsione per importazione di eroina. Al riguardo, la Corte concordava con lo Stato circa la gravità del reato, provata anche dalla pena inflitta, ma al contempo valutava altri elementi: i precedenti penali del ricorrente, la condotta tenuta dal momento del rilascio, la sua vita familiare sia con la famiglia di origine sia con quella attuale. Ed in particolare, mentre la valutazione della prima relazione familiare a detta della Corte, non rivestiva un peso decisivo, particolare rilievo invece assumeva la sua relazione stabile con una cittadina inglese dalla quale aveva avuto una figlia proprio mentre era in corso il giudizio di fronte alla Corte europea. L'organo giudicante, al riguardo, valutava che il ricorrente e la sua compagna, pur essendo impossibilitati a convivere, avevano una relazione stabile, che la donna era a conoscenza della fedina penale del compagno fin dal momento iniziale della relazione e che in caso di espulsione del compagno non sarebbe stata preparata ad un trasferimento in Pakistan. Si tratta dunque di una disamina molto dettagliata (difficile da spiegare, visto che la Corte afferma che non possa avere un peso decisivo nella decisione perché il ricorrente nello svolgimento dei giudizi interni aveva omesso di riferire della nascita della bambina); di fatto, però, l'indagine incide in maniera decisiva nel convincere la Corte circa l'ammissibilità del ricorso perchè la misura di espulsione era in violazione con l'art. 8 della Convenzione europea.

Ora se la Corte, nel corso del bilanciamento dei valori dedica un'attenzione particolare alla presenza di minori in situazioni in cui pur sono stati commessi reati particolarmente gravi, allora dobbiamo dedurre che la loro presenza avrà incidenza ancora maggiore in quei casi dove l'unica violazione è l'irregolarità del soggiorno: casi che meglio richiamano le fattispecie all'origine dell'applicazione dell'art.31, par.3 del testo unico sull'immigrazione. Infatti nell'art.31 le due situazioni che si profilano sono l'ingresso o il soggiorno temporaneo in Italia del familiare irregolare.

Tutto ciò è confermato nel caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi* (ricorso n.50435/99) risolto con sentenza della Corte europea del 31 gennaio 2006, in cui l'organo

giudicante deve valutare la legittimità della misura che rifiutava di concedere un permesso di soggiorno ad una donna brasiliana madre di una bambina nata in Olanda da padre olandese che era legalmente affidata al padre. La Corte ribadisce che l'art.8 non garantisce l'unità familiare in ogni circostanza; tuttavia lo Stato, quando si trova a valutare permessi di soggiorno, deve essere molto attento perché la valutazione deve spaziare nell'ambito familiare valutando tutte le circostanze del caso concreto. Per la Corte, nel contesto in oggetto, peso decisivo assume lo stretto legame che la bambina ha con la madre; infatti la stessa trascorre la maggior parte dei giorni della settimana con lei e ciò è confermato anche dai nonni paterni. Inoltre la bambina non potrebbe seguire la mamma in Brasile perché affidata al padre e perché i giudici interni avevano ritenuto che fosse interesse preminente del minore vivere in Olanda. Di conseguenza, il diniego del permesso di soggiorno della donna e la sua espulsione, avrebbero senz'altro rotto quei legami imprescindibili per la crescita equilibrata della bambina, tenuto conto anche della sua tenera età. Per la Corte, le inevitabili implicazioni negative che la rottura del legame avrebbero prodotto sul minore dovevano avere la preminenza, nonostante fosse da biasimare la disinvoltura con la quale la donna non aveva mai regolarizzato la sua posizione in dispregio delle norme in materia di immigrazione e dunque risiedesse illegalmente nei Paesi Bassi sin dall'epoca della nascita della figlia. Dunque la Corte, in considerazione delle conseguenze di grande rilievo che un provvedimento di espulsione avrebbero avuto sulle responsabilità genitoriali, riteneva che dovessero prevalere il senso di responsabilità della madre nei confronti della figlia e il superiore interesse della fanciulla sul benessere economico dello Stato[32].

Alla luce di queste considerazioni La Cassazione a sezioni unite nella sentenza 21799 del 25/10/2010, non avrebbe dovuto temere di applicare il principio del preminente interesse del fanciullo, confortata anche dalla tendenza in atto nella giurisprudenza della Corte europea orientata a salvaguardare i diritti dei minori[33].

---

[32] Questa tendenza è stata confermata anche nel caso Darren Omoregie e altri c. Norvegia, ricorso n.265/07, sentenza del 31 ottobre 2008 anche se l'esito è stato diverso; la ratio tuttavia è sempre la stessa quella del benessere del fanciullo, in questo caso la Corte ha valutato che non era venuta meno l'unità della coppia, a differenza del caso Rodrigues da Silva, e quindi sarebbe stato possibile ricostituire la vita familiare nel paese di origine del ricorrente.

[33] Sulla questione si veda DE VITTOR, *op.cit.*, p. la quale parla «di una tendenza, anche da parte della Corte europea a restringere la discrezionalità degli Stati in materia di autorizzazione all'ingresso e alla permanenza di cittadini stranieri facendo prevalere il diritto/dovere dei genitori di crescere educare i figli e il diritto di questi

7. *I rilievi del Comitato sui diritti del fanciullo riguardo i minori delle famiglie irregolari*

Potremmo dunque dire, dunque, che la Cassazione conferma ancora una volta quella che sembra essere la tendenza dei giudici italiani, i quali pur richiamando la Convenzione sui diritti del fanciullo in via di principio, di fatto scelgono soluzioni ispirate al diritto interno.

La questione, tuttavia, non sembra essere sfuggita al Comitato sui diritti del fanciullo il quale nelle *Concluding Observations* del 31 ottobre 2011 ha dedicato particolare attenzione alla condizione e al grado di tutela dei bambini immigrati nel nostro Stato.

Il Comitato riconosce che la particolare collocazione geografica del nostro Stato ha fatto sì che l'Italia, anche di recente, abbia dovuto fronteggiare situazioni di emergenza senza alcun tipo di assistenza da parte degli altri Stati, e ne apprezza gli sforzi fatti e le misure adottate. Tuttavia, a detta dello stesso, siffatte situazioni restano altamente pericolose soprattutto per i bambini, siano essi rifugiati, non accompagnati, o migranti: soggetti tutti che, pur titolari di diritti in base alla Convenzione di New York, restano soggetti particolarmente vulnerabili.

In particolare, per quanto concerne la situazione dei bambini delle famiglie irregolari, il Comitato esprime profonda preoccupazione per le restrizioni dei loro diritti in materia di cure sanitarie, di servizi sociali e di educazione scolastica a cui hanno comunque diritto. Il Comitato richiama, al riguardo, la legge italiana n.94/2009, recante disposizioni in materia di pubblica sicurezza la quale, inserendo il reato di immigrazione clandestina, rende la situazione dei bambini e delle loro famiglie ancor più critica perchè li priva del godimento dei diritti economici e sociali. Al riguardo il Comitato ricorda e sollecita il rispetto della Convenzione di New York nei confronti di tutti i minori e non solo quelli che sono cittadini dello Stato, e soprattutto raccomanda al nostro Stato di sancire espressamente nella disciplina giuridica - e di attuare nella pratica - il principio secondo cui in ogni provvedimento in materia di concessione di permessi di residenza il criterio dominante deve essere esclusivamente quello del *best interests of the child.*

al sostegno e alla vicinanza dei genitori, nonché il diritto dei bambini a continuare processi educativi e di scolarizzazione cominciati nel paese di accoglienza».

Potremmo pertanto dire che l'organo internazionale, escludendo a priori un possibile bilanciamento tra interessi individuali e statali, intende dare un indirizzo molto preciso nel senso che la valutazione del superiore interesse non deve trovare attenuazione nel confronto con interessi statali[34].

8. *Il rango delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento italiano*

In aggiunta le valutazioni della Corte di Cassazione non appaiono giuridicamente corrette anche sulla base di un altro ordine di considerazioni, di derivazione costituzionale, in grado di fornire un criterio guida per l'applicazione dell'intera Convenzione da parte di tutti gli operatori giuridici permettendo così di uscire dall'ambiguità di una attuazione frammentaria e ondivaga. Precisamente, l'organo giudicante, cioè, avrebbe potuto risolvere la questione sulla base del rango che la Convenzione riveste nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento.

A questo proposito, va detto che tale Convenzione è stata resa esecutiva con la legge ordinaria del 27 maggio 1991 n.176, (la stessa legge di autorizzazione alla ratifica). Tuttavia, fin dall'inizio della sua entrata in vigore, sarebbe stato davvero riduttivo attribuirle il valore di legge ordinaria – e dunque abrogabile da una successiva legge ordinaria - così come generalmente accade per tutti gli altri trattati internazionali i quali assumono il valore formale della norma che ha provveduto a renderli esecutivi. Infatti, già la giurisprudenza della Corte Costituzionale aveva sostenuto che le convenzioni sui diritti umani godrebbero di una copertura costituzionale, tanto che siffatte norme pattizie e le norme costituzionali si completerebbero "reciprocamente nella interpretazione"[35].

Oggi, ancora di più, siffatto concetto è confermato a livello costituzionale dall'art.117 così come rimodellato a seguito della riforma costituzionale del 2001.

L'art.117, secondo cui "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", senza dubbio fornisce una garanzia costituzionale agli impegni assunti dallo Stato a livello internazionale: cosa che, prima di quella data (2001), era

[34] Cfr. *CRC/c/ITA/CO/3-4*, p.18 par.68.

[35] Si vedano al riguardo le seguenti sentenze della Corte costituzionale: n.17 del 10 febbraio 1981, n.15 del 29 gennaio 1996, n.399 del 12 dicembre 1998, n.388 del 22 ottobre 1999. Con ciò si intende criticare quella parte autorevole di dottrina secondo la quale quelli statuiti per il fanciullo non sarebbero veri e propri diritti.

senz'altro inesistente nella nostra Carta costituzionale. Questa disposizione non vuol dire che le norme convenzionali assumono valore di norme costituzionali; il loro rango rimarrà sempre quello loro attribuito dall'ordine di esecuzione, tuttavia esse costituiscono parametro di costituzionalità nei confronti delle altre leggi interne. In altri termini, leggi interne potranno essere dichiarate incostituzionali ad opera della Corte Costituzionale, se esse si pongono in conflitto con norme "interposte" immesse nel nostro ordinamento attraverso trattati internazionali. D'altro canto, le stesse norme internazionali non possono porsi in contrasto con le norme costituzionali, ché sarebbero suscettibili di annullamento da parte della Corte Costituzionale.

Come ha evidenziato la Corte Costituzionale nelle due "storiche" sentenze interpretative dell'art.117 - la n.348 e n.349 del 2007- il giudice ordinario ha il dovere di valutare se il conflitto tra leggi e diritto internazionale possa essere risolto per via interpretativa, e, se ciò non è possibile, la questione deve esser posta al vaglio della Corte Costituzionale[36].

Si tratta, come è evidente, di una novità di non poco rilievo, che ha avuto quale conseguenza quella di "imbrigliare" la funzione legislativa su tutto ciò che è disciplinato a livello di convenzioni internazionali[37]. Di sicuro l'affermazione è forte: tuttavia, anche qualora si scegliesse una interpretazione che differenzi i trattati in base al loro contenuto o procedimento di formazione[38], certo è che uno strumento di tutela della salute e della vita di colui che rappresenta la risorsa e il futuro dell'umanità - il minore- ha sicuramente diritto ad appartenere alla categoria degli accordi da salvaguardare "ad oqui costo".

Di conseguenza, non c'è dubbio che la Convenzione sui diritti del fanciullo, a seguito dell'art.117, ha chiarito la sua portata, diventando punto di riferimento imprescindibile sia per la giurisprudenza che per il legislatore. E dunque la sensibilità per la Convenzione stes-

[36] Per una analisi in dettaglio dell'art.117 e delle sue implicazioni nonché per un commento sulle sentenze n.348 e n.349 del 24 ottobre 2007 si veda CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p.472 ss; VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I Diritti dell'uomo Cronache e battaglie*, 2007, 3, p.46 ss. Per ora la Corte costituzionale ha accomunato tutti i trattati qualificandoli quali norme interposte ma forse sarebbe opportuno tracciare una distinzione tra quelli che per il loro oggetto avrebbero rilevanza costituzionale rispetto a tutti gli altri; sul punto si veda l'intervento di CONDORELLI**,** *Corte Costituzionale e CEDU: la CEDU come parametro nei giudizi di costituzionalità*, nel Convegno *Stato di diritto e democrazia in Italia. Il rispetto e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in convegnocedu@radicali.it

[37] Su questo punto, certo, la dottrina ha avanzato perplessità e non sono mancate ipotesi interpretative maggiormente concilianti con il nostro ordine istituzionale, v. CANNIZZARO**,** *op.cit.*, p.474 ss.

[38] Si fa riferimento alla differenza tra trattati stipulati nel rispetto delle prerogative parlamentari e quelli stipulati attraverso l'operato esclusivo dell'esecutivo e cioè in forma semplificata.

sa un tempo mostrata prevalentemente dal giudice di legittimità costituzionale deve essere pretesa, per forza di cose, da tutti gli operatori giuridici[39].

9. *La portata della norma preambolare sul "diritto alla vita" alla luce dell'art.117 della Costituzione*

Alla luce delle considerazioni svolte fin qui, vale la pena di effettuare un'ultima considerazione su una disposizione della Convenzione che nel nostro ordinamento non ha trovato una adeguata valorizzazione da parte della giurisprudenza e della dottrina. Si tratta della norma contenuta nel preambolo della Convenzione, sul diritto alla vita, secondo la quale bisogna tenere «presente che il fanciullo, come indicato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo, a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita». La mancata attenzione è dipesa, forse, dal fatto che la disposizione è contenuta nel preambolo e non è espressamente formulata in un articolo, o forse perchè come afferma la stessa delegata per l'Italia al negoziato per la Convenzione sui Diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, Maria Rita Saulle, «pochi conoscono l'esistenza di una norma preambolare della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore del 1989 concernente la tutela giuridica del minore prima e dopo la nascita»[40]. Si tratta di una disposizione scaturita da un *iter* negoziale compleso (a causa delle sue implicazioni in un tema delicato quale è quello concernente i diritti dell'embrione o del concepito) che, se venne accettata da tutti gli Stati, fu soltanto perché la formula riproduceva quella già contenuta nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959 e mai stata contestata da nessuno Stato: e dunque poteva essere «assunta come propria dalla coscienza comune dei soggetti della Comunità internazionale»[41]. Si tratta di una norma che si inserisce nella delicata e complessa questione della fe-

[39] L'atteggiamento della Corte costituzionale volto ad uniformare il nostro ordinamento alla Convenzione in oggetto: si evince anche dal fatto che la Corte Costituzionale ha elevato il principio del superiore interesse del fanciullo a criterio di valutazione della costituzionalità della legge, nonostante siffatto principio non figuri nella nostra Costituzione; sul punto si veda più diffusamente MARCHEGIANI, *op.cit.*, p.87. Si ricorda inoltre che la Corte costituzionale nella sentenza del 12 giugno 2009, n.179 ha affermato che le norme della Convenzione di New York sono dotate di efficacia imperativa nell'ordinamento interno, in *Fam.e dir.*, 2009, p.869.

[40] Cfr SAULLE, *op.cit.*, p.18.

[41] Cfr. SAULLE**,** *op.cit.*, p.21; sulla questione SAULLE**,** *La Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo e la tutela del nascituro*, in *Per una Dichiarazione dei diritti del nascituro*, a cura di TARANTINO**,** Milano, 1996, p.182 ss.

condazione *in vitro* e che può fornire un indirizzo, per le legislazioni nazionali, di tutela dell'embrione come se lo volesse sottrarre all'autonomia della comunità scientifica[42].

Volendo precisare l'efficacia di una norma preambolare, trattandosi di un trattato, dobbiamo utilizzare le regole sull'interpretazione proprie degli accordi internazionali contenute negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, le quali sono vincolanti non solo nell'applicazione delle norme pattizie tra Stati ma anche per gli operatori giuridici interni[43]. Il criterio prescelto è quello dell'interpretazione testuale, per il quale bisogna attribuire ai termini impiegati il loro senso ordinario, tenendo conto del loro contesto e dello scopo e dell'oggetto del trattato; per contesto generalmente si intende sia il testo che il preambolo dal quale, spesse volte, si estrapolano le finalità che il trattato si propone[44]. A conferma di ciò possono essere ricordate le dichiarazioni rilasciate dalla Santa Sede al momento della ratifica della Convenzione di New York con le quali essa «riconosce che la convenzione rappresenta la consacrazione di principi già fatti propri dalle Nazioni unite e che, una volta in vigore, essa garantirà i diritti dei fanciulli prima così dopo la nascita, come espressamente affermato nella dichiarazione sui Diritti del fanciullo […..] e riaffermato al nono capoverso del preambolo della Convenzione. La Santa Sede ha la convinzione che tale capoverso del preambolo guiderà l'interpretazione della Convenzione nel suo complesso, conformemente a quanto disposto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 23 maggio 1969»[45]. Al fine di meglio comprendere la portata della

[42] Quale conferma della scarsa conoscenza della norma preambolare si veda quanto afferma PROSPERI, *La tutela dei diritti umani tra teoria generale e ordinamento comunitario*, Torino, 2009, p.43 n.66, secondo il quale una risposta chiara al problema della tutela dell'embrione «non manca soltanto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essendo altrettanto laconici sulla nozione di persona umana o di vita umana gli altri trattati internazionali a difesa del diritto alla vita (art.6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, art.6 della Convenzione sui diritti del fanciullo), nonché la stessa Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, il cui scopo dovrebbe essere quello di fornire indicazioni univoche ai Paesi aderenti in materia di bioetica».

[43] Al riguardo si ricorda che - come più volte affermato dalla Corte internazionale di giustizia - siffatte regole non vincolano solo gli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Vienna ma tutti in qualità di diritto internazionale consuetudinario.

[44] Come afferma RONZITTI**,** *Introduzione al Diritto internazionale*, III ed., Torino, 2009, p.194, talvolta il preambolo «contiene importanti statuizioni. Ad es., la Convenzione sulla proibizione delle armi chimiche del 1993 stabilisce nel preambolo il divieto dell'uso degli erbicidi come metodo di guerra, secondo quanto prescritto dagli accordi pertinenti e dai principi rilevanti del diritto internazionale. Se ne deduce che gli erbicidi, pur non ricadendo sotto la proibizione della Convenzione, ricadono come detto nel preambolo, sotto quella del diritto internazionale consuetudinario o del diritto convenzionale, ad es. la Convenzione sulla proibizione di mezzi e metodi di guerra che modificano l'ambiente del 1977 o gli artt. 35 e 55 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949».

[45] La dichiarazione è riportata in MARCHEGIANI, *op. cit.*, p. 78.

norma, sembra pertinente raffrontare la norma preambolare con quella contenuta nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, adottata sotto l'egida del Consiglio d'europa ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n.145. Nel preambolo, gli Stati membri riconoscono la necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana, impegnandosi ad assicurare la sua dignità. Nell'art.1 è espresso l'impegno a proteggere l'essere umano nella sua dignità ed identità ed a garantire ad ogni persona il rispetto dell'integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali. In questa norma, dunque, a differenza di quella contenuta nella Convenzione sui diritti del fanciullo, troviamo un enunciato generale: il termine "essere umano" può essere differentemente interpretato in relazione all'opzione dello Stato in ordine all'inizio della vita umana, e dunque la portata della norma varia in base ai valori tutelati dai singoli ordinamenti.

Diversamente, la Convezione di New York ha effettuato una scelta di campo precisa, nel senso che la tutela accordata prima della nascita è pari a quella successiva alla stessa, e dunque l'embrione non ha la natura di bene giuridico ma quella di fanciullo in divenire. Di conseguenza qualsiasi attività manipolativa dell'embrione, potenzialmente lesiva dei diritti dell'uomo, dovrebbe considerarsi censurabile alla luce della norma preambolare.

L'art.1 della Convenzione, del resto, pur lasciando agli Stati la scelta del momento di inizio dell'infanzia (infatti, per fanciullo si intende ogni essere umano di età inferiore a 18 anni), al fine di favorire la ratifica universale, ha statuito che la nascita non deve costituire requisito necessario per tutelare il fanciullo; inoltre non indicando il momento a partire dal quale il fanciullo deve essere garantito, accorda dignità all'essere umano fin dallo stadio iniziale del suo sviluppo.

Come è noto, nel nostro ordinamento manca una disciplina organica in materia di embrione, e l'interprete, da tempo, deve elaborare in maniera sistematica il suo statuto normativo. In questo contesto la tutela giuridica sancita nella Convenzione sui diritti del fanciullo va ad accrescere quel *corpus* di fonti normative che, pur se indirettamente, prende in considerazione l'embrione e funge da completamento dell'art.2 del dettato costituzionale, nel quale, secondo l'interpretazione fornitane dalla Corte costituzionale e dalla dottrina, sa-

rebbe sancita la soggettività di ogni essere umano, inteso quale persona con diverso grado di sviluppo biologico[46].

Pare evidente, dunque, alla luce di quanto esposto in precedenza sulla portata dell'art. 117 della Costituzione, che l'interesse tutelato dalla Convenzione è costituzionalmente garantito e sottratto alla discrezionalità del legislatore italiano[47]; un eventuale intervento legislativo di contenuto difforme, a livello internazionale potrebbe configurare un illecito internazionale, e nel nostro ordinamento potrebbe essere soggetto a giudizio di legittimità costituzionale per violazione di norma interposta, integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art.117.

Abstract

This article deals with the implementation problem of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) in the Italian legal system in light of Article 117 of the Constitution.
Despite the fact that the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) is one of the most important multilateral conventions ratified by Italy on 5 September 1991, there are many conflicts between the UNCRC and Italian Law and, thus, the effectiveness of the Convention. They have been highlighted by the Committee on the Rights of the Child in recent Concluding Observations: Italy, of 31 October 2011. In particular, the article examines the implementation of some provisions, such as the right of the child to be heard in any administrative or judicial proceeding affecting his or her life (art.12), the concept of the best interests of the child in the regulation of immigration (Immigration Consolidation Act 25.7.1998) as interpreted by the Court of Cassation, as well as the rule on the right to life as contained in the preamble of the Convention.

[46] Si veda al riguardo anche per i riferimenti giurisprudenziali D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p.44, secondo la quale «Il valore della personalità dilata la rilevanza giuridica della persona oltre i confini della nascita e della morte e consente la tutela di interessi essenziali del concepito, segnatamente quello alla salvaguardia della vita e della salute».

[47] Di conseguenza il legislatore non potrebbe intervenire su questioni delicate quali quelle del c.d. affitto d'utero, interesse meritevole alla manipolazione, soppressione dell'embrione scegliendo soluzioni che non attuino, innanzitutto la tutela del potenziale fanciullo.

UGO PIOLETTI

Bancarotta, fallimento e statuto dell'imprenditore[*]

Sommario: 1. - Premessa. Le fattispecie di bancarotta. Limiti "penalistici" del diritto di proprietà. L'autonomia delle fattispecie penali in tema di bancarotta rispetto alla disciplina non penale del fallimento; 2. – Fallimento e impresa. Il fallimento come procedura esecutiva. Funzione dichiarativa del fallimento come elemento essenziale della relativa disciplina; 3. – Bancarotte, interessi dei creditori ed interesse dell'"impresa in sé". L'autonomia degli "interessi" dell'impresa rispetto a quelli dell'imprenditore. Il "fine" dell'impresa. Il "profitto"; 4. – Il significato della condotta di bancarotta patrimoniale e la proprietà "commerciale". Il vincolo di destinazione dei beni dell'imprenditore; 5. – L'operatività delle fattispecie di bancarotta condizionata dalla disciplina extrapenale. La sentenza dichiarativa di fallimento. Bancarotta, inadempimento, danno individuale arrecato ai creditori, esito della procedura fallimentare, "bancarotta riparata".

1. *Premessa. Le fattispecie di bancarotta. Limiti "penalistici" del diritto di proprietà. L'autonomia delle fattispecie penali in tema di bancarotta rispetto alla disciplina non penale del fallimento*

Le norme penali che incriminano le condotte di bancarotta rappresentano uno dei casi più interessanti di interferenza fra "ordinamento" civile e penale. Una situazione "di interferenza" che dimostra che il concetto di unità dell'ordinamento giuridico non è espressione di un dogma o di un postulato aprioristico ma di una realtà del diritto positivo o, in altri termini, di una vera e propria necessità operativa.

Al di là della tendenza legislativa nel senso di affermare vieppiù, sul piano processuale, l'autonomia delle giurisdizioni, sul piano sostanziale il principio di unità dell'ordinamento costituisce una linea guida irrinunciabile per l'interpretazione delle norme di diritto materiale.

[*] Relazione al Convegno "Contratto e reato", Università degli Studi di Camerino – 23 e 24 Settembre 2011, con aggiunta di note.

Com'è noto Carnelutti, con espressioni divenute famose, considerava i reati fallimentari, ed in particolare i delitti di bancarotta, come "piante selvatiche", cresciute "al di fuori del recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale"[1].

Ed in effetti più che di piante selvatiche si dovrebbe parlare di piante esotiche, perché le fattispecie di bancarotta sono state spesso considerate come misteriose nella loro ragion d'essere e ciò non solo da parte dei cultori del diritto penale, ma anche da parte di quelli del diritto civile, o fallimentare[2].

Non sono rare in dottrina le affermazioni secondo le quali l'autore di una bancarotta viene punito sebbene eserciti il proprio diritto di proprietà. Uno dei maggiori studiosi della materia affermava, alcuni decenni orsono, che la condotta che realizza il delitto di bancarotta "sembra costituire a prima vista un atto di esercizio del diritto di proprietà da parte del debitore" e pertanto tale atto, "lecito dal punto di vista civile, costituirebbe un illecito unicamente dal punto di vista penale"[3]. Ed è anche diffusa in letteratura l'opinione di chi, partendo dalla premessa che le uniche norme precettive in materia fallimentare siano quelle non penali, o comunque siano le norme civili che disciplinano le obbligazioni assunte dall'imprenditore, considera in gran parte prive di ratio giustificativa le norme in tema di bancarotta e propone di limitare l'intervento delle norme penali in materia alle sole condotte di depauperamento dell'attivo patrimoniale già previste dalle disposizioni in tema di revocatoria fallimentare[4].

---

[1] CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone*, in *Riv. dir. process.*, 1956, p. 254.

[2] Come è stato esattamente rilevato, l'oggetto del fallimento è un oggetto spiccatamente interdisciplinare che rende, come tale, necessario ricondurre a coerenza le diverse parti del sistema. Lo stimolo nel senso di una ricostruzione sistematica dell'ordinamento penale fallimentare sarà probabilmente un effetto positivo del mancato intervento in materia penale.

[3] DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1926, I, p. 437, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, vol. II, Milano 1976, p. 704 e s.

[4] Cfr. sul punto, per tutti, D'ALESSANDRO, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, *Disposizioni penali e saggi conclusivi*, Milano, 2010, p. 25: "le norme penali, in ambito fallimentare, si pongono immediatamente quali strumenti di *enforcement* della disciplina civilistica di settore sicché, come è stato esattamente osservato, l'interprete si trova di fronte a un caso paradigmatico di diritto penale artificiale". V. anche Id., op. cit., p. 32 ed ivi ulteriori riferimenti alle opinioni secondo le quali è da considerare non giustificato l'intervento penale laddove il legislatore non abbia previsto una autonoma illiceità civile. Tali opinioni vengono sostenute, sovente, con richiamo al principio dell'estrema ratio in tema di intevento penale, principio che viene inteso nel senso che il legislatore penale potrebbe intervenire, almeno in questa materia, solo per sanzionare quelle condotte già valutate – e sanzionate – come illecite dal legislatore civile.

Ed in effetti sussiste - e viene a ragione avvertita - una certa eterogeneità fra le norme in tema di bancarotta e la disciplina civile del fallimento, soprattutto se si considera quest'ultima, secondo l'opinione dominante, coma una sorta di sottocategoria del procedimento civile di esecuzione, la cui unica specialità, rispetto al procedimento di esecuzione comune, o individuale, consisterebbe nell'essere quello fallimentare destinato all'imprenditore insolvente - e non al debitore "civile" insolvente - e di essere finalizzato alla tutela della par condicio creditorum.

Anche però se si considera la ratio del fallimento in maniera diversa - come si dirà più innanzi – le norme incriminatrici in tema di bancarotta mantengono comunque una lo-

---

In realtà "le norme penali in esame non sono affatto sanzionatorie di una precettistica precostituita" (PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, 1995, p. 4). Ed infatti il rapporto fra tutela penale e tutela civile (fermo restando il principio della estrema ratio, che va inteso anche come tendenza al risparmio della coercizione punitiva laddove alcuni conflitti possono essere risolti in maniera soddisfacente attraverso l'iniziativa e l'autonomia dei privati ed il ricorso a differenti sanzioni) è più complesso e non si lascia ridurre ad una situazione di dipendenza dell'una disciplina sull'altra, anche perché il rapporto fra normativa "civile" e "penale" deve tenere conto da un lato che in alcune ipotesi l'unica tutela possibile è quella penale (anche per l'impossibilità di individuare sia un danno risarcibile che un soggetto legittimato alla richiesta dello stesso; sia consentito rinviare sul punto al nostro *Teoria generale e mediazione penale*, in *Il nodo gordiano fra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Bari, 2012, p. 391 e ss.) da un altro lato che in altre ipotesi, come quella oggetto del presente studio, è proprio il legislatore "penale" che, con la posizione di un divieto assistito da pena, configura in via "originaria" una situazione giuridicamente rilevante anche in relazione agli effetti civili. In altri termini, l'"esistenza" di diritti soggettivi (o di altre situazione soggettive "civilisticamente" protette), ed il correlativo obbligo restitutorio o risarcitorio in caso di loro lesione, non è affidata alle sole leggi "civili" (ossia di normative che prevedano direttamente la posizione di obblighi assistiti da sanzioni di tipo civile, ossia risarcitorio o restitutorio o di annullamento), ma può essere, in alcune ipotesi, effetto anche di leggi "penali" (ossia di normative che prevedano la posizione di obblighi assistiti da sanzioni punitive). Leggi civili e penali partecipano a configurare l'ordinamento che deve avere, "operativamente", una sua unitarietà e, pertanto, deve anche essere interpretato unitariamente, nel senso che l'interprete deve – sin che sia possibile, giacché il diritto positivo, in alcuni casi, impone ostacoli non superabili dall'interpretazione - interpretare le disposizioni normative, al di là delle loro collocazione "topografica" nei testi di legge, ed anche al di là della sanzione esplicitamente prevista dalla singola fattispecie, in modo da fornire alla materio oggetto di interpretazione coerenza e ragionevolezza.

Una disposizione normativa come quella contenuta nell'art. 185 c.p. ("Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili") esprime proprio la sopra accennata necessità operativa di funzionamento ed interpretazione armonica di tutto l'ordinamento, ossia di raccordo coerente con tutti i suoi settori. La situazione giuridica soggettiva tutelata la cui lesione ("che abbia cagionato un danno", art. 185, secondo comma, c.p.) obblighi alle restituzioni od al risarcimento, non è necessariamente prevista da una legge civile ma può essere anche prevista – come nelle ipotesi che qui ci interessano (dove infatti il curatore può costituirsi parte civile, ex art. 240 l. fall., nel processo penale per bancarotta nei confronti del fallito o degli amministratori di società dichiarata fallita) - da una legge penale. Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'azione civile, anche in sede penale, del curatore fallimentare nei confronti dell'amministratore di società dichiarata fallita "ha un vasto ambito di tutela", nel senso che il curatore è "legittimato a far valere la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale dell'amministratore, rispettivamente, derivante dagli inadempimenti dei doveri nei confronti della società e degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" (Cass., Sez. V, n. 43102, 03.10.2007-22-11.2007, Rv. 238498, imp. Mazzotta ed altri, ed ivi citata la giurisprudenza civile di legittimità in tema di ambito di tutela dell'azione civile del curatore fallimentare).

ro autonomia rispetto alle specificità della disciplina del fallimento. Le norme in materia di bancarotta sono – per certi versi – *sovraordinate alla disciplina del fallimento* perché esse, come si chiarirà in seguito, rappresentano delle vere e proprie *norme di principio sullo statuto dell'impresa*.

2. *Fallimento e impresa. Il fallimento come procedura esecutiva. Funzione dichiarativa del fallimento come elemento essenziale della relativa disciplina*

Il fallimento non è solo una procedura esecutiva speciale, e la finalità di garantire la par condicio dei creditori non è la finalità principale di questo istituto.

Il fallimento è un istituto che presenta significativi aspetti sostanziali e, in particolare, aspetti caratterizzati da spiccate finalità pubblicistiche o, meglio, pubblicistico dichiarative.

La natura e la funzione del fallimento non è tanto legata al mero rapporto obbligatorio fra il debitore imprenditore ed i suoi creditori[5], quanto piuttosto alla istituzione sociale "impresa" ed in particolare alla necessità di predisporre uno strumento che elimini in maniera efficace le imprese disfunzionali.

Il fallimento, in altri termini, non è semplicemente una procedura esecutiva volta al soddisfacimento di obbligazioni rimaste inadempiute[6] ma rappresenta – nel suo momento di massima patologia – il riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'importanza, direi della centralità, dell'istituzione che chiamiamo impresa.

---

[5] Significativamente SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, p. 5, rileva che le sanzioni disposte contro l'imprenditore non troverebbero giustificazione *sul piano del mero rapporto individuale*. Da notare che tali sanzioni non sono solo quelle penali in senso proprio ma anche quelle – quali la pubblicità – previste dalle norme non penali della legge fallimentare.

[6] La soddisfazione dei creditori (finalità cui è certamente dedicato il prevalente numero delle disposizioni non penali contenute nel R.D. del 16 marzo 1942, n. 267) non costituisce l'ineliminabile ragion d'essere connaturata all'istituto del fallimento.
V., per es., RAGUSA MAGGIORE, *Fallimento, Presupposti del fallimento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIII, Roma, 1989, p. 2: "La soddisfazione forzata dei creditori lesi dall'insolvenza dell'imprenditore appare (…), se non l'unica finalità normalmente perseguita dal fallimento e dalle altre procedure concorsuali fondata sull'insolvenza, certamente la finalità principale, alla quale le altre finalità individuali (normali, probabili, possibili) vanno, se non subordinate, coordinate con maggiore o minore intensità".
Esiste però una finalità *sempre presente in ogni fallimento*, (anche quello che si chiuda per mancanza di domande di insinuazione) di carattere non individuale, ma pubblicistico, ed è *la finalità dichiarativa*.
Ciò è tanto vero che il citato Autore precisa che "a rigore, l'esistenza del fallimento è garantita anche dalle sole strutture e funzioni caratterizzanti il procedimento di apertura sfociato nella sentenza dichiarativa (non revocata o, a fortiori, non revocabile) ed il procedimento di chiusura (prodotto dalla mancanza di insinuazioni)" (ibidem).
Il che è dire che *il nucleo essenziale ed ineliminabile del fallimento è proprio quello avente funzione dichiarativa*.

Le fattispecie di bancarotta, d'altro lato, sono proprio poste a presidio *della possibilità* dell'esistenza di quella entità – o "istituzione", appunto – che è rappresentata dall'impresa.

Fallimento e reati fallimentari nascono, com'è noto, in un momento cruciale dell'evoluzione della società europea. Nei centri mercantili italiani all'alba del secondo millennio dopo Cristo il sistema economico si andava affrancando da quello politico ed apparivano nuove entità regolate secondo criteri non più politici ma economici. Nasceva l'impresa e con essa nasceva l'Europa mercantile il cui modello, nel giro di alcuni secoli, si sarebbe rivelato dominante nel mondo intero.

L'impresa costituiva un'entità economica, giuridica e sociale nuova, ignota, come tale, al mondo classico, in quanto autonoma dagli interessi soggettivi dell'imprenditore persona fisica e, pertanto, una vera e propria istituzione sociale.

La durezza delle prime norme in materia di fallimento e di bancarotta nelle città mercantili del tardo medioevo rappresenta "in negativo" questa "novità" costituita dall'impresa e l'importanza da essa assunta nella nuova società europea.

La moderna società europea, a questo punto - e ciò dura tutt'oggi a livello globale - inizia a definirsi sempre di più attraverso l'economia, ed i soggetti del sistema economico - i veri e propri "attori" dello stesso - diventano, da quel momento in poi, le imprese.

L'impresa diventa un'istituzione, una colonna portante della società e del suo benessere. Essa è fornita di credito e di visibilità. Si tratta di una realtà autonoma rispetto all'imprenditore, gli interessi della quale vengono difesi autonomamente dal diritto e vengono tenuti distinti da quelli soggettivi dell'imprenditore.

L'impresa non è soggetta ad una morte naturale; essa può sempre superare periodi di crisi ricorrendo al credito, un ricorso al credito che, essendo teoricamente illimitato, può trasformare l'impresa da istituzione creatrice di ricchezza in istituzione che invece tale ricchezza distrugge. Proprio per tale motivo la società si deve fornire di strumenti sicuri e di atti autoritativi attraverso i quali venga reso a tutti noto in maniera oggettiva ed indiscutibile quando taluni di tali soggetti dell'interazione sociale - le imprese, appunto - non appartengono più al traffico economico.

L'impresa "disfunzionale", ossia quella che distrugge ricchezza invece di crearla - quella "in stato di insolvenza" (art. 5 l. fall.) - deve essere eliminata dal traffico economico e giuridico ed a ciò provvede la disciplina, anche penale[7], del fallimento.

Il fallimento ha proprio la funzione di dichiarare pubblicamente ed oggettivamente la morte dell'impresa e di regolare in maniera equa ed ordinata la "spartizione delle spoglie" della stessa.

Si tratta pertanto di una funzione – al contempo dichiarativa e costitutiva – fondamentale per l'esistenza stessa dell'impresa. La fine di quest'ultima, infatti, come si è detto, non sempre avviene naturaliter e, del resto, una cessazione *non dichiarata* di un'impresa in crisi ed insolvente farebbe permanere in maniera equivoca nel traffico economico un soggetto che costituirebbe fonte di rischio per gli altri operatori, essa sarebbe cioè un elemento di disordine ed indebolirebbe in tal modo la credibilità dell'istituzione sociale impresa.

Ecco perché, con un atto fondamentale di "polizia economica", è necessario un *intervento autoritativo* che dichiari pubblicamente la fine dell'impresa e ne amministri in maniera ordinata ed equa la spartizione delle spoglie[8].

La rottura del banco del commerciante fallito effettuata coram populo nelle città mercantili dell'Italia comunale serviva a dichiarare con atto autoritativo, oggettivo ed indiscutibile, che quella istituzione impresa era morta, non apparteneva più al traffico economico e sociale[9].

---

[7] L'imprenditore, infatti, in certe circostanze, ha l'obbligo, penalmente sanzionato (art. 217, I comma, n. 4, l. fall.), di richiedere il proprio fallimento.
L'astensione dalla richiesta di dichiarazione di fallimento non rileva ex se ma solo quando tale omissione abbia aggravato il dissesto dell'impresa. La continuazione della gestione dell'impresa in situazione di difficoltà economica, pertanto, deve svolgersi entro i limiti dell'"ordinaria prudenza", e tale regola di buona amministrazione dell'impresa va valutata ed individuata "secondo la comune logica imprenditoriale", una logica imprenditoriale che valga a giustificare "iniziative" "ragionevolmente dotate di probabilità di successo" (Cass., Sez. V, n. 24231, 20.03.2003-04.06.2003, imp. Griffini ed altro, Rv. 225938, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3101). Sul punto sia consentito rinviare a PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini, vol. VI, Torino, 2012, p. 169 e ss.

[8] Sia consentito rinviare ancora a PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, cit., p. 147 e ss.

[9] In un periodo storico nel quale l'impresa era essenzialmente individuale ed il patrimonio dell'impresa stessa si identificava con il patrimonio dell'imprenditore la dichiarazione di morte dell'impresa non poteva che colpire lo stesso imprenditore con il noto marchio di infamia (ricordato in tutti gli studi storici sul fallimento; cfr. la ricostruzione delle diverse forme pubbliche di stigmatizzazione del fallimento e del fallito praticate in Italia nell'età comunale, di recente, in GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Milano, 2009, p. 32 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti) che in quelle epoche caratterizzava il fallimento.
In questo senso si può dire che, agli albori dell'istituto, si verificava certamente una sorta di sovrapposizione fra una sanzione di tipo dichiarativo (o di polizia economica), quella cioè che aveva come scopo la dichiara-

In tal modo si rendeva possibile la circostanza che la sfiducia nella singola impresa decotta non si propagasse a tutto il sistema delle imprese, la fiducia nel quale, al contrario, veniva rafforzata dalla eliminazione ope judicis, e quindi con atto pubblico e solenne, della singola impresa insolvente.

La recente riforma fallimentare ha, come è noto, eliminato alcuni degli aspetti più gravosi e stigmatizzanti di pubblicità a carico del fallito, ma ha mantenuto, quale necessario mezzo di pubblicità, l'annotazione della sentenza dichiarativa di fallimento presso l'ufficio del registro delle imprese (art. 17 l. fall.).

3. *Bancarotte, interessi dei creditori ed interesse dell'"impresa in sé". L'autonomia degli "interessi" dell'impresa rispetto a quelli dell'imprenditore. Il "fine" dell'impresa. Il "profitto"*

Anche le fattispecie penali di bancarotta tutelano l'interesse dell'impresa in sé, un interesse *diverso* da quello del singolo imprenditore e che può anzi essere – come dimostrato dall'esistenza stessa dei delitti di bancarotta – in conflitto con l'interesse individuale del singolo imprenditore.

---

zione, come detto, di "morte" dell'impresa, ed una sanzione di tipo punitivo che aveva invece lo scopo di qualificare negativamente – attraverso la punizione dl colpevole – condotte di sviamento del patrimonio dell'impresa.

Il noto brocardo "decoctor ergo fraudator" racchiude in sé proprio l'accennata ambiguità la quale non è, come tale, più accettabile in una visione più evoluta e moderna del diritto fallimentare (penale e non); un'ambiguità, del resto, della quale il moderno diritto fallimentare sta cercando a fatica di liberarsi. Testimone di questo sforzo è la giurisprudenza che sempre più si allontana da presunzioni di distrazione legate alla sola sussistenza di passività fallimentari desunte dalla sola annotazione contabile (cfr., per es., Cass., Sez. V, n. 40726, 06.11.2006-14.12.2006, imp. Abbate, Rv. 235767, secondo la quale l'accertamento della previa disponibilità da parte del fallito dei beni dell'impresa non rinvenuti da parte degli organi fallimentari "non è condizionato da alcun onere di dimostrazione in capo al fallito né da alcuna presunzione"), oppure ancora la giurisprudenza sulla c.d. "bancarotta riparata" (sulla quale v. infra). Certamente alcune "rigidità" ancora presenti nel diritto positivo possono probabilmente essere superate solo da un intervento legislativo. Ci si riferisce in particolare ai limiti edittali in tema di bancarotta al mancato coordinamento di fondo fra le norme in tema di bancarotta e quelle in tema di infedeltà patrimoniale.

Da ultimo è da segnalare che un ulteriore elemento di ambiguità che ancora grava in certe rappresentazioni della responsabilità penale per bancarotta - e che costituisce anch'esso un retaggio storico della figura che stiamo trattando - è costituito dalla circostanza che, alla nascita dell'istituto, hanno sicuramente convissuto, nella sanzione inflitta a titolo di bancarotta all'imprenditore fallito, oltre agli elementi dichiarativi e propriamente (e "modernamente") punitivi sopra illustrati, anche elementi di responsabilità "personale" per l'inadempimento di obbligazioni "civili", una responsabilità personale per debiti oggi superata in tutti gli ordinamenti moderni dove, attualmente, la responsabilità per l'adempimento delle obbligazioni civili ha solo natura patrimoniale (art. 2740 c.c.), ma che, come è noto, è sopravvissuta in molti ordinamenti giuridici europei fino al secolo XIX (v., sul punto, PACE, *Contrainte par corps. L'arresto personale per debiti nell'Italia liberale*, Torino, 2004).

Le fattispecie di bancarotta concorrono infatti, insieme a tutta la disciplina del fallimento, alla tutela della istituzione impresa, alla tutela cioè della credibilità – del vero e proprio credito – e della corretta destinazione economica dell'impresa stessa e con essa della propria funzione sociale.

L'impresa risponde ad un interesse oggettivo che è quello *del proprio stesso funzionamento e durata nel tempo* e che consiste nel *produrre ricchezza* o, in altri termini *profitto.*

In questo senso la durata ed il corretto funzionamento dell'impresa tutela – o garantisce – i creditori; il che naturalmente non significa che il fine dell'impresa sia quello della soddisfazione dei creditori poiché l'impresa è una istituzione sociale e, come tale, la sua funzione non è comprensibile con la logica lineare del mezzo per lo scopo, ma deve essere intesa in senso dinamico e, per così dire, "circolare": è la stessa durata di un'impresa produttrice di ricchezza che apporta benefici all'intero corpo sociale[10].

[10] Il dibattito fra i cultori del diritto civile e commerciale, ma anche, di riflesso fra quelli del diritto penale, nato dall'idea di "impresa in sé", elaborata, come è noto, da RATHENAU, *Vom Aktienwesen*, 1917, passim, si è sovente incentrato sul quesito se l'interesse dell'impresa consistesse nel soddisfare (e tutelare) gli interessi degli azionisti, oppure quello dei creditori, oppure ancora quello dei dipendenti della stessa (cfr., per tutti, RICHERS, *Das Unternehmen an sich*, 1996, passim. In relazione alla fattispecie di infedeltà patrimoniale, che nel codice penale tedesco non è sottoposta alla condizione di procedibilità della querela della persona offesa, posizioni analoghe in HOFFMANN, *Untreue und Unternehmensinteresse*, 2010, p. 17 e ss.; p. 277 e ss. che in tali interessi vede dei possibili "beni giuridici" tutelati dalla fattispecie di infedeltà patrimoniale e giunge così ad escludere, per impossibilità di concretizzare lo stesso in un bene giuridico individuale, l'interesse dell'impresa dal novero dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie di infedeltà. Sul punto v. infra in relazione alla bancarotta).
La suddetta parcellizzazione, od individualizzazione, degli interessi tutelati, imposta dal meccanismo di tutela propria del diritto civile che si basa sulla iniziativa e sull'interesse di soggetti privati individualizzati, ma non imposta dal meccanismo di tutela del diritto penale che invece si basa, in via di principio, sulla iniziativa e sull'interesse pubblico, ha determinato un calo di interesse della dottrina civilistica in relazione al predetto concetto di interesse dell'impresa in sé, calo di interesse che si è trasmesso anche al settore penale, dove invece una tale "parcellizzazione" od individualizzazione degli interessi – o "beni giuridici" – tutelati, non è affatto necessaria.
La discussione sul concetto di interesse dell'impresa in sé ha così, sul piano generale, perso di vista la circostanza che l'impresa, come qualsiasi istituzione sociale, apporta benefici all'intero corpo sociale e che tali benefici sono certamente anzitutto economici ma non si limitano alla sola sfera economica. Non a caso RATHENAU, op. cit., p. 23 e ss., nell'esporre il nuovo concetto di "impresa in sé", accostava il significato e la funzione "pubblica" dell'impresa a quello di altre istituzioni sociali, non economiche (o non primariamente economiche), quali, secondo Rathenau, la Chiesa o lo stesso Stato e, si potrebbe aggiungere, i Comuni, le Corporazioni, gli Ordini religiosi.
Di una analoga tendenza alla parcellizzazione della individuazione degli interessi tutelati dalle fattispecie di bancarotta - e, in misura per certi versi parallela, da quella di infedeltà patrimoniale – soffre anche il dibattito in tema di interessi tutelati (o di "bene giuridico protetto") dalla fattispecie di bancarotta stessa, dove si oscilla da una visione troppo individualizzante (gli interessi dei creditori) ad una troppo generale (l'economia pubblica) degli interessi tutelati, mentre la fattispecie de qua tutela, come illustrato nel testo, più propriamente la corretta destinazione del patrimonio dell'impresa e pertanto *la corretta gestione della stessa al fine della produzione di ricchezza* ed in tal modo - solo, pertanto, *mediatamente* - gli interessi dei creditori e quelli dell'economia pubblica.

Proprio la funzione sociale che caratterizza l'impresa – come istituzione destinata a produrre ricchezza "oggettiva" – esclude che l'interesse della stessa possa coincidere con l'interesse all'arricchimento personale del singolo imprenditore. L'impresa, in altri termini, *non può essere considerata come una mera estensione del diritto di proprietà dell'imprenditore*, ma è, lo si ripete, un'entità oggettiva, autonoma dall'imprenditore stesso – un'istituzione, appunto.

Del resto, che ogni impresa – al di là della esistenza o meno di una piena "personalità giuridica" – come soggetto, sia sempre in qualche misura autonoma dalla soggettività del singolo imprenditore persona fisica, è testimoniato dalla disciplina contenuta nell'art. 1330 c.c. ("Morte o incapacità dell'imprenditore") la quale dispone che non solo l'obbligazione di origine contrattuale assunta dall'imprenditore, ma anche la fase precedente alla conclusione del contratto, quella della proposta e dell'accettazione, *è indifferente rispetto al destino soggettivo dell'imprenditore persona fisica*, sopravvive al venire meno della sua esistenza fisica o giuridica – "morte o incapacità" – e *va pertanto imputata all'impresa* anche se quest'ultima non è dotata di formale personalità giuridica, ossia di formale separazione del patrimonio dell'impresa da quello "privato" dell'imprenditore.

E che l'impresa abbia comunque sempre – tranne le "piccole" imprese[11] – una sua autonomia rispetto all'imprenditore persona fisica, e che pertanto *il fallimento si rivolga essenzialmente all'impresa* – dichiarandone la "morte", o cessazione, e spartendo le spoglie della

[11] La qualità di impresa soggetta al fallimento è attualmente, come è noto, tipizzata all'interno di parametri quantitativi dall'art. 1 della l. fall,. ultimamente novellato dall'art. 1 del d.ls del 12 settembre 2007, n. 169. La sopra citata disposizione normativa contiene un'inversione dell'onere della prova dei requisiti di fallibilità, onere che è posto a carico dell'imprenditore. Tale inversione dell'onere probatorio, riverberandosi, attraverso la sentenza dichiarative di fallimento, non solo sulle qualità del soggetto attivo ma anche sull'intera area applicativa delle fattispecie penali di bancarotta, stante l'insindacabilità in sede penale, sotto tale profilo, della sentenza civile dichiarativa di fallimento ("Il giudice penale, investito del giudizio relativo ai reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n. 267, non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore", Cass., Sez. Un., n. 19601, 28.02.2008-15.05.2008, imp. Niccoli, Rv. 239398, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592, con nota di AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*; in senso conforme, Cass., Sez. V, n. 40404, 08.05.2009-16.10.2009, imp. Melucci, Rv. 245427; precedentemente, nel senso che "la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel processo penale, per cui spetta al giudice il potere dovere di verificare autonomamente, tra l'altro, se l'imputato possa o meno essere considerato piccolo imprenditore, non soggetto come tale, al fallimento", Cass., Sez. V, n. 43076, 18.10.2007-21.11.2007, imp. Rizzo, Rv. 237547), appare di dubbia costituzionalità (nel senso del contrasto dell'art. 1 l. fall.con l'art. 27, II comma, Cost., SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 16 e ss.). Sulla problematica relativa alla valutazione autonoma del giudice penale degli elementi rilevanti per la "fallibilità" dell'imprenditore, v., per tutti, MANNA, *La sentenza dichiarativa di fallimento alla luce del novellato art. 1 l. fall.*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., p. 72 e ss.

stessa fra i creditori – *e solo per il perseguimento degli scopi anzidetti relativi all'impresa si rivolga "contro" l'imprenditore*, è ulteriormente dimostrato dalla circostanza che la legge fallimentare, all'art. 11, preveda il fallimento dell'imprenditore defunto: forse nessuna norma più di questa esprime icasticamente come la vera "fallita" sia l'impresa e non l'imprenditore, il quale, nell'ipotesi di cui all'art. 11 l. fall., non è neanche più in vita.

L'imprenditore ha l'onere di perseguire il proprio *soggettivo* profitto attraverso l'*oggettivo* profitto dell'impresa. In altri termini, l'imprenditore si può arricchire lecitamente *solo* garantendo il corretto funzionamento dell'impresa che consiste nel generare profitto oggettivo, ossia un utile non solo per l'imprenditore ma anche per tutti i soggetti con i quali l'impresa si relaziona, ossia per l'intera società.

4. *Il significato della condotta di bancarotta patrimoniale e la proprietà "commerciale". Il vincolo di destinazione dei beni dell'imprenditore*

La condotta di bancarotta patrimoniale – sia essa semplice o fraudolenta, ossia colposa o dolosa – consiste nella *diminuzione dell'attivo patrimoniale dell'impresa non giustificato dalla funzione oggettiva dell'impresa stessa.*

La condotta di bancarotta, in altri termini, costituisce una lesione dell'autonomia del patrimonio dell'impresa ossia del suo vincolo di destinazione al "fine della produzione o scambio di beni e servizi" (art. 2092 c.c.).

L'imprenditore, pertanto, anche quando ha la proprietà dei beni dell'impresa, non ha sugli stessi il medesimo jus utendi ac abutendi che sui propri beni ha il proprietario "civile", i beni dell'imprenditore sono vincolati al perseguimento della finalità del profitto oggettivo, ed il profitto soggettivo dell'imprenditore è ammesso solo nella misura in cui esso si concili con il profitto oggettivo dell'impresa[12].

[12] Il giudice penale – nel valutare le condotte di bancarotta, sia semplice che fraudolenta – deve valutare le stesse alla stregua delle "business rules", così come lo stesso magistero punitivo deve valutare, per es. in tema di colpa medica, le condotte del sanitario alla stregua delle "regole dell'arte medica".
Che i criteri della diligenza imprenditoriale o della correttezza economica costituiscano un limite oggettivo di tutte le fattispecie di bancarotta, anche di quella fraudolenta, è precisato da Cass., Sez. V, 28.06.1989-12.10.1989, n. 13600: "Non è responsabile del reato di bancarotta per distrazione né l'imprenditore che, pur alienando un bene, lo faccia seguendo criteri economici non scorretti ed intenda utilizzare il ricavato per estinguere i debiti contratti nella gestione dell'impresa stessa; né chi, a siffatta alienazione pervenga soltanto per poter disporre, in breve tempo, di congrui finanziamenti, necessari per superare un temporaneo stato di disse-

La violazione di tale vincolo di destinazione dei beni – indipendentemente dal danno arrecato al singolo creditore ed ancor meno dall'inadempimento – e pertanto "l'impoverimento" dell'impresa, costituisce il fondamento della responsabilità penale a titolo di bancarotta.

Le recenti pronunce giurisprudenziali in tema di "bancarotta riparata"[13], dando rilevanza ad una sorta di resipiscenza prefallimentare[14], introducono una causa di non punibili-

---

sto: in entrambi i casi, pur risultando mutata la destinazione del bene, gli interessi dei creditori non risultano pregiudicati".
Più di recente la Corte di Cassazione ha utilizzato il concetto di rischio dell'operazione economica in tema di bancarotta, precisando che non tutte le operazioni rischiose vadano considerate rilevanti ai sensi dell'art. 217, I comma, n. 2, L. fall., poiché le "operazioni di grave imprudenza sono quelle caratterizzate da alto grado di rischio" (Cass., Sez. V, n. 2431, 20.03.2003-04.06.2003, imp. Griffini ed altro, Rv. 225937).
Il concetto di "Business Judgment Rule", di origine nordamericana, non deriva da norme scritte ma è di fonte giurisprudenziale. La giurisprudenza degli USA, a sua volta, si ricollega a due "modelli" guida. Il primo è quello elaborato dall'American Law Institute, Principle of Corporate Governance: Analysis and Recomandations, Volume I, 1994, § 4.01 (c). Tale "modello" di "Business Judgment Rule" fa riferimento alla "buna fede", all'assenza di conflitto di interessi fra amministratore e società, alla "ragionevolezza" della "valutazione economica" ed infine "all'interesse della società". La seconda "regola guida" è quella formulata dalla Delaware Supreme Court, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984); anche qui si fa riferimento, oltre che al dovere di informazione ed alla buona fede, all'"interesse delle società". Entrambi i "modelli" rivelano notevoli somiglianze (se si eccettua che il criterio di ragionevolezza è indicato solo nel primo modello, nel secondo è però indicato il criterio di buona fede che non può, come tale, avere una connotazione solo psicologica ma che deve avere delle caratteristiche anche oggettive le quali, pertanto, accostano tale "clausola" al criterio di ragionevolezza) ed in particolare, significativamente, in entrambi i modelli viene indicato l'interesse della società – e non quello dei detentori del capitale sociale – come l'interesse a cui si deve ispirare la condotta di gestione dell'amministratore si società commerciale.
Il diritto societario italiano, in tema di responsabilità degli amministratori di società, fa riferimento alla "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze" (art. 2392 c.c.) e la giurisprudenza precisa che si tratta di un "generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione" (Cass. civ., Sez. I, n. 5718, 23.03.2004, Rv. 571391) e che coloro che sono soggetti a tale obbligo "vanno individuati anche nell'ambito del diritto privato (così come in quello del diritto penale ed amministrativo …) non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate" (Cass. civ., Sez. I, n. 1925, 06.03.1999; più di recente Cass. civ., Sez. I, n. 28819, 05.12.2008). Non risulta pertanto indicato se la diligenza degli amministratori debba essere commisurata in relazione al solo perseguimento degli interessi degli azionisti, o comunque dei detentori del capitale sociale, od anche (o prevalentemente) in relazione al perseguimento degli interessi della società.
Sulla scorta dell'esperienza nordamericana, la legge sulla società per azioni tedesca (AktG), riformata sul punto nel 2005, stabilisce, al § 93, I comma, che gli amministratori devono agire, "ragionevolmente", "per il bene della società". Nella nuova disposizione in tema di diligenza degli amministratori di società vigente in Germania, pertanto, viene attualmente esplicitato, oltre al criterio di ragionevolezza, anche che l'interesse che deve essere perseguito in via prioritaria dagli amministratori più che quello dei detentori del capitale sociale è l'interesse oggettivo dell'impresa.

[13] "La condotta distrattiva è penalmente irrilevante (…) se i suoi effetti negativi vengano meno (…) prima della dichiarazione di fallimento"; così già Cass., Sez. V pen., 29.11.1990, n. 15850, ud. 26.6.1990, imp. Bordoni, in *Cass. pen.*, 1991, p. 828 con nota di CARRERI, *Nuova prospettazione di una veccia questione sulla controversa struttura del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1142, con nota di DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obbiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa* ed in *Cass. pen.*, 1992, p. 1606, con nota di ANGELINI, *Responsabilità per bancarotta fraudolenta dell'amministratore assente*. Fra le altre v., successivamente, Cass.

tà (od un limite alla tipicità) che tiene conto dell'"instabilità" – o "non definitività" - della situazione dell'impresa prima della sentenza dichiarativa di fallimento ma non un elemento di danno concreto, o un profilo di offensività di natura patrimoniale individuale, tale da limitare l'operatività della fattispecie alle ipotesi di sussistenza di passività; la predetta giurisprudenza in tema di c.d. "bancarotta riparata" non muta pertanto la ratio della fattispecie trasformandola in una disposizione meramente accessoria alla disciplina civilistica in materia di inadempimento. Punito, infatti, in ogni caso, non è il mero inadempimento ma la distrazione di cespiti patrimoniali dalle finalità dell'impresa, allorché tali distrazioni non vengano "riparate" prima della sentenza dichiarativa.

La sopra indicata responsabilità a titolo di bancarotta – penale, ma anche civile - è tale da superare lo "schermo" della personalità giuridica nelle imprese gestite in forma societaria e dotate di autonomia patrimoniale. L'amministratore di fatto, colui cioè che in concreto gestisce e trae profitto dall'impresa, "l'imprenditore reale", è chiamato infatti a rispondere (come detto, non solo penalmente ma anche civilmente), e ciò anche nelle società "anonime", a titolo di bancarotta.

Pertanto, muovendo da un concetto unitario di proprietà, modellato su quello classico del proprietario "civile", dotato di jus utendi ac abutendi sui suoi beni, non è possibile comprendere la ratio dei delitti di bancarotta. In realtà, evidentemente, la proprietà dell'imprenditore - la proprietà "commerciale" - con il suo vincolo di destinazione oggettivo che risponde ad interessi che, nella loro oggettività, sono diversi e distinti da quelli stret-

---

pen., Sez. V, n. 7212, 26.01.2006 - 27.02.2006, in *Riv. trim. dir. pen. econom*., 2006, fasc. 3, p. 745 e ss. con nota di ZAMPANO, *Bancarotta "riparata" e principio di offensività.* Già NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, 1955, p. 43, aveva sostenuto che le condotte riparatorie delle distrazioni nella bancarotta andavano considerate come cause di non punibilità.

Sul punto si deve rilevare che la sottrazione di cespiti patrimoniali all'impresa, anche quando sia stata "riparata", può comunque avere arrecato danno all'impresa stessa. Infatti, secondo ZAMPANO, op. cit., p. 754, "il giudice dovrà verificare che non residuino conseguenza negative indirette, come può accadere se la restituzione non sia stata sufficientemente pronta, e quindi la distrazione si sia protratta per un tempo sufficiente a comportare menomazioni patrimoniali". V. anche in merito, PEDRAZZI,op. cit., p. 24 e ss. Secondo SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit. p. 90 e ss. la predetta giurisprudenza sulla bancarotta riparata rappresenta un primo tentativo di passaggio da una concezione della bancarotta come reato di pericolo presunto ad uno di pericolo concreto.

[14] La c.d. "bancarotta riparata" sembra consistere in vere e proprie condotte riparatorie sorrette da un requisito di "volontarietà" analogo a quello previsto in tema di desistenza e di recesso e sembra pertanto che non rilevi "per se" la mera assenza di danno nei confronti dei creditori. La "riparazione", inoltre, deve realizzarsi prima dell'intervento della sentenza dichiarativa, cosicché, per tal duplice ordine di motivi, non rileva il recupero del bene a seguito di azione revocatoria: cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 39635, 23.09.2010 - 10.11.2010, imp. Calderoni, Rv. 248658.

tamente individuali e soggettivi dell'imprenditore proprietario dei beni stessi, ha uno statuto diverso rispetto alla proprietà "civile".

La proprietà dell'imprenditore è pertanto sottoposta ad un diverso regime - o "statuto" - rispetto alla proprietà "civile". Tale diverso "statuto" della proprietà "commerciale" - i limiti ed il contenuto di questo diritto - non trova definizione nelle norme "civili", ma trova definizione e limiti *in maniera originaria* nelle norme penali sulla bancarotta, le quali assumono così una posizione di *norme di principio* che trascendono la disciplina fallimentare e che disegnano non solo lo statuto penale dell'imprenditore ma anche in maniere determinante il suo statuto proprietario.

La particolarità della disciplina della proprietà dell'imprenditore sui suoi beni, l'essere gli stessi vincolati, come si è visto, ad uno scopo, la circostanza che le più gravi distrazioni dallo scopo sono fonte di responsabilità penale, è costituita quindi proprio dalla circostanza che tali "abusi" del diritto di proprietà non trovano limiti – al di là delle ipotesi di revocatoria, che però hanno una applicazione ben meno estensiva delle norme penali – nella legislazione civile, ma solo in quella penale.

Ciò ovviamente non significa che vi sia contrasto fra disciplina civile e quella penale, ma soltanto che alcune norme ed istituti tipicamente "civili" trovano il loro limite dettato in un altro settore dell'ordinamento, nella specie in quello penale.

La contraddizione fra disciplina "civile" e quella "penale" in materia di facoltà di disposizione da parte dell'imprenditore dei propri beni è pertanto solo apparente e deriva da una visione della proprietà che, in quanto discendente dall'assoluto jus utendi ac abutendi della proprietà "civile", non corrisponde alla reale disciplina della proprietà "commerciale", ossia quella dell'imprenditore sui beni dell'impresa, che invece, come visto, è disciplinata in modo da garantire il vincolo dei beni stessi ai fini dell'impresa.

5. *L'operatività delle fattispecie di bancarotta condizionata dalla disciplina extrapenale. La sentenza dichiarativa di fallimento. Bancarotta, inadempimento, danno individuale arrecato ai creditori, esito della procedura fallimentare. "Bancarotta riparata".*

Mentre i limiti del diritto di proprietà dell'imprenditore sui suoi beni sono tracciati dalle norme penali che prevedono i delitti di bancarotta, l'operatività invece di queste ulti-

me a seguito della violazione del predetto vincolo di destinazione è invece condizionata dalla normativa extrapenale del fallimento, le fattispecie penali in tema di bancarotta non si applicano, infatti, in ogni caso nel momento della violazione del vincolo di destinazione, ma *solo allorché la sentenza dichiarativa di fallimento abbia sancito la morte dell'impresa*.

Qui sono le norme extrapenali a condizionare *in via originaria* l'ambito di operatività delle norme penali, nella specie, in tema di bancarotta.

Anche in questo caso è l'interesse generale e non quello individuale a dettare la disciplina: l'interesse sociale alla continuità di una impresa ancora funzionante - e quindi produttiva di ricchezza - prevale su quello (a questo punto da considerare "astratto") della punizione dell'autore di una condotta antidoverosa.

La responsabilità penale a titolo di bancarotta, proprio perché le fattispecie in oggetto presidiano il corretto funzionamento dell'impresa e la corretta destinazione del suo patrimonio, è svincolata dalla realizzazione di un danno nei confronti di un creditore, e quindi dall'inadempimento. Per giurisprudenza costante[15], infatti, l'imprenditore risponde di bancarotta anche nell'ipotesi in cui il fallimento si chiuda senza passività.

Il più recente emergere nella giurisprudenza del riconoscimento dell'effetto esimente dei pagamenti reintegrativi prefallimentari - c.d. "bancarotta riparata" – piuttosto che introdurre un elemento di offensività patrimoniale nella fattispecie riconosce, come detto, la "non definitività" di alcune disposizioni patrimoniali prima dell'avverarsi della condizione

[15] Cfr., fra le tante, di recente, Cass. pen., Sez. V, n. 11633, 08.02.2012 Cc., dep. 26.03.2012, imp. Lombardi Stronati, Rv. 252307: "Il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione è un reato di pericolo e non è dunque necessario, per la sua sussistenza, la prova che la condotta abbia causato un effettivo pregiudizio ai creditori, il quale rileva esclusivamente ai fini della eventuale configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 219 legge fallimentare". "La chiusura del fallimento, sia pure per integrale soddisfazione dei creditori, non fa cessare gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e non fa venir meno il reato di bancarotta. Soltanto la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, la quale fa venir meno la condizione necessaria per la punibilità del fatto, esclude il reato" (Cass. pen., Sez. V, n. 55, 18.01.1967 - 28.02.1967, imp.: Guiscardo, Rv. 103590). Ribadisce il principio, di recente, Cass. pen., Sez. V, n. 21872, 25.03.2010 - 08.06.2010, imp. Laudiero, Rv. 247443. V. anche Cass. pen., Sez. V, n. 1336, 05.11.1986 - 06.02.1987, imp. Scudieri: "La chiusura del fallimento per sopravvenuta mancanza di passivo (nella specie per rinuncia dell'unico creditore insinuato) espressamente prevista dall'art. 118 n. 1 e 2 legga fallimentare non esclude la legittimità e l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento e non fa venir meno obbiettivamente il reato di bancarotta (nella specie fraudolenta) sul quale incide solo la revoca del fallimento, pronunciabile ex art. 19 legge fallimentare (a seguito di opposizione), nel caso d'insussistenza dello stato di insolvenza al momento della dichiarazione di fallimento. Per le stesse ragioni, pertanto, la menzionata chiusura non esclude l'elemento subiettivo del reato, consumato, di norma, al momento della dichiarazione di fallimento".

obbiettiva di punibilità. Le condotte "riparatorie" poste in essere prima della sentenza dichiarativa hanno l'effetto, in questa prospettiva, di escludere la punibilità.

Il nucleo centrale delle fattispecie di bancarotta rimane però ancora costituito dallo sviamento – sia esso doloso o colposo – di risorse dai fini propri dell'impresa, uno sviamento od una distrazione che non siano stati reintegrati, ed è questa la novità introdotta dalla giurisprudenza in tema di c.d. "bancarotta riparata", prima della sentenza dichiarativa di fallimento.

La circostanza che ad uno o più creditori sia stato arrecato un reale pregiudizio non costituisce un elemento della fattispecie di bancarotta che, pertanto, non è collegata ad un evento di danno economico individuale ma rimane ancora incentrata sullo sviamento di risorse dell'impresa dal loro fine proprio e, quindi, con riferimento agli interessi dei creditori, un mero reato di pericolo[16].

---

[16] L'istituto della bancarotta configura una tutela sotto condizione. L'avverarsi o meno di tale condizione (costituita dalla sentenza dichiarativa di fallimento) è totalmente svincolato da un giudizio di meritevolezza nei confronti della condotta del soggetto agente.
L'imprenditore può avere posto in essere operazioni distrattive (dolose o colpose), anche di notevole rilevanza, esse possono, per vari motivi, (perché, per es., il patrimonio dell'impresa è di molto superiore agli ammanchi, perché l'imprenditore beneficia di un inatteso ed ingente lascito, ecc.) non avere cagionato lo stato di insolvenza e pertanto l'imprenditore, per ragioni del tutto svincolate dal proprio "merito", non verrà dichiarato fallito e le condotte di bancarotta non saranno punibili.
Anche in caso di soluzioni prefallimentari dello stato di crisi, come quella prevista dal nuovo istituto relativo agli "accordi di ristrutturazione dei debiti" (art. 182 bis l. fall.), nel caso in cui le eventuali condotte distrattive precedentemente poste in essere dall'imprenditore non costituiscano ostacolo all'omologazione dell'accordo e che non venga dichiarato il fallimento (che può verificarsi anche successivamente all'accordo di ristrutturazione), le predette precedenti condotte distrattive non verranno punite per il mancato avverarsi della condizione di punibilità costituita dalla sentenza dichiarativa di fallimento, esattamente come nell'ipotesi nella quale alle condotte distrattive non segua (magari, come esposto nell'esempio sopra illustrato, a causa di un inatteso lascito) uno stato di insolvenza e non si verifichi il fallimento. L'accordo di ristrutturazione dei debiti, così come ogni altra vicenda precedente al fallimento modificativa od estintiva dei rapporti obbligatori in capo al fallito, non incide sulla rilevanza penale delle condotte di bancarotta.
La sentenza dichiarativa di fallimento può venire meno per le situazioni più disparate, siano esse collegate alla volontà dell'imprenditore che abbia commesso precedenti condotte distrattive (come nell'ipotesi degli accordi di ristrutturazione) siano esse invece del tutto indipendenti dalla volontà stessa (come nell'ipotesi che lo stato di insolvenza venga evitato a ragione di un inatteso lascito, di una regalia, oppure di un investimento eccezionalmente redditizio). Naturalmente, come detto, nulla impedisce che l'imprenditore, venutosi successivamente a trovare in stato di insolvenza, sia dichiarato fallito e debba a questo punto rispondere dei fatti di bancarotta precedentemente commessi.
Tale situazione di tutela sotto condizione non muta l'"oggettività giuridica" - o la *ratio* - dei delitti in esame. La situazione di tutela "sotto condizione" costituisce una caratteristica tipica di tutti i delitti sottoposti ad una condizione obbiettiva di punibilità la quale, come tale, rappresenta un meccanismo selettivo delle condotte penalmente rilevanti non collegato a ragioni di "meritevolezza" riferibili al soggetto agente. La sentenza dichiarativa di fallimento, ed il fallimento stesso, non rappresentano né l'evento (né, tantomeno, l'"evento dannoso") delle condotte di bancarotta, ma valgono solo a costituire un limite oggettivo alla loro punibilità. La

Norme *non penali* sul fallimento e norme *penali* sulle bancarotte concorrono pertanto a delineare lo statuto dell'impresa in relazione a due momenti essenziali della vita della stessa: la sua cessazione e la corretta destinazione del suo patrimonio[17].

Abstract

The paper examines the interference between the criminal offense of bankruptcy and civil discipline of failure, with particular reference to the operations for businesses affected by the bankruptcy adjudication of bankruptcy and the resulting outcomes.

stessa nota e consolidata giurisprudenza che considera il fallimento come un evento del reato (sulla quale in questa sede non ci si sofferma, sia consentito sul punto rinviare a PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, cit. p. 159 e ss.) ha sempre precisato sul punto che si tratta di un evento assolutamente sui generis in quanto totalmente svincolato sul piano causale dalle condotte di bancarotta e quindi, come tale, "non addebitabile" al fallito.
I reati di bancarotta non sono reati di danno nei confronti dei creditori perché non è necessario, per la loro punibilità, che si sia verificato un reale danno economico nei confronti di uno o più creditori. La pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento attesta e dichiara solo uno stato di insolvenza dell'impresa e, con esso, la cessazione dell'impresa stessa, uno stato di insolvenza che può anche non essere addebitabile al fallito e che non è necessariamente collegato causalmente, neanche in via "mediata" o "indiretta", alle condotte di bancarotta, e la sentenza stessa rimane una valida condizione obbiettiva di punibilità anche nell'ipotesi in cui i creditori, magari perché soddisfatti contestualmente alla pronuncia della sentenza, non si insinuino al fallimento.

[17] Certamente, come da più parti rilevato, le vigenti norme penali fallimentari, e segnatamente quelle in tema di bancarotte, tutte antecedenti all'entrata in vigore della Costituzione, sono caratterizzate, sotto taluni aspetti, tra gli altri sul piano sanzionatorio, da un'asprezza che, per alcuni versi, mal si concilia col mutato spirito espresso dalle recenti riforme fallimentari che sono ispirate, oltre che alle "classiche" finalità del diritto fallimentare illustrate nel testo, anche al recupero, quando possibile, dell'attività di impresa e da una spiccata attenuazione dei caratteri stigmatizzanti della disciplina del fallimento.
L'introduzione successiva, peraltro, anche nel nostro ordinamento, dei delitti di infedeltà patrimoniale (artt. 2634 e 2635 c.c.), ispirati da una ratio per molti versi analoga a quella che ispira le previsioni di bancarotta, ma contrassegnati, come è noto, da un regime sanzionatorio e di procedibilità fortemente differente da quello che contrassegna le fattispecie di bancarotta, costituisce un elemento di discrasia nella disciplina penale relativa alla corretta destinazione del patrimonio dell'impresa che richiederà probabilmente in futuro un intervento di coordinamento ed armonizzazione del legislatore.

MONICA NAPOLITANO

Il luogo della prestazione lavorativa

Sommario: 1. Il luogo della prestazione lavorativa nel rapporto di lavoro subordinato. – 2. Le modifiche al luogo di lavoro. – 3. Particolari fattispecie contrattuali: il lavoro a domicilio. - 4. Segue: il telelavoro. – 5. Segue: il rapporto di lavoro del lavoratore mobile. - 6. La sicurezza dei luoghi di lavoro. – 7. Conclusioni.

1. *Il luogo della prestazione lavorativa nel rapporto di lavoro subordinato*

Nel diritto del lavoro un tema che sembra importante affrontare, in quanto da anni trascurato da parte della nostra dottrina, è quello di che cosa debba intendersi per luogo della prestazione lavorativa nel rapporto di lavoro subordinato.

Esso non è un elemento caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato, ma rappresenta una modalità della prestazione lavorativa. L'attività lavorativa può svolgersi non solo nella/e sede/i dell'impresa, ma anche in un luogo esterno ad essa, luogo che viene indicato al lavoratore dal datore di lavoro, secondo le sue esigenze produttive. Il datore indica al lavoratore il luogo dove egli deve prestare la sua attività di lavoro, di modo che quest'ultimo possa adempiere esattamente la sua prestazione lavorativa.

Nel nostro ordinamento, non si rinviene una norma specifica che definisca espressamente che cosa s'intenda per tale luogo.

Da pochi anni, però, abbiamo una norma nel nostro ordinamento che sembra definire il luogo di lavoro ed è quella contenuta nell'art. 62, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del titolo II del decreto in questione, fornisce una definizione di luoghi di lavoro come di luoghi destinati ad ospitare posti di lavoro, ubicati all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza

dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro. Tale norma è la prima che sembra dare una definizione legislativa di luogo di lavoro, ma, nonostante ciò, tale statuizione non ha una portata generale, utilizzabile per qualsiasi rapporto di lavoro e in qualsiasi situazione, ma è da prendere in considerazione solo ai fini dell'applicazione delle norme del titolo II del decreto, che si occupa appunto dei luoghi di lavoro.

Prima di entrare nel merito delle implicazioni pratiche inerenti il luogo della prestazione lavorativa, occorre chiedersi allora che cosa debba intendersi per luogo di lavoro secondo i principi generali.

La dottrina civilista[1] ha annoverato il luogo dell'adempimento fra le modalità della prestazione che sono necessarie ai fini dell'esistenza stessa della fattispecie dell'adempimento, di modo che l'esecuzione della prestazione in un luogo diverso da quello individuato per l'adempimento possa configurarsi come inadempimento totale[2] e non già come adempimento inesatto. Difatti il debitore dell'obbligazione non è tenuto ad un adempimento inteso come un comportamento astrattamente considerato, ma ad un comportamento che si specifica anche in relazione al tempo e al luogo[3].

I criteri per la determinazione del luogo dell'adempimento sono dettati dall'art. 1182, comma 1, c.c., dalla lettura del quale si evince che la prestazione del debitore deve essere eseguita nel luogo determinato dalla convenzione o dagli usi e, in assenza di tale determinazione, nel luogo desumibile dalla natura della prestazione o da altre circostanze.

In assenza di tali elementi, i successivi commi dell'art. 1182 c.c. dettano alcune regole speciali che si applicano nel caso di consegna di cosa determinata (comma 2) o quando oggetto dell'obbligo sia una somma di denaro (comma 3) ed infine è prevista la regola finale e sussidiaria dell'obbligo di adempimento presso il domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza dell'obbligazione (comma 4); ma queste norme non si riferiscono al rapporto di lavoro. Difatti i commi 2 e 3 non sono applicabili al rapporto di lavoro in quanto esso è

[1] V., in tal senso, A. DI MAJO, *Sub art. 1182*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, IV, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, Bologna-Roma, 1994, 112 ss.; in merito v. anche M. NUZZO, *Luogo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1975.

[2] P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, *Soggetti e oggetto del contratto, sicurezza del lavoro, retribuzione, qualità, luogo e tempo della prestazione lavorativa*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2003, p. 327; M. TONDO, *Obbligazioni in generale, adempimento e mora del creditore. Art. 1173-1217*, in *Comm. teorico-pratico c.c.*, diretto da V. De Martino, XLVII, Roma, 1970, 248.

[3] C. M. BIANCA, *Diritto civile,* IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 209 ss.

una tipica obbligazione di fare ed il comma 4 non è applicabile perché si riferisce alle obbligazioni ad esecuzione istantanea, mentre il contratto di lavoro è a esecuzione continuativa[4].

Pertanto per l'individuazione del luogo dell'adempimento il primo riferimento della norma suddetta è alla volontà convenzionale delle parti che prevale sia sugli usi sia sulla natura della prestazione.

In merito ai successivi criteri previsti dall'art. 1182, comma 1, c.c. per quanto concerne gli usi ci si riferisce agli usi normativi[5], anche se va detto che si ritiene che, nel diritto del lavoro, gli usi siano inesistenti o non conoscibili e che gli usi aziendali siano dei veri e propri contratti aziendali taciti[6]; mentre il criterio della natura della prestazione nel rapporto di lavoro fa propendere per una lettura del luogo di adempimento nel senso della sede dell'impresa o di altro luogo di pertinenza del datore, ove non sia espressamente stabilito un altro luogo[7]. Dunque, possiamo affermare, in modo coerente con la prima delle regole civilistiche in materia di luogo dell'adempimento, che la determinazione del luogo nel diritto del lavoro avvenga in via convenzionale e rientri fra le modalità della prestazione lavorativa.

Fatte queste premesse, va detto che il luogo di lavoro compare nella stessa definizione di lavoratore subordinato: difatti l'art. 2094 c.c. precisa che è prestatore di lavoro subordinato colui che si obbliga «a collaborare nell'impresa». Pertanto, tralasciando di specificare che cosa si debba intendere per impresa, è chiaro che l'elemento dell'"inserzione" fa parte integrante della definizione stessa di lavoro subordinato. Per cui i luoghi di lavoro possono essere i più disparati ma occorre che il lavoratore presti il suo lavoro in un determinato posto che, nel rapporto di lavoro subordinato, gli viene indicato, generalmente, dal datore di lavoro.

Nel rapporto di lavoro subordinato la possibilità di determinazione unilaterale del luogo della prestazione lavorativa da parte del datore gli deriva, secondo parte della dottrina, dal potere direttivo, secondo altra, dal potere organizzativo.

---

[4] P. CIPRESSI, *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Milano, 1967, 31.

[5] G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Comm. breve c.c.*, Padova, 2007, 1219.

[6] M. DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, 520; M. MEUCCI, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di usi aziendali*, in *Lav. prev. oggi*, 2001, 1484. Sugli usi aziendali v. M. MISCIONE, *Usi aziendali e diritti individuali*, in *Lav. giur.*, 2008, 445 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1961, 28 ss.

[7] V., in tal senso, A. DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, IV, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1187*, Bologna-Roma, 1986, 154.

Il potere direttivo del datore consisterebbe nella facoltà di individuare le modalità con cui deve essere eseguito il comportamento dovuto dal lavoratore e tra queste modalità rientrano anche il luogo ed il tempo dell'esecuzione[8]; per altri, invece, il datore individua il luogo e tempo dell'adempimento della prestazione in base al suo potere organizzativo, potere caratteristico del rapporto di lavoro subordinato, perché tale rapporto presuppone un'organizzazione nella quale venga inserito[9].

Comunque, a prescindere dalla discussione in merito a quale sia il potere in base al quale il datore determini il luogo della prestazione, va detto che il lavoratore subordinato ottempera alle disposizioni del datore inerenti la determinazione del luogo della prestazione di lavoro in quanto gli ha conferito contrattualmente la facoltà di impartirgliele; il potere deriva pertanto dalla convenzione stessa.

D'altra parte, la subordinazione viene vista da parte delle dottrina come «sintesi di eterodirezione e coordinamento spazio-temporale», in quanto quest'ultimo elemento è ritenuto necessario per la sussistenza della subordinazione stessa[10].

Nel rapporto di lavoro subordinato viene previsto l'obbligo per il datore di lavoro di fornire al lavoratore l'informazione inerente il luogo o i luoghi di lavoro[11]. A fronte di questo generico obbligo, vediamo, infatti, come il legislatore nella regolamentazione di alcune fattispecie contrattuali ha previsto espressamente l'indicazione scritta del luogo della prestazione[12].

2. *Le modifiche al luogo di lavoro*

Fatte queste generiche premesse, andiamo ora ad analizzare le modifiche del luogo di lavoro che si possono avere nel corso del rapporto lavorativo, con particolare riferimento agli istituti della trasferta, del trasferimento, del distacco.

---

[8] V., ad es., A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, 20.

[9] V., ad es., P. CIPRESSI, *Il luogo*, cit., 47.

[10] P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989, 91 ss.

[11] V. art. 1, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, di attuazione della direttiva europea 14 ottobre 1991, n. 533, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro. In argomento v. L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, VIII ed., Torino, 2009, 269 ss.

[12] V. art. 21, comma 1, lett. *g*, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, per il contratto di somministrazione; art. 35, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 276 del 2003, per il contratto di lavoro intermittente; art. 45, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 276 del 2003, per il contratto di lavoro ripartito.

L'istituto della trasferta non trova una specifica regolamentazione nel nostro ordinamento ma si può ricavarla dalla contrattazione collettiva, dall'apporto giurisprudenziale o, per particolari settori (ad es. il personale di volo) e situazioni (ad es. la temporanea dislocazione all'estero), dalle leggi speciali. Innanzitutto, ciò che contraddistingue la trasferta dal trasferimento è la temporaneità del mutamento della sede lavorativa[13] al fine di soddisfare determinate esigenze dell'azienda, all'esito della quale il lavoratore deve tornare alla sede di provenienza lavorativa[14].

Va però detto che la contrattazione collettiva si è occupata soprattutto dell'aspetto inerente l'indennità di trasferta[15], pertanto per una definizione della trasferta stessa dobbiamo rifarci essenzialmente all'elaborazione giurisprudenziale. Essa ne ha individuato i seguenti elementi: adibizione ad una diversa sede, provvisorietà dell'assegnazione[16]; inoltre, parte della giurisprudenza aggiunge il requisito della sussistenza del permanente legame del prestatore con l'originario luogo di lavoro[17] e, perché si parli di trasferta, ha sancito che non rilevano né le caratteristiche del luogo[18] né la durata dell'adibizione[19].

---

[13] In dottrina v. E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Mass. Giur. lav.*, 1984, 405 ss.; G. PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, in *Foro it.*, 1976, V, c. 66; S. MAGRINI, *Sub art. 22*, in *Comm. dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, t. II, Milano, 1975, 756 ss. In giurisprudenza v. Cass., 25 ottobre 2001, n. 13193, in *Foro it.*, 2002, I, c. 399; Cass., 2 novembre 1999, n. 12225, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, 1374; Cass. 4 marzo 1989, n. 1203, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 492.

[14] V. Cass., 21 gennaio 1995, n. 683, in *Not. giurispr. lav.*, 1995, 425.

[15] S. L. PIAZZA e P. CAPPELLANI, *Indennità di trasferta o diaria forfettaria. Natura giuridica. Assoggettamento a contribuzione previdenziale*, in *Orient. giur. lav.*, 1986, 832 ss.

[16] V. Cass., 6 ottobre 2008, n. 24658, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1435; Cass., 27 novembre 2002, n. 16812, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 910; Cass., Sez. un., 3 giugno 1985, nn. 3291, 3292, 3293 e 3294, la prima in *Giust. civ.*, 1986, I, 158, con nota di M. Papaleoni, *I trasfertisti e le missioni all'estero dopo le S.U.*; la seconda in *Orient. giur. lav.*, 1986, 216; la terza in *Inf. prev.*, 1985, II, 1038; la quarta in *Riv. giur. lav.*, 1985, II, 473, con nota di L. Barrera, *Alcune considerazioni sulla natura retributiva o risarcitoria delle indennità corrisposte al lavoratore dipendente in conseguenza di trasferta, trasferimento o invio all'estero*. Le suddette sentenze della Cassazione a sezioni unite peraltro precisano che la provvisorietà dell'assegnazione nella trasferta debba essere intesa ed apprezzata in senso relativo e il discrimine tra trasferta e trasferimento «debba, nei casi dubbi, intendersi riferito ad un periodo di durata tale da imporre o no al dipendente la riorganizzazione della sua vita familiare e sociale». In dottrina, sulla provvisorietà dell'assegnazione nella trasferta, v. A. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 68 s.; P. TULLINI, *Il trasferimento del lavoratore: la nozione e i profili applicativi*, in Aa. Vv., *Lo statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 222 ss.

[17] Cass., 14 settembre 2007, n. 19236, in *Lav. prev. oggi*, 2008, 349, con nota di C. Simone, *Elementi distintivi della trasferta*; Cass., 21 marzo 2006, n. 6240, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 757; Cass., 5 luglio 2002, n. 9744, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2621; Cass., 19 novembre 2001, n. 14470, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, 1.

[18] L'importante è che il luogo sia situato in un posto diverso da quello di originaria adibizione: Cass., 8 aprile 2000, n. 4482, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 59, con nota di S. Bartalotta, *Osservazioni su un caso di trasferta …a casa propria.*

[19] Cass., 20 luglio 2007, n. 16136, in *Lav. prev. oggi*, 2007, 1831, con nota di A. Grillo, *La lunga durata della trasferta non esclude il diritto del lavoratore a percepire la relativa indennità, anche se sia seguita da trasferimento* e in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 1161, con nota di M. Mensi, *Profili debitori e retributivi del mutamento del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa*; Cass., 20 marzo 2000, n. 3287, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1073.

La trasferta, decisa dal datore di lavoro, nell'esercizio dei suoi poteri direttivi, con atto unilaterale, implica uno spostamento temporaneo del luogo di lavoro per il sopravvenire di esigenze di servizio di carattere transitorio e contingente che rendano necessario l'invio del lavoratore nella località dove sono sorte le esigenze stesse e fintanto che queste siano soddisfatte[20]. Quindi, il lavoratore non può rifiutarsi dall'essere inviato in trasferta, a meno che non sussistano gravi e comprovati motivi.

Per quanto concerne le norme applicabili a tale istituto, parte della dottrina[21] ritiene che sarebbero ad essa applicabili, in via analogica, le prescrizioni dell'art. 2103 c.c., per cui la trasferta dovrebbe essere sostenuta da ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo. Contro una tale interpretazione va sostenuto che la contrattazione collettiva ha da sempre distinto la trasferta dal trasferimento e le stesse esigenze contenute nell'art. 2103 c.c. sono diverse da quelle della trasferta, dove manca quello sradicamento non temporaneo del lavoratore dal precedente luogo di lavoro che giustifica la tutela protettiva[22].

Abbiamo visto che, per la configurazione dell'istituto della trasferta, oltre alla provvisorietà dell'assegnazione occorre la modifica del luogo della prestazione e giurisprudenza[23] e dottrina[24] richiedono che, oltre al mutamento del luogo, vi sia una sede alla quale il lavoratore deve ritornare al termine della trasferta.

Fattispecie diversa dalla trasferta è quella del trasferimento del lavoratore[25].

Va detto che la possibilità per il datore di trasferire il lavoratore rientra nel potere che a lui compete di specificare le modalità di adempimento dell'obbligazione lavorativa, indicando il luogo di lavoro diverso da quello inizialmente specificato nel contratto.

La disciplina del potere datoriale di trasferimento è stabilita dall'art. 2103, comma 1, c.c., come modificato dall'art. 13, Statuto dei lavoratori, il quale dispone che il lavoratore «non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive».

---

[20] V., in argomento, Cass., 26 gennaio 1989, n. 457, in *Rep. Foro it*., 1989, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 411; Cass., 2 giugno 1988, n. 3749, in *Orient. giur. lav*., 1988, 1178; Cass., 23 aprile 1985, n. 2681, in *Giust. civ.*, 1986, I, 870.

[21] C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983, 240 ss.; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 275 ss.

[22] F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999, 81 s.

[23] V. Cass., Sez. un., 3 giugno 1985, n. 3292, cit.

[24] S. CAPILUPI, voce *Trasferte e trasferimento (dir. trib.)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1997, 2.

[25] A. ARANGUREN, *Trasferimento del lavoratore*, I, *Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1994.

Un primo problema che si pone è di capire quali siano i limiti spaziali cui si riferisce il legislatore. Si è dibattuto sul problema se l'espressione unità produttiva[26] vada intesa nel senso comune (cioè, ai sensi di quanto sancisce l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, come articolazione autonoma dell'impresa avente, sotto il profilo funzionale e finalistico, idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o servizi[27]) o se si riferisca ai trasferimenti che comportano un mutamento geografico apprezzabile del luogo di lavoro.

Per parte della dottrina l'art. 2103 c.c. trova applicazione anche nel caso in cui l'unità produttiva sia vicinissima a quella di provenienza[28], mentre altra parte della dottrina parla di trasferimento come spostamento geograficamente rilevante del luogo di lavoro[29]. A sostegno di tale ultima interpretazione va detto che solo uno spostamento in senso geografico del lavoratore va ad incidere sull'oggetto della prestazione lavorativa, comportando un'apprezzabile variazione degli interessi che le parti hanno dedotto nel contratto, mentre una modificazione all'interno della stessa articolazione aziendale non incide in maniera giuridicamente rilevante sull'assetto degli interessi delle parti contraenti. Considerato essenziale lo spostamento geografico, occorre successivamente stabilire i limiti minimi dello spostamento perché possa parlarsi di trasferimento. Parte della dottrina individua i confini comunali come riferimento per potersi configurare o meno un trasferimento[30]. In tal senso la contrattazione collettiva si è sempre riferita al trasferimento in senso geografico, ad esempio definendo trasferimento quello che obbliga il lavoratore a «cambiare il luogo di abituale domicilio e che comunque si concretizzi nel cambio di comune e per uno spostamento superiore a 50 chilometri»[31].

---

[26] In generale sull'unità produttiva cfr. C. CESTER, *Unità produttiva*, cit.; L. SILVAGNA, *L'unità produttiva nel profilo delle vicende circolatorie*, Milano, 1982.

[27] Cass., 22 marzo 2005, n. 6117, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 224, con nota di E. Barbieri, *La prova delle ragioni tecniche, organizzative, sostitutive e produttive ed i limiti al potere datoriale di disporre il trasferimento del lavoratore*; Cass., 29 luglio 2003, n. 11660, in *Guida lav.,* 2003, 34; Cass., 7 febbraio 1987, n. 1315, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, p. 366; Cass., 9 gennaio 1984, n. 157, *ivi*, 1984, 56.

[28] A. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 73. Nello stesso senso v. G. GHEZZI e U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1987, 183.

[29] F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., 76; M. GRANDI, *La mobilità interna*, in Aa. Vv., *Strumenti e limiti della flessibilità dell'organizzazione aziendale*, Milano, 1986, 253 s.

[30] L. ANGIELLO, *Unità produttiva e trasferimento individuale: qualche riflessione*, in *Dir. lav.*, 2000, I, 16; F. CALÀ, *Il trasferimento*, cit., p. 76; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1997, 254 ss.

[31] Art. 46, comma 2, c.c.n.l. per i dipendenti delle aziende del settore gas/acqua del 1° Marzo 2002; in senso conforme l'art. 42, comma 1, c.c.n.l. per i lavoratori del settore elettrico del 24 luglio 2001 si riferisce al trasferimento «in un altro comune».

Nello stesso senso la giurisprudenza che, ad esempio, nega la sussistenza della fattispecie del trasferimento quando la sede di destinazione disti pochi chilometri da quella cui era adibito precedentemente il lavoratore[32]; che richiede per il trasferimento una distanza che comporti al lavoratore disagi personali o familiari[33] ed esclude che lo spostamento all'interno di una medesima unità produttiva costituisca trasferimento del lavoratore[34].

Tant'è vero che il trasferimento, comportando dei disagi per il lavoratore, deve essere supportato da comprovate ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo. Il trasferimento del lavoratore non deve pertanto essere disposto dal datore in modo arbitrario ma occorre che sia supportato da causali oggettive ed il fatto che esse debbano essere comprovate indica che il legislatore ha posto a carico del datore di lavoro l'onere della prova in giudizio di tali ragioni[35]. L'aggettivo "comprovate" comporta l'obbligo per il datore di comunicare i motivi del trasferimento, che devono essere comunicati su richiesta del lavoratore[36].

Va detto che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il potere del datore di disporre un trasferimento non può essere sindacato dal giudice sotto il profilo dell'opportunità di esso, stante il disposto dell'art. 41 Cost.[37], ma tale sindacato deve limitarsi all'accertamento della sussistenza, presso l'unità produttiva di provenienza del lavoratore, delle ragioni tecniche, produttive o organizzative addotte dal datore di lavoro[38]. Pertanto, il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive del trasferimento è diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa e non può essere dilatato fino a comprendere il meri-

---

[32] Trib. Siena, 17 giugno 2003, in *Not. giurispr. lav.*, 2003, 463.

[33] Cass., 26 maggio 1999, n. 5153, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 110 con nota di S. Bartalotta, *Sulla nozione di giustificato motivo e di unità produttiva rilevanti in materia di trasferimento del lavoratore*; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2198, in *Mass. Foro it.*, 1998, c. 233.

[34] Cass., 15 maggio 2006, n. 11103, in *Foro it.*, 2007, II, c. 531. V., anche, Cass., 18 maggio 2010, n. 12097, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 771 che, pur ribadendo che la nozione di trasferimento del lavoratore non è configurabile quando lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima unità produttiva, prevede che, però, si è in presenza di trasferimento nel caso in cui l'unità produttiva comprenda uffici notevolmente distanti tra loro.

[35] Cass., 17 maggio 2010, n. 11984, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 763; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1438, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1028; Cass., 23 febbraio 1998, n. 1912, *ivi*, 1998, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1027.

[36] U. ROMAGNOLI, *Sub. Art. 13*, in Aa. Vv., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, V, *Del lavoro*, Bologna-Roma, 1972, 247; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., 277. In giurisprudenza v., per tutte, Cass., Sez. un., 15 luglio 1986, n. 4572, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2432.

[37] Cass., 2 gennaio 2001, n. 27, in *Not. giurispr. lav.*, 2001, 313; Cass., 18 novembre 1998, n. 11634, *ivi*, 1999, 92.

[38] V. Cass., 19 giugno 2008, n. 16689, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 90, con nota di M. Vendramin, Il *controllo giudiziale sulla giustificazione del trasferimento del lavoratore*; Cass., 27 novembre 2002, n. 16801, in *Dir. giust.*, 2002, 73.

to della scelta operata dal datore stesso[39]. Di recente, il legislatore ha recepito tale indirizzo giurisprudenziale, stabilendo che: «In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente» (art. 30, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183, "Collegato lavoro").

Dunque, per trasferimento del lavoratore, ai sensi dell'art. 2103 c.c., si intende l'atto unilaterale recettizio con cui il datore di lavoro, esercitando il proprio potere direttivo, dispone il mutamento, tendenzialmente definitivo, della sede lavorativa cui era precedentemente addetto il lavoratore e il mutamento va inteso in senso topografico e tale da comportare al lavoratore un apprezzabile sacrificio dell'originario assetto contrattuale.

Ovviamente limitazioni al trasferimento non operano nel caso in cui esso sia stato disposto a richiesta dello stesso lavoratore[40].

Va detto che esistono dei casi di trasferimento per i quali il legislatore ha previsto delle norme *ad hoc*.

Il primo caso è quello del trasferimento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali, previsto dall'art. 22, comma 1, l. 20 maggio 1970, n. 300, che ne subordina il trasferimento dall'unità produttiva cui sono adibiti al previo nulla osta del sindacato di appartenenza: in tal caso il legislatore ha statuito nel senso della prevalenza dell'interesse collettivo su quello aziendale[41]. Occorre chiedersi che cosa, in tale fattispecie, debba intendersi per unità produttiva e l'interpretazione che sembra preferibile è quella per cui sarebbe unità produttiva

[39] V. Cass., 2 marzo 2011, n. 5099, in *Guida dir.*, 2011, 50; Cass. 28 aprile 2009, n. 9921, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 683.
[40] V. Cass., 1° dicembre 1988, n. 6515, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 1590.
[41] M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1997, 572 ss.

quella all'interno della quale è stata costituita la rappresentanza aziendale che il lavoratore dirige[42].

Altro caso riguarda il trasferimento di disabili o dei soggetti lavoratori che prestino loro assistenza. Difatti l'art. 33, l. 5 febbraio 1992, n. 104, al comma 5 prevede che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste una persona con *handicap* in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede[43]; mentre al comma 6 prevede per il trasferimento in altra sede del lavoratore handicappato maggiorenne in situazione di gravità la necessità del suo consenso. Come visto, la norma parla di trasferimento ad altra sede, concetto che non si identifica con quello di unità produttiva, in quanto la particolare situazione in cui ci troviamo, dove si tratta della tutela di un soggetto con delle problematiche particolari, fa pensare che il legislatore abbia volutamente parlato di sede e non di unità produttiva in quanto va detto che anche un cambiamento del luogo di lavoro all'interno della stessa unità produttiva può determinare un significativo cambiamento di esso tale da vanificare la finalità della previsione normativa.

Altro caso ancora riguarda gli amministratori degli enti locali per i quali è previsto, ai sensi dell'art. 78, comma 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che, durante l'esercizio del loro mandato, non possano essere trasferiti se non per espresso consenso e che le richieste di trasferimento per avvicinarsi al luogo in cui svolgono la loro attività politica devono essere esaminate dal datore con "criteri di priorità". La tutela, in tal caso, è volta ad impedire l'allontanamento del lavoratore dal luogo ove svolge il proprio mandato politico-amministrativo[44]; mentre esaminare la richiesta con criteri di priorità non vuol dire che il datore debba accogliere la richiesta ma significa che il datore ha l'obbligo di valutare la possibilità di trasferimento e deve farlo con tempestività, in ossequio ai principi di correttezza e

[42] V., ad es., Trib. Trapani, 24 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1650; Trib. Milano, 28 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 339, con nota di F. Mazzone, *Trasferimento di rappresentante sindacale e nozione di unità produttiva.*

[43] Tale comma 5 della l. n. 104 del 1992 va letto in tal senso dal combinato disposto dei commi 3 e 5 della legge stessa come modificati dall'art. 24, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183, "Collegato lavoro". V. Cass., 5 settembre 2011, n. 18223, in *Mass. Giust. civ.*, 1271.

[44] V. Trib. Parma, 19 maggio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 333 ss., con nota di V. Marino, *Sul diritto di trasferimento del lavoratore eletto consigliere comunale e provinciale*; Cass., 10 dicembre 1993, n. 12185, in *Mass. Giur. lav.*, 1994, 53.

buona fede. In tal caso per luogo di lavoro si deve intendere l'ambito territoriale che ha dato luogo alla fiducia degli elettori e della popolazione[45].

Analizziamo ora il mutamento del luogo di lavoro che si ha tramite la fattispecie del distacco.

Nell'ordinamento italiano, salvo l'eccezione costituita dal pubblico impiego[46], non si rinvenivano norme che regolamentassero il distacco[47], ma la disciplina si ricavava sostanzialmente dalla elaborazione giurisprudenziale e dottrinale[48], finché il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con l'art. 30[49], lo ha tipizzato disponendo al comma 1 che «il distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa».

Pertanto, per la configurazione del distacco[50], la norma richiede i seguenti elementi: l'interesse del datore di lavoro; la temporaneità del distacco; la messa a disposizione di uno o più lavoratori a favore di un terzo; la necessità che il distacco avvenga per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa.

Quindi il primo elemento che viene richiesto per il distacco è l'interesse datoriale[51] che deve persistere per tutta la durata del distacco[52]; deve trattarsi ovviamente non di un

---

45 In tal senso v., ad esempio, Trib. Parma, 19 maggio 1995, cit.

46 V. artt. 56 e 57, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (t.u. degli impiegati civili dello Stato, ora abrogato), dove il distacco veniva denominato comando. In merito si rinvia a G. RICCI, *Il comando nel pubblico impiego*, in *Guida lav.*, 2002, 30, p. 21 ss.

47 Il distacco era regolamentato solo in alcune ipotesi particolari, tra cui, ad esempio, quella dell'art. 8, comma 3, l. 19 luglio 1993, n. 236, di *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, recante interventi urgenti a sostegno dell'occupazione*, che riguarda il distacco temporaneo finalizzato ad evitare, previo accordo sindacale, il licenziamento del lavoratore in caso di riduzione del personale.

48 Per una rassegna delle quali v. M. P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004, 204 ss.

49 F. LUNARDON, *Il distacco del lavoratore nel D.lgs. n. 276/2003*, in *Giur. piem.*, 2006, 177 ss.; M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 203 ss.; C. BIZZARRO e M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, 360 ss.; S. DI BIASE, *La disciplina del distacco alla luce del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *Nuovo dir.*, 2004, I, 349 ss.

50 In argomento v. C. RUSSO, *Il distacco*, in *Inf. prev.*, 2006, 674 ss.; v. anche F. CAPURRO, *Il distacco*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, 260 ss.

51 Per la configurazione del distacco non è necessaria, invece, la sussistenza di un interesse concorrente del distaccatario, né di un interesse concorrente del prestatore di lavoro (v. Cass., 26 aprile 2006, n. 9557, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 882, con nota di A. Sitzia, *Potere direttivo, rifiuto di eseguire la prestazione, eccezione di inadempimento: applicazioni giurisprudenziali asistematiche in materia di distacco e di lavoro in ambiente insalubre*).

52 F. SCARPELLI, *Sub art. 30*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 441 s.

qualsiasi interesse ma di un interesse "produttivo", cioè di un interesse dedotto in contratto che non sia pertanto estraneo al sinallagma funzionale proprio del rapporto di lavoro[53].

Va detto che la scelta unilaterale del datore di lavoro di disporre il distacco di uno o più dei suoi dipendenti è, comunque, passibile di controllo in merito alla sua razionalità[54].

In merito alla temporaneità del distacco, essa non deve essere intesa come durata limitata nel tempo dell'assegnazione stessa[55], ma come non definitività del distacco[56] e la durata deve coincidere con quella dell'interesse del datore a che il proprio dipendente presti l'attività lavorativa presso il distaccatario[57].

Riguardo alla messa a disposizione nel distacco di uno o più lavoratori[58] a favore di un terzo va detto che, per effetto di esso, si verifica una temporanea dissociazione fra il titolare del rapporto e l'utilizzatore della prestazione che, come vedremo, comporta dei cambiamenti in merito ai diritti e agli obblighi che discendono dal rapporto di lavoro. Comunque, il distacco non sembra comportare una novazione soggettiva del rapporto di lavoro ed il sorgere di uno nuovo con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una modifica nell'esecuzione del rapporto, nel senso che l'obbligazione del lavoratore viene adempiuta non in favore del datore di lavoro distaccante, ma in favore del datore di lavoro distaccato, con attribuzione a quest'ultimo dei poteri direttivi e disciplinari sino al momento

---

53 V., in argomento, C. BIZZARRO e M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, a cura di M. Tiraboschi, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, 2006, 319 ss. V., anche, la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 gennaio 2004, n. 3 che si riferisce a «qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello della mera somministrazione di lavoro altrui». Ovviamente l'interesse non può essere quello di mero lucro, cioè giustificato dal solo fatto di percepire un corrispettivo per la messa a disposizione del lavoratore, altrimenti ci troveremmo di fronte ad una illecita somministrazione di lavoro: v., in tal senso, M. P. MONACO, *Il distacco*, cit., 213 s.

54 Per un caso di esercizio arbitrario del potere datoriale nel disporre un distacco v. Cass., 26 aprile 2006, n. 9557, cit.

55 Ad esempio è stato ritenuto dalla giurisprudenza legittimo un distacco durato 11 anni (in tal senso v. Cass., 2 settembre 2004, n. 17748, in *Mass. Foro it.*, 2004, c. 1370).

56 V., in argomento, Cass., 23 aprile 2009, n. 9694, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 674; Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 968; Cass., 12 agosto 1992, n. 9517, in *Not. giurispr. lav.*, 1993, p. 42; Pret. Milano, 29 luglio 1997, in *Lav. giur.*, 1998, 241.

57 V. Cass., 25 novembre 2010, n. 23933, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 1511.

58 Il legislatore ha così contemplato l'ipotesi di un distacco plurimo, distinguendolo dalla diversa fattispecie del distacco collettivo di natura sindacale, in quanto nel distacco plurimo siamo di fronte ad una pluralità di distacchi individuali, ciascuno sotteso ad un determinato interesse del datore; mentre, in quello collettivo, l'interesse sottostante è quello collettivo e pertanto si tratta di un interesse unitario. V., per le differenze tra questi due tipologie di distacco, G. FALASCA, *Il distacco del lavoratore*, a cura di M. Magnani e P. A. Varesi, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, 342 ss.

in cui persiste l'interesse del datore di lavoro distaccante alla prosecuzione della prestazione lavorativa presso il datore di lavoro distaccato[59].

Il distacco deve essere compiuto per una determinata attività lavorativa, il che comporta che l'esercizio dell'unilaterale potere direttivo del datore di lavoro debba essere circoscritto[60]. Tale requisito, in pratica, restringe il potere del distaccatario, circoscrivendo l'attività che potrà essere legittimamente svolta dal lavoratore distaccato presso la sua impresa.

Il 3° comma dell'art. 30 sancisce tra l'altro la necessità del «consenso del lavoratore», quando il distacco «comporti un mutamento di mansioni», e di «comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive» quando il distacco «comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 Km da quella in cui il lavoratore è adibito».

Riguardo alla suddetta previsione della necessità del consenso del lavoratore in caso di distacco con mutamento di mansioni, va detto che l'interpretazione da preferire è quella secondo cui per mutamento di mansioni debba intendersi l'affidamento di mansioni, superiori o equivalenti, il cui esercizio sia del tutto non coerente con il bagaglio professionale del lavoratore[61].

La richiesta della sussistenza di una sorta di giustificato motivo per ricorrere al distacco che comporti il superamento di una certa distanza chilometrica è da giustificarsi con il maggiore sacrificio cui va incontro il lavoratore distaccato quando viene inviato in un'altra sede lavorativa[62]. Sembrerebbe però che con tale ultima previsione il legislatore richieda delle giustificazione ulteriori e diverse da quelle previste al comma 1 dell'art. 30, sicché parte della dottrina interpreta la disposizione nel senso che queste ragioni giustificatrici altro non sarebbero che una mera specificazione dell'interesse datoriale[63], mentre altra parte della dottrina parla addirittura di norma che non ha ragione di essere[64].

---

[59] V. Cass., 22 marzo 2007, n. 7049, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 640; Cass., 8 giugno 2005, n. 11952, in *Dir. giust.*, 2005, p. 22, con nota di M. Caroppoli, *Distacco e legge Biagi: ecco cosa cambia.*

[60] E, per parte della dottrina, deve essere comunicato al lavoratore per iscritto: v. M. P. Monaco, *Il distacco*, cit., 220.

[61] M. P. MONACO, *Il distacco*, cit., 218, che parla di mutamento di mansioni «di carattere sostanziale».

[62] V., in argomento, C. Zoli, *Sub art. 30, Distacco*, *Il nuovo mercato del lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, 342 ss.

[63] M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 225.

[64] G. FALASCA, *Il distacco*, cit., 348.

3. *Particolari fattispecie contrattuali: il lavoro a domicilio*

Riguardo ai rapporti di lavoro in cui il luogo di lavoro assume particolare importanza iniziamo con l'esaminare il contratto di lavoro a domicilio.

Per tale tipologia contrattuale ciò che viene in evidenza è la non disponibilità, da parte del datore di lavoro, del luogo in cui si svolge la prestazione lavorativa[65], disponibilità che è, invece, in capo al lavoratore[66].

La definizione di lavoratore a domicilio si ha con la l. 18 dicembre 1973, n. 877 che, all'art. 1, comma 1, lo definisce come «chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito, per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi»[67]. L'art. 1, comma 2, poi prosegue sancendo che «in deroga a quanto stabilito dall'articolo 2094 del codice civile» la subordinazione «ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente». Il comma 3 dell'art. 1 dispone che «non è lavoratore a domicilio e deve a tutti gli effetti considerarsi dipendente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato chiunque esegue […] lavori in locali di pertinenza dello stesso imprenditore, anche se per l'uso di tali locali e dei mezzi di lavoro in esso esistenti corrisponde al datore di lavoro un compenso di qualsiasi natura».

Pertanto gli elementi tipici del lavoro a domicilio subordinato sono i seguenti: il lavoratore a domicilio svolge la sua attività nel proprio domicilio o nei locali di cui abbia la disponibilità (se il locale è dell'imprenditore, il lavoratore non può considerarsi a domicilio, anche se versa un compenso per l'uso del locale); il lavoratore a domicilio non è soggetto a vincoli temporali o spaziali, pertanto il datore può determinare il come della prestazione, ma non il dove e il quando della stessa.

---

[65] V., in argomento, L. FICARI, *Lavoro a domicilio*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1990.
[66] V., in argomento, L. NOGLER, *Il lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2000, 70.
[67] V., in argomento, M. DE CRISTOFARO, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1978.

Per quanto riguarda la nozione di domicilio essa è da considerarsi più ampia di quella civilistica stabilita dall'art. 43 c.c. e deve essere intesa come uno «spazio ricompreso in una costruzione» o come «proiezione spaziale della persona», per la quale non rileva il titolo in base al quale il lavoratore gode della sua disponibilità[68]. Il lavoratore deve prestare l'attività lavorativa in locali che non siano di pertinenza o nella disponibilità giuridica del datore di lavoro, pena la presunzione della sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente a tempo indeterminato.

Molto si è discusso, negli anni, in merito alla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro a domicilio[69] ed infine la l. n. 877 del 1973 ha formulato una nozione di subordinazione del rapporto di lavoro a domicilio estremamente ampia. Per il passato, in merito alla qualificazione del lavoro a domicilio, è da segnalarsi, in particolare, l'interpretazione dottrinale di Barassi[70] che, prima dell'emanazione del nuovo codice civile, sottolineava la rilevanza dell'autonomia del lavoratore a domicilio per poi, con l'avvento di esso e, in particolare, dell'art. 2128 c.c., passare ad una interpretazione che collocava il lavoro a domicilio in una zona marginale del lavoro subordinato[71].

Esaurito il periodo corporativo, sulla materia del lavoro a domicilio veniva emanata la l. 13 marzo 1958, n. 264 che introduceva una nozione specifica di subordinazione, subordinazione che veniva precisato poteva essere anche solo tecnica[72].

La successiva l. n. 877 del 1973 formula una nozione ampia di subordinazione per il lavoro a domicilio, marginalizzando l'ipotesi del lavoro a domicilio autonomo.

La giurisprudenza, successiva all'emanazione della l. n. 877 del 1973, ha disposto che, per la subordinazione nel rapporto di lavoro a domicilio, è necessario e sufficiente che ricorrano i requisiti individuati dalla legge stessa e cioè: che il lavoratore esegua il lavoro nel proprio domicilio o in locale di cui abbia la disponibilità; che tale lavoro sia eseguito personalmente o con l'aiuto di familiari; che il lavoratore debba essere tenuto a seguire le direttive dell'imprenditore quanto alle modalità di esecuzione del lavoro[73], talché il lavoro a domi-

[68] L. NOGLER, *Il lavoro a domicilio*, cit., 72.
[69] F. DI NUNZIO, *Il lavoro a domicilio tra subordinazione ed autonomia*, in *Giur. piem.*, 1999, 371 ss.
[70] L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., Milano, 1915, 617 ss.
[71] L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, 312 ss.
[72] Sul concetto di subordinazione tecnica v. Cass., 17 dicembre 1981, n. 6712, in *Giur. it.*, 1982, I, 1557.
[73] R. STAIANO, *Luogo della prestazione*, a cura di P. Cendon, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, *Lavoro*, *II*, *Il lavoratore*, Torino, 2009, 424 s.

cilio realizza un forma di decentramento produttivo[74] e si configura come estrinsecazione di energie lavorative piuttosto che come obbligazione di risultato[75].

La giurisprudenza ha fornito ulteriori precisazioni in merito alla ricorrenza della subordinazione nel lavoro a domicilio sancendo, ad esempio, che l'iscrizione del lavoratore nell'albo delle imprese artigiane[76] non esclude la subordinazione del rapporto nel caso in cui il lavoratore non disponga di una struttura di tipo imprenditoriale e l'attività appartenga al ciclo produttivo dell'azienda[77].

Pertanto l'esclusione della subordinazione in tale rapporto si ha nel caso in cui il lavoratore goda di piena libertà di accettare o rifiutare il lavoro commessogli, oppure abbia piena discrezionalità in ordine ai tempi di consegna del lavoro e laddove l'accertamento lasci spazi di incertezza è utile aver riguardo anche alla volontà delle parti e, in difetto di sufficienti indici rivelatori della sussistenza di un vincolo di subordinazione, deve essere esclusa l'applicabilità al lavoro a domicilio della disciplina del lavoro subordinato[78]. La subordinazione è comunque da escludersi quando sia riscontrabile in capo al soggetto cui l'imprenditore abbia commesso un determinato risultato una vera e propria organizzazione imprenditoriale, distinta da quella del committente[79].

4. *Segue: il telelavoro*

Altra fattispecie da esaminare è quella più moderna del telelavoro visto che per essa diventa indifferente il luogo fisico in cui si trova il lavoratore.

Il telelavoro è stato regolamentato in via normativa solo per la pubblica amministrazione attraverso le previsioni dell'art. 4, l. 16 giugno 1998, n. 191[80] e del successivo regola-

[74] V. Cass., 19 ottobre 2007, n. 21954, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 2001; Cass., 5 gennaio 1995, n. 151, in *Inf. prev.*, 1995, 272.

[75] V. Cass., 10 febbraio 2006, n. 2895, in *Lav. giur.*, 2006, 814; Cass., 12 marzo 2007, n. 5693, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 507, con nota di G. Bubola, *La Suprema Corte ribadisce gli elementi di qualificazione del rapporto di lavoro a domicilio*.

[76] T. ZONNEVIC, *Le differenze tra lavoratore a domicilio e piccolo imprenditore autonomo artigiano*, in *Not. lav. prev.*, 2001, 1586 ss.

[77] Cfr., tra le molte, Cass., 23 settembre 1998, n. 9516, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 235, con nota di L. Nogler, *Sulla qualificazione del lavoro a domicilio*; Cass., 26 febbraio 1993, n. 2398, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, 167.

[78] V. Cass., 14 marzo 2007, n. 5913, in *Giust. civ.*, 2007, 2109; Cass. 16 ottobre 2006, n. 22129, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 283, con nota di M. C. Cataudella, *Indisponibilità del tipo lavoro subordinato e qualificazione del lavoro a domicilio*.

[79] V. Cass., 4 ottobre 2006, n. 21341, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 2371; Cass. 3 aprile 1992, n. 4118, *ivi*, 1992, 542.

[80] Legge c.d. Bassanini: Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni.

mento di attuazione, d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70[81]. Il predetto regolamento di attuazione all'art. 2 sancisce che il telelavoro è caratterizzato dai seguenti elementi: la delocalizzazione della prestazione lavorativa rispetto alla organizzazione datoriale; l'utilizzo di una tecnologia che consente al dipendente il collegamento con l'amministrazione cui inerisce la prestazione stessa; il legame di natura subordinata con l'amministrazione. Di recente, la l. 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. legge di stabilità 2012) ha incentivato questo istituto, sancendo all'art. 22, comma 5, la sua utilizzabilità per facilitare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, l'inserimento dei lavoratori disabili nonché il reinserimento dei lavoratori in mobilità.

Va detto che, oltre alla suddetta regolamentazione, ad una specifica per i lavoratori disabili[82] ed ad una disciplina per i lavoratori addetti ai videoterminali[83], manca una disciplina organica per il telelavoro; in compenso vi è una ricca regolamentazione contrattuale dell'istituto.

Difatti, dopo l'emanazione dell'accordo quadro europeo 16 luglio 2002 sul telelavoro[84], siglato tra l'associazione europea dei datori di lavoro (UNICE) e la confederazione di sindacati europei (CES), che prevedeva la sua trasposizione all'interno degli Stati membri nell'arco di tre anni, è stato firmato in Italia l'accordo interconfederale 9 giugno 2004 di recepimento, firmato da CGIL, CISL, UIL e da tutte le organizzazioni datoriali[85].

Andiamo ora a vedere la disciplina del telelavoro dettata dall'accordo interconfederale legata all'aspetto del luogo di lavoro.

L'art. 1 dell'accordo interconfederale, recependo letteralmente la nozione prevista nell'accordo europeo, sancisce: «il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa».

---

[81] Per un commento v. A. VISCOMI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni (d.p.r. 8 marzo 1999, n. 70)*, in *Studium iuris*, 1999, 1062 ss.

[82] V. art. 4, l. 9 gennaio 2004, n. 4, recante *Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici.*

[83] Prevista dapprima dal d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e ora dal titolo VII, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

[84] V., in argomento, M. DE LUCA, *Accordi quadro europei in materia di part-time, lavoro a tempo determinato e telelavoro*, in *Dir. rel ind.*, 2004, p. 207 ss.; M. FREDIANI, *Telelavoro ed accordo quadro europeo*, in *Lav. giur.*, 2002, 1037 s.

[85] M. FREDIANI, *Telelavoro ed accordo interconfederale*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 824 ss.; G. FALASCA, *Telelavoro: approvato l'accordo interconfederale*, in *Guida lav.*, 2004, 25, 10 ss. V., in argomento, L. CAROLLO, *Le novità in materia di telelavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 266 ss.

Pertanto la nozione di telelavoro[86] comporta la compresenza di due elementi caratterizzanti: lo svolgimento dell'attività lavorativa in un luogo diverso da quello della sede produttiva del datore di lavoro o committente (elemento topografico); l'utilizzo di strumenti informatici telematici nello svolgimento dell'attività lavorativa e nel collegamento con la sede del datore di lavoro o committente (elemento tecnologico).

Innanzitutto va detto che l'accordo prevede la volontarietà della scelta del datore di lavoro e del lavoratore per la forma del telelavoro. Il telelavoro può essere inserito nella descrizione iniziale della prestazione lavorativa o accedere ad un successivo impegno delle parti ed il rifiuto del lavoratore di optare per il telelavoro non può costituire, di per sé, motivo di risoluzione del rapporto (art. 2).

Qualora il telelavoro non sia previsto nella iniziale descrizione della prestazione lavorativa, il lavoratore può scegliere per la reversibilità della decisione, se questa sia espressamente prevista dal contratto individuale o dalla contrattazione collettiva (art. 2).

Il datore di lavoro deve fornire al lavoratore le informazioni scritte circa il contratto collettivo applicato e la descrizione della prestazione lavorativa, ed in particolare le indicazioni circa l'unità produttiva cui lo stesso è assegnato, il suo superiore diretto o le altre persone a cui il telelavoratore può rivolgersi per questioni di natura professionale o personale (art. 2).

Ogni questione in materia di strumenti di lavoro e di responsabilità derivante dal loro uso deve essere definita prima dell'inizio del telelavoro, in conformità a quanto previsto dalla legge e dai contratti collettivi (art. 6).

Per il telelavoratore, rispetto al lavoratore che presta lavoro nei locali dell'impresa, vige il principio di parità che si estrinseca come: parità di diritti (art. 3); parità di accesso alla formazione e allo sviluppo della carriera (art. 9) e ai diritti collettivi (art. 10).

Riguardo alla formazione va detto che il telelavoratore, oltre alla normale formazione offerta a tutti i lavoratori, riceve una formazione specifica, mirata all'uso degli strumenti tecnici di lavoro di cui dispone e all'approfondimento delle caratteristiche di tale forma di organizzazione del lavoro connessa all'utilizzo dei mezzi informatici (art. 9).

[86] V., in argomento, V. MAIO, *Il telelavoro*, *I nuovi contratti di lavoro*, diretto da M. Persiani, Torino, 2010, 777 ss.

Riguardo ai diritti collettivi, va detto che il telelavoratore, rispetto al lavoratore che opera all'interno dell'azienda, possiede gli stessi requisiti di partecipazione e di eleggibilità attiva e passiva per gli organismi di rappresentanza; è incluso nel calcolo per determinare le soglie fissate per le elezioni di detti organismi; viene assegnato ad una specifica unità produttiva al fine di esercitare i diritti collettivi (art. 10).

Al telelavoratore viene consentito di gestire gli orari di lavoro, nel rispetto della disciplina contenuta nella legislazione, nella contrattazione collettiva e nelle direttive aziendali applicabili e, per contrastarne l'isolamento, viene previsto che il datore garantisca l'adozione di misure dirette a garantire sia l'accesso alle informazioni aziendali sia il regolare incontro con i colleghi di lavoro (art. 8).

Il datore ha la responsabilità di adottare misure appropriate atte a garantire la protezione dei dati utilizzati ed elaborati dal telelavoratore per fini professionali; provvede ad informare il telelavoratore in ordine alle norme di legge e regole aziendali applicabili relative alla protezione dei dati e in ordine ad ogni eventuale restrizione riguardante l'uso di apparecchiature, strumenti, programmi informatici, nonché in merito alle eventuali sanzioni applicabili in caso di violazione (art. 4). Il datore deve, inoltre, rispettare il diritto alla riservatezza del telelavoratore, pertanto la sorveglianza del datore, attraverso strumenti di controllo, non può riguardare atteggiamenti estranei alla sfera lavorativa del soggetto stesso (art. 5).

Al fine di tutelarne la salute e sicurezza è previsto il diritto di accesso del datore di lavoro o di un suo delegato al luogo in cui si svolge la prestazione lavorativa e, se questa viene svolta nel domicilio del telelavoratore, l'accesso è subordinato al preavviso e al consenso dello stesso (art. 7). Quanto ai rischi connessi alla postazione di telelavoro, va segnalato che l'art. 174, d.lgs. n. 81 del 2008, riprendendo quanto già statuito dall'art. 52, d.lgs. n. 626 del 1994, impone l'obbligo per il datore di lavoro di effettuare controlli sui posti di lavoro con particolare riguardo alle condizioni ergonomiche e di igiene ambientale, ai rischi per la vista, ai problemi legati alla postura e all'affaticamento fisico e mentale.

Per quanto concerne le tutele assicurative e previdenziali per i telelavoratori valgono le stesse regole vigenti per tutti i lavoratori.

Più che qualificare il telelavoro come una tipologia contrattuale a sé, il telelavoro si configura come una particolare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa al di

fuori della sede aziendale, riconducibile, a seconda dei casi, al lavoro autonomo o subordinato.

In merito a quale giuridicamente sia il luogo dell'adempimento dell'obbligazione lavorativa, cioè se sia quello ove il lavoratore tiene il comportamento pattuito o quello dove tale comportamento si manifesta, va detto che nel telelavoro il luogo dove si verifica l'adempimento stesso è il luogo dove ha sede l'azienda, in quanto è presso questa che si manifesta l'attività svolta[87].

È indifferente il luogo dove la prestazione venga effettuata (normalmente il luogo di lavoro coincide con l'abitazione del lavoratore), purché non si tratti di un luogo di pertinenza del datore. Il fatto che dell'organizzazione del lavoro e quindi anche della postazione di lavoro sia gravato il datore serve anche per distinguere il telelavoro da altre tipologie contrattuali, quali il lavoro a domicilio. Anche se il dipendente è "dislocato" rispetto alla sede dell'impresa, va detto che l'uso delle tecnologie informatiche rende addirittura più penetranti e costanti i poteri di controllo del datore di lavoro.

Nel nostro ordinamento non viene richiesto che l'attività di lavoro per essere subordinata debba essere prestata presso la sede produttiva del datore di lavoro, pertanto è sicuramente configurabile un rapporto di telelavoro subordinato. Per accertare la subordinazione nel telelavoro il potere direttivo del datore di lavoro viene individuato nel potere di scegliere e sostituire unilateralmente il *software* applicativo utilizzato dal telelavoratore.

5. *Segue: il rapporto di lavoro del lavoratore mobile*

Altra fattispecie interessante dove il luogo di lavoro non è fisso, ma è per così dire in movimento è quella dei lavoratori mobili.

La definizione di lavoratore mobile compare per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico nell'art. 1, comma 2, lett. *h*, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66. Tale norma definisce lavoratore mobile: «qualsiasi lavoratore impiegato quale membro del personale viaggiante o di volo presso un'impresa che effettua servizi di trasporto passeggeri o merci sia per conto

[87] P. MAGNO, *Il "luogo" nel telelavoro*, in *Dir. lav.*, 1996, I, 550 ss.

proprio che per conto terzi su strada, per via aerea o per via navigabile, o a impianto fisso non ferroviario»[88].

Tale definizione abbraccia una vasta gamma di soggetti che prestano la loro attività lavorativa non nel luogo sede dell'impresa concessionaria di tali servizi, ma percorrendo un itinerario, generalmente predefinito dall'impresa concessionaria.

Tale personale si serve di diversi mezzi di locomozione, quali autocarri, aerei, navi e va detto che, per quanto concerne l'impianto fisso non ferroviario, in esso vanno compresi gli impianti a funi o su rotaie, come funivie, funicolari, teleferiche, monorotaie a tragitto breve non facenti parte della rete ferroviaria; pertanto, dalla definizione di lavoratore mobile, per quanto riguarda la disciplina sull'orario di lavoro, va, invece, escluso il personale delle ferrovie, che rientra in linea generale nel personale "mobile".

Il rapporto lavorativo dei lavoratori mobili può qualificarsi, a seconda dell'atteggiarsi dei suoi elementi costitutivi, come lavoro subordinato od autonomo, con l'applicazione della disciplina propria, tenendo conto però delle particolarità inerenti a tali fattispecie lavorative.

Senza entrare nel merito delle discipline normative, la nostra attenzione deve essere rivolta a capire quale sia il luogo della prestazione lavorativa per i lavoratori mobili.

Il rapporto di lavoro dei lavoratori mobili, che normalmente si svolge a bordo di una nave[89], o di un aeromobile[90] o con mezzi di locomozione operanti su terra ferma, pur avendo delle caratteristiche sue proprie, deve essere considerato un rapporto di lavoro comune. La stessa Corte costituzionale ha in varie occasioni temperato le deviazioni del diritto marittimo rispetto al diritto comune[91]; a sua volta la giurisprudenza, per quanto concerne il rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, data l'evoluzione della disciplina, ha sancito la

[88] Lettera così modificata *ex* art. 41, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modifiche, in l. 6 febbraio 2008, n. 133. Tali settori, peraltro, presentano delle proprie peculiarità, tali da costringere il legislatore ad intervenire per assicurare la definizione delle procedure di effettuazione della valutazione dei rischi (v., di recente, il d.l. 12 maggio 2012, n. 57, convertito nella l. 12 luglio 2012, n. 101, in materia di «tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro nel settore dei trasporti e delle microimprese»).

[89] Sul lavoro nautico v. C. CARDILLO, *Il rapporto di lavoro nautico. Il lavoro del personale della navigazione marittima ed interna*, Padova, 1998.

[90] In generale v. L. SCOTTI, *Lavoro aereo e nautico*, I, *Diritto del lavoro*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990.

[91] V. l'esame delle giurisprudenza costituzionale condotto da B. BALLETTI, *Necessità di una riforma legislativa del rapporto di lavoro nautico e relative prospettive,* in *Arg. dir. lav.*, 2005, 191 ss. V., anche, Cass., 30 luglio 2004, n. 14657, in *Dir. trasp.*, 2006, p. 238 con nota di A Cusmai, *Verso un'ulteriore attenuazione dell'autonomia normativa e della specialità del diritto della navigazione in materia di lavoro nautico*. In dottrina v. S. NAPPI, *La disciplina del lavoro marittimo,* in *Dir. lav. mer.*, 2008, 351 ss.

fine del carattere di specialità del rapporto stesso, dichiarando l'implicita abrogazione dell'art. 58 del regolamento allegato al r.d. 8 gennaio 1931, n. 148 che attribuiva al giudice amministrativo la competenza esclusiva a decidere delle controversie in materia di sanzioni disciplinari[92].

Pertanto il luogo di lavoro nel rapporto di lavoro subordinato dei lavoratori mobili assume la stessa importanza che ha nel rapporto di lavoro subordinato comune, come fattore destinato ad incidere sul contenuto del rapporto.

Per quanto concerne gli autoferrotranvieri l'art. 20, c.c.n.l. del 23 luglio 1976 definisce residenza del dipendente la località in cui ha sede l'ufficio, la stazione, il deposito, l'impianto, ecc., cui l'agente appartiene e da tale statuizione si può ricavare che deve considerarsi residenza di lavoro del dipendente non la sede dell'intera struttura aziendale o l'intero territorio a cui si riferisce la concessione del servizio, ma la località geografica ed amministrativa in cui ha sede l'ufficio o la stazione (o le altre articolazioni succitate) cui il lavoratore appartiene secondo la propria qualifica e le proprie mansioni[93].

Per quanto concerne il personale della navigazione, in merito al luogo di svolgimento dell'attività lavorativa, esso va distinto nelle seguenti categorie: il personale marittimo, che comprende la "gente del mare", il personale addetto ai servizi dei porti, il personale tecnico delle costruzioni navali; il personale della navigazione interna, formato dal personale navigante e dagli addetti ai servizi nei porti; il personale della navigazione aerea, formato dal personale di volo, dai capiscalo e dai lavoratori per i servizi a terra, nonché dal personale tecnico-direttivo delle costruzioni aeronautiche.

In tale quadro abbastanza eterogeneo, è possibile individuare il luogo di lavoro del personale nautico "mobile" come quello dello stabilimento presso il quale il lavoratore è stato assunto, a prescindere dal luogo di perfezionamento del contratto di arruolamento[94].

6. *La sicurezza dei luoghi di lavoro*

[92] V. Cass., Sez. un., 13 gennaio 2005, n. 460, in *Dir. lav.*, 2005, II, 238, con nota di G. Pellettieri, *Autoferrotranvieri: un rapporto di lavoro normale?* e in *Dir. giust.*, 2005, 23, con nota di M. LUPOLI, *Autoferrotranvieri, si cambia giudice.* V. anche TAR Milano Lombardia, Sez. III, 24 aprile 2008, n. 1256, in *Foro amm. T.a.r.*, 2008, 948 e TAR Genova Liguria, Sez. II, 12 marzo 2008, n. 384, in *Foro amm. T.a.r.*, 2008, 698.

[93] V. Cass., 14 giugno 2003, n. 9548, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 1437.

[94] V., in argomento, Cass., Sez. un., 17 luglio 2008, n. 19595, in *Giust. civ.*, 2009, 659, con nota di M. Comenale Pinto, *In tema di bandiere e giurisdizioni di comodo*.

Andiamo ora a vedere i riferimenti normativi in merito all'importante aspetto della sicurezza dei luoghi di lavoro. Il dovere del datore di lavoro di proteggere la salute del lavoratore deriva innanzitutto da indicazioni di rango costituzionale, rinvenibili negli artt. 32, 35, 38, 41 e 117 Cost.

Oltre alle norme costituzionali, vanno ricordate, in ordine temporale, le altre norme del nostro ordinamento, partendo da quella dell'art. 2087 c.c., secondo cui l'imprenditore deve adottare nell'esercizio dell'impresa le misure «necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». Tale norma codicistica viene considerata come espressiva dei seguenti significati: innanzitutto il datore di lavoro deve osservare non solo gli obblighi sanciti dalle norme speciali ma, anche, adottare le ulteriori misure di sicurezza richieste dall'evoluzione tecnologica; inoltre, il datore deve adottare le misure di sicurezza richieste non solo dalle caratteristiche oggettive dell'attività lavorativa, ma anche dalla condizione soggettiva dei lavoratori ed esercitare un'azione di vigilanza sui lavoratori affinché essi osservino la normativa di sicurezza[95].

Una svolta alla nostra normativa interna viene data dall'attenzione rivolta alla problematica della sicurezza del lavoro ad opera della normativa europea. Importante è la direttiva quadro 89/391/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro[96].

La direttiva quadro e le successive direttive particolari sono state recepite nel nostro ordinamento con il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, successivamente modificato dal d.lgs. 19 marzo 1996, n. 242. Tale decreto non si è sostituito integralmente alla legislazione precedente, pertanto il legislatore al fine di armonizzare il nuovo materiale normativo con il

[95] L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2009, 375 s.

[96] Conseguentemente alla direttiva quadro sono state emanate molte direttive particolari tra cui ricordiamo: la direttiva 89/654, relativa alla prescrizioni minime di sicurezza e di salute per i luoghi di lavoro; la direttiva 89/655, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso delle attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro; la 89/656, relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute per l'uso da parte dei lavoratori di attrezzature di protezione individuale durante il lavoro; la 90/269, relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e di salute concernenti la movimentazione manuale dei carichi che comporta tra l'altro rischi dorso-lombari per i lavoratori; la 90/270 relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute per le attività lavorative svolte su attrezzature munite di videoterminali; la 2004/37 sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti cancerogeni o mutageni durante il lavoro; la 2000/54 sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro.

precedente ha emanato, in attuazione dell'art. 1, l. 3 agosto 2007, n. 123, il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81[97], successivamente modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106[98].

Il d.lgs. n. 81 del 2008, come modificato dal d.lgs. n. 106 del 2009, si compone di 306 articoli, suddivisi in tredici titoli, con oltre 50 allegati.

Andiamo ora ad illustrare i principi contenuti nel titolo I, d.lgs. n. 81 del 2008[99] che si legano all'aspetto del luogo di lavoro.

Il capo III del titolo I, d.lgs. n. 81 del 2008 si occupa della gestione della prevenzione nei luoghi di lavoro. In merito, l'art. 15 specifica le misure di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, tra cui vi sono: la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza; la programmazione della prevenzione; il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro; la riduzione dei rischi alla fonte; l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona e l'adibizione, ove possibile, ad altra mansione; l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori[100], i dirigenti, i preposti, i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

Le norme successive del d.lgs. n. 81 del 2008 indicano i soggetti su cui gravano gli obblighi di sicurezza[101] che sono: il datore di lavoro; i dirigenti; i preposti[102]; i lavoratori stessi[103]; il medico competente. Vi sono, inoltre, dei soggetti che, pur estranei al rapporto di lavoro, sono coinvolti negli obblighi di sicurezza e questi sono: i progettisti dei luoghi[104] e dei posti di lavoro e degli impianti, i quali devono rispettare i principi generali di prevenzione in materia di salute e sicurezza sul lavoro al momento delle scelte progettuali e tecni-

---

97 F. BACCHINI, *Il c.d. testo unico sulla sicurezza: sguardo d'insieme e prime riflessioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 412 ss.; P. SOPRANI, *Lavoro, salute e prevenzione. Il nuovo Testo Unico sulla sicurezza D.Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008; M. TIRABOSCHI, *Il Testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, a cura di M. Tiraboschi, Milano, 2008.

98 L. MONTUSCHI, *La nuova sicurezza sul lavoro commento al D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche,* Bologna, 2011; F. CERVETTI e M. SPRIANO, *Commento alla nuova sicurezza del lavoro corredato da giurisprudenza e sistema sanzionatorio, aggiornato alla luce del D.lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Torino, 2010; L. GALANTINO, *Il Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il d.lg. 81/2008 e il d.lg. n. 106/2009*, Torino, 2009; P. SOPRANI e P. RAUSEI, *La nuova sicurezza sul lavoro. Le modifiche al D.Lgs. n. 81/2008 dal D.Lgs. n. 106/2009*, Milano, 2009.

99 Sul titolo I, d.lgs. n. 81 del 2008, v. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Pesaro, 2008.

100 V., in merito, A. ROTELLA, *La formazione per datori di lavoro e lavoratori*, in *Igiene sic. lav.*, 2012, 73 ss.

101 V., in argomento, S. TORIELLO, *Il datore di lavoro, il dirigente e il preposto: la "triade soggettiva per la prevenzione",* in *Riv. infort. mal. prof.*, 2009, 833 ss.

102 V., in merito, A. SCARCELLA, *I riflessi del Testo Unico sul ruolo di dirigenti e preposti*, in *Igiene sic. lav.*, 2011, 209 ss.

103 V., in argomento, C. MACALUSO, *Il ruolo del lavoratore nella normativa prevenzionistica tra obblighi e tutele*, in *Igiene sic. lav.*, 2011, 265 ss.

104 In giurisprudenza, in merito alla responsabilità del progettista dei luoghi di lavoro, v., ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 6 febbraio 2009, n. 13866, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1303.

che e devono scegliere dispositivi di protezione rispondenti alle norme in materia (art. 22); i fabbricanti[105], i venditori, i noleggiatori[106], i concedenti in uso di attrezzature di lavoro, dispositivi individuali di protezione e di impianti, i quali devono svolgere la fabbricazione, la vendita, il noleggio, la concessione in uso dei suddetti strumenti rispondendo alle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 23); gli installatori e montatori di impianti, attrezzature di lavoro o altri mezzi tecnici, i quali, per la parte di loro competenza, devono attenersi alle norme di salute e sicurezza sul lavoro e alle istruzioni fornite dai fabbricanti (art. 24).

Il d.lgs. n. 81 del 2008 si occupa poi, in modo specifico, degli obblighi connessi ai contratti di appalto o d'opera o di somministrazione al fine di individuare gli obblighi in capo al datore di lavoro committente e, difatti, l'art. 26 sancisce una serie di adempimenti a carico del datore di lavoro committente, sempre che egli abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo.

Nell'ambito della tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro importanti sono anche le figure del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, che coordina il relativo servizio e del rappresentante per la sicurezza, eletto o designato per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e della sicurezza durante il lavoro (art. 2, comma 1, lett. *i*).

Il titolo II del decreto rinvia all'allegato IV del decreto stesso in merito ai requisiti che devono presentare i luoghi di lavoro e prevede gli obblighi del datore di lavoro e alcuni divieti di lavoro in determinati luoghi[107]. Nello specifico, nell'allegato IV viene previsto che: gli edifici deputati ad ambienti da lavoro debbano possedere i requisiti della «stabilità e solidità» sia nella fase iniziale di utilizzo, sia in quella successiva di manutenzione e che i luoghi di lavoro debbano garantire al lavoratore uno spazio che gli consenta «il normale movimento della persona». Vengono poi sanciti l'isolamento termico ed acustico dei luoghi di lavoro e regole specifiche per le pavimentazioni e le pareti dei locali lavorativi nonché per le

[105] In giurisprudenza sulla posizione di garanzia del costruttore di una macchina da lavoro, v. Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 34774, in *Guida dir.*, 2010, 47, 82; Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 16941, *ivi*, 2010, 22, 84.

[106] Sulla responsabilità del noleggiatore v., ad es., Cass. pen., Sez. IV, 24 gennaio 2012, n. 14413, in *Guida dir.*, 2012, 23, 77.

[107] V., in argomento, U. FONZAR, *Lavori in spazi confinati e ambienti a sospetto di inquinamento: gestione operativa*, in *Igiene sic. lav.*, 2012, 31 ss; M. MARIGO, *Analisi dei fattori di rischio all'interno degli spazi confinati*, *ivi*, 2012, p. 13 ss.; A. ROTELLA, *Pubblicato il decreto sugli "spazi confinati"*, *ivi*, 2011, 809 ss.

vie di circolazione, per le zone di pericolo, per le vie ed uscite di emergenza, per porti e portoni. Vengono previste norme: per l'aerazione e l'illuminazione dei luoghi di lavoro; per i servizi igienici; per gli spogliatoi, nel caso in cui i lavoratori debbano indossare specifici indumenti da lavoro; per i locali di refettorio, ecc.; ed in merito ai requisiti che debbono avere gli ambienti di lavoro in presenza di polveri, agenti nocivi, vasche, serbatoi, ecc., nell'allegato vengono sancite norme non solo per la normale gestione di tali ambienti ma anche per le situazioni di emergenza[108].

D'altra parte, va sottolineato che il d.lgs. n. 81 del 2008, pur apportando delle modifiche alla previgente normativa, non introduce delle "rivoluzioni" nella materia della sicurezza sul lavoro, ma si fonda sull'impalcatura del d.lgs. n. 626 del 1994 ed anche il decreto correttivo del 2009 non ha apportato delle modifiche rilevanti ma ha solo integrato alcune lacune normative, corretto degli errori materiali e razionalizzato l'esistente. Difatti, l'ultima riforma legislativa del 2009 ha provveduto a riordinare la normativa in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro e se vogliamo trovare un comune denominatore alle nuove norme si può dire che diventano più stringenti gli obblighi per i "vertici" dell'impresa, aumentano le misure di prevenzione, mentre il sistema sanzionatorio si ammorbidisce.

---

[108] Per quanto concerne i titoli successivi del decreto: il titolo III sancisce in merito all'uso delle attrezzature di lavoro (v. in argomento, G. BENEDETTI, *Informazione, formazione e addestramento nell'uso delle attrezzature*, in *Igiene sic. lav.*, 2012, 193 ss.) e dei dispositivi di protezione individuale (v., in argomento, A. ODDO, *Il Testo Unico e le altre norme per la sicurezza di apparecchiature e impianti elettrici*, *ivi,* 2012, 85 ss.); il titolo IV ai cantieri temporanei o mobili (v. C. LAZZARI, *Sicurezza nei cantieri dopo la legge comunitaria 2008 e il decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 281 ss.; P. SOPRANI, *Sicurezza nei cantieri temporanei o mobili: le modifiche al Titolo IV del Testo Unico*, in *Igiene sic. lav.*, 2009, 563 ss.); il titolo V alla segnaletica di salute e sicurezza sul lavoro; il titolo VI alla movimentazione manuale dei carichi (v., in argomento, G. CAMPURRA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo sesto: la movimentazione manuale dei carichi*, *ivi*, 2008, 454 ss.); il titolo VII alle attrezzature munite di videoterminali (v. G. CAMPURRA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo settimo: lavoro al videoterminale*, *ivi*, 2008, 463 ss. e, in argomento, A. ROTELLA, *Valutazione del rischio da movimenti rapidi e ripetitivi nel lavoro al VDT*, *ivi*, 2001, 1 ss.); il titolo VIII agli agenti fisici (v., in argomento, A. ROTELLA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo ottavo, capi primo e secondo - Protezione dal rumore: alcune novità*, *ivi*, 2008, 470 ss.; ID., *La valutazione del rumore nel nuovo testo unico*, *ivi*, 2009, 3 ss.; G. CAMPURRA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo ottavo, capo terzo – Protezione da vibrazioni: qualche aggiustamento del d.leg. n. 187/2005*, *ivi*, 2008, 513 ss.; A. MERLINO, *Valutazione del rischio da esposizione a campi elettromagnetici*, *ivi*, 2011, 771 ss.; A. ROTELLA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo ottavo, capo quarto – Campi elettromagnetici: la lunga attesa*, *ivi*, 2008, 521 ss.; G. CAMPURRA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo ottavo, capo quinto – Radiazione ottica: una novità per la sicurezza*, *ivi*, 2008, 525 ss.); il titolo IX alle sostanze pericolose (v., in argomento, G. PAOLANTONIO, *Sostanze di elevata preoccupazione e autorizzazione all'uso: il punto della situazione*, *ivi*, 2012, 137 ss.; G. PAOLANTONIO, *Gestione delle sostanze chimiche: il punto su vigilanza e sanzioni*, *ivi*, 2011, 711 ss.; F. CAVARIANI, S. SILVESTRI e F. D'ORSI, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo nono, capo terzo – La protezione dei lavoratori da esposizione ad amianto*, *ivi*, 2008, 539 ss.); il titolo X all'esposizione ad agenti biologici (v. C. PORCELLI, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo decimo – Esposizione ad agenti biologici: novità solo per le sanzioni*, *ivi*, 2008, 550 ss.); il titolo XI alla protezione da atmosfere esplosive (v. M. MARIGO, *Atmosfere esplosive: le modifiche al Titolo XI del Testo Unico*, *ivi*, 2009, 553 ss.; A. ROTELLA, *Decreto legislativo n. 81/2008, titolo undicesimo – Protezione da atmosfere esplosive: confronto tra vecchie e nuove disposizioni*, *ivi*, 2008, 554 ss.); il titolo XII alle disposizioni in materia penale e di procedura penale (v. A. LANZI, *Disposizioni in materia penale e di procedura penale – D.leg. n. 81/2008, titolo dodicesimo*, *ivi*, 2008, 342 ss.); il titolo XIII alle norme transitorie e finali.

7. *Conclusioni*

In conclusione, vorrei fare alcune osservazioni.

Partendo dall'esame del luogo nel diritto del lavoro, si è dedotto che esso rappresenta una modalità della prestazione lavorativa.

Successivamente, si sono analizzate le modifiche del luogo che si possono avere durante lo svolgimento del rapporto di lavoro (nella specie trasferta, trasferimento, distacco) e alcune fattispecie contrattuali in cui l'elemento del luogo assume particolare rilevanza (lavoro a domicilio; telelavoro; lavoro dei lavoratori mobili).

Si è poi legato l'aspetto del luogo di lavoro con l'importante tema della sicurezza. A tal proposito, va ribadito che la disciplina della sicurezza del lavoro si occupa di tutelare la parte più debole del rapporto di lavoro, il lavoratore, in quanto nel nostro ordinamento l'obiettivo della efficienza produttiva va coniugato con la tutela dell'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro (art. 41, comma 2, Cost.). In questo quadro, il criterio della flessibilità e sicurezza del lavoro, la c.d. *flexicurity*, appare in grado di tutelare entrambe le parti del rapporto di lavoro, coniugando la flessibilità, a favore della parte datoriale, con la sicurezza, che è a beneficio del lavoratore.

E l'aspetto della sicurezza va legato strettamente al luogo di lavoro, come insieme dei mezzi per rendere "sicuro" l'ambiente in cui il lavoratore svolge la sua prestazione[109]. E', difatti, *in primis* sul datore di lavoro che ricade l'obbligo di garantire luoghi e attrezzature di lavoro "sicuri", in quanto il bene della salute è non solo un diritto che riguarda il singolo individuo, ma un interesse di tutta la collettività (art. 32 Cost.).

In definitiva, i profili esaminati nel corso della trattazione convergono armonicamente in una considerazione unificante: il luogo di lavoro è un aspetto della prestazione lavorativa che incide direttamente sulla tutela della salute del lavoratore, quindi sulla tutela della persona del lavoratore.

[109] Non va dimenticato il triste avvicendarsi, nel nostro ordinamento, delle morti c.d. bianche, a riprova che la non predisposizione, da parte innanzitutto del datore di lavoro, dei mezzi di protezione individuale e collettivi, crei incidenti spesso mortali.

Abstract

The author deals with the issue of the place of work performance in the employment relationship. After highlighting what is meant by such a place, the author first examines the changes that it may occur during the course of the employment contract and then some case in which the place takes on a special importance. The author in the last league appearance of the workplace with confidence that must have this place in order to protect the physical and mental integrity of the worker.

MARTA CERIONI

Prime riflessioni sulle fonti dell'autonomia privata [*]

Sommario: 1. Premessa; 2. Accezioni di "fonte dell'autonomia privata"; 3. Le singole fonti del "diritto dei privati": codici di autodisciplina e deontologici; 4. Segue: norme tecniche; 5. Segue: contratto collettivo di diritto comune; 6. Segue: *lex mercatoria*; 7. Nozioni di *soft law*; 8. L'evoluzione delle tesi sulla titolarità della produzione normativa; 9. La produzione normativa dei privati in Costituzione; 10. I limiti alla produzione normativa dei privati; 11. Il "nuovo" sistema delle fonti tra principio di competenza e sussidiarietà orizzontale: dalla piramide, all'abete, alla rete.

1. *Premessa*

Vittorio Scialoja si esprimeva a favore del diritto positivo[1] nella prolusione inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Camerino nel lontano 1879. Evidenziava, in parti-

[*] Il presente lavoro trae origine da un ciclo di lezioni dal titolo "*Autonomia privata e Costituzione*" tenuto presso l'Università degli Studi di RomaTre nell'A.A. 2011-2012 e costituisce la base di un saggio più approfondito con taglio giurisprudenziale.

[1] «Coloro, che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezza d'idee e di mancanza d'ideali. Tali accuse non furono mai meno meritate. Noi non neghiamo ogni attività diretta a migliorare la legislazione, non neghiamo anzi difendiamo l'imperio della morale nella vita. Ma dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali. Noi crediamo che l'inchinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente cosi si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell'amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento; e in nome suo domandiamo ai cittadini anche qualche sacrificio, se richiesto dal rispetto alla legge. E se chi ci accusava di mancar d'ideale, ci dirà che troppo si vuole facendo di quell'amore una virtù quotidiana, risponderemo che così, e solamente cosi, si potrà rendere alla patria l'antica grandezza». Così si esprimeva V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Discorso inaugurale letto nella grande aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli studi nell'Università di Camerino, in *Annali della Facoltà Giuridica*, Camerino, 1880, 28.

colare, una predilezione per il diritto positivo nella fase dell'applicazione ("Aule dei Tribunali") capace di garantire una maggiore certezza del diritto rispetto all'equità[2].

Se oggi ci fosse chiesto di elencare le fonti che un operatore del diritto deve consultare al fine di risolvere la controversia o un intricato quesito giuridico, dovremmo senz'altro rispondere non limitandoci più alla dicotomia "diritto positivo/equità" bensì allargando i confini. Innanzitutto, è mutato il concetto di diritto positivo così come lo si intendeva due secoli fa, ovvero un «sistema di precetti autoritativi provenienti dallo Stato o comunque dai poteri pubblici»[3]. Oggi, al contrario, è possibile che «regole di fonte privata (non necessariamente condivise da tutti i destinatari) possano atteggiarsi a regole oggettive che disciplinano esaustivamente (senza il concorso o l'esplicito e formale riconoscimento da parte di fonti statuali) e con la pretesa di colmare vuoti di potere pubblico, interi settori dell'esperienza socio–economica»[4].

Le riflessioni che seguiranno si occuperanno proprio delle fonti dell'autonomia privata e del loro ruolo nel sistema delle fonti.

Le ragioni di questa breve ricerca affondano nella constatazione che la dottrina, fino a non molto tempo fa, non le includeva nelle trattazioni sulle fonti del diritto. Questa assenza è giustificata dal fatto che l'"atto principe" dell'autonomia privata, ovvero il contratto, non è fonte normativa in quanto cristallizza il concreto ed individuale assetto di interessi al momento dell'accordo[5] e pertanto, non presenta caratteristiche simili alla legge[6]. In particolare, il profilo di maggior distanza è costituito dall'efficacia, in quanto, secondo gli inse-

---

[2] V. SCIALOJA, *op. cit.*, 17, sostiene che «nell'equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata».

[3] Così F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000. In tal senso v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna,* Napoli, 1996; N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307; F. ROSELLI, *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. IANNIRUBERTO E U. MORCAVALLO, Milano, 2007, 488. Secondo P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, in *Quad. fior. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1996, 281 ss., l'autonomia privata può assumere un ruolo non residuale e particolaristico nell'ambito della produzione normativa, che non si esaurisce cioè esclusivamente nell'ambito delle potestà dello Stato.

[4] F. CRISCUOLO, *op. cit.*, 51. G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725 ss. L'Autore spiega come da un modello di Stato onnipresente, che ha causato una sovraregolamentazione, si sia passati ad un altro in cui la volontà privata sostituisce l'intervento statale. Da qui l'esigenza dei controlli che fanno capo ad agenzie amministrative o ad autorità indipendenti.

[5] F. GALGANO, Lex mercatoria. *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, 4 s.

[6] GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU E MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 1998, 157 secondo cui l'accostamento tra legge e contratto viene ritenuto di segno alquanto superficiale e descrittivo.

gnamenti classici, gli atti di autonomia privata possono produrre effetti solo *inter partes* mentre la legge produce effetti *erga omnes*[7].

Tuttavia, da qualche tempo, proprio il dogma dell'irrilevanza per i terzi degli atti di autonomia privata sta subendo alcune profonde modificazioni che inducono a rilevare una vicinanza molto più forte di quella sin'ora concepita tra legge ed atti di autonomia privata. Uno dei primi lavori italiani in cui si tratta organicamente del "diritto dei privati" prende le mosse da un mutato punto di vista volto al superamento delle distinzioni tra diritto pubblico e diritto privato, proponendo al contrario una distinzione tra diritto statuale e il "diritto dei privati". Questa concezione poggia le proprie basi sulla teoria della "pluralità degli ordinamenti giuridici" di Santi Romano[8] e corrobora le critiche alla tesi classica della "esclusiva riserva dei poteri di produzione normativa" ai soli soggetti pubblici. Quest'ultima, al contrario, affonda le radici molto indietro nel tempo, infatti, è stata anche definita "modello Westfalia"[9] poiché si riaggancia al sistema delineato con i trattati di pace del 1648 i quali hanno decretato la nascita degli Stati nazionali e quindi una «pluralità di Stati reciprocamente indipendenti, i cui ordinamenti giuridici, nel loro complesso, esercitano almeno potenzialmente le loro funzioni regolatrici su tutta la superficie terrestre, direttamente o in virtù della loro qualità di componenti della Comunità internazionale»[10]. Questo sistema si discosta molto da quello precedente basato su una tendenziale unificazione legislativa[11] dovuta dapprima al *Corpus iuris* giustinianeo nel IV secolo e poi alla sua rielaborazione nelle Università che ha condotto al "diritto comune", dotato di efficacia non condizionata dalle

[7] Una ipotetica assimilazione tra legge ed atti di autonomia privata potrebbe avvenire solo in una democrazia diretta. In tal senso, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 168.

[8] La presentazione del lavoro monografico è firmata da Salvatore Romano il quale inserisce l'opera di Cesarini Sforza nella più ampia teoria dell'"Ordinamento giuridico" di Santi Romano. Cfr. anche M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 882 s. che ritiene che «l'autonomia privata attiene infatti all'elemento plurisoggettività degli ordinamenti, e più precisamente invece [al]la determinazione della posizione dei soggetti di un ordinamento, di fronte all'organizzazione e alla formazione dell'ordinamento stesso, in ragione del fatto che per quanto ampie e incombenti l'una e l'altra possano essere, è pur sempre impossibile che l'intera libertà del soggetto sia soppressa dall'organizzazione dell'ordinamento, l'intero suo comportamento sia regolato dalla formazione dell'ordinamento. L'autonomia privata è quindi una "posizione necessaria" di libertà e di autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento. E per la varietà e relatività degli ordinamenti, essa è a sua volta varia e relativa, e quindi storica».

[9] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008, 22 ss.

[10] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, II edizione, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, 73.

[11] P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2010, 227-229.

frontiere fra gli Stati[12]. Il sopraggiunto modello "Westfalia" produce una «nuova rottura dell'unità del diritto europeo»[13] e consacra il monopolio della produzione legislativa o normativa in senso lato in capo ai singoli Stati nazionali, mentre il "diritto dei privati" costituisce un "elemento di rottura" in favore di una ricostruzione non esclusivamente statalista delle fonti di produzione.

2. *Accezioni di "fonte dell'autonomia privata"*

Innanzitutto, è possibile individuare due diverse accezioni di fonti dell'autonomia privata. Una ampia che contiene tutti gli atti che i privati autonomamente pongono in essere al fine di disciplinare i loro reciproci rapporti, comprendendo, quindi, anche tutti i negozi giuridici perfezionati con il consenso delle parti stipulanti e aventi effetti essenzialmente solo *inter partes*.

Una seconda accezione, invece, coincide con il "diritto dei privati" coniato già nel lontano 1929 da Cesarini Sforza[14] con cui si intendono solo le espressioni di autonomia privata che stabiliscono delle regole destinate ad essere osservate da *soggetti ulteriori rispetto a quelli che le hanno redatte*. In altri termini, con la prima nozione, si intendono indistintamente tutte le norme create dai privati, mentre con la seconda, solo quelle che presentano, in un certo senso, il carattere di eteronomia[15] e che producono effetti *erga omnes* per tutta la categoria cui si rivolgono.

La felice intuizione di Cesarini Sforza arriva a definire il diritto dei privati come «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo, in mancanza, o nell'insufficienza della legge statuale»[16]. Questa definizione può essere ancora attuale nella misura in cui ci si riferisce a quegli atti di autonomia privata che creano effetti *ultra partes* e che sono sempre più numerosi e complessi nell'ordinamento giuridico. Il carattere di eteronomia delle norme prodotte dai privati ha già condotto questa dottrina a

[12] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa,* cit., 22, il quale vi aggiunge anche sul piano politico l'affermazione del Sacro Romano impero esistente dall'anno 800 all'anno 1806.
[13] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa,* cit., 22. Sul tema dell'ordinamento giuridico ed in particolare sui profili di complessità, dinamicità e unitarietà, v. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; nonché ID., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 33 ss.
[14] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.
[15] F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina,* cit., 23 ss.
[16] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 3.

distinguere due tipi diversi di norme: quelle statuali ovvero create dallo Stato in cui ricomprendeva sia il diritto pubblico ma anche quello privato poiché costitutivo di un «complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti tra persone private»[17] e il diritto non statuale (che definiremmo fonti di autonomia privata) nel cui ambito spicca il c.d. "diritto dei privati" inteso come regole emanate da «autorità non statuali, per disciplinare determinate relazioni giuridiche tra persone ad esse sottoposte»[18]. Questo diritto, pertanto, è diverso rispetto a quello dei negozi giuridici (comunque non statuale) poiché non vincola solo coloro che hanno aderito e contributo alla stesura della disciplina. Il "diritto dei privati", pertanto, può essere somigliante, per certi versi, alla formazione positiva di derivazione statale. Proprio per questo, ci interesseremo di questo tipo di fonti di autonomia privata.

3. *Le singole fonti del "diritto dei privati": codici di autodisciplina e deontologici*

L'esempio più interessante del diritto dei privati è senz'altro quello costituito dalla normativa di autodisciplina dei gruppi cristallizzata in autentici codici[19]. Il fondamento di queste norme è costituito dalla presenza di un gruppo ristretto di soggetti che è deputato alla vigilanza del loro rispetto e, in caso di violazioni accertate, persino al comminare sanzioni. Anche in questo caso, pertanto, può essere provata la bontà della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano poiché la totalità di questo tipo di produzione normativa si basa sull'esistenza di un gruppo organizzato di persone aventi uno scopo comune per il cui corretto perseguimento eleggono un consiglio "ristretto" di soggetti nel proprio seno che ha il compito di vigilare sulla corretta applicazione delle norme interne[20].

Questa teoria è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza che, in occasione della risoluzione di una questione sull'autodisciplina pubblicitaria si è espressa in merito al rapporto fra ordinamento autodisciplinare e statale, affermando che «anche nell'attuale ordinamento giuridico positivo è ammissibile l'esistenza di ordinamenti privati che traggono la

[17] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 4.
[18] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 26.
[19] MENGONI, *La questione del "giusto diritto" nella società post-liberale*, in *Rel. Ind.*, 1988, 24 che ritiene che questa realtà si legittimi nel quadro di nuovi processi di formazione del diritto progressivamente emergenti sulla crisi dello Stato moderno e dei suoi modelli regolativi.
[20] Così anche N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 177 che ritiene si tratti di «categoria omogenea di soggetti mossa da comuni interessi» e che «si sottopon(e) all'osservanza di un complesso di regole dettate in funzione di scopi comuni determinati». Anche F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 99. F. S. BORRELLI, *Autodisciplina pubblicitaria e leggi nazionali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1981, I, 367 ss.

loro origine e la ragione della propria effettività dall'autonomia privata riconosciuta e garantita dallo Stato. Ciò avviene tutte le volte che un organismo sociale instaura nel suo interno una disciplina che contiene un ordinamento autonomo di autorità, di poteri, di norme e di sanzioni, un regolamento interno di carattere disciplinare. La nascita e la vita di un ordinamento derivato sono regolate dalle norme dell'ordinamento superiore»[21].

In sostanza, l'accezione tecnica di autodisciplina presenta congiuntamente i momenti: organizzativo, normativo e talvolta anche sanzionatorio. Al contrario, l'accezione generica si riferisce solo alla "posizione" di regole da parte di uno o più soggetti per disciplinare la propria sfera di interessi (c.d. concezione filologica)[22].

Questa tipologia di norme comprende un'ampia gamma di settori che vanno dalle professioni ad interi settori dell'economia e della società. La dottrina suole distinguere tra codici di autodisciplina e di deontologia[23] ma sembra che questa non possa essere una differenziazione strutturale ma solo contenutistica. I codici deontologici presentano precetti principalmente etici mentre i codici di autodisciplina delle regole vere e proprie. V'è da notare, però, che ogni regola giuridica nel suo formarsi risponde sempre a «criteri di valore condivisi, in quanto tali connotabili anche in chiave etica»[24] e che ogni norma deontologica contiene una regola di comportamento molto efficace la cui violazione può addirittura provocare la radiazione del professionista e quindi impedire ad un soggetto di esercitare la propria professione per sempre.

Piuttosto, è molto più interessante indagare la struttura di questa tipologia di norme. All'interno di questa, si possono scorgere diverse tipologie di autodiscipline le cui caratteristiche oscillano intorno a due poli di attrazione: a) l'innovatività delle norme rispetto a quelle già presenti nell'ordinamento giuridico (modelli meramente ripetitivi di norme già esistenti o modelli totalmente "speciali" ed "originali" per interessi coinvolti o tecniche di tutela utilizzate) e b) la "giustiziabilità" da parte di appositi organi (da sistemi fortemente pre-

[21] Trib. Milano, sent. 22 gennaio 1976, in *Riv. Dir. Ind.*, 1977, II, 91 ss.
[22] F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 98.
[23] CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 2011, 552 ss.
[24] N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 178.

cettivi che sanzionano ogni violazione di norma a sistemi in cui il rispetto delle regole è lasciato alla libera adesione del singolo soggetto)[25].

La necessaria presenza dei caratteri di "specialità" ed "originalità" costituisce espressione della riconduzione del fenomeno dell'autodisciplina nell'autonomia privata poiché non sarebbe configurabile come manifestazione di quest'ultima quella regola «sprovvista dell'idoneità a determinare un assetto di interessi diverso da quello che si sarebbe avuto in mancanza di essa; che, cioè, non avesse attitudine a determinare di per sé un'innovazione della realtà giuridica»[26]. In tal modo, l'autodisciplina presenta, senz'altro, un contenuto normativo in senso proprio, idoneo a concorrere con la produzione normativa statale.

Parte della dottrina[27] si discosta da questa tesi poiché ritiene che due norme anche di identico contenuto (quella statale e quella autonoma ripetitiva) in diversi contesti possano assumere significati del tutto differenti anche in riferimento alla vincolatività che può essere maggiore se quella norma è "ribadita" anche dal proprio codice professionale[28].

Anche la seconda caratteristica della vincolatività è indefettibile poiché, appurato che l'autonomia equivale a "porre delle regole" tali da «modificare il comportamento del destinatario della prescrizione»[29], se le regole stesse venissero disattese senza incorrere in alcuna sanzione, non si avrebbe un fenomeno di autonomia bensì di semplice "consiglio" o "auspicio". Ovviamente, ciò non significa che l'apparato deputato alla verifica del rispetto delle regole debba essere esclusivamente interno all'istituzione disciplinare. *A fortiori*, l'apparato

---

25 F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 97; P. ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina*, Padova, 1996 per una panoramica generale.

26 Così F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 104 il quale richiama anche F. Pergolesi, che teorizza il contenuto della regole autonome come un contenuto determinato solo in negativo dalle regole statali che, in tal modo, sottraggono al potere privato autonomo certe materie, certi gruppi di rapporti che lo Stato riserva alla propria disciplina (p. 6 e 7).

27 N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 178 s.

28 L'esempio proposto è quello del c.d. "codice di autodisciplina delle società quotate in borsa" del 1999. Secondo Criscuolo è meramente ripetitivo delle norme previste dalla disciplina statale. Per Lipari, al contrario, il codice rappresenta un criterio normativo autodeterminato dalle imprese e che, proprio per questo, le aderenti gli attribuiscono un valore aggiunto rispetto alla forza vincolante dei precetti legislativi. L'A., però va oltre, poiché ritiene che questa coscienza porterà a un «effetto riflesso di segno negativo a carico delle imprese non aderenti, se è vero che la Borsa si è immediatamente riservata di chiedere alle società quotate di dar conto motivatamente dell'adozione o meno del codice (in tal modo riconnettendo implicitamente un effetto autonomo all'utilizzazione della disciplina autoregolamentare e comunque evidenziando un'efficacia dell'accordo che va al di là della posizione delle parti sottoscrittrici). Se il diritto vale come esperienza nell'effettività dei comportamenti, non si può certamente sottacere il significato di comportamenti di questo tipo» (N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 179).

29 G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984, 21.

sanzionatorio può essere anche quello dello Stato. Si pensi, infatti, alla possibilità che la Corte di Cassazione giudichi in sede di legittimità le violazioni del codice di deontologia forense qualificandole come violazione di legge[30].

4. *Segue: norme tecniche*

La dottrina ha distinto inizialmente la norma tecnica da quella della natura poiché, mentre quest'ultima descrive uno stato di fatto (*se c'è A, c'è B*), la norma tecnica individua un fine e la via per raggiungerlo (*se si vuole B, si deve porre in essere A*)[31]. A ben vedere, la formulazione del *type* assomiglia molto alla struttura di una norma precettiva e quindi di una norma giuridica, in particolar modo sembra appartenere alla situazione giuridica soggettiva dell'onere[32]. Infatti, altra dottrina le ha qualificate come norme giuridiche tendenti ad un fine liberamente perseguibile[33], ovvero «le regole la cui osservanza è indispensabile per conseguire, in linea di fatto, determinati accertamenti mediante l'impiego del proprio corpo o l'uso di macchinari o di procedure che implicano la conoscenza di forme di *know how*, talora conseguibile soltanto mediante una vera e propria formazione professionale a carattere specializzato, nonché spesso condizionata alla titolarità di specifiche abilitazioni certificate mediante appositi documenti»[34]. Le «norme» tecniche hanno «vigenza intrinseca identica o

[30] Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225; Cass., sez. un., 23 marzo 2004, n. 5776 e infine Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810 (in *Foro it.*, 2008, I, 116 ss. con nota di R. DANOVI, *Sulla giuridicità delle regole deontologiche*) e Cass., sez. un., 30 aprile 2008, n. 10875. La dottrina ha aderito alla posizione della Corte di Cassazione: cfr., *ex multis*, A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 23 ss. In particolare, Cass. sez. unite, sent. n. 26810 del 20 dicembre 2007 riconosce alle disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali la natura di «fonti normative integrative di precetto legislativo». Il tradizionale orientamento sosteneva che «non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge, come tali assoggettabili al criterio interpretativo di cui all'art. 12 delle preleggi, ma sono espressione di poteri di autorganizzazione degli ordini (o dei collegi), sì da ripetere la loro autorità, oltre che da consuetudini professionali, anche da norme che i suddetti ordini (o collegi) emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi e per regolare la propria funzione disciplinare. Ne discende che le suddette disposizioni vanno interpretate nel rispetto dei canoni ermeneutici fissati dagli artt. 1362 e ss. cod. civ.». Sulle fasi dell'evoluzione dell'efficacia dei codici di autodisciplina nell'ordinamento giuridico, v. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, 1895 ss.

[31] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 12.

[32] F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 28, nota 93 che discute di oneri anziché obblighi.

[33] Secondo F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 329-330, il fine liberamente perseguibile dalla norma tecnica «entra a caratterizzare lo schema della norma tecnica e la rende tale, permettendone la traduzione dalla legge naturale corrispondente».

[34] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 152.

quanto meno analoga a quelle delle norme giuridiche»[35]. E' stato sostenuto che la struttura «è di per sé simile (salvo per il fatto di non esprimere comandi, ma piuttosto condizioni da soddisfare per ottenere i risultati che la loro osservanza consente)»[36]. Tuttavia, vi è chi le differenzia dalle norme giuridiche per la peculiare attitudine e conoscenza in possesso dei titolari abilitati a porle in essere[37]. Per altri invece è solo frutto di convenzioni[38]. Altri ancora contestano proprio la tipologia di "norma" tecnica in quanto *impropria*, essendo qualificabile come tecnica non la norma ma la sua origine, la sua premessa logica[39]; *polisensa*, poiché si caratterizza, oltreché per un'accezione contenutistica, per un significato descrittivo ampio, impreciso e mutevole[40].

Ciò che è certo è che dal punto di vista contenutistico, le norme tecniche si distinguono per la loro scientificità[41]. Dal punto di vista strutturale, è possibile distinguere, invece, tra «regole tecniche» e «norme tecniche». Le prime sono quelle norme cogenti, comunque prodotte autoritativamente da organi o da enti pubblici, statali o regionali, sulla base di cognizioni fornite o da una scienza specialistica, (vale a dire da tutte le scienze ad eccezione di quelle giuridiche e dell'amministrazione), o dalla conoscenza di una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio non ricollegabile ad una scienza; le seconde sono le norme prodotte da associazioni private, a ciò deputate in forza di una generale abilitazione conferita loro dall'ordinamento giuridico[42].

Le norme tecniche possono essere utilizzate in diversi modi: a) incorporazione della norma tecnica in quella giuridica[43]; b) rinvio fisso ad un allegato tecnico[44] (testo non giuridi-

---

35 Di contrario avviso, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 83 ss. per una panoramica, cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit.; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 25.

36 A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 152.

37 Taluni hanno anche rovesciato il problema sostenendo che le norme giuridiche sono una sottospecie delle norme tecniche poiché la loro interpretazione ed applicazione è riservata ai giuristi i quali possiedono la necessaria competenza. Così, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 152.

38 A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1974, 189.

39 A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 189.

40 A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., 253 ss.

41 N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

42 A. IANNUZZI, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della materia ambientale*, in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/caratterizzazioni/normazione_tecnica_Iannuzzi.pdf, 30 ottobre 2005, 8 ss.

43 F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 159 ss. Questo fenomeno può essere condotto alla sussunzione da parte della legge di regole formate dai privati.

co); c) rinvio mobile al medesimo[45]; d) rinvio alla libera e prudente valutazione dell'operatore giuridico che può individuarla nell'ambito dell'ordinamento giuridico oppure nell'ambito tecnico.

Nel primo caso, operano come fonti giuridiche a tutti gli effetti, nel secondo, le opinioni sono divise, mentre nel quarto, rappresentano semplici «dati di fatto impiegabili secondo le regole generali sull'interpretazione»[46]. Ciononostante sono essenziali nell'operazione di ricostruzione della norma la quale si compone sia della disposizione giuridica sia della norma tecnica il cui rispetto conduce all'acquisizione di un diritto, e quindi, in ultima analisi, il rispetto della regola tecnica conduce all'acquisizione del "bene della vita" agognato dal singolo.

Infatti, a tal proposito, è stato ritenuto che «i testi concernenti norme tecniche non recepite da leggi o altre fonti operano assai spesso come *soft law*, risultando difficile contrastare le posizioni suffragate dai pareri degli scienziati, tranne che nei casi nei quali il legislatore si sia proposto di prevenire le loro conclusioni imponendo propri punti di vista. E la storia conosce molti casi di conquiste della scienza, a lungo combattute da autorità politiche o religiose, che solo a costo di lunghi contrasti hanno potuto venir riconosciute come fondate»[47].

Si pensi al combinato disposto dell'art. 6, lett. b) della l. n. 194/1978 che nel caso in cui «siano accertati processi patologici […] che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» ammette l'interruzione di gravidanza oltre il termine dei 90 giorni e all'art. 7, comma 3, che, al fine di tutelare anche il diritto alla vita del nascituro, stabilisce che non si possa comunque interrompere la gravidanza «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto». La legge non individua il termine massimo per l'IGV in un numero di settimane specifico poiché è subordinato ai progressi della tecnica medico-scientifica che con il passare degli anni hanno ragionevolmente permesso di collocare il termine stesso in un momento sempre più precoce della gravidanza. Di conseguenza, nel caso di pericolo per la salute della donna, visto che non esistono linee-guida nazionali in

[44] A.A. CERVATI, *In tema di allegati ad un atto legislativo e delegificazione di tabelle*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1614.
[45] F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 248 ss.
[46] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 153.
[47] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 153 s.

materia, sono le prassi delle cliniche a determinare il limite massimo per interrompere la gravidanza. Queste sono stabili sulle 24 settimane[48], salvo alcune eccezioni di termini minori praticati da alcuni ospedali[49]. Queste norme tecniche, pur non essendo recepite in un testo normativo statale, hanno effetti determinanti sul diritto alla vita della madre e del feto[50].

L'incisività delle norme tecniche è vista con molta preoccupazione da chi teme che la politica sia sostituita da un apparato di tecnici non eletti e quindi sottratti al circuito democratico[51].

5. *Segue: contratto collettivo di diritto comune*

Questo atto di autonomia privata è già stato qualificato da risalente dottrina come «un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge» poiché «attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza che trascende il diritto soggettivo e si sprigiona un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti»[52]. Da ben prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, era già evidente come questo atto, essenzialmente frutto dell'autonomia privata, producesse effetti ben *oltre i soggetti* che lo avevano posto in essere.

La Costituzione attribuisce ai contratti collettivi "efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto collettivo si riferisce" e dunque gli conferisce efficacia *erga omnes* purché vi siano due condizioni: a) i sindacati abbiano ottenuto la personalità giuridica mediante la registrazione; b) la stipulazione sia affidata ad una rappre-

---

48 Per una disamina sulle molteplici posizioni nella medicina sulla vitalità del feto, v., *ex multis*, la sintesi della letteratura più recente nelle "Note bioetiche" del Comitato Nazionale per la bioetica, disponibile sul sito del ministero della Salute.

49 Le linee guida degli ospedali Mangiagalli e San Paolo di Milano che già adottano da qualche anno un codice di autoregolamentazione che prevede il limite delle 22 settimane oltre le quali non è più possibile effettuare una IVG.

50 Tommaso V., nato venerdì 2 marzo 2007 a Firenze (all'ospedale Careggi), morto a Firenze (all'ospedale Meyer) giovedì 8 marzo 2007 dopo un'emorragia cerebrale e dopo essere sopravvissuto per sei giorni a un'interruzione di gravidanza. Tommaso pesava cinquecento grammi, era lungo venticinque centimetri. Ai genitori era stata comunicata la diagnosi prenatale di possibile atresia esofagea, una malformazione correggibile chirurgicamente dopo la nascita, anche se in proporzione alla gravità della malformazione stessa. Il piccolo è stato abortito all'ospedale di Careggi di Firenze alla 23ª settimana, (la scelta della madre di abortire è avvenuta alla 21ª settimana) ma è nato vivo, sano, senza la malformazione temuta, per carenza di posti è stato trasferito al Meyer, dove è morto dopo sei giorni. Per una cronaca precisa dell'evento, *ex multis*, v. http://cerazadeallegati.blogspot.com/2007/04/il-foglio-la-pasqua-di-paolo-tommaso.html

51 D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, 2004, 971 ss.

52 F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1927, 116 s.

sentanza unitaria composta in modo proporzionale al numero degli iscritti ai vari sindacati stipulanti.

Qualora i sindacati avessero adempiuto a questo "onere"[53], il contratto collettivo avrebbe avuto efficacia *erga omnes* e si sarebbe collocato al livello primario delle fonti del diritto[54].

E' notorio che l'art. 39 Cost. non sia stato mai attuato principalmente per volontà degli stessi sindacati e, pertanto, gli unici contratti collettivi sono quelli di diritto comune la cui disciplina giuridica è quella prevista dal codice civile. La differenza essenziale tra il modello costituzionale e quello civilistico si riverbera sul piano degli effetti poiché quest'ultimo ha efficacia limitatamente ai soggetti iscritti alle associazioni stipulanti. Questo aspetto avrebbe potuto e (potrebbe) comportare la coesistenza di molteplici accordi conclusi da sindacati diversi sebbene operanti in un unico settore professionale.

In aggiunta a ciò, l'efficacia generalizzata del contratto collettivo è stata estesa tramite due canali: quello legislativo e soprattutto quello giurisprudenziale.

Le soluzioni adottate nell'ambito del primo filone sono molto risalenti. Il modello più conosciuto è quello designato dalla l. n. 741 del 1959 con cui il Parlamento delegava al Governo di emanare dei decreti legislativi in cui si recepivano i contratti collettivi esistenti prima dell'approvazione della legge di delega. In tal modo, questi avrebbero acquisito l'efficacia di atti normativi primari e loro efficacia si sarebbe estesa a tutti gli appartenenti a quello specifico settore professionale cui il contratto si riferiva. La *ratio* della legge di delega mirava proprio ad evitare la disuguaglianza di trattamento per i lavoratori dello stesso settore che, però, avevano aderito a diversi sindacati che, a loro volta, avevano stipulato diversi contratti collettivi[55], nonché di rendere effettiva la tutela dei minimi di trattamento economico ai sensi dell'art. 36 Cost.

---

[53] F. MODUGNO, *I contratti collettivi di diritto comune sono fonti?* Relazione alla Tavola rotonda su «Rappresentanza sindacale e contratto collettivo» svoltasi il 3 aprile 2009 presso l'Università degli Studi della Sapienza, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010, 12 che li qualifica proprio così.

[54] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, in cui lo afferma in senso dubitativo.

[55] Nella l. 741/1959 venivano comunque fatti salvi i trattamenti più favorevoli attuali e futuri contemplati da accordi e contratti collettivi e da contratti individuali.

Sebbene lo scopo fosse costituzionalmente fondato, il meccanismo del recepimento dei contratti collettivi di diritto comune tramite specifici decreti legislativi era palesemente in contrasto con l'art. 39, 4° co. Cost. Tuttavia, la Corte costituzionale salvò la normativa approvata sulla base del suo carattere transitorio ed eccezionale[56]. Il successivo tentativo esperito dal Parlamento nel 1960 con la legge n. 1027 fu dichiarato incostituzionale proprio per evitare che la contingenza diventasse prassi costante[57].

Un altro riconoscimento legislativo ai contratti collettivi è collegato alla legislazione premiale che attribuisce finanziamenti agevolati, concessioni, sgravi fiscali e così via alle aziende che stipulano contratti individuali di lavoro rispettando i "contenuti minimi" previsti dai contratti collettivi del settore[58]. Essendo dei riconoscimenti indiretti che non sanzionano i casi di non rispetto dei contratti collettivi ma agevolano soltanto chi è nella posizione opposta, questo tipo di disciplina non ha trovato ostacoli di ordine costituzionale.

Recentemente il rapporto tra legge e contratto collettivo si è arricchito di una nuova tipologia prodotta dalla loro osmosi ovvero la c.d. «legificazione della contrattazione collettiva»[59]. Strutturalmente è costituita da una fonte legislativa che enuncia dei principi e/o direttive in materie per lo più di politica del lavoro[60] a cui aggiunge un rinvio alla contrattazione collettiva per l'integrazione e lo svolgimento di queste. L'impianto strutturale assomi-

---

[56] Corte cost., sent. n. 106 del 1962, in *www.giurcost.it*. Un altro tentavo ancora più risalente è rappresentato dalla l. 25/1955 [art. 11, lett. *c*)], che istituiva l'obbligo in capo ai datori di lavoro di rispettare i contratti collettivi stipulati nell'ambito dell'apprendistato. In questo modo, la legge rinvia a un atto – fonte e subordinava i contratti individuali al rispetto di questo, che, quindi, assumeva valore primario. La questione di costituzionalità per contrasto con l'art. 39 fu respinta dalla Corte (con sentenza n. 10/1957) poiché la legge impugnata «non contiene affatto una dichiarazione di obbligatorietà dei contratti collettivi di diritto privato per tutti gli appartenenti alle rispettive categorie dei sindacati stipulanti. La norma stessa, invece, [...] contiene un riferimento generale ai contratti collettivi senza alcuna specificazione». In realtà, sebbene la norme fosse generica, l'effetto che produceva era proprio quello dell'obbligatorietà del contratto collettivo.

[57] Successivamente v. anche Corte cost., sent. n. 88 del 1965, in *www.giurcost.it*.

[58] Ad es. cfr. la legge sull'occupazione giovanile n. 285/1977, art. 9.

[59] A. D'ALOIA, *Art. 39*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 815; cfr. anche la trattazione sui "contratti collettivi" a p. 811 ss.

[60] Lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà, fondi di solidarietà per il sostegno del reddito, previdenza complementare, lavoro notturno e così via. Cfr. le leggi nn. 662/1996, 449/1997, i d.lgs. nn. 447/1999 e n. 532/1999; in dottrina, v. PROIA, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Milano, 2002, 125 ss. e 131, secondo cui la contrattazione collettiva opera in questi casi in modo non dissimile dai regolamenti delegati. A proposito dei contratti in tema di autorizzazione al *part-time* (v. d.lgs. n. 61/2000), ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lavoro e dir.*, 2000, III, 352, parla (riprendendo D'Antona), di inedita figura e formula di delegificazione.

glia alla delegazione legislativa o alla delegificazione in quanto rinvia a fonti che non sono primarie.

Dal punto di vista dell'efficacia, il rinvio esplicito effettuato dalla legge dello Stato al contratto collettivo dona a quest'ultimo un'efficacia di fatto *erga omnes* che supera i confini della partecipazione negoziale. Nell'ambito di questo profilo, trovano collocazione anche i c.d. "contratti gestionali". La *ratio* del rinvio legislativo risiede, in questi casi, nella volontà di coinvolgere i sindacati maggiormente rappresentativi nella gestione di problemi aziendali in momenti di crisi dell'impresa, al fine di raggiungere una congiunta soluzione che può contemplare dei "sacrifici" per i lavoratori in visione di un obiettivo generale e comune. Il contenuto di questi contratti, pertanto, non è acquisitivo di diritti per i lavoratori ma semplicemente "amministrativo" ovvero avente lo scopo di "gestire" alcuni problemi che ineriscono l'azienda in sé e che quindi coinvolgono indirettamente anche i lavoratori. Per la Corte costituzionale «il problema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo si pone per i contratti normativi, non per quelli del tipo ora in discorso, la cui efficacia nei confronti della totalità dei singoli lavoratori [...] si fonda sulla legge che ad essi rinvia»[61], ammettendo, quindi, l'efficacia *erga omnes* dei contratti gestionali.

In dottrina, si è ipotizzata l'estensione implicita dell'efficacia dei contratti collettivi delegati come conseguenza del rinvio legale, detto altrimenti, la legge sarebbe la fonte diretta ed immediata dell'effetto generale[62]. Diversamente, altra dottrina rileva che è la sostanza delle cose a valere e che nessun artificio dogmatico può nascondere: anche in questi casi, infatti, è stata fatta applicazione (con effetti *erga omnes*) di un contratto concluso senza le garanzie formali richieste dalla norma costituzionale[63].

Nella successiva sentenza n. 344/1996, il giudice delle leggi giustifica la contrattazione collettiva «delegata» che produce norme con efficacia generale (per la quale utilizza esplicitamente la categoria della fonte di diritto *extra ordinem*) in quanto verte in «materie del rapporto di lavoro (appunto: lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà, la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine) che esigono uniformità di disciplina in funzione

[61] Corte cost., sent. n. 268/1994, in *www.giurcost.it*.
[62] V. per tutti PROSPERETTI G., *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989, 74; PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, 30.
[63] BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998, 212.

di interessi generali connessi al mercato del lavoro». Tuttavia, la dottrina più acuta ha mostrato come l'organizzazione dell'impresa e la regolazione del rapporto di lavoro (ovvero gli aspetti gestionali e quelli normativi) si integrano dinamicamente. E', quindi, evidente che non è sempre possibile separare nettamente la disciplina dell'esercizio dei poteri inerenti all'amministrazione del rapporto di lavoro dalla disciplina normativa dei contenuti del contratto individuale. Pertanto, il contratto gestionale è ricompreso nel più ampio *genus* del contratto normativo, riproponendosi il conflitto con l'art. 39 Cost. Una variante di questo modello è rappresentata dai contratti e accordi collettivi di determinazione delle prestazioni indispensabili da assicurare in caso di sciopero[64]. Ulteriore riconoscimento legislativo è contenuto nel codice civile all'art. 2113 c.c. ove si dichiara l'invalidità di rinunce e transazioni che hanno per oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni dei contratti o accordi collettivi. Recenti novelle al codice di procedura civile hanno di nuovo posto l'attenzione sul ruolo dei contratti collettivi come fonti primarie, almeno nella disciplina giuridica processuale loro applicabile. Infatti, la l. n. 80/2005 ed il d.lgs. n. 40/2006 non solo hanno introdotto l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi, da effettuarsi con sentenza non definitiva impugnabile con ricorso immediato in Cassazione (art. 420 *bis* c.p.c.), ma hanno anche compiuto una «parificazione dei contratti collettivi dell'impiego privato a quelli del pubblico impiego e, considerandoli come fonte di diritto» li hanno «assoggettati al giudizio di Cassazione per *errores in judicando*»[65].

Anche la giurisprudenza tende ad estendere la portata dell'efficacia del contratto collettivo. L'artificio motivazionale più conosciuto è senz'altro quello del combinato disposto degli artt. 2099 c.c. e 36 Cost. Il primo consente al giudice di determinare la retribuzione del prestatore di lavoro in mancanza di accordo tra le parti mentre il secondo stabilisce che la retribuzione sufficiente è quella idonea a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa[66]. Pertanto, la giurisprudenza consolidata ritiene che i livelli retributivi (minimi) stabiliti nei contratti di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali

---

64 V. l. n. 146 del 1990.

65 C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *II, La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2008, 537-538 che aggiunge anche come la dottrina ha ritenuto che il contratto collettivo nazionale di lavoro non è una «fonte di diritto in senso tecnico» (p. 469).

66 L'interdipendenza tra gli artt. 36 e 39 è recentemente sviluppata e argomentata nell'interessante saggio di BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002, 34 ss. e 97.

maggiormente rappresentative costituiscano il *quantum* di retribuzione sufficiente (ai fini di cui all'art. 36 Cost.) per i tutti i lavoratori di quel comparto, a prescindere dalla loro mancata adesione al sindacato stipulante. Per questa via, «il contratto collettivo diventa una sorta di "prolungamento" attuativo della garanzia costituzionale della retribuzione giusta e sufficiente»[67].

Vi sono, inoltre, altri percorsi giurisprudenziali diretti ad estendere l'efficacia dei contratti collettivi. Il primo è collegato alla rappresentatività dei sindacati. I contratti conclusi dalle organizzazioni confederali maggiormente rappresentative godrebbero di una presunzione di efficacia tendenzialmente «generale» (*erga omnes*)[68]. Altre sentenze hanno aderito alla teoria della recezione implicita delle clausole collettive nel contratto individuale, alla teoria dell'adesione al contratto collettivo per una sorta di "consuetudine" di fatto nell'applicazione generale alla disciplina collettiva[69], all'obbligo del datore di lavoro di applicare le clausole del contratto collettivo in caso di mancata tempestiva eccezione in giudizio della sua estraneità alla contrattazione collettiva[70], all'estensione a tutti i lavoratori della contrattazione collettiva stipulata dall'organizzazione datoriale a cui è iscritto, ivi compresi quelli non aderenti alle controparti sindacali stipulanti[71]. Altra giurisprudenza ha desunto dall'art. 39 Cost. l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio democratico maggioritario tale da attribuire efficacia generale al contratto collettivo firmato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative[72].

---

67 A. D'ALOIA, *Art. 39*, cit., 817.

68 In tal senso, la Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 3867/1978) è arrivata ad affermare che «i contratti collettivi nazionali di categoria quando coinvolgono [...] tutte le organizzazioni sindacali dei lavoratori, o comunque quelle di gran lunga più rappresentative, adempiono ad una funzione [...] nazionale [...] nel senso che [...] rivelano la chiara intenzione delle parti contraenti di considerare i contratti in questione come norme generali di disciplina del lavoro».

69 Corte Cass., sez. lav., 876/1992; Corte Cass., sez. lav., 4070/1999.

70 Cfr., RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1986, 59, segnala anche il meccanismo estensivo legato al fatto che il datore di lavoro non abbia tempestivamente eccepito in giudizio di essere estraneo alla contrattazione in quanto non iscritto all'associazione datoriale stipulante; la possibilità di un'adesione implicita e successiva al contratto collettivo da parte di organizzazioni sindacali diverse da quelle che l'hanno stipulato è ribadita, recentemente, da Corte Cass., sez. lav., 10375/2001, e da Corte Cass., sez. lav., 1576/2000.

71 Corte Cass. 3867/1978.

72 Per questa tesi, v. PERA, *Diritto del lavoro*, 5ª ed., Padova, 1996, 145-147; e di simile avviso, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, 2000; 2000, 227. *Contra*, con diverse notazioni critiche, VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*. I. *Il diritto sindacale*, Torino, 1998, 153. Nella giurisprudenza, v. Pret. Torino, 14.5.1988, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 463; nonché, indirettamente, Corte Cass., sez. lav., 1760/1999.

Sulla base di questi riconoscimenti legislativi e giurisprudenziali, sebbene non vi sia stata una esplicita equiparazione dei contratti collettivi alle fonti primarie, è possibile affermare che i contratti di fatto valevoli *erga omnes* sono da considerarsi come fonti fatto atipiche dotate di forza normativa poiché fondate sull'autonomia collettiva di cui all'art. 39 Cost.

6. *Segue:* lex mercatoria

La «*lex mercatoria*» rappresenta il «diritto autonomo del commercio internazionale»[73] da non confondere con la antica *lex mercatoria* che per tutto il medioevo era stata la *lex universalis* dei mercanti. Con l'espressione vigente si intende «quell'insieme di principi e di regole affermatisi nella pratica del commercio internazionale e chiamati ad assicurare ai singoli rapporti d'affari una regolamentazione possibilmente uniforme e più funzionale rispetto ai tradizionali diritti nazionali»[74].

Parte della dottrina vi riconduce gli usi del commercio internazionale («*international commercial custom*»), e anche la cosiddetta legislazione internazionale («*international legislation*»), ovverosia le varie convenzioni o leggi uniformi aventi per oggetto istituti o rapporti tipici del commercio internazionale. In questa più ampia concezione, la *lex mercatoria* copre una congerie di fonti diverse accomunate solo dalla specificità della materia del commercio internazionale ma si fonda sempre, direttamente o indirettamente, nella volontà dei singoli Stati[75].

Per altri[76], invece, la *lex mercatoria* si caratterizza proprio per la sua natura giuridica di sistema o ordinamento giuridico sopranazionale autonomo diverso dagli ordinamenti statali

---

[73] Nelle altre lingue, infatti, viene tradotto proprio con questa espressione in cui si sottolinea l'appartenenza della *lex mercatoria* al diritto autonomo: «*autonomous law of international trade*», «*new law merchant*», «*autonomes Recht des Welthandels*», ecc.,

[74] M. J. BONELL, Lex mercatoria, in *Digesto* (Disc. Privatistiche, sezione commerciale), vol. IX, 1993, 11-17; cfr. anche F. GALGANO, Lex mercatoria, Bologna, 2010.

[75] Così espressamente, tra i primi, SCHMITTHOFF, *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation,* in AA. VV., *The Sources of the Law of International Trade,* London, 1964, 3 ss.; POPESCU, *Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les legislateur nationaux ou une nouvelle «lex mercatoria»,* in AA. VV., *New Directions in International Trade Law,* I, Dobb Ferry, 1977, 21 ss.; più di recente, LANDO, *The Lex mercatoria in International Commercial Arbitration,* in *The International and Comparative Law Quarterly,* 34, 1985, 747 ss.

[76] Per i primi accenni all'esistenza di un siffatto diritto «corporativo» o «autonomo» del commercio internazionale vedi già ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies,* Paris, 1928; GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht,* in *Juristische Wochenschrift,* 1929, 3447 ss.; più di recente

e dall'ordinamento internazionale pubblico. Pertanto, ricomprenderebbe solo le norme di origine extrastatuale, vale a dire le regole e pratiche *latu sensu* consuetudinarie sviluppatesi all'interno dei diversi settori del traffico, ed i formulari e contratti-tipo elaborati dalle principali associazioni di categoria o da altri organismi nazionali o internazionali privati, integrati all'occorrenza dai principi generali di diritto universalmente riconosciuti.

Secondo altra autorevole dottrina, la prova dell'esistenza di un sistema autonomo di *lex mercatoria* riguarda la *completezza* del sistema stesso ovvero la capacità dell'ordinamento di dare una soluzione a tutte le questioni giuridiche che si producono al proprio interno[77]. Questa motivazione prova troppo. Purtroppo, non è possibile eliminare il problema delle lacune nemmeno negli ordinamenti statali come quello italiano[78] ma è l'ordinamento stesso che predispone gli strumenti di integrazione (al proprio interno o facendo persino ricorso a fonti esterne).

Il punto che davvero illumina la natura controversa della *lex mercatoria* è, come al solito, l'efficacia di questa fonte. Di fronte alle Corti nazionali, sicuramente non è possibile invocarla a fondamento di una contesa ma le singole regole possono essere espressamente richiamate dalle parti, rivestendo un'efficacia vincolante sul piano contrattuale (salvo le norme imperative statali) e giurisdizionale in quanto anche le Corti statali le dovranno far rispettare alla parte inadempiente. Inoltre, possono trovare applicazione anche in mancanza di espresso richiamo ai fini dell'integrazione ed interpretazione del regolamento contrattuale poiché sovente riconosciuti dai singoli diritti nazionali[79]. E' evidente che, quindi, presentano efficacia normativa. Ovviamente, esplicano tutta la loro *vis* nei giudizi celebrati da arbi-

---

vedi comunque in proposito soprattutto KAHN, *La vente commerciale internationale,* Paris, 1961; GOLDMANN, *Frontières du droit et «lex mercatoria»,* in *Archives de philosophie du droit,* IX, 1964, 177 ss.; ID., *Lex Mercatoria,* Forum Internationale (Deventer), Nr. 3, 1983; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international,* Paris, 1965; per la dottrina italiana v. in tal senso soprattutto DRAETTA, *Il diritto dei contratti commerciali. La formazione dei contratti,* Padova, 1984, 9 ss.; FRIGNANI, *Il contratto internazionale,* in *Tratt. Galgano,* XII, Padova, 1990, 14 ss.; BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale,* Padova, 1990, 124 ss.

77 M. J. BONELL, Lex mercatoria, cit., 11.

78 F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2010.

79 A livello internazionale un utile punto di riferimento è ora costituito dall'art. 9, 2° co., della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili del 1980, secondo il quale deve trattarsi di «[...] usi dei quali [le parti] erano a conoscenza o che avrebbero dovuto conoscere e che nel commercio internazionale sono generalmente conosciuti e regolarmente osservati dalle parti di contratti dello stesso tipo nel settore commerciale considerato». Per un commento più analitico di questa importante disposizione vedi BONELL, in *Commentario alla Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili,* a cura di BIANCA, *NLCC,* 1989, 37 ss.

tri internazionali e dalle Camere di Commercio internazionali, che quindi, si atteggiano come gli organi di "nomofilachia" della *lex mercatoria*[80].

Ad ogni modo, «è innegabile che, se gli ambienti economici impegnati negli scambi commerciali internazionali hanno potuto darsi una propria regolamentazione, lo si deve al fatto che in questo settore gli Stati — ordinamenti sovrani per definizione — hanno in larga misura rinunciato ad imporre la loro normativa, riconoscendo ai singoli operatori economici il più ampio potere di autonomia contrattuale ed attribuendo efficacia (quasi-) normativa agli usi sviluppatisi all'interno dei rispettivi settori del traffico. E che la sorte della *lex mercatoria* continui a dipendere dal minore o maggiore spazio, che gli Stati intendono concedere al potere di autoregolamentazione dei privati, lo dimostra la diversa rilevanza che la stessa — *rectius*: i principi e le regole che la compongono — possono assumere a seconda che vengano invocati davanti ad una Corte statale oppure in un giudizio arbitrale»[81].

A tal proposito, si segnala una voce dottrinaria che ha ricollegato il fiorire della *lex mercatoria* al «tentativo di sterilizzare la disciplina e l'efficacia di contratti internazionali dal vincolo condizionante di criteri di collegamento con i singoli ordinamenti nazionali»[82], come se fosse un meccanismo elusivo del diritto internazionale privato di ogni singolo Stato in quanto quest'ultimo è ritenuto limitativo di una puntuale realizzazione degli interessi di parte raggiungibile unicamente svincolandola dai singoli e diversi sistemi normativi statali.

Inizialmente la giurisprudenza ha tentato di ricondurre la *lex mercatoria* alla consuetudine teorizzando un diritto «fondato sulla spontanea adesione degli operatori economici ai valori del proprio ambiente, a prescindere dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dall'ubicazione della loro attività in uno Stato»[83]. In realtà, non è possibile ricondurre la *lex mercatoria* all'*opinio iuris ac necessitatis* poiché non tutti "sentono" la giuridicità del precetto,

[80] Sono autorizzati dalle parti a giudicare in veste di «amichevoli compositori» o *ex aequo et bono*. Ma anche in assenza di una siffatta autorizzazione vi è una crescente tendenza a consentire che gli arbitri ispirino le loro decisioni a principi e regole diversi da quelli applicati dai giudici statali. Ciò vale soprattutto in presenza di un'espressa indicazione in tale senso fornita dalle parti.
[81] M. J. BONELL, Lex mercatoria, cit., 16.
[82] N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 174 che richiama GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 93
[83] Corte Cass., sent. 8 febbraio 1982, n. 722.

essendo espressione di determinazioni unilaterali di alcuni privati imposte dalla propria forza economica[84].

L'effettività della *lex mercatoria* ha spostato l'asse dal consenso delle parti alle determinazioni unilaterali poste in essere dalle imprese detentrici del maggior potere economico, successivamente raccolte dalle Camere di Commercio internazionali[85]. Il progetto dell'UNIDROIT di elaborazione di «Principi per i contratti commerciali internazionali» (*Principles for International Commercial Contracts*) risponde al tentativo di riequilibrare le regole contrattuali nei confronti delle imprese di minori dimensioni al fine di compensare gli squilibri economici prodotti dalla logica della regolazione affidata al principio di consensualità che, in caso di parti economicamente diverse, si traduce in abuso di diritto.

7. *Nozioni di* soft law

Il concetto di *soft law*[86] sta assumendo sempre maggiore rilevanza e si possono intendere almeno tre diversi tipi di significati[87]: a) diritto che non è soggetto del tutto o (non ancora) alle *regole sulla conoscenza* di un determinato ordinamento; b) diritto che non è soggetto del tutto o (non ancora) alle *regole sulla vigenza* di un determinato ordinamento, c) diritto prodotto *da soggetti o con procedimenti che non sono positivamente considerati normativi*.

La prima accezione è ricollegabile alla tendenziale osmosi in atto fra sistemi di *civil law* e quelli di *common law* in cui il momento di efficacia è determinato in modi diversi rispetto alla pubblicazione necessaria. Il secondo riguarda tutte quelle norme non in vigore in senso tecnico ma che lo diverranno con il completamento di una procedura legislativa in corso ovvero risultano da deliberazioni adottate con procedure simili a quelle previste per la deliberazione degli atti (si pensi agli auspici dei trattati internazionali, i preamboli, le premesse, finalità, intenzioni dei proponenti e così via). Il terzo riguarda tutte quelle norme che si di-

---

84 F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina*, cit., 76. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 22.

85 N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 732.

86 Cfr., *ex plurimis*, E. MOSTACCI, *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. SOMMA, Soft law sed law *diritto morbido e neocorporativo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, 438 ss.; R. BIN, Soft law*,* no law, in Soft law *e* hard law *nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 31 ss.; nonché R. VOLANTE, *Il* soft law *come norma di diritto privato. Un tentativo di definizione*, *ivi*, 173 ss.

87 F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 31 ss. Si pensi anche al ruolo interpretativo della Convenzione di Oviedo nella costruzione del concetto di consenso informato nell'ordinamento italiano.

scostano totalmente dai procedimenti di approvazione del diritto (ad es. le *rationes decidendi* di decisioni giudiziarie). In altri termini, tutte quelle norme che non possono essere considerate come norme giuridiche in senso proprio.

Tuttavia, anche quest'ultima categoria ha una efficacia giuridica notevole in quanto produce effetti persuasivi nel legislatore che viene invitato a recepirla con un proprio atto interno[88] e comunque ha funzione ermeneutica. La legislazione vigente è interpretata alla luce del *soft law*, non solo dai giuristi più attenti ma soprattutto dalla giurisprudenza che la pone a fondamento delle proprie sentenze[89].

8. *L'evoluzione delle tesi sulla titolarità della produzione normativa*

L'affermarsi del "modello Westfalia" e dei suoi corollari, primo fra tutti, il monopolio statale della produzione normativa, ha impedito, per molti anni, che anche le fonti dei privati, intese, nell'accezione che si è specificato, fossero trattate come fonti normative a tutti gli effetti.

Questa concezione restrittiva risale ad una corrente della pandettistica che accoglieva «una pretesa linea logica […]: il diritto è norma, il potere di emanare norme spetta solo allo Stato ed eccezionalmente ad alcuni "*Verbände*" non statuali (corporazioni, città, Chiesa, famiglie sovrane ecc.); l'autonomia quindi è figura riferibile soltanto allo Stato con quelle eccezioni; il concetto di autonomia privata, quindi, non esiste. Ai privati compete solo di costituire rapporti sulla base delle norme dispositive statuali; l'attività privata costitutiva di questi rapporti si risolve in fattispecie che ricadono sotto l'imperio di quella norma dello Stato. In ciò l'antitesi. Autonomia da un lato, "atto costitutivo di rapporti" dall'altro, permesso, autorizzato dal soggetto della prima: era isolata qualche voce discorde»[90]. In questa tesi, è evidente come il termine di autonomia privata fosse coincidente con quello di sovra-

[88] Si pensi ai *green papers* e i *white papers*.
[89] Si pensi alla Carta di Nizza prima di essere recepita nel nuovo T.F.U.E. e alla Convenzione di Oviedo.
[90] SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 803. Per le posizioni che escludevano il concetto di autonomia privata, v. GERBER, *System des Deutschen Privatr.* 16ª, Jena, 1891, § il quale addirittura intitolava il capitolo relativo alla materia: «Autonomie?». DEL THIBAUT, *Pand.*, § 2; V. WÄCHTER, *Pand.* (Lipsia 1880), § 23, I, 115; GERBER, *Uber den Begriff der Autonomie*, in *Arch. F. civ. Prax.* XXXVII, 35 ss.; STUBENRAUCH, *Commentar zum Oest. Allg. Bürg Gesetzb.* 8ª, Vienna (1902), I, § 11; REGELSBERGER, *Pand.* (Lipsia 1893), I, § 24, 105 ss. e § 32, 128; TUHR, *Allg. Teil*, I, 25; ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, *Allg.* T. 14a (Nipperdey), 2° vol, Tübingen 1955, 603 ss. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942, 7 ss.

nità[91]. Infatti, l'esistenza stessa dell'autonomia privata è stata più ampiamente ammessa con le teorie normative[92], mentre la teoria del negozio giuridico prende le mosse dalla negazione del concetto di autonomia privata e in contrapposto a questa (almeno nella concezione sopra definita)[93].

Da ciò si chiarisce perché «nella maggior parte delle trattazioni istituzionali di diritto privato, (almeno fino agli anni Settanta *ndr*) viene adoperato il termine "autonomia" presupponendone noto il concetto oppure rivelando una specie di neutralità o di agnosticismo che induce a ritenere ancora forte la corrente negativa in ordine alla ammissibilità di esso»[94]. Sono collocati nella sede del negozio giuridico in quanto questo rappresenterebbe la manifestazione più importante «della c.d. autonomia privata o autonomia della volontà»[95]. In altri termini, esso sostanzia la volontà produttiva di effetti rispetto all'ordinamento e per una autorizzazione di questo[96]; rappresenta il mezzo con cui si attua l'autonomia dei soggetti ai quali è riconosciuto un "certo" potere dall'ordinamento giuridico di produrre delle modificazioni nella sfera a loro competente[97]. Già allora, però, vi era chi ricollegava l'autonomia alla "persona"[98]. In linea generale, in ogni trattazione, dominava la teoria della statualità del diritto e della norma che relegava il ruolo dell'autonomia privata ad una sorta di "conces-

[91] A questa deduzione ha contribuito non poco la filosofia illuminista che si «propose di assoggettare all'impero della legge tutte le fonti non legislative». Così, A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa,* cit., 2008, 22. Ne deriva che non si attribuiva efficacia a quelle forme giuridiche formate extrastatualmente e che lo Stato non avesse espressamente riconosciuto.

[92] SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 807 che richiama Kelsen e Manigk, criticando le loro tesi per «l'unilateralità dell'aspetto normativo sotto il quale viene profilata l'autonomia privata». Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1960, a cura di M. Losano, Torino, 1990.

[93] SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 807 che aggiunge: «scontiamo oggi uno dei più gravi errori, se non il più grave, in cui ci sembra incorsa la dogmatica moderna nella creazione di quella che, sotto ogni altro aspetto, rimane la più grande dottrina del diritto privato. Avulsa dalle basi di concezioni generali ad ampio respiro, degli ordinamenti giuridici e delle potestà che presiedono alla formazione di essi, la dottrina si è ripiegata in una analisi della volontà, della dichiarazione, del comportamento, degli elementi negoziali, delle distinzioni tra negozi e non negozi, delle manifestazioni espresse e tacite, delle cause, delle forme, delle invalidità e di quanto altro oggi è materia irriducibilmente controversa: nessun punto di qualche importanza è pacifico».

[94] SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 808.

[95] MESSINEO, *Manuale*, 8°, Milano, 1950, I, 449.

[96] SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 109.

[97] TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 9° Padova, 1956, 123; MESSINEO, *loc. ult. cit.*

[98] BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4°, Milano, 1955, 119 s. che qualifica il negozio giuridico come espressione dell'autonomia della "persona" la quale intende provvedere alle proprie esigenze provocando con la propria volontà la creazione, la modificazione o lo scioglimento dei rapporti giuridici.

sione" o "autorizzazione" statuale a costituire rapporti che, di fatto, ricadevano sotto l'egida dell'unica forma giuridica configurabile ovvero quella statale[99].

Tuttavia, la dottrina che studiava il "negozio giuridico" iniziò a volgere lo sguardo verso una concezione di autonomia come fenomeno preesistente ed originario rispetto alla concessione statale.

Ad esempio Carnelutti, pur aderendo alla dottrina della statualità dell'ordinamento giuridico[100], ammetteva l'esistenza della formazione del comando "affidata" ad una parte privata[101]. Inoltre, lo studioso precisava che la formazione amministrativa del diritto non è un fenomeno che si limita al diritto pubblico; «una volta spostato dalla norma al comando il centro di gravità del diritto ne doveva derivare il riconoscimento di una *formazione privata* (in regime di autonomia e perciò in sede amministrativa) accanto alla *formazione pubblica* del diritto»[102]. Anche Betti[103] teorizzava un concetto di autonomia preesistente allo Stato e indipendente dal suo riconoscimento ma relegava questa manifestazione del diritto alla realtà sociale, ovvero come autonomia extra-giuridica: senza alcun procedimento di delegazione di potere o di investitura dall'alto, ma semplicemente riconoscimento di una competenza dispositiva che preesiste sul terreno sociale[104].

Un altro filone dottrinario – quello che si occupa, in prevalenza, di teoria generale dell'ordinamento giuridico o di teoria dello Stato[105] – attribuisce carattere normativo all'autonomia privata. In quest'ambito, si può distinguere anche la teoria istituzionale che attribuisce maggiore tecnicità al termine "autonomia" definendola come «soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere

---

99 CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico di diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 54 ss.
100 CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3°, Roma, 1951, 75 ss.
101 CARNELUTTI, *Teoria,* cit., 64.
102 CARNELUTTI, *Teoria,* cit., 66.
103 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2°, Torino, 1952.
104 BETTI, *Teoria generale*, cit., 40 ss. e in particolare 48. Gli effetti giuridici «si producono in quanto sono disposti da norme le quali, assumendo per presupposto di fatto l'atto di autonomia privata, ad esso li ricollegano siccome a fattispecie necessaria e sufficiente» (p. 46). Il negozio, è dunque, un precetto, «il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione, per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci, viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico» (p. 83 s.)
105 Cfr. *ex multis*, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce *Autonomia*; ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 273 ss.; C. ESPOSITO, *Lineamenti di una teoria del diritto*, Fabriano, 1930, 184.

degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri»[106]. Questa definizione coniata per il diritto pubblico, è secondo Santi Romano, suscettibile di valere «a maggior ragione» per il diritto privato[107].

La teoria istituzionale ha subito un'evoluzione ad opera di Salvatore Romano, il quale ha indagato il rapporto tra ordinamenti pubblici e ordinamenti privati e, in particolare nell'esercizio della funzione legislativa. La linea di demarcazione tra ordinamento pubblico e privato «è anche una linea di incontro nell'esercizio della funzione legislativa e la legge è un limite che funziona reciprocamente, nei confronti dell'una e della'altra sfera: interessante notare al riguardo i dibattiti sulle concezioni delle istituzioni rappresentative e il rilievo del carattere non statale della funzione elettorale esercitata dagli elettori in nome proprio e non dello Stato. Sotto lo stesso profilo si può rilevare che la legge, in senso formale, è manifestazione dell'intiero ordinamento giuridico comprensivo delle due sfere, pubblica e privata, in quanto l'una e l'altra concorrono alla sua formazione»[108]. Di conseguenza, l'autonomia privata non deriva da quella statale[109]: «l'autonomia nasce, in definitiva, da ciò, che l'ordinamento privato "cede" all'ordinamento pubblico, attraverso i limiti instaurati dalla legge alla cui formazione il primo concorre, attraverso le potestà giurisdizionali ed esecutive di esclusiva pertinenza al secondo»[110].

9. *La produzione normativa dei privati in Costituzione*

La Costituzione italiana, tra l'altro, sembra non riservare in via esclusiva allo Stato la produzione normativa. Parte della dottrina ha ritenuto che «la Costituzione vigente, nel fissare il disegno generale del sistema delle fonti dell'ordinamento italiano (i.e.:

106 SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 14.
107 SANTI ROMANO, *Frammenti,* cit., 24.
108 SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 821.
109 SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati* (appunti), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 302. Il quale afferma che: «a) la comunità dei privati è suscettiva di essere considerata come semplice conglomerato di persone, elemento di uno Stato e come ordinamento giuridico; b) come ordinamento giuridico la comunità dei privati presenta una organizzazione che coincide con quella statuale per la parte pubblicistica. Sotto questo profilo è comunità necessaria e presupposto necessario di una organizzazione a Stato; è inoltre rappresentata nelle Camere parlamentari; c) la sfera privata rimane, come istituzione originaria, sulla base di un principio di separazione, come ordinamento, da quello statuale, coordinata o solo parzialmente subordinata, attraverso la funzione legislativa, all'organizzazione statuale stessa. Questa coordinazione e parziale subordinazione si concreta in "relazioni" con l'ordinamento statuale di vario genere e di varia configurazione: la principale di queste configurazioni è quella che determina la figura dell'autonomia privata e del riconoscimento statuale».
110 SALV. ROMANO, *Autonomia privata* (appunti), cit., 827.

dell'ordinamento autoritario dell'intera collettività stanziata sul territorio statuale), individui, mediante il sistema delle libertà costituzionali raccordato ai principi di sovranità popolare, di solidarietà e di eguaglianza, il fondamento e i limiti dei poteri di autonomia privata, mediante i quali l'ordine statale si apre alla pluralità degli ordinamenti privati»[111].

Secondo altra parte della dottrina, l'ordinamento creato dai privati tramite la propria potestà normativa preesiste a quella dell'ordinamento statale[112] e trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, qualificandosi, pertanto, come corollario dello *status* di persona che "vuole"[113], e di conseguenza "decide" il proprio assetto di interessi. In altri termini, il fenomeno dell'autonomia privata è diritto di libertà e di autodeterminazione[114]. La persona in quanto "fine del sistema delle libertà"[115] diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la Repubblica si impegna a salvaguardare, *ivi* compresa la libertà di autodeterminarsi ed attribuirsi delle regole.

Il fondamento del potere dei privati può essere posto negli artt. 2 e 41 Cost.[116] e addirittura nel *selfdom* della persona che funge da potere ordinante[117]. Inoltre, l'affermazione del principio di sovranità popolare conduce a una lettura in Costituzione che includa i soggetti privati nella "nomodinamica" dell'ordinamento. Pertanto, l'autonomia privata, nel contesto e come effetto del principio di sovranità popolare, ha rilievo costituzionale in quanto è ricostruita in termini di diretta conseguenza della attribuzione alla persona di un intero catalogo di libertà, qualificabili come spazio riconosciuto (e oggetti di obbligazione di riconoscimento da parte della collettività) alla sua espressione giuridica e, quindi, come titolarità di forza giuridica ordinante. Questa teoria prosegue nella critica dell'assunto secondo cui le libertà costituzionali sono "spazi vuoti di diritto" circoscritti dall'esterno dalla legge statale.

---

111 M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, 210, il quale rielabora una tesi di Enrico ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, Padova, 1955.
112 P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, 531 ss.
113 Per la concezione di autonomia privata come esplicazione del concetto di volontà, v. S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, 366 ss.
114 M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss; F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Varese, 1951, 481 ss.
115 G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, 88.
116 G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, 190 ss.
117 M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit., 176 ss.

Al contrario, «in quanto persone gli uomini dispongono, in virtù del principio comune a tutti i soggetti di diritto, della capacità generale. Dagli artt. 2 e 41 Cost. si ricava in modo aggiuntivo che in favore dell'attribuzione agli uomini della capacità generale esiste un vincolo costituzionale e che in detta capacità deve vincolativamente essere compreso un potere negoziale innominato. Il diritto inviolabile di svolgere la propria persona e di sviluppare liberamente la propria iniziativa presuppone infatti in modo necessario un potere in base al quale il soggetto sia in grado di produrre effetti, nella propria sfera giuridica, conformi al contenuto della propria volontà e ciò fin dove il potere non incontri limiti che le leggi possono costituzionalmente imporre»[118].

Recentemente, anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha riconosciuto la centralità dell'autonomia privata quale principio generale del diritto comunitario che si fonda sia sulla libertà del singolo sia sulla libertà d'impresa[119].

Poiché il fenomeno dell'autonomia privata può produrre delle norme vincolanti per tutta la categoria e quindi essere efficace oltre i soggetti che le hanno redatte, è possibile scorgere un fondamento costituzionale nell'art. 18 Cost.[120]

---

[118] G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, I, Milano, 1977, 134 ss.

[119] Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale presentate il 17 settembre 2009 (§§ 225-227) in causa C-441/07 P, Commissione delle Comunità europee contro Alrosa Company Ltd: «la libertà contrattuale fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Essa costituisce il corollario della libertà di azione delle persone. Essa è altresì legata indissolubilmente alla libertà d'impresa, tutelata a livello costituzionale. In una Comunità che è tenuta a rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, garantire la libertà contrattuale è indispensabile. Anche la giurisprudenza della Corte riconosce che agli operatori economici spetti la libertà contrattuale. Nell'adottare decisioni in materia di diritto della concorrenza, la Commissione deve tener conto del principio della libertà contrattuale ovvero della libertà d'impresa. La libertà contrattuale non comprende tuttavia solo la libertà di concludere contratti (libertà contrattuale positiva), bensì anche la libertà di non concludere contratti (libertà contrattuale negativa)». V. anche: § 74 delle conclusions de l'avocat général présentées le 24 mars 2010, dans l'affaire C-540/08 Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG Contre «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH; § 33 della sentenza del Tribunale di prima istanza (troisième chambre élargie) 9 septembre 2008 dans l'affaire T-212/03, MyTravel Group plc contre Commission des Communautés européennes; § 214 delle conclusions del'avocat général présentées le 13 décembre 2007 dans l'affaire C-413/06 P Bertelsmann AG et Sony Corporation of America.

[120] Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale adotta questa posizione per l'ordinamento sportivo, esempio tradizionale di ordinamento privato che produce norme per i propri associati e che «costituisce l'articolazione italiana di un più ampio ordinamento autonomo avente una dimensione internazionale e che […] risponde ad una struttura organizzativa extrastatale riconosciuta dall'ordinamento della Repubblica. Anche prescindendo dalla dimensione internazionale del fenomeno, deve sottolinearsi che l'autonomia dell'ordinamento sportivo trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 della Costituzione, dato che non può porsi in dubbio che le associazioni sportive siano tra le più diffuse "formazioni sociali dove [l'uomo] svolge la sua personalità" e che debba essere riconosciuto a tutti il diritto di associarsi liberamente per finalità sportive». Corte cost., sent. n. 49/2011, in *www.giurcost.it*, punto 4.1 cons. dir. Anche in dottrina vi sono delle voci secondo cui un generale fondamento del diritto dei privati è da rinvenirsi nell'art. 18 Cost. Cfr. F. MODUGNO, *I contratti*

Appaiono, pertanto, sempre più recessive le posizioni che attribuiscono all'autonomia negoziale valore meramente strumentale alla realizzazione di un diritto tutelato espressamente in Costituzione[121].

10. *I limiti alla produzione normativa dei privati*

Il valore che la parola "autonomia" acquista nel quadro della dogmatica giuridica «emerge solo se essa viene delineata nei confronti di chi, o di che cosa, la scelta che garantisce sia, appunto, autonoma. L'autonomia, dunque, non è una situazione in sé, ma è una situazione all'interno di un rapporto, di una relazione. Più brevemente, l'autonomia come rapporto, come relazione»[122].

Le fonti dell'autonomia privata, infatti, sono "autonome" dall'ordinamento statuale. Tuttavia, il rapporto fra i due tipi di fonti merita qualche precisazione. Sin dal 1929, Cesarini Sforza aveva distinto l'ipotesi in cui lo Stato poteva far proprio, inglobandolo, un altro ordinamento originario, il quale diviene *rilevante*; oppure ignorarlo, relegandolo alla *irrilevanza*. L'esempio che lo studioso propone è relativo al diritto sportivo, ove ogni atto compiuto sembra essere totalmente ignorato dallo Stato. Il punto più problematico concerne non l'eventuale antinomia fra le norme dei due diversi ordinamenti bensì gli effetti che ciascuna norma produce e che potrebbero essere contrari alle leggi statali, violando un diritto o non imponendo l'osservanza di un dovere di ordine pubblico.

Per chiarire ulteriormente, il Cesarini presenta due esempi: «il *boxeur* che combattendo lealmente, secondo le regole della gara, getta al suolo l'avversario il quale si frattura la base del cranio e muore, non commette omicidio. Ma, se la violenza del *boxeur* ha conse-

---

collettivi di diritto comune sono fonti?, cit., 33 il quale ritiene «[…] le "regole sociali" che gruppi enti di formazione spontanea, più o meno riconosciuti dall'ordinamento statale – ma un riconoscimento generale non può non ravvisarsi nell'art. 18 Cost. – si danno per disciplinare e regolare le attività dei soggetti ad essi appartenenti (in particolare si possono menzionare i sempre più frequenti codici di autoregolazione, i codici etici, gli statuti, i regolamenti, le deliberazioni, e così via, di associazioni e di "ordini professionali"). In questo quadro possono farsi rientrare le stesse convenzioni costituzionali e le regole di correttezza costituzionale, qualora non le si vogliano considerare, né le une, né le altre, come fonti di vere e proprie norme giuridiche».

[121] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte speciale*, Padova, 1992, 469 ss. Analogamente, D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, 287 ss. Per la tutela dell'autonomia privata, in via indiretta, da parte degli artt. 41 e 42 Cost., v. Corte cost., sent. n. 37 del 1969, in *Giur. Cost.*, 1969, I, 1, 1246 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, Borsa e titoli di credito,* 1997; BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione*, Padova, 1953 parla di rilievo costituzionale (ma non di garanzia) dell'autonomia dei privati.

[122] A. ROMANO, *Autonomia* (nel diritto pubblico), in *Digesto* (Disc. Pubbl.), 1987.

guenze che costituiscono un reato, in quanto essa è solo l'occasione e il mezzo per commettere un reato (si può fare l'ipotesi del *boxeur* che colpisca l'avversario intenzionalmente, o che abbia inscenato una partita di *box* per mascherare la sua intenzione omicida) allora gli effetti della violenza pugilistica non si concretano più nell'ambito di un ordinamento sportivo, ma in una materia che è regolata dalla legge dello Stato»[123].

E' stato tuttavia rilevato che il non comminare una sanzione per un atto antigiuridico (come l'omicidio), in quanto occorso nel rispetto di una regola sportiva, risponde a una logica dell'ordinamento che non è affatto di indifferenza. La valutazione di liceità di una condotta effettuata nel rispetto della regola sportiva è la prova che la regola deliberata dall'ordinamento sportivo ha efficacia di scriminante tacita e, quindi, la regola dei privati è riconosciuta ed apprezzata dall'ordinamento statuale[124] poiché parte dell'ordinamento giuridico vigente[125]. Il riconoscimento, però, non deve essere confuso con l'autorizzazione o la circostanza che il diritto dei privati "derivi" da quello statale. Constatato il carattere autonomo ed originario del diritto dei privati, si deve attribuire al riconoscimento dello Stato un significato di mera "presa d'atto" ovvero quest'ultimo ammette la presenza dell'ordinamento privato in quello giuridico e, quindi, si impegna a rispettarne gli effetti della produzione normativa, limitandosi ad imporre alcuni limiti. Il punto da chiarire è quali siano i limiti che lo Stato può imporre al diritto dei privati.

Continuiamo ad analizzare l'esempio proposto da Cesarini Sforza quale paradigma dei rapporti Stato/diritto dei privati: l'ordinamento sportivo. Anche nella nuova logica fatta propria dalla l. n. 280/2003 le regole prodotte dalle Federazioni sportive assumono rilevan-

123 W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 67.

124 L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, 88; F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina,* cit., 17. Per una disamina dell'ordinamento sportivo cfr., M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Dir. Sport*, 1949, 10 ss.; ID., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia* (Roma 30 agosto-3 settembre 1950), IV, Firenze, 1953, 455 ss.; ID., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 271 ss.; F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, 359 ss.; F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1993, 327- 351, nonché in A.A.VV., *Saggi di diritto sportivo*, Milano,1999, 275-299; P. PERLINGIERI (a cura di), *Profili evolutivi del diritto dello sport*, Napoli, 2001; L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

125 Al tempo della pubblicazione della monografia, vigeva l'art. 17 della l. 13 maggio 1871, n. 214 che sanciva che gli effetti civili e comunque giuridici degli atti compiuti dalle autorità sportive, in materia tecnica o disciplinare, dovevano essere conosciuti dalla giurisdizione dello Stato.

za di "ordinamento autonomo" il cui diritto assume ampi poteri (ivi compresi quello di autodichia e di autarchia[126]).

Recentemente la Corte costituzionale si è pronunciata con una sentenza interpretativa di rigetto[127] circa la compatibilità a Costituzione della disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera *b*), e, *in parte qua*, anche del comma 2 del decreto-legge n. 220 del 2003, convertito con modificazioni, con legge n. 280 del 2003, per contrasto con gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, nella parte in cui riserva al giudice sportivo la competenza a decidere in via definitiva le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole al giudice amministrativo, anche se i loro effetti superano l'ambito dell'ordinamento sportivo, incidendo su diritti ed interessi legittimi.

Il comma 1 dell'art. 2 del predetto decreto-legge ha recepito l'orientamento giurisprudenziale, che riservava all'ordinamento sportivo l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie finalizzate a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive – cioè di quelle che sono comunemente note come "regole tecniche" – e, in aggiunta la disciplina delle questioni concernenti «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari». Al successivo comma 2, si precisa inoltre che in siffatte materie i soggetti dell'ordinamento sportivo (società, associazioni, affiliati e tesserati) hanno l'onere di adire (si intende: ove vogliano censurare la applicazione delle predette sanzioni) «gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo», secondo le previsioni dell'ordinamento settoriale di appartenenza.

Pertanto, la legge riconosce la competenza preesistente dell'ordinamento sportivo nel proprio settore di produzione normativa, di vigilanza e di giurisdizione. In particolare, la presenza dell'apparato sanzionatorio ha prestato il fianco a molte critiche. Poiché trattasi di questioni attinenti alla giurisdizione, le Sezioni Unite hanno statuito che «le decisioni adot-

[126] Art. 1 statuisce che «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale. I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

[127] Corte cost., sent. n. 49/2011, cit. Sui rapporti tra materia sportiva ed ordinamento statuale, v. F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007, 90 ss.

tate in base [alle regole promananti dall'associazionismo sportivo] sono collocate in un'area di non rilevanza per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative. La generale irrilevanza per l'ordinamento statuale di tali norme e della loro violazione conduce all'assenza della tutela giurisdizionale statale»[128]. In altri termini, la Cassazione distingue bene i due ordinamenti e chiarisce, una volta per tutte, l'originarietà del diritto dei privati. Sebbene la legge preveda l'onere di adire il giudice sportivo, non se ne può trarre la conseguenza che ciò implichi una sorta di investitura statale di potestà pubblicistiche in capo all'ordinamento sportivo, costituendo, semplicemente, un generale riconoscimento della preminenza dell'apparato privatistico giurisdizionale rispetto a quello statale.

Tuttavia, la questione non è così lineare, poiché nell'ambito della propria giurisdizione privata, il giudice sportivo può conoscere di diritti soggettivi o interessi legittimi. Un'ottica costituzionalmente orientata, pertanto, deve condurre l'interprete, e come già sostenuto dal Consiglio di Stato[129], a distinguere tra: a) provvedimenti adottati dalle Federazioni sportive o dal C.O.N.I. che *non hanno incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale*, la cui domanda di annullamento va presentata dinanzi al giudice sportivo e b) provvedimenti adottati dalle Federazioni sportive o dal C.O.N.I. che *hanno incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale* la cui domanda di risarcimento del danno deve essere proposta innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva, innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere. Di conseguenza, il G. A., nell'ambito dell'esame della domanda risarcitoria proposta dal destinatario della sanzione, può conoscere, in via incidentale e indiretta, anche delle sanzioni disciplinari inflitte a società, associazioni ed atleti. In altri termini, si viene a creare un modello bipolare in cui la potestà statale, tramite il sindacato del G.A., è esclusa sugli atti attraverso i quali sono state irrogate le sanzioni disciplinari – a tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo – ma che non consente che sia altresì esclusa la possibilità di agire in giudizio per otte-

[128] Così, Corte Cass., sent. n. 5775/2004 successiva all'entrata in vigore della l. 280/2003 ma che riprende analogo orientamento di Corte Cass., sent. n. 4399/1989 che è ad essa antecedente. Testo ripreso dalla motivazione di Corte cost., sent. n. 49 del 2011, punto 4.2.1 del *cons. in dir.*
[129] Consiglio di Stato, sent. n. 5782 del 2008.

nere il conseguente risarcimento del danno in capo a chi lamenti la lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

Pertanto, dai dati sin qui emersi, è evidente che la legge statale recepisce il principio secondo cui l'ordinamento sportivo è autonomo e, quindi, per estensione anche il diritto dei privati rappresenta un'autonomia originaria e non derivata dallo Stato mentre la giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato introducono dei limiti all'intangibilità delle decisioni della giustizia sportiva nel caso in cui conosca di situazioni giuridiche, costituenti diritti soggettivi e interessi legittimi. È il caso delle controversie che abbiano ad oggetto rapporti giuridici patrimoniali fra società sportive ed atleti, devolute al giudice ordinario, ovvero il caso di controversie relative ai provvedimenti del CONI o delle Federazioni sportive, devolute al giudice amministrativo. La Costituzione italiana, infatti, è un atto-fonte da intendere quale *highter law*[130] a cui il diritto dei privati non può sottrarsi e i principi previsti agli artt. 24, 103 e 113 Cost. impongono allo Stato di intervenire nel diritto sportivo e di limitarlo al fine di tutelare al meglio i diritti dei singoli per i quali la Costituzione prevede il diritto inviolabile di difesa[131].

Anche in merito ai contratti di lavoro, la Corte costituzionale aderisce alla soluzione che si mantiene la garanzia "per le associazioni sindacali di regolare i conflitti di interessi che sorgono tra le categorie mediante il contratto", riconoscendo una sorta di meccanismo di "giustizia interna"[132]. Questo caso è paradigmatico poiché la Corte indica la modalità di riparto di competenze tra Stato e associazioni di lavoro. E' infatti riconosciuto allo Stato solo la possibilità di porre con propri atti i principi che perseguano le finalità ed attuino i valori di cui agli artt. 3, cpv.; 35, 1° e 2° cpv., 36 e 37 Cost., ma che *non compromettano l'autonomia collettiva.* «La legislazione può disporre dunque *solo principi*, a garanzia di finalità e valori espressamente indicati in Costituzione»[133]. In ultima analisi, si conferma il principio

130 A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 70 s.
131 Corte cost., sent. n. 49/2011, punto 4.3 cons. in dir. che afferma: «non è situazione che possa dirsi irrilevante per l'ordinamento giuridico generale e, come tale, non meritevole di tutela da parte di questo. Ciò in quanto è attraverso siffatta possibilità che trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà – fra tutti, sia quello di svolgimento della propria personalità, sia quello di associazione – che non meno significativi diritti connessi ai rapporti patrimoniali – ove si tenga conto della rilevanza economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale – tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale».
132 Corte cost., sent. n. 60 del 1968, in *www.giurcost.it*.
133 F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 23.

secondo il quale sono ammissibili solo quegli atti statali che riproducono i valori espressi in Costituzione e non anche l'imposizione di ulteriori e diversi principi[134]. Le disposizioni costituzionali impongono la fissazione dei «limiti all'autonomia collettiva mediante l'emanazione di norme inderogabili»[135], ma *tutta la restante disciplina deve essere rilasciata alla contrattazione collettiva*[136].

Si condivide pienamente l'opinione di quella dottrina che indica l'esistenza di una «sorta di riserva» a favore della contrattazione collettiva, in quanto *fonte principale ed ordinaria*, pur nel rispetto dei principi fissati in Costituzione e, spesso riproposti con legge statale. L'intervento di quest'ultima, infatti, «non potrebbe consistere già nel porre in essere una dettagliata disciplina del "lavoro", bensì prevalentemente (ovvero esclusivamente) nello "attuare" in questa materia, anche se nei termini più ampi e vari, i principi costituzionali»[137].

La dottrina ha provato a paragonare il rapporto tra la legge ed i contratti collettivi a quello intercorrente tra legge statale e legge regionale nelle materie di potestà concorrente o bipartita di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. Alla prima spetta fissare i principi fondamentali della materia, mentre alla seconda è demandato il compito di dettare la disciplina di dettaglio. La relazione fra le due fonti è dunque di competenza-concorrenza, ossia entrambe, con *pari dignità*, possono intervenire sulla medesima materia ma con "modalità" diverse.

---

134 Ad. es. Corte cost., sent. n. 60 del 1968, in *www.giurcost.it*. indica i principi di derivazione costituzionale a cui il contratto collettivo deve attenersi e sono: rimozione "degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"; "la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori"; la promozione e il favore per "gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro"; il "diritto [del lavoratore] ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"; "la durata massima della giornata lavorativa", stabilita con legge; il diritto, irrinunciabile, "al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite"; l'uguaglianza nei diritti della "donna lavoratrice", e, "a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore"; "le condizioni di lavoro" per la donna lavoratrice tali da "consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale protezione"; "il limite minimo di età per il lavoro salariato", stabilito con legge; la tutela del "lavoro dei minori con speciali norme" e la garanzia per "essi, a parità di lavoro," del "diritto alla parità di retribuzione".

135 Corte cost., sent. n. 60 del 1968, in *www.giurcost.it*.

136 Non a caso, come si è ricordato, solo transitoriamente ed eccezionalmente, la giurisprudenza costituzionale ha consentito al legislatore di sovrapporsi in materia alla contrattazione collettiva – pur sostanzialmente richiamandosi a questa – dichiarando incostituzionale qualsiasi tentativo di stabilizzare un tale metodo. Cfr. Corte cost., sentt. n. 106 del 1962 e n. 88 del 1965, in *www.giurcost.it*.

137 M. RAVERAIRA, *Legge e contratto collettivo*, Milano, 1985, 87, la quale commenta la giurisprudenza della Consulta che si è preoccupata di «negare la loro assunzione [dei contratti collettivi di lavoro *ndr*] a fonti di rango "legislativo"», senza escludere però «almeno la "normatività" dei contratti collettivi in quanto atti produttivi di diritto, sebbene formalmente e legalmente ritenuti espressione di autonomia privata» (op. cit., 41).

La legge regionale e la legge statale sono infatti equiordinate, appartenenti al livello primario poiché soggette ai medesimi limiti (art. 117, 1° comma Cost.)[138]. Analogamente la legge dovrebbe stabilire i principi, mentre i contratti collettivi dovrebbero prevedere la disciplina più puntuale. Sulla base di queste considerazioni, è stata avanzata l'ipotesi secondo cui anche i contratti collettivi potrebbero trovare collocazione nel livello primario delle fonti e la loro eventuale interferenza con la legge dovrebbe essere valutata alla luce del criterio della competenza-concorrenza e non certo di quello gerarchico.

Per tutte le altre fonti di autonomia privata in Costituzione vale il medesimo meccanismo nell'individuazione dei limiti. Ciascuna fonte di autonomia privata deve rispettare i principi costituzionali della materia a cui è inerente. Inoltre, deve inverare i limiti previsti dalle disposizioni costituzionali che costituiscono il generale fondamento dell'autonomia privata, ovvero gli artt. 2, 18, 41[139]. Nell'operazione di introduzione dei limiti consustanziali a queste libertà, ne deriva che il "diritto dei privati", è sottoposto anche al legame indissolubile che esiste fra queste ultime e il programma di cui all'art. 3, 2° comma Cost., producendo un impianto valoriale che consente a «ciascuno di realizzare il proprio progetto di

[138] Così, F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 25, il quale si interroga in merito al rapporto tra contratti collettivi e legge ordinaria, e ne deduce che è simile a quello tra legge regionale e legge statale nelle materie di legislazione concorrente (art. 117, 3° comma. Cost.): «come "nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato", così – non potrebbe forse dirsi? – che nelle materie dei rapporti di lavoro spetta alle associazioni datoriali e sindacali – tramite i contratti collettivi – la potestà normativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali (inderogabili) riservata alla legislazione dello Stato e delle stesse Regioni (nella materia per es. "tutela e sicurezza del lavoro")». Inoltre, fa notare «come i contratti collettivi siano, in ambito parlamentare, considerati quali *fonti* di diritto *non secondarie*, allorché l'art. 16 *bis*, comma 6 *bis*, del reg. Camera viene pacificamente interpretato nel senso di escludere dall'intervento obbligatorio del Comitato per la legislazione i contratti collettivi, poiché esso riguarda "i progetti di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con legge" (e tra gli altri soggetti s'intendono inclusi gli enti locali, le università, le autorità indipendenti, ma *non* i sindacati). Se insomma persino le delegificazioni in senso ampio rientrano nella previsione normativa, ne sono escluse invece le forme di "decentramento legislativo" in favore delle leggi regionali e di atti non qualificabili come regolamenti, quali appunto i contratti collettivi» (F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 26).

[139] Si pensi ad es. ai limiti previsti dall'art. 41 Cost. e, in particolare all'"utilità sociale". Cfr. in particolare, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economia privata*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 ss. il quale ritiene che quest'ultima sia «formula riassuntiva dei bisogni della comunità, [ed] è determinabile come precetto specifico dell'ordinamento giuridico, dal momento che, per definizione, compete agli organi ed ai soggetti dotati di poteri di supremazia e di autonomia "politica" e privata, pur nella diversità della loro rispettiva posizione, la scelta dei fini o dei valori che, in virtù della loro mediazione, si impongono come giuridicamente obbligatori». E prosegue, «per tali ragioni, la disposizione in questione appresta un criterio generico la cui determinazione specificamente normativa spetta innanzi tutto agli organi costituzionali, i cui poteri partecipano alla definizione dell'indirizzo politico, e poi ai soggetti privati, in quanto titolari di posizioni di autonomia, ed ai giudici di "merito", che sindacano la liceità dei loro comportamenti e delle loro manifestazioni di volontà».

emancipazione personale, che la Costituzione non pretende di definire in positivo, ma si limita a contenere entro i confini necessari perché non ne siano impediti gli analoghi progetti di tutti gli altri»[140].

In conclusione, l'originarietà dell'autonomia privata e il fondamento che se ne rinviene in Costituzione in una pluralità di disposizioni, permettono che tale fenomeno giuridico acquisisca una sfera di competenza riservata in cui lo Stato può intervenire imponendo esclusivamente quei limiti che sono anch'essi diretta esplicitazione di principi costituzionali attraverso proprie disposizioni contenenti principi inderogabili e non regole di dettaglio[141].

11. *Il "nuovo" sistema delle fonti tra principio di competenza e sussidiarietà orizzontale: dalla piramide, all'abete, alla rete*

L'esistenza del *soft law* costituisce uno dei maggiori fattori di attenuazione della funzionalità del "sistema Westfalia"[142], e più precisamente rappresenta il momento culminante del processo di perdita del carattere di esclusività o quantomeno di prevalenza della produzione normativa statale.

Risultano quanto mai attuali le parole scritte nel lontano 1929 da Cesarini Sforza secondo cui «il diritto dei privati che affiora […] si concreta in una serie di ordinamenti la cui giuridicità non deriva dalla loro posizione entro la gerarchia del diritto statuale, essendo il primo una formazione giuridica non sottoposta, ma parallela al secondo»[143].

E' evidente che la ricostruzione del sistema delle fonti ancorato al modello della gerarchia piramidale (*Stufenbau*)[144] sembra essere ormai relegata alla storia del diritto.

Tuttavia, il tentativo di ricondurre "a sistema" le diverse fonti di produzione del diritto oggettivo, specie sulla base di un criterio ordinatore, anche solo *in linea di massima*, non è

---

[140] M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale AIC, Torino, 27-29 ottobre 2001, versione provvisoria pubblicata sul sito dell'aic, 47 s.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

[141] E' stato sostenuto che il rapporto tra autonomia privata e statualità dischiuda la "socialità" del diritto la quale si fonda per un verso, nel riconoscimento di un limite alla legge posto dall'autonomia delle formazioni sociali e delle istituzioni intermedie e, per altro verso, dalla partecipazione sociale alla formazione della legge. Così, F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, 385 ss., in particolare, 400-401.

[142] A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa*, cit. 68.

[143] W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 27.

[144] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit.

abbandonabile *in toto*. Allora, anche all'interno di una "gerarchia elastica" ovvero costruita per "tipi forti": *Costituzione*, *legge*, *regolamento*, riferibili ai gradi o livelli *costituzionale*, *primario*, *secondario*, si riscontra «una disarticolazione di tali pretesi tipi, gradi o livelli, in una pluralità di figure (che si possono chiamare tipi "deboli") che presentano ciascuna caratteristiche tali da non consentire di essere ricondotte al presunto "tipo" di appartenenza o schema generale omogeneo di forma, efficacia attiva, resistenza passiva, competenza»[145].

E' proprio l'introduzione del livello costituzionale come *higher law* e tutti i necessari corollari che porta con sé, a determinare la «"detronizzazione", che è poi anche de-tipizzazione, della legge, con il superamento dello schema gerarchico che vedeva al centro del sistema la legge, articolando attorno ad essa i rapporti tra le fonti. Ma, ad ogni modo, è opportuno rilevare che il fenomeno della de-tipizzazione non riguarda solo la legge, ma anche gli altri atti normativi investendo tutti i cosiddetti "livelli" della gerarchia e comportando, almeno in linea di principio, più che l'integrazione, la vera e propria sostituzione del principio gerarchico con quello della competenza»[146].

Nel nostro ordinamento la legge parlamentare non è più una categoria unitaria, né è più l'atto normativo primario per eccellenza[147]: situazione sintetizzata dall'espressione "crisi della legge"[148].

---

145 F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 27, il quale come esempio si limita «a ricordare che perfino il c.d. livello costituzionale, considerato ancora negli anni sessanta del secolo appena trascorso come un tipo "sufficientemente omogeneo, formalmente e sostanzialmente" (V. CRISAFULLI, 1968, 959), si è venuto sgretolando in microinsiemi di un insieme più vasto in cui si possono oggi inserire, con valenze diverse, almeno: 1) i principi "supremi" o fondamentali o inderogabili, e le norme di riconoscimento dei diritti inviolabili, che sono assolutamente inderogabili, e quindi rappresentano anche (persino) limiti alla revisione costituzionale; 2) il testo della Costituzione nella parte in cui non esprime un principio supremo, testo che è rivedibile, e le leggi di revisione, le quali, se vi sono, di quel testo entrano a far parte integrante; 3) le "altre" leggi costituzionali, se intese come tipo idoneo a realizzare soltanto integrazioni, deroghe, rotture, limitazioni, sospensioni della Costituzione; 4) all'interno del *genus* "altre" leggi costituzionali vanno poi distinte, in particolare, le leggi costituzionali specificamente previste dalla Costituzione o a cui la Costituzione fa espresso rinvio, che possono essere considerate come atti con una competenza "delimitata"; 5) infine la prassi legislativa più recente ci ha messo di fronte a una ulteriore figura, quella delle leggi costituzionali provvedimento, esemplata sinora almeno dalla legge cost. 3 aprile 1989, n. 2, per l'indizione di un *referendum* consultivo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo».

146 F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 28.

147 Poiché alla legge si affiancano le "parificate" leggi regionali, gli atti legislativi dell'esecutivo (decreto legislativo delegato e decreto-legge), gli atti adottati in seguito al conferimento dei "poteri necessari" in caso di guerra, i decreti di attuazione degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale e così via.

148 Cfr. *ex multis*, F. MODUGNO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in collaborazione con A. Celotto e M. Ruotolo, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo, con il contributo di Alfonso Celotto, Rosalia D'Alessio e Marco Ruotolo*, Torino, III, edizione, 2000, 325-378 e *ivi* ampia bibliografia citata.

Inoltre, il nostro "sistema delle fonti" contiene una vasta serie di atti (o fatti) normativi, imputabili a soggetti diversi, di cui è palese la primarietà[149] nonché la presenza della c.d. "sussidiarietà legislativa" "creata" dalla giurisprudenza costituzionale, grazie alla quale è possibile per lo Stato attrarre in sussidiarietà funzioni legislative che, in base all'art. 117, spettano alle Regioni"[150].

Pertanto, non è possibile configurare un sistema delle fonti *a priori* e in generale, esistendo piuttosto tanti «diversi sistemi (o microsistemi), in relazione alle singole materie che vengono in osservazione o in ordine alle quali l'ordinamento offre, a volta a volta, un diverso panorama quantitativo e qualitativo di norme primarie»[151].

Tuttavia, il problema di ricondurre ad unità il diritto oggettivo non sembra contraddire il principio pluralistico, «il quale giustifica comunque, a mano a mano che si scende la scala, la sua diramazione in una pluralità di ordinamenti, variamente coordinati»[152]. Il raccordo tra unità e pluralismo dà luogo «ad una costruzione simile a quella di un **abete**, molto più ampio alla base (cioè al livello minimo) e unito al vertice. Ma una costruzione siffatta presupporrebbe il completo superamento del principio che è alla base del sistema Westfalia, il quale, seppure per qualche verso indebolito, non sembra certo abrogato, quanto meno sul piano dell'effettività»[153].

Il diritto dei privati, nell'accezione che si è precisata sopra, rappresenta un altro microsistema che contiene, al suo interno, ulteriori sottosistemi (attinenti allo sport, ai lavoratori dipendenti, alle professioni, alle imprese e così via, seguendo la multiformità delle sue manifestazioni di cui si è cercato qui di sintetizzare i tratti salienti) e si unisce al diritto oggettivo nazionale in un solo punto ovvero nella Costituzione. E' possibile, allora configura-

[149] Si pensi al *referendum* abrogativo, agli statuti regionali (e oggi anche provinciali e comunali); ai regolamenti delle Camere e della Corte costituzionale (e, probabilmente, dai regolamenti della Presidenza della Repubblica e forse anche del Consiglio Superiore della Magistratura), agli atti normativi della Comunità europea; ai problematici atti aventi forza di legge delle Regioni, ai contratti collettivi di lavoro con efficacia generale (che, come detto, sono solo previsti sulla carta); alle norme internazionali generalmente riconosciute e alle leggi e fonti di altri ordinamenti statali (richiamate dalle norme del c. d. diritto internazionale privato), alle stesse consuetudini e convenzioni costituzionali (che, anzi, andrebbero piuttosto ascritte al c. d. livello superprimario o costituzionale).

[150] M. RUOTOLO, *Le esigenze unitarie nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni: attuazione giurisprudenziale del Titolo V e prospettive di (ulteriore) riforma*, in F. MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Napoli, 2008, 202.

[151] F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 29.

[152] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 80.

[153] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 2011, 80 s.

re plasticamente l'unità del diritto oggettivo in una *rete* e, in particolare, nella *tela del ragno* in cui non è più possibile individuare i "gradi" delle fonti – in quanto tutte reciprocamente interconnesse a prescindere dalla divisione in tipi forti – ma che mantiene un unico punto in comune rappresentato dai principi costituzionali.

La logica complessiva che ispira il sistema delle fonti oggi è la delegificazione atecnica in cui «l'entrata in vigore di norme morbide occupa spazi vuoti dal punto di vista normativo, ovvero occupa spazi prima soggetti alla disciplina legislativa»[154]. L'atto statale scompare a favore di altre fonti di produzione private, evidenziando il fenomeno di "destatalizzazione" in favore della sfera delle autonomie sociali, evocando anche il principio di sussidiarietà "orizzontale", o, meglio, una serie di meccanismi similari del principio stesso. A seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, ha trovato espressa positivizzazione all'art. 118, quarto comma, Cost. che «aspira ad investire la comunità, e le realtà organizzative che ne sono immediata espressione, dei compiti tradizionalmente assegnati alla sfera pubblica, e questa dimensione teleologica non può non condizionare l'individuazione delle predette entità associative»[155].

La valorizzazione delle manifestazioni della socialità porta anche al valore conciliativo ed integrativo dei conflitti interni al corpo sociale ed un'importante funzione antitotalitaria conducendo a un concetto di sussidiarietà quale criterio guida dei processi di socializzazione dei poteri pubblici, di democratizzazione della comunità politica e di creazione di un nuovo *status* di libertà[156]. La sussidiarietà orizzontale evidenzia la libertà della persona umana intesa come autodeterminazione e, al tempo stesso, la responsabilità come volontà di perseguire finalità ultraindividuali attraverso le proprie competenze. «La persona umana diventa il centro di un universo particolare, nel quale essa vede impegnate al massimo le pro-

---

154 A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, cit., 1895 ss.; sul concetto di delegificazione atecnico, v. A. MORRONE, *Delegificazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, 1772.; T. MARTINES, *Delegificazioni e fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, vol. II, Milano, 1987, 865 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni* (1989-1995), Torino, 1996.

155 Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2351.

156 P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, A.A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi della innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2000, 211 ss. e in particolare 225.

prie potenzialità ed accresciute le proprie responsabilità pubbliche. Il privato diventa così un anello della catena di competenze pubbliche»[157].

Non si può tacer la posizione opposta che ritiene tale norma idonea soltanto a «"favorire" iniziative in chiave di autonomia»[158] mentre mantiene inalterato il problema del rapporto tra soggetti dell'atto e destinatari degli effetti. In effetti, questa critica coglie nel segno. La sussidiarietà orizzontale, indica semplicemente una tendenza dello Stato ad arretrare in quei settori in cui le fonti dei privati possono utilmente raggiungere il risultato auspicato, mentre è solo il principio di rappresentatività a legare indissolubilmente gli appartenenti a una categoria al rispetto delle norme prodotte dai propri rappresentanti. In definitiva, è quest'ultimo che incide sull'estensione degli effetti oltre i soggetti dell'atto. Si pensi al caso paradigmatico del contratto collettivo di lavoro[159]. La dottrina è sempre stata concorde nel ritenere che il mandato di conferimento del lavoratore alle associazioni sindacali a negoziare in nome e per conto proprio avesse natura privatistica. Tuttavia, gli effetti del negoziato si riverberano *anche su chi non ha conferito alcun mandato*, andando a violare il fondamento stesso del mandato privatistico, fino appunto a snaturarlo. Analogo discorso può essere fatto per tutte le norme analizzate del diritto dei privati. Pertanto, l'estensione degli effetti è da ricondurre alla *rappresentatività di tipo pubblicistico*. Proprio questa caratteristica accomuna il "diritto dei privati" al diritto di derivazione statale[160], specie sul piano dell'efficacia. Ciò

---

157 A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003, 349.

158 N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 170.

159 F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 18 s. che, in merito, afferma: «d'altra parte è dubbio che la stessa volontà dei lavoratori iscritti, ossia l'adesione ad una associazione sindacale, valga di per sé come un conferimento di un mandato generale e irrevocabile a negoziare in nome e per conto proprio; ma soprattutto, com'è stato ben rilevato, "la rappresentanza di tipo privatistico non offre spiegazioni sufficienti di come e perché l'azione dei sindacati violi sistematicamente la regola (privatisticamente inderogabile) in forza della quale gli effetti della volontà negoziale del rappresentante non possono che ricadere solo su colui che aveva conferito il mandato a compiere l'attività negoziale stessa, e nei rigorosi limiti di quel mandato" (G. COLAVITTI, 2005, 214-215). Sembra perciò preferibile che la relazione tra sindacato e lavoratori (che è una forma di rappresentanza degli interessi superindividuali) vada, più che alla rappresentanza di tipo privatistico (*Vertretung*), ricondotta alla *rappresentatività* (*Repräsentation*) cioè alla rappresentanza di tipo pubblicistico. Lo stesso Gino Giugni ne ragiona come di una "nozione politica, definibile come la capacità dell'organizzazione di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo che gli stessi operino non ciascuno secondo scelte proprie, ma, appunto come gruppo" (G. GIUGNI, 1991, 85). Diversamente opinando resta inevasa la domanda circa il problema di quale sia "la fonte di legittimazione del potere del sindacato di incidere anche negativamente su posizioni giuridiche individuali" (*ibidem*, 26)».

160 Spetta rispettivamente a CHELI, *Organi costituzionali ed organi di rilievo costituzionale*, in *Arch. giur.*, 1965, 86 ss. ed a GUARINO, *Relazione al Symposium italo-sovietico su «L'impresa e la programmazione economica»*, Roma, 1968 la

comporta, come corollario, che il diritto dei privati sia espressione di potestà normativa collettiva, il cui bacino di destinatari è spesso indeterminabile a priori o comunque vastissimo e, proprio per questa origine, da questi vengono osservati e fatti valere a prescindere dall'originario valore strettamente negoziale o di *soft law*. Di conseguenza, l'efficacia dell'atto estesa *ultra partes* fonda la sua stessa legittimità nel fatto di essere espressione dell'autonomia collettiva costituzionalmente tutelata e, in definitiva, nel principio di rappresentatività pubblicistica. Si può, quindi affermare che nelle fonti dell'autonomia privata «l'effettività div[iene] criterio retrospettivo di legittimità che consente di attribuire […alle stesse] la natura di fonti del diritto»[161].

Abstract

Il saggio tratta delle fonti dell'autonomia privata ed, in particolare, di quelle aventi effetti *ultra partes*. Dopo aver descritto le singole fonti del "diritto dei privati", l'Autore esamina il declino del "sistema Westfalia" ed analizza i fondamenti costituzionali della produzione normativa dei privati nonché i limiti ad essa imposti. L'obiettivo è quello di dimostrare, tramite l'efficacia *ultra partes* delle fonti dei privati, che l'attuale sistema delle fonti non è più ordinato dal principio di gerarchia ma da quelli di competenza e sussidiarietà orizzontale.

The essay treats about private autonomy's fonts and, in particular, about those with effects *ultra partes*. After describing each font, the Author examines the decline of "Westfalia system" and she analyzes the constitutional foundations of the production of law by private people and the limits imposed on it. The objective is to demonstrate, through the effectiveness *ultra partes* of "law of privates", that the current fonts system is not characterized by the hierarchical principle but by those skill and horizontal subsidiarity ones.

dimostrazione che l'indirizzo politico sia connesso all'attività degli organi costituzionali e che l'esplicazione dell'autonomia privata abbia la stessa struttura sostanziale dell'attività di indirizzo politico.

[161] F. MODUGNO, *I contratti collettivi*, cit., 19.

RILEGGENDO

FELICE MERCOGLIANO

Italia «legibus fundata».
Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità

1. *Del diritto positivo e dell'equità*[1] è il celebre titolo della prolusione[2] tenuta a Camerino nel 1879 da Vittorio Scialoja[3]. Se si pone uno sguardo al luogo e alla sede, può dirsi che la prolusione camerte di Scialoja inauguri un decennio, quello degli anni Ottanta dell'Ottocento, che caratterizza la Facoltà giuridica dell'Ateneo di Camerino per il suo vigore culturale, in cui le prolusioni stesse[4]: «ben al di là delle liturgie formali, costituiscono contributi personalissimi e frammenti di progetti culturali destinati ad essere meditati e discussi anche dalle future generazioni», di relatori che affrontano con temi specifici tutto un dibattito metodologico e di merito con sforzi ricostruttivi d'immensa portata e di dichiarato intento innovativo. In effetti, nell'analisi della dialettica tra diritto positivo ed equità Scialoja dispone temi e strategie già con tale energia critica da far intravedere l'incredibile ascesa che

[1] Ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici* III (Roma 1932) 1 ss.

[2] Per la precisione, del «Discorso inaugurale letto nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli Studi nell'Università di Camerino dall'avvocato Vittorio Scialoja, Professore di diritto romano e di codice civile», come recita l'estratto d'epoca pubblicato a Camerino dalla tipografia Savini nel 1880. Collocazione dell'opuscolo: Biblioteca Facoltà Giuridica Univ. Camerino MISC. XXI 80. Lo scritto apparve anche in apertura dell'*Annuario della Università degli Studi di Camerino 1879-80* (gennaio 1880).

[3] Mi pare impervio qualsiasi tentativo di un itinerario bibliografico su Vittorio Scialoja (Torino 1856 – Roma 1933), per l'enorme mole e la complessità degli studi accumulatisi. Mi limito dunque a segnalare un paio di saggi molto recenti, da cui reperire ben altra selezionata letteratura: M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento* (Torino 2007) 51 ss.; E. STOLFI, *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in *Scritti in onore di G. Melillo* III (Napoli 2009) 1244 ss., spec. 1273 ss.

[4] Come ha affermato P. GROSSI, *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in *Quaderni fiorentini* 18 (1989) 194 [= *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1988* (Camerino 1991) 127]. Riflessioni analoghe si ritrovano in G. CIANFEROTTI, *Germanesimo e università in Italia alla fine dell'800. Il caso di Camerino*, in *Studi senesi* 100 (1988) 339 ss. [= *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener* (Napoli 1989) 358 ss.].

in un decennio riesce a realizzare e che lo porterà nella romanistica a levarsi su tutti, «soprattutto per l'influsso personale dovuto ad un ingegno che … dava allo studioso un fascino personale»[5]: nel 1888, difatti, ha già 'creato' il suo allievo *princeps*, Pietro Bonfante[6]; sin dal 1881 ha chiarito quale sia la sua idea di romanistica nell'arcinota lettera a Filippo Serafini[7] e nella famosa vertenza presso l'Ateneo di Siena[8] ha fatto valere un carattere pressoché indomabile; ma soprattutto nel 1888 esce la rivista da lui fondata e diretta: il *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*[9].

2. Siamo in anni proiettati, per quanto concerne il giovane Stato italiano, alla ricerca di un'identità culturale nazionale, da rinnovare in ambito giuridico. La prolusione camerte di Scialoja di recente è stata giudicata da Dario Mantovani, infatti, il simbolo del rinnovamento della scienza giuridica italiana (protesa verso modelli della pandettistica tedesca, ormai, e non piú verso quello esegetico francese), insieme con quelle dello stesso anno di Enrico Ferri, fondatore della sociologia criminale, e di Enrico Cimbali[10]. Scialoja mostra effettivamente un'evidente e innovativa propensione per la letteratura tedesca, in particolare ri-

[5] Cosí M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23 (1995) 170: v. *ibid.* 165 ss., su quella generazione, degli anni Cinquanta dell'Ottocento, di fondatori della romanistica contemporanea (Brugi, Fadda, Perozzi, Ferrini e, appunto, Scialoja).

[6] Di quest'anno è, com'è noto, la prima uscita di *Res mancipi e nec mancipi*: cfr., di recente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco* (Bologna 2008) 251 s. Su Pietro Bonfante «primo allievo e corifeo della scuola di Scialoja» v. pure di recente C. CASCIONE, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso. Una disputa romanistica di primo Novecento su collegialità e condominio*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli 2003) 52 s., 60 ss. e 74 ss.

[7] La lettera pubblica di V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, in *AG*. 26 (1881) 486 ss., è stata riedita con alcune brevi considerazioni introduttive da F. AMARELLI, *L'«insegnamento scientifico del diritto» nella lettera di Vittorio Scialoja a Filippo Serafini*, in *Index* 18 (1990) 59 ss.: circa la fortemente programmatica affermazione memorabile, in essa contenuta, che «il diritto romano puro è morto e i diritti moderni possono essere suoi discendenti, non esso medesimo», v., per tutti, la lode di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987) 506 s.: «L'espressione 'diritto morto' può ancora riuscire ostica a molti. E a molti, abituati a considerare il diritto romano come una fiaccola da cui si debba irradiare perennemente luce e vita, può apparire inaccettabile e blasfema, dettata da dispregio della tradizione e peggio ancora da un modernistico amore di novità. Ma l'espressione … la usò … colui che è stato (ripeto parole già da me dette) Maestro dei Maestri della nostra disciplina, Vittorio Scialoja … e la usò in una frase non equivoca, che conferma le doti di quell'ingegno altissimo e il perfetto equilibrio, in lui, dello 'storico del diritto ' e del cultore del diritto moderno (nel quale fu altrettanto grande), in una parola sola, del giurista».

[8] Su cui v. G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la «vertenza Scialoja». Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi senesi* 100, suppl. II (1988) 736 ss. [= *Studi in memoria di G. Cassandro* (Roma 1991) 212 ss.].

[9] V. sulla storia della rivista, che si compenetra con quella del suo fondatore sino alla morte nel 1933, M. TALAMANCA, *Un secolo di «Bullettino»*, in *BIDR*. 91 (1988, pubbl. 1992) ix ss.

[10] D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo* (Milano 2003) 134 s.

serva un posto d'onore a M. Voigt, *Das ius naturale, aequum bonum et ius gentium* I (Lipsiae 1856), considerata «l'opera capitale su questa materia, secondo il diritto romano»[11], seguendone poi sostanzialmente la suddivisione dell'*aequitas* nelle cinque categorie romane[12]: rispetto ai vincoli di sangue; rispetto alle obbligazioni assunte in buona fede; principio della giusta ripartizione del vantaggio e della perdita; libertà nelle forme e prevalenza della vera volontà sulla dichiarazione; riguardo all'individualità dei singoli rapporti concreti.

Piú in generale, il problema di quale diritto si proietti all'orizzonte prossimo futuro di un Paese, qual è l'Italia, in fondo da non molto unita, in quel torno di tempo sotto l'alternanza fulminea di governi Cairoli e Depretis e con Roma capitale da neppure un paio di lustri, viene immediatamente colto con lungimiranza scientifica e limpidezza di ragionamento da Scialoja.

Nell'ambito dell'impostazione ben piú complessa del discorso, quindi, un bersaglio immediato, emblema della distorcente disapplicazione giurisprudenziale, persino in sede di giudizi di legittimità ad opera della Cassazione, del diritto positivo, si può individuare in un consigliere della Suprema Corte, Carlo Lozzi. E in due suoi scritti civilistici coevi[13]. Scialoja colpisce con determinazione, cosí[14]: «Il cons. Lozzi è strenuo difensore della equità, del diritto naturale ed anche della moralità, come fondamento dei giudizi dei magistrati»[15] e «vorrebbe che gli avvocati fondassero le loro ragioni specialmente sull'equità (v. op. cit. *Della Interpretr.* ecc. Temi Veneta 1878 pag. 448). Non saprei davvero dividere la sua opinione. Mi spaventa il vedere dato lo stesso consiglio, con uno scopo del tutto diverso certamente, da Quintiliano per le cause disperate … (*Inst. Or.* VII.1.63)». La critica a Lozzi conduce Scialoja all'affermazione[16] «che per aver forza, e meritar cosí il nome di diritto, la legge naturale deve tradursi in legge positiva», movendo dalla confutazione di un significato di equità e legge naturale che Scialoja stesso reputa inaccettabile, con un affondo esemplare[17]: «… l'equità s'intende in varii modi e le si attribuisce vario potere, sia che la si consideri come

11 P. 30 nt. 2.
12 P. 37 ss. nt. 9.
13 C. LOZZI, *Della integrazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in *Temi Veneta* (1878) 445 ss. e ID., *Introduzione al codice civile. Saggio teoretico e pratico*, in *Temi Veneta* (1879) 17 ss. e 41 ss.
14 P. 27 s. nt. 2.
15 P. 41 s. nt. 21.
16 P. 19.
17 P. 16 ss.

qualche cosa di superiore alla legge, sia che la si prenda come regola d'interpretazione e di correzione della legge stessa. È opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi se vuole aver qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa: questo codice si suol chiamare equità … Chi è che con tale equità non giustifica le maggiori contraddizioni? Poiché essa sta scritta nella coscienza, anche in buona fede si può da ogni uomo appoggiarvi la giustificazione dei suoi atti, che alla sua coscienza corrispondono; ed ecco il diritto soggettivo, unilaterale; ecco per meglio dire, il maggior nemico del diritto … non lontano da questo volgare concetto ve n'ha uno che appartiene agli scienziati e che portato alle sue pratiche conseguenze non è meno pericoloso. Al disopra delle leggi positive si ammette una legge naturale ed universale, di che le prime non sono se non accidentali ed imperfette espressioni … La legge positiva che non sia conforme alla naturale si può, anzi si deve porre in disparte. Non è meraviglia che questa seconda conclusione sia stata sostenuta dalla scuola teologica … Ma ciò che deve farci maggior meraviglia, è il trovar ripetuta quella idea anche da giureconsulti come il Blackstone, e da noi, per tacere d'altri, recentemente il Lozzi».

3. Scialoja, dunque, subito riesce a vedere il problema[18], scorgendo nel contesto dell'immensa questione in discussione un profilo destinato a fungere da spartiacque tra la giovane nazione, l'Italia *legibus fundata*[19], e il vecchio regime preunitario: la 'guerra' tra equità e diritto[20]. L'immagine scialojana celebre della 'guerra' è espressa così[21]: «Nella maggior par-

[18] Intorno alla capacità di 'riuscire a vedere i problemi', come qualità del vero studioso di diritto romano, s'è soffermato di recente, nel ricordare gli iniziali dubbi vissuti da Capogrossi al momento d'intraprendere la carriera universitaria, L. LABRUNA, *Dai «Candida serta» agli «Scritti scelti»: Capogrossi, quasi un'autobiografia*, in *Index* 39 (2011) 7: «…"Dopo averci ben pensato, feci questa singolare scommessa al buio, ossessionato non tanto dalla paura di non riuscire a divenire un buon ricercatore, ma di non 'riuscire a vedere i problemi' ". Era una critica devastante, questa, che aveva sentito fare da Talamanca nei riguardi di un giovane ricercatore. "Una preoccupazione – confida – che, oggi, mi rendo conto, mi ha portato sempre a vedere piú i problemi che a cercare di risolverli».

[19] Il richiamo romanistico è, naturalmente, alla *civitas legibus fundata* di Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.4, cit. da Scialoja stesso (p. 10).

[20] Cfr. a tale proposito, con un fraintendimento, a mio avviso, tra diritto positivo e normativismo codicistico, F. CALASSO, s.v. «*Equità (premessa storica)*», in *ED.* 15 (Milano 1966) 68: «… il primato della scuola e della scienza passa oltr'Alpe, e là si compie dopo lungo travaglio, favorito da situazioni politiche, sociali, economiche diametralmente opposte a quelle di un'Italia asservita, quel grande evento della codificazione, che era destinato ad aggravare, o, per essere piú esatti, a porre in termini nuovi, l'immanente disagio della giurisprudenza

te delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a finire».

L'approccio di Scialoja non è affatto indulgente verso l'equità, invece appare improntato al rispetto sommo verso la funzione invulnerabile quasi del diritto positivo e il dover essere questo ricondotto in maniera rettilinea alla vigente legislazione nazionale, stabilendo un legame concettuale inscindibile, una connessione per cosí dire primigenia, tra unità nazionale, Stato italiano e diritto positivo. La prima conclusione tratta nella prolusione s'incentra su tale doverosa concatenazione ed è inequivocabile[22]: «… il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gl'individui, i quali ad esso devono ricorrere per la tutela delle loro pretensioni. Ciò necessariamente porta a determinare certe regole generali come condizioni per la concessione di quella tutela, e queste regole costituiscono il contenuto del diritto positivo, ossia di quello che per essere unito ad un'effettiva coazione veramente merita il nome di diritto».

Ma Scialoja amplia il discorso, incentrandolo seppur velocemente sulla dialettica tra diritto e morale[23] e fra forma e volontà[24], per approdare ad un *excursus* sulla storia dei fattori di formazione dell'esperienza giuridica romana. Ecco che finalmente balza fuori il vero romanista e, soprattutto, la storia del diritto romano, quando dichiara[25]: «Peraltro questo diritto cosí scritto, cosí sancito, cosí ordinato è … senza difetti? O signori, per quanto io possa essere fautore del diritto positivo non cadrò al certo in tale esagerazione. La storia sarebbe

za di fronte al problema dell'applicazione della norma astratta al caso concreto. Quella norma era ormai inchiodata nei loculi della ipotesi legislativa, inserita a sua volta in un corpo di norme definito 'unica e sovrana fonte di diritto': il 'codice' … Fu qui la svolta storica. La scienza giuridica italiana visse e recepì questo processo storico con ritardo e di riflesso, ma forse piú drammaticamente. Quel disagio, il giovanissimo Vittorio Scialoja, inaugurando nel 1879 una cattedra di diritto romano, non esitò a chiamare 'guerra' tra il diritto positivo e l'equità. La drasticità di questo giudizio del giureconsulto esordiente era sintomatica di tutta una temperie mentale che dominò la scienza giuridica italiana *fin de siècle* e oltre; e non s'indugia molto a scoprirne le due componenti massicce: da un lato, le difficoltà di adattamento alla presenza di un giovanissimo codice nazionale entrato in vigore pochissimi anni dopo la proclamazione del Regno d'Italia; dall'altro, l'educazione pandettistica, potentemente plasmatrice di una scienza privatistica in fasce …».

[21] P. 6.

[22] P. 6.

[23] P. 4 s.

[24] P. 6 ss.

[25] P. 10.

pronta a smentirmi! Ma si tratta di vedere quali siano questi difetti, e sarà utile il chiederlo alla storia medesima».

Da vero storico del diritto e giurista a un tempo, Scialoja dunque chiarisce[26] che «col mutarsi de' tempi si mutano le condizioni della società: alcune forze diminuiscono o cessano, altre si accrescono o nascono … Mutando ciò che si deve ordinare convien che l'ordine stesso si muti …». Anche il diritto positivo, secondo Scialoja[27] nella storia è attestato che sia diventato talvolta odioso formalismo senza sostanza; infatti: «le forme sono le prime a far sentire i loro difetti; eppure il formalismo è cosí irradiato nell'animo umano che spesso esse continuano ancora per lungo tempo a sussistere come forme prive di contenuto. Quando incomincia a manifestarsi questo stato di cose, il popolo, che sente un certo disagio nel vivere sotto l'imperio di un diritto positivo, che piú non gli si addice, e vede un continuo disaccordo tra la soluzione giuridica delle questioni e quella che gli pare piú conveniente, concepisce un vero timore del diritto». Ma grazie all'idea degli istituti giuridici, l'interpretazione ad opera dei giuristi soccorre e incide sull'attività legislativa. Difatti, al giurista, «al suo occhio esperto si rivela l'interno collegamento degli elementi di ogni istituto e dei vari istituti tra di loro; ed egli può analizzare i motivi pei quali il diritto positivo fu costituito a quel dato modo. Egli quindi piú d'ogni altro è in grado di giudicare qual peso debbono avere sul diritto le nuove condizioni sociali e di agevolar l'opera legislatrice … Ma in quest'operazione scientifica egli può facilmente discernere qual sia la parte del diritto destinata a durare e quale la transitoria»[28].

L'equità può fungere da temperamento del diritto positivo, ma soltanto quando viene operato un richiamo esplicito all'equità stessa nel codice o nelle leggi[29]: pare a Scialoja[30] «perentorio l'osservare che siffatta equità può in tali casi servir di criterio al giudice appunto e solamente perché il diritto positivo glielo permette»[31]. Gli esempi della consuetudine, del

[26] P. 19.
[27] P. 19 s.
[28] P. 20.
[29] P. 21 ss.
[30] P. 25.
[31] Appena quattro anni dopo, in linea con tale prospettiva, come pone ben in rilievo di recente R. CARDILLI, *Eccezione di dolo generale e 'variae causarum figurae'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cur. L. GAROFALO (Padova 2006) 344: «è degna di nota la critica che Vittorio Scialoja muove sulle pagine della *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali* nel 1883, alle conclusioni che Filippo Milone trae dal suo lavoro sulla *exceptio doli generalis*. In tale critica emerge chiara la tendenza ad avallare la monopolizzazione statale delle

giudizio della Corte di Cassazione e dell'arbitrato concorrono, infine, a rafforzare le conclusioni di Scialoja[32]. Questi termina, quindi, sfoderando il patriottismo di famiglia[33]: «… dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali … l'inchinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente cosí si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell'amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento …». E probabilmente fu proprio quest'ultima considerazione, rimembrata amaramente dopo mezzo secolo, sotto il fascismo che la libertà aveva negata, ad ispirargli[34] appena un davvero laconico commiato, addirittura dalla vita stessa forse, allorché nel 1933, in un pomposo Congresso, riceveva una cittadinanza onoraria e un dottorato *h.c.*: «Permettetemi di dirvi soltanto nella mia qualità di cittadino romano: Viva Roma!».

Prima di estraniarsi da 'tecnico', aveva però fatto in tempo Scialoja ad essere protagonista di un mezzo secolo che Ferrajoli, pur in un saggio per altri versi discutibile[35], ha descritto efficacemente, cosí: «I cinquant'anni che vanno dall'Unità d'Italia all'avvento del fascismo sono gli anni in cui si sviluppa, parallelamente alla costruzione dello Stato unitario sul modello liberale e parlamentare, la grande cultura giuridica e accademica: la storiografia romanistica e italianistica, la dogmatica civilistica, le diverse scuole penalistiche, la nuova scienza del diritto pubblico. Accanto a questa cultura e alle sue grandi trattazioni dottrinarie, si sviluppa inoltre una cultura della pratica forense e amministrativa, che viene dotandosi, tra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento, di uno strumentario enorme, formato da

---

fonti di produzione anche per il diritto privato, nella condivisione del primato della legge». Scialoja, dunque, appare «sostanzialmente proiettato a riconoscere rilevanza alla sola equità che si era fissata una volta per tutte nella legge dello stato, prodromo di quella che viene nella odierna civilistica qualificata come 'equità positiva'» (*ibid.* nt. 11).

32 P. 25 s.

33 P. 26.

34 Lo rileva di recente C. CASCIONE, *Romanisti e fascismo*, in *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006), cur. M. MIGLIETTA e G. SANTUCCI (Trento 2009) 37.

35 L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in *La cultura italiana del Novecento*, cur. C. STAJANO (Roma-Bari 1996) 564 s. [= ID., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari 1999) 15]. Su una critica – peraltro poi con onestà intellettuale pregevole, dall'a. accolta – da me mossa specificamente all'impostazione di Ferrajoli, angusta e ingenerosa, circa la romanistica di quel tempo ed oltre, mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *Breve appunto romanistico a proposito di Ferrajoli, «Scienze giuridiche»*, in *Index* 25 (1997) 581 ss. [= ID., *Fundamenta* (Napoli 2007) 11 ss.].

una miriade di riviste disciplinari e professionali, a livello nazionale e locale: riviste di dottrina e di giurisprudenza …». Pure nella Camerino della prolusione di Scialoja una rivista vedrà la luce. Ed è ancora un'altra storia, di quasi mezzo secolo dopo, dell'uscita di un periodico che mi piace pensare Scialoja avrà salutato con l'animo benevolente del vecchio professore dai fondamentali esordi camerti, come tanta parte eccellente della romanistica contemporanea: gli Annali della Facoltà Giuridica, nei quali ripubblichiamo adesso la sua prolusione camerte.

Abstract

Il contributo introduce ad una rilettura della prolusione Del diritto positivo e dell'equità, tenuta nel 1879 da Vittorio Scialoja a Camerino. Dopo brevi cenni biografici su Scialoja, commenta l'intreccio della questione dell'unità nazionale recente italiana con il problema storico-giuridico dell'equità, utilizzata al tempo come base per disapplicazioni giurisprudenziali del diritto positivo. Scialoja, invece, riafferma con forte determinazione come nella 'guerra' tra equità e diritto positivo sia quest'ultimo, fondato sulla giovane legislazione statale, a dover essere l'unico a dover essere applicato nei tribunali e ad essere in grado di temperare e modificare inattuali formalismi.

The paper introduces a new reading of the opening lecture on positive law and equity, held in 1879 by Vittorio Scialoja at Camerino. After brief biographical notes on Scialoja, it comments the plot of the question of the national unity with the historical-legal problem of judicial fairness, used at the time as a basis to not apply positive law in jurisprudential cases. Scialoja, however, reaffirms with strong determination that in the 'war' between equity and positive law the latter, based on the young State legislation, must prevail and must be the only on to be observed in the courts, since it was able to temper and modify old fashioned formalisms.

VITTORIO SCIALOJA

Del diritto positivo e dell'equità [*] [1]

Non senza trepidanza, o Signori, io vengo dinnanzi a voi per la prima volta in questa solenne occasione; poiché mi è stato affidato l'incarico di inaugurare il nuovo anno scolastico dall'ospitale cortesia di coloro, che mi hanno voluto chiamare loro collega, ma che io onoro come miei maestri nella scienza. E per vero, considerando i meriti di sapienza e d'ingegno di quanti mi hanno preceduto in questo incarico, e la debolezza e la poca esperienza mia, ho ragion di temere che troppo si sia richiesto dalle scarse mie forze. Tuttavia mi sarebbe sembrato scortese il rifiutare, ed ho confidato che pari alla gentilezza sarebbe stata la vostra indulgenza.

Una giusta consuetudine vuole che si ragioni sopra uno dei temi più generali, che si appartengano al proprio insegnamento. Per la qual cosa io, che debbo esporre diritto positivo, ho creduto che non sarebbe stato inopportuno di svolgere alcuni dei principali caratte-

[*] Discorso inaugurale letto nella Grande Aula della Biblioteca Valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riaprimento degli Studi nell'Università di Camerino.

[1] Nel pubblicare questo discorso mi pare utile di aggiungervi alcune note, per meglio dichiarare alcuni punti oscuri o troppo recisamente affermati: queste note peraltro non valgono a togliere al presente lavoro il suo carattere di scritto d'occasione. Lo scopo suo e i suoi limiti mi hanno impedito di svolgere il concetto dell' equità nel diritto canonico materia tanto vasta quanto importante: né in queste poche note ardisco colmare la lacuna. Così pure ometto di trattare le mille divisioni dell'equità in *naturalis, civilis, canonica, scripta* o *constituta, non scripta, cerebrina* etc. che non è difficile trovare in qualsivoglia libro giuridico dei secoli scorsi. Nè ho voluto entrare nella intricata e specialissima questione dell'equità e delle corti di equità inglesi, prodotto singolarissimo dei concetti giuridici di un popolo così diverso dal nostro. La letteratura su questo punto è assai ricca: citerò, solo a cagion d'esempio, alcuno dei libri nei quali mi sono imbattuto: STORY Commentaries on equity jurisprudence, as administered in England and America (London 1839 - 3 ed. Boston 1843); GOLDSMITH, The doctrine and practice of equity (London 1849); HAYNES, Outlines of equity (Cambridge 1858); SMITH, A manual of equity jurisprudence (London 1864).

ri di questo diritto, e di esaminare in qual relazione esso stia con quella che si suol chiamare equità.

Nella maggior parte delle sentenze dei magistrati, negli scritti dei giuristi della cattedra e del foro noi troviamo l'uno contro l'altro questi due principii: l'equità e il diritto. La guerra è antica quanto la scienza giuridica, e non accenna punto a voler finire. Anzi anche recentemente abbiamo veduto dotti autori sostenere i due estremi, ed altri cercarne la conciliazione[2]. A me certamente non s'addice di entrare nella lotta con ispirito polemico; ma evi-

[2] Veggansi infatti C. LOZZI Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità (Temi Veneta 1878 p. 445 segg.) e parecchi altri articoli: La parola della legge, ecc. che formano una serie intitolata: Introduzione al codice civile, saggio teoretico e pratico (Temi Veneta 1879 p. 17 segg. 41 segg. ecc.): E. DEODATI Alcune considerazioni sopra un'unica Corte regolatrice nella capitale del Regno e sui giudizi di equità, a proposito di una censura fatta ad un giudicato della Cassazione di Roma (Temi Veneta 1878 p. 509 segg.), e di nuovo Dei giudizii di equità (Temi Veneta 1878 p. 577) ove riferisce un brano di discorso del pres. EULA: M. DIENA Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di Cassazione unica (Venezia 1879, estratto dalla Temi Veneta). Il cons. LOZZI è strenuo difensore della equità, del diritto naturale ed anche della moralità, come fondamento dei giudizi dei magistrati. Al contrario il senatore DEODATI non solo vorrebbe toglier di mezzo ogni elemento non giuridico e legale, ma sostiene che si debba stare alla parola della legge senza ammettere interpretazione logica: egli in suo aiuto contro i fautori dell'equità giudiziaria riferisce il discorso del senatore EULA oggi presidente della Corte di Cassazione di Torino. Lo scritto del DIENA tiene una via di mezzo: a me pare peraltro ch'esso non provi se non là necessità della logica interpretazione, onde non intendo come venga, nella conclusione, ad «accogliere le idee che furono esposte dall' onorevole Comm. Lozzi nella sua Memoria, quando pure, a primo tratto, potesse sembrare per avventura soverchia l'influenza ch'egli consente all' elemento della equità anche nelle alte e più serene regioni delle Corti di Cassazione » (vedi loc. cit. p. 23. 24).

Del resto veggansi per la letteratura più antica: OLDENDORPIUS Liber de iure de aequitate forensi etc; (Rost. 1529; Col. 1611) - LO STESSO Assertiones ex iure et aequitate etc. (nella Coll. delle sue Opere Lugd. 1545; Bas. 1559 T. 1 n. 11) - LO STESSO Isagoge etc. (Col. 1580) - SALOMONIUS De bono et aequo (Bas. 1530) - CONNANUS Comm. iuris civilis lib. I cap. XI (Par. 1553; Neap. 1724) - DETLER LAUGENBECKIUS De iustitia, iure et aequitate (Vit. 1572) - HOLSTEIN De aequitate iuris (Col. 1566) - F. MARTINI Disp. II de summo iure et aequitate (Ing. 1576; Frib. Brisg. 1596) – BONACOSSA De aequitate canonica (Ven. 1580) -OSTENIUS Orat. de iure scripto et aequo (Gryph. 1589; 1690) - A. BOLOGNETUS De aequitate, iure et legibibus (Rom. 1571; Vit. 1594; ins. in Tractatus universi iuris dello ZILETTO Vol. 1.) - CELICHIUS De aequitate, quid quantumque praestet in legibus (Vit. 1602) - CAVALCANUS De aequitate et rigore - MARQ. FREHERUS Sulpitius sive de aequitate (Francof. 1608; ins. nel Tesoro di OTTONE Traj. 1733 vol. 4°) - AVERANIUS Disp. de aequitate (Vit. 1619) - SCHAPER De aequitate (Arg. 1621) - SVEVIUS Diss. de iure et aequitate (Jen. 1631) – CALVINUS De aequitate (Med. 1635); più che un trattato sull' equità è una raccolta di questioni da decidersi secondo equità - MEVIUS Norma aequitatis (Rost. 1639) - FABER Jurisprudentia Papinianea (Lugd. 1658) tit. 1 pag. 3 segg. - MARANUS Comm. II de aequitate (Tol. 1622; 1684; e in Oper. 1741) - NORICUS De aequitate (Lips. 1664) - FINGER Diss. de aequitate (Lips. 1666) - RACHELIUS De aequitate (Kil. 1671) - LIST Diss. de legali aequitatis subsidio (Marb. 1690) - FROMMANNUS Positiones ex Diss. de aequo et bono (Tub. 1679 in Coll. Disp.) – GROTIUS Libellus de aequitate indulgentia et facilitate (Francof. 1696 annesso alle opere) – FABRITIUS Diss, de aequitate sive subsidio aequitatis (Lugd. Bat. 1697) - STRUVIUS Diss. de iure aequitate et interpretatione (Jen. 1676, in HOFFMAUN Thes. Jurisp. T. l Jen. 1748) – J. VOET De aequitate (Lugd. Bat. 1681) – RANNEMANNUS Diss. de interpretatione iuris in genere et de iure stricto et de aequitate in specie (In Prol. iur. priv. rom. germ.) – SAGITTARIUS Diss. II. de aequitate (in Diss. Acad. pag. 502, 520) – SCHULTING De aequitate et stricto iure (Lugd. Bat. 1717) – VAN BRANDWYK VAN BLOKLAND Disp. de aequitate et stricto iure (Lugd. Bat. 1717) - BESTIUS Orat. de aequitate iuris romani etc. (Hard. 1717; aggiunta alla Ratio emendandi leges

Lips. 1745) -VAN DER DOES Diss. de aequitate (Lugd. Bat. 1720) - MÜLLER Diss. de aequo iniquo etc. (Marb. 1727) - HARTMANN Diss. de aequitate iuridica (Kil. 1730) - LO STESSO Quid intersit inter ius summum seu strictum et aequitatem (Kil. 1730) - MANZEL Diss. de limitibus iustitiae aequitatis etc. (Rost. 1738) – KRESS De aeqnitate (Helmst. 1731) - CRAMER Spec. iuris naturalis de aequitate in probabilibus (Marb. 1731) - HERTLING Disp. de officio iudicis circa aequitatem (Helmst. 1731) - BERTUCH Disp. de eo quod circa aequitatem iniustum est (Erf. 1736) - WEISIUS Disp. de usu aequitatis in interpretatione legum (Bas. 1737) - LUDWELL Diss. de summo iure et legum contemptu (aggiunta al suo Tract. de iure accrescendi) - CARLIER Diss. de aequitate (Wirc. 1743) - HOMMEL Diss. pro summo iure contra aequitatis defensores (Lips. 1751) - DE BALTHASAR Orat. de aequitate cerebrina justitiae peste (Gryph. 1753) - BAUER Diss. de aequitate a iustitia naturali diversa (Lips. 1760) - LO STESSO Progr. de aequitatis in iure usu (Lips. 1761) e Progr. de aequitate (Lips. 1761) - CONRADUS Orat. de iuris et aequitatis inter se consensu (Lips. 1763) - BREVNING Spec. de pugna inter aequitatem et iustitiam (Lips. 1766) - NELLER Principia iuris de aequitate (in Opusc. T. 1. p. 1. n. 2.) - BERT De aequitate iuris romani (nella raccolta Variorum opuscula etc. Pisis 1769-71 vol. 3°) - BONSI Introduzione allo studio del diritto municipale privato della città di Bergamo (Berg. 1788) §. 395-403 pag. 206-212.

E tra i più recenti, escludendo sempre, come ho fatto sin qui, gli scrittori di diritto non positivo: - GLÜCK Ausf. Erläut. der Pandecten (Erlangen 1797) vol. I specialmente § 26 p. 167 segg. - KLOTZ De aequitate (Tub. 1806) - CONRADI De iuris et aequitatis inter se consensu (in opusc. Vol. 1 p. 317 segg.) - L. H. JORDAN Ueber die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle (Götting. 1804 e 1814) - K. G. BROSE Ueber Recht und Billigkeit (Götting. 1821) - C. A. ALBRECHT Die Stellung der römischen Aequitas in der Theorie des Civilrechts (Dresd. e Lips. 1834) - F. A. SCILLING De aequitatis notione ex sententiis juris romani definienda (Lips. 1835) – G. SCALAMANDRÈ Dell'equità (Napoli 1845) HARTTER Ueber bonum und aequum unde ihre Gegensätze in römischen Recht (inserito nell'Archiv für die civilistische Praxis vol. 29 an. 1846 p. 253 segg. e vol. 30 an. 1847 p. 377 segg.)-l'opera capitale su questa materia, secondo il diritto romano, di M. VOIGT Das ius naturale, aequum bonum et ius gentium (veggasi specialmente il vol. I. Lips. 1856). Inoltre non v' ha quasi autore di diritto romano o civile che nel comporre un trattato completo non ragioni del nostro argomento. Si confrontino specialmente HOFACKER Principia iuris civilis Romano-germanici (Tubingae 1800) lib. l. Cap. 1. § 12 vol. 1 pag. 8 - HUGO Lehrbuch eines civilistischen Cursus vol. 2° Lehrbuch des Naturrechts (Berlin 1819) § 74 p. 92 seg. § 146 p. 186 seg. - WENING - INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts (Miinch. 1837) vol. 1° § 24 pag. 69 segg. - KIERULFF Theorie des gemeinen Civilrechts (Altona 1839) p. 3 segg. - MÜHLENBRUCH Doctrina pandectarum (Hal. Sax. 1830) vol. I. § 42-44 p. 104 segg - GOESCHEN Vorlesungen über das gemeine Civilrecht (Göttingen 1838) I. § 15. vol. 1. pag. 48 segg. - SAVIGNY System des heutigen römischen Rechts (Berlin 1840-49, tradotto in francese dal GUÉNOUX sotto l'inesatto titolo Traité de droit romain Paris 1840 - 1850) tutto il primo volume - PACHTA Cursus der Institutionen (Lips. 1841) vol. I § 73 p. 278, § 84 p. 352 segg; Pandekten (Lips. 1853) § 21. p. 33 segg; Vorlesungen über das heutige römische Recht (Lips. 1852) § 21 vol. I p. 48 segg. - FORTI Libri due delle istituzioni di diritto civile (Firenze 1863) lib. I cap. II § IX vol. I p. 12 - DOVERI Istituzioni di diritto romano (Firenze 1866) vol. I § 22 p. 19 - KELLER Pandekten (Lipsia 1866) Einleitung § II vol. I p. XX segg. § 8 p. 17 segg. - WINDSCHEID Lehrbuch des Pandektenrechts (Stuttgart 1879) vol. I § 28 p. 70 segg. - DEMANGEAT Cours élémentaire de droit romain (Paris 1876) vol. I p. 8 segg - CAPUANO I primi del diritto romano (Napoli 1878) Lib. I Cap. II - VII e specialmente cap. V pag. 74 segg - KUNTZE Cursus des römischen Rechts (Lipsia 1879) § 20 p. 9, § 39 p. 17, § 192 p. 115 segg. - JHERING Geist des römischen Rechts (traduzione francese di O. Meulenaere Parigi 1877-78) vol. I § 24 p. 322 segg. vol. II § 28 p. 20 segg., § 29 segg. p. 28 segg. § 33 p. 87 segg.; vol. III tutto il capo I del tit. III lib. II l[a] parte pag. 3-78, cap. II sez. 2 ibid. § 49 pag. 129 segg. § 50 pag. 156 segg. e così pure § 51-57 sino alla fine del vol. Riguardo al diritto civile così francese, come italiano veggansi: MERLIN Répertoire V. Mineur (Paris 1827-30) - TOULLIER Cours de droit civil (trad. ital. Napoli 1820) tit. prel. sez. I n. 8-13 vol. 1° pag. 9-11; sez. XI n. 141 pag. 100 - DURANTON Cours de droit civil (trad. ital. Napoli 1854) tit. prel. Cap. I n. 1-21. Vol. 1 pag. 5-8 cap. II sez. 6 n. 95. 96 pag. 25 segg. – TAULIER Théorie raisonnée e du code civil (Paris 1840) Introd. pag. 19-31 vol. 1 - MOURLON Répétitions écrites sur le Code Civil (Paris 1877) Introd. C. I n.7-8 p. 4-6 vol. 1; tit. Prél. § IV n. 85 pag. 59 seg. - DEMOLOMBE Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général (Paris 1869) tit. prél. n. 2-12 pag.2-12, col quale autore pienamente consento – LAURENT Principes de droit civil (Bruxelles - Paris 1869 . . .) Introd. § 3n. 29 pag. 41 segg. Vol. 1; C. VI n. 273 p. 342-347, il quale tratta bene la materia, ma toglie di peso dal MERLIN**,** senza citarlo, i passi che riporta del BOUHIER Observations sur la coutume de Bourgogne, del FABRO Jurisprudentia Papinianea, del D'ARGENTRÉ**,** e del D'AGUESSEAU IX Mercu-

tando per quanto è possibile quei problemi filosofici, che non sono di mia competenza, mi sforzerò di determinare la natura dei due opposti principii, per poter quindi stabilire quanta parte si debba concedere a ciascuno di essi, in ispecial modo secondo la nostra vigente legislazione.

Nella umana società - la cui necessaria esistenza chiedo mi si conceda come postulato, - si svolgono tutte le forze fisiche e morali che l'uomo fa sue o che sono in lui stesso. Considerando che ciascuna di esse non potrebbe stare da sé, ma per esistere ha bisogno di esser congiunta con le altre, si può dire ch'esse sono limitate per la loro propria natura; tuttavia, concepite indipendenti l'una dall'altra, esse ci appariscono limitate dalla loro coesistenza. Il diritto, che deve ordinare i rapporti umani e deve esserne garanzia, sorge come risultante di tutte queste forze; non solo perché pone le condizioni della loro coesistenza, affinché tutte insieme possano conseguire il loro fine, ma anche perché dal nuovo complesso deve trarre gli elementi della propria sua forza destinata ad imporsi al trasgredire delle altre.

Essenza del diritto è la coazione, per la quale soltanto le forze morali sono in realtà costrette ad agire nel modo che si vuole stabilire per mezzo del diritto. Senza coazione il comando giuridico si ridurrebbe ad un semplice precetto morale; il quale può bensì imporsi alla mente umana come imperativo categorico, ma non può diventare una necessità di fatto. La sentenza senza formula esecutiva si riduce ad un semplice parere.

Quando si parla di forze morali, che sono le umane tendenze, le passioni, la volontà, convien sempre rammentare che non si tratta già di forze perpetuamente uguali a sé stesse, rette da leggi esatte ed immutabili che possano determinarsi, come si fa per le forze fisiche. Il loro ordine può variare entro certi limiti, ed anche questi sono larghissimi. Trattasi dunque di trovare non l'ottimo, ma il migliore ordinamento.

---

riale sur l'autorité du magistrat - ARCIERI Studi legali (Napoli 1854)Disp. prel. n. 1-18 pag. 5-15 vol. I - BUNIVA Delle leggi in generale (Torino 1858) Cap. I p. 21-32 ecc. ecc. - BORSARI Commentario del codice civile (Torino 1871…) all' art. I delle disp. prel. specialmente § 3.pag, 20 segg. all'art. 3 disp. prel. § 39 pag. 70. Recentissimo poi PACIFICI-MAZZONI Istituzioni di diritto civile 3ª ediz. specialmente. nella prefazione al vol. I. che per cortesia dell' autore ho potuto leggere sulle bozze di. stampa; ma poiché al momento in che pubblico queste note il l° volume è già uscito alla luce (Firenze 1880) conf. ivi Prefaz. § VI pag. XXIII segg. nota11 pag. LXIV. nota 37 pag. LXX; lib. I tit. 1 n.1 pag. 2segg. tit. II cap. II sez. 1 n. 16-20 pag. 38 segg. specialmente pag. 46. 47. 48.

Reprimere le forze contrarie all'ordine, far sì che le altre possano produrre il loro effetto nel miglior modo possibile: questo è lo scopo del diritto. Conviene peraltro por mente di non fare entrare nel campo giuridico tutto ciò che appartiene al campo della pura morale. E per vero l'identità dell'ultimo scopo non deve condurci ad ammettere una identità di estensione tra la morale e il diritto, poiché affatto differenti sono i mezzi dei quali dispongono. Essenziale alla prima è la libertà, al secondo, come abbiamo detto, la coazione[3].

[3] Nel diritto privato, astrazion fatta dai diritti di famiglia che sono d'indole affatto speciale, il rapporto tra la morale e il diritto si presenta sotto duplice aspetto. Da una parte il diritto deve tutelare la libertà di ciascuno perché possa essere spontaneamente morale; dall' altra non deve costringere nessuno ad atti immorali. Beninteso la morale che viene considerata dal diritto positivo è anch'essa una morale positiva, ossia quella che, è ammessa dal popolo, il quale sì regge con un determinato diritto. (Conf. LAURENT *Prìncipes de droit civil* vol. 1 n. 54-57 pag. 88 segg.) La prima relazione si manifesta specialmente nell'ordinamento dei diritti reali, la seconda in quello delle obbligazioni. Infatti, nel .diritto patrimoniale, i primi rappresentano la sfera giuridica di ciascun uomo indipendentemente da quella degli altri, colla quale non ha se non rapporti negativi; le seconde invece rappresentano l'intersezione di due sfere giuridiche, per esse un uomo è costretto forzatamente a compiere determinati atti: allora evidentemente questi atti coattivi non devono essere contrari alla morale. Ogni uomo adunque deve potere usare, in modo conforme o no alla morale, dei propri diritti reali, finché non leda il diritto altrui (confr. SAVIGNY *System* lib. II Cap. I § 56 trad. franc. I pag. 356) ma non deve essere costretto giuridicamente ad atti immorali. Perciò nel codice civile troviamo definito il diritto di proprietà (tipo dei diritti reali): *diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti* (art. 436); e al contrario nella parte generale dei contratti leggiamo che *non può avere alcun effetto l'obbligazione.... fondata sopra una causa illecita* ossia *contraria alla legge, al buon costume o all' ordine pubblico* (art. 1119, 1122); ove si vede che la proibizione di atti giuridici contrari al buon costume o alla morale si limita, nel diritto patrimoniale, alle obbligazioni; poiché l'articolo 12 disp. prel. cod. civ. che è più generale, non parla più di buon costume semplicemente, ma di *leggi* riguardanti il buon costume.
Questa semplice distinzione, la quale io ritenga conforme al nostro diritto positivo, risponde alle ragioni che il ch. consiglier LOZZI (*Temi Veneta* 1879 pag. 352 seg.) rivolge, del resto con molta cortesia, contro la mia opinione circa gli atti emulativi, che io ritengo per regola generale leciti nell'esercizio dei diritti reali (V. il mio scritto *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*; Roma 1878; inserito pure nel *Foro italiano* 1878 pag. 481 segg.). Egli dice che l'atto di emulazione è contrario al fine pel quale il diritto è concesso, e che perciò bisogna opporvi un'*actio in factum doli mali.* Ma il fine pel quale si concedono i diritti reali è appunto quello di lasciare all' uomo una sfera entro la quale possa liberamente muoversi ed. esser morale spontaneamente; cosicché. deve essergli lecito anche di essere immorale, purché non violi la legge, il regolamento .o il vero diritto altrui. Finché egli non esce da questi limiti non vi può esser dolo giuridico, *Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur* (fr. 55 de R. J. 50, 17). E come vi potrebbe esser dolo giuridico, se chi esercita il proprio diritto reale, male o bene, entro quei limiti, non viene in relazione con altri? Perchè nasca tale relazione giuridica deve esistere o una convenzione o un danno; ma gli atti di emulazione possono nuocere forse all'interesse o al comodo altrui, ma non recano loro danno giuridico, come io ho dimostrato nel mio scritto citato, e come pare che ammetta anche il ch. Lozzi. Forse tale concetto di un' *actio doli* è stato al Lozzi suggerito dal fr. 1 § 12 de aq. et aq. pl. arc. 39, 3, dove Ulpiano dice: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fondiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec DE DOLO ACTIONEM: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit:* dal quale frammento si può dedurre, che nel caso che il vicino *in suo fodiens fontem vicini avertit animo ei nocendi* si dà contro lui un' *actio de dolo.* Ma è facile osservare che per quei particolari principii che governano la materia delle acque quì siamo in un caso del tutto eccezionale (Confr. il mio scritto sopra citato pag. 13 nota *a,* ed un altro mio articolo *Del divieto degli atti emulativi in materia d' acque* inserito nel periodico *La legge* 1879 parte III p. 235 segg.). I rapporti tra due proprietari rispetto alle acque costituiscono sempre un conflitto di diritti; conflitto che il medesimo cons. Lozzi ammette non aver luogo nei casi ordinari. Nell' ipotesi data si ha dunque che il

L'amore della libertà e della morale, o Signori, sono due delle principali forze, delle quali deve tener conto il diritto. Disconoscendole, esso disconosce il proprio fine. Perciò quando o la preponderanza delle idee religiose, ho l'esagerazione dei poteri dello Stato vollero dirigere tutte le umane azioni e le volontà senza rispettare quelle due forze, senza lasciar loro, per così dire, uno spazio libero entro il quale potessero muoversi, quelle forze reagirono con violenza; e nella dottrina sorsero teorie, le quali, partendo più che da un'ampia libertà da un esagerato arbitrio individuale, costruivano tutto il diritto sopra una base puramente contrattuale, disconoscendo molte di quelle forze che per lo innanzi troppo avevano dominato.

Quale pertanto sarà l'ordinamento che potrà chiamarsi diritto? qual sarà la sua estensione? e da chi sarà costituito?

Abbiamo detto ch'esso può variare entro limiti assai larghi. Un limite si trova nella semplice coesistenza delle forze, la quale fa loro assumere una certa proporzione. Ogni uomo è disposto a difendere con la propria forza fisica la propria volontà, e la comunanza dell'utilità, dei sentimenti e della persuasione induce gli uomini ad accomunare le proprie forze. Quindi nasce una certa coazione che si può considerare come il minimo del diritto. Se questo concetto si è mai avverato nella storia, si ha in essa un periodo di lotte tendenti a stabilire un più sicuro ordinamento giuridico[4]. Ma il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato, nella cui unità si armonizzare le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gl'individui, i quali ad esso devono ricorrere per la tutela delle loro pretensioni. Ciò necessariamente porta a determinare certe regole generali come condizioni per la concessione di quella tutela, e queste regole costituiscono il contenuto del diritto positivo, ossia di quello che per essere unito ad un'effettiva coazione veramente merita il nome di diritto. Tali regole sono sancite dal comune consenso di coloro che formano lo Stato; pertanto esse partecipano della natura delle convenzioni. Non già perché gli uomini possano arbitrariamente creare o non creare lo Stato e il diritto, e nemmeno perché sia interamente arbitrario il crearlo in un modo anzi che in un altro; ma perché consensuale e mutevole col mutar del consenso è la forma particolare di ciascun diritto positivo; onde gli stessi propugnatori del

proprietario *non utitur jure suo; ma lede il diritto* del vicino, il quale *deve* aver l'acqua, purché non. vi si opponga l'*utile* del vicino; tale lesione è un vero *danno,* e l'atto stesso è veramente *doloso.*

[4] Veggasi su questo punto l'opera citata dello IHERING Vol. I Tit. I Cap. I (pag. 103-177).

diritto consuetudinario professano che la consuetudine non ha valore di diritto come semplice ripetizione macchinale di atti, ma bensì come prova della coscienza popolare che le cose debbano esser fatte così come sogliono farsi[5].

Ogni regola di diritto si traduce dunque, nella sua forma elementare, in una concessione condizionata delle forze dello Stato per attuare una data pretensione. Scegliamo a caso un esempio. L'art. 1057 del codice civile dice: «L'obbligazione principale del compratore è di pagare il prezzo nel giorno e nel luogo determinati dal contratto di vendita». Ciò si traduce elementarmente così: Se tra due persone si sia concluso un contratto di vendita, lo Stato concede al venditore la propria forza per costringere il compratore a pagare il prezzo nel giorno e nel luogo convenuti[6].

---

[5] Le parole *arbitrario e consensuale* non debbono spaventarci. Che il diritto nasca per consenso si può dimostrare per qualunque forma di governo; ma è poi chiaro specialmente nei governi costituzionali, come il nostro, dove il consenso è espresso. Nè diversa era l'idea dei romani. Veggansi fr. 1 D. de leg. 1, 3; *communis reipublicae sponsio;* fr. 32 § 1 D. eod: *quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt;* fr. 40 D. eod. *omne ius... consensus facit;* MACROBIO in Somn. Scip. 1, 8. *Illa autem sola justa est multitudo, cuius universitas in legum consentit obsequium;* CICERONE de Rep. I, 25: *populus.. iuris consensu et utilitatis communione sociatus.* Confr. Ibid. III, 33. E rispetto alla consuetudine: VARRONE in SERVIO in Aen. VII. 601: *Mores sunt communis consensus omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit.* Conf. MACROBIO Saturn: III, 8: CICERONE de Inv. II, 54: *consuetudine jus est... quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit.* ibid: *consuetudinis ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit.* Inst. § 9 de jur. nat. 1, 2: *diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.* Inst. § 11 ibid ... *saepe mutari solent vel tacito consensu populi....* Fr. 32 § 1 D. de legg. .1, 3: *quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?.... tacito consensu omnium...* Fr. 35 eod... *tacita civium conventio.* GAIO III, 82:.. *eo jure quod consensu receptum est.* ULPIANO fr. I, § 4 *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.*

Il timore che si ha di queste parole *arbitrio, volontà, consenso* deriva dalla confusione che se ne fa con *capriccio.* Ma è evidente che la volontà del maggior numero, la quale crea il diritto, non si determina pazzamente; è presumibile anzi che voglia ciò che è più conforme agli interessi comuni e al modo, come da tutti si concepisce l'armonia degli interessi particolari. Così, per usar di un esempio volgarissimo, la maggior parte degli uomini veste panni più grevi d'inverno che d'estate, sebbene il vestire in un modo anzi che in un' altro sia lasciato all' arbitrio di ciascuno: ma ciascuno vuole andar vestito nel modo più conveniente alla temperatura della stagione.

Con questa considerazione i risultati del mio ragionamento sul diritto positivo si possono conciliare anche coll'opinione di coloro, i quali credono esistere un diritto ideale che rifulge alla mente dell'uomo e che si deve applicare. La volontà in questo caso sarebbe il mezzo per tradurre questo ideale in diritto positivo, ma il diritto positivo nascerebbe pur sempre dalla volontà.

Così pure questa considerazione ci spiega come il diritto positivo, sebbene arbitrario, si svolga armonicamente colle condizioni della società. Solamente bisogna rifuggire dalla esagerazione di certi seguaci della scuola storica, che vorrebbero fare dello svolgimento del diritto qualche cosa di simile all'inconscia vita di una pianta. Circa la formazione necessaria, eppure per fatto dell' uomo, dello Stato e del diritto confronta le energiche parole del BRINZ *Lehrbuch der Pandecten* 2 ediz. (Erlangen 1873) Lib. II § 35 Vol. 1 pag. 136.

[6] Tale, mi pare, è il vero contenuto delle regole del diritto positivo. Non ogni articolo peraltro si può ridurre a questa forma: molti sono diretti a dare schiarimenti intono alle condizioni di che parlo nel testo; ma pur sempre si rilegano con altre disposizioni, le quali sono quelle che si applicano in pratica e possono tutte assumere la forma da me esposta. Lo IHERING (op. cit. vol. I Introd. Tit. C. I § 4 pag. 52) si contenta di dire: «Ogni re-

In tale determinazione di condizioni hanno origine le forme giuridiche. Forme sono i modi con che si costituiscono le leggi; forme gli atti nei quali si riconoscono le consuetudini; forme le parole stesse delle leggi. Ma di queste parleremo più oltre. Ora ci convien fermarci su quelle forme che sono tanta parte del contenuto di ogni diritto positivo, e la necessità e l'importanza delle quali raramente si sanno dagli inesperti apprezzare: intendo dire di quel mirabile organismo di presunzioni, finzioni e formalità propriamente dette, che rende più sicura e più agevole l'applicazione del diritto.

Io non istarò a ripetere come il formalismo sia cosa tanto naturale all'uomo e tanto conveniente al suo modo simbolico di conoscere e di pensare, che lo si ritrova in tutti i suoi atti e non solamente nei giuridici: ma dimostrerò che in questi esso è una vera necessità.

Non bisogna dimenticare che il momento pratico nel diritto sta nella risoluzione di una controversia, ossia nel giudizio. È allora che innanzi ad un terzo le parti contendenti debbono provare di essere in quelle condizioni, che valgono ad ottenere in favore delle proprie pretese le forze dello Stato. Tali condizioni per lo più corrispondono a fatti spirituali, come sono il consenso, l'intensità del volere, la capacità ecc. Perché questi fatti possano entrate a far parte del mondo giuridico debbono assumere una forma, e nella maggior parte dei casi non una forma qualunque, ma una forma determinata. Ciò non è molto difficile a intendere, ma, valendoci di un esempio, ne avremo un'idea più chiara.

Affinché una persona sia obbligata ad una certa prestazione verso un'altra, conviene che tra loro sia nata un'obbligazione, poniamo, contrattuale. Si potrebbe dire che quando tra quelle due persone vi fu consenso intorno all'obbligazione stessa, una di esse ha diritto di esigere dall'altra la prestazione convenuta; e ciò si dice infatti nella trattazione scientifica del diritto: ma nulla di più assurdo si potrebbe dare che lo scrivere in una legge un articolo simile senz'altro. Per riconoscere l'esistenza del consenso il giudice sarebbe chiamato a risolvere col suo nudo criterio e senza norme prestabilite una serie di questioni tanto gravi, che sarebbe come ridurre tutto in quella incertezza che dal diritto appunto si vuole tolta di mezzo. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias*, scriveva CICERONE assai rettamente (*de*

gola di diritto annette ad un' ipotesi determinata (se taluno ha fatto questo o quello) una determinata conseguenza (in tal caso avverrà questo o quello.)»

off. III, 17, 68) *leges, quatenus manu tenere possunt; philosophi, quatenus ratione et intelligentia*. Di tante questioni, ne rileverò solamente alcune.

Affinché vi sia consenso è necessario vi sia volontà, e perché questa possa veramente considerarsi tale è d'uopo vi sia capacità di volere, la quale implica libertà e svolgimento della ragione. Il giudice dunque sarebbe chiamato anzitutto ad esaminare le condizioni psicologiche delle parti, al tempo che il consenso avrebbe dovuto formarsi. Invece la legge stabilisce un termine di età, dopo il quale presume un'intiera capacità, prima del quale la mancanza di questa; cosicché il giudice non si trova più dinnanzi ad una quantità d'inestricabili e pericolosi problemi, ma deve solo constatare il semplice fatto dell'età delle parti; fatto che gli è tanto più facile di accertare, in quanto la data della nascita si determina esattamente per mezzo degli atti dello stato civile, che sono altre formalità giuridiche. Osservate intanto, o Signori, questo concatenamento, che mostra quanto sia pericoloso l'alterare una sola parte dell'organismo del diritto!

Così noi abbiamo già una ampia giustificazione della presunzione della maggiore e minore età, la quale tuttavia (in particolar modo per l'età minore) in un gran numero di casi non corrisponde alla realtà delle cose. Ma questa presunzione porta ancora un altro prezioso vantaggio; poiché per essa le parti conoscendo in modo sicuro la propria capacità di fronte al diritto, possono esser certe della validità dei loro atti, osservando per gl'incapaci le forme prescritte dalla legge ad integrarne la capacità. Senza di ciò gl'incapaci non potrebbero mai compiere e per nessuna maniera atti giuridici, ed i capaci pure, sempre incerti della propria capacità, dovrebbero per cautela far premettere ad ogni loro atto un giudizio sopra di essa.

Seguitiamo col nostro esempio. Affinché il consenso sia tale da generare un'obbligazione non basta la sola esistenza della volontà, ma conviene che questa sia fatta palese mediante una dichiarazione, la quale pure è dalla legge vincolata a certe forme. Queste possono essere stabilite a cagione della prova; possono tendere a scopi fiscali od altri; ma hanno spesso il fine di misurare l'intensità del volere. Il giudice infatti dovrebbe in ciascun caso esaminare se la dichiarazione veramente corrisponde ad una volontà tanto determinata e forte da esser diretta ad ottenere effetti giuridici. Così per istabilire se e quando fu conchiuso un matrimonio egli dovrebbe distinguere la vera dichiarazione di volontà a ciò diretta da

tutte quelle vaghe espressioni, che meglio si potrebbero chiamare di velleità, e da tutte le trattative, che sogliono precedere un matrimonio; le quali potrebbero nella forma esser forse del tutto simili a quella dichiarazione. Ognun vede a quali conseguenze potrebbe portare l'arbitraria valutazione di questa quantità e qualità di volere senza l'aiuto delle forme prefisse! Da una parte si proporrebbe al giudice un problema irto di difficoltà; dall'altra parte si toglierebbe alle parti contraenti la possibilità di determinare esse medesime il momento, nel quale il contratto si deve ritenere esser nato: cosa che si ottiene col servirsi in quel momento della forma legale e coll'usare prima qualsivoglia altra forma. II diritto per elevarsi ad astratti ideali tradirebbe il proprio ufficio, privando gli uomini della certezza che in caso di contesa i loro atti saranno giudicati di quella natura che essi vogliono loro attribuire, e porteranno quegli effetti ch'essi vogliono sieno prodotti.

Altro vantaggio spesso notato delle forme nella dichiarazione di volontà, è il freno che la loro solennità pone a coloro che stiano sul punto d'imprendere atti inconsiderati.

Se poi continuiamo ad esaminare l'esempio che ci siamo proposti, troviamo che alla risoluzione del giudice si presenta anche il problema della concordanza delle due volontà, senza la quale non vi può esser consenso. Ed anche a questo il diritto talora soccorre: così per esempio l'antico diritto romano ordinava che nella stipulazione le parti ripetessero i medesimi termini nella domanda e nella risposta.

Molto ancora, o Signori, io dovrei parlare, se volessi esporvi con qualche precisione questo organizzamento del diritto positivo, ma non voglio uscir dai limiti di un semplice discorso. Spero tuttavia che da questi rapidi cenni ed imperfetti possa apparire l'importanza e la necessità delle forme, non solo nelle leggi di procedura, dove la cosa è evidente, ma anche in quelle che riguardano la sostanza del diritto. Ma le forme, che sono un mezzo, per avere efficacia debbono diventare esse stesse un fine del diritto: in altri termini, esse si sostituiscono al fine pel quale sono state create. Così, per tornare al nostro esempio, il giudice non deve più guardare se le parti hanno la ragione abbastanza sviluppata, ma solo se hanno 21 anni; non deve più guardare se con qualche loro dichiarazione di volontà hanno voluto conchiudere un matrimonio, ma solo se hanno compiute tutte le formalità dalla legge prescritte. Altrimenti sarebbe lo stesso non averle stabilite.

Peraltro questo diritto così scritto, così sancito, così ordinato è egli senza difetti? O signori, per quanto io possa essere fautore del diritto positivo non cadrò al certo in tale esagerazione. La storia sarebbe pronta a smentirmi! Ma si tratta di vedere quali siano questi difetti, e sarà utile il chiederlo alla storia medesima.

POMPONIO ci attesta (fr. 2 §. 3. 4 de orig. iur. I, 2) che per uscire dall'incertezza delle consuetudini, il che è come dire per amor di libertà, in Roma si stabilì di scriver legge, *constitui viros*, egli dice con energica frase, *per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et* CIVITAS FUNDARETUR LEGIBUS. Così furono compilate le dodici tavole. Nacque allora il bisogno dell'interpretazione, la quale in principio tenendosi stretta alla lettera della legge si ridusse a compilar formule adatte alla sua parola ed applicare le forme legali agli atti quotidiani della vita. Il territorio era piccolo, la popolazione poco numerosa, la fede pubblica assai forte, il bisogno del diritto non si sentiva in molti atti, l'assistenza dei giuristi era pronta in ogni occasione. Le leggi, perché conquistate con gran pena, eran dal popolo considerate con rispetto ed amore; e vi andava unito il sentimento della forma sempre vivacissimo nei popoli meno avanzati ed ancora imbevuti dei principii religiosi.

Ma in seguito coll'allargarsi del territorio, col moltiplicarsi delle relazioni non solo tra cittadini, ma anche con gli stranieri, col modificarsi degli antichi costumi, il rigoroso ordinamento della procedura e del diritto civile cominciò a farsi sentire soverchiamente gravoso. È celebre anche troppo il fatto narrato da GAIO (Inst. IV, II) di colui che perdette la lite per aver detto *viti* in vece di *alberi* nel corso di una *legis actio*. La memoria che rimase di questo fatto, il quale non avrebbe per sé stesso grande importanza, ci dimostra che al nuovo popolo ciò, che prima si stimava necessità giuridica, cominciava a parere mera sottigliezza. Nella procedura ai mutamenti già portati nelle *legis actiones* succedette la radicale riforma della legge Ebuzia, onde nacque il sistema formulare e con esso quella larghezza del *ius edicendi* per la quale, mentre il pretore peregrino giudicava le controversie degli stranieri secondo i principi del *ius gentium*, anche il pretore urbano poté gradatamente venirvisi accostando. E qui mi sia lecito aprire una parentesi, per notare che, l'ordinamento giudiziario moderno

essendo totalmente diverso da quello romano, il volere inferire da ciò che fecero i pretori ciò che dovrebbero fare i nostri tribunali altro non sarebbe che un errore di storia[7].

Accanto al pretore, che svolgeva il diritto con l'autorità conferitagli dal popolo, cominciò ad esplicarsi l'opera dei giuristi, che, uscendo dai limiti nei quali per lo innanzi si erano ristretti, presero ad interpretar le leggi più liberamente, a studiarne l'applicazione ai nuovi bisogni, a dirigere la formazione del diritto consuetudinario. L'importanza loro si accrebbe poi notevolmente quando Augusto conferì ad una parte di essi il *ius respondendi*. Nella loro opera si fusero tutti i progressi della legislazione, degli editti, della scienza, per modo che Giustiniano poté ricavarne la parte principale della sua compilazione. Ma giunti a questo punto noi assistiamo ad una nuova rivoluzione.

L'immensa estensione dello Stato romano, la varietà delle popolazioni, le interne discordie e il pericolo degli esterni nemici avevano reso impossibile il governo repubblicano. L'impero sorse come ineluttabile necessità: e il diritto si trasformò, come si trasformò lo Stato. Pompeo e Cesare tentarono una codificazione; ma troncò l'opera del primo il timor de' maligni, quella del secondo la morte[8]. Augusto non seguì quei tentativi; ma completò la procedura formulare, propose molte leggi civili e penali, concesse ai giuristi il *ius respondendi*. Dopo di lui l'attività legislatrice si concentrò nella corte imperiale. Sul diritto di Roma, si edificò il diritto del mondo. Le prime forme strette, logiche, rigorose caddero in gran parte; alle antiche tradizioni si sostituì l'equità e la ragione dell'umanità.

Di tutto ciò che dall'antico leal popolo era stato lasciato al solo imperio della morale, non d'altro armata che della forza della coscienza e del rispetto alla pubblica opinione, gran parte venne posta sotto la regola esternamente coattiva del diritto. Fu codificato l'editto pretorio, poiché a continuare l'evoluzione verso il *ius gentium* bastavano le costituzioni imperiali e l'opera dei giureconsulti. Questi con la loro cresciuta autorità non si contentarono solamente di svolgere gli antichi principii, ma, traendone dei nuovi dalla coscienza del nuovo popolo, opposero a ciò che fu chiamato stretto diritto, strictum, summum ius, ius civile

[7] Circa il concetto che dell'interpretazione avevano i giureconsulti romani veggasi specialmente SAVIGNY op. cit. Vol. 1 C. IV § 57 pag. 289 segg. Circa l'editto pretorio LO STESSO C. III § 22 pag. 114 segg. Egli fa notare appunto come quel concetto oggi non sia più applicabile.

[8] Conf. SVETONIO Vita di Cesare 44: *Destinabat ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa difusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros... talia agentem atque meditantem mors praevenit.* E ISIDORO *di Siviglia* Origines V. 1. 5: *Leges redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit, sed non perseveravavit, obtrectatorum metu. Deinde Caesar coepit id facere sed ante interfectus est.*

ecc. l'aequum bonum, la naturalis ratio. Così furono più rispettati dal diritto i vincoli di sangue e l'uguaglianza dei coniugi nel matrimonio; nelle obbligazioni si ebbe maggior riguardo alla buona fede; la dichiarazione di volontà si spogliò delle sue più strette forme e alla dichiarazione si fece prevalere l'intimo volere; molti rapporti giuridici che erano stati ridotti sotto poche e rigide regole generali presero un carattere proprio[9]. Così formato il nuovo di-

[9] Circa lo svolgimento del concetto dell'equità presso i romani giureconsulti veggasi l'opera.citata del VOIGT. Egli studia profondamente in questa materia le opinioni particolarmente di Cicerone per l'epoca più antica, e dei principali *prudentes* per la più recente; ponendole a raffronto coi concetti del *ius naturale* e del *ius gentium*. Secondo .questo autore il concetto dell' equità in Cicerone era triplice: 1° quello volgare di norme dettate dalla coscienza popolare del diritto che ha per opposto *ius* o *iniquum;* 2° quello scientifico o speciale che rappresenta un principio giuridico uscito dalla coscienza popolare ed ha per opposto *iustitia, ratio iuris civilis;* 3° il concetto filosofico, che rappresenta il principio direttivo di tutto il *ius* o *ius humanum* e trova il suo opposto in *religio* come principio del *ius divinum.* (Confr. op. cit. § 6 p. 35) Il punto sul quale Cicerone più insiste trattando.dell' *aequitas* è quello della interpretazione più lata del diritto scostandosi dalla stretta parola. A ciò si riferisce la massima *Summum ius, summa iniuria (De officiis* I. 10. 33; confr. TERENZIO *Heautont.* IV. 5. 48, COLUMELLA *R. R.* I. 7. 2); a ciò si riferiscono pure tutte le sue invettive contro gli *aucupia verborum et literarum tendiculas (Pro Caecina* 23) di che sono piene non solo le sue orazioni, ma anche le sue opere giuridiche, .rettoriche e filosofiche. Del resto questo stesso concetto non è sempre rispettato dallo stesso Cicerone; nel quale bisogna fare molta parte alla sua professione d'avvocato.
Il VOIGT medesimo (§ 70-74 pag. 368 segg.) riordina i testi, che abbiamo degli antichi giureconsulti, circa l'equità, e quelli contenuti nella compilazione Giustinianea, sotto diverse categorie, che credo utile qui riprodurre più brevemente con ordine un pò diverso, ma senza alterarne la sostanza.
Prima categoria: rispetto ai vincoli di sangue: Gai. Inst. III. 7. 18-24; Ulp. Fragm. Lib. sing. Reg. 26. 2; Fragm. Vat 198. 306; Collatio XVI. 7 § 2, 9 § 2; Digesta fr. 5 § 2. 25. 3, fr. 1 § 6. 37. 1, fr. 1 pr. 37. 5, fr. 2 pr. 37. 11, fr. 2. 38. 8, fr. 1 § 4.38. 16, fr. 1 § 6. 38. 17, fr. 5 pr. eod, fr. 20. 42. 1. fr.21 eod., fr. 7 pr. 48. 20, fr. 4. 48. 23.
Seconda categoria: rispetto alle obbligazioni assunte in buona fede: Gai. Inst. IV. 71; Digesta fr. 1 pr. 2. 14, fr. 1 pr. 13. 5, fr. 95 § 4. 46. 3.
Terza categoria: principio della giusta ripartizione del vantaggio e della perdita: Gai. Inst. IV. 61; Paul. Sent. rec. II. 1, 1; V. 16, 1; Iust.Inst. § 39. 2. 1, §30. 4. 6.; Digesta fr. 1 pr.2. 2, fr.46 § 4. 3. 3, fr. 2. 3. 5, fr.1 pr. 4. 4, fr. 24 § 1 eod., fr. 22. 5. 3, fr. 14 § 1. 10. 3, fr. 32. 12. 1, fr. 3 § 7. 12. 4, fr. 14. 12. 6, fr. 65 § 4 eod., fr. 1. 14. 5, fr. 11 pr. 15. 1, fr. 32 pr. eod., fr. 8 § 8. 17. 1, fr. 2 § 3. 18. 4, fr. 37. 19. 1, fr. 16 § 6, 20. 1, fr. 44 § 1. 21. 1, fr. 38 § 7. 22. 1, fr. 6 § 2. 23. 3, fr. 7 pr. eod., fr. 36. 26. 7, fr. 20 pr. 27. 3, fr. 84 pr. 28. 5, fr. 54. 36. 1,fr. 1 pr. 37. 6, fr. 1 § 1. 39. 3, fr. 2 § 6 eod., fr. 22. 39. 5, fr. 4. 43. 5, fr. 4 § 13. 44. 4, fr. 34 pr. 44. 7, fr. 63 § 5. 47. 2, fr. 1 § 1. 47. 4, fr. 47 pr. 49. 14. fr. 206. 50. 17; Codex const. 5. 4. 31, const. 6 eod., const. 2. 4. 32, const. 1. 5. 21, const. 1. 6. 2.
Quarta categoria: libertà nelle forme e prevalenza della vera volontà sulla dichiarazione: Gai. Inst. III. 137, IV. 30; Ulp. Fragm. lib. Reg. 25. 1; Digesta fr. 12 § 2. 7. 8, fr. 20 § 2. 8. 2, fr. 8 § 16. 20. 6, fr. 23. 26. 7, fr. 13. 28. 2, fr. 17. 28. 3, fr. 88 § 1. 35. *2,* fr. 76. 36. 1, fr. 9 § 3. 41. 1, fr. 2 § 2. 43. 26, fr. 2 § 3. 44. 7, fr. 36. 45. 1, fr. 12 § 8. 49. 15; Codex const. 6. 6. 24.
Quinta categoria: riguardo all'individualità dei singoli rapporti concreti: Iust. Inst. § 10. 3. 26, § 31. 4. 6; Digesta fr. 2 § 1. §8.2. 11, fr. 7 pr. 4. 1, fr. 26 § 9. 4. 6, fr. 38 § 1 eod., fr. 50 § 1. 5. 3, fr. 11. 8. 3, fr. 51 § 2. 9. 2, fr. 5 § 5. 9. 3, fr. 12. 11. 1, fr. 14 § 6. § 13. 11. 7, fr. 43 eod., fr. 20. 12. 1, fr. 2 pr. 13. 4, fr. 4 § 1 eod., fr. 30. 13. 5, fr. 67 § 1. 23. 2, fr. 32 pr. 24. 1, fr. 29. 28. 5, fr. 86 pr. 29. 2, fr. 71 § 1. 30, fr. 16. 35. 1, fr. 19. 39. 2, fr. 25. 39. 5, fr. 24 § 10. 40. 5, fr. 28 pr. 40. 7, fr. 7 § 5. 41. 1, fr. 13 § 4. 41. 2, fr. 32 § 2. 41. 3, fr. 14 pr. 44. 3, fr. 91 § 3. 45. 1, fr. 12. 46. 6, fr. 11 § 1. 47. 10, fr. 18 pr. eod., fr. 1 § 10. 48. 16, fr. 19. 49.1, fr. 28 § 2 eod., fr. 12 § 5. 49. 5, fr. 183. 50. 17; Codex const. 3. 2. 1, const. 1. 8. 1, const. un. 10. 63.
Testi appartenenti a più categorie insieme: Digesta fr. 22. 40. 4, fr. 1 § 1.44. 4, fr. 12 eod.
Testi non appartenenti ad alcuna delle cinque categorie: Digesta fr. 25. 1. 3, fr. 2 § 5. 39. 3. fr. 3 pr. 48. 12, fr. 19 pr. 49. 15, fr. 66. 50. 17, fr. 90 eod.; Codex const. 4. 2. 1, const. 8 eod., const. 1. 5. 17, const. 3. 7. 72.

ritto ci apparisce di molto più morale e conforme alla natura delle cose che l'antico. Forse, o Signori, a volerne indagare le ragioni, di tanto scemerebbe la nostra ammirazione per il popolo di quanto si accresce quella per il suo diritto; ma da buoni giuristi noi non guarderemo che questo ed applaudiremo alle modificazioni introdotte dall' equità, la quale derivando dai bisogni sentiti per tanti secoli dall'intiero mondo civile dovè certamente contenere gran parte degli elementi propri dell' umanità. Perciò il diritto romano allora formato poté per si lungo tempo governare le principali nazioni d' Europa. Ma questa sua qualità fu a scapito di un' altra che è pur tenuta in gran conto presso i popoli liberi: voglio dire di quella facilità e sicurezza di tradursi in pratica, di che già dianzi abbiamo ragionato. Quindi non è meraviglia che, unendosi questa causa alle peggiori condizioni sociali, l'antico ordine dei giudizi abbia dovuto mutarsi e il magistrato riunire in sé anche l'ufficio del *iudex*.

Ed eccoci ad un tempo nel quale il progresso sociale si fermò come fiume che s' impaluda: e il diritto pure soffrì di questo ristagno. Cessata l' attività dei giureconsulti, la legislazione, retta da incerti principii, non era più rappresentata che dai rescritti imperiali; la giurisprudenza si confondeva tra innumerevoli opere giuridiche, e nei casi ove al giudice paresse che il diritto positivo fosse insufficiente o poco conveniente, la risoluzione era rimessa all'imperatore, che non si peritava di decidere per mezzo di legge. La legge famosa di citazione fu insufficiente, come insufficienti le collezioni di Gregoriano ed Ermogeniano.

Molti altri materiali per lo studio dell'equità nel diritto romano possono trovarsi nello stesso Volgt, e in BRISSONIUS *De verborum quae ad ius pertinent significatione* (Parisiis 1596) alle voci; *aequum est - aequo pretio; benigna interpetratione - benignitatis aequitas; utilitas* etc. DIRKSEN *Manuale latinitatis fontium iuris civilis romanorum* Berolini 1837) alle voci: *aequabilis - aequus.*

Del resto bisogna notare, per non cadere in facile errore, che pel diritto romano nella massima parte dei casi l'*aequitas* è considerata come fonte legislativa, anche quando è applicata dal pretore o dai giuristi, per le ragioni dette più sopra (V. il testo del discorso e la nota 7. Conf. VOIGT op. cit. § 66 p.354). Spesse volte la parola *aequitas* ha significato diverso da quello che noi sogliamo attribuire alla parola *equità.* L'ammissibilità della *aequitas* nel giudizio per le azioni *bonae fidei* e specialmente per le *arbitrariae* non altera il concetto del puro diritto, poiché è appunto dal diritto stesso accettata. Finalmente conviene por mente all'insieme di ciascun testo, badando di non estrarne poche parole, le quali possono in tal modo venire a rappresentare un'idea totalmente diversa da quella del giureconsulto romano. Questo vizio delle citazioni parziali è causa di non pochi errori specialmente nella materia della quale quì si tratta. Eccone un esempio: Si suol dire che per diritto romano era lecito al giudice di correggere la legge nelle parti difettose e si cita il passo seguente: *Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium.* Ma per rigettare tale opinione basta integrare il frammento, il quale letto per intero ci dice (fr. 13 de testibus 22. 5): *Quaesitum scio an in publicis judiciis calumniae damnati testimonium judicio publico perhibere possunt. Sed neque lege Remmia prohibentur et Julia lex de vi et repetendarum et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium ad quorum offlcium pertinet eius quoque testimonii fidem quod integrae frontis homo dixerit perpendere.* Ciò che di questo si può dire di molti altri casi.

Ma pur sentendosi il bisogno di una nuova solida base, ecco il codice ufficiale di Teodosio; ecco nelle provincie sottoposte alla dominazione dei barbari nuovi corpi di diritto; ecco finalmente la vasta compilazione Giustinianea tempio sepolcrale della grandezza giuridica romana. E Giustiniano stesso, posto su più salde basi l'edificio legislativo, può avere coscienza di altri bisogni; ecco le Novelle, principalissime fra le quali quelle che rovesciano l' antico ordine delle successioni.

Questo diritto, o Signori, durò come diritto comune fino al principio del nostro secolo e dura ancora in Germania. Ma chi può ripetere in breve a quante modificazioni andò soggetto, le quali tutte vi furon portate in nome dell'equità? Chi può dire quanta influenza vi ebbe il diritto canonico, il quale, più che mutarne apparentemente le istituzioni, vi insufflò il nuovo spirito medioevale? E da una parte dalla costituzione politica sorge il diritto feudale; dall' altra parte dai comuni si redigono in legge le consuetudini, si formano innumerevoli Statuti. E nasce in questo tempo quel diritto. al cui svolgimento oggi ancora alacremente si lavora, e che, opposto da principio al diritto che si considerava come universale, oggi, da tutti riconosciuto, è quello che maggiormente tende all'universalità: voi intendete ch'io parlo del diritto commerciale. Qual meraviglia dunque se gli scrittori di quei tempi pur tenendo dietro al diritto romano e commentandone i testi, per renderlo applicabile spesso lo travisavano? Questo, che a noi, troppo avvezzi a sprezzarne le opere, sembra un vizio intollerabile, era forse, come giuristi, la loro maggiore virtù, ed è forse a questa virtù che si deve la gran fama di Bartolo e il vederne in parecchie Università spiegate le opere accanto al testo del *corpus juris*.

Che se da quei tempi noi volgiamo lo sguardo all'età più recente, troviamo che, quando cadono gli ultimi avanzi delle costituzioni medioevali, e si fa vivo il concetto dello Stato moderno, forte si sente la necessità di un diritto che più gli si convenga: e la separazione dei poteri dello Stato ed il bisogno di certezza favoriscono la redazione dei nuovi codici.

Se, giunti a questo punto, ci volgiamo indietro a guardar la strada fatta, 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 o 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.

Qual è la sua natura? Come va essa intesa? Qual parte le si può concedere sotto l'impero del diritto positivo attuale?

Stando all' etimologia della parola, equità corrisponde ad uguaglianza e perciò può rappresentare il principio dell' uguaglianza degli uomini di fronte alla legge e quello che i casi simili abbiano simile soluzione, i differenti differente: aequitas come dice CICERONE Top. c. 4, *quae paribus in causis paria jura desiderat*. Io non mi fermerò molto su questo punto. Tale specie di equità infatti non ha nulla che non si possa accordare col diritto stretto, e se, intesa in un certo modo, può dar luogo a discussione, essa rientra ne' concetti dei quali mi occuperò in seguito.

A me pare che dalle cose sin quì dette si possa ricavare esser l' equità un sentimento o un concetto, talora individuale talora generale, il quale richiede, che un dato rapporto o che una serie di rapporti debbano regolarsi in un determinato modo[10].

L' equità, così concepita, può concordare o no col diritto positivo; e si suol chiamare stretto diritto quella parte del diritto positivo che ad essa si oppone. L' equità che ha per noi maggiore importanza è l'equità comune, non quella individuale; poiché essa contiene come un' aspirazione di un popolo ad un certo diritto. Peraltro, finche resta allo stato di aspirazione, l' equità non può pretendere di esser norma dei giudizi dei magistrati; per aver questo potere deve mutarsi in diritto. Se mi fosse lecito usare una similitudine in argomento scientifico, io direi che nell'equità la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata.

Ma quando quel pensiero o quel sentimento sia divenuto vera persuasione del popolo; quando questa abbia acquistato tale stabilità da vincere le prove necessarie e imposte

[10] Sono lieto di vedere che per altra via il VOIGT**,** che è forse l'autore più competente su questa materia, viene ad ammettere questo stesso concetto dell'equità. Egli dopo aver criticate le diverse opinioni fino allora espresse, conchiude (op. cit. p. 15) che la differenza tra l'equità e il diritto sta *nel rapporto che ognun d'essi ha col suo autore e soggetto; nel carattere soggettivo della prima e nel carattere oggettivo del diritto;* e continua coll'osservare che il diritto una volta stabilito si fa indipendente dalla volontà del suo autore, si oggettivizza, se così posso esprimermi; mentre l'equità dipende ancora dalla volontà del suo autore, é ancora intimamente collegata col complesso delle sue idee. La relatività, il riguardo ai singoli casi ecc. non sono altro che conseguenze di cotesta essenza. (Confr. pure per un' idea simile a questa CAPUANO I primi del diritto romano lib. 1 cap. V pag. 74 segg.).
Circa l'equità, come principio della formazione del diritto, veggansi le belle parole del KELLER Pandekten Einleitung § II. i. f. pag. XX. XXI (Lipsia 1866).

dalla costituzione dello Stato per diventar legge, allora solo si può parlare di forza obbligatoria, allora solo è permesso al giudice di tenerla presente nei giudizi, perché solo allora gli è concesso, da chi ne ha il potere, di disporre di quella forza pubblica della quale, egli non è che depositario. Ripetiamo qui pel diritto stesso ciò che più sopra osservammo per la volontà privata nel diritto: non ogni volontà produce effetti giuridici, ma solamente quella che giunge ad un certo grado d'intensità riconoscibile dalla forma esterna; non ogni movimento della coscienza popolare diventa diritto, ma quello soltanto che giunge al punto di tradursi nelle forme richieste dalla Costituzione.

Un antico detto suona: *Jus legislatori, aequitas judici magis convenit*[11] io crederei più vicino al vero il contrario: *Aequitas legislatori, jus judici magis convenit.* Se questa regola si fosse sempre osservata i Savoiardi non avrebbero dovuto dire al re francese Francesco I: Salvateci, Sire, dall'equità dei Parlamenti!

Non tutti peraltro sono di questo parere, e l'equità s'intende in varii modi e le si attribuisce vario potere, sia che la si consideri come qualche cosa di superiore alla legge, sia che la si prenda come regola d'interpretazione e di correzione della legge stessa.

É opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi se vuole aver qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa: questo codice si suol chiamare equità.

Poche parole mi bastano per far la critica di questo concetto. Dalle cose sin qui dette è facile rilevare che in esso v' ha una qualche parte di vero poiché il diritto si fonda appunto sul comune consenso costituzionalmente espresso. Ma accanto a questo vero quanta parte di falso! Falso è che i principii giuridici sieno intuitivi; la storia ci dimostra che essi non si conquistano se non tra gli stenti e le lotte, e che le nuove generazioni non si elevano se non salendo sulle generazioni cadute. A chi non sembrano oggi volgari i concetti della libertà dell' uomo, del rispetto a' diritti dello straniero? Tuttavia il primo era solo platonicamente riconosciuto dai più avanzati giuristi romani, era dimostrato falso da Aristotile, e che più? appena da pochi anni esso fu proclamato dopo una guerra crudele in America, appena da

[11] Confr. MARQUARDUS FREHERUS *Sulpitius sive de aequitate commentarius* Thes. Ottonis (Traj. ad. Rhen. 1733) vol. IV col. 371.

pochi giorni in alcune isole esso giunse ad attuarsi. Il secondo poi non è ancora totalmente riconosciuto dalla maggior parte delle nazioni civili. Altri principii come l'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge, regnarono un tempo, furon quindi calpestati, e non risorsero che in mezzo al sangue versato.

Eppure, o signori, io non vi ho parlato che di principii generalissimi. Che sarà dunque ove si voglia scendere a regole più particolari e che siano il prodotto della combinazione di principii diversi? «Quante cose in una legge !» esclamava il BENTHAM chiudendo un suo libro famoso; «quante cose in una legge!» ripeteva il KELLER nella prefazione del suo aureo libretto sulla procedura romana[12]. Eppure ancora v' ha chi crede di aver tutte queste cose fin dalla nascita nella propria coscienza. Ciò non deriva che dall'ignoranza delle difficoltà e del metodo giuridico; onde non varrebbe neppur la pena di trattenersi a confutarlo, se non avesse troppo spesso in pratica le più tristi conseguenze. Chi è che con tale equità non giustifica le maggiori contraddizioni? Poiché essa sta scritta nella coscienza, anche in buona fede si può da ogni uomo appoggiarvi la giustificazione dei suoi atti, che alla sua coscienza corrispondono; ed ecco il diritto soggettivo, unilaterale; ecco per meglio dire, il maggior nemico del diritto. Noi italiani la conosciamo codesta equità; essa fu proclamata nel trattato di Vienna come regola di condotta tra i monarchi della Santa alleanza![13] [14].

Non lontano da questo volgare concetto ve n'ha uno che appartiene agli scienziati e che portato alle sue pratiche conseguenze non è meno pericoloso.

Al disopra delle leggi positive si ammette una legge naturale ed universale, di che le prime non sono se non accidentali ed imperfette espressioni. A siffatta legge solo si deve attendere, e quando la positiva se ne allontana conviene in ogni modo tornare a quella. Ammesso questo concetto, se ne possono trarre due conseguenze: la prima è che dovunque la legge positiva non sia sufficiente si deve ricorrere alla naturale; la seconda, più grave, è che la legge positiva che non sia conforme alla naturale si può, anzi si deve porre in disparte. Non è meraviglia che questa seconda conclusione sia stata sostenuta dalla scuola teologica, sebbene, a onor del vero, i padri cristiani abbiano sempre predicata l' ubbidienza

[12] Confr. BENTHAM *Introduction to the principles of morals and legislation* in fine. KELLER *Il processo civile romano* (trad. ital. del prof. FILOMUSI - GUELFI. Napoli 1872) Pref. alla l[a] ediz. p. IX.
[13] Confr. Atto del 26 Settembre 1815: MARTENS *Recueil suppl.* VI. 556 - Klüber *Droit des gens* § 2 e 146.
[14] Circa la differenza tra il volgo e i giuristi veggasi JHERING op. cit. (trad. franc.) tutta la prima metà del 3° vol. SAVIGNY op. cit. Vol. I § 20 pag. 89.

alla legge costituita. La religione determina essa stessa una legge positiva nella quale riconosce la naturale ed eterna; logicamente dunque essa può rifiutare tutto ciò che alla sua legge si oppone. Siamo in presenza di un fenomeno prodotto da quello stesso bisogno di certezza, che nel campo giuridico ci spinge alla formazione di un diritto positivo. Ma ciò che deve farci maggior meraviglia, è il trovar ripetuta quella idea anche da giureconsulti come il BLACKSTONE, e da noi, per tacere d' altri, recentemente il LOZZI[15].

Per verità non è facile il combattere contro i fautori di simili dottrine; poiché gli argomenti tratti dalla legislazione sono per essi nulli, quelli fondati sui fatti sono buoni o cattivi, secondo che rispondono o no alle loro idee. Forse il miglior modo di combatterli sarebbe quello di metterli a confronto per risolvere una questione giuridica: poiché ognun d' essi secondo il tempo nel quale ha vissuto e la sua indole e i suoi studi, verrebbe in campo con un proprio diritto naturale, altrettanto naturale, assoluto e perpetuo, quanto quello dell' altro a lui opposto. E poiché ogni uomo dovrà pure farsi un concetto di questo diritto naturale, il quale d' altronde appunto perché naturale s'imporrà alla sua mente, a voler esser logici, dovrà lasciarsi libero ogni uomo di agire secondo il proprio concetto di tale diritto. Davvero sarebbe difficile immaginare l'ordine di una società che fosse retta da siffatti principii!

Peraltro, mi si potrebbe replicare, non ogni idea individuale si deve ritenere per quella legge o equità naturale, alla quale si attribuisce tanto valore; ma conviene ricercare qual sia la vera legge e farla ubbidire da tutti. Chi farà questa ricerca? Chi avrà il potere di rendere obbligatoria la legge cosi ritrovata? Qualunque cosa rispondano i nostri avversari a queste domande, una sola ne è la necessaria conclusione: cioè che per aver forza, e meritar così il nome di diritto, la legge naturale deve tradursi in legge, positiva.

Ma pur rigettando questo diritto naturale, sarà utile l'esaminare come mai ne sia nato il concetto e qual parte di verità vi possa essere racchiusa. Abbiamo già veduto nello studio dei caratteri del diritto positivo, come esso contenga parecchi elementi arbitrarii, quantunque necessarii. Ora se un diritto positivo si voglia estendere a popoli di diversa natura ovve-

[15] Confr. LOZZI *op. cit.* BENTHAM *Principes de 1ègislation* C. XIII. IO Loi .imaginaire n'est pas raison (Oeuvres de I. Bentham Bruxelles 1840. vol. 1 p. 46 seg.) e LO STESSO *Sophismes anarchiques* (vol. I p. 525 seg.). Le critiche di questo acuto autore al concetto del diritto naturale sono piene di quel brio proprio degli autori inglesi.

ro se si voglia conservare intatto per lunga serie di anni, necessariamente avverrà che una parte di esso potrà continuare ad aver vigore, un' altra parte cesserà di esser conveniente. Poiché, a quel modo che in ogni uomo si può distinguere il suo generico carattere di uomo e quello particolare del tempo e dello stato in che egli vive e finalmente il suo carattere individuale, in ogni diritto positivo si debbono trovare principii che appartengono all' intiera umanità e principii che si convengono al tempo e al popolo che con esso si governa. Col mutarsi de' tempi si mutano le condizioni della società: alcune forze diminuiscono o cessano, altre si accrescono o nascono: ciò che prima era uguale, diventa disuguale; e la maggior sensibilità dei popoli progrediti fa loro scorgere certe differenze che prima non avvertivano. Mutando ciò che si deve ordinare convien che l' ordine stesso si muti. Le forme sono le prime a far sentire i loro difetti; eppure il formalismo è cosi irradicato nell' animo umano che spesso esse continuano ancora per lungo tempo a sussistere come forme prive di contenuto. Quando incomincia a manifestarsi questo stato di cose, il popolo, che sente un certo disagio nel vivere sotto l'imperio di un diritto positivo, che più non gli si addice, e vede un continuo disaccordo tra la soluzione giuridica delle questioni e quella che gli pare più conveniente, concepisce un vero timore del diritto. Mi rammento di due iscrizioni romane una delle quali termina così: *Ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile,* e l'altra similmente *huius mon. dolus malus abesto et iurisconsultus*[16], dove si vede il *ius civile* e il i*urisconsultus* rappresentar la stessa Idea che il *dolus malus.* E del pari in alcuni nostri statuti mercantili, p. e. in quel di Pesaro, dopo aver detto che gli affari di commercio «con summa integrità siano expediti post ponendo le «cauillationi: suttilitade et subterfugii de aduocati et procuratori» avevasi un capo speciale col titolo «Che nessuno aduocato o procuratore palatino possi interuenire nante il tribunale de «li consuli o judici de appellatione»[17] .

Tuttavia questo timore dei giureconsulti non è sempre interamente giustificato. Essi al contrario avvezzi all'interpretazione del diritto positivo, astraendo ciò che vi ha di comu-

16 Vedi BRUNS *Fontes iuris romani antiqui* (Tubinga 1876) pag. 195. ORELLI *Inscript.* 4391. 4374.

17 Confr. *Statuti del collegio mercantile de la città di Pesaro* 1533. Proemio e cap. 24. Simile disposizione, sebbene non motivata espressamente, trovasi in parecchi altri statuti, come p. e. negli *Statuti della Mercanzia di Brescia e suo distretto* (1788) Gap. LXXXVIII *De audientia non danda Advocatis nec Procuratoribus;* e negli *Statuti et capitoli dell' arte de' mercanti di lana dell'illustre città di Camerino* (Camerino 1621: lo Statuto peraltro fu redatto da tre commissari deputati dall' arte della lana con decreto 13 Febbraio 1577) Cap. IV *De le liti* (pag. 12): «Item che accadendo liti con detti mercanti avanti del capitano, o Riveditori che non ci possa comparir Procuratore salvo per pupilli e vedove per questi ci possa comparire altrimenti no.»

ne nelle regole giuridiche, con quello stesso metodo col quale ogni scienza si costruisce, formano del diritto come una piramide, che ha per cima la definizione, per base la regola pratica. Quindi nasce l'idea degli'istituti giuridici, i quali il giurista, come osservano il SAVIGNY e l'IHERING [18], tratta quasi veri enti oggettivi. Al suo occhio esperto si rivela l'interno collegamento degli elementi di ogni istituto e dei vari istituti tra di loro; egli può analizzare i motivi pei quali il diritto positivo fu costituito a quel dato modo. Egli quindi più d' ogni altro è in grado di giudicare qual peso debbono avere sul diritto; le nuove condizioni sociali e di agevolar l'opera legislatrice, perché si metta con esse d' accordo. Ma in quest' operazione scientifica egli può facilmente discernere qual sia la parte del diritto destinata a durare e quale la transitoria: Or come ciò che dura ci si presenta alla mente come solo essenziale e vero, accade che si ritiene per tale solo quella parte del diritto: che si è trovata adatta a varii popoli e tempi, e si può credere che il rimanente sia errore da sfuggire. Ma ciò è falso, quanto il credere che in un dato uomo non siano necessarii che i caratteri dell'uomo in genere; mentre ad esso sono essenziali tutti quegli altri, che lo fanno essere quel dato individuo diverso dagli altri.

Quell'astrazione adunque di alcuni più generali elementi della materia ordinata nel diritto, non solo non è diritto, poiché questo è qualche cosa di essenzialmente pratico, ma neppure potrebbe per sè sola bastare a costruire un diritto. E ne abbiamo parecchie prove, di fatto. Così quando CICERONE nel suo trattato *de legibus,* dopo aver parlato a lungo di natura e di divinità, passa a formulare un modello di legislazione, gli avviene di darci, come osservava il compianto mio maestro ed amico GUIDO PADELLETTI[19] «una seconda edizione riveduta e leggermente corretta della costituzione romana del buon tempo.» Eppure di quella costituzione che cosa è rimasto a noi posteri lontani? Così anche quando nel secolo passato e nel principio di questo gli scrittori di diritto naturale si provavano a farne un trattato completo per l'applicazione, che cosa ci davano se non un sistema del diritto romano allora vigente rimesso un poco a nuovo.

---

[18] Confr. SAVIGNY *Ueber den Beruf unserer Zeit* etc. (3ª ediz.) p. 39: «Le nozioni pei giuristi son diventate esseri reali la cui presenza e genealogia si è fatta loro famigliare per lunga frequentazione» E JHERING op. cit. (trad. franc.) vol. 3° § 46 pag. 51.

[19] PADELLETTI *Roma nella storia del diritto* nota 2 (Archivio Giuridico 1874. vol. 12 pag. 211)

Ma su questo punto ci siamo trattenuti abbastanza. Passiamo all'opinione che fa dell'equità un sussidio ed una correzione del diritto positivo.

Si suol dire che le regole di diritto vanno variate e temperate a seconda delle circostanze dei casi pratici, i quali possono differire tra loro per l'oggetto e per il soggetto. Qui vi ha divergenza tra gli autori che vogliono che l'equità consista nel tener conto delle differenze dell' ultimo e quelli che sostengono invece che si debba por mente al primo; ma a me basterà di averla accennata, poiché non'è di grande importanza[20] . Veniamo all' esame di quest' opinione nella sua generalità. Il primo appunto che le si può fare, mi par che sia quello della indeterminatezza. Posta infatti una regola giuridica, e dato un caso al quale debba applicarsi, non s'intende bene che cosa significhi la facoltà di temperar quella regola. Se ciò vuol dire che il giudice per considerazioni estranee al diritto, come, per esempio, per riguardi di morale o di pietà (noto solo questi riguardi virtuosi), possa modificare la regola stabilita dal legislatore, io non dubito di affermare che egli mancherebbe al suo più stretto dovere e violerebbe quindi quella moralità, che, senza esservi chiamato, si fosse tolta la briga di tutelare[21]. Se s'intende che una regola imperfettamente espressa dal legislatore, per modo che possa prestarsi a diverse interpretazioni, debba interpretarsi ora in un modo ora in un altro per quei medesimi riguardi, mi sembra poter per le medesime ragioni ripeter la condanna di tale equità; sarebbe infatti un ricadere nel vizio dianzi notato. Poiché, senza insistere sul fatto che la necessità dell'interpretazione non può essere riconosciuta che dal giudice medesimo, se una volta si sia trovato ciò che il legislatore intendeva realmente dire, una differente interpretazione altro non sarebbe se non uno svisamento della volontà di lui. Non deve essere lecito mutare l'interpretazione, se non quando si riconosca erronea la prima.

Che se finalmente questo concetto dell'equità significhi che il giudice debba aver presenti tutti gli elementi giuridici che sogliono trovarsi nei casi da decidere, per solito molto

[20] Su questo punto confr. WINDSCHEID *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Stuttgart 1879) § 28 nota I. Vol. 1. pag. 70; e gli autori ivi citati.

[21] L'ill. cons. LOZZI vorrebbe che gli avvocati fondassero le loro ragioni specialmente sull'equità (V. op. cit. *Della Interpetr.* ecc. Temi Veneta 1878 pag. 448). Non saprei davvero dividere la sua opinione. Mi spaventa il vedere dato lo stesso consiglio, con uno scopo del tutto diverso certamente, da QUINTILIANO per le cause disperate. Ecco le parole dell'autore latino (*Inst. Or.* VII. 1. 63): «Plerumque autem in fine causarum de aequitate tractabitur quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas: ut, si in iure minus fiduciae erit, aequitate iudicem praeparemus.»

complessi, a me pare che tra questa specie di equità e il puro diritto non vi sia differenza alcuna. Quando un fatto in apparenza unico sottoposto all'analisi giuridica si risolve per modo da dover esser deciso con più regole di diritto, evidentemente, e il diritto stesso lo richiede, queste debbono coordinarsi e subordinarsi tra loro e la sentenza dev'essere la risultante di tutte. L'osservatore inesperto delle costruzioni scientifiche esaminando questa risultante potrà credere che alcuna di quelle regole non produca effetto ovvero in un caso ne produca uno, in un caso un altro. Quest'illusione non avviene solo nell'applicazione del diritto. Chi assista alla caduta di un corpo nel vuoto e determini coi dati di questa osservazione il modo di agire della forza di gravità; e poi lasci cadere lo stesso corpo in uno spazio pieno d'aria, potrà forse credere che la forza di gravità in questo caso sia venuta meno alle sue leggi: ma tale errore non sarebbe imputabile che al suo difetto di osservazione e di metodo scientifico. Così una regola giuridica può praticamente produrre gli effetti più diversi, non perché si muti, ma perché la si combina con altre[22].

[22] Vi sono due altri modi di considerare l'equità da applicarsi dal giudice, i quali meritano la nostra attenzione. Non ne ho parlato nel testo del discorso, perché in sostanza rientrano nei concetti principali da me criticati, e perché sono così difficili a definirsi in poche parole ch'io non poteva trattarne senza oltrepassare i limiti, che aveva prefissi al discorso medesimo.
Si dice da taluno che il sistema dell'applicazione del puro diritto legale tende ad esagerare il danno, inerente alla codificazione, di pietrificare il diritto, ed è per conseguenza necessario per la stessa durata delle leggi il temperarle coll'equità, ossia il farle piegare nell'interpretazione ai bisogni imprevedibili di ciascun caso particolare ed ai bisogni dei nuovi tempi.
Si dice da altri che, quando la rigida applicazione delle disposizioni del diritto porterebbe ad una iniqua decisione, il giudice deve studiare il modo d'interpretar le leggi così largamente, da condurle ad una più mite applicazione: si soggiunge che il giudice è a ciò indotto da naturale impulso dell' animo, che lo costringe a seguire tale sistema quasi inconsciamente.
Esaminiamo la prima opinione. Anzitutto mi sia lecito esprimere la mia meraviglia per l'amore che i fautori di essa dimostrano verso la durata delle leggi, che vogliono poi sin da principio violate. Noi crediamo di portare alle leggi maggior rispetto chiedendo che si mutino se cattive, che si applichino pienamente, finché non sieno mutate: non desideriamo punto che un codice si mantenga per centinaia d'anni in modo tale da non esser più che un vano simulacro, atto ad ingannare soltanto coloro, che, troppo creduli, vi si conformassero come a vera legge. Sarebbe questo il modo di unire a tutti gli svantaggi della codificazione tutti i danni dell'opposto sistema.
Ma lasciando da. parte tale considerazione, osserverò che si possono dare due casi: o la legge è così precisa, che il piegarla ai nuovi bisogni equivale ad alterarla, ed allora si deve rifiutare tale facoltà al giudice per le ragioni dette nel testo del presente discorso; o la legge è oscura ed allora l'interpretazione deve restituirle il suo vero significato, il quale non può essere che uno solo, come la verità. Ma qui appunto si dice che l'interprete può giovarsi dell'oscurità della legge per darle quel significato, che meglio si conviene alle condizioni dei vari casi e dei vari tempi. Il che a primo aspetto può parere un'ottima cosa; ma se si pensa che il dare ad una legge una interpretazione diversa da quella che essa oggettivamente comporta, non è più interpretare, come è ufficio del giudice, ma correggere e fare la legge, prerogativa questa del solo legislatore, si dovrà, in forza dei principii sostenuti nel testo, respingere anche questa opinione.
Tuttavia anche in essa mi sembra si possa trovare una parte di vero, che mi conviene far rilevare; non volendo imitar l'esempio di quei cavalieri, i quali si uccisero sostenendo l'uno che un certo scudo era rosso, ed affer-

O signori, se quì ho paragonato il mondo giuridico al mondo fisico, non crediate che io voglia con ciò parificarli del tutto. So bene che i principii di diritto non sono formule matematiche; ma desidererei che non si cadesse nell'esagerazione contraria dando ai principii tale elasticità da farli uscire dalla legge. Una buona legge non pone i principii; essa detta comandi, la natura dei quali abbiamo già studiato. Da questi comandi si possono astrarre i principii; ma la somma difficoltà consiste nel formularli. Evidentemente una cattiva formula non si può porre a base di ragionamento; ma non bisogna accusarne né la legge, né il principio.

Ad alcune più concrete osservazioni può dar luogo il nostro diritto civile. Le accennerò a sommi capi, o Signori, per non alterare l'indole di questo discorso.

---

mando l'altro che era bianco, mentre lo scudo era bianco da una parte e rosso dall'altra. Così mi paiono utili, specialmente riguardo alla evoluzione storica della interpretazione, le osservazioni seguenti: per applicare una disposizione di legge bisogna confrontarla non solo con tutte l'altre della legge medesima; ma con tutto il sistema legislativo vigente. È questo uno dei canoni fondamentali della retta interpretazione. Ora avviene spesso che una disposizione di legge precedente, la quale aveva una data forza, accordata con disposizioni di altre leggi posteriori, acquisti una forza diversa anche se non sia abrogata. Ma ciò avviene per la volontà stessa del legislatore, cosicché l'interpretazione, riconoscendo tale mutamento, non tradisce il proprio ufficio; anzi lo eseguisce fedelmente. La. legislazione Giustinianea ci fornisce esempi luminosi di tale mutamento p. e. riguardo alla *cessio:* confr. fr. 63 de usufructu 7. 1, fr. 20 § 1 de serv. P. U. 8. 2 etc. fr. 11 pr. de public. 6. 2, fr. 5 pr. de damu. Inf. 39. 2, fr. 18 § 15 eod. (Veggasi SAVIGNY *System* (trad. franc.) Vol. 1 c. IV § 41 nota *f. g.* pag. 251 seg.) - lo stesso dicasi dei molti testi prima riguardanti i *caduca,* il *ius liberorum* etc. E questo metodo dovrebbe applicarsi sempre alle nostre leggi, che si seguono così rapidamente.

Inoltre spesso il legislatore adopera espressioni di significato relativo, che è sua volontà sieno interpretate secondo le idee, i sentimenti, le condizioni dei diversi casi e dei tempi diversi. Allora nel mutare l'applicazione (non l'interpretazione) non si fa altro che ubbidire alla volontà della legge ed al puro diritto. È opera di buon legislatore l'usare di tali espressioni quando si tratti di materia di sua natura relativa e mobilissima: ma s'egli nol faccia, lo ripeto, non può il giudice supplirvi. Non istarò a riferire esempi di disposizioni relative ai vari casi: un esempio di legge relativa a vari tempi mi pare si possa trovare nell'articolo 12 delle disp. prel. al nostro codice civile, nel quale le espressioni *leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume* (confr. pure art. 1119 e 1122 c. civ.) si riferiscono appunto a condizioni mutevoli della società e della morale sociale (Vedi più sopra nota 3); cosicché, mutando tali condizioni, bisognerà giudicare che taluni principi giuridici, che riguardavano p. e. il buon costume, più non abbiano relazione con questo. Tale credo il caso del divorzio, la cui proibizione in Italia aveva un tempo fondamento sull'ordine pubblico e il buon costume; oggi invece non vi ha più attinenza. Per tal modo anch'io vengo a mutare l'applicazione del citato art. 12, ma senza alterarlo e senza disubbidire alla volontà del legislatore, mantenendomi nei limiti del puro diritto.

Che dire dell'altra opinione che consiglia al giudice di cercare ogni sotterfugio legale per non cadere in sentenza, conforme bensì al diritto, ma contraria alla equità? Anche qui il concetto dei nostri avversari non è ben chiaro: infatti se per venire alla conciliazione del diritto con la sua idea dell'equità, il giudice deve uscire dai limiti del diritto, come li abbiamo segnati, non occorre ch'io aggiunga altro per dimostrare che tale opinione è falsa; se invece quella conciliazione si ottenga collo studiare diligentemente il caso da decidere e coll'applicarvi coscienziosamente le regole di diritto, il giudice non fa altro che il proprio dovere comandatogli dallo stretto diritto; il quale allora non differisce dall'equità dei miei avversarii, se non in ciò, che comanda ai giudici di studiare tutte le cause con quella stessa somma diligenza e non solamente quelle nelle quali credono di vedere una questione di equità.

L'articolo fondamentale su questa materia è il terzo delle disposizioni preliminari: «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. – Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principii generali di diritto».

Questo articolo comincia coll'ammettere l'interpretazione grammaticale e logica: esclude quindi lo star vincolati alla sola parola della legge. Questa maggior larghezza d'interpretazione fu anch'essa chiamata equità, specialmente ai tempi di Cicerone; ma io accettandola non posso trattenermi a discuterla. Né discuterò l'argomento d'analogia che non turba punto la teoria del puro diritto. Più degno di nota è il rinvio ai *principii generali di diritto*. Nulla di più tormentato dagli interpreti che questi *principii generali di diritto.* Chi vi ha voluto vedere il diritto comune dei secoli passati; chi il puro diritto romano; chi il diritto naturale; chi l'equità intesa in vario senso. La prima e la seconda opinione, che più si converrebbero al codice Ticinese (art. 5), che vuole si giudichi «in difettò di analogia secondo le disposizioni del diritto comune», sono combattute vigorosamente dall'illustre mio maestro prof. PACIFICI MAZZONI [23], del quale voi, o Signori, ricordate con affetto gli anni che passò come studente in questa Università. Alla terza ho già risposto più sopra, e noterò qui solamente che corrisponde meglio al Codice civile austriaco che parla appunto (§.7) dei «principii del diritto naturale avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate».

---

[23] V. PACIFICI MAZZONI op. cit. nella nota 2 in fine. Prefaz. §. XV. pag. XXXVII. segg.; lib. I. tit. II. cap. II. sez: II: n. 21 nota 2 pag. 50 seg. Confronta BORSARI *Commento al codice civile* I, 42; IMPALLOMENI *Il diritto romano ha vigore legislativo nei casi non contemplati dal codice civile italiano?* (Gazz. Trib. Napoli XXV. 830 segg.) In senso contrario BUONAMICI *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelezione* (Pisa 1876).
L'opinione mia intorno ai principii generali del diritto secondo l'art. 3 disp. prel. non è altra che quella oggi dalla maggior parte degli scrittori accettata.
Nell'applicare i principii generali conviene por mente ai punti seguenti: 1.° non credere che ogni elemento di un fatto sia un elemento giuridico, e perciò non voler tener conto ad ogni costo di alcuni elementi che non trovino la loro conveniente soluzione nei principii del diritto positivo: 2.° al contrario non dimenticare di dare il loro giusto valore a quegli elementi, direi quasi a quei residui, di un fatto, che a prima vista non appariscono come elementi giuridici, e che pure, per precise disposizioni legali o per i principii generali del diritto, devono portare qualche modificazione nella soluzione finale del problema giuridico proposto. Ciò è tutt'altro che agevole in pratica; ma chi può riuscirvi, vedrà facilmente che la maggior parte dei cosi detti temperamenti di equità non derivano da altro, che dal vago sentimento dell'esistenza di questi elementi difficili ad analizzare: con questo peraltro che l'analisi ci conduce ad un resultato certamente giusto e ragionevole, il sentimento è invece cosa tutta soggettiva e può esser causa dei più gravi errori.

L'ultima è quella che più ci riguarda. Anzi tutto osserverò che nell'articolo si parla di principii di diritto, con la qual cosa si esclude tutto ciò che non è diritto. Ma come distinguere ciò che è diritto da ciò che non lo è? Conviene partire dalle disposizioni delle leggi ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con ARISTOTELE (*Eth. Nic. V*. 10) «come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto». Ecco, mi pare, come va inteso l'articolo in questione; esso dunque non si allontana dal puro diritto.

Ma alcuni articoli del Codice civile e di altre leggi fanno espressa menzione dell'equità: cosi gli articoli 463, 578, 1124, 1652, 1718 cod. civ. e l'art. 162 della legge sulle Opere pubbliche (20 marzo 1865 all. F). I limiti del discorso mi vietano di farne un'analisi minuta; ma noterò in generale che la parola *equità* vi è usata in significati assai vari: in alcuni, per esempio, vuol dire uguaglianza tra le parti[24]. Ma è innegabile che in altri essa valga a rinviare il giudice alla propria coscienza ed al sentimento universale, però sempre entro certi limiti. Mi sembra tuttavia perentorio l'osservare che siffatta equità può in tali casi servir di criterio al giudice appunto e solamente perché il diritto positivo glielo permette: il quale non volendo sottoporre la materia a regole fisse, ha imposto alle parti una specie di arbitramento. Ciò esclude la facoltà di usare dell'equità medesima fuori dei casi preveduti.

Da queste considerazioni particolari passando ad altre più generali, rileverò prima che il nostro codice, per il modo molto equo col quale è stato redatto, non fa sentire il bisogno di questa spuria equità giudiziale; in esso fu tenuto gran conto del dovere che ha il legislatore d'ispirarsi nell'equità, a noi tocca tener conto del dovere del giudice di non oltrepassare i suoi poteri, dando effetti giuridici a ciò che non è diritto.

Altro punto da non dimenticare è il poco o niun conto che si tiene nel nostro diritto positivo della consuetudine: essa non ha vigore che quando la legge scritta glielo permette. E perché? perché non si considera come diritto, se non quello che ha vinto la prova delle forme costituzionali. Ora se si nega valore alla consuetudine che pure rappresenta una uni-

[24] Tale significato ha la parola equità p. e. evidentemente nell'art. 1718 cod. civ.

versale ed inveterata persuasione popolare; come vorremo noi darne tanto ad una equità che può esser molto da meno?

E l'istituto della Cassazione, che deve vegliare alla esatta applicazione del diritto, che deve rigettare il ricorso che non si appoggi espressamente sopra un articolo di legge, non è esso, per qualunque ragione si sia fondato, un istituto di puro diritto?

E finalmente per coloro che, rifuggendo dai rigori del diritto positivo, amano meglio di farsi giudicare secondo l'equità più o meno naturale, non è forse aperta la via coll'arbitramento per amichevoli compositori? Ma sembra che il grande amore per l'equità sia oggi piuttosto teorico che pratico; poiché il numero delle controversie portate dinanzi ad arbitri diminuisce ogni giorno; e dove, come in Francia ai tempi delle Ordinanze, nelle cose commerciali l'arbitramento era obbligatorio, furono le stesse parti interessate che si adoperarono per farlo abolire.

Qui, o signori, mi convien terminare questa dimostrazione; ma prima di lasciarvi permettete ch'io aggiunga una ultima parola di difesa.

Coloro, che, come me, propugnano il puro diritto positivo, sono stati spesso accusati di grettezza d'idee e di mancanza d'ideali. Tali accuse non furono mai meno meritate. Noi non neghiamo ogni attività diretta a migliorare la legislazione, non neghiamo anzi difendiamo l'imperio della morale nella vita. Ma dove non vogliamo vedere regnare altro che la legge si è nelle aule dei tribunali. Noi crediamo che l'inchinare la privata volontà, il privato giudizio dinanzi al volere dello Stato, qualunque esso sia, è opera di buon cittadino; e che solamente così si possa mantenere intatta quella libertà, che fu dai nostri padri con tanta fatica conquistata. Dell' amore della patria vogliamo che non si faccia pompa solo nelle grandi occasioni, ma che lo si eserciti in ogni momento; e in nome suo domandiamo ai cittadini anche qualche sacrificio, se richiesto dal rispetto alla legge. E se chi ci accusava di mancar d'ideale, ci dirà che troppo si vuole facendo di quell'amore una virtù quotidiana, risponderemo che così, e solamente così, si potrà rendere alla patria l'antica grandezza[25] .

[25] Leggansi le nobilissime parole di Socrate in PLATONE *Critone XII.*

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, cilivis 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 depaupera 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 –e 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 diritto[1]. 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 notevolmente[3], 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 nazionale[4].

---

[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 extralegale[6].

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 irrazionali[8]. 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 razziali[9].

---

[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. PATTI, nel corso della sua relazione su *L'interpretazione delle clausole generali*, svolta durante il IX Conv. Int. ARISTEC, *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del dirito 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 attiene 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 dirittto 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 intepretazione, 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-giuridici[12]; 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 premesse[13]. Nella coscienza del giurista non è possibile separare il pensiero giuridico dal pensiero filosofico[14]: tanto nel suo ambito pratico (l'applicazione del diritto), tanto nella sua attività teoretica (la costruzione della dogmatica) la giurisprudenza è wertorientiertes Denken[15], '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 riferimento 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 discrezionale[16].

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'interprete[17]. 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'altro[18].

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 Rechtsanwendundung*, 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 postitivo, sia in un principio di interpretazione[19]. 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'equità[21]. 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 reale[22]. 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 legislatore[23].

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 'proprorzione': 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'ordinamentonel 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'interrogatico se la nozione di equità non sia per caso da ricavarsi in relazione alla caratteristiche della fattispecie (astratta o concreta) cui, di volta in volta, legislatori e giudici si richiamano.

Si collega perciò alla questione ora accenata un altro profilo, quello attinente ai complessi rapporti dell'equità col diritto positivo, che –come sopra si accennava- è del pari fortemente dibattuto[26]. 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'ordimaneto 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 normativo[29].

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 amministrativi[31]. 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'apprezzamento 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 chiuso[32] (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 perplessità[35]. 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 postcodicistica[38] 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 discretivo, 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 Perelman[40]. 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 coscientiae*, come evasione interiore dal mondo complesso dell'esperienza giuridica; poiché quel giudizio pur nasce e si conclude proprio nell'àmbito 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 giudicante 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 diritto[49], 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 sussidiaria[50], 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 Camerino[51] 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 questione[55], 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 richiamo[56].

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'equità[59].

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-politico[62]. 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 contemporanei[63].

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 valore[64]. 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 storico[66].

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 loro[67]; 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 arbitrari[69]. 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 giuridico giudizi di valore in questo non sanciti. Ma occorre cautela[70], 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 grecoorientale, come bene ha segnalato e argomentato Onorato Bucci[71].

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 greco[72], 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.-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 anticipi 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 scritta[76].

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 etica[77]. Infatti, nella valutazione secondo equità, Aristotele include tanto la natura del fatti, tanto i principi generali del diritto. Ma in questa prospettiva l'equità resta inequivocabilmente *fuori* dal diritto vigente.

Vittorio Frosini[78] 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'interprete[79].

Con riferimento a quanto sopra esposto circa le convinzioni espresse da Vittorio Scialoja 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 fattispecie[80]: "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 viè 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 materia[82].

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, iniziatasi 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 Jhering[83], 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), Schulz[84], 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 cioé 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 inattaccabilità 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 giuridicità[85].

Tuttavia, la suggestione della teoria jheringhiana sull' 'astrazione' dei giuristi romani dalla sfera morale ha condizionato una intera generazione –almeno- di studiosi. Nel 1856 Voigt[86] 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 Scialoja[87], 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'equità[88]. 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 Riccobono[92]. 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 intersecazioni –già sussistenti o auspicate- 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 secondo d.C. sul *proprium* del giuridico e i suoi rapporti con il 'morale'"[96]. Antonio Mantello[97] 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 rapporti 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 etica[98]. 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 giudici[99]. 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 discussione[100]. Quello che Mantello[101] 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 AA.VV., *Testi e problemi*, cit., 299 ss. specialm. 319, D. NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, in AA.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 Mantello[105], per trovare qualche riscontro della 'linea senechiana' 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, benevolenza[107]. 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: *sucut 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. BRETONE, *'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 *epieicheia*". Ma le opinioni sul punto contrastano, come si è già accennato. Mario Bretone[109] 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 lavorio 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 espressione 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 dottrinaria di Cicerone e dei giuristi romani"[111]. Non va disgiunto da queste valutazioni quanto Vittorio Frosini[112] 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 Fedele[113], avevano affermano 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. 90[115], 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 *conveniens* (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.* 5.28[116]). 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 summissionem; 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 illecite[117]. 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, *'Iusitia', '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 contenuti[118]; 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.* 5.33[119].

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 soltando 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 *aequabilis*, in quanto dotato delle capacità di *ius suum cuique tribuere*[122]. Negli ordinamenti contemporanei l'*aequabilitas*, secondo la definizione datane molto tempo dopo, nel 1934, dal filosofo del diritto Orazio Condorelli[123], 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'*aequabilitas* 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'*aequabilitas* 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.

Quato 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 sì 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 Gallo[126], Mario Talamanca[127], Letizia Vacca[128]), 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 realitivo 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'officum'*, 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.

sprudenziali 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 momento[130], o, in altri contesti, b) l'uguaglianza di trattamento rispetto a casi simili. Constateremo 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 addotti 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.

le[131]; 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 contemperamento 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'*idion* epistemologico dell'*ars iuris*"[132], nei termini in cui tale *ars* è scolpita e celebrata nei Digesti giustinianei.

E' stato osservato[133] 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'esame[134].

---

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 delle 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 normativo[135].

A tale riguardo si può considerare come solido punto di partenza il risultato delle ricerche svolte da Letizia Vacca[136], 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 consolidate[137]. 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 passi[139]. 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 edittali[140].

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 lavorìo 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 forense[142]: 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 sostanziarsi 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 pulillaris 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 rapprentata come una *pars iuris*[149]. L'Autore della *Rhetorica ad Herennium* (2.13.20) individua il fondamento dello *ius* nel *bonun et aequum*, indicando nell'*aequitas* il riflesso della 'verità' (*ex aequo et bono ius constat quod ad veritatem et utilitatem comune 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 rispetti 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, dobe altra bibl.
150 V. ora M. HUMBERT, *Equité et raison naturele 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 arcinoto[151] 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 *fictio*. 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 finzionistica[152]. In tal modo l'applicazione della *fictio* 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'ultimo[153]. 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 iudicatis, 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 lettura[155], 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 accumunate 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 colligentur. 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 illiceità 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'equità[156]. 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 coerente[157].

Dai *Topica*, per altro verso, non si colgono elementi sufficiente 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 giusdicente 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 emancipati[158]. 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 ulpianei (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 senatoconsulti 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 aiquom 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'equità[167].

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 magistrati[168]. 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 giusdicenti, 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 Papiniano, 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 giusdicente, 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 giurisprudenizale' 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 giusdicenti), 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 consentiva[175].

---

[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 giustinianei 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 insiticia 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 proficiscebantur 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 preesistente[179]: 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 sortire 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 giusdicente.

La descrizione laudativa di Pomponio[180] 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 *rispondere 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 decorso dei 'tempi di decantazione' necessari a sopire gli antichi dissidi politici.

178 L. VACCA, *L'aequitas'*, cit., 33.
179 *Ibid*., 33.
180Pomp. 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 raggiro tragga in alcun modo vantaggio dal suo comportamento immorale (Ulp. D. 44.4.4.13)[182]. D'altronde, non vi è

[181] M. BRETONE, *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 ulpianea 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 controvalore[184]:

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 danno[185]. 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.

renziare"[186]. Ma è innegabile che l'opportunità di differenziare casi non identici, ciononostante anteriormente non disciplinati diversamente dallo *ius recepum*, derivi al giurista dall'avere 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 vigente[187], 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 riprenderle 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 exhi-*

[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 *cautio 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'ordinamento[188]. 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 giustinianee[190]:

I. 2.1.39: *Thesauros, 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 labeonaniano 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 giustinianeo*, 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 princìpi 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 giustinianea, 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 giustinianea, 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 Nörr[195], l'*aequitas* è divenuta nel pensiero giurisprudenziale romano-classico una "Rechtskritische Kategorie", ma essa è stata utilizzata –aggiunge Mantello[196], 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 pervunoti 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. BRETONE, *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 testamentarie[199]; tanto che anche Antonio Mantello, pur respingendo la chiara percezione, all'epoca, del discrimine tra i due ambiti[200], 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 dicetur, quo minus 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. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 339 ss.; A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 600 ss.
[200] *Un'etica*, cit., 601 nt. 72.
[201] Così M. BRETONE, *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 normativa[203], 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 studiato[204] 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. BRETONE, *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. BRETONE, *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 Antehadranae 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 Bremer[210], 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 'giustezza 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 (*coerceri*) 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' discusso[211] 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 topico 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 ciceroniani.

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, risptto 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 ulpianea, se non addirittura a rimaneggiamenti posteriori[218]: 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 ulpianeo

Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.7: *Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit 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 ulpianea 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*, cioé 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 Ulpiano[220].

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 *rispondere ex auctoritate principis* non aveva effetti così stroncanti, come invece ebbe nelletà 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 adrianea[224].

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*[226] *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 genuini[230]), 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 giurisprudenziale"[232]. 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 concreti[234]; 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 argomento[235]; 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 ciceroniane[236] e poi –come appena illustato- 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 offerrendo: 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 ragionevole[237], come *quaestio de bono et aequo*, con una precisazione probabilmente pauliana o addirittura insiticia: 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. BRETONE, *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'assenza[241], 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 giurista[242].

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' ulpianeo (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.

scontato[244]) 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 giustinianeo, una vota 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 di 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 giustinianeo) 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 ulpianei[249]. 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 indiririzzi giursipdrudenziali 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 specifici[251] 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. BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., 343 e *passim*.

[250] M. BRERTONE, *Storia del diritto romano*, cit., 343.

[251] C. MASI DORIA, *A proposito di limiti e responsabilità nell'attività del magistrato giusdicente nella tarda repubblica, tra il cd. editto di ritorsione e l'"abrogatio iurisdictionis'*, in AA.VV., *Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift f ür 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 ulpianei 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 ulpianeo 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 indicazione, 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 includo 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 ambito[257]. 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, Ermogeniano[259]. 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 –pare[260]- 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 fedecommissario di cosa specifica, quindi rafforza la sua decisione introducendo un *argomentum 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 fedecommissario 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 diritto 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 termologia 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'a*equitas* 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 polisenso) 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 traditionelle 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 giuridico[274].

25.- Aequitas*,* naturalia iura*,* cilivis 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 ricolleghi 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 giustinianei 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.

le[276]. 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 giustinianee 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 romano[278]. 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 Gaio[279]) ci appaiono nelle fonti giuridiche giustinianee 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'. Giornatein 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 quesisto 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 meritus 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 giustinianei. 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 magistratuali a pregevoli valutazioni di *aequitas naturalis*.

Un brano ulpianeo, 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 contratto[285]. Con specifico riferimento all'età del Principato, il testo conferma l'inclinazione ulpianea 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* ulpianea 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 matura[286].

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 Ulpians Ediktslaudationen*, 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 nuruique dotis nomine legatum.*

Nel testo ulpianeo 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 punto[287].

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 desineres 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 ulpianeo in D. 47.4.1pr.-1[288] 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 giustinianei, 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) ulpianea 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 Waldstein[290]- 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. 12.4.3.7[291]. 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 Waldstein[292] 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 ulpianea 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 condictione 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 locupletiorem*

Da leggere insieme al fr. inserito dalla commissione giustinianea 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 locupletiorem.*

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 lettura[295] 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 condictio naturalis est et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem, ut puta partus qui ex ancilla natus sit vel quod alluvione accessit: immo et fructus, quos is cui solutum est boba fide percepit, in condictione venient.*

Paolo enuncia il principio, di probabile derivazione sabiniana, per cui la *condictio*, 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'*, Stuttgrat, 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 ritenere[296] 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*: cià 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 giustinianea 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 giustizia[297], 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 ulpianeo –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. BRETONE, *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 convincenti[298]: 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 aCicerone la traduzione letterale della formulazione stoica (Cic. *de inv.* 2.160), mentre Ulpiano si sarebbe limitato a sostituire con *ius suum* l'espressione *suam dignitatem* presente nella definizione stoico-ciceroniana[299]. 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 giustinianea, e segnatamente nell'esordio dei Digesti.

I Digesti giustinianei 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 *iustitia* 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 *iustitia*"; 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 dirtto conforme a giustizia": V. MAROTTA, *'Iustitia'*, 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 dottrinaria 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 ulpianea 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 immanenti 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 poche[308], 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 citazioni[309].

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 preclassica"[311].

Sull'uso del parametro equitativo da parte delle cancellerie imperiali hanno indagato due studi: quello, validissimo, ma ancora dominato dalle tendenze interpolazionistiche, di Fritz Pringsheim[312] e quello, rispondente a diverso metodo esegetico, di Mario Talamanca[313].

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 ricerca[314]; 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', 'altresì)[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 predioclezianeo 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 richesta 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 dioclezianea 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 giustinianei (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 imperiale 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 dioclezianea 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 complessivamente[317], nel corso del III secolo i rinvii allo schema dell'*aequitas* da parte delle cancellerie palesano una tendenza al rapido declino, sul piano quantititativo 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 momento[321]. 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 *misericordia* 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 giustizia[323].

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 propsttiva 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 ragguaglio 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, 'misericordia' 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* giustinianeo, sotto il Titolo *De iudiciis*:

CI. 3.1.8: *Placuit in omnibus rebus preacipuam 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 giustinianei, 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 disposizione[325] (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 dalla 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 evidenzato 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 pervenuteci, 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 dominato 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, Frosini[327] 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 Goria[328] 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 ulpianeo 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. GORIA, *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 *techne*, e ciò significa che la 'tecnica' del *vomos* 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 scoli. 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 *tèchne* (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 giustinianea, 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 giustinianeo 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 immenso[331]. 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 devesse perciò reputare 'ingiusta'; 2) la individuazione dei limiti del potere conferito al giurista, per l'eventualità che la norma idonea a disciplinare una determinava 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 ulpianea (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'enfiterusi, concessa a tre generazioni, nei confronti pure di ulteriori discendenti. Mediante il richiamo al criterio equitativo, il giurista di Sassoferrato (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 Aristolele 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 –gia sopra segnalata- dell'equità invalsa nell'epoca patristica, come *misericordia* 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 sè 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 epieikeiae*: 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 epicheia, 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 ermeneutico[338].

33.- Aequitas *canonica e diritto particolare*

E' un dato di fatto che a partire dall'età giustinianea e fino alle codificazioni moderne la rflessione 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 palesi[339]. 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 guida [340]: *Nihil aliud est aequitas quam Deus*: questo l'emblematico enunciato della Glossa bolognese, attribuibile a Martino[341].

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 christlicle '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 *misericordia, charitas*, *benignitas*, *humanitas*, in aperta contrapposizione alla *iustitia*, 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 intepretazioni: in occasione del centenario grazianeo, 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 arbitaria- 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 autorevole[344] 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, *Isituzioni didiritto 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 *chiaritas* 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'Ostiense[347]. 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* evidenzi 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 significato[348], 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 Cicerone[349].

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 parescriptionibus*, 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 *misericordia*, bensì l'opportunità di agire con severità (*aequitas severitatis*), ove necessario: l'*aequitas* di Graziano si colloca dunque a metà strada tra *rigor* e *misericordia*, 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 tuto 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 Maggiore[354]- "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 prblema 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 espressum , 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 dirittto"[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 anglo-sassone 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 irreversibili 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 uncomplessivo 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 fonte 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 avvalse 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 eleborare 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 sottolieneare attraverso quale processo storico e mediante quale canale il principio di equità già operante nel continente si propagò nell'area di common law[358]. 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 dela concezione moderna del contratto[359].

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 giuridiche[360].

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 unitaria[362]; 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. HOBBES, *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, nonchè, 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 acknoledgment 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.

ROBERTO CALVO

L'equità nel diritto civile

(studio sull'attualità della sentenza celsina "ius est ars boni et aequi")[*]

Sommario: 1. Il valore metastorico della formula «ius est ars boni et aequi». – 2. Diritto, giustizia ed equità. – 3. L'irragionevolezza delle norme imponenti gerarchie interpretative. – 4. L'argomento naturalistico. – 5. Il plusvalore etico del diritto privato. – 6. Il diritto civile tra tecnica e politica. L'esempio della presupposizione. – 7. Il fatto come base di legittimazione delle regole. – 8. Gerarchie aformali. – 9. L'equità nel diritto «vivente». – 10. Autonomia privata, equilibrio contrattuale e giustizia commutativa. – 11. (*Segue*). Il problema della penale iniqua. – 12. Giurisdizione d'equità e giustizia «crepuscolare».

1. *Il valore metastorico della formula* «ius est ars boni et aequi».

Sentenziava Celso che «il diritto è l'arte del buono e dell'equo» ([1]). La fortunata definizione colpisce nel segno perché è utile a svelare – contro la pedagogia formalistica teorizzata dalla dottrina pura del diritto – che il fondamento equitativo delle regole positivamente

[*] Relazione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino il 31 gennaio nell'ambito del ciclo di lezioni "Emilio Betti".

([1]) D., 1, 1, 1: il tema è stato di recente indagato a fondo da F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche dei secoli VI-IX e l'anonimo sulla strategia*, in «Aequitas». *Giornate in memoria di P. Silli*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, p. 275 ss. Bisogna segnalare che nel diritto romano classico equità non assumeva il significato etico solo più tardi attribuito al termine dalla filosofia morale cristiana, ma esprimeva il principio di *iustitia*, intesa come uniforme trattamento dei cittadini da parte della magistratura. *Aequum* era dunque un sinonimo di *iustum*: cfr. H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 1982, p. 210; M. KASER e R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., München, 2003, p. 35; W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, trad. it., Padova, 2002, p. 148. Quanto ai rapporti tra formula celsina e identificazione del diritto nei tre *praecepta* (*honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuere*) v. F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Diritto e storia*, 4/2005, *passim*. I nessi tra giustizia e religione sono presi in considerazione da P. KRÜCKMANN, *Einführung in das Recht*, Tübingen, 1912, p. 131; e da V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, p. 18 s.

sancite non costituisce una mera ambizione del legislatore illuminato, ma si eleva a imprescindibile argomento di validità del *ius positum*.

Arte significava talento o profonda sapienza nella creazione e applicazione delle regole ([2]). Più in generale, la stessa tecnica legislativa si eleva a dignità di arte ([3]). L'avvicinamento non è eterodosso o irriverente. Arte è qui intesa non solo come manifestazione di eleganza e di stile nell'elaborazione del pensiero del potere deliberante e nella sua traduzione in un sistema ordinato, ma anche come insieme di regole e insegnamenti, radicati nella tradizione e sottoposti sempre alla prova di resistenza dei fatti, funzionali alla tessitura armonica dell'universo normativo ([4]).

Si può così dire: l'equità compenetra il diritto; il diritto senza equità è come un corpo che non si lascia vibrare dall'anima; il valore sostanziale del diritto è ravvisabile quando realizzi un ordine sociale giusto ([5]). Nel rigore logico imposto dal suddetto finalismo l'antiformalista ravvisa l'autorità sostanziale della legge ([6]).

Ora, la difesa del diritto equo rappresenta un impegno per la libertà assodato che il diritto non è un «ordine cieco», ma è «ordine cosciente», ossia un ordine ancorato ai valori della umanità, tolleranza, coerenza e giustizia ([7]).

In quest'ordine d'idee svetta il pensiero di Montesquieu il quale ritenne imprescindibile la ricerca dei rapporti di equità preesistenti alla legge positiva che li determina ([8]).

([2]) G.M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 8; O. CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Annali Sem. giur. Univ. Catania*, 1934, p. 293; H. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 209.

([3]) Nello stesso senso v. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1780), I, Napoli, 1998 (rist.), p. 125; F. SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino, 1835, rist. a cura di Pene Vidari (1996), p. 3. Anche F. CARNELUTTI, *Scienza o arte della legislazione*?, in *Dir. econ.*, 1960, p. 824, riconobbe che «se la legislazione è arte, la *scienza della legislazione* si risolverebbe in *scienza dell'arte* […]. Il vero è che l'arte è l'ultima fase di un processo, che comincia con la scienza, prosegue con la tecnica e, infine, mette capo all'arte» (corsivi originali); cfr. pure ID., *Arte del diritto*, Padova, 1949, p. *passim*; ID., *Arte del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, p. 130 s.; S. EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst*, Tübingen, 2006, *passim*; B. MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen, 2004, *passim*; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, Heidelberg, 1982, p. 223.

([4]) F. GALGANO, *Il diritto e le altre altri. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna, 2009, 37 ss.; F. GALLO, *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustinianeo e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica*: *conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *Europa dir. priv.*, 2009, pp. 640 e 657.

([5]) L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1080.

([6]) J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, MDCCV, p. xvij.

([7]) F. GALLO, *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustinianeo e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica*: *conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, cit., p. 659, il quale giustamente osserva che «Tutto il diritto, sia legislativo che consuetudinario, deve rispondere ai criteri del *bonum et aequum*, il che mette necessariamente in gioco la valutazione umana»; M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, Torino, 1972, p. 25 s.; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, Heidelberg, 1982, p. 33 s.; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2006, p. 85.

Di fronte all'ingiustizia tradotta in norma l'interesse – autentico pilastro dello Stato moderno – alla certezza delle regole deve cedere il passo alla ragionevolezza del diritto forgiato dalla mente umana ([9]). Non deve sfuggire che il diritto equo va inteso con senso pragmatico: esso, infatti, non si adegua a specifici indirizzi filosofici o ad un *ethos* trascendentale ma, sull'abbrivio della ragione ponderante, assicura il saggio bilanciamento degli interessi in gioco dando a ciascun uomo il suo senza sottrarre quanto spetta agli altri ([10]). Equità significa ricerca d'equilibrio tra situazioni antagonistiche; significa, in altre parole, anteporre il valore della dignità umana a tutto il resto perché quel valore rappresenta il punto di partenza e d'arrivo dell'indagine intorno alle connessioni tra interessi discordanti ([11]).

Viene alla luce la seguente sequenza logica: *a*) la legge è tenuta a rispettare i diritti naturali (ossia i diritti innati e non «posti») dell'uomo e deve nello stesso tempo piegarsi di fronte agli ideali di equità allo scopo di evitare che il *summum ius* degradi in *summa iniura*; *b*) i giudici devono tuttavia applicare la legge scritta senza sostituire il proprio arbitrio a quello dei parlamenti.

È interessante correlare – seguendo l'esempio di Zachariae – il discorso sull'equità a quello in materia di presunzioni e onere della prova. Con riguardo alle presunzioni emerge un invito a favore del loro utilizzo ragionevole e non smodato. Sul versante del contraddittorio processuale il legislatore dovrebbe, di massima, guardarsi dal riconoscere al giudice il potere di completare, lasciandosi trasportare da considerazioni paternalistiche, le lacune probatorie imputabili alla parte su cui ricade l'onere della prova.

Il legalismo appena abbozzato corre allora lungo la direzione che conduce al postulato secondo cui tanto maggiore è la discrezionalità del giudice, tanto più grave è il rischio della imprevedibilità delle decisioni. Ciò non significa equiparare il giudice al «funzionario» dello Stato; si vuole soltanto dire che in quest'àmbito il potere discrezionale va conferito e usato con circospezione e lungimiranza, ossia con la piena consapevolezza degli equilibri ([12]).

([8]) C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it., I, Milano, 1989, p. 148.
([9]) G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it., Torino, s.d. (ma 1958), p. 117.
([10]) G.M. CHIODI, *op. cit*., p. 43.
([11]) G.M. CHIODI, *op. cit*., pp. 80 e 90.
([12]) K.S. ZACHARIAE, *La scienza della legislazione* (1806), trad. it., Napoli, 2010, p. 84 ss.

Il diritto diventa ricerca incessante di giuste misure e proporzioni tra l'«io» e gli «altri» e cioè tra bene individuale e bene comune; spezzando questo dialogo d'armonie e consonanze si arriva sempre alla detronizzazione della funzione sociale del diritto privato. Per racchiudere l'intima essenza di queste riflessioni in una formula si può dire che come non c'è spazio per un diritto senza società, nel quale regni incontrastata la legge del più forte, così non c'è diritto in una società che annichilisce l'uomo sacrificando costantemente l'individuo allo Stato.

Sarebbe però imprudente confondere i piani del discorso capovolgendo le gerarchie dei valori, relativi a beni della vita apparentemente equipollenti, nell'intento di piegarli alle dottrine asservite alla sete di dominio dell'uomo sull'uomo, come potrebbe accadere allorché l'esaltazione del benessere collettivo diventasse un'arma per imporre ideologie illiberali, innalzate a dogma da coloro i quali, succubi della brama d'onnipotenza annebbiante la mente dei tiranni, aspirano a incarnare le funzioni di custodi infallibili del sommamente giusto ([13]). Una volta ammesso che il diritto equo esige la condizione di sottomissione della libertà personale alla libertà collettiva si è ad un passo dalla rupe del diritto degenerato (ovvero, del *de profundis* del diritto), il quale sottraendo all'essere la propria individualità accosta la nozione di *ius* alla protezione dei «connazionali» (o, peggio ancóra, dei «connazionali» della stessa razza) ([14]), protezione acclamata dalle ideologie antindividualistiche (di lì il riferimento alla «Gemeinschaftsideologie») ([15]) postulanti l'inesistenza dei diritti del singolo nei confronti dello Stato a causa della loro asserita inconciliabilità con la «volksgenössischen Rechtsstellung» ([16]).

In questo clima di tensioni sociali il contratto perdeva la sua natura di strumento d'autodeterminazione per assumere i panni del congegno che doveva concorrere alla realizzazione dell'interesse superindividuale pianificato dall'autorità costituita ([17]). Gli indelebili segni del tempo rendono immortale il senso d'inquietudine e di profondo smarrimento che s'avverte volgendo lo sguardo alle laceranti esperienze antilegalitarie del Novecento acco-

([13]) Cfr. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, 1988, spec. p. 42 ss.; L. RAISER, *Il compito del diritto privato* (1977), trad. it., Milano, 1990, p. 11 ss.
([14]) Cfr. L. RAISER, *op. cit.*, p. 13.
([15]) B. RÜTHERS, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *Juristenzeitung*, 2006, p. 53 ss., spec. p. 55.
([16]) B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., p. 43.
([17]) L. RAISER, *op. cit.*, p. 87.

munate dall'ingiusta devitalizzazione della sfera d'azione individuale ([18]). Quelle esperienze rafforzano la convinzione che il diritto si trasforma in «antidiritto», e cioè nel suo esatto opposto quando la norma positiva neghi la ragione e l'individualità ([19]).

Sarebbe però altrettanto azzardato indulgere alle richieste del liberismo radicale, che esaltano le dottrine dell'uomo isolato o dell'uno contro tutti. La vocazione alla ragionevolezza del diritto privato suggerisce l'uso di meccanismi correttivi che fissino, grazie alla «energia dignitosa della solidarietà» ([20]), le necessarie barriere all'uso smodato dei diritti soggettivi. È difatti vero che «l'individuo non esiste e non prospera se non esiste e non prospera la società» ([21]).

L'«arte» del giusprivatista deve essere d'ausilio alla razionalizzazione di bisogni eterogenei, per garantire l'equilibrio dei poteri pubblici e privati, per evirare la mortificazione della personalità quando essa vada incontro all'annientamento figlio del prepotere esercitato dalle istituzioni o dall'egoismo dei singoli ([22]). Volendo citare alcuni esempi, diremo che quell'estro creativo, sospinto dalla genialità pratica, è stato all'altezza delle aspettative e della tradizione plurisecolare quando ha consegnato al diritto vivente la teoria della presupposizione o del fondamento negoziale, quando ha attenuato il vincolo tra colpa e imputabilità tramite la responsabilità oggettiva allacciata alla semplice creazione del rischio ([23]), ed ancóra quando l'*ars iuris civilis* è scesa in campo nella lotta contro le clausole vessatorie e la tirannia del potere monopolistico ([24]). Il legame che esiste tra questi istituti esprime la nota distintiva del diritto privato nella misura in cui riesce a garantire che la libertà d'iniziativa del singolo spezzi la libertà altrui, piegando all'interesse del più forte l'individualità del consociato economicamente ([25]).

In quest'ordine d'idee non basta il rispetto delle regole formali sulla produzione introdotte dalla fonte primaria per affermare che il diritto scritto è il risultato del legittimo e-

([18]) L. RAISER, *op. cit.*, p. 29.
([19]) L. RAISER, *op. cit.*, p. 45.
([20]) C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902, p. 5; v. anche M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 31, il quale rammenta che «non c'è società senza individualità».
([21]) C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 4.
([22]) L. RAISER, *op. cit.*, p. 58 s.
([23]) Cfr. J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929, p. 557.
([24]) C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 12.
([25]) L. RAISER, *op. cit.*, p. 63.

sercizio della *potestas legis edicendi* ([26]), ma occorre altresì accertare che la norma così posta si adegui all'argomento di ragione che è tradito quando essa rappresenti – alla luce dei valori universali da cui scaturisce il patto politico-sociale sanzionato dalla legge essenziale dello Stato – un torto legale ([27]).

Tanto per intenderci, sarebbe ingiusto un sistema di regole che allo scopo d'assicurare la libertà di autodeterminazione dell'individuo si disinteressasse delle fratture sociali create dall'uso abusivo di questa libertà a danno dei più deboli, asserviti di fatto all'illimitata supremazia dei pochi ([28]). Altro discorso è quello che concerne la scelta dei mezzi utili al raggiungimento del citato traguardo. In estrema sintesi, due sono le possibilità: o si circoscrive l'intervento del legislatore all'area della concorrenza perché si è convinti che la «dittatura da contrattato» trovi terreno fertile proprio là dove manchi un'efficace politica antimonopolistica ([29]), oppure a fianco della disciplina preordinata al controllo delle concentrazioni diventa essenziale integrare i *tria praecepta* associando al «suum quique tribuere» l'indispensabilità della tutela, invocata dai soggetti economicamente deboli, attraverso una legislazione che prediliga – e, come ben noto, questa è la tesi che ha avuto il sopravvento – la reazione alle clausole uniformi allocanti il rischio dell'affare secondo criteri sommamente iniqui ([30]).

La legge scellerata tradisce l'aspirazione alla giustizia ed equità del diritto privato, che dovrebbe costituire il motivo conduttore della produzione normativa in modo da garantire attraverso decisioni altrettanto giuste la pace sociale e l'armonica convivenza tra interessi conflittuali ([31]). Di qui il verdetto d'inattualità della giurisprudenza concettuale e avalutativa,

([26]) Cfr., in luogo di molti, V. VILLA, *Il positivismo giuridico*: *metodi*, *teorie e giudizi di valore*. *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, p. 54 ss.

([27]) È dunque vero che occorre «guardare in faccia la realtà, riconoscendo l'assurdità insita nel ritenere che la forma procedurale abbia in se stessa una forza sanante o rigeneratrice, atta a rendere giuridicamente accettabili prescrizioni malvagie o insensate»: F. GALLO, *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustinianeo e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica*: *conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, cit., p. 673; v. anche G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, I, Napoli, 1982, p. 125 ss.; A. DONATI, *Giusnaturalismo e giuspositivismo nella interpretazione della norma giuridica*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, I, Milano, 2006, p. 97 ss.

([28]) H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, p. 37 s.

([29]) W. GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin-New York, 1995, p. 12 s.

([30]) C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 12; H. WEITNAUER, *Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht*, Karlsruhe, 1975, pp. 42 e 62.

([31]) G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, München, 1978, p. 36; P. KRÜCKMANN, *Einführung in das Recht*, cit., *loc. cit.*; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9. Aufl., München, 2005, p. 8.

esaltatrice dello sterile purismo delle categorie giuridiche organizzate tramite un raffinato verticismo concettuale (sostanziantesi nella «parte generale» che diventa il cardine di tutto il sistema) ([32]), neutro sotto il profilo teleologico.

Le disuguaglianze sociali e le disparità di potere fra imprenditore e lavoratore, tra grande produttore e piccolo commerciante restano fenomeni perlopiù sottovalutati dal liberalismo ottocentesco, che tratta i protagonisti del traffico giuridico come pari ([33]). Su questa strada il diritto tende a isolarsi nella sfera del «neopurismo», laddove il lavoro di giurista anziché trarre il proprio antefatto dall'esperienza pratica si autoalimenta dalla fonte della speculazione. In verità, tale fonte rischia di provocare uno iato tra il mondo del diritto e la materialità delle cose la quale dovrebbe costituire l'imprescindibile punto di riferimento del legislatore ([34]). Bisogna sempre tenere a mente che il libro dei fatti non può essere trascurato da chi compone le «opere» legislative.

Possiamo approssimativamente affermare che il legislatore si trova sovente stretto tra due assi: da un canto s'afaccia pretesa dei ceti dominanti di poter contare su statuti adatti a realizzare il proprio tornaconto; dall'altro incalza il bisogno d'assicurare non solo a ciascuno il suo (difendendo le legittime *chance* di realizzare la personalità di ognuno compatibilmente con l'esigenza di non violare la personalità altrui), ma altresì la messa a punto di meccanismi capaci d'attenuare l'asprezza del meccanismo sinallagmatico quando rischi d'incrinare l'assolutezza della dignità umana. Questo discorso non sfocia nella scelta di campo tra giustizia commutativa e distributiva, ma incoraggia casomai la reazione del sistema quando diventino attuali i pericoli cagionati dalla nudità dell'esistenza abbandonata a se stessa. Un esempio del rappresentato contemperamento è offerto dall'art. 36, comma 1°, Cost.: il lavoratore subordinato ha diritto a una retribuzione commisurata alla quantità e qualità di lavoro prestato, fermo restando il distacco dai criteri saldati all'inflessibile equilibrio tra presta-

([32]) Cfr. A. RIEG, *Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle*, in *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 32.
([33]) C. JOERGES, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg, 1981, p. 18; F. LUCARELLI, *Modelli privatistici e diritti soggettivi*, Padova, 1990, p. 9; W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied-Darmstadt, 1972, p. 59; v. anche V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 8.
([34]) P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 4.

zioni corrispettive allorché la somma di danaro che ne consegue sia insufficiente ad assicurare a sé e ai suoi familiari le minimali esigenze esistenziali ([35]).

Qui non c'è spazio per l'arido relativismo ([36]): di fronte all'universalità dei valori avvolgenti le costituzioni democratiche, che s'intrecciano al caposaldo della dignità umana nel suo incessante fluire dal nulla all'essere, la legge positiva non può trincerarsi a ridosso dell'asserita onnipotenza del legislatore, perché questa inclinazione formalistica s'infrange contro l'obiezione che così risuona: l'autorità normativa, non essendo padrona assoluta della legge, non può far dire ad essa qualsiasi cosa, sino a trasformare la giustizia in ingiustizia, il sistema in «antisistema» ([37]). Se è vero che neppure la Costituzione è un dogma immutabile ([38]), è altrettanto vero che all'incessante evoluzione del tessuto sociale fa da contrappeso la fissità dei valori che vivono costantemente nell'uomo al riparo dalle mode e dai mutamenti del tempo e del costume. Non si tratta di fare l'apologia del conservatorismo ([39]); si vuole soltanto riconoscere l'assolutezza dei valori costitutivi la personalità umana.

Dalla prospettiva che ora interessa concetti (ricchi di suggestioni ideologiche) come libertà di pensiero, libertà testamentaria e contrattuale in uno con la legittimazione della proprietà privata, non sono formule prive di contenuto o note scritte su un pentagramma cui manca la tonalità, ma forgiano i «mattoni» dell'ordinamento economico-liberale ([40]).

Una considerazione a sé merita la successione *mortis causa*, innescata da un fatto naturale implicante l'«estinzione» della persona fisica ([41]), sostanziantesi in una vicenda attributivo-traslativa per effetto della quale il patrimonio del *de cuius* viene offerto (se si tratta di successione a titolo universale) o *ipso iure* assegnato (in caso di successione a titolo particolare) a terzi, chiamati a subentrare nella sua titolarità. La morte dell'individuo importa che il suo patrimonio unitariamente inteso rimanga per un certo periodo senza soggetto, vale a

([35]) Cfr., in luogo di molti, G. GHEZZI e U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, 3ª ed., Bologna, 1995, p. 238; I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, Padova, 1997, p. 139 ss.
([36]) Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968, 4ª ed.), trad. it., Milano, 1970, p. 202.
([37]) Cfr. G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 233 s.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 154.
([38]) M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 29.
([39]) Al riguardo v. i giusti rilievi di J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, cit., p. 244 ss.
([40]) H. SCHLOSSER, *Zivilrecht für 100 Jahre*? *– Das janusköpfige Bürgerliche Gesetzbuch*, in ID. (*Hrsg.*), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996*, Heidelberg, 1997, p. 10; v. inoltre P. FAHR, *Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und § 8 AGBG*, München, 1999, p. 65 s.; G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München, 1982, p. 10.
([41]) V. N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 154 s.

dire entro un cono d'ombra destinato ad «illuminarsi» grazie al subentro nella titolarità assurgente a vicenda immancabile. Fuor di metafora, l'effetto ultimo della successione è per l'appunto preordinato a oltrepassare l'anzidetto stato di transitorietà riannodando il patrimonio ereditario alla persona designata dal testatore oppure individuata dallo statuto sulla successione intestata ([42]). Sicché la morte costituisce il logico antecedente della successione, che dà ad essa la spinta propulsiva ([43]). Ne consegue che la vocazione ereditaria e l'acquisto del patrimonio si attuano necessariamente, costituendo vicende correlate alla morte della persona fisica ([44]). Ogni consociato ha dunque almeno un successibile che non può non esserci.

Restano eccezionalmente fuori della vicenda successoria i diritti indissociabili dal loro titolare. Si tratta di posizioni soggettive talmente inerenti al *dominus* che non possono sopravvivergli; ne viene che in situazioni del genere diritto e persona si compenetrano così intensamente da rendere inseparabile la loro riduzione a unità ([45]).

Non è senza significato che l'ordinamento, attraverso la disciplina sui poteri cautelari del chiamato *ante* accettazione (art. 460 c.c.) ([46]) e sull'eredità giacente (artt. 528 ss. c.c.), garantisca la tutela provvisoria del patrimonio relitto; si tratta di amministrazioni con finalità conservativa promosse nell'interesse di colui che lo acquisirà per effetto della vocazione testamentaria (artt. 587 ss. c.c.) o legittima (*ex* artt. 565 ss. c.c.).

([42]) È stato scritto con tono suadente che «L'effetto successorio non consiste nello stabilire una possibilità di pretendere né nel riconoscere a taluno la qualità astratta di destinatario di giudizî normativi, ma nel congiungere un diritto preesistente ad una persona determinata, cioè nell'assumere questa a centro di imputazione di quello. Diritto e persona del successore sono i poli, tra cui l'effetto si svolge: in quanto tali, esso deve trovarli, concretamente determinati, nello stadio della fattispecie generatrice»: N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 110 (v. anche *ivi*, p. 125).

([43]) L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 1, Napoli, 1959, p. 41; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 8 s. È allora vero – come scrive N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 178 – che «Il testamento non ha l'ufficio causale della morte: esso è fattispecie minore o secondaria, poiché enuncia il modo in cui deve svolgersi l'effetto, ricollegato alla fattispecie primaria o maggiore».

([44]) R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 34.

([45]) A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, p. 7.

([46]) Detta disposizione, tra l'altro, là dove stabilisce che i chiamati all'eredità sono legittimati ad esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni relitti senza bisogno di materiale apprensione degli stessi, obbedisce all'esigenza che nel periodo tra la delazione e accettazione il patrimonio caduto in successione non sia lasciato indifeso contro gli spogli e le turbative. In applicazione di siffatta regola si ritiene che i predetti chiamati possano anche proseguire il giudizio possessorio iniziato dal proprio dante causa: Cass., 8 aprile 2002, n. 4991, in *Arch. civ.*, 2003, p. 230.

Orbene, un ordinamento giuridico che si disinteressasse di limitare nel tempo l'evocata *vacatio patrimonii* finirebbe con il creare fratture politico-economiche di rilevante entità, perché dischiuderebbe le porte alla trasmutazione delle cose lasciate dal defunto in *res nullius*, suscettibili d'occupazione. Si aprirebbe così una sorta di lotta alla conquista dei beni relitti, fonte di *caos* socioeconomico e d'ingiustificate cause d'arricchimento generico ([47]). Le lacerazioni prodotte dall'adombrata eventualità renderebbero sommamente ingiusto il sistema successorio così impostato. Per aggirare la temuta degenerazione vale il già evocato principio secondo cui nessuna persona fisica può impedire che alla sua morte il patrimonio venga assegnato ad un terzo; in effetti, tale divieto evita il permanere *sine die* del disordine e dell'instabilità cagionati dalla presenza d'ingenti patrimoni senza soggetto. Insomma, un successore ci deve necessariamente essere proprio allo scopo d'impedire la deriva sopra descritta ([48]).

La persona capace d'agire (art. 591 c.c.) è libera, tramite testamento, di prestabilire l'assetto del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Tale libertà è espressione dell'autonomia negoziale in materia di negozi *mortis causa* (art. 587 c.c.); essa è assoluta perché s'esprime non solo nella *pars costruens* (è chiara l'allusione alla volontà istitutiva), ma anche in funzione *destruens* essendo sempre legittimato il testatore a ritornare sui suoi passi modificando o revocando le disposizioni antecedenti sino al momento della morte (art. 679 c.c.).

Attraverso il negozio di ultima volontà il disponente sceglie i successibili assecondando i propri intendimenti: ad esempio, può nominare un solo erede universale, oppure istituire due o più chiamati in una frazione aritmetica (la metà, un terzo, ecc.) del patrimonio (art. 588, comma 1°, c.c.) ([49]). Nello stesso tempo il testatore ha facoltà d'attribuire beni de-

([47]) A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 37ª ed., Padova, 1997, p. 808. In proposito A. FALZEA, *op. loc. cit.*, ha scritto che «È interesse della comunità giuridica – *interest rei pubblicae* –, che le situazioni di interesse rimaste prive di un interessato vivente si acquisiscano ad un altro interessato vivente. Su questo interesse della comunità giuridica è innestato il ramo del diritto dedicato alle successioni».

([48]) È stato osservato da L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 1, cit., p. 57 s., che «non si può dire che manchi alcun legame tra diritti ereditari e soggetto (chiamato) durante la *vocatio*: un legame vi è. Esso è *mediato*, perché frattanto l'erede ha il diritto a farli propri (diritto al diritto), cioè un diritto che ha quelli per oggetto. Pertanto, vi è un soggetto, almeno mediato di quei diritti che quindi non possono dirsi *sic et simpliciter* diritti o beni senza soggetto come avverrebbe se si trattasse di *res nullius*» (corsivi originali); v. anche L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 2ª ed., Milano, 1944, p. 22; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, Torino, 1959, p. 1.

([49]) C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1948, p. 9.

terminati a titolo di legato, fermo restando che l'assegnazione di cose specificamente individuate integra gli estremi della vocazione universale quando la partizione in natura sia illustrativa dell'intento di realizzare il riparto per quote (art. 588, comma 2°, c.c.) ([50]).

Orbene, i rilievi che precedono dimostrano in qual misura la pretesa dell'essere umano di gestire liberamente il proprio patrimonio sia indispensabile per completare la personalità nel suo continuo ed incessante divenire; è difatti fuori discussione che i tratti distintivi dell'«io» possono altresì trovare piena concretazione mediante l'esercizio discrezionale del potere di disposizione dei diritti sulle cose. Il negozio giuridico diventa pertanto strumento d'affermazione dell'individualità; appurato questo, non si può alla fine disconoscere che ci stiamo occupando di libertà le quali inevitabilmente finiscono con l'assumere rilievo deontologico ai sensi dell'art. 2 Cost. ([51]).

Serve osservare, per avvicinarsi viepiù al tema di queste pagine, che negare la libertà testamentaria genererebbe l'effetto di comprimere, tra l'altro, il diritto di proprietà sulla base dell'assunto – davvero eterodosso – che il *ius in re* dovrebbe estinguersi con la morte del *dominus*. È pur vero che l'imputazione di diritti dissaldata dall'impiego di risorse ricavate dal proprio lavoro potrebbe rappresentare una conseguenza dal discutibile risvolto etico fomentatrice di disuguaglianze e di rendite di posizione ([52]); tuttavia, sottrarre al proprietario il diritto di pianificare la sua successione tramite il potere che si esprime nell'autodeterminazione scevra da condizionamenti esterni avrebbe un effetto ancor più devastante, perché si tradurrebbe – come avvertimmo – in una forma d'odioso ed illiberale ostacolo al completo sviluppo dell'individualità.

Seguendo le esposte tracce si arriva a toccare un nodo cruciale: proibire la successione tra privati significherebbe non solo scoraggiare l'iniziativa individuale, ma anche sacrificare lo spirito di guadagno e risparmio; un sistema che s'adeguasse alle immaginate logiche finirebbe, osserverei quasi inevitabilmente, con il devitalizzare gli incentivi per il lavoro

([50]) C. GANGI, *op. loc. cit.*
([51]) Il punto è ben colto da M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 16.
([52]) P. RESCIGNO, *Una breve premessa*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, cit., p. 94.

produttivo favorendo l'arida dispersione della ricchezza ([53]). È infatti evidente che i consociati sarebbero disincentivati al consumo moderato in previsione di necessità future e all'impiego socialmente utile delle proprie energie produttive se la loro ricchezza dovesse dissolversi con l'estinzione della persona fisica ([54]).

Per arricchire il quadro si tenga a mente che la sistemazione per testamento o per legge del patrimonio lasciato dall'ereditando serve non solo in funzione attributiva d'utilità, ma assume anche rilievo in termini di ordine pubblico economico siccome allo scopo di garantire il subentro nei rapporti attivi e (segnatamente) passivi diventa necessità impellente che il vincolo obbligatorio sopravviva alla morte della parte, a meno che la natura del rapporto non giustifichi una diversa conseguenza ([55]). La garanzia generica *ex* art. 2740 c.c. esige la ricongiunzione tra patrimonio e titolarità, in assenza della quale la massa dei creditori rischierebbe la deprivazione della garanzia stessa a causa della dispersione dei beni relitti. Da qui l'interesse di tutelare i creditori in maniera da permettere loro d'agire contro il successore a titolo universale impedendo che la morte porti alla generalizzata estinzione dei vincoli obbligatori.

2. *Diritto, giustizia ed equità.*

Il diritto ingiusto, iniquo, irragionevole, è dunque una contraddizione lampante perché l'equità «è il diritto e tutto il diritto; il diritto è equità ed esclusivamente equità» ([56]). Costituisce infatti una persuasione dalle antichissime radici che il *ius* non possa vivere ove si

([53]) G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, a cura di Fuccillo, Napoli, 2002, p. 68; S. CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994, p. 89; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 5e éd., Paris, 1998, p. 26 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 809.
([54]) M. D'AMELIO, *Dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, p. 2.
([55]) Si rifletta sul rilievo che è ragionevole che determinate relazioni giuridiche non possano continuare oltre la vita della parte: la mente corre ai vincoli di natura fiduciaria, ai diritti intimamente legati al bisogno individuale e alle prestazioni infungibili di fare: cfr. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, cit., p. 5 s.; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI e G. MARINARO, *Princìpi e limiti*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Napoli, 2007, p. 915 s.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 11ª ed. (rist.), Napoli, 1995, p. 561.
([56]) G.M. CHIODI, *Equità*, cit., p. 11.

recida il cordone ombelicale che lo lega alla giustizia, la quale – lasciandoci attrarre dai magnetismi della metafora – assurge a *mater iustititia* ([57]).

L'equità è indissociabile dalla giustizia costituendone la sua naturale virtù così come, per contrappunto, il bene è antitetico al male e la dissennatezza e l'irrazionalità sono nemiche irriducibili della ragionevolezza e dell'equilibrato esercizio del potere. È il caso d'insistere sul fatto che l'accennato fondamento metastorico del diritto come arte del buono e dell'equo, assieme ai valori etici racchiusi in tale definizione, pongono il sigillo all'idea che il diritto privato snaturi la propria vocazione quando per mano del legislatore poco illuminato o di giudici imprudenti si trasfiguri in mezzo di prevaricazione o di dominio ([58]).

Questa contraddizione sfugge al positivismo giuridico, mentre è senz'altro ravvisata dalla giurisprudenza dei valori che mette in guardia dalle trappole illiberali nelle quali, come si diceva, può cadere il formalismo giuridico quando cede il passo agli orientamenti convertenti il giudice in funzionario e il legislatore in fedele esecutore della *Weltanschauung* totalitaria[59]. L'arma dell'equità, unita al criterio della ragionevolezza in un tutt'uno che prende le forme della giustizia universalmente valida ([60]), consente al giudice di cogliere, attraverso l'attento bilanciamento degli interessi antagonistici coinvolti nel moto perpetuo tra tesi e antitesi, le impressioni, i sentimenti e i valori della società del suo tempo, per armonizzarli alle direttive e ai programmi contessenti le trame della legge fondamentale ([61]).

Da quanto precede affiora che l'equità – vera e propria quintessenza del diritto – deve ispirare sia il lavoro del legislatore, sia quello delle corti. Il diritto decretato non può difatti essere dissaldato dalle esperienze applicative della giurisprudenza pratica; l'equità deve allora riverberarsi sia sulla fase – per così dire – ascendente, volta alla formazione delle regole scritte, sia su quella discendente, preordinata alla loro attuazione. Ragionando secondo questa prospettiva ne viene che il *ius* diventa arte del buono e dell'equo quando la ragione

([57]) V. PIANO MORTARI, Aequitas *e* ius *nell'umanesimo giuridico francese*, Roma, 1997, p. 148.
([58]) L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 5.
([59]) G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 232; su questo tema v. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., *passim*.
([60]) Cfr. P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, nota a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1150.
([61]) P. RESCIGNO, *L'errore sulla nazionalità del coniuge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 950.

valutante, rischiarata dai raggi dell'assiologia costituzionale e della difesa dei valori preesistenti alla *Grundnorm*, segni la strada e del potere sovrano e del diritto «vivente» ([62]).

Il dialogo tra magistrato e legislatore – riguardo al quale la dottrina si trova in una posizione mediana, che le consente di fungere da elemento coesivo tra autorità normativa e potere giudicante – deve essere permeabile all'argomento naturalistico, che diffida dell'onniscienza del legislatore stesso e della completezza della legislazione ([63]). Il valore che si esprime nella certezza delle regole positive non rappresenta in sé e per sé l'alfa e l'omega dello Stato di diritto. Prova ne sia che dinanzi all'ammissione della fallibilità dei parlamenti e in opposizione al metodo della sussunzione, professato di chi accosta l'ordinamento giuridico a una specie di struttura gerarchica entro la quale sono incastonabili le norme positive disciplinanti in modo esaustivo la totalità delle vicende umane, l'interprete deve anteporre all'arbitrio del legislatore i valori coeterni dell'equità e ragionevolezza per non correre l'azzardo di agire *contra aequitatem iustitiae et contra bonum* ([64]).

3. *L'irragionevolezza delle norme imponenti gerarchie interpretative.*

In questa cornice il legislatore, nell'esercizio dell'attività creativa di regole generali e astratte (*Gesetzgestaltung*), dovrebbe ispirarsi alle direttive del *pactum societatis*; dopo di che spetta ai giudici applicare (*Gesetzanwendung*) le leggi in modo conforme alle norme di principio espresse nelle tavole dell'ordinamento. In caso di lacuna tocca all'interprete trarre dal sistema le direttive generali atte a risolvere il caso dubbio. Ne consegue che dal raffronto di esperienze e conoscenze il magistrato è tenuto ad anteporre il dover essere all'essere, i valori sorreggenti il sistema alle regole di dettaglio, le proposizioni essenziali della scienza giuridica ([65]) alle norme particolari, sì da assicurare la sopravvivenza degli ideali cui aspirò il Costituente ([66]).

([62]) Cfr. A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, spec. p. 28 s.
([63]) J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1964, p. 63.
([64]) Cfr. V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 149.
[65] Ossia, le idee da cui «si trae l'incominciamento o la base de' nostri giudizi»: F. SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino, 1835, rist. a cura di Pene Vidari (1996), p. 19.
([66]) Cfr. A. GIULIANI, *Intervento*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., p. 15.

Nella ricerca della regola che serve a plasmare l'ordinamento del caso concreto mal si confanno i criteri gerarchici, rispondenti alla logica formale, previsti negli artt. 12, comma 1°, prel. ([67]), e 1362, comma 1°, c.c. ([68]). Entrambe le disposizioni presuppongono il primato dell'interpretazione letterale avallato dalla massima *in claris non fit interpretatio*. Dalla gerarchia normativa dei canoni ermeneutici riusciamo a scorgere i postulati illuministici – portati alle estreme conseguenze dal normativismo oltranzista – accreditanti un'autentica venerazione per il diritto scritto, cui si assegnava la capacità d'esprimere compiutamente la *recta ratio* dell'ordine precostituito.

L'argomento *a priori*, che condiziona (pur su fronti d'impari estensione) ambedue le disposizioni, è imposto dalla diffidenza verso il libero discernimento del giudice nella ricerca della *recta ratio*. Quella diffidenza nasceva da un fraintendimento, perché la previa identificazione del bisogno motivante l'intervento del legislatore non conduceva all'applicazione di una norma *contra legem*, ma significava trovare la regola che più si addicesse alla soluzione della disputa grazie al dialogo fecondo tra giudice e *ius* come arte del buono e dell'equo nell'universo dei princìpi generali e delle linee-guida del sistema.

Non v'è dubbio che incatenare il giudice alla verità lampante del dettato legislativo significa consideralo alla maniera – oramai datata – di un burocrate che echeggia né più né meno la volontà del legislatore cui è vincolato tramite il *medium* del diritto positivo ([69]). Ma non pare meno vero che questa spiegazione rischia da un lato d'indebolire l'insegnamento che spezza – attraverso un procedimento d'oggettivazione – il nesso di discendenza della legge scritta dal potere sovrano, dall'altro di ricadere in esperienze antidemocratiche che tramite analoghi trascinamenti sulla riva del diritto «degenerato» asservirono – è il caso di ripeterlo – la «vecchia» legge scritta all'ideologia imperante (è chiara l'allusione alla *NS-Weltanschauung*) ([70]).

([67]) P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275 ss.
([68]) N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*?, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 723 ss.
([69]) A. GIULIANI, *Dialogo e interpretazione nell'esperienza giuridica*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., spec. p. 6.
([70]) Cfr. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., p. 40 s.

Il passaggio dallo Stato signorile – sclerotizzato dal sistema dei privilegi – a quello fondato sulla tripartizione dei poteri ha avuto come immediato effetto la compressione della discrezionalità magistratuale, surrogata dalla soggezione della giurisdizione alle inflessibili regole scritte dagli organi legislativi ([71]). Sennonché, gli enunciati esprimono una norma che è sempre il frutto del ragionamento dell'interprete, diramantesi lungo le coordinate che tracciano la rotta del singolo episodio litigioso. Il precetto viene dunque estrapolato dall'enunciato per essere poi applicato all'esito dell'indagine che conferisce al fatto il più acconcio abito normativo; se ne deduce che la soluzione del conflitto d'interessi e della tutela dei beni della vita non si esaurisce nel mero accertamento della regola generale ed astratta, ma esige l'adattamento del *ius positum* alle note distintive della controversia dedotta in giudizio. Il magistrato, anche quando applica la disposizione lampante, non si limita ad accertare – alla maniera del solerte esecutore d'ordini superiori – il precetto ma, avvalendosi delle sue capacità analitiche, modella la regola del caso concreto tramite l'imprescindibile passaggio dalla fattispecie tipica ed astratta a quella unica e irripetibile. L'interpretazione, che precede l'applicazione della legge, è sempre una forza del pensiero la quale, manifestandosi nei limiti contrassegnati dalla fattispecie astratta, è opera di creazione espressa nella singola decisione. L'interpretazione è allora sintesi di facoltà razionali che non può annullare la creatività dell'interprete ([72]). Anche la legge chiara e inequivocabile va inserita nel sistema di valori lumeggiati dalla Carta; quell'incastonatura richiede il coordinamento tra frammento e sistema che astrae dall'argomento – prediletto dal giuspositivismo statualistico – grammaticale o letterale ([73]).

Beninteso, una cosa è applicare il diritto in senso stretto altra è riempire di contenuti la clausola generale; la discrezionalità dell'interprete aumenta in modo inversamente proporzionale alla minuziosità del dettato normativo.

Qui affiora una questione. Il giudice, abbandonati i logori panni di bocca parlante della legge messigli addosso da una nota allegoria dell'illuminismo giuridico ([74]) – poi colti-

([71]) Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 168.
([72]) M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 25.
([73]) Cfr. I. FERRANTI, *Interessi permanenti nel diritto privato europeo ed etica contemporanea*, in A. PALAZZO e I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, p. 242 s.
([74]) Se è vero che Montesquieu è il padre dell'allegoria, è anche vero che egli fece ad essa ricorso per giustificare la separazione dei poterei pubblici. Difatti, Montesquieu riconobbe che rientra tra i doveri istituzionali del

vata dalla ortodossia della scuola dell'esegesi – indossa nel moderno Stato liberale le più adatte vesti d'autorità legittimata a sottoporre la regola scritta al setaccio dei valori costituzionali e dei princìpi generali, nel tentativo di verificare costantemente la rispondenza del dato normativo specifico al fondamento legittimante la sua validità metastorica.

Attraverso il descritto procedere, dalla logica della sussunzione si approda alla dottrina della giurisprudenza dei valori e del prudente discernimento, che impone il continuo raffronto tra *Sein* e *Sollen*, ossia tra regola e ideali di equità e ragionevolezza ([75]). In altre parole, il giudice sottostà alla determinazione del potere deliberante; ma questo dovere d'ubbidienza non implica che la giurisdizione debba svilire al ruolo di megafono della *Weltanschauung* parlamentare. All'opposto, significa che il prefigurato vincolo alimentato dalla capacità – derivante dall'uso della ragione – di separare il vero dal falso permette, dopotutto, d'assicurare la perfetta armonia delle sentenze con la massima universalmente valida che considera il *ius* come *ars boni et aequi* ([76]), e che attribuisce alla giurisprudenza il compito di sceverare il giusto dall'ingiusto, l'equo dall'iniquo, il ragionevole dall'irragionevole e così via ([77]).

Volendo tirare le somme del discorso, diventa francamente inevitabile il superamento della visione imperativistica della norma positiva, postulante – sulla base dell'angusta relazione causale tra fatto e precetto – la sua validità grazie alla pura osservanza delle forme ([78]). Al contrario, bisogna interpretare le regole (modellanti tanto la legge statuale quanto l'atto d'autonomia privata) osservando giudizi di valore che non dipendano dall'adespota concezione del giusto e dell'equo del singolo magistrato, ma siano invece compenetrati dai princìpi del sistema. Questi ultimi, ben lungi dalla meccanica assimilazione della regola a semplice fatto, dischiudono le porte del mondo giuridico all'accettazione dei comandi là dove la comunità riconosca ad essi un contenuto di giustizia utile a tradurre in pratica l'ideale della dignitosa esistenza umana svincolata dalle esecrabili catene della sopraffazione usate siste-

magistrato il decidere, in ipotesi di statuti incerti, conformemente allo spirito della legge (*Lo spirito delle leggi*, cit., p. 225).

([75]) Cfr., in luogo di molti, F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975, p. 52 s.

([76]) G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 1.

([77]) Da questo angolo prospettico assume particolare rilievo la definizione ulpinianea di giurisprudenza, la quale è «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia» (D., 1, 1, 10, 2). Cfr. T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, Darmstadt, s.d. (ma 1972), p. 120.

([78]) E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1878, p. 222 s.

maticamente da poco illuminati detentori del potere economico o politico a danno di chi è impotente a difendersi ([79]).

Serve aggiungere che l'accettazione dei comandi da parte dei consociati i quali ne riconoscano la coerenza all'ordine dei valori unenti i tasselli del sistema, consente di raggiungere un risultato ulteriore siccome il precetto condiviso perché ritenuto giusto è più efficace a paragone del precetto subìto perché semplicemente imposto ([80]).

Conviene mettere meglio a fuoco un punto, per evitare fraintendimenti. Assimilare il diritto – sulle orme della definizione celsina – all'arte del buono e dell'equo non significa che il corpo legislativo (con riguardo alla *Gesetzgestaltung*) o l'ordine magistratuale (per quel che invece attiene alla *Gesetzanwendung*), dispongano a piacere dell'estro creativo scandente i tempi del tema da cui si diramano i propositi di giustizia ed equità disgiunti da un'uniforme chiave di lettura. L'ordinamento giuridico è unico e nelle sue maglie l'interprete individua gerarchie formali e assiologiche il contemperamento delle quali dà l'intonazione sia all'attività di formazione delle leggi, sia alla susseguente applicazione.

Continuando a orientare il pensiero al diritto come *ars boni et aequi*, non può trascurarsi d'osservare che il *ius* senza ordine sistematico e sganciato dai valori aggreganti la nervatura deontologica delle norme è come una dottrina senza idee, come un giudice non equidistante, o infine come l'esistenza abbandonata a se stessa siccome staccata dalle condizioni irrinunciabili al completamento umano ([81]).

Per questa strada si arriva a toccare un nodo fondamentale: dal rapporto di tensione fra garanzia dei mezzi e libertà dello scopo affiora l'essenza dello Stato di diritto. Vale a dire, nell'inseguire l'interesse personale non può il capace d'agire mettere a repentaglio il benessere degli altri consociati. L'ordinamento che tollerasse il rischio appena delineato, come una sorta di male inevitabile, non realizzerebbe i valori universali del diritto perché si manifesterebbe cedevole alla presa dell'irragionevolezza e, alla fine, dell'«io» contro «tutti».

([79]) E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, Torino, 1955, p. 86 ss.; M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 31; C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, cit., p. 12.
([80]) M. ELIA, *op. loc. cit.*
([81]) Giova avvertire che il diritto non deve imporre l'assolvimento di un dovere eminentemente etico o spirituale, ma deve piuttosto renderlo possibile come esercizio dei poteri individuali correlati al libero arbitrio e all'autodeterminazione servente alla concretazione della personalità umana nel suo inarrestabile essere e divenire. Detto altrimenti, il diritto è la «misura di libertà esterna, senza la quale non può esistere la libertà interna della decisione etica»: G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 112; v. anche G. VON HOYNINGEN-HUENE, *op. cit.*, p. 12 s.

Com'è facilmente immaginabile, il contemperamento d'opposti interessi e la protezione di antagonistici beni della vita diventa una questione di armonia nell'arte delle scelte: spetta al legislatore prima, e al giudice poi trovare la tonalità che permetta lo sviluppo della personalità umana lontano dalle insidie e dagli odiosi trabocchetti della servitù del bisogno e della prevaricazione del più forte, del più influente o del meglio organizzato[82]. In questo quadro, vale la pena ripetere, formule del tipo *in claris* creano spesso solo un effetto dissonante.

4. *L'argomento naturalistico.*

Ma credo si possa dire di più: quanto sin qui sostenuto non significa che il giudice sia autorizzato ad anteporre la propria idea di giustizia a quella scolpita nel testo della disposizione scritta. Per arricchire lo scenario, si rammenti che neppure la scuola del diritto libero volle emancipare il giudice dai vincoli della legge; semmai egli è autorizzato a spogliarsi dei panni fornitigli dalla dommatica concettuale e degli insegnamenti professati da coloro che riconoscono validità esclusivamente alle norme positive ([83]). Affermare che l'*auctoritas* non possa offendere la *ratio* affondante le radici nel terreno dell'*aequitas* e della *veritas*, implica soltanto che il rispetto delle gerarchie formali è inadatto a ipotizzare una roccaforte inespugnabile che dà riparo all'arbitrio assoluto del legislatore o del giudice. La forza è essenziale per accreditare come giuridica una norma positiva; ma la sola forza non basta a giustificare come vera e valida la regola stessa, perché occorre che l'adempimento del precetto sia legittimato dalla sua giustizia. In breve, «l'autorità morale nelle leggi discende dalla moralità dei doveri primitivi» ([84]).

La premessa invita a riflettere, in aderenza al motto *veritas non auctoritas facit legem*, che la legge scritta non è soltanto il frutto di decisioni prese a maggioranza, ma presuppone

([82]) Nell'abbozzata costellazione non deve sfuggire il ruolo basilare della dommatica, cui spetta – come ricorda a ragione A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, cit., p. 122 – il cómpito di «definire l'attualità e l'aderenza dei suoi princìpi e delle sue categorie ai valori costituzionali».

([83]) In tal senso v., tra gli altri, E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, p. 47 s., secondo cui il «nostro diritto positivo privato è dunque completo, in quanto emanazione della legge, e per virtù propria, senza che sia necessario sottintendere l'esistenza di norme complementari negative o esclusive di limitazioni, le quali abbraccerebbero la sfera di libertà. Un caso che rientri sotto questa norma negativa o esclusiva, è un caso non giuridico, per cui cioè non valgono regole di diritto, e non c'è bisogno di supporre una norma speciale che lo dica».

([84]) F. SCLOPIS, *Della legislazione civile*, cit., p. 10.

l'indagine sulla natura delle cose ([85]), ossia un processo di conoscenza della realtà la quale non può essere falsata dalla positività delle regole costituendo, all'inverso, l'essenziale banco di lavoro dell'attività parlamentare ([86]). L'arte del giurista è appunto quella di trattare l'eguale come eguale e il diverso come diverso, scoprendo mediante l'esplorazione della materialità agevolata dalla bussola dei valori le non effimere ragioni del distinguo ([87]). È stato scritto che conformare la realtà alle categorie dommatiche, asservendo quella a queste, significa creare le premesse del controllo politico-sociale e dell'ideologia del più forte ([88]).

Più in generale, creare diritto non significa dare sfogo alla fantasia umana fine a se stessa, o assecondare le aspirazioni egemoniche di un'*élite* detentrice del potere economico o politico, ma vuol invece dire regolare i fatti affioranti dalla realtà che preesiste alla legislazione nel rispetto del valore imprescindibile della personalità ([89]). Conviene ora rendere esplicito un dato sottinteso: l'argomento naturalistico assume validità euristica perché orienta la discrezionalità e degli organi legislativi, e dell'interprete, specie quando sia chiamato a riempire di contenuti le clausole generali ([90]). È allora chiaro che sarebbe un'autentica iattura dar la briglia sul collo ad una giurisprudenza sfilacciata e priva d'indirizzo, subordinata all'asistematica giustizia del caso concreto così disconoscendo la funzione ordinante dei princìpi generali. Insomma, la nozione di *bonum* ed *aequum* per un verso non può tradire la natura dei fatti, giacché altrimenti detta nozione rischierebbe di valere solo come una categoria astratta che si presta ad essere scacciata dal mondo reale ([91]), per l'altro non può fendere l'unitarietà dell'ordinamento ([92]).

([85]) La natura delle cose indica la logica della materia oggetto di disciplina normativa: cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, II, Milano, 1990, p. 854. Nella stessa direzione già si moveva F. SCLOPIS, *Della legislazione civile*, cit., p. 9 s.

([86]) F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, cit., p. 30 s. Il tema è indagato a fondo da A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 129 ss.; cfr. inoltre M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 24. Contro gli eccessi del giusnaturalismo v. però i moniti di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 18 s.

([87]) L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 11.

([88]) G.M. CHIODI, *Equità*, cit., p. 7 s.

([89]) Cfr. G. VON HOYNINGEN-HUENE, *op. cit.*, p. 16.

([90]) Cfr. N. HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, p. 249.

([91]) G.M. CHIODI, *op. cit.*, p. 8.

([92]) Cfr. G.M. CHIODI, *op. cit.*, p. 76 s.; P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, cit., p. 1149 ss.; I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, cit., pp. 84 e 224 s.; M. ROTONDI, *Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1977, p. 678 s.; R. MARTINO, *Giudizio equitativo e «princìpi informatori della materia»: continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 961 ss., spec. p. 978 s.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 65 ss.; C. TENELLA SILLANI,

L'equità viene così a intersecarsi con la ragionevolezza e con gli ideali di proporzionalità, che esprimono un immanente contenuto di razionalità del diritto ([93]). Eppure la duttilità delle clausole generali non può tradursi nell'attribuzione al giudice di un potere che non gli compete, ossia di correttore del diritto scritto; l'elogio dell'equità e della ragionevolezza andrebbe in tal maniera ben oltre la soglia dell'ordine pubblico costituzionale. Ecco che contro questa deriva si erge l'ostacolo della separazione dei poteri democratici (art. 101, comma 2°, Cost.). Accade allora che se la legge è equivoca delle due l'una: o il magistrato l'applica nel modo più consentaneo alle norme di principio ([94]), oppure la rinvia al tribunale delle leggi ([95]). Richiamando qui rapidamente un tema già affrontato, il giudice è legittimato a colmare la lacuna nella maniera più appropriata al progetto di scansare sconclusionate fratture, secondo il canone che esige parità di trattamento in assenza di una non effimera *ratio distinguendi* (arg. *ex* art. 3 Cost.) ([96]), solo nel caso in cui la regola positiva non enunci alcuna soluzione utile a dirimere la disputa.

L'arbitrato di equità. Modelli, *regole*, *prassi*, Milano, 2006, p. 364 s.; v. inoltre C. ASPRELLA, *La scure della Consulta s'abbatte sul giudizio d'equità necessario: una salutare interpretazione costituzionalmente orientata del comma 2° dell'art. 113 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 641 ss. Di diverso avviso sono: R. GUASTINI, *Equità e legalità*, nota a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2248 ss.; M. MAFFUCCINI, *Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di Corte cost., 6.7.2004, n. 206 e di Cass., 11.1.2005, n. 382*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 56 ss.; G. VERDE, *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 475 ss.

([93]) V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 153.

([94]) F. KÜBLER, *op. cit.*, p. 53.

([95]) Il tema viene in particolare sviluppato all'interno della magistrale opera di J.W. HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, Jena, 1929, p. 278 ss.

([96]) Su questo sfondo acquistano particolare interesse le parole di A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, p. 74 s.: «Ove cioè esiste una situazione circoscritta che presenti differenze rispetto alle altre, la norma che la considera non sarà universale nel suo contenuto ma nella sua *ratio* se e solo se risulterà pertinente, congrua rispetto ai fattori che contraddistinguono tale situazione e che in altre situazioni non si rinvengono. In tal caso, infatti, tale norma si estenderà a tutte le ipotesi in cui ricorre la sua *ratio*. Ove invece non sussistesse tale congruità, ove la norma non si estendesse a tutte le ipotesi in cui ricorre la sua *ratio*, oppure si estendesse oltre i casi in cui la *ratio* che lo giustifica ricorre, sarebbe violata appunto quella universalità che non attiene più direttamente al suo proprio contenuto, ma al rapporto fra *ratio* e contenuto, che esige (*quae desiderat*) l'estensione della norma stessa a tutte e sole le ipotesi ricomprese nella sua *ratio*. Questo rapporto fra *ratio* e contenuto è appunto di universalità, perché consiste nell'esaustiva (biunivoca) corrispondenza fra l'una e l'altro e viene meno ove anche un solo caso sia eccepito od aggiunto senza giustificazione. La questione di costituzionalità tende allora a ristabilire l'eguaglianza violata, essendo volta a valutare questa corrispondenza fra *ratio* e contenuto della norma e conducendo (in caso di accoglimento) alla eliminazione di una pluralità di categorie equipotenti, per sostituire ad esse una sola categoria, a contenuto più generale. In questo contesto, come si è accennato, la definizione tradizionale dell'eguaglianza, come pari trattamento a pari condizioni e diverso a diverse acquista un significato più pregnante, appunto perché vale ad indicare non solo l'astratta corrispondenza tra fattispecie universale e relativa disciplina, ma anche tra fattispecie non universali e normativa che le concerne, residuando tuttavia l'esigenza di universalità e manifestandosi come necessaria corri-

5. *Il plusvalore etico del diritto privato.*

L'accostamento della formula celsina al diritto privato moderno persuade l'interprete a riconoscere che esso «è un'alta scuola di giustizia» ([97]), in cui regna sovrana la «volontà costante e perpetua di far sì che a ciascuno sia attribuito il suo» ([98]). Se l'autonomia privata deve adeguarsi – come si è tentato di dimostrare – ai valori dichiarati o sottesi dalla legge fondamentale; se il diritto soggettivo non può tramutarsi in uno strumento avalutativo di semplice attuazione del potere della volontà fine a se stesso; se la libertà d'iniziativa individuale deve essere in armonia con le norme costituzionali di principio dalle quali si apprende che la protezione della dignità umana è il cuore pulsante del sistema; se la libertà di ogni consociato e la giustizia non solo formale corrono sempre il rischio di essere annientate dall'irragionevole (e dunque iniquo) arbitrio del legislatore, dall'autoritarismo del giudice o dal prepotere della controparte, pare inevitabile – a compimento di questi cenni sommari – assegnare alla giurisprudenza dommatica il dovere di scoprire se e con quanta intensità il diritto vivente risponda ai compiti del diritto privato.

In sintesi, il diritto privato – volendo usare un'immagine – non è né mera forma né, tanto meno, palestra d'estetica concettualistica o di purismo teoretico. All'opposto, i diritti tra eguali – nel loro fluente concretarsi – esigono il ragionevole bilanciamento d'interessi contrastanti: da un lato l'interesse del singolo all'autoaffermazione che deve essere combattuto quando sia smodato o offenda i fondamentali beni della vita degli altri consociati, dall'altro lato l'interesse generale proteso verso la difesa dei valori rafforzanti le colonne della società civile. Di lì – vale la pena ripetere – l'inopportunità delle scelte sradicanti il diritto privato dal banco di prova offerto dall'impatto della norma con la totalità del reale. Se così non fosse ci avvieremmo all'epilogo del tradimento di quei compiti e valori; in altre parole, saremmo ad un passo dall'abbandono del plusvalore etico del diritto privato contro la sempre attuale definizione celsina di *ius*.

Scorrendo questo panorama si riaffaccia il tema del rapporto tra diritto costituzionale e diritto privato. L'indagine ci ha portato ad accorgerci che è meglio lasciare al proprio de-

---

spondenza fra *ratio legis* e relativa disciplina, come applicabilità di questa, senza eccezioni e senza aggiunte o privilegi, a tutte e sole le fattispecie in cui ne ricorre la *ratio*».

([97]) H. WEITNAUER, *Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht*, cit., p. 10.

([98]) *Inst.*, 1, 1, 1; D., 1, 1, 10, 1.

stino le tesi permeabili alla ferrea separazione dell'uno dall'altro o riducenti il tutto a una questione d'antagonismo che apre la strada alla formalistica prevalenza del primo sul secondo. Occorre perciò approdare al dialogo improntato alla ricerca dei valori che preesistono agli atti normativi di qualunque rango (e che sono dunque sottratti dalla disponibilità del legislatore), dai quali riusciamo a intravedere che al centro del sistema unitariamente inteso si eleva il primordiale bisogno di tutela della dignità umana ([99]).

6. *Il diritto civile tra tecnica e politica. L'esempio della presupposizione.*

È così facile intendere che – come già rilevammo – se il codice civile simboleggia il fertile terreno delle libertà (rientranti nel catalogo dei *Lebenselement*) contrattuale ([100]), di proprietà e testamentaria ([101]), l'intreccio degli statuti sottintesi dalla precitata triade non descrive parabole adespote ma assicura l'indissolubilità dei valori venanti le tavole della legge fondamentale. Se la protezione della personalità umana da parte del diritto costituzionale non può rinunciare ai basilari istituti patrimoniali del diritto privato stante la loro attitudine ad assicurare il libero arbitrio, tali istituti dal canto loro non possono privare di contenuti il bene giuridico posto in cima alla scala dei diritti sociali. In questo contesto mantengono intatta l'originaria carica evocativa le parole di Otto von Gierke, secondo cui «un diritto obbligatorio, che non conosce alcun più elevato angolo prospettico all'infuori della libertà e sicurezza del traffico, pone senza armi nelle mani dello smaliziato commerciante l'inesperto in affari, in quelle del grosso imprenditore il piccolo borghese ed il coltivatore diretto, in quelle del capitalista l'operaio» ([102]). Si avverte dunque l'esigenza di riscrivere i valori del diritto privato in antitesi alla tanto declamata neutralità politica e sociale della giurisprudenza dei concetti. Il diritto privato deve pertanto mettere a disposizione degli attori del traffico giuridico gli strumenti mirati a proteggere le vittime del prepotere ([103]).

([99]) Cfr. E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, cit., p. 86 ss.; W. MÜLLER-FREIENFELS, "*Vorrang des Verfassungsrechts*" *und* "*Vorrang des Privatrechts*", in *Festschrift für F. Rittner zum 70. Geburtstag*, München, 1991, p. 423 ss. Già G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 63, definiva «l'essenza della personalità umana» come «quel principio che è il *grande sottinteso* del nostro sistema giuridico» (corsivo dell'a.).
([100]) H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., p. 18.
([101]) Cfr. W. FIKENTSCHER e A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. Aufl., Berlin, 2006, p. 68.
([102]) O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, ora in E. WOLF (*Hrsg.*), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., 1949, p. 500.
([103]) In questo scenario assumono particolare significato le parole di C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902, p. 9 ss.

In linea di massima il legislatore tedesco del 1896 non si preoccupò d'introdurre disposizioni destinate a tutelare il rapporto di forze *inter partes*, perché partiva dalla convinzione che attraverso la libera manifestazione della volontà si sarebbe raggiunto il perfetto equilibrio fra prestazione e controprestazione. L'assegnamento che il dominio della volontà, grazie all'ausilio del meccanismo contrattuale, potesse autonomamente garantire la razionale distribuzione della ricchezza rendeva superflua la reazione dell'ordine civile precostituito all'eventuale situazione d'assenza di parità contrattuale (*Vertragsparität*). Per rendersene conto è sufficiente osservare che la posizione di supremazia posseduta da chi arrogava a sé il potere di dettare le condizioni dello scambio risultava sfornita di significato *iure privatorum* in quanto aleggiava sovrana l'esigenza di scansare l'introduzione di regole alteranti il naturale equilibrio del sistema economico fondato sulla spontanea formazione della domanda e dell'offerta ([104]). In breve, l'assolutezza del diritto soggettivo si esprimeva nell'irrefrenabilità del potere della volontà sulla spinta degli insegnamenti ispirati all'«io» assoluto della filosofia tedesca, accettati dalla pandettistica come assiomi ([105]).

L'autonomia privata e, in senso più generale, le teorie ancorate alle politiche fedeli al *laisser faire* affrancarono l'uomo dai vincoli signorili rendendo possibile lo sviluppo del traffico mercantile ed il progresso economico. In questo quadro sarebbe stato contraddittorio trasferire alla mano pubblica la funzione – non certo invisibile – di baluardo della giustizia contrattuale che, inevitabilmente, avrebbe inciso sulle libertà invocate dall'emergente ceto borghese, la cui salvaguardia – come detto – imponeva al legislatore un atteggiamento politicamente incolore. Ciò che occorreva difendere era soltanto l'astratta libertà di manifestazione della volontà, perché attraverso il libero arbitrio il mercato sarebbe riuscito a garantire l'equilibrio sociale. Viceversa, qualora l'ordinamento si fosse fatto carico della situazione di disparità fra contraenti non si sarebbe potuto evitare il fallimento del dogma – assunto al rango di valore assoluto dell'individualismo liberale – della signoria della volontà (*Willensherrschaft*), per scongiurare il quale era stata negata ogni rilevanza giuridica ai motivi che spingono il contraente a manifestare il consenso ([106]).

([104]) G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, cit., p. 12.
([105]) L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 74.
([106]) G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, cit., p. 121.

Scorrendo questo panorama assume valore dimostrativo il fatto che il codice civile tedesco – al di fuori delle fattispecie negoziali «amputate» dalla scure della nullità per contrarietà al buon costume (in grado di colpire i «contratti strangolatori» giacché idonei a limitare oltremodo la libertà personale o economica della parte «debole», come ad esempio accade quando un piccolo commerciante si obblighi a versare ad un grande fornitore, per un periodo di trent'anni, i proventi della propria attività) oppure in quanto integranti gli estremi del negozio usurario (§ 138, II, *BGB*) ([107]) – non solo sbarrò le porte alla ricezione di istituti giuridici destinati a correggere le storture fuoriuscenti dall'abuso della libertà contrattuale, ma (avvicinandoci al tema di queste pagine) del pari non mise a disposizione degli stipulanti strumenti adatti a adeguare il *Vertragsmechanismus* ([108]) alle sopravvenienze alteranti lo *status quo ante*. La premessa serve a capire le ragioni per cui ancor oggi l'interpretazione maggioritaria è dell'avviso che competa alla discrezionalità dei privati la stima dell'equilibrio dello scambio: il sistema è quindi neutrale dinanzi allo sfruttamento economico della *partie faible* o dell'individuo poco accorto, fatte salve le precitate eccezioni ([109]).

([107]) Cfr., in luogo di molti, H. BROX, *Allgemeiner Teil des BGB*, 27. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 2003, p. 164.

([108]) Teorizzato da W. SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, in *Arch. civ. Praxis*, 147 (1941), p. 130 ss., spec. p. 155 ss.; il quale – abbattuto lo Stato illiberale – ritornò sul tema con il noto saggio *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München-Berlin, 1955, p. 1 ss.

([109]) W. VAN DEN DAELE, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, Hamburg, 1968, p. 3 s. Resta da considerare che nuovi argomenti al dibattito sull'equilibrio economico del contratto sono stati elaborati da un'accreditata dottrina italiana postulante la proporzionalità dei rapporti di diritto privato: cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo del contratto e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, Napoli, 2002, p. 49 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560 ss.; sulla stessa linea v. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, spec. p. 74; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di M. Buoncristiano*, I, Napoli, 2002, p. 218 ss. Sui fondamenti transnazionali del principio di proporzionalità v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, *passim*. Ma in opposizione all'accreditato insegnamento che precede affiorano le obiezioni mosse da G. OPPO, *Chiosa alla relazione del Prof. Perlingieri*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, cit., p. 63 s.; altra barriera è innalzata dalla giurisprudenza di legittimità, come segnatamente emerge da Cass., 22 maggio 1990, n. 4630, in *Dvd Platinum*; Id., 26 gennaio 1987, n. 718, *ivi*, secondo cui «non può il giudice indagare sulla c.d. "giustizia intrinseca dell'affare" […] in quanto la stessa è estranea al nostro ordinamento […]»; nonché dal consolidato insegnamento secondo cui «In economia di mercato il giusto prezzo è il prezzo di mercato, quale si determina nelle libere contrattazioni. Può trattarsi, è vero, di una libertà solo formale, come nei casi in cui il contraente più debole subisce, di fatto, le condizioni contrattuali imposte dal contraente più forte; ma, se non intervengono specifiche norme» destinate a limitare la libertà dei privati «l'autonomia contrattuale resta in linea di principio, insindacabile e incensurabile» (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3ª ed., II, 1, Padova, 1999, p. 523 s.); conf. J.L. AUBERT, *Le contrat*, Paris, 1996, p. 76; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les Obligations*, 21e éd., Paris, 1998, p. 149; J. OECHSLER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen, 1997, p. 97 ss.; S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in *L'equità*, *Atti del Convegno di studio svoltosi a Lecce* (9-11 novembre 1973), Milano, 1975, p. 52; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231, ove si legge che «L'esigenza della certezza delle nego-

Proviamo ora a calare il discorso appena imbastito nella dottrina della presupposizione. La digressione ci permetterà di toccare con mano che il diritto civile non può essere politicamente neutrale; non può in definitiva essere considerato alla stregua di una pura palestra concettuale.

Ma procediamo con ordine. Affermare che la presupposizione sia una condizione non sviluppata non significa indulgere alla sussunzione, perché l'accostamento ha una finalità prevalentemente illustrativa di come la presupposizione stessa si muova in concreto ([110]). Da tale ammissione scorgiamo in controluce la vera essenza della citata dottrina, che attraverso la mistica della volontà ambisce in fondo a raggiungere un risultato di giustizia contrattuale, allo scopo di evitare che la parte pregiudicata dalle sopravvenienze o dall'alterazione dello *status quo ante* debba rispettare la parola data (*pacta sunt servanda*) nel caso in cui l'impegno sia stato preso partendo da un presupposto poi contraddetto dalla realtà fattuale (*rebus sic stantibus*).

Il punto di apparente debolezza dell'opinione consiste in ciò, che tramite lo stratagemma della condizione non sviluppata si finisce con l'assegnare rilevanza giuridica al motivo: «Ogni rappresentazione, che per la parte è stata un motivo davvero decisivo, è presupposizione nel pensiero di Windscheid» ([111]). A parere dell'abbozzata critica, la conoscenza maturata dal destinatario della dichiarazione del movente che si eleva ad antecedente causale della volontà costituirebbe una circostanza neutra per l'ordinamento dato che il motivo, quantunque comunicato alla controparte, non smarrisce la propria essenza di elemento *stricto iure* insignificante ([112]).

Eppure Windscheid non dubitava che la presupposizione si esprimesse non già in un motivo esterno alla dichiarazione di volontà, bensì in un motivo che rimane al suo interno

---

ziazioni non consente recriminazioni e contestazioni che potrebbero minare l'affidabilità dei patti e scuotere la fiducia nella "*tenuta*" degli accordi, quand'anche stipulati correttamente. Fiducia basilare perché il mercato possa funzionare in modo ottimale. È vero che di tempo in tempo rispunta l'aspirazione illuministica a garantire "*il giusto prezzo*", a consentire un sindacato sull'equità del singolo affare, nell'ingenua illusione di strumenti "*oggettivi*" per la misurazione del valore di beni e servizi. Ma l'attenzione viene oggi correttamente concentrata sulle modalità con le quali la negoziazione avviene, non sul contenuto dello scambio; la persona normale, cosciente e razionale, purché correttamente informata, non acconsente ad affari sconclusionati, gravemente lesivi dei suoi interessi!» (corsivi dell'a.).

([110]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Arch. civ. Praxis*, 78 (1892), p. 195.

([111]) O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung* (*im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*), in *Arch. civ. Praxis*, 74 (1889), p. 222.

([112]) O. LENEL, *op. cit.*, p. 225.

divenendo parte integrante della volontà stessa ([113]). La chiosa lascia trasparire che la semplice esternazione del motivo non è di per sé sufficiente a completare l'intelaiatura della presupposizione giuridicamente rilevante, essendo a questo scopo necessario che il motivo stesso risulti percettibile alla stregua di una limitazione della volontà ([114]).

Come era facile attendersi, le obiezioni di Lenel ebbero (provvisoriamente) la meglio, al punto da persuadere i redattori del codice civile tedesco a mettere al bando la dottrina predicata da Windscheid. Prima di procedere oltre conviene soffermarci sulla questione che segue. Il tema della presupposizione coinvolge due profili antitetici: quello della forza vincolante del rapporto obbligatorio e quello che si basa sui valori di giustizia contrattuale (*Vertragsgerechtigkeit*). Se così, sembrerebbero intuitive le ragioni dell'ostracismo nutrito dal legislatore del 1896 – fedele ai canoni del liberalismo classico – verso la ricezione di princìpi contrari alla rigorosa logica formale e alla ferrea osservanza del canone *pacta sunt servanda*, siccome attratti dalle esigenze di adeguamento *ope iudicis* del rapporto negoziale per far fronte agli eventi sopravvenuti che ne hanno turbato il primitivo assetto. La premessa invita a riflettere che la dottrina della presupposizione fu radiata da quel codice ([115]) in virtù della circostanza secondo cui subordinare l'efficacia del contratto al realizzarsi della finalità pratica, la quale determinò la concreta direzione della volontà del dichiarante, avrebbe favorito la conseguenza – ritenuta inammissibile – di assegnare peso giuridico al motivo con l'effetto di porlo grossomodo sullo stesso piano della condizione ([116]).

Tutto ciò, giova ripetere, non solo mal si armonizzava con i valori dell'individualismo ottocentesco e della signoria illimitata della volontà simboleggianti il sostrato ideologico dei codici liberali, ma avrebbe dopotutto messo a repentaglio il bisogno di sicurezza assai av-

([113]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., *loc. cit.*

([114]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 198. Ma in senso critico v. H. LEETZ, *Die clausula rebus sic stantibus bei Lieferungsverträgen*, Marburg, 1919, p. 9.

([115]) Benché – osserviamo *en passant* – il suo ideatore fosse membro di spicco della prima commissione incaricata di redigerlo.

([116]) Viene tuttavia aperta una porta alla clausola *rebus sic stantibus*: «Die Ablehnung der clausula rebus sic stantibus schließt jedoch die im Einzelfalle veranlaßte Prüfung nicht aus, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll» (*Mot.*, II, p. 199). Per di più, il codice contempla disposizioni particolari che richiamano – sotto taluni profili – la clausola *rebus sic stantibus* (v., ad esempio, i §§ 321 e 779 *BGB*), le quali – tuttavia – costituiscono norme eccezionali sottoposte di conseguenza all'interpretazione restrittiva: *RGZ* 50, p. 255 ss. Ma già la prima commissione (*Mot.*, I, p. 249) si era espressa nel senso che la presupposizione «ha solo la portata di un motivo impellente, che non tocca l'efficacia del negozio giuridico».

vertito nel mondo degli affari ([117]). È pur vero che Windscheid non intese abiurare le tradizionali idee fedeli all'assolutezza del potere della volontà: per rendersene conto basti notare che egli non mise in dubbio che la deprivazione di significato alle circostanze tacitamente presupposte dal contraente avrebbe senz'altro rafforzato la certezza delle regole presidianti la circolazione giuridica ([118]). Però lo stesso Windscheid non poté evitare di ammettere che «tale vantaggio è ottenuto attraverso un grosso sacrificio, attraverso il sacrificio che al giudice viene impedito di prendere in considerazione ciò che ritiene giusto secondo le circostanze» ([119]). Né poté fare a meno di denunciare il formalismo permeante l'obiezione – sollevata con disarmante leggerezza dalla giurisprudenza di fine Ottocento ([120]) – a mente della quale contro l'ammissibilità della presupposizione s'innalzava l'ostacolo del suo mancato riconoscimento legislativo. In tal modo – volendo usare un'immagine – il giurista correva il rischio di dichiarare guerra ad un fantasma, con l'effetto di oscurare il rilievo mosso da chi era convinto che la presupposizione si sarebbe dovuta desumere attraverso il ricorso alle tecniche d'interpretazione del negozio giuridico ([121]). Di lì la fortunata profezia: che la dottrina della presupposizione, gettata con *nonchalance* dalla porta, sarebbe prima o poi rientrata dalla finestra per approdare definitivamente al palcoscenico del diritto «vivente» ([122]).

Dalle anzidette parole emergono *in nuce* i primi bagliori del passaggio dal formalismo propagandato dalla giurisprudenza concettuale alla pedagogia antinormativista accolta dalla giurisprudenza degli interessi e dei valori. Da qui si è prossimi al totale superamento delle tesi postulanti l'«asetticità» politica del diritto civile ([123]).

([117]) H. BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe, 1960, p. 74. Ma, in senso contrario, v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, p. 321, il quale sottolinea come i redattori del *BGB* (cfr. *Prot*., II, p. 690, ove si legge che la dottrina della presupposizione «compromette la sicurezza del traffico e perciò come base per il codice è inadatta») abbiano sottovalutato l'importanza del problema attinente alla sopravvenuta modifica delle circostanze destinate ad incidere sull'equilibrio negoziale perché abbagliati dal dogma della *Vertragstreue*, inteso quale valore supremo del sistema; cfr. altresì B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl., Heidelberg, 1997, p. 14; M. ZIRKER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage in der Zeit des Nationalsozialismus*, Würzburg, 1996, p. 26 s.

([118]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 201.

([119]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., *loc. cit.*

([120]) Si allude alla decisione del *Reichsgericht* datata 13 maggio 1889, in *RGZ* 24, p. 169 ss.

([121]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 197.

([122]) B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit.,. *loc. cit.*

([123]) Altri ha tentato di ricercare il fondamento della presupposizione mettendo in luce che l'autolimitazione della volontà è virtuale (*virtuellen Vorbehalt*), non già attuale. In ogni caso tale *self-restraint* non può essere cancellato dall'universo delle cose giuridiche; esso è sempre immanente, nel senso che completa il contenuto del contratto quando concorre a determinarne lo scopo o programma pratico (a patto che la controparte non ab-

7. *Il fatto come base di legittimazione delle regole.*

Il distacco della scienza giuridica dalla sottostante realtà economica finì con l'avvento della *Interessenjurisprudenz*, che delegò al giudice la competenza a superare il divario fra norma e realtà generato dal metodo concettuale coltivato dalla pandettistica. Il mutamento fu di enorme portata giacché rese permeabile il diritto privato alla questione sociale ([124]); basti pensare che il contratto venne considerato alla stregua di un «fatto» socialmente rilevante ([125]).

Lungo questo percorso si accreditò l'idea che ogni protagonista del rapporto giuridico assume diritti ed obblighi secondo la ripartizione del rischio modellata dal legislatore. Tuttavia, a fronte dell'impari distribuzione dei beni e dell'alterazione del predetto criterio favorita dall'uso della libertà contrattuale a svantaggio degli esclusi dalle leve del potere economico, il diritto privato rischiava di perdere la propria vocazione di giustizia se avesse tradito la missione di tutelare i più deboli ([126]).

In questo nuovo scenario gli studi giuridici furono emancipati dai postulati della virtuosa consequenzialità e ferrea autosufficienza della legge difesi dal legalismo ottocentesco ([127]). La norma, dunque, è solo un criterio adattabile ad una moltitudine di casi, giammai la

---

bia espresso una volontà contraria), distaccandosi dalla nozione di semplice finalità segregata nella mente della parte. Sicché il contratto e risolvibile quando fin dall'inizio, o successivamente a causa di eventi sopravvenuti e imprevisti, si manifesti l'irrealizzabilità del suo scopo. Cfr. P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *Arch. civ. Praxis*, 131 (1929), pp. 9 e 60 ss.

([124]) P. OERTMANN, *Die volkwirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 5. Aufl., Frankfurt a.M., 1900, p. 23. La svolta fu impressa da R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza* (1884), trad. it., Firenze, 1954, spec. p. 366, il quale addebitava alla giurisprudenza dei concetti il torto di essere attratta dal solo gusto per l'effimero estetismo senza preoccuparsi del fatto che le soluzioni proposte potessero reggere il confronto della realtà pratica. Di lì si crearono altresì le basi per la scuola del diritto libero, il cui programma fu elaborato da H.U. KANTOROWICZ (pseud. GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto* (1906), trad. it., Bologna, 1988 (rist.), *passim*. Sul punto cfr. J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich, 1967, p. 26 ss. Nello stesso tempo in Francia si assistette all'abbandono della scuola dell'esegesi, ora soppiantata da un nuovo ordine fondato sulla funzione sociale ed antindividualista del diritto privato: cfr. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon* (1920), Paris, 1999 (rist.), *passim*, spec. p. 19, ove si legge che il diritto privato deve essere sorretto dal realismo, che consenta di eliminare dagli studi giuridici le antiquate nozioni metafisiche del diritto soggettivo. Si noti per inciso che una delle conseguenze della funzione sociale implicava l'introduzione del principio della responsabilità oggettiva per rischio d'impresa (*ibidem*, p. 33); v. anche M. CUNIBERTI, *Il «diritto sociale» nel pensiero di Léon Duguit (1859-1928)*, in *Jus*, 1995, p. 329 ss.

([125]) C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 365.

([126]) H. WEITNAUER, *Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht*, cit., p. 34.

([127]) P. OERTMANN, *Die volkwirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 22; W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, cit., p. 72.

decisione del caso reale. Similmente, la legge scritta non completa il diritto, ponendosi piuttosto quale «pietra da costruzione» dell'ordinamento ([128]).

Nello stesso tempo scomparve la neutralità dell'applicazione della legge, che la rese insensibile agli ideali di giustizia concreta piegandola allo spirito della costruzione logica priva di eccezioni ([129]). Si concretò in tal maniera il processo di «deindividualizzazione» del sistema giusprivatistico ([130]). Il diritto – scrisse Heck, proseguendo il magistero del tardo Jhering – si propone uno scopo pratico, della risoluzione del conflitto fra consociati. Nessuna legge, di per sé, è in grado di soddisfare detto obiettivo essendo impossibile che il legislatore abbia potuto tenere anticipatamente conto delle per nulla pietrificate contingenze della vita concreta. Spetta quindi al giudice integrare il precetto normativo allo scopo di correggerne le immancabili lacune ([131]).

Questo movimento persuase il giurista accademico ad abbandonare la logica astratta inducendolo a misurarsi con gli eloquenti concetti di *Lebensnähe* e *Rechtstatsachenforschung*. È stato così scritto un nuovo capitolo della storia del pensiero giuridico, il cui motivo ispiratore fu simboleggiato dalla funzione delle regole di rispondere ai concreti bisogni scaturenti dalla vita di ogni giorno ([132]). Tutto ciò implicava il rifiuto del metodo assiomatico e deduttivo ([133]); il giudice avrebbe pertanto dovuto volgere lo sguardo al «libro della vita» anziché assumere i panni del «prestigiatore» di tesi ([134]) o del manovratore d'illusori «apparecchi» per finzioni ([135]).

Insomma, il conio dei fatti e non già l'atto di autorità *ex se* forniva la base di legittimazione delle regole giuridiche ([136]); quella base perdeva progressivamente di contenuto tanto più si elevava la lontananza dalla realtà dei predicati normativi ([137]). I quali, isolatamente considerati, non avrebbero conseguentemente potuto offrire il punto d'appoggio

([128]) A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, 2. Aufl., Heidelberg, 1982, p. 11.
([129]) W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, cit., p. 72 s.
([130]) W. HALLSTEIN, *Wiederherstellung des Privatrechts*, Heidelberg, 1946, p. 9.
([131]) Ph. HECK, *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1933, p. 20 s.
([132]) K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, p. 85; E. MOLITOR, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Karlsruhe, 1949, p. 94.
([133]) O. BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 1960, p. 15.
([134]) H.U. KANTOROWICZ (pseud. GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., pp. 147 e 150.
([135]) R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, cit., p. 283.
([136]) R. VON JHERING, *L'esprit du droit roman*, trad. fr., II, Bologna, 1969 (rist.), p. 16.
([137]) J. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht*, cit., p. 86.

delle idee giuridiche, così come nessuna decisione può essere tratta soltanto dalla lettera della legge ([138]). In questa nuova dimensione la legge si riduce ad occasione creativa del diritto, l'effettività del quale è ricavabile dalle relazioni della vita ([139]).

Contro l'irragionevolezza del legislatore si afferma che la norma fonte del dover essere non può da sé creare il diritto reale, essendo invece tenuta ad avvicinarsi il più possibile all'oggettività dell'essere. Solo dove norma e rapporti concreti della vita fattuale, e cioè dover essere ed essere, non siano in reciproca antitesi, nasce il diritto reale. Perché «il diritto è la corrispondenza del dover essere all'essere»; quindi una unità di rapporti ([140]).

Per meglio comprendere le implicazioni della raffigurata prospettiva giova muovere dal tema correlato agli eventi sovvertitori il sinallagma. Nel 1920 il *Reichsgericht* ([141]) accreditò il potere del giudice di correggere il contenuto del regolamento privato d'interessi al fine di ricondurlo a giustizia materiale, paralizzando in tal maniera lo squilibrio conseguente all'evento imprevisto ed imprevedibile, estraneo alla sfera di dominio delle parti. Nel caso di specie l'attore, che si era vincolato a fornire alla controparte del vapore per usi industriali, agì in giudizio contro quest'ultima pretendendo il pagamento di una somma ulteriore – relativa alla fornitura di vapore dal 1917 al 1919 – dato il sopravvenuto aumento del costo del carbone e della manodopera, che aveva radicalmente mutato il rapporto fra le prestazioni corrispettive. In via subordinata richiese l'accertamento dell'invalidità dell'obbligo di fornitura, ovvero l'aumento del prezzo in relazione alle future prestazioni. La Corte accolse la domanda di adeguamento del corrispettivo, partendo dalla premessa – tipica del metodo elaborato dalla *Interessenjurisprudenz* – secondo cui «il primo e nobile compito del giudice è, comunque, quello di soddisfare nelle sue decisioni gli imperativi bisogni della vita e di lasciarsi guidare a questo proposito dalle esperienze della vita». L'attuazione di questa funzione autorizzava dunque il giudice stesso ad intervenire con poteri correttivi all'interno del meccanismo contrattuale per fare fronte alle «insopportabili» conseguenze prodotte dagli accadimenti sopravvenuti allorché il mantenimento del contenuto originario degli accordi avrebbe implicato la violazione non solo del principio di buona fede, ma altresì dei canoni

([138]) A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit., p. 18.
([139]) A. KAUFMANN, *op. loc. cit*.
([140]) A. KAUFMANN, *ibid.*
([141]) *RGZ* 100, p. 129.

di giustizia ed equità che devono contrassegnare l'esecuzione dei rapporti negoziali. Il collegio era ben consapevole degli elementi di novità connotanti il *dictum* e, per questo motivo, circoscrisse *obiter* la possibilità di adeguare per sentenza il contratto individuando tre presupposti consistenti anzitutto nell'accertamento che le parti intendessero dare esecuzione al rapporto, inoltre nella verifica della natura eccezionale dell'evento sopravvenuto ed infine nell'equo assetto degli interessi di ambedue gli stipulanti, non potendo il giudice limitarsi a prendere in considerazione solamente quelli della parte svantaggiata dall'evento imponderabile ([142]).

Nel 1921 Paul Oertmann ([143]) elaborò la dottrina della dissoluzione della base negoziale, finalizzata a distinguere le circostanze sopravvenute che, sino ad allora, erano state individuate utilizzando la nozione d'inesigibilità, prima limitata alle sole ipotesi di rovina del debitore, poi estesa a quelle di *Äquivalenzstörung*. La teoria della *Geschäftsgrundlage*, consistente nell'iniziale rappresentazione del dichiarante – conosciuta e non contestata dall'altra parte – sulla persistenza o sopravvenienza di specifici fatti o eventi costituenti il fondamento della sua volontà, fu recepita dal *Reichsgericht* nel 1922 ([144]), che annullò con rinvio la decisione della Corte d'appello di Dresda la quale aveva accolto la domanda di esecuzione di un contratto nonostante che fra la data dell'accordo e quella prevista per l'adempimento i prezzi del compendio oggetto di alienazione fossero raddoppiati a causa del deprezzamento del marco intervenuto fra il maggio 1919 ed il successivo mese di dicembre. A questo proposito il *Reichsgericht* argomentò che il giudice di merito avrebbe dovuto accertare se il presupposto della volontà del dichiarante, fondantesi sull'esistenza di determinate circostanze, fosse venuto meno per effetto dell'evento sopravvenuto. Quanto appena osservato significa che il mantenimento dell'equivalenza di valori fra le prestazioni corrispettive può costituire la base del contratto, la cui demolizione giustifica la risoluzione del rapporto a causa dell'imprevisto evento alterativo.

([142]) Questi criteri, per effetto dello sviluppo giurisprudenziale successivo, hanno acquisito valore normativo: in tal senso v. B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, cit., p. 33. Il nuovo § 313 *BGB* ha poi tradotto in legge positiva la dottrina della presupposizione: su questo tema sia consentito rinviare al mio *La «codificazione» della dottrina del fondamento negoziale* (*contributo allo studio del nuovo § 313* BGB), in *Contr. impr. Europa*, 2004, p. 770 ss.
([143]) P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, p. 37.
([144]) *RGZ* 103, p. 328.

Ma già il precedente del 21 settembre 1920 fece proprio il principio dell'adeguamento giudiziale del contratto in caso di sovvertimento dell'equilibrio originario, mettendo nello stesso tempo in risalto il ruolo prevalentemente nominalistico assunto dalla tacita clausola *rebus sic stantibus* nel dibattito sulla rilevanza del mutamento delle circostanze economiche ([145]). Quest'ultimo *dictum*, infatti, ruota intorno a due punti essenziali di riferimento: il primo – attinente al metodo – è rappresentato dalla nuova «missione» assegnata al giudice dalla cultura antiformalista nella creazione di regole destinate a risolvere efficacemente le esigenze emergenti dalla realtà dei traffici mercantili e consistenti negli articolati interessi alla conservazione del rapporto e all'adeguamento dello stesso per contrastare la sopravvenienza; il secondo è costituito dalla clausola di buona fede (§ 242 *BGB*) la quale richiede la ponderata modifica *ministerio iudicis* del contratto tutte le volte in cui l'esecuzione dello stesso creerebbe situazioni d'intollerabile ingiustizia a causa dei fenomeni *ab initio* non previsti, né prevedibili dalle parti. Sembra dunque confermato che la *ratio decidendi* sia da ricercare nella turbolenta (ed impersonale) alterazione dell'equilibrio sinallagmatico che rende sostanzialmente priva di tutela la pretesa all'adempimento del creditore per contrasto con le regole di etica negoziale.

8. *Gerarchie aformali.*

La quintessenza del diritto tra pari aiuta a comprendere in qual misura le norme del codice civile e delle leggi ad esso collegate non occupino la medesima graduatoria extraformale ([146]). La norma ordinaria che dà attuazione al programma accolto dalla legge sovrana è dotata di un'importanza, accreditata dal suo *Wesengehalt* (o contenuto essenziale), sicuramente superiore al precetto fissante soltanto una regola di dettaglio, il cui capovolgimento non incrinerebbe l'ordine dei valori nel solco dei quali s'incuneano in posizione defilata le regole «minute». Al contrario, la norma incolore sotto il profilo dell'ordine costituzionale, a differenza di quella che dà l'impronta a uno specifico istituto giuridico di diritto privato generale funzionale alla concretazione della libertà d'azione assegnata al capace d'agire, è priva

([145]) B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, cit., p. 37.
([146]) In proposito E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 849, parlava di un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico delle norme ordinarie esprimenti princìpi generali.

dell'accennato valore aggiunto che intesse i rapporti di supremazia tra norme anziché tra fonti.

I giudici non possono trascurare tale precostituito ordine di valori, sovvertendo *ab libitum* la relazione biunivoca di primato e subordinazione tra norme di pari livello formale, il quale rende equo il diritto tra pari nella misura in cui protegge la libera esplicazione della personalità nell'àmbito dei rapporti interprivati ([147]). Possiamo altrimenti riconoscere che la giustizia dei rapporti tra eguali esiste quando sia a tutti garantita la facoltà di attuare scelte consentanee alla ragionevole attuazione dei diritti personali nell'area delle libertà soggettive e dell'amministrazione del patrimonio mediante negozi tra vivi e d'ultima volontà. L'equilibrio è rotto là dove la regola di dettaglio, contro i princìpi generali, raffreni l'esercizio delle libertà che precedono. Il giudice, non fungendo più da amorfa cassa di risonanza della volontà parlamentare, al cospetto della raffigurata stortura – come si diceva – o adegua in via interpretativa la dissidente regola «minuta» ai valori soprastanti creando un diritto vivente che ricuce lo strappo, oppure – ove non sia percorribile tale strada – la sottopone al sindacato della massima autorità giurisdizionale interna. Quello che non può fare è chiudere ottusamente gli occhi di fronte ai nodi gordiani del sistema, così finendo con l'eludere il cómpito sociale del diritto privato.

9. *L'equità nel diritto «vivente»*.

È arrivato il momento di verificare in qual maniera la ragionevolezza e l'equità del diritto privato determinino il giudice a correggere l'oggettiva iniquità delle regole sull'abbrivio delle gerarchie normative.

Procedendo per sommi capi, l'equità assurge ad argomento usato per rimediare all'estremo rigore del diritto scritto nell'intento di differenziare la posizione del debitore corretto da quella in cui si trova l'obbligato disonesto, riconoscendo solo al primo il trattamento di favore stabilito in via d'eccezione dallo statuto normativo. L'interpretazione giudiziale dell'art. 1381 c.c. aiuta a capire il senso di queste parole.

([147]) Cfr. W. FIKENTSCHER e A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 69. Su questi temi sia altresì consentito rinviare al mio *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 118 ss., spec. p. 124 ss.

Attraverso la fattispecie in esame il dichiarante s'impegna a indennizzare l'altra parte allorché il terzo non compia la prestazione promessa, sia essa attiva o negativa, materiale o negoziale.

L'indennizzo, a differenza del risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, costituisce un *minus* negli stessi termini in cui l'indennità dovuta dall'amministrazione espropriante al proprietario rappresenta una prestazione monetaria che non copre il valore di mercato del bene. La radice normativa della distinzione tra risarcimento e indennizzo si ricava dagli artt. 2045 e 2047, comma 2°, c.c.: pure in queste ipotesi l'indennizzo, tenuto conto delle circostanze concrete, non deve necessariamente eguagliare l'intero pregiudizio sofferto dalla vittima. I rilievi appena esposti testimoniano che la quantificazione della somma dovuta dall'obbligato giustifica l'uso di criteri equitativi, i quali sciolgono il diritto vivente dalla morsa dell'art. 1223 c.c.

Secondo le corti il promittente assumerebbe una duplice obbligazione: in via principale è tenuto a un *facere*; in subordine alla prestazione di dare, sostanziantesi nel pagamento dell'equo indennizzo. Al fine di graduare *pro bono et aequo* le conseguenze determinate dall'inattuazione del fatto promesso la giurisprudenza ravvisa una norma non scritta preordinata, per l'appunto, a discernere l'onestà del buono dalla protervia dell'inetto. Sarebbe a dire, qualora la delusione del creditore dipenda dalla negligente condotta del debitore il quale non si è adoprato affinché il terzo realizzasse il risultato promesso ([148]), l'avente titolo potrà domandare il ristoro integrale del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c. Viceversa, se il promittente riesce a dimostrare che l'insoddisfazione dell'aspettativa serbata dal creditore consegue al rifiuto del terzo nonostante il massimo sforzo (eventualmente) profuso dal promittente stesso, questi sarà tenuto a pagare l'indennizzo secondo criteri di giustizia equitativa anche al disotto delle utilità patrimoniali percepibili dal promissario in caso di compimento della vicenda promessa ([149]).

([148]) Si badi che in casi estremi l'obbligato, tramite condotta contraddittoria, potrebbe aver ostacolato deliberatamente il raggiungimento del risultato promesso come ad esempio succede quando abbia acquistato la proprietà del bene appartenente al terzo impedendo in tal modo il trasferimento da quest'ultimo al creditore.
([149]) Cass., 20 dicembre 1995, n. 12973, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 989 ss.; v. anche Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137, *ivi*, 2003, p. 1864 ss.; nonché in *Danno resp.*, 2003, p. 728 ss., con nota di M.C. CHERUBINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, *ivi*, p. 731 ss.,

Adesso è chiaro che la compressione del debito può essere riconosciuta solo a vantaggio dell'obbligato meritevole. L'equità come attributo del diritto privato spinge le corti a premiare il debitore che abbia dato prova d'onestà e, per contrappunto, a punire il promittente noncurante. Gli studiosi di analisi economica del diritto ravviserebbero l'emersione di un incentivo al comportamento efficiente.

Meccanismi abbastanza simili a quelli appena descritti sono utilizzati dal legislatore come strumento premiale, mirato ad assicurare il trattamento di favore alla parte «onesta ma sfortunata», la cui specchiata probità sia avvalorata dall'aver osservato nell'esecuzione del vincolo obbligatorio una condotta virtuosa.

Ai fini dell'indagine è utile muovere dall'osservazione che la nuova legge di parziale liberalizzazione delle locazioni a uso abitativo, oltre a restituire alcuni degli spazi sottratti all'autonomia privata, novera tra i propri obiettivi la lotta contro la piaga dell'evasione fiscale. Detta finalità giustifica la scelta di sottoporre il contratto all'onere della forma per iscritto a pena di nullità (art. 1, ult. comma, l. n. 431 del 1998). Tale onere non risponde all'esigenza di rendere più sicura la prova dell'accordo (*Beweisfunktion*), d'indurre le parti a ponderare il significato dell'impegno che stanno per assumere (*Warnfunktion*) o a fronteggiare lo squilibrio (o *deficit*) informativo (*Beratungsfunktion*), ma si spiega alla luce di quanto stabilito nel successivo art. 13.

Quest'ultima disposizione, ad astrarre dalla sua frammentarietà, rende nel complesso manifesto il piano dell'autorità normativa, la quale introdusse l'anzidetto requisito formale per attrarre il canone effettivo nelle maglie del fisco, nell'intento di dissuadere le parti dal simulare il *quantum debeatur* a nocumento delle casse erariali.

In ipotesi di contratto verbale, nullo ai sensi dell'art. 1, ult. comma, il legislatore del 1998 – distaccandosi dal meccanismo della conversione di cui all'art. 1424 c.c. che si basa sulla finzione della volontà presunta – ha voluto lanciare una sorta di «salvagente» al conduttore bisognevole di protezione in considerazione del valore assiologico del diritto d'abitazione ([150]). Per guadagnare il trattamento di favore l'interessato è tenuto a dimostrare che la violazione dell'obbligo formale, riverberantesi sul crinale della elusione fiscale, fu vo-

([150]) Cfr. Mar. NUZZO, *La forma del contratto di locazione degli immobili ad uso abitativo tra regole di validità e disciplina della prova*, in *Le locazioni urbane. Vent'anni di disciplina speciale*, a cura di Cuffaro, Torino, 1999, p. 155.

luta dalla parte forte la quale impose il proprio tornaconto a chi versa in condizioni di minorità economica ([151]). Il giudice, dopo aver accertato che il conduttore – ben lungi dal fare il gioco della controparte lasciandosi tentare dall'interesse elusivo di quest'ultima – fu sostanzialmente costretto ad accettare l'*aut aut*, potrà accogliere la domanda volta all'emanazione della sentenza che tenga luogo al contratto nullo. Detta sentenza ripeterà i contenuti del «sottotipo» a prezzo amministrato (art. 13, comma 5°).

Come gli elementi del sistema diventano armonici nell'assonanza tra regole e programma deontologico accolto dalle norme di principio, così la formazione del contratto per sentenza è dunque condizionata dalla professione d'onestà del conduttore, il quale deve dimostrare – lo si è appena visto – che la compartecipazione all'elusione è il portato dell'altrui soverchieria. Orbene, il bilanciamento d'interessi pubblici e individuali è stato combinato dal legislatore del 1998 riducendo la gittata dell'arma disincentivante le determinazioni negoziali antifiscali allorché sopravvengano motivi allacciati al valore etico del diritto tra pari. Chiariti i termini della questione, è facile scorgere che la tutela del bisogno abitativo giustifica il ripristino *ministerio iudicis* del contratto.

Spostando l'attenzione oltre i confini statuali, è sorto il dubbio in merito all'iniquità della regola espressa nel nuovo § 434, III, *BGB*, che ha parificato la dazione di *res* diversa da quella specificamente individuata (*Identitäts-aliud*) alla consegna di cosa affetta da vizio materiale. Il tratteggiato superamento della contrapposizione tra vizio materiale e *aliud pro alio datum* implica che quest'ultima patologia debba di massima soggiacere alla disciplina sui vizi, con particolare riguardo al termine biennale di prescrizione (§ 438, I, 3, *BGB*). L'accennato sospetto d'iniquità, che deriva dallo sbarramento all'invocazione della prescrizione ordinaria di tre anni (§ 195 *BGB*), è stato superato sulla base del rilievo che il compratore può immediatamente scorgere l'inadempimento stante la sua evidenza oggettiva ([152]).

Da qui nasce un altro dubbio d'iniquità ([153]): se il compratore, in luogo dell'utilitaria ordinata, ricevesse una macchina di lusso (o, più in generale, là dove il venditore conse-

([151]) Una *ratio* analoga giustifica la scelta di convertire il mutuo a interessi usurari in mutuo a titolo gratuito, giacché l'eventuale nullità estesa all'intero rapporto avrebbe finito col pregiudicare la parte protetta (vale a dire il mutuatario), costringendola all'immediata restituzione del *tantundem* (art. 1815, comma 2°, c.c.).
([152]) W. FIKENTSCHER e A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 414, testo e nota 34.
([153]) Cfr. H.J. MUSIELAK, *Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2003, p. 89.

gnasse per sbaglio una cosa di valore sensibilmente superiore a quella dovuta), saremo certamente di fronte alla dazione di merce difettosa tenuto conto della parificazione introdotta dalla legge d'ammodernamento del codice civile tedesco. Ciò implica forse che l'alienatario sia legittimato a trattenere la cosa ricevuta, stimando conveniente non far valere il difetto, proprio perché in tale situazione la pretesa della controparte d'ottenere il pagamento del corrispettivo originariamente pattuito rimarrebbe immodificabile? La risposta è negativa. In verità, lo sbaglio commesso dal venditore (o dal suo ausiliario) non può giocargli contro; per rendersene conto basti osservare che l'accennata equiparazione sembrerebbe inutilizzabile quando l'inesattezza sia frutto di un manifesto errore compiuto nell'esecuzione del contratto, oppure là dove manchi una chiara relazione tra autoregolamento e sua attuazione. Se così non fosse bisognerebbe giocoforza ammettere che la semplificazione delle patologie in tema di vendita assicurata dal riformato *Kaufrecht* avrebbe generato il malaugurato effetto di trasformare il *summum ius* in *summa iniuria*. A supporto di questa interpretazione conviene citare i lavori preparatori che accompagnano la già citata legge d'ammodernamento del diritto privato tedesco, secondo cui al fine di ravvisare l'equiparazione tra vizio e *aliud* occorre che il compratore possa ragionevolmente avvedersi che la dazione fu eseguita dall'altra parte come deliberato atto d'adempimento ([154]).

10. *Autonomia privata, equilibrio contrattuale e giustizia commutativa.*

Fuori del ristretto settore dei prezzi amministrati ([155]), le parti sono libere di rintracciare il punto d'equilibrio economico dello scambio. Vale qui il criterio legato alla nozione di giustizia contrattuale individuale o soggettiva ([156]). Il giudice è tenuto a rispettare l'assetto d'interessi patrimoniali in tal modo fissato, essendogli impedito di surrogarsi alle discrezio-

([154]) *BT-Drs.* 14/6040, in J. SCHMIDT-RÄNTSCH, J. MAIFELD, A. MEIER-GÖRING e M. RÖCKEN, *Das neue Schuldrecht*, Köln, 2002, p. 454. Cfr. A. MATUSCHE-BECKMANN, *sub* § 434, in VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 2004, p. 172; v. anche C. ABATANGELO, *Sostituzione di bene viziato e contrattazione di cosa specifica: i termini della questione nel diritto tedesco e nel pensiero giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 657.

([155]) Sul tema v. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 79 ss.

([156]) Cfr. G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 56; R. LANZILLO, *op. cit.*, p. 77, la quale osserva, tra l'altro, che il contratto deve avere una causa lecita ma non necessariamente adeguata.

nali valutazioni degli stipulanti, le quali dipendono da vicende mutevoli, difficilmente razionalizzabili siccome inadatte ad essere soppesate con il bilancino del burocrate zelante ([157]).

Supponiamo che il bisogno di Tizio di acquisire il fondo Zeta lo induca ad accettare la richiesta del venditore d'ottenere cento a metro quadrato. Supponiamo ancóra che Caio sia invece disposto ad offrire duecento. Ebbene, in una situazione del genere nessun magistrato potrebbe legittimamente calarsi negli *interna corporis* della contrattazione col proposito d'«aggiustare» il meccanismo contrattuale ([158]), sempre che tale meccanismo sia rischiarato dai raggi della trasparenza da un lato, e della concorrenza non alterata da intese monopolistiche dall'altro lato ([159]).

È solo cosa degli interessati regolare il prezzo dello scambio ([160]). Ciò che, in linea di principio, importa all'ordinamento non è tanto quanta parte del proprio patrimonio il consociato sia disposto a sacrificare al fine d'accaparrarsi le utilità di una determinata cosa o prestazione, ma in primo luogo se egli abbia o no potuto maturare il consenso in modo libero e consapevole, riuscendo di riflesso a valutare correttamente i fattori costitutivi del valore connotante l'oggetto negoziato (*wertbilden Faktoren*) ([161]). Se la libertà «di» contratto è un elemento costitutivo dell'amministrazione autoresponsabile del patrimonio individuale coessenziale al libero svolgimento della personalità umana ([162]), è allora giusto che il sistema garantisca similmente la libertà «dal» contratto attraverso tutele capaci d'impedire la degenerazione di quella libertà qualora lo sbilanciamento di poteri economici riduca a chimera il negoziato individuale ([163]).

L'art. 34, comma 2°, c. cons., comprova che la legislazione a protezione del contraente debole non ha travalicato gli accennati limiti imponenti al giudice d'astenersi dalla comprensibile tentazione di correggere le scelte economiche che si diramano lungo il muro ma-

([157]) In senso contrario v. N. COVIELLO, *Dell'equità nei contratti*, Napoli, 1896, p. 8 s., il quale sostenne il principio della proporzionalità effettiva tra prestazioni corrispettive.
([158]) Cfr. B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München, 2005, p. 256, secondo cui «nessuno può dire con esattezza quale sia il giusto prezzo di una merce o servizio».
([159]) W. GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, cit., p. 13; L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 23.
([160]) B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., *loc. cit.*
([161]) Cfr. F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 843; D.R. GÖTTLICHER, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis*, Göttingen, 2004, p. 26.
([162]) H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., pp. 19 e 28.
([163]) B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., p. 256.

estro dell'autoresponsabilità[164]. A ben guardare, lo stesso istituto della rescissione per lesione (artt. 1448 ss. c.c.) s'inserisce in questa cornice attestando che lo squilibrio economico diventa un evento socialmente allarmante ove consegua all'abuso dei poteri di autonomia privata, sfociante nell'approfittamento della condizione di bisogno in cui versa il soggetto che, a causa di tale precaria situazione, non possa trarre beneficio dal mercato concorrenziale ([165]). Similmente, l'offerta di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, ult. comma, c.c.), si riflette sullo squilibrio sopravvenuto ma non già su quello originario ([166]).

Nel prefigurato assieme di criteri orientativi assume specifico significato la condizione di bisogno – qualificata, a parere di alcuni autori, dalla presenza di un interesse socialmente apprezzabile ([167]) – che concorre a rendere il contratto ingiusto e quindi rescindibile su domanda dell'interessato allorché il profittatore, sfruttando lo stato di debolezza della controparte, ponga deliberatamente quest'ultima nella secca alternativa tra accettare o rifiutare la proposta qualificata dallo squilibrio sinallagmatico oltre la metà. D'altronde, allo scopo di ravvisare nell'art. 1448 c.c. l'emersione di un principio di giustizia distributiva occorrerebbe spiegare per qual motivo si sormonta il confine dell'irragionevolezza solo quando la sproporzione oltrepassi la metà. Volendo estremizzare, acclarata in astratto l'irragionevolezza della vendita di un bene che vale cento a cinquantuno, non è forse similmente irragionevole la cessione a quarantanove dello stesso da parte della persona che ha necessità impellente di danaro ([168])?

11. (Segue). *Il problema della penale iniqua.*

È giunta l'ora d'osservare che neppure il potere equitativo riconosciuto al giudice in caso di penale eccessiva (art. 1384 c.c.), pare essere adatto a avvalorare le tesi della propor-

([164]) Cfr., per tutti, F. BENATTI, *op. cit.*, p. 842.
([165]) L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979, spec. p. 61; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 682. In merito alla distinzione tra condizione di bisogno e convenienza economica dell'affare si segnala Cass., 22 maggio 1990, n. 4630, in *Dvd Platinum.*
([166]) U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 21 s.
([167]) B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il cod. civ., Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2000, p. 34 s.; F. CARRESI, *La fattispecie della rescissione per lesione* (*art. 1448 c.c.*), in *Studi in onore di P. Greco*, I, Padova, 1965, p. 121; *contra* L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, cit., p. 116 s.
([168]) Per ulteriori rilievi sia consentito rinviare R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005, p. 103 s., nota 117 e p. 217 ss., nota 324

zionalità nei contratti di scambio. Difatti, l'intervento riduttivo serve non già a riequilibrare il meccanismo contrattuale, bensì a evitare che il legittimo interesse di semplificare l'accertamento del danno assuma, alla fin fine, le improprie fattezze dello strumento realizzante indebiti arricchimenti o prevaricazioni a scapito della parte vulnerabile.

Qui è lo stesso legislatore che ha architettato un mezzo correttivo per rinsaldare l'inscindibile legame, autentica misura di valore della legislazione, tra *ius* ed *aequitas*.

Il punto è questo: l'equità correttiva del giudice può essere esercitata d'ufficio ([169])? Detto altrimenti, qualora il difensore dell'inadempiente, per sbadataggine o per scelta deliberata, non chieda la riduzione della penale sovrabbondante, può il magistrato ricondurre a equità tale pena privata sentendosi svincolato dall'iniziativa di parte? Insomma, le sfumature etiche serpeggianti nell'art. 1384 c.c. giustificano l'ossequio verso il principio che impone al giudice civile di non andare oltre le domande dei litiganti?

Le sezioni unite della cassazione hanno detto di no ([170]). L'obiezione, condensata nella classica formula *ne eat iudex extra petita partium*, è stata superata tramite un sofisma che così risuona: «il silenzio della norma sul punto non depone certamente a favore della tesi secondo cui la riduzione della penale debba essere chiesta dalla parte, ma fa propendere, se mai, a favore della tesi contraria, specie se si guardi ad altre previsioni del codice civile nelle quali l'intervento del giudice è visto in funzione correttiva della volontà manifestata dalle parti». La debolezza di quest'impostazione è immediatamente avvertibile ove si consideri che quando il legislatore vuole riconoscere alla giurisdizione civile poteri officiosi non si rifugia dietro pensieri riposti ma parla in modo stentoreo, come ad esempio attesta l'art. 7, ult. comma, d.lgs. n. 231 del 2002, in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Dal *dictum* affiorano inoltre segnali antiquati di dirigismo, che prendono corpo nell'attribuire al potere officioso dell'autorità decidente il cómpito di proteggere l'interesse

([169]) Su questo tema v., a titolo orientativo, R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.

([170]) Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534 ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale* ex officio, *ivi*, p. 1538 ss.; in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 ss., con note di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio* (*coatto ed unidirezionale*) *a scapito dell'efficienza*?, *ivi*, 2006, c. 106 ss.; e di A.L. BITETTO, *Riduzione* «*ex officio*» *della penale: equità a tutti i costi*?, *ivi*, c. 432 ss.; in *Not.*, 2006, p. 13 ss., con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*, *ivi*, p. 27 ss.; nonché in *Giur. it.*, 2006, p. 2279 ss. La sentenza è stata altresì commentata da U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 187 ss.

superindividuale ([171]). Incanalando il discorso in un solco del genere ne viene che il giudice, come un funzionario dello Stato, dovrebbe intervenire imperiosamente negli atti d'autonomia privata per custodire il benessere generale turbato dalla sproporzione delle pene convenzionali. Il paternalismo della persuasione lascia nella penombra un elemento importante, secondo cui il diritto civile offre ai consociati la facoltà di reagire all'uso iugulatorio della libertà contrattuale tramite la disciplina sulle clausole abusive, oppure invocando la lesione del diritto costituzionalmente protetto di autodeterminazione nella gestione del patrimonio ([172]).

Qualora ci si lasciasse avvincere dalla saggia idea di non allentare gli anelli che uniscono la libertà di decidere il «se» e il «come» del contratto al diritto fondamentale dell'essere umano di sviluppare la propria personalità nel campo dei rapporti commutativi (arg. *ex* art. 2 Cost.), diventa più facile rendersi conto che una cosa è l'accettazione di contraggenio della penale smisurata a causa del *Diktat* del più forte o del meglio organizzato, altra è la pattuizione della stessa tra soggetti che dispongano di poteri effettivamente equipollenti. Serve aggiungere che il principio della domanda pare raffigurare la perpetuazione nel processo civile dei poteri d'autonomia privata governati dal libero arbitrio; succede allora che la compressione del primo si tramuti in un attacco ai secondi.

Allo scopo di rimarcare la tendenziale contraddizione tra meccanismo contrattuale e intrusione del giudice nei suoi meandri ([173]), conviene aver sempre presente nella memoria la nozione stessa di libertà negoziale intesa come facoltà d'allontanarsi nei rapporti intersoggettivi dal diritto scritto in virtù dell'idea che la *lex contractus* disciplini, di massima, tali

([171]) Gli accennati segnali dirigistici affiorano in modo significativo nel passo seguente della motivazione: «In tale senso inteso, il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

([172]) *In puncto* cfr. R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., spec. p. 241 ss.; dedica qualche cenno al problema anche M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, p. 38 ss.

([173]) Contraddizione del pari rilevata da A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 1541.

rapporti assai meglio rispetto a quanto non riesca a fare la *lex dispositiva* ([174]). È allora palese che in questa sfera l'apertura alla giustizia distributiva, la quale presuppone l'ingresso di un terzo soggetto in posizione sopraordinata, finisca con l'alterare il meccanismo contrattuale qualora – si continui a tener ben a mente – esso abbia funzionato alla perfezione, giacché la sua virtù emancipatrice non è stata depredata dal *Vertragsdiktat*. Il nocciolo della questione consiste allora nel verificare volta per volta se l'obbligato abbia accettato nel pieno esercizio dei poteri d'autodeterminazione l'incognita di dover pagare una penale che sin dall'inizio appaia di rilevante entità, oppure se l'accettazione sia il portato dell'imposizione del più forte. In quest'ultima evenienza c'è la tutela garantita dagli artt. 33, comma 2°, lett. *f*, c. cons., e 9 della legge sulla subfornitura.

Non sempre il debitore della penale è l'effettiva parte debole del vincolo negoziale. Assumo come base dell'esposizione che il meccanismo equilibratore fissato nell'art. 1384 c.c. ha un suo costo, ricadente sullo stipulante il quale, attratto dalla persuasione d'ottenere un indennizzo particolarmente vantaggioso in ipotesi d'inadempimento dell'altra parte, accetti di concludere l'affare senza avvedersi che lo smaliziato obbligato conta nell'indulgenza del giudice cui richiederà *pro bono et aequo* la riduzione del debito anticipatamente liquidato ([175]). Se così, l'art. 1384 c.c., ideato per moderare lo strapotere di chi la fa da padrone, può assumere le sembianze di un congegno che ben lontano dalla sua primordiale ragion d'essere si mostra arrendevole alle astuzie premeditate da colui il quale confida di tramutare *pro futuro* il rischio attuale in un beneficio indiretto. Ne viene che la riconduzione ad equità della penale eccessiva, da strumento di concretazione della clausola generale di buona fede ([176]), finisce con l'assumere i lineamenti del congegno che in antitesi alla sua genuina vocazione etica diventa funzionale ai programmi della parte più scaltra. Questa considerazione dimostra quanto sia delicato il tema dell'equilibrio contrattuale e quali sono le incognite della sua correzione giudiziale.

([174]) W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, Frankfurt a.M., 1972, p. 90. È stato osservato che come il *ius aequum* garantisce la libertà del giudice di risolvere il conflitto d'interessi, nel rispetto del principio di legalità, adeguando il diritto stretto alle specificità della disputa, così il *ius dispositivum* legittima le parti private a creare uno statuto convenzionale capace di realizzare i propri interessi. Se ne deduce che gli attributi di flessibilità ed equità del diritto servono in vista dell'attuazione dei rapporti obbligatori: cfr. G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 14 s.
([175]) W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 99.
([176]) W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 103.

La Corte suprema, facendo perno sull'art. 1322 c.c., aggiunge che il giudice è *ex officio* autorizzato a verificare se il contenuto dell'autoregolamento non contrasti con l'interesse generale: ove «nel nostro ordinamento non fosse stato previsto e disciplinato l'istituto della clausola penale e, tuttavia, le parti avessero introdotto in un contratto una clausola con tale funzione, il giudice, chiamato a pronunciarsi in ordine ad una domanda di condanna del debitore al pagamento della penale pattuita per effetto dell'inadempimento, avrebbe dovuto formulare, d'ufficio, un giudizio sulla validità della clausola; giudizio che avrebbe potuto avere esito negativo, ove fosse stato ravvisato un contrasto dell'accordo con principi fondamentali dell'ordinamento, ad esempio perché la penale doveva essere pagata anche se il danno non sussisteva».

Sennonché, in materia di pena convenzionale emerge *de iure condito* non già un problema d'atipicità contrattuale o d'illegalità della pattuizione qui discussa, bensì d'uso eventualmente sproporzionato della clausola destinata alla liquidazione *una tantum* del danno. Riconosciuta la legittimità della fattispecie, alla giurisprudenza pratica si chiede perlopiù il controllo sul corretto esercizio del diritto decretato dall'ordinamento ([177]). Alla cassazione pare in effetti sfuggire che il contratto innominato non meritevole di tutela perché ostile all'ordine pubblico costituzionale è nullo, ma non già correggibile o adattabile (*Vertragsanpassung*) mediante la personalissima *Weltanschauung* del giudice-*vir probus*, o del magistrato-funzionario il quale si pieghi al programma economico-sociale imposto dal potere esecutivo ([178]).

Com'è facile attendersi, sarebbe però errato sottovalutare la circostanza che il contratto non è un atto autoritativo, nel quale il difettoso funzionamento del procedimento formativo è rabberciato – osserverei – dal puntello messo a disposizione dalla sentenza giudiziale. Tale rimedio claudicante, se da un canto serve a salvaguardare la sopravvivenza della clausola penale sovrabbondante, rischia – in termini più generali – d'indebolire dall'altro le mura che recingono la nervatura mediana dell'autonoma privata.

Per evitare di trascinare i poteri d'autodeterminazione nell'insidiosa spirale del controllo superindividuale e del consequenziale irrigidimento del *Vertragsmechanismus*, meglio

([177]) W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 100.
([178]) Al riguardo sono particolarmente utili le osservazioni di W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 103 s.

sarebbe riconoscere all'inadempiente l'onere di lamentare l'asserita smodatezza della pena privata, così com'è onere dell'interessato esercitare l'azione di rescissione a titolo di lesione. La straordinaria intromissione *ab extrinseco* del magistrato in funzione equilibratrice del meccanismo contrattuale, salvo che sia diversamente sancito, dovrebbe soggiacere per elezione al principio dispositivo, in coerenza all'idea secondo cui alle parti è concessa la scelta delle strategie difensive così come, orientando lo sguardo al diritto sostanziale, è loro riconosciuta la facoltà di determinarsi liberamente nella gestione dei diritti patrimoniali.

Beninteso, le parole sin qui spese non dovrebbero ostacolare il ragionevole allentamento del principio della domanda qualora le circostanze concrete permettano d'individuare gli estremi della richiesta implicita di riduzione *ex* art. 1384 c.c. ([179]). In tal senso utili spunti sono, tra l'altro, ricavabili dalla stessa questione di fatto che sta alla base del diverbio sottoposto all'esame delle sezioni unite. Il patrono dell'obbligato non invocò suddetta disposizione perché era convinto che clausola controversa fosse invalida ai sensi dell'art. 1815, comma 2°, c.c. Questa premessa aiuta a decifrare le ragioni che indussero tale patrono a chiedere soltanto l'accertamento della nullità: a suo avviso niente era dovuto a causa dell'asserita invalidità e, pertanto, sarebbe stato illogico invocare il potere equitativo del magistrato ai sensi dell'art. 1384 c.c. Eppure la riassunta linea difensiva avrebbe permesso alla cassazione di raggiungere il medesimo risultato senza far appello a discussi e discutibili interessi generali autorizzanti l'intromissione officiosa del giudice nel territorio dell'autonomia privata. Movendo dall'insegnamento a mente del quale la qualificazione del rapporto negoziale proposta dalle parti non vincola il decidente ([180]), una volta assodato che

([179]) Cfr., Cass., Sez. lav., 19 aprile 2002, n. 5961, in *Dvd Platinum*; Cass., 30 marzo 1984, n. 2112, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 355, c. 2847.

([180]) Cfr. Cass., 31 marzo 2006, n. 7620, in *Dvd Platinum*: «sussiste vizio di extrapetizione soltanto quando il giudice abbia pronunciato oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni fatte valere dalle parti, ovvero su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili di ufficio, attribuendo ad una di esse un bene della vita non richiesto o diverso da quello domandato, mentre spetta al giudice di merito il compito di definire e qualificare, entro detti limiti, la domanda proposta dalla parte. Tale compito appartiene non soltanto al giudice di primo grado, ma anche a quello d'appello, che resta a sua volta libero di attribuire al rapporto controverso una qualificazione giuridica difforme da quella data in *prime cure* con riferimento all'individuazione della *causa petendi*, dovendosi riconoscere a detto giudice il potere-dovere di definire l'esatta natura del rapporto dedotto in giudizio, onde precisarne il contenuto e gli effetti in relazione alle norme applicabili, con il solo limite di non esorbitare dalle richieste delle parti e di non introdurre nuovi elementi di fatto nell'àmbito delle questioni sottoposte al suo esame»; v. inoltre Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Contratti*, 2006, p. 329 ss., con nota di P.G. TRAVERSA, *Contratto di…e qualificazione*, *ivi*, p. 332 ss.: «La tesi rende necessario precisare che la qualificazione del contratto è un'operazione logica attraverso la quale se ne afferma o nega la riconducibilità ad un de-

la clausola in parola rientrava nei confini della penale, dalla inequivocabile confutazione della sua legittimità desumibile dall'accertamento della nullità si sarebbe potuto scorgere la domanda tacita d'ottenere – a seguito della diversa qualificazione della fattispecie per opera del giudice – almeno la sua riduzione, ossia il (consequenziale) rimedio più acconcio alla tutela degli interessi del soggiogato.

In termini generali è indubbio che il potere prevaricatore, esercitato da coloro i quali manovrano le leve del traffico giuridico avvantaggiandosi della condizione di minorità in cui versa la massa, merita di essere combattuto dal legislatore che non può chiudere gli occhi di fronte all'uso abusivo delle libertà individuali. Tuttavia, questo proposito di solidarietà verso i soggetti a scapito dei quali è sottratta la facoltà di concorrere tramite le innate virtù del meccanismo contrattuale alla formazione del suo contenuto, proposito che permea il diritto privato di alti valori etici, non può far degenerare le funzioni protettive degli organi statali nel recinto della *lex contractus* a motivo della vocazione all'*imperium* paternale di alcuni giudici ([181]).

Se così non fosse, sarebbe pressoché inevitabile sospettare l'irragionevolezza dell'art. 34, comma 2°, c. cons., là dove esclude dal controllo contenutistico la clausola *standard*, inserita nel corpo di un testo facile a capirsi, stabilente un corrispettivo eccessivo. Procedendo di questo passo si dovrebbe altresì riconoscere, contro la *communis opinio doctorum*,

terminato tipo con la funzione di stabilire quale disciplina contrattuale sia applicabile. Nel relativo procedimento si individuano due fasi: una consiste nell'accertamento di un fatto storico (la volontà delle parti) riservato al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità per vizio di motivazione o violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. c.c.; l'altra, è quella della qualificazione che procede secondo il modello della sussunzione e, cioè, del confronto tra fattispecie contrattuale concreta e tipo astrattamente definito dalla norma per verificare se la prima corrisponde al secondo; la seconda fase comporta applicazione di norme giuridiche ed il giudice non è vincolato dal *nomen iuris* adoperato dalle parti, ma può correggere la loro autoqualificazione quando riscontri che non corrisponde alla sostanza del contratto come da loro voluto».

([181]) V. R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva*, cit. p. 330, testo e nota 157. Occorre in ogni caso distinguere il paternalismo del legislatore da quello del giudice. Mentre il primo è costituzionalmente legittimo (anzi, doveroso) quando ha per obiettivo non già l'affermazione della supremazia dello Stato sui consociati, bensì la protezione di interessi meritevoli di speciale tutela, il secondo – all'opposto – va combattuto allorché, in nome delle esigenze di giustizia sostanziale, demolisca in ultima istanza la libertà contrattuale per mezzo della manipolazione dall'esterno del regolamento negoziale avulsa dal previo accertamento del cattivo uso dell'autonomia privata imputabile al *Vertragsdiktat*. La trasposizione delle riflessioni che precedono entro il recinto dell'art. 1384 c.c. pare suffragare l'intuizione secondo cui il semplice potere di *reductio ad aequitatem* non costituisce di per sé ragione sufficiente per conferire al giudice la titolarità di un autonomo potere: quello del controllo «inquisitorio» circa il merito delle scelte operate nell'esercizio dell'autonomia privata, glissando sino a raggiungere la meta dell'illiberale sindacabilità dell'originaria ragionevolezza e adeguatezza economica dello scambio.

l'annullabilità del contratto per errore sul valore a prescindere dai suoi nessi con l'errore sulle qualità dell'oggetto negoziato.

12. *Giurisdizione d'equità e giustizia «crepuscolare».*

Occupiamoci adesso della giurisdizione d'equità (necessaria o facoltativa), in cui la legittimazione dell'autorità decidente a risolvere la disputa sulla base della statuizione non strettamente legata alle regole positive di diritto sostanziale è riconosciuta dagli artt. 113, 114 e 822 c.p.c. Serve ricordare che la prima delle citate disposizioni è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i princìpi informatori della materia ([182]). Questa sentenza additiva ha grossomodo restaurato l'art. 3 della legge n. 399 del 1984 ([183]) – poi soppresso dalla riforma del 1991 – a mente del quale il magistrato onorario era tenuto a decidere, entro l'evocato perimetro di competenza, «osservando i princìpi regolatori della materia».

La magistratura costituzionale ha confermato che la decisione d'equità non assume i tratti distintivi del provvedimento antilegalitario, il quale si distacca dall'ordinamento percorrendo parabole autonome disegnate dall'intimo senso di giustizia coltivato dal *vir probus*. Di contro, siffatta decisione si deve adeguare alla sua naturale funzione di mezzo di concretazione del diritto svincolato dalla esagerata severità del *ius strictum*. E cioè, il giudice d'equità non contrappone la propria statuizione – condizionata dal suo modo di concepire il mondo e la vita – alle regole positive generali e astratte, ma le integra adattandole ragionevolmente al caso concreto ([184]). Prova ne sia che anche la decisione equitativa è un ordine del giudice proclamato in nome del popolo; sarebbe pertanto una finzione sostituire alla sovranità popolare la filosofia del giudicante ([185]). Quell'ordine si riallaccia sempre alla legge razionalizzante le tessere componenti il sistema nel suo insieme. Per scansare l'eclissi dal

([182]) Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Guida dir.*, 29/2004, p. 50 ss., con nota critica di G. FINOCCHIARO, *Con l'osservanza dei criteri «informatori» resa più difficile la decisione dei non togati*, *ivi*, p. 54 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2537 ss., con note di R. GIORDANO, *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?*, *ivi*, p. 1542 ss.; e di I. FERRANTI, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale*, *ivi*, 2005, I, p. 2922 ss.; nonché in *Corr. giur.*, 2005, p. 497, con nota di L. ZANUTTIGH, *Lo scandalo dell'equità "a canone inverso"*, *ivi*, p. 515 ss.
([183]) Conf. Cass., 29 dicembre 2004, n. 24089, in *Giur. it.*, 2005, p. 1213 ss., con nota di G. FINOCCHIARO.
([184]) N. HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., p. 274; G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 35.
([185]) N. HORN, *op. cit.*, pp. 273 e 275.

sistema all'«antisistema» bisogna riconoscere che l'equità, essendo legata a doppia mandata con le istituzionali garanzie giuridiche, non dà origine a un ordinamento a sé, ma simboleggia un *minus* siccome serve soltanto a smussare le asprezze della legge scritta ([186]).

La giustizia «crepuscolare» è dunque priva di legittimazione a causa della sua radice antilegalitaria, che entra in collisione con i fondamenti dello Stato di diritto. Allo scopo di paralizzare l'obiezione a tenore della quale è la legge stessa, e quindi il popolo, che dà mandato al giudice non togato di emanciparsi dal diritto scritto ([187]), sia sufficiente replicare che quell'apertura non può condurre al rovesciamento del sistema, che si avrebbe – per citare solo alcuni esempi concernenti distinti ordini di valori – ove egli ritenesse inopinatamente equo un trattamento discriminatorio ([188]), oppure fosse convinto dell'equità di un vincolo sinallagmatico senz'accordo.

Coglie perciò il bersaglio chi è dell'idea che «in linea di principio è inaccettabile il generale utilizzo dell'equità nella giurisprudenza come peculiare fondamento giuridico senza garanzia dommatica» ([189]). In altre parole il valore che il magistrato, grazie al suo senso di giustizia, attribuisce al fatto esprime solamente «una parte costitutiva del *materiale* di conoscenza», la quale non assurge a definitivo criterio di cognizione ([190]).

Da qui nasce il dilemma circa i rapporti tra il limite dei princìpi regolatori e la discrezionalità del giudice di forgiare il precetto del caso concreto in stretta aderenza alla definizione di diritto come arte del buono e dell'equo.

Tali princìpi da un canto descrivono i dettami degli istituti giuridici di diritto privato generale, dall'altro esprimono l'eticità dell'ordinamento. Ritorna il motivo conduttore delle gerarchie extraformali, perché deve essere ben chiaro che la ricerca dei valori attorno ai quali è edificato lo Stato di diritto che non può essere compromessa dalla c.d. *aequitas cerebrina* di chi antepone la propria nozione di giusto al *Wesengehalt* qualificante la legislazione ([191]). Possiamo in altro modo sostenere che i princìpi generali del diritto non costituiscono

([186]) J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, cit., p. 153.
([187]) Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 175.
([188]) Sui rapporti tra autonomia privata e tutela contro i trattamenti discriminatori v. F.J. SÄCHER, *Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung*, in *Zeitschr. Europ. Privatrecht*, 2006, p. 1 ss.
([189]) G. VON HOYNINGEN-HUENE, *op. loc. cit.*
([190]) K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 203, corsivo dell'a.
([191]) Cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 15 s.; F. SCLOPIS, *Della legislazione civile*, cit., p. 96; per ulteriori riferimenti bibliografici v. il mio *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. impr.*, 2005, p.

il risultato di aride generalizzazioni o di formalistiche acrobazie teoretiche, ma offrono la somma dei «criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme» ([192]). Continuando con la stessa metafora si potrebbe affermare che alterare quei princìpi significherebbe, al postutto, modificare illegalmente tale corredo cromosomatico.

Equità non equivale ad arbitrio assoluto o all'assenza di qualsivoglia vincolo legalitario. I dettami assiologici e teleologici estrapolabili dal sistema con ampiezza e profondità variabili, se sono inadatti a descrivere minuziosamente i confini della decisione statuente la regola del caso concreto, devono nondimeno concorrere a determinarne la sua legittimazione logica. Si può dire che la decisione di equità è un atto sempre secondo diritto ma non necessariamente applicativo della legge positiva: quest'ultima considerazione ci aiuta a meglio comprendere il significato della proposizione a mente della quale la legislazione equitativa fluisce lungo i canali orientati dall'assiologia costituzionale ([193]).

La stella polare degli indirizzi filosofici sulla giustizia, che non può essere oscurata dall'equità del giudice, è rintracciabile nei princìpi generali sanciti dalle regole scritte su cui si regge il diritto statuale. Da questo punto di vista concetti che trovano il loro sigillo nella legge fondamentale, quali dignità umana, diritti della personalità, diritto di proprietà, diritto all'intangibilità della sfera privata, libertà positiva e negativa di associazione e via discorrendo, devono essere incentivati dalla giurisprudenza pratica la quale, anche quando è autorizzata a dettare la regola equa del caso concreto, è tenuta a garantirne l'indissolubilità ([194]). Ciò equivale a dire che il dovere del giudice d'estendere l'interpretazione sistematica delle regole positive sino al coinvolgimento dei princìpi costituzionali ([195]) consente d'equiparare la *Grundnorm* a una sorta di filtro adatto a cernere le norme particolari dai precetti-cardine i quali – come i singoli mattoni di un edificio – nel loro insieme costituiscono l'intelaiatura dell'ordinamento giuridico vigente.

---

118 ss. Ma v. anche F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), trad. it., in A.F.J. THIBAUT e F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di Marini, 4ª ed., Napoli, 2000, p. 143.

([192]) E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 851.

([193]) Cfr. K. ENGISCH, *op. cit.*, p. 211, il quale a completamento delle proprie riflessioni scrive causticamente che «Autorizzare una decisione sulla base della libera discrezionalità significa, sul piano della concretizzazione del diritto, mettere sul trono la personalità dell'operatore giuridico».

([194]) N. HORN, *op. cit.*, p. 276.

([195]) Cfr. H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz,* cit., p. 37.

L'additato filtro è composto oltre che dalla legge fondamentale, dall'insieme di regole ordinarie disciplinanti le libertà essenziali dell'individuo. Richiamando un'osservazione già fatta, non bisogna spendere fiumi d'inchiostro per dimostrare che su quelle regole il legislatore incide in modo indelebile le cifre effigianti i valori costitutivi della società civile ([196]). Di lì il plusvalore etico delle leggi ordinarie che mettono in ordine i tasselli inamovibili del sistema cristallizzanti le ramificazioni del libero e responsabile svolgimento dell'individualità ([197]).

Soffermiamoci sulle norme regolatrici la materia, il cui sostrato deontologico – autentica impronta genetica della fattispecie astratta – è vincolante per il giudice d'equità perché illustra la generale idea di diritto come arte del buono e dell'equo, che si fa regola positiva per sciogliere l'intrico scaturente dalla circolazione dei diritti ([198]).

Nella prima decisione pronunciata dopo la succitata sentenza additiva della Corte costituzionale, la cassazione ha sostenuto *obiter* che «i limiti temporali generali, posti dagli artt. 2934 ss. c.c., e speciali, posti dall'art. 1495 c.c., all'esercizio dei diritti costituiscano, in quanto dettati dall'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, princìpi informatori del diritto civile in genere e delle obbligazioni e pretese costituite con il contratto di compravendita in specie» ([199]).

L'asserzione pecca di genericità. Anzitutto perché nell'àmbito della disciplina sulla prescrizione, oltre alle regole statuenti i termini il cui spirare conduce all'estinzione dei diritti, si avvistano regole dotate di maggiore specificità, concernenti e il *dies a quo* e la disponibilità del diritto a far valere gli effetti della fattispecie. Non è detto che anche queste ultime, nella loro totalità, concorrano ad intessere le trame fondamentali dell'istituto ora considerato ([200]). Ma credo si possa dire di più: mentre le esigenze di certezza dei rapporti giuridici

([196]) Cfr. F. BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien, 2005, p. 71 s.
([197]) B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., p. 256. Tale plusvalore etico è totalmente calpestato dagli orientamenti i quali negano che la disciplina a protezione della parte economicamente debole o meno organizzata esprima princìpi informatori del sistema giusprivatistico: cfr. Cass., 27 febbraio 2007, n. 4436, in *Dvd Platinum*.
([198]) N. HORN, *op. cit.*, p. 277.
([199]) Cass., 15 novembre 2004, n. 21612, in *Giur. it.*, 2005, p. 1213 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; v. anche Cass., 14 marzo 2006, n. 5462, in *Dvd Juris data*; in senso opposto v. però Cass., Sez. lav., 8 marzo 2005, n. 5037, *ivi*, secondo cui «le questioni in tema di prescrizione non rientrano nelle c.d. linee-guida (o princìpi informatori) esprimenti i princìpi fondamentali e regolatori di una materia civilistica la cui violazione può essere dedotta *ex* art. 111 cost. avverso una sentenza emessa secondo equità».
([200]) V. difatti Cass., 3 marzo 2005, n. 4620, in *Dvd Platinum*, a parere della quale «il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità è consentito non con riguardo alla mera vio-

indebolite dall'ambiguità conseguente all'inerzia del titolare del diritto sono senz'altro tutelate dalla prescrizione, l'impedimento all'esercizio del potere per decorso del termine di decadenza risponde ad altri interessi. Con riguardo all'art. 1495, comma 1°, c.c., l'interesse preso in considerazione è quello del compratore a ricercare tempestivamente le cause del vizio; in sintesi, la parificazione del peso e rilievo da assegnare agli istituti della prescrizione estintiva e decadenza sembrerebbe un formalismo che urta contro l'argomento di ragione siccome annulla l'antedetta ragione del distinguo.

Da questa panoramica viene da osservare che, a prescindere dalla consegna di cosa diversa ([201]), il giudice di pace non travalica il principio di legalità quando sia persuaso che la domanda di risoluzione per vizi materiali della cosa venduta appaia in via di equità meritevole d'accoglimento sebbene non siano stati rispettati i termini-capestro espressi nell'art. 1495, comma 1°, c.c. ([202]). C'imbattiamo in un caso paradigmatico d'irrigidimento del sistema, che rende la *lex* vessatoria (o *dura*), nella misura in cui il magistrato, fuori della giurisdizione equitativa, è tenuto a ricondurre il fatto storico dentro il conio normativo dello stretto e rigoroso diritto, benché sia perfettamente convinto della irragionevolezza di una siffatta forzatura ([203]). Si può quindi sostenere che l'equità è il grimaldello impugnato dal giudice per uscire dalla prospettata *impasse*, in modo da evitare che il *summum ius* sia foriero di *summa iniuria* alla luce delle specificità qualificanti gli interessi in ballo.

In altre occasioni i punti di vista della cassazione non sono stati attratti dal denunciato eccesso d'approssimazione, come attestano gli orientamenti che seguono.

---

lazione o falsa applicazione delle norme di diritto sostanziale, ma solo in presenza della violazione o falsa applicazione che appaia in contrasto con i principi informatori della materia; e tale non può considerarsi, nel caso di specie, il dedotto errore del giudice di pace nel calcolare il momento di decorrenza della prescrizione». A giudizio di Cass., 31 ottobre 2005, n. 21116, *ivi*, gli artt. 2959 e 2960 c.c. estrinsecherebbero i princìpi generali della materia inerente alla prescrizione presuntiva essendo inscindibilmente legati ai cardini dello statuto di questa fattispecie.

([201]) Come rammenta giustamente E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 9, tale categoria è agganciata al tentativo promosso dai giudici togati di far leva sui princìpi equitativi allo scopo di sfuggire al rigore della *dura lex*. Si osservi che l'equità sta qui sullo sfondo del ragionamento, giacché l'aiuto al compratore è assicurato spostando l'epicentro dell'argomentazione giuridica dal diritto speciale della vendita alla disciplina generale in tema d'inesatto adempimento.

([202]) Conf. B. SASSANI, *sub* art. 113, in C. CONSOLO, F.P. LUISO e B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 66.

([203]) V. M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sulla funzione creativa della giurisprudenza*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 18 ss.

Ad esempio, si è deciso di noverare nella categoria dei princìpi informatori il diritto generale dei contratti la regola secondo cui la pretesa al minimo garantito vincolante l'avente titolo alla somministrazione (art. 1560, ult. comma, c.c.) presuppone il raggiungimento dell'accordo su tale particolare clausola. Di qui l'iniquità della domanda fatta valere dalla pubblica amministrazione per ottenere il pagamento del consumo minimo d'acqua potabile allorché non abbia dimostrato che l'utente accettò la pattuizione fonte del credito ([204]).

Il principio della libertà delle forme in tema di atti negoziali è stato considerato – e *pour cause* ([205]) – vero e proprio cardine del sistema giusprivatistico, che non è violato là dove il giudice di pace affermi *pro bono et aequo* che l'adesione al consorzio tra proprietari di edifici per la gestione delle parti e dei servizi comuni possa avvenire tramite comportamenti concludenti, salvo che sia stato conferito il godimento d'immobili o di diritti reali immobiliari per un tempo eccedente il novennio o senza termine ([206]).

Anche la disciplina sulle prescrizioni presuntive viene noverata tra quelle illustranti i princìpi informatori della materia ([207]).

La regola in bianco *ex* art. 2697 c.c. è emanazione del principio generale a tenore del quale spetta all'attore dimostrare gli elementi costitutivi della domanda, mentre spetta al convenuto svelare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi: viola quindi detto principio la sentenza del giudice d'equità con cui venga fatto gravare sull'attore l'onere di provare l'assenza di elementi ostativi alla pretesa ([208]).

([204]) Cass, 11 gennaio 2005, n. 382, in *Giur. it*., 2005, p. 1214 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; e in *Corr. giur*., 2005, p. 500 ss.; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1278, in *Dvd Platinum*; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1756, *ivi*.

([205]) Cfr. R. CALVO, *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, cit., p. 144.

([206]) Cass., 14 gennaio 2005, n. 2960, in *Dvd Platinum*.

([207]) Cass., 10 gennaio 2007, n. 284, in *Dvd Platinum*.

([208]) Cfr. Cass., 6 maggio 2005, n. 9403, in *Dvd Platinum*: «il Collegio osserva che la norma di cui all'art. 2967 c.c., che regola la distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo, costituisce un principio informatore del sistema delle garanzie giurisdizionali nel quale trovano tutela ed attuazione i diritti dei singoli, a nulla rilevando, alla luce della intervenuta pronunzia della Corte costituzionale, la circostanza che detta norma sia collocata nel codice di diritto sostanziale, poiché essa attiene, in ogni caso, alla materia della tutela dei diritti regolata dal libro sesto del codice civile e ne costituisce un precetto fondamentale, dal rispetto del quale non si può prescindere neppure nel giudizio di equità, pena lo sconfinamento del medesimo giudizio "nell'arbitrio", attraverso una contrapposizione ai principi basilari dell'ordinamento "delle categorie soggettive di equità e ragionevolezza" proprie del giudice»; v. anche Cass., 16 maggio 2006, n. 11413, *ivi*. In tale direzione cfr. R. VACCARELLA, *Il difensore ed il giudizio di equità*, in *Giust. civ*., 1992, II, p. 470; Cass., 13 giugno 2008, n. 15986, in *Dvd Platinum*. Ma in senso opposto v. Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, *ivi*; Cass., 28 marzo 2007, n. 7581, *ivi*.

Costituiscono norme di dettaglio, sostituibili per opera del verdetto *pro bono et aequo*, le regole speciali che in deroga all'art. 1182, comma 3°, c.c., prevedono il pagamento presso il domicilio del debitore delle somme dovute dall'ente pubblico ([209]).

In fatto di oneri condominiali, concorre a dare l'impronta allo statuto generale della fattispecie il criterio proporzionale di cui all'art. 1123, comma 1°, c.c. ([210]), il quale deve pertanto essere osservato dal giudice non togato.

Da questa rassegna sommaria emerge il bisogno che il diritto scritto non impedisca alla giurisdizione del *vir probus* di plasmare la regola adeguata al caso concreto. L'autorizzazione a emanciparsi dalle poco tollerate strettoie del *ius positum* deve tuttavia adattarsi – come ha insegnato la Consulta – al principio di legalità. Esso testimonia che il distacco – eccezionalmente autorizzato dalla legge attributiva di competenze giurisdizionali equitative ([211]) – della magistratura laica dal diritto scritto statuente regole di dettaglio neutre sotto il profilo dei contenuti deontologici[212], non crea alcuna frattura costituzionale. Per accorgersene basti rilevare che quell'allontanamento incita alla disapplicazione di precetti particolari, non troppo distanti dalla nozione di *ius singulare* – contrapposta a quella di *ius commune* – elaborata da Paolo ([213]), incolori per quel che concerne i princìpi nel complesso qualificanti – secondo un'intensità di forza mutevole – l'impronta etica dell'ordinamento giuridico ([214]).

([209]) Cass., 24 ottobre 2005, n. 20552, in *Dvd Platinum*; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20927, *ivi*; Cass., 24 novembre 2005, n. 24828, *ivi*.
([210]) Cass., 27 aprile 2006, n. 9641, in *Dvd Platinum*.
([211]) In proposito E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 861, osserva che il ricorso all'equità *ex* artt. 1374 c.c. e 313 c.p.c. deve essere inteso come ultima *ratio*.
([212]) Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali*, cit., p. 47.
([213]) «Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est» (D., 1, 3, 16); cfr. F. WUBBE, *Ius singulare quid sit*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1993, p. 451 ss., secondo cui il *ius singulare* non simboleggerebbe una norma di dettaglio, ma una norma speciale per il singolo caso.
([214]) Illuminante è la nozione di princìpi generali del diritto proposta da E. BETTI, *op. cit.*, p. 846: «"principio" designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in specifica formulazione precettiva. Esso fa riscontro al problema pratico risolto dalla norma: ne ispira la *ratio iuris* sotto l'aspetto teleologico, in quanto ne fornisce il criterio di soluzione».

Abstract

The essay treats about «equity» in private law, which is a value that should lead not only the scholar, but also the lawmaker, because the score is to achieve an ideal reconciliation between the interests of opponent parties, looking to the prism of constitutional principles and of reasonableness, thus demonstrating to exercise a kind of art in law making.

On this sense, then, various issues of the civil law are truly characterized by the search of a «surplus» of ethic dimension. Thus, for example, a primary importance is assumed by the development of the theory of frustration (as a mechanism of protection against unforeseeable contingencies), by the reduction of the penalty clause, by the equitable powers of the judge: especially about the latter, by the way, it is well captured the deep relationship between the general provision of equity and all the fundamental principles which are rising themselves up in a constitutional meaning.

At the same time, also the rules dictated for defense of weaker party are linked to this system of values: the fairness is the basis of protection's rules of the weak part in the «mass contracts», defending the part faible against the unlimited use of bargaining power by the part economically stronger (in order to overcome the nineteenth-century model of laissez-faire). This topic explains furthermore the special tool of void contract in consumer law, as well as the recent discipline of unfair trade practices. The principle of equity in civil law, then, may also be a useful instrument to combat the abuses of the powerful part, even in cases when the formal provision of law does not expressly give protection: in this way, a representative example can be found on the abuse of choosing the type of contract, in order to apply the legal regulation more favorable to the stronger party. Equity can build a barrier useful to combat this practice.

Il presente numero è stato chiuso nell'ottobre 2012

CONTRIBUTI DI:

ROBERTO CALVO	*Professore straordinario di Diritto privato presso l'Università della Valle d'Aosta*	*r.calvo@univda.it*
MARTA CERIONI	*Dottore di ricerca in "Diritto costituzionale e diritto pubblico generale" presso l'Università "La Sapienza" di Roma.*	*marta.cerioni@uniroma1.it*
CINZIA DI PAOLO	*Ricercatrice di Diritto Internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.*	*cinzia.dipaolo@unicam.it*
ROCCO FAVALE	*Professore ordinario di Diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.*	*rocco.favale@unicam.it*
PIERO GOTTI	*Professore associato di Giustizia amministrativa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.*	*piero.gotti@unicam.it*
FELICE MERCOGLIANO	*Professore associato di Diritto romano, Fondamenti del diritto europeo e Storia del diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.*	*felice.mercogliano@unicam.it*
MONICA NAPOLITANO	*Docente a contratto di diritto comunitario del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*	*monica.napolitano75@yahoo.it*
UGO PIOLETTI	*Ricercatore di Diritto penale e di Diritto penale dell'economia nell'Università degli Studi di Camerino. Avvocato in Roma.*	*ugo.pioletti@unicam.it*
LAURA SOLIDORO MARUOTTI	*Professoressa ordinaria di Diritto romano, Fondamenti del diritto europeo e di Istituzioni di diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno.*	*lsolidoro@unisa.it*