

EQUITÀ NEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO: SPUNTI DELLA DOTTRINA

ANTONIO PADOA-SCHIOPPA (*)

SUNTO. – La relazione mira a porre in rilievo alcuni momenti e alcuni autori all'interno del lungo e frastagliato percorso dell'idea di equità che – muovendo dalle basilari e ricorrenti premesse della cultura filosofica e giuridica antica di Grecia e di Roma – si sviluppa con risultati nuovi senza interruzione nel pensiero e nella prassi del diritto medievale e moderno europeo. La riflessione sull'*aequitas* prende avvio con intenso sforzo sistematico e interpretativo sin dagli inizi della Scuola di Bologna, per opera dello stesso fondatore Irnerio e dei suoi allievi di prima e di seconda generazione. Un secondo fondamentale apporto venne dai canonisti, che svilupparono tra XII e XIII secolo una complessa teorizzazione del significato e della portata dell'equità nel diritto della Chiesa, così da configurare una specifica serie di dottrine che assunsero la denominazione di *aequitas canonica*. Nel diritto del commercio si sviluppò sin dal secolo XIV una procedura slegata dai formalismi del diritto civile, che fu designata dai giuristi del diritto comune con la formula di *aequitas mercatoria*. Nell'ambito del diritto inglese, all'interno del sistema di *common law* un comparto distinto sia quanto alla procedura sia quanto alle regole formò a partire dalla fine del medioevo, per opera della Corte di Cancelleria, il sottosistema dell'*Equity*, influenzato all'origine dal diritto canonico ma presto dotato di una specifica originalità di contenuti che formarono una componente significativa del *common law*. Anche talune Corti sovrane dell'età moderna (qui si richiama l'esempio del Senato di Milano nell'epoca del dominio spagnolo) fecero largo ricorso all'*aequitas* nell'esercizio dei loro vasti poteri discrezionali. A sua volta la dottrina continuò a lavorare sul concetto di equità, con sviluppi di diverso segno, come mostrano gli esempi delle teorie di due grandi autori, il francese Jacopo Cuiacius nel Cinquecento e l'olandese Ugo Grozio nel Seicento, esponenti di punta, rispettivamente, dell'indirizzo umanistico culto e del moderno giusnaturalismo europeo. Questi esempi consentono di formulare alcune brevi considerazioni conclusive.

(*) Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere; Università degli Studi di Milano, Italia. E-mail: antonio.padoaschioppa@unimi.it

ABSTRACT. –The ethical and legal aspects of the of the idea of *aequitas* have been discussed widely since the early age of the Glossators, always on the basis of the fundamental definitions given by Aristoteles and by Cicero, as well as with reference to several (and dissenting among them) texts of the classical and postclassical Roman law present in the Justinianan *Corpus iuris*. This article aims at focusing some significant phases of an uninterrupted debate, that is still open and alive in the present asset of the legal doctrines: from Irnerius and the four Doctors of the XII Century to the *aequitas* of the classical canon law, from the Commentators of the XIV Century (Baldu de Ubaldis) to the early italian city statutes and the mercantile jurisdiction of the guilds, from the English Equity to the Milanese highest Court (Senatus) of the XVI-XVIII Centuries, from Cuiacius to Grotius. At the centre of this debate are the ways suggested and discussed in order to shape a correct relationship between *ius strictum* and *ius aequum*, a aspect of the legal world that both the doctrines and the courts have had to deal with in any time.

1. PREMESSA

La parola che sta al centro di questa giornata di studi attraversa l'intero corso della civiltà occidentale, dal mondo antico ad oggi. Essa è caratterizzata da una vitalità e da una continuità ininterrotte, segnate da ricorrenti ritorni alle fonti del pensiero antico ma anche da una varietà enorme di contenuti e di contesti nel tempo e nello spazio, che si prolunga sino al presente.

Tenteremo di richiamare qui alcuni dei momenti di una storia densa di testimonianze sia per l'età medievale che per l'età moderna, sino alle soglie delle moderne costituzioni e codificazioni. Dovrò limitarmi a rievocare con pochi tratti alcune tappe di un percorso che dalle mai cancellate premesse del pensiero greco e del diritto romano ha condotto alle attuali teorizzazioni sul significato del principio dell'equità nel mondo del diritto, ma anche nella filosofia politica e sociale. L'equità nel pensiero dei primi Glossatori, l'*aequitas canonica*, l'equità negli ordinamenti cittadini, l'equità nella scuola dei Commentatori (Baldo degli Ubaldi), l'*aequitas mercatoria*, l'*Equity* inglese, l'*aequitas* giurisprudenziale dei grandi tribunali (Milano), le dottrine di due esponenti di vertice della Scuola culta e del moderno giusnaturalismo (Cuiacio e Grozio): ecco le tappe di questo rapido percorso. Ognuna di esse meriterebbe un'intera monografia, che peraltro per taluno di questi temi ed autori è già stata scritta. Ma risvolti ancora non esplorati e spazi per ulteriori riflessioni certamente esistono.

Non mi soffermo sull'alto medioevo, perché durante i lunghi secoli che separano la fine del mondo antico dalla rinascita del secolo

XII gli spunti di pensiero giuridico su questo tema come sul diritto in generale sono davvero esigui. Resta presente e viva la lineare sintesi di Isidoro a Siviglia, che nelle *Etymologiae* (II.10.1) racchiude nel concetto di equità l'intero ambito del diritto, ripartito nei due grandi comparti della legge e della consuetudine: "institutio aequitatis duplex est, nunc in legibus, nunc in moribus", che si differenziano in quanto "lex scripta est, mos vero [est] vetustate probata consuetudo"¹. All'altro termine di questa lunga età di silenzio della dottrina, quattro secoli più tardi, il vocabulista Papias definisce *aequus* "quod est iustus per se" e aggiunge: "aequus per naturam, iustus vero per legem"²; il richiamo alla natura come fonte dell'equità è significativo, perché *natura* è un termine polisemico quant'altri mai, identificata sin dal mondo antico e poi nel medioevo, a volta a volta, con l'istinto comune a tutti gli esseri del mondo animale, incluso l'uomo, ma anche con la stessa volontà divina, un'impostazione, quest'ultima, che più tardi troverà la sua formula pregnante nell'espressione celebre "natura, id est Deus". Va peraltro ricordato che vi è chi, tra gli storici (mi riferisco alle indagini di studiosi quali Paul Kirn³ ed Ekkehard Kaufmann⁴) ha posto proprio il momento equitativo al centro dell'intero sistema della giustizia carolingia, con un'accentuazione a mio avviso almeno in parte discutibile, ma certo significativa.

2. I GLOSSATORI: IRNERIO E L'IDEA DI EQUITÀ

Alla fine del secolo XI Ivo di Chartres enumerava nel Prologo alle sue fondamentali Collezioni canoniche (una della quali, la *Panormia*, si diffuse in Europa in centinaia di manoscritti) i diversi criteri con i quali applicare le regole dei canoni: "secundum rigorem,

¹ Isidoro, *Etymologiarum sive Originum libri 20*, lib. II, 10.1, Oxford, ed. Lindsay, 1962.

² Papias Vocabulista, ed. Venetiis per Philippum de Pineis, 1496, rist. an. Torino 1966, v. *Aequus*, 10.

³ P. Kirn, *Über die angebliche Billigkeitsjustiz der fränkischen Könige*, in ZSS, Germ. Abt. 47 (1927), 115-129; Id., *Aequitatis iudicium von Leo den Grossen bis Hincmar von Reims*, in ZSS, Germ. Abt., 52 (1932), 53-64.

⁴ E. Kaufmann, *Aequitatis iudicium*, Frankfurt am Main, 1959.

secundum moderationem, secundum iudicium, secundum misericordiam”⁵. Tra questi l'*aequitas* non figura⁶. Invece a pochissimi anni di distanza, all'inizio del secolo XII, la riflessione teorica sull'equità conosce una fioritura improvvisa e sorprendente con l'origine della moderna scienza del diritto in Europa, con la scuola dei Glossatori. E' un tema che la storiografia ha ripetutamente esplorato: Hermann Kantorowicz, Francesco Calasso, Eduard Meijers, Marguerite Boulet-Sautel, Antonio Rota, Hermann Lange, Ennio Cortese (il quale ultimo ha di recente dedicato al tema una rinnovata riflessione di insieme)⁷ sono solo alcuni tra gli studiosi che all'equità nel pensiero dei Glossatori hanno dedicato ricerche specifiche.

Che il fondatore stesso della Scuola bolognese, il grande Irnerio, abbia rivolto l'attenzione al concetto di *aequitas* ha un significato quasi simbolico. Nell'Introduzione al Codice, scoperta da Kantorowicz in un manoscritto londinese, Irnerio nell'adottare lo schema della retorica - nel quale occorre enunciare, accanto all'*intentio* e alla *causa finalis*, anzitutto la *materia* trattata - ritiene che materia del Codice sia la “negotiorum equitas et iustitia, sive nondum sit constituta, sive sit constituta sed contempta” (su quest'ultima notazione torneremo tra breve)⁸. La derivazione

⁵ Ivo di Chartres, Prologo al *Decretum* (a. 1094 ca.), in Migne, *Patrologia latina* (PL), vol. 161, col. 47.

⁶ P. Landau, *Aequitas in Corpus Iuris Canonici*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 20 (1994), 97.

⁷ H. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law* (1938), rist. Aalen 1969, in part. 233-240; 271-304; E.M. Meijers, *Le conflit entre l'équité et le droit chez les premiers Glossateurs*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 17 (1941), 117-135, ora in Id., *Etudes d'histoire du droit*, IV, Leiden, 1966, 142-156; A. Rota, *La concezione irneriana dell'aequitas*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 26 (1949), 241-257; M. Boulet-Sautel, *Equité, justice et droit chez les Glossateurs du XIIIe siècle*, in *Récueil des Mémoires et Travaux de l'Université de Montpellier*, 2 (1951); H. Lange, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, in *ZSS, RA*, 71 (1954), 319-347; F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano, 1954, 476-479; Id., *Equità*, premessa storica, in *Enciclopedia del diritto*, XV (1966), 65-69; E. Cortese, *La norma giuridica*, Milano, 1962-62, in part. II, 319-340; J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada, Concepcion de la podestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992, in part. 302-308; e di recente, E. Cortese, *Equité et justice, la dynamique bipolaire du droit au Moyen Age*, in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris, 2009, 299-313, ora in Id., *Scritti*, tomo III, a cura di Alessandro e Federico Cortese, Roma, Il Cigno, 2013, 435-452.

⁸ Kantorowicz, *Studies*, 234.

ciceroniana (*Topica* 9) di questa distinzione è evidente. A sua volta il diritto può essere tale in modo esplicito e formale (“*ipsum ius*”) ovvero derivare dalla volontà dei singoli, che la esprimono nei contratti tra vivi e nel testamento. Da Irnerio l’equità viene considerata come un canone oggettivo, mentre la giustizia costituisce una virtù, è dunque legata alla volontà, è un “*habitus mentis bene constitute*”, come si precisa nell’Esordio alle Istituzioni⁹ e in una glossa al primo frammento del Digesto¹⁰; anche qui cogliamo l’eco di un passo di Cicerone (*De inventione*, 160.36).

Bulgaro darà forma più compiuta a questa nozione definendo l’equità non ancora tradotta negli stampi del diritto scritto come “*equitas rudis*”, mentre il principe trasforma l’equità rude in equità *constituta* attraverso la duplice veste del rescritto o della promulgazione di un editto¹¹. Dunque per questi primi glossatori l’intero spettro del diritto, sia esso legiferato sia negoziale, scaturisce dal principio supremo dell’*aequitas*. Diversa era l’idea di Martino, l’altro grande allievo di Irnerio, per il quale l’equità “rude”, non ancora tradotta in norma di legge, è propria dell’ufficio del giudice, “*in hac iudicis officium deprehenditur*”¹². Inoltre, nell’*Exordium Institutionum* lo stesso Martino assimila l’equità a Dio stesso: “*nihil aliud est [equitas] quam Deus*”¹³, adottando la medesima formula che altri giuristi di diritto comune impiegarono per qualificare l’essenza e i contenuti del diritto naturale (“*natura, id est Deus*”).

Poco più tardi la prima *Summa Codicis*, probabilmente di origine provenzale e influenzata dalla scuola di Martino, riporterà un altro testo ciceroniano, il passo che definisce l’equità come “*rerum convenientia, quae in paribus causis paria iura desiderat*” (*Topica*, 23): è qui l’idea dell’equità come eguaglianza a venire in primo piano¹⁴.

⁹ Kantorowicz, *Studies*, 240. Su ciò Cortese, *Equité et justice*, in *Scritti*, III [nota 7], 435 s.

¹⁰ E. Besta, *L’opera di Irnerio*, Torino 1896, II, 3.

¹¹ Kantorowicz, *Studies* [sopra, nota 7], 233-235; Cortese, *Equité* in id., *Scritti* [nota 7], 445.

¹² G. Dolezalek/L. Mayali, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, Frankfurt am Main, 1985, II, 599: in diversi mss. questa glossa porta la sigla m (Martino).

¹³ Edita da G.B. Palmieri in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, I², Bononiae, 1914, Add. 4. Cf. Kantorowicz, *Studies* [nota 7], 53; Cortese, *Equité* [nota 7], 438.

¹⁴ *Summa Codicis Trecentis*, Prooem., § 3, ed. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, rist. Frankfurt am Main, 1971.

Ma presto si impose ai glossatori una questione cruciale, destinata a rimanere viva per secoli, quella del rapporto tra equità e diritto scritto. Lo spunto venne da due passi del Codice giustiniano, entrambi risalenti a Costantino, uno dei quali (Cod. 3.1.8, dell'anno 314) anteponeva allo *ius strictum* le ragioni della giustizia e dell'equità, mentre l'altro affermava che il conflitto tra equità e diritto poteva essere superato solo da una decisione dell'imperatore (Cod. 1.14.1., dell'anno 316). Qui le opinioni dei maestri bolognesi si divisero. Va menzionata anzitutto una posizione forse espressa, secondo una tradizione antica, dallo stesso Irnerio, che riteneva consentito ai giudici superiori (non ai *defensores civitatum*, in base alla Nov. 15.1.1: non dunque ai consoli, equiparati ai *defensores civitatis*) di giudicare secondo quanto sembrasse loro più giusto¹⁵, non necessariamente secondo il dettato della legge: una tesi che la Glossa accursiana più tardi respinse, sulla base della prevalente dottrina.

Bulgaro superò il contrasto distinguendo tra due forme di equità, quella tradotta in norma scritta e quella *rudis*, non accolta dalla legge, mentre Martino si mostrò incline a dare comunque la prevalenza all'equità: un contrasto sul quale la storiografia si è ripetutamente soffermata¹⁶. La trattazione più approfondita fu forse quella offerta da un glossatore della terza generazione, Rogerio, che in un'opera in forma di dialogo ritenne doversi dare la prevalenza al diritto scritto nei confronti di un criterio di equità estraneo alla legge ("nondum iuris laqueis innodatum"), che solo il principe avrebbe potuto introdurre con una propria costituzione, mentre là dove era lo stesso *ius scriptum* a contenere due regole diverse, la prevalenza doveva andare alla norma più conforme all'equità: "hanc equitatem, que ipsa non rudis est sed ius scriptum, cum iuri scripto strictoque similiter contradicat, omnes iudices investigare diligenter a iurisque rigore propria secernere interpretatione ac secundum eam iudicare precipiuntur"¹⁷.

¹⁵ Sulla base della Nov. 8 in fine, § Iusiurandum ("et omnem aequitatem servabo secundum quod mihi visum fuerit iustum": formula del giuramento dei funzionari-giudici): gl. Iustus, a Cod. 3.1.14, de iudiciis, post l. rem non novam, § hodie; e gl. visum a Nov. 8 in fine (Authenticum Coll. II tit. 3, § iusiurandum), dove tale opinione è attribuita a Ugolino [sec. Hug.], ma respinta da Accursio: "non placet". Cf. Ch. Lefebvre, in Dictionnaire de Droit Canonique (DDC), V, *epieikia*, col. 367.

¹⁶ E. Cortese, *La norma*, II, 320-362; Id., *Equité* [sopra, nota 7], ora in Id., *Scritti*, III, 434-452.

¹⁷ Rogerio, *Enodationes questionum super Codice*, § 2, ed. Kantorowicz, in *Studies*, 282.

Un altro glossatore di terza generazione, Guglielmo da Cabriano, del quale in anni recenti Tammo Wallinga ha edito i *Casus Codicis*, adotta un criterio ancora diverso: per lui è decisiva la successione temporale delle norme, sicché una norma di equità prevale se posteriore ad una di *ius* e non nel caso inverso; questo se entrambe siano scritte, cosicché si può dire che “tunc non equitatem iuri, sed ius iuri sit preferendum”, mentre l’equità non scritta può imporsi rispetto allo *ius* solo per intervento del principe, “nec est iudicis officium a iure scripto discedere et equitatem non scriptam iuri scripto preferre”.

Davvero singolare è l’esempio che Guglielmo prospetta per asserire la priorità dell’*aequitas* rispetto allo stesso *ius naturale*, se la prima è subentrata al secondo nel corso del tempo: il diritto naturale “dicit omnes liberos”, ma l’equità introdotta posteriormente attraverso lo *ius gentium* “fecit quosdam servos”; e questa è una disposizione ispirata all’*aequitas*, osserva Guglielmo, perché lo stato servile dei vinti è preferibile all’uccisione dei prigionieri di guerra: “*aequitas tamen iuris gentium postea superveniens fecit quosdam servos, potius enim voluit captos servare quam occidere, quod aequitas fuit*”, anche se poi subito aggiunge: sebbene la servitù sembri iniqua: “*licet servitus videatur iniuitas*”¹⁸.

3. I GLOSSATORI: AEQUITAS, IUS, INTERPRETATIO

Vi fu però anche un approccio diverso al medesimo punto cruciale. Forse sulla scia di Martino, più probabilmente per influenza di una corrente del pensiero giuridico canonistico sulla quale torneremo, troviamo in alcuni testi, anch’essi del secolo XII, un atteggiamento assai meno ossequiente rispetto al testo della legge scritta. Nelle *Questiones de iuris subtilitatibus*, un’opera scritta in stile raffinato e di autore incerto - forse di origine parigina secondo quanto prospettato da André Gouron¹⁹ - si rappresenta l’immagine suggestiva del tempio della

¹⁸ Guglielmo da Cabriano, *Casus Codicis*, a Cod. 3.1.8, l. Placuit, ed. T. Wallinga, *The Casus Codicis of Wilbelmus de Cabriano*, Frankfurt am Main, 2005, 136.

¹⁹ A. Gouron, *Le “Questiones de iuris subtilitatibus”: une oeuvre du maître parisien Albéric*, in *Revue Historique*, 303 (2001), 343-362, ora in Id., *Pionniers du droit occidental au Moyen Age*, IX, Aldershot Hampshire 2006 (Variorum Reprints).

Giustizia, nel quale la stessa Giustizia per mano dell'Equità scruta il tenore della legge scritta e ne cancella norme contrastanti con l'equità ("ut si que ex litteris illis ab Equitatis examine dissonarent, haberentur pro cancellatis")²⁰.

In forma meno elegante e quasi brutale, un testo provenzale della metà dello stesso secolo XII proclamava: "si qui inutile, ruptum, equitative contrarium in legibus reperitur, nostris pedibus subcalcamus"²¹. Qui davvero l'equità assume una valenza predominante, aprendo peraltro la questione di quale dovesse essere il criterio per stabilire l'iniquità di una legge: una questione cruciale che si ripresentava in altra forma nel problema, anch'esso discusso con intenso travaglio dai Glossatori, del rapporto tra legge e consuetudine e della possibilità che quest'ultima potesse prevalere sulla prima.

Uno spunto in questa direzione, che colloca l'equità al di sopra della legge, ritengo che possa essere rinvenuto già nel pensiero di Irnerio. Una glossa edita da Gustav Pescatore²² asserisce che "equitas et ius differunt", in quanto "equitatis est quod iustum est simpliciter proponere", mentre "propter hominum lapsus multum ab ea (scil. equitate) (ius) distare contingit". Ed allora anche il passo del Proemio del ms. londinese al Codice edito da Kantorowicz (*Studies*, 234), là dove si distingue l'*equitas constituta* da quella "constituta sed contempta" potrebbe significare la stessa cosa: ci sono norme di diritto che contrastano ("contemnunt") con l'*equitas*. Il passo come riportato dall'unico manoscritto potrebbe dunque essere corretto e rispecchiare il pensiero irneriano, senza necessità di emendarlo mutandone il significato per assimilarlo alla enunciazione di Bulgaro, come invece propose Eduard Meijers²³.

Non fu comunque questa più radicale posizione a prevalere. Il rapporto tra *ius strictum* ed equità continuò ad essere discusso per seco-

²⁰ *Questiones, de iuris subtilitatibus*, Firenze, ed. Zanetti, 1958, 5.

²¹ *Exceptiones Petri*, Prol., ed. Mor, *Testi giuridici preirneriani*, Milano, 1980, II, 47.

²² G. Pescatore, *Kritische Studien auf den Gebiete der civilistischen Litterärsgeschichte des Mittelalters*, Greifswald, 1896, 91 (gl. a Cod 1.14.1, de legibus, l 1, con sigla y nel ms. Paris, Bibliothèque Nationale, lat. 2536, fol. 16 b; e in altri mss.).

²³ Meijers, *Le conflit* [sopra, nota 7], 143, congetturò che l'espressione *sed corrupta* del ms. londinese costituisca un errore di trascrizione e vada corretta sostituendola con le parole *sive concepta*.

li (ne faremo un cenno tra breve), ma l'insuperabilità della vigenza della norma scritta per opera di un'equità che taluno denominava con diletto (proprio con riferimento a Martino) come meramente "cerebrina" non venne più messa in discussione. Tuttavia non va dimenticato che lo strumento principe per derogare a norme di diritto ritenute, se non inique, quanto meno da respingere per ragioni di utilità o di referenza fu quello della consuetudine. Quando questa contrastava con la norma giustiniana, le città la sancirono in forma di statuto: basti por mente alle consuetudini relative alla dote e alla successione delle figlie, postergate rispetto ai maschi in contrasto con la parità sancita dalla Novella di Giustiniano 118; o a quelle in materia penale, con il ben diverso apparato di sanzioni vigenti nelle consuetudini e attestate nei primi statuti dell'età comunale, quando ancora la pena capitale per l'omicidio non era stata introdotta e sopravvivevano le regole longobarde della composizione pecuniaria.

Di assoluto rilievo è il punto discusso dai Glossatori riguardo ai limiti del potere di interpretazione della legge da parte del giudice, una questione che viene discussa muovendo proprio dal rapporto tra *ius* ed *aequitas*: lo spunto infatti era offerto dal contrasto tra i due citati passi del Codice, nel primo dei quali (l. *Placuit*, Cod. 3.1.8) l'*aequitas* era da Costantino dichiarata prioritaria rispetto allo *ius strictum* mentre nel secondo (l. *Inter aequitatem*, Cod. 1.14.1) lo stesso Costantino sanciva che al solo imperatore spetta di dirimere (con un'interpretazione autentica, dunque sua e non del giudice) il contrasto tra *aequitas* e *ius*: "inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere".

La limpida trattazione di Rogerio, nelle *Enodationes questionum super Codicem*, distingue al riguardo tra la *dubitatio*, ossia l'incertezza relativa ai *verba* della legge, e quella relativa alla *mens* del legislatore. La prima va a suo avviso risolta adottando, nell'ordine, una interpretazione "benigna et minus subtile" ove possibile (dunque facendo prevalere un criterio equitativo), ovvero seguendo la consuetudine, o infine, ove questi due criteri non soccorrano, rimettendosi alla pronuncia del principe che eliminerà ogni ambiguità. Se invece l'incertezza verte sulla *mens* del legislatore, Rogerio nuovamente distingue: la legge può essere formulata in modo da esprimere meno di quanto il legislatore volesse, ed allora l'*aequitatis ratio* consente al giudice di applicarla per analogia ("de similibus") ad un caso pur non espressamente compreso nei *verba* della legge; ovvero la norma è formulata in modo generale e potrebbe richie-

dere per ragioni di equità un'eccezione per un caso particolare, ed allora non è il giudice ma solo il principe a poter dettare una disciplina diversa, così da rendere l'equità "iuris laqueis innodata"²⁴.

Una trattazione particolarmente acuta e profonda del tema è contenuta in una *Summula* alla già citata l. *Placuit* (Cod. 3.1.8) della quale è autore il maggiore allievo di Bulgaro, il cremonese Giovanni Bassiano, uno dei massimi esponenti di terza generazione della Scuola. La *Summula*, contenuta in un manoscritto parigino ed edita da Ennio Cortese²⁵, meriterebbe un riesame accurato che non possiamo condurre in questa sede. Basti accennare al fatto che Giovanni conferma l'inderogabilità del diritto scritto in nome di un' "equitas non scripta", che consentirebbe al giudice di giudicare "potius secundum equitatem animi sui quam secundum legem" (offrendo così una "licentia iudici malignandi"); sicché l'indicazione dell'*Authenticum* che abbiamo citato (Nov. Iust. 8 in fine, § Iusiurandum: sopra, alla nota 15) di giudicare "secundum quod melius visum fuerit" va integrata con le parole "et secundum legem". Ma poi ragiona sul richiamo del testo costantiniano alla "ratio aequitatis", che non è la stessa cosa dell'*aequitas*, così come la *ratio legis* non è la stessa cosa della legge. In caso di contrasto tra le due *rationes*, purché entrambe *scriptae* (come è il caso, rispettivamente, per Dig. 40.9.12 e per Cod. 6.2.20: due testi che su questo tema resteranno per secoli al centro della discussione, come vedremo tra breve a proposito di Baldo degli Ubaldi), allora in virtù della l. *Placuit* la *ratio* dell'equità prevale sulla *ratio* della legge²⁶.

Cogliamo qui un aspetto fondamentale della nuova scienza. La convinzione fermissima che il *Corpus iuris* fosse un testo coerente in ogni sua parte, nel quale le contraddizioni – presenti come sappiamo a migliaia, in quanto derivanti anzitutto dalla complessa stratificazione storica dei testi accolti da Giustiniano – dovevano venir superate con il ragionamento, questa convinzione costrinse i glossatori ad un lavoro immane di conciliazione tra le fonti, compiuto in gran parte con lo stru-

²⁴ Rogerio, *Enodationes Questionum super Codice*, ed. Kantorowicz, *Studies*, 283 s.

²⁵ E. Cortese, *La Summula Placuit piacentiniana e le aggiunte di Giovanni nel Ms. parigino 4546*, ora in Id., *Scritti*, Spoleto, 1999, I, 233-247.

²⁶ Giovanni Bassiano, *Summula a Cod. 3.1.8, l. Placuit*, ed. Cortese, ora in Id., *Scritti* [nota prec.], I, 351-353.

mento della *distinctio*, maneggiato in modo magistrale e spesso impiegato sino a creare categorie concettuali e regole innovative rispetto alla norma antica. Ad esempio, nella pur concisa trattazione di Rogerio le diverse distinzioni che abbiamo richiamato, nate dall'esigenza di superare il contrasto tra le due citate costituzioni costantiniane, consentono al giurista di collocare in un unico quadro sistematico non meno di ventidue testi del Digesto, del Codice e delle Novelle. Non solo: i criteri indicati potevano evidentemente venire applicati anche per norme e per fattispecie differenti da quelle presenti nel *Corpus iuris*, ma scaturiti da testi statutari o di diritto feudale. Lungi dal limitarsi all'esegesi, già i primi glossatori stavano costruendo un sistema.

4. LE CITTÀ: PISA, SAVONA, VENEZIA

Non possiamo qui soffermarci su un capitolo che pure ben meriterebbe un'indagine ad hoc: quello del ruolo dell'equità e, più in generale, dell'*arbitrium* del giudice nelle più antiche normazioni statutarie e, prima ancora o comunque in correlazione con esse, nella prassi giudiziale dei consoli del secolo XII e del primo Duecento. La questione si connette con il relevantissimo peso delle consuetudini, che in taluni casi gli imperatori riconobbero alle città molto precocemente: per Genova già nell'anno 1056²⁷, per Pisa²⁸ nel 1081.

A Pisa una norma del *Constitutum usus* riprodusse il testo della l. *Placuit*, ma nella redazione del manoscritto più antico, il ms. di Yale, è scritto che il giudice deve far prevalere "equitatem quam stricti usus rationem": dove al termine del Codice giustiniano di "lex" si è sostituito quello di "usus", relativo alla fonte consuetudinaria contrapposta

²⁷ Genova: Atto del marchese Alberto Malaspina, a. 1056: è il celebre testo nel quale si riconosce che a Genova le donne, anche se di stirpe e legge longobarda, erano libere dal vincolo parentale negli atti giuridici: "femina longobarda vendebat et donabat res suas cui volebat, sine interrogatione parentum": in *Codice diplomatico della Repubblica di Genova dal DLVIII al MCLXIII* a cura di C. Imperiale di Sant'Angelo, I-III, Roma, 1936-1942, I, nr. 3, 7. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano, 1954, 187, attribuisce questo testo all'anno 958 e a Berengario II, senonché questo diploma riconosce bensì genericamente alcune consuetudini genovesi, ma non menziona quella sopra riportata.

²⁸ Pisa: MGH, Diplomata VI, Henrici IV, II, nr. 336, 442 s.

a quelle accolte nel contemporaneo *Constitutum legis*. Nelle versioni posteriori del Costituto (e in una correzione contenuta nello stesso ms. di Yale²⁹) l'anomalia fu per così dire corretta e il termine *lex* riprese il suo posto, ma – come l'indagine di Claudia Storti ha messo in luce³⁰ – è possibile che questa versione più antica fosse non già frutto di errore bensì di una volontà di utilizzare la fonte romana per un'ipotesi diversa, se non addirittura opposta. Del resto Oberto dell'Orto non aveva fatto diversamente trattando dei feudi e dichiarando – a rovesciamento del testo costantiniano – che per essi l'uso deve prevalere sulla legge³¹.

Se guardiamo ad una città ligure, Savona, possiamo rilevare come il più antico documento che menziona i consoli savonesi li impegnava, nel patto concluso con Genova nel 1153, a rendere giustizia “secundum eorum sensum”; alla metà del secolo Savona si reggeva infatti ormai con un'assemblea del comune e con propri consoli: lo attesta il patto che imponeva ai consoli di giurarne ogni anno l'osservanza “publice in parlamento”³². Trent'anni più tardi, nel 1181, i consoli di Savona – con un giuramento che veniva imposto annualmente ai consoli stessi oltre che al popolo (“totus populus in parlamento”) – si impegnarono ad amministrare la giustizia “secundum leges et bonos usus” a tutti gli uomini soggetti all'arcivescovato di Genova che facessero ricorso ai consoli³³.

Un caso del tutto particolare, nella storia dell'idea di equità, è quello costituito dal diritto di Venezia. Infatti il diritto veneziano tradizionalmente non applicava il diritto comune bensì procedeva “per equità” nei casi non stabiliti dalla leggi della Serenissima. E' questo un capitolo molto importante della storia del diritto e in particolare proprio per il tema che qui ci occupa, ma non possiamo soffermarci su di esso in questa sede. Anche su questo fronte non sono mancate ricerche³⁴, benché il tema non sia stato ancora convenientemente coltivato.

²⁹ Pisa, *Constitutum usus*, r. XI, in I Costituti della legge dell'uso di Pisa (sec. XII), Roma, ed. P. Vignoli, 2003, 38 s.

³⁰ C. Storti, *Intorno ai Costituti pisani della legge e dell'uso (secolo XII)*, Napoli, 1998, 38-44, a 38 s.

³¹ Oberto de Orto, in *Libri Feudorum*, II 1; *Consuetudines Feudorum, Das langobardische Lehnrecht*, Göttingen, ed. K. Lehmann, 1896, 115.

³² *Codice diplomatico della Repubblica di Genova* [sopra, nota 27], I, nr. 236, a. 1153, 286.

³³ a. 1181, 31 marzo, in *Codice diplomatico [...] di Genova*, II, nr. 130, 265.

³⁴ G. Zordan, *L'ordinamento giuridico veneziano*, Padova, 1975, 175.

5. AEQUITAS CANONICA

Nello stesso periodo maturava anche l'altro grande comparto universale del diritto del medioevo europeo, il diritto canonico. E in esso il principio dell'equità era destinato a svolgere un ruolo del tutto particolare e specifico, per il quale verrà divenne usuale la formula di "aequitas canonica": una formula che si ritrova poi costantemente³⁵ e che figura ancora nel can. 19 del *Corpus iuris canonici* del 1983, quale criterio esplicitamente indicato – insieme con altri: l'analogia, la giurisprudenza rotale, l'opinione comune della dottrina – per risolvere casi per i quali non sovvenzano né la legge canonica né la consuetudine canonica.

Anche su questo tema, sul quale la letteratura storiografica è imponente, ci limiteremo a pochi e rapidi cenni.

Nelle fonti canoniche altomedievali è frequente il ricorso all'idea (e alla parola) di *misericordia*, per indicare l'atteggiamento che la Chiesa può e deve adottare nella valutazione e nella decisione di casi e di comportamenti sottoposti al suo giudizio. Alla *misericordia* ricorre non di rado Gregorio Magno ed esorta a farlo nel suo Registro³⁶; alla *misericordia* fanno riferimento altri pontefici quali Niccolò I e Giovanni VIII. Di *aequitas* si trova menzione solo quattro volte nei *dicta* di Graziano al suo Decreto, la più rilevante delle quali qualifica come tale ("equitatis sententia") il giudizio sull'adultera pronunciato da Cristo nel Vangelo di Giovanni (C. 32 q. 6 pr.). Sarà Etienne de Tournai, dopo la metà del secolo XII, ad equiparare l'*aequitas* alla *misericordia*³⁷.

Quale fosse per i canonisti la fonte dell'equità è espresso con assoluta chiarezza nella formula più volte ripetuta: "nihil aliud est aequitas quam Deus". Che per la Chiesa Dio fosse la sorgente della giustizia e dell'equità era evidente. Ma è interessante notare che l'espressione citata

³⁵ P. Grossi, *Aequitas canonica*, in Quaderni fiorentini, 27 (1998), 379-396; ora in Id., *Scritti canonistici*, Milano, 2013, 211-228.

³⁶ A. Padoa-Schioppa, *Gregorio Magno giudice*, in Studi medievali, III 51 (2010), 581-610, a 605.

³⁷ P. Landau, 'Aequitas' In the 'Corpus iuris canonici', in Syracuse Journal of International Law and Commerce, 20 (1994), 95-104; su Etienne de Tournai, 99. Cf. Caron, Pier Giovanni, *I fondamenti romanistici e patristici del concetto di "aequitas canonica" dalle origini alla dottrina dei decretisti*, in Annali della Facoltà giuridica di Camerino, 34 (1968), 119-180.

si trova, prima ancora che nei canonisti, nel Frammento di Praga sull'equità attribuibile a Martino e nell'Esordio alle Istituzioni dello stesso Martino. Non è un caso che proprio Martino – che Enrico da Susa qualificherà nel Duecento “spiritualis homo” proprio con riferimento alla sua impostazione etico-religiosa del concetto di equità, superiore per lui rispetto alla legge scritta e in contrasto con l'idea di Bulgaro poi prevalsa come si è detto – portino scritte precisamente queste parole (Martino, *Exordium Institutionum*³⁸; *De equitate*, Fragmentum Pragense³⁹). Ed è significativo che altrettanto esplicito sia il riferimento di Irnerio alla fonte divina del diritto naturale, quale risulta da due glosse vaticane poste in luce da Antonio Rota: gl. *natura*: “y. divinitas” (ms. Vat. Lat. 2511 a Dig. 1.1.1); gl. “y. divinitus prodita generaliter et singulariter” (ms. Vat. Lat. 1406 a Dig. 1.1.1)⁴⁰. D'altronde, anche qui è possibile rinvenire in un passo del *De Republica* di Cicerone, riportato da Lattanzio e forse conosciuto dai nostri autori, una concezione del diritto naturale che si avvicina, se non addirittura si identifica, con questa: la legge naturale, scrive Cicerone, è “una et sempiterna”, valida in ogni tempo e in ogni luogo; e l'autore di essa è Dio: “Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnia, constans, sempiterna [...]. Deus [...] legis huius inventor, disceptor, lator” (*De Republica*, III, fr. 6; da Lattanzio, *Divinarum Institutionum* VI 8.6-9).

Non sorprende allora che nei primi Decretalisti trovi un'eco puntuale l'idea che l'equità sia superiore alla legge scritta e che il giudice possa disattendere l'applicazione di questa in nome di quella. Un'idea martiniana, che abbiamo sopra riscontrato in una serie di fonti civilistiche francesi della metà del secolo XII e che si ritrova in alcune fonti canonistiche coeve, anch'esse in prevalenza non italiane, probabilmente riprese da fonti civilistiche: così nelle *Summae* al Decreto *Quoniam status* e *Cum in tres partes*: “probatum autem quaestio iuris per ius scriptum, per equitatem, per simile: quod si equitas iuri scripto contraria videatur, secundum eam iudicandum est”⁴¹. A sua volta la *Summa*

³⁸ Kantorowicz, *Studies* [sopra, nota 7], 53 e 332.

³⁹ H. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, 106; 216.

⁴⁰ A. Rota, *La concezione irneriana dell'aequitas*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 26 (1949), 241-257, a 247.

⁴¹ Ch. Lefebvre, voce *Aequitas canonica* in *Dictionnaire de droit canonique*, II, col. 997.

Coloniensis distingue quattro specie di equità, in una gerarchia discendente applicata ai singoli sacramenti⁴².

In seguito però il diverso atteggiamento dei civilisti e la penetrazione intensa delle dottrine romanistiche modificarono alquanto la posizione dei canonisti. Il primato della legge scritta sull'equità non scritta divenne la regola anche per i decretisti e poi per i grandi decretalisti del secolo XIII, pur se veniva ripetuto nella Glossa ordinaria al Decreto che "potius debet iudex sequi misericordiam quam rigorem"⁴³. Il grande decretista Ugucione da Pisa, ad esempio, riteneva che nel diritto canonico l'*aequitas non scripta* non potesse imporsi sul diritto scritto⁴⁴. Ma chiara è la Glossa ordinaria alle Decretali di Bernardo Botone di Parma: "ius semper sit preferendum aequitati; hic de aequitate non scripta quae tantum servanda est cum ius deficit"⁴⁵. E così pure ritennero i massimi decretalisti del Duecento, Sinibaldo Fieschi (Papa Innocenzo IV) ed Enrico da Susa (il Card. Hostiensis).

Il versante nel quale invece si radicò saldamente l'idea di equità che fu detta canonica, pur con differenze di opinione anche notevoli nella dottrina, fu là dove si riteneva che l'osservanza del diritto secolare e civile potesse mettere a rischio la salvezza dell'anima (la *salus animarum*). Non tenere fede a una promessa, non osservare un patto concluso liberamente pur se privo delle forme previste dalla legge, non rispettare un giuramento anche se prestato a sostegno di un negozio irregolare: sono alcune soltanto tra le molte fattispecie legali che i giuristi dell'età classica del diritto canonico, tra XII e XIII secolo, ritenevano meritevoli di tutela da parte della Chiesa. I soggetti coinvolti erano dunque in questi casi vincolati a tener fermo l'impegno assunto, che per la legge secolare sarebbe stato (ed era in effetti) nullo o comunque non azionabile.

Già Ugucione, tra gli altri, affermava nella sua grande *Summa* al Decreto, tuttora per la maggior parte inedita, che "licet stipulatio non intervenerit, obligatur tamen nuda promissione saltem etsi non civiliter, unde tenetur ad promissum persolvendum"⁴⁶. Un canone del IV Sinodo

⁴² Landau, *Aequitas* [sopra, nota 37], 100.

⁴³ Giov. Teutonico, Gl. a Decretum Gratiani, C. 1, q.7, c. 17: Landau, *Aequitas* [sopra, nota 37], 103.

⁴⁴ Ch. Lefebvre, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, 1938, 185.

⁴⁵ Liber Extra 1.36.11, de transactionibus, c. ex parte tua, gl. aequitate.

⁴⁶ Huguccio, *Summa* al Decreto, C. 12, q. 2, c. 66 Quicumque suffragio, gl.

Lateranense voluto da Innocenzo III sancì nel 1215 la regola per la quale – in contrasto con il diritto romano: Dig. 41.10.4. e Cod. 7.3.1.3 – non solo nel diritto dei canoni ma anche nel diritto civile la prescrizione acquisitiva non può operare se prima che sia decorso il tempo stabilito venga a mancare la buona fede⁴⁷. I canonisti differivano invece sui modi atti a rendere vincolante quest'obbligo: l'azionabilità dei patti nudi, uno dei principi essenziali creati dal diritto canonico, si affermò solo gradualmente, in particolare attraverso l'istituto della *denunciatio evangelica*, ben distinto dall'azionabilità del diritto secolare.

Se sul principio di cui si è detto vi era accordo, la dottrina discusse e si divise in particolare sulla legittimità dell'estensione di norme canoniche come questa al diritto secolare. Un grandissimo canonista quale fu Innocenzo IV tendeva ad escluderlo, mentre il sostenitore più tenace e convinto della tesi opposta fu Enrico da Susa, il futuro Card. Ostiense, convinto sostenitore della priorità assoluta del principio della *salus animarum*, come bene hanno mostrato le ricerche di Charles Lefebvre⁴⁸. Egli asseriva che “nullum vinculum [del diritto secolare] servandum est ex quo periculum animae inducitur⁴⁹, in quanto in questi casi “canones vincunt leges”⁵⁰. E rimproverava ad Innocenzo IV di essere “nimis civilis, nimis subtilis”⁵¹.

La nozione di equità assume dunque nel diritto canonico un ruolo di grande rilievo, dal momento che si considera fondato sull'*aequitas canonica* il principio per il quale il diritto della Chiesa impone ai fedeli di superare le formalità e le *subtilitates* del diritto civile allorché queste, se applicate, inducano a comportamenti eticamente e religiosamente inaccettabili.

Va messo in evidenza che questo approccio canonistico, lungi dal consentire comportamenti meno rigorosi, al contrario in molte situazioni

oportebit: P. Fedele, *Nihil aliud est aequitas quam Deus*, in “Ephemerides Iuris Canonici”, 20 (1962), 189-207, a 200.

⁴⁷ Liber Extra 2.26.20, de praescriptionibus, c. Quoniam = Sinodo Later. IV, c. 41.

⁴⁸ Ch. Lefebvre, *Aequitas canonica et periculum animae dans la doctrine de l'Hostiensis*, in Ephemerides Iuris Canonici, 13 (1952), 305-321. Cf. anche dello stesso Lefebvre, alla voce *Epikie*, in *Dictionnaire de droit canonique*, V (Duacensis – Intérêt), col. 364-375.

⁴⁹ Hostiensis, *Lectura* a Liber Extra 2.26.5 de praescriptionibus, c. Vigilanti, n. 7.

⁵⁰ Hostiensis, *Lectura* a Liber Extra 1.4.2 de consuetudine, c. cum tanto, n. 2.

⁵¹ Lefebvre, *Aequitas canonica* [sopra, nota 48], 315).

accentua il rigore di determinati principi: proprio l'equità canonica rende vincolanti anche comportamenti che il diritto secolare non considerava tali, imponendo condizioni più severe ed anche sanzioni là dove il diritto civile non le esigeva. Questo vale in particolare per le promesse, per i patti conclusi ancorché non formalizzati e per il giuramento.

6. I COMMENTATORI: BALDO DEGLI UBALDI

Significativa è, tra gli altri, l'opinione di uno dei massimi civilisti del secondo Trecento, Baldo degli Ubaldi, che commentò anche le Decretali. A proposito del capitolo *Quoniam*, del Sinodo Lateranense già citato, che imponeva anche per il diritto civile, oltre che per il canonico, la costanza ininterrotta nel tempo della buona fede come condizione per ottenere la prescrizione, Baldo osserva che questo precetto nel diritto secolare "de facto non servatur"; ma "cum sit aequum et salutare, debet servari", perché ciò che è in contrasto con i precetti della fede (che impone di tenere ferma la parola data) costituisce peccato e va perciò sanzionato⁵².

Prima di tornare sul pensiero del giurista perugino va detto che il pensiero della seconda grande scuola civilistica medievale, la Scuola del Commento, continuò la riflessione sull'idea di equità, cui alcuni dei più importanti suoi esponenti diedero apporti di alta qualità. Mi limito a rievocare un passo di Cino da Pistoia, il poeta e grande giurista amico di Dante, il quale giunge ad affermare che se anche non esistessero i precetti della legge, l'equità sarebbe viva comunque: "si enim non esset aliquod ius scriptum nec liber legalis, tantum esset de aequitate quantum est hodie, unde potest dici quod equitas non est preceptum ... Ius vero est preceptum ab his qui auctoritatem precipiendi habent, qui quandoque inique precipiunt, cum homines et fallantur"⁵³. Nelle pagine sempre vive che Francesco Calasso ha dedicato all'*aequitas* nel diritto comune⁵⁴, egli rammenta tra l'altro anche i versi di un

⁵² Baldo degli Ubaldi, *Ad tres primos libros Decretalium*, a Liber Extra 2.26.20 de prescriptionibus, c. quondam, nr. 6, ed. Lugduni 1585, fol. 248 va.

⁵³ Cino da Pistoia, *Lectura super Codice*, a Cod. 1.14.1, de legibus et constitutionibus, l. inter aequitatem, nr. 5, ed. Lugduni 1547, fol. 18rb.

⁵⁴ F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, 476-479.

sonetto che una parte della tradizione manoscritta attribuisce allo stesso Cino, del quale invece una parte della critica ha negato la paternità: alla fine della vita il poeta lamenta di aver speso tante energie “in trattar leggi, tutte ingiuste e vane | senza la tua, che scritta in cor si porta”⁵⁵. In questi versi, a differenza che nella *Lectura* ciniana del 1314, non si menziona l’equità, ma è evidente l’adesione del giurista all’idea che vi è una giustizia superiore a quella delle leggi umane, che è la legge divina, che ogni uomo può ritrovare entro se stesso.

All’*aequitas* nel pensiero di Baldo degli Ubaldi ha dedicata un’importante monografia Norbert Horn⁵⁶. Mi limito qui a richiamare un altro punto del pensiero del grande giurista perugino. Nel commentario alla prima legge del Digesto egli prende in esame alcune obiezioni (*oppositiones*) rispetto alla definizione del diritto come “ars boni et aequi” riferita da Ulpiano e da lui attribuita a Celso. L’argomentazione di Baldo è quella consueta, di contrapporre testi apparentemente dissonanti per poi superare le contraddizioni con lo strumento logico della *distinctio*. Ci sono casi, egli osserva, nei quali una regola di diritto “non est aequa, sed rigorosa” (e cita Dig. 40.9.12, ove il rinvio della manumissione promessa nei confronti del servo se sia in corso un’accusa di adulterio viene applicata anche nei confronti di un servo assente al momento del fatto: una conclusione considerata dallo stesso Ulpiano aspra ed ingiusta – *perdura* – ma valida). E ci sono altri testi nei quali, al contrario, in nome dell’equità “destruuntur regulae et principia, et sic non sunt bona” (come nella disposizione giustiniana di Cod. 6.2.20 e di Inst. 4.3.8, ove due regole del diritto precedente relative alla responsabilità per furto e per corruzione di un servo sono contraddette allo scopo di dissuadere dal commettere simili illeciti)⁵⁷. La distinzione operata da Baldo qualifica il primo caso come manifestazione di “*aequitas in genere*”, che non contrasta con il *rigor iuris* concepito come *generalis ordinatio* dotato della stessa portata in situazioni differenti (“appli-

⁵⁵ Sonetto *A che, Roma superba, tante leggi, Le rime di Cino da Pistoia*, Genève, ed. Zaccagnini, 1925, 23; Calasso, *Medioevo del diritto*, 472.

⁵⁶ N. Horn, *Die Aequitas in der Lehren des Baldus*, Köln – Graz, 1968. Meriterebbe di esaminare anche i *Consilia*, che nello studio di Horn non sono presi in considerazione.

⁵⁷ Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in primam partem Digesti veteris*, a Dig. 1.1.1 de iustitia et iure, l. iuri operam dare, nr. 10, ed. Venetiis, 1599, fol. 7rb.

catio animi ad directum iudicium intellectu non errante ... in circumstantiis facti”). Mentre nel secondo caso vale una diversa nozione di equità, l’ “aequitas in specie”, concepita come “applicatio animi seu iudicium in quo, circumscripta iuris regula, aliquid de mente singulari ex propria ratione statuitur”.

Più in generale, troviamo presente sin da Odofredo, e poi ancora in Baldo, il ricorso alla distinzione tra *genus* e *species* anche per superare il contrasto tra le due costituzioni costantiniane, nel senso di ritenere rispettivamente l’*aequitas* ovvero lo *ius scriptum* prevalenti l’una rispetto all’altro nel caso in cui l’una o invece l’altro costituissero una *species* rispetto ad una disposizione più generale (*genus*) contrastante con la prima⁵⁸. Questa seconda nozione di equità può condurre sino alla disapplicazione di una legge nel caso concreto: una nozione molto simile a quella enunciata da Aristotele, che pure qui Baldo – pur considerato il più “filosofo” (*philosophotatos*) tra i Commentatori – non menziona esplicitamente.

Mentre la limitazione o anche la correzione di una regola da parte del legislatore in nome dell’equità non pone al giurista particolari problemi – è il caso di molte disposizioni dello *ius honorarium*, entrate nella Compilazione giustiniana – diverso e ben più problematico è il problema dell’eventuale potere del giudice di derogare ad una regola del diritto scritto. Nel Duecento Innocenzo IV aveva affermato che là dove il diritto attribuiva al giudice poteri discrezionali (affidando, ad esempio, la misura della pena all’*arbitrium iudicis*) egli poteva in un caso concreto a lui sottoposto effettuare anche una *transgressio legis*⁵⁹. E più tardi altri giuristi, tra i quali Bartolo da Sassoferrato⁶⁰, avevano condiviso questa posizione. Baldo la fece propria a sua volta, aggiungendovi tuttavia un elemento nuovo, che l’indagine di Horn ha bene

⁵⁸ Baldo, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum*, a Cod. 3.1.8, de iudiciis, l. placuit, nr. 3, ed. Lugduni, 1585, fol. 193 vb: “si equitas est in genere et rigor in specie, prevalet rigor”. Sul doppio binomio *genus/species* e *regula/exceptio* applicate in proposito dalla dottrina dei Glossatori e dei Commentatori all’equità in contrapposizione allo *ius*, si vedano le considerazioni di Cortese, *Équité et justice, la dynamique bipolaire* [sopra, nota 7], 435-452.

⁵⁹ Innocenzo IV, *Lectura* a Liber Extra 1.2.1, de constitutionibus, nr. 2, ed. Francofurti ad Moenum, 1570, 2va.

⁶⁰ Bartolo, *Commentaria ad secundam partem Digesti veteris*, a Dig. 17. 1. 30 mandati vel contra, l. si hominem, n. 3, ed. Venetiis, 1590, fol. 105 ra.

messo in luce: egli introdusse infatti l'importante precisazione, contenuta in una proposizione del suo commentario al Codice, che il potere del giudice di trasgredire al dettato della legge nei casi in cui poteva esercitare il suo *arbitrium* aveva la sua radice nel principio dell'*aequitas*: "quia iuramentum magistratus debet reduci ad aequitatem causa cognita et non debet intelligi praecise"⁶¹.

E' importante notare, tuttavia, che questa audace posizione teorica venne formulata da Baldo (come già prima di lui da Bartolo) con espresso riferimento alle sole leggi dei comuni, agli statuti cittadini, non già alla superiore normativa del *Corpus iuris*. In un passo del trattato *De syndicatu* la liceità per il magistrato cittadino di trasgredire una norma statutaria per ragioni di "publica utilitas" è ammessa da Baldo, sulla base dell'autorevole tesi di Innocenzo IV, con la considerazione che sarebbe assurdo applicare contro l'utilità pubblica uno statuto che è nato proprio "pro publica utilitate"⁶². E' inoltre da notare che questi poteri del giudice furono considerati da Baldo con riguardo prevalente ai poteri di determinazione della misura delle pene criminali e delle norme procedurali connesse.

7. AEQUITAS MERCATORIA

Baldo fu anche il primo giurista dotto a dare un congruo spazio, nella sua opera di teorico come nei suoi *consilia*, a quella branca nuova e originale del diritto europeo, nata dalle esigenze del commercio nella prassi dei comuni italiani a partire dal XII secolo, che fu il diritto commerciale. E' questo un altro capitolo, e non dei minori, della storia dell'idea di equità. L'organizzazione dei mercanti e degli artigiani si configurò, come sappiamo, nella struttura di corporazioni di mestiere che dal secolo XII alla fine dell'antico regime, in forme diverse e con sviluppi non omogenei nel tempo e nello spazio, costituirono l'ambito giuridico dell'esercizio dei mestieri e delle professioni in Europa. Le controversie mercantili vennero affidate per secoli a giudici non professionali, ai capi delle stesse

⁶¹ Baldo, *Commentaria in primam partem Codicis*, a Cod. 2.11(12).3, de causis ex quibus infamiam, l. etsi severior, nr. 10, ed. Venetiis, 1590, fol. 134 rb.; cf. Horn, *Aequitas* [sopra, nota 56], 43; 113.

⁶² Baldo, *Tract. de Syndicatu*, n. 8. cf. Horn, *Aequitas* [sopra, nota 56], p. 43.

corporazioni, secondo procedure semplificate, non formalistiche, celeri, funzionali rispetto alle esigenze del commercio e del credito.

Anche quando assai più tardi, nel Cinquecento, alcune grandi nuove Corti di giustizia, come la Rota genovese, si costituirono con giudici dotti, la procedura rimase fondata sul criterio del processo sommario, da oltre due secoli introdotto anche nel diritto civile e canonico a fianco di quello formale, in particolare attraverso la celebre costituzione *Saepe* di Clemente V del 1306⁶³. Negli affari di commercio, come nelle fiere, si giudicava ormai da tempo “ex bono et aequo”, respingendo i formalismi del rito ordinario. E la formula impiegata dai giuristi e dagli statuti corporativi è che si procedeva “secondo equità”, “sola facti veritate inspecta”, “de plano, sine strepitu et figura iudicii”, prescindendo da quelli che già i testi antichi avevano denominavano gli “apices iuris”. Ancora alla metà del Cinquecento Benvenuto Stracca, autore di uno tra i primi trattati commercialistici, affermerà “in curia mercatorum aequitatem praecipue spectandam, et ex bono et aequo causas dirimendas esse et de apicibus iuris disputare minime congruerit”⁶⁴.

Quali fossero questi *apices*, e dunque come si dovesse giudicare nel foro mercantile, lo chiarisce con sintetica lucidità il massimo esponente della Scuola del Commento, Bartolo da Sassoferrato, che scriveva prima della metà del Trecento⁶⁵:

nota quod in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo, ommissis iuris solemnitatibus”. E precisava:

“non dico quod debeat intelligi non habito respectu ad iura civilia ... , sed ... non inspectis apicibus iuris, qui veritatem negotii non tan-

⁶³ Clem. V.11.2, de verborum significatione, c. *Saepe*, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. Aem. Friedberg, rist. Graz, 1959, col. 1200.

⁶⁴ Benvenuto Stracca, *De Mercatura*, in *Tractatus de mercatura*, Lugduni, 1610, rist. Torino, 1971, 51, su cui V. Piergiovanni, *La giustizia mercantile*, ora in Id., *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno*, Genova, 2012, II, 1176; cf. ivi, 1181 per Giovanni da Imola. Si veda sul tema ancora V. Piergiovanni, *The Rise of the Genoese Civil Rota*, ora in Id., *Norme cit.*, II, 918 (sulla Rota genovese); II, 1061 (sul giurista quattrocentesco genovese Bartolomeo Bosco); nonché M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, 29-34 (per Siena).

⁶⁵ Bartolo, *Commentaria in Secundam partem Digesti Veteris*, Lugduni, 1602, a Dig. 17.1.29.4, Mandati, l. Si fideiussor, § *quaedam*, nr.1. Il testo di Ulpiano commentato si riferiva al *fideiussor* che in buona fede trascurasse una formalità legale, ma ora l'ambito di valenza della procedura semplificata era enormemente dilatato.

gunt, uti si esset intestata actio directa cum competebat utilis, vel non erat contestata lis, et similia.

Tuttavia i giuristi dotti guardavano con sospetto a questa “equità” della quale si vantavano i giudici mercantili digiuni di diritto. Graffiante è al riguardo il giudizio di un grande commentatore del primo Quattrocento, Paolo di Castro⁶⁶:

Idiotas mercatores ... faciunt se magistros aequitatis et contemnunt legistas dicentes quod vadunt per cavillationes et ipsi per aequitatem; nam (però) multo melius cognoscunt legistae quid sit aequitas quam ipsi cognoscunt quid sit rigor, qui est oppositum aequitati: et unum contrarium melius cognoscitur per aliud ... Et habent notitiam tam per naturam quam per artem, illi vero per naturam tantum; et proferunt aliquando multas iniquas sententias confidentes de seipsis.

Non si potrebbe dir meglio a difesa della dignità del giurista di mestiere (che poi questi sempre meritino l’elogio, è altra questione). E vengono alla mente le parole che all’inizio del Seicento il grande Edward Coke, nel pieno della sua battaglia a sostegno del *Common law*, rivolgerà al re Giacomo I per difendere non solo l’autonomia dei giudici nei confronti della corona, ma anche il valore della scienza del diritto, che non coincide sempre con la “ragione naturale” invocata dal re come necessaria e sufficiente guida alle decisioni, ma secondo Coke emerge congiuntamente “dalla ragione e dalla logica convenzionale della legge, un’arte che richiede molto studio e molta esperienza”: una posizione ferma e coraggiosa, che costerà al grande giurista inglese la rimozione dall’incarico⁶⁷.

8. EQUITY E COMMON LAW

Proprio dal mondo del diritto di *common law* proviene l’esperienza forse in assoluto più importante e più significativa del rapporto mul-

⁶⁶ Paolo di Castro, *Commentaria in Digestum Vetus*, Lugduni, 1550, a Dig. 1.1.1 de iustitia et iure, l. iuri, nr. 9.

⁶⁷ Per tutti, cf. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa, I, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1984, I, 544 (10 novembre 1612); R. Pound, *Lo spirito della common law*, Milano, 1970; Acts of the Privy Council 1615-1616 (1925), 607 citati da J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London, 2002, 167.

tiforme che collega nella storia i due poli del diritto e dell'equità. Come sappiamo, una componente fondamentale del sistema giuridico inglese è costituita da quel complesso di principî e di regole che si è formato nei secoli per opera della giurisprudenza della Corte di Cancelleria e che ha assunto, dal Quattrocento in poi, la denominazione di sistema di *Equity*.⁶⁸

Il progressivo irrigidimento del sistema dei *writs*, sul quale i giudici del re avevano costruito dal secolo XII in poi il grande sistema di *common law*, ha condotto alla fine del medioevo e nei primi secoli dell'età moderna all'espansione crescente del ruolo giudiziario della monarchia, esercitato attraverso l'intervento del Cancelliere del Re, una carica fondamentale per la certificazione del diritto regio, ricoperta di norma da un ecclesiastico che era per lo più il confessore dello stesso Re d'Inghilterra.

Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie esercitate a nome del sovrano il Cancelliere portava dunque la sua formazione canonistica, e con essa alcuni dei principî di quell'*aequitas* canonica di cui abbiamo ricordato la genesi: di qui il nome stesso di *equity* che caratterizzò la sua giurisdizione.

Questa si poneva in una posizione complementare, in linea di principio non antagonistica rispetto alla giustizia di *common law*. Il cancelliere interveniva "per ragioni di equità" (così si affermò ripetutamente) là dove il *common law* non consentiva tutela o dove risultava lacunoso e inadeguato al fine di rendere giustizia. Questo avveniva non già con l'instaurazione di regole formalmente contrarie a quelle di *common law*, che anzi venivano rispettate ("equity follows the law"), bensì con lo strumento persuasivo e coattivo di provvedimenti *ad personam* ("equity acts in personam") resi possibili dal potere coercitivo di *injunction* che al Cancelliere spettava a nome del Re.

Il richiamo all'equità come criterio direttivo per le decisioni del Cancelliere possiede dunque, all'origine, un'indubbia radice canonistica. Tale è anche la fonte dell'altro criterio invocato sin dall'inizio dalla *Chancery Court*, il richiamo cioè alla "coscienza" (*conscientia*) quale fon-

⁶⁸ Ci limitiamo a rinviare alla limpida trattazione di John Baker, *An Introduction* [nota precedente] nonché alle recenti pagine sintesi del volume *History of the Common Law*, J. Langbein, R. Lettow Lener, B.P. Smith (Edd.), New York, Aspen Publishers, 2009, 267-344.

damento delle sue decisioni. Ciò comportava – sulla base di una tradizione che sul Continente aveva radici medievali nel pensiero sia teologico che giuridico – di poter prescindere dai formalismi del diritto scritto e di poter giudicare anche al di fuori degli atti processuali, infrangendo il canone che vincolava il giudice a pronunciarsi soltanto sui fatti portati in giudizio e non su altre fonti personali e dirette di informazione. Il procedere “iuxta alligata et probata” era un vincolo proprio sia dello *ius commune* sia del *common law*, un vincolo che il diritto continentale aveva nel corso del tempo in parte contraddetto e superato attraverso le vaste brecce aperte dalle diverse regole e prassi del procedimento inquisitorio, del procedimento sommario, del procedimento commerciale e dello stesso procedimento canonistico di cui si è detto.

In Inghilterra la procedura di *Equity* si distaccava da quella di *common law* perché valutava i casi precipuamente sulla base di fatti (sul continente si diceva “*sola facti veritate inspecta*”), prescindendo da quella rigorosa distinzione tra fatto e diritto che stava alla base della giuria di *common law* attraverso il “*trial by jury*”, una procedura che la Corte di Cancelleria non adottò mai. In un caso della Corte di Cancelleria del 1452 il giurista John Fortescue affermava “*we are to argue conscience here, not the law*”⁶⁹. Lo scopo era quello di attenuare le asprezze del *common law*, che molti Cancellieri addirittura ignoravano (così il Card. Wolsey, Cancelliere all’inizio del Cinquecento) mentre altri, come il grande Tommaso Moro, che fu cancelliere nel 1529-1533, pur conoscendolo a fondo, tendevano a farlo applicare con mitezza e di convincere i giudici di Westminster a “mitigare il rigore della legge”⁷⁰.

Il riferimento insistente alla “coscienza” come criterio di decisione in *Equity* suscitò presto obiezioni e critiche. Negli anni trenta del Cinquecento il giurista Christopher St. Germain, autore di un vivace dialogo tra un *common lawyer* e un dottore di *equity*, faceva dire al primo che “la coscienza è una cosa molto incerta; e c’è chi pensa, se non ha denaro e un altro ne ha troppo, di potersene prendere una parte con buona coscienza”; la coscienza, asseriva, deve adeguarsi alla legge⁷¹. E’ celebre il pungente rilievo di un grande giurista di *Common law*, John Selden, che alla metà del Seicento ironizzava sul ricorso al criterio della

⁶⁹ Baker, *An Introduction* [sopra, nota 67], 108.

⁷⁰ Baker, *An Introduction*, 107.

⁷¹ Cavanna, *Storia del diritto moderno*, 536.

coscienza del Cancelliere, affermando che essa può variare dall'uno all'altro titolare della carica così come varia la lunghezza del rispettivo piede⁷². Di più, vi fu chi osservò che se lo scopo dell'*aequitas*, secondo la formula antica, è di garantire l'eguaglianza di trattamento ("in pari causa paria iura desiderat") e di garantire l'*aequalitas*, allora l'applicare a casi eguali criteri di coscienza variabili ledeva per l'appunto il principio stesso di equità⁷³.

Il fatto che il Cancelliere, pur se ecclesiastico, fosse un ministro del Re e titolare per sua delega di un potere giudiziario secolare modifica in profondità la concezione stessa dell'equità come fonte delle sue decisioni: non vi è quell'aggancio alla fonte divina e stabile dell'equità che abbiamo visto essere propria della concezione canonistica e che si trova espressa nella formula "aequitas, id est Deus". Anche quando si richiamava all'equità, il cancelliere restava un giudice secolare, non formalmente legato all'osservanza di precetti religiosi o canonistici.

Nel tempo la moltiplicazione dei casi decisi dalla Cancelleria portò alla formazione di un complesso di regole di *equity* che costituiscono un sistema collaterale e complementare rispetto al common law. L'originaria discrezionalità della giustizia del Cancelliere si trasformò così in una branca stabile del diritto inglese. A questo punto, l'*equity* non era più considerata un giudizio "di coscienza" nell'accezione originaria, tanto che in una sentenza del 1675 si giungeva ad affermare che un contratto senza causa (*consideration*) "was binding in conscience but not in equity": la coscienza doveva cedere il passo rispetto all'equità⁷⁴.

In virtù dei poteri giudiziari della Corte di Cancelleria si sono così affermati nel tempo istituti fondamentali del diritto inglese, tra i quali fondamentale è certamente l'istituto del *trust*, che tutelava con gli strumenti del diritto il rispetto della volontà di chi avesse affidato fiduciarmente un incarico di amministrazione dei propri beni a un soggetto che non ne era comunque titolare e che pertanto il common law avrebbe lasciato privo di strumenti di tutela. E così pure vennero introdotti altri istituti e numerose regole nuove – quali ad esempio l'esecuzione in forma specifica – che videro la luce nel tempo grazie alla giustizia di *equity*.

Altrettanto noto è il passaggio cruciale che si ebbe nel primo

⁷² *Table Talk of John Selden*, ed. Pollock, 1927, 43; Baker, *An Introduction*, 109.

⁷³ Baker, *An Introduction* [sopra, nota 67], 109.

⁷⁴ Baker, *An Introduction*, 110.

Seicento, quando il contrasto tra due grandi esponenti, rispettivamente, del *common law* e dell'*equity*, Sir Edward Coke e Lord Ellesmere, portò alla rimozione del primo dal suo incarico per volontà del Re Giacomo I e all'affermazione del primato dell'*equity* con uno statuto che peraltro più tardi venne considerato non più in vigore⁷⁵. La ragione dello scontro era essenzialmente politico-costituzionale, e l'affermazione dei poteri del Parlamento nei confronti della monarchia, con le aspre vicende concluse con riforme del 1649 e del 1688, stanno come sappiamo alla base del moderno costituzionalismo europeo. In effetti dopo di allora i rapporti tra le due giurisdizioni si incanalarono su percorsi non conflittuali, in un rapporto di complementarità destinato a sfociare, nel secondo Ottocento, nella costituzione di un unico sistema di procedura (*Judicature Acts*, 1873) che racchiudeva (e racchiude) entrambe le componenti storiche del *Common law* e dell'*Equity*.

9. EQUITÀ GIUDIZIARIA: IL CASO DI MILANO

Ancora diverso è il ruolo che il concetto di equità ha esercitato nella giurisprudenza di alcune grandi Corti sovrane del Continente nel corso dell'età moderna. Anche questo è un aspetto studiato ripetutamente per l'Italia, la Spagna, la Francia e la Germania negli scorsi decenni. Mi limiterò a pochi cenni relativi alla massima magistratura del Ducato di Milano, sulla quale le ricerche di Ugo Petronio, Adriano Cavanna, Gian Paolo Massetto, e di recente Annamaria Monti hanno portato molta luce⁷⁶.

La disciplina normativa voluta da Carlo V per il Senato milanese (*Constitutiones* 1541, *de senatoribus*) implicava non solo l'inappellabilità delle decisioni, ma l'attribuzione degli stessi poteri discrezionali che la dottrina riconosceva al Principe. In particolare "omnia in criminalibus

⁷⁵ Baker, *An introduction*, 109.

⁷⁶ U. Petronio, *Il Senato di Milano, istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, 1972; A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia, Le origini lombarde*, Milano, 1975, 176-224; G.P. Massetto, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese*, in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (sec. XVI-XVIII)*, Milano, 1994, 331-424; A.M. Monti, *Iudicare tamquam Deus, I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, 2003.

faciet, quae pro iustitia et aequitate ei videbuntur opportuna” (ivi). Era un potere enorme, anche perché le sue sentenze non solo erano inappellabili, ma non venivano motivate e non erano suscettibili neppure di querela di nullità. Non a caso, viene continuamente affermato dalla dottrina dei commentatori lombardi delle Costituzioni che il Senato “iudicat tamquam Deus”, “quasi divino afflante spiritu”. Addirittura: niente di meno di questo! Forza del potere che crede in se stesso, anche in buona fede, e che rimuove ogni residua remora mentale negli osservatori coevi...

Appunto perché giudica “loco Principis”, il potere discrezionale del Senato è pieno, perché secondo le dottrine dell’assolutismo monarchico “omnis poena in Principe est arbitraria”. Di più, il riferimento testuale delle Costituzioni all’*aequitas* consentiva al Senato di decidere “secondo equità”, “sola facti veritate inspecta” ed anche “secundum conscientiam”, trascurando, se lo ritenesse opportuno, le formalità del diritto scritto e persino il testo delle stesse costituzioni: così afferma la dottrina, ad una voce, dalla metà del Cinquecento in poi. Una memoria dello stesso Senato del settembre 1581 al sovrano spagnolo - che negli ordini di Tomar dell’aprile dello stesso anno aveva tentato di riportare a più circoscritti confini l’ambito di discrezionalità della grande magistratura lombarda - illustra e difende con dovizia di argomentazioni le ragioni a sostegno dei propri poteri. L’*aequitas* senatoria non andava confusa con l’arbitrio, si afferma: al contrario, tutte le supreme Corti, secondo la Memoria, “in his quae ad iustitiam pertinent et ad definendas lites et crimina punienda ipsum principem representant et secundum puram veritatem et aequitatem iudicare possunt, reiectis subtilitatibus, ut testantur Doctores nostri”; il Senato, si precisa puntigliosamente, “libero arbitrio nunquam usus est nec uti possit, cum ab ordinibus id sibi tributum non sit”. E questo valeva non solo per Milano e per Napoli ma anche per gli altri tribunali supremi dei domini spagnoli⁷⁷.

Giudicare “per aequitatem” e “secundum conscientiam” significava in concreto poter esercitare la libertà di prescindere dagli atti del processo, abbandonando la regola del giudicare “secundum alligata et probata”⁷⁸. Veniva aperto in tal modo un varco immenso alla discrezio-

⁷⁷ Consulta del 27 settembre 1581, in Archivio di Stato di Milano, Uffici giudiziari, cart. 169, su cui Petronio, *Il Senato di Milano*, 142; 162; Cavanna, *La codificazione penale*, 201; A. Monti, *Iudicare tamquam Deus*, 75; 125; 135.

⁷⁸ Su ciò, A. Padoa Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune*

nalità del potere giudiziario: un varco che, nonostante i tentativi della monarchia spagnola, regolarmente frustrati dalla magistratura milanese, sarà richiuso soltanto nel secondo Settecento, con le radicali riforme teresiane e soprattutto giuseppine del 1786. Questa è dunque una tappa significativa del lungo percorso dell'idea e della pratica dell'equità.

Non è agevole valutare quale uso di questo potere discrezionale sia stato fatto in concreto nei tre secoli di vita del Senato. Nella rarità della documentazione dopo le distruzioni belliche, sono preziose le indicazioni contenute nell'opera influentissima di Giulio Claro in campo penale, studiate in particolare da Gian Paolo Massetto⁷⁹, ove si riportano numerosi esempi di decisioni del Senato milanese, attraverso questo canale conosciute ed anche utilizzate ben al di là dei confini del ducato. Proprio con riferimento all'equità le ricerche di Maria Carla Zorzoli⁸⁰ hanno mostrato come l'esercizio del potere equitativo da parte del Senato abbia condotto al riconoscimento di diritti e prerogative che una stretta interpretazione del diritto statutario avrebbe escluso: ad esempio nei riguardi della donna vennero limitati i casi di incarcerazione per debiti⁸¹, venne considerato irrinunciabile il privilegio del Senatoconsulto Velleiano che permetteva di revocare un contratto sfavorevole alla donna⁸², si adottò un criterio non formalistico per validare il contratto dotale ed altro ancora⁸³.

Queste e molte altre applicazioni del criterio dell'equità nella decisione di casi controversi si trovano esaminati nel trattato di un giurista attivo in Lombardia, Giulio Cesare Calvino, che al tema dedicò nel Seicento un trattato che ebbe due edizioni e notevole risonanza, intitolato appunto "de aequitate"⁸⁴. In esso l'autore, un "pratico" non sprov-

européen, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la direction de J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride, Paris, 1999, 95-129, ora in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 251-292.

⁷⁹ G.P. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, in Id., *Saggi di storia del diritto penale* [sopra, nota 76], 61-228.

⁸⁰ M.C. Zorzoli, *Una incursione nella pratica giurisprudenziale milanese del Seicento e qualche riflessione sui temi che riguardano la famiglia*, in *Ius Mediolani, Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, 617-658.

⁸¹ Zorzoli, *Una incursione*, 649; Calvino, *De aequitate* [vedi nota 84], I 15.

⁸² Zorzoli, *Una incursione*, 637.

⁸³ Zorzoli, *Una incursione*, 634; Calvino, *De Aequitate*, II 186.

⁸⁴ Giulio Cesare Calvino, *De aequitate*, Mediolani 1635-1643, in due tomi;

visto di cultura – egli mostra tra l'altro di conoscere bene le radici antiche e aristoteliche dell'idea di equità e rivela una buona formazione umanistica – riunisce centinaia di fattispecie appartenenti a diversi rami del diritto nelle quali la dottrina aveva fatto ricorso al criterio dell'*aequitas*, ovvero la giurisprudenza del Senato milanese aveva compiuto scelte che ad avviso dell'autore potevano derivare da quel potere equitativo che gli spettava di diritto.

Non solo a Milano il Tribunale supremo rivendicò il diritto di fare ricorso all'equità anche in deroga alle norme del diritto scritto. Una rivendicazione analoga avvenne anche altrove: Il Sacro Real Consiglio, Corte suprema del Regno di Napoli, poté in più occasioni avvalersi di questo principio per decidere anche contro talune norme in vigore: come ha bene mostrato l'indagine di Marco Miletta, ciò avvenne richiamandosi a della dottrina più autorevole, in particolare a Matteo De Afflictis e a Vincenzo de Franchis⁸⁵. Vi furono però anche voci critiche nei confronti della latitudine di questi poteri: ad esempio dal Senato del Delfinato proviene, alla fine del Cinquecento, una valutazione inequivoca, là dove si legge questa esclamazione: "Deus nos praeservet ab aequitate Parlamenti"⁸⁶.

Più in generale, con riferimento a questi indirizzi di molte Corti sovrane, si deve peraltro osservare che un argine all'arbitrio – che pure indubbiamente vi fu e fu imponente – derivò dalla continuità delle linee giurisprudenziali inerenti per natura alla condotta della magistratura, una linea che tende a mantenere e confermare indirizzi consolidati nel tempo, pur potendo sovvertirli o modificarli in linea di principio. Quella certezza che la sovrabbondanza della dottrina da un lato, la latitudine dei poteri discrezionali dall'altro pregiudicavano fu così in parte almeno recuperata a livello giurisprudenziale. E la stessa *aequitas*, condensandosi in *aequitas scripta* per effetto dello stratificarsi di casi decisi ed anche di regole non limitate al caso singolo (tali erano gli *Ordines*

Mediolani, 1676, in tre tomi. Il terzo tomo, aggiunto nella seconda edizione a cura del figlio dell'autore, Omobono, è da questi dedicata al Senato di Venezia; e non a caso, per le ragioni già sopra ricordate relative al ruolo dell'equità come fonte del diritto presso la Serenissima.

⁸⁵ M. Miletta, *Tra equità e dottrina, Il Sacro Regio Consiglio e le Decisiones di V. de Franchis*, Napoli, 1995, in part. 149-157.

⁸⁶ Miletta, *Tra equità e dottrina*, 153.

dello stesso Senato, dotati di valenza generale) perdeva così una parte delle sue indubbe potenzialità di mero arbitrio.

10. JACOPO CUIACIO

Vediamo ora, prima di concludere, come l'idea di equità sia stata affrontata nell'opera di due tra i massimi esponenti del pensiero giuridico moderno, il primo rappresentante di assoluto spicco tra i giuristi della Scuola culta francese del Cinquecento, Jacques Cujas, il secondo fondatore del moderno giusnaturalismo europeo, Ugo Grozio.

Nell'opera vastissima di Cuiacio, che nella pregevole edizione napoletana del 1722 da me consultata occupa ben dieci volumi in folio, il tema dell'*aequitas* è affrontato in almeno quindici luoghi diversi. Possiamo raggrupparli soffermandoci su alcuni punti significativi.

Anzitutto l'autore ha cura di richiamare ripetutamente le fondamenta antiche: l'idea aristotelica del rapporto dell'equità con la giustizia e con il diritto⁸⁷ e della sua funzione suppletiva dell'equità (*epieikeia*), nonché la nozione ciceroniana dell'equità come necessaria equiparazione delle decisioni in casi eguali⁸⁸. Questo principio (per il quale l'equità "in pari casua paria iura desiderat"), pur non codificato nel testo del Corpus iuris, consente a Cuiacio in più occasioni di avvalersi dell'analogia in nome dell'equità⁸⁹.

Sulla questione cruciale del potere dei giudici di applicare un criterio di equità in presenza di una norma di diritto scritto o *strictum*, oggetto come sappiamo di due costituzioni costantiniane difformi, Cuiacio afferma che se la norma scritta è esplicita, essa va applicata comunque, anche se appare dura e iniqua, e solo il Principe può modificarla⁹⁰. Così ad esempio là dove si prevede una dilazione di sessanta

⁸⁷ Cuiacio, *In Libros VIII Quaestionum Papiniani*, a l. 43 de relig. et sumpt. fun (Dig. 11.7.43), *Opera omnia*, Neapoli, 1722, IV 166 A.

⁸⁸ Cuiacio, in Tit. 1 Dig. De iurisdictione, l. 8 (Dig. 2.1.8) ed. cit. VII 90 A.

⁸⁹ Così ad esempio riguardo agli obblighi di un erede che abbia promesso di non avvalersi della Falcidia (Cuiacio, *Expositio Novellarum Constitutionum*, a Nov. 1 [II 1027]).

⁹⁰ "Rem ita distinguimus, ut in his quae scripto palam comprehensa sunt, etiam si perdura videantur, iudex a scripto recedere non possit, et ut solus princeps eam duriem emendare possit" (Cuiacio, Commento a Oberto de Orto, *De feudis*, Li. II, tit. 1)

giorni per la manomissione del servo se sia in corso una causa per adulterio (Dig. 40.9.12): la norma va applicata anche qualora il servo fosse assente al momento dei fatti, pur se con provvedimento “perquam durum”: così il nostro autore, sulla scorta di Ulpiano; per modificarla, occorre quanto meno un rescritto⁹¹.

Se invece dalla norma scritta non si deduce con certezza l'applicabilità al caso, allora il giudice è tenuto a ricorrere al criterio equitativo piuttosto che alla lettera della legge: ad esempio se una norma impone una pena a carico di chi “ferro percusserit” un altro soggetto, allora il giudice potrà decidere di non applicarla ove il colpo sia stato inferto con una semplice chiave, perché in tal caso si dovrà piuttosto guardare alla *mens* del legislatore, piuttosto che ai *verba legis*.⁹² Qui il significato della parola “ferro” va ridotto e circoscritto, mentre in altri casi esso può e deve venire ampliato: “jurisconsulti est augeri significationem verborum pro loco et tempore ac circumstantiis ceteris”⁹³: un punto sul quale, secondo Cuiacio, Andrea Alciato “multa innovare visus est” ma non ha innovato per nulla perché ha ragionato male: “pleraque incallide et infeliciter”⁹⁴.

In generale, per Cuiacio il giudice “debet inspicere non verba et literas sed vim ac potestatem, non factum sed facientis voluntatem, non partem sed totum, non quod nunc fuerit sed quod fuerit semper”⁹⁵. E' questo il passo nel quale l'autore esprime con più chiarezza e determinazione ciò che ritiene essenziale sulla funzione dell'equità e sul ruolo del giudice nel farla valere anche in presenza di norme scritte.

A maggior ragione il criterio prioritario dell'*aequitas*, sancito da Costantino nella l. Placuit (Cod. 3.1.8) dovrà prevalere sullo *ius stric-*

ed. cit. II 1230, come l'imperatore fece ad esempio riguardo a una disposizione della Lex Julia.

⁹¹ Cuiacio, *Recitationes solennes*, a Cod. 3.1.8, de iudiciis, l. Placuit ed. cit. IX 126A.

⁹² Cuiacio, a Oberto de Orto ed. cit. II 1230.

⁹³ Come è detto nelle Istituzioni, che a correzione della Lex Papia riportano il testo di Cod. 6.4.4 ove è stabilito che “si libertus filiis reliquerit, patrono debetur virilis portio” (Inst. 3.7.2): Cuiacio, *Commentaria in Lib. XIX Quaestionum Papiniani*, a Dig. de leg. 2, l. unum ex familia, § rogo (Dig. 31.67.7) ed. cit. IV 532.

⁹⁴ Cuiacio, *Ibidem* ed. cit. IV 532.

⁹⁵ Cuiacio, *Recitationes solennes* a Cod. de iudiciis, l. placuit (Cod. 3.1.8) ed. cit. IX 124.

tum là dove la legge non c'è, conformemente all'insegnamento di Aristotele per il quale "aequitas nihil aliud est quam jus quod lex scripta praetermittit" (Rhet. I.13)⁹⁶. Lo stesso Cuiacio sottolinea però che per quegli istituti - come per i feudi, ignoti al mondo romano - per i quali il diritto scritto non prevede norme, deve essere la consuetudine ad imporsi sullo stesso diritto scritto, che pure potrebbe applicarsi per analogia; (e così spiega l'aforisma iconoclasta di Oberto dell'Orto, che nella lettera al figlio entrata nelle *Consuetudines* e poi nei *Libri feudorum* aveva rovesciato per il diritto feudale la regola costantiniana sul rapporto tra legge e consuetudine (Cod. 8.52.2)⁹⁷.

Ancora differente è la valenza che Cuiacio rivendica all'equità a proposito di altre situazioni previste dalle fonti, in cui è possibile cogliere le ragioni equitative di una soluzione ivi prevista, ma è possibile anche (e anzi preferibile) far valere altre ragioni equitative in senso contrario: un testo di Papiniano ritiene giustificata una sepoltura in un fondo comune voluta da un socio anche contro la volontà di un altro socio ("invito socio": Dig. 11.7.43): Cuiacio ritiene equa tale conclusione in quanto fondata su una "summa ratio" (quella "pro republica, pro religione", di non lasciare cadaveri insepolti) che prevale rispetto alla *ratio* ordinaria⁹⁸. Analogamente si può per lui distinguere un' "aequitas simpliciter" da un' "aequitas summa", che deve imporsi come superiore⁹⁹.

Quanto poi potesse risultare problematico applicare in un caso concreto questa scala di priorità tra diritto scritto e non scritto nonché tra equità ed equità non è difficile intuire, anche tenendo fermo il criterio generale, ribadito da Cuiacio, per il quale il diritto scritto è duro

⁹⁶ Cuiacio a Oberto de Orto, cit. ed. cit. II 1230.

⁹⁷ Cuiacio a Oberto de Orto, cit. ed. cit. II 1230.

⁹⁸ Cuiacio, *In Libros VIII Quaestionum Papiniani*, a L. 43 de relig. et sumpt. fun (Dig. 11.7) *Opera omnia*, Neapoli, 1722, IV, 166 A. In un altro suo testo - *Ad Africanum Tractatus VIII*, a l. si servus (Dig. 13.6.31) ed. cit. I 1443 - Cuiacio si avvale di un'opinione di Ulpiano, che pur ammettendo la *ratio* di un cumulo di quote ereditarie in capo ad un medesimo erede, riconosce come *utilior* la tesi negativa di Pegaso riguardo al cumulo (Dig. 5.4.1.3). Cuiacio ritiene questa seconda tesi improntata ad una *ratio summa*, superiore alla *ratio* della prima tesi; ed applica all'equità, come si è detto, un'analoga scala di valori.

⁹⁹ Cuiacio, *Ad Africanum Tractatus VIII*, a l. si servus (Dig. 13.6.31) ed. cit. I 1443. Cuiacio contrappone al riguardo, applicandovi la distinzione citata, un altro testo di Africano, riportato in Dig. 30.110.

e inflessibile, l'equità al contrario è caratterizzata dalla flessibilità: "aequitas est flexibilis"¹⁰⁰.

Nel leggere le accurate argomentazioni del giurista tolosano si comprende la ragione della fortuna perdurante dei suoi scritti. Anche quando l'analisi è rivolta alla comprensione, filologicamente agguerrita, dei testi della giurisprudenza classica, i moduli argomentativi sono di portata generale e suscettibili di venire applicati ad altri testi, anche lontani dalle fonti antiche. Ad esempio in tema di equità la distinzione tra gradi di equità o l'applicazione dell'analogia potevano riuscire preziosi con riferimento a casi e a norme della realtà storica del tardo diritto comune.

11. GROZIO

Il fondatore del moderno giusnaturalismo ha dedicato all'*aequitas* un breve trattato, edito postumo a partire dal 1680 e poi incluso in molte edizioni del *De iure belli ac pacis*¹⁰¹. Meno di un secolo è trascorso dagli anni nei quali Cuiacio lavorava sulle fonti giustinianee; ma il taglio e il fondamento delle pagine di Grozio sono lontani dal modello dei Culti, l'orizzonte appare mutato.

Il pensatore olandese esordisce con un'affermazione netta: se la giustizia consiste nell'osservanza delle leggi, con questo principio l'equità appare in forte contrasto: "cum iustitia (universaliter dicta) in legum observatione consistat, cum [ea] aequitas maxime videtur pugnare ..."; ed allora occorre vedere come esse si distinguono e dove invece convergono¹⁰². In termini generali l'equità comprende l'intero diritto (che è "ars boni et aequi") ma è anche parte di esso, se lo *jus* (come vuole Cicerone) consiste in leggi, consuetudini ed appunto

¹⁰⁰ Ad esempio si veda Cuiacio, *In Lib. II Quaest. Pauli*, a l.42 de act. empti et vend. ed. cit. V 916; e Id., a Dig. de actionibus empti et venditi, l. si in emptione, X 752 A.

¹⁰¹ Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis ...* con i commenti e le annotazioni di Gronovio, Barbeyrac e dei due Coccei (Henricus e Samuel), Lausanne, 1752, in 5 tomi. Il *Liber singularis de aequitate, indulgentia et facilitatione* è nel III, 480-486. Non ho potuto consultare la dissertazione dottorale di Herbert Schotte, *Die Aequitas bei Hugo Grotius*, Köln, 1963.

¹⁰² Grozio, *De aequitate*, § 1 ed. cit. 480.

equità: “jus legibus, moribus et aequitate consistit” (Grozio, *De aequitate*, § 2). In terzo luogo l’equità verte su cose che la legge non definisce esaurientemente ma che sono lasciate all’ “arbitrium boni viri” (§ 3): ed è appunto di questo terzo aspetto che si occupa il *Liber singularis* del pensatore olandese.

L’equità è per Grozio, sulla scorta dei greci, una virtù della volontà, non dell’intelletto (§ 4). Ed è una virtù che va analizzata e precisata, dunque necessaria, perché l’ingegno degli uomini non può cogliere le finalità cui la natura li indirizza se non con regole “quae ex naturae ipsius principiis desumerentur”. E poiché infinita è la varietà dei casi umani, tali che nessuna regola può abbracciarli tutti, bisogna porre mente non alla formulazione della regola in sé, bensì all’intenzione (*mens*) di chi ha posto in essere la regola stessa (§ 5).

Su questa base Grozio procede a stabilire un punto fondamentale. L’esame del necessario rapporto tra la legge e l’equità non riguarda soltanto le leggi positive umane. Riguarda in pari misura anche le leggi di natura e delle genti, pur se non scritte ma concepite in termini generali. Ad esempio, se è legge di natura il precetto che impone di restituire quando fu dato in deposito, questa legge non deve applicarsi nel caso in cui a richiedere la restituzione di una spada sia un pazzo furioso (§ 6). Di più: gli stessi precetti divini vanno compresi e interpretati: perché i difetti che il ricorso all’equità permette di superare non dipendono sempre dall’autore del precetto ma anche dalla materia regolata: “unde etiam Dei leges ex notitiis naturae impressis ab ipso Deo”. Se è dunque Dio stesso che imprime nella mente degli uomini i tratti delle leggi di natura, allora intervenire nel precisare queste leggi divine non è assurdo. L’esempio offerto da Grozio è quello del precetto di non uccidere, formulato nel Decalogo in termini generali, ma derogabile per legittima difesa o per pubblica determinazione (“publicae animadversionis causa”): si allude verosimilmente alla pena di morte (§ 7). Ci sono però anche precetti generali che non richiedono la formulazione di eccezioni, dunque non hanno bisogno di essere interpretati con il ricorso all’equità: così l’amore per Dio, il divieto di rubare, il precetto di vivere onestamente e così via (§ 8).

Ci sono poi le leggi e i negozi umani. Qui Grozio precisa: l’equità può intervenire a correggere le convenzioni, i patti e i negozi secondo quanto la *mens* del legislatore o del disponente avrebbe voluto, ovvero a circoscrivere nel caso concreto l’applicazione di una legge anche chiara. Se si è promesso di consegnare una cosa in un giorno determinato,

l'equità consente (anzi, impone) di tener conto di una tempesta sopravvenuta; se si è esclusa con un patto la responsabilità per dolo, la legge che impone il rispetto dei patti viene derogata (§ 9). Nel campo penale Grozio osserva che l'equità non sempre deve operare nella direzione di una pena minore, ma talvolta nella direzione opposta: una norma di legge che stabilisce la prescrizione ventennale per l'omicida potrà essere derogata per il parricidio o inasprita in presenza di circostanze aggravanti (§ 10).

E poi ci sono le leggi per le quali ci si chiede se vadano corrette in sé, nella loro formulazione generale, in quanto ingiuste o ritenute tali. Ciò avviene in particolare quando una legge - di cui pure sia chiara l'intenzione del legislatore - "pugnat cum lege naturae", ad esempio perché obbliga a compiere atti disonesti o vieta di adempiere a doveri d'ufficio. In questi casi la legge va disapplicata? Sì, secondo Grozio. Ma "in dubio valere debet legis auctoritas", anche quando questa applicazione risulta dura: così afferma il giureconsulto (Grozio si riferisce al passo di Ulpiano che abbiamo visto utilizzato anche da Cuiacio). Il principio di legalità è anche per lui inderogabile e prioritario rispetto all'*aequitas*, o piuttosto all'*iniquitas* della legge. Tanto più che spesso ciò che per il singolo risulta iniquo viene volutamente deliberato per ragioni di *publica utilitas* (§ 11).

Ciò che invece nelle leggi è oscuro o indeterminato, così che non si possa ricavare con certezza quale fosse l'intenzione stessa del legislatore, può e deve venire corretto in nome dell'equità: non già eliminando il precetto legislativo, bensì dichiarando che esso non obbliga in un caso concreto. Spesso, poi, la medesima materia è regolata da leggi contrastanti; ed allora per Grozio è il rapporto reciproco che va chiarito, distinguendo quale delle leggi tra loro confliggenti debba avere la priorità per il giudice. Lo stesso deve farsi quando due leggi diverse possono invocarsi come applicabili ad un medesimo caso: allora "necessario in illo casu lex una per alteram exceptionem patitur".

Non sono queste, afferma Grozio, scelte facili ("quae autem cedere debeat, facile definiri non potest"). Ma vanno affrontate e risolte, anche qui, sulla base di *principia naturalia*. L'autore ne enumera alcuni: una prescrizione che obbliga è più forte di una che permette; una norma penale prevale su una non penale; una norma particolare su una generale (*exceptio - regula; species - genus*); una norma superiore (ad esempio "in divinis") su una inferiore; una norma diretta alla utilità pubblica su quella che mira all'utilità privata: ad esempio il deposito non viene restituito se i beni del depositante sono stati confiscati; ovve-

ro un crimine capitale può restare impunito se la pena colpisce un individuo indispensabile alla collettività, o se così decide la maggioranza della popolazione (§ 12).

Più in generale, Grozio afferma che nelle leggi come nei patti la *vis obligandi* scaturisce non dalle parole bensì dalla *mens* del legislatore o dei contraenti. E' lo stesso legislatore che vuole disapplicato il suo comando quando una legge diversa stabilisce un'eccezione. E quando lo *ius strictum* si contrappone a una disposizione di equità (scritta), la prima norma decade ("jus esse negamus"), sicché l'*aequitas* si contrappone allo *ius strictum* altrettanto nettamente quanto il bene è diverso dal male (§ 13).

Infine, a chi spetta applicare il criterio equitativo? Se l'applicabilità della norma di eccezione è certa ed evidente, il giudice può senz'altro procedere, e così pure il privato nei suoi negozi (§ 14-15). Se invece "dubia est exceptio" perché è dubbio se sia più equo e più conforme all'utilità pubblica "verba legis sequi, aut non sequi", allora se la questione non ammette dilazioni, sarà il giudice o il privato a decidere, "recte ratiocinando quod aequius ac melius inveniet" (si coglie qui il riferimento alla Novella 8 di Giustiniano e all'Auth. Iusiurandum, che già abbiamo menzionato); solo in caso di dubbio insolubile si deve dare la preferenza ai *verba legis*. Altrimenti, se c'è il tempo per farlo, "consulendus est legislator" (§ 16).

Da quanto precede non è difficile rilevare come l'impostazione data da Grozio al tema dell'equità sia distante rispetto a quella dei giuristi del diritto comune. La distanza non è tanto nei contenuti quanto nel metodo. Il pensatore olandese disegna un perimetro chiaro e razionale entro il quale ragiona sulla portata dell'equità in rapporto con il mondo del diritto. Stabilito che il tema centrale è quello del rapporto tra legge ed equità, egli estende lo sguardo al di là del diritto positivo, includendo nel tema anche il rapporto dell'equità con la legge naturale e con i precetti divini, non meno necessitanti di interpretazione di quanto lo siano le regole del diritto umano. E prosegue con la specificazione di cosa debba intendersi con la "correctio" della legge che sta al cuore della funzione equitativa.

Quanto ai contenuti, va osservato che Grozio non ripudia il principio di legalità anche quando ritiene ingiusta una norma positiva, purché chiara e inequivoca. Ma sottolinea la necessità, per l'interprete, di guardare alla *mens* del legislatore e non solo né in primo luogo ai *verba* della legge.

Il rapporto con la cultura antica è stretto e costante: continuamente Grozio riporta passi dei Greci e dei Romani, da Aristotele a Cicerone a tanti altri autori, considerati fonti attendibili per l'identificazione dei tratti del diritto naturale, ben al di là di quanto tramandato nelle fonti giuridiche antiche, che pure egli conosce perfettamente. Il rapporto stesso con il diritto romano è mutato: Grozio non esita a ritenere e a dichiarare – questo avviene a più riprese nel *De iure belli ac pacis* – che una o un'altra norma del *Corpus iuris* vada ripudiata in linea di principio, se contestabile in termini di fondamento razionale. Come avviene, per limitarci a un solo esempio, là dove egli riprova la norma del Digesto che poneva a carico dei marinai la responsabilità in solido per un atto compiuto dal loro comandante (Dig. 14.1.1.20): la disposizione pare a Grozio¹⁰³ contraria all'*aequitas naturalis*, anche perché può indurre un marinaio a rifiutare l'imbarco. Si noterà come qui l'elemento dell'*utilitas* si innesti su quello dell'*aequitas*.

12. CONCLUSIONI

Dal percorso seguito per sommi capi lungo un arco di oltre cinque secoli vorremmo trarre alcuni spunti di riflessione, con considerazioni che sono piuttosto stimoli per approfondimenti ulteriori che conclusioni, perché il tema è di tale entità da non consentire altro, in questa sede.

I.

Un primo punto da richiamare sta nella dimensione duale del principio di equità nella dottrina del diritto comune. Da una parte l'equità è vista come il fondamento stesso della giustizia e del diritto, che ad essa si ispirano e si debbono ispirare anche nella creazione di nuove regole scritte: l'equità non ancora tradotta in norme è detta dai glossatori *aequitas rudis*, per distinguerla da quella che già si è incorporata nel diritto, che costituisce l'*aequitas constituta*. Dall'altra parte l'equità viene considerata nel suo rapporto e nelle sue interconnessioni con il diritto scritto ed anche consuetudinario. Questo secondo ordine di questioni è quello sul quale nascono le dottrine, le distinzioni, gli approfondimenti relativi al tema dell'equità, in un flusso che dal mondo antico giunge sino al presente.

¹⁰³ Grozio, *De iure belli ac pacis* [sopra, nota 101], lib. 2.11.13.

II.

Un secondo aspetto che va sottolineato consiste nel rapporto ininterrotto e puntuale dei diversi autori del diritto comune con le fonti antiche. Quando riflettono sull'equità essi hanno sempre presenti i testi, tutti i testi che ad essa si riferiscono nel *Corpus iuris*. E sappiamo quanto essi siano diversi e variegati. Entro questo insieme di riferimenti inclusi nelle fonti antiche figurano anche i testi nei quali il concetto di *aequitas* viene impiegato come corrispondente all'*aequalitas* (in pari causa paria iura desiderat"; secondo la formula ciceroniana), con l'accento posto sulla quantificazione equa del dovuto in un caso concreto.

Anche quando le soluzioni proposte dal giurista si discostano dalla mera esegesi, lo sforzo è pur sempre quello di mostrare che la tesi proposta presenta un aggancio con le fonti. Le fonti non giuridiche entrano esse pure in gioco sin dall'inizio nelle riflessioni della dottrina medievale: se già Irnerio riprendeva i *Topica* di Cicerone, con il progredire delle conoscenze dei testi classici lo spettro si ampliò, utilizzando la Retorica e l'Etica di Aristotele. Cinque o sei passi tratti dalle opere di questi due autori furono i soli davvero fondamentali dalla Glossa al Commento e dai Culti ai moderni Giusnaturalisti.

Vi fu una fase precoce, forse già con Irnerio ma soprattutto con le opere dei giuristi provenzali del secolo XII, influenzate probabilmente dal glossatore Martino e dal diritto dei canoni, in cui questo ossequio per la legge scritta del *Corpus iuris* si interruppe: non si esitò ad affermare che le regole della legge scritta potevano venire pretermesse se in contrasto con la ragione o con l'equità. Ma quasi subito questa posizione fu superata e sulla vigenza del principio di legalità, da Bulgaro a Giovanni Bassiano alla Glossa, dal Commento ai giuristi successivi venne costantemente una riaffermazione di principio molto netta. Solo nei confronti degli statuti alcuni giuristi, tra i quali Bartolo e Baldo, arrivarono a proporre la liceità di una *transgressio legis* da parte del giudice, purché motivata da ragioni di pubblica utilità e purché nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, entro il raggio dell'*arbitrium* attribuitogli da una fonte legislativa generale o locale. Ancora nel Cinquecento, con Cuiacio, venne mantenuto il principio per il quale il diritto scritto, anche se ritenuto iniquo, deve prevalere nei confronti di un'equità non scritta ma semplicemente affermata. Esso rimase saldo anche nella lucida teorizzazione di Ugo Grozio, che pure misura l'intero ordinamento giuridico sul metro della ragione e della legge naturale.

III.

Vi è stata, allora, un'evoluzione nel secolare svolgimento delle dottrine del diritto comune sull'idea di equità? Quali gli elementi di continuità e quali le discontinuità nel tempo?

Gli elementi più significativi di innovazione si rinvennero riguardo ad istituti nuovi, che la realtà dinamica della società del secondo medioevo ha creato e che la dottrina dei giuristi ha puntualmente sottoposto al vaglio analitico e sistematore che le è proprio. Abbiamo visto, in particolare, come le questioni legate all'equità e ai suoi rapporti con la legge siano state affrontate nei confronti degli statuti cittadini e nella valutazione dei rapporti e delle differenze tra il diritto romano e il diritto canonico.

Quest'ultimo ha sviluppato sin dal secolo XII e poi soprattutto nei due secoli seguenti una serie di norme dettate dai pontefici e di dottrine elaborate dai decretisti e dai decretalisti – in particolare nel Duecento, per opera di Sinibaldo Fieschi e di Enrico da Susa – che se da un lato attuavano il *rigor* del diritto secolare, dall'altro invece esigevano di più. In nome del valore non solo etico e religioso, ma giuridico di alcuni principî legati alla coscienza del fedele, l'ostacolo della mala fede fu considerato insuperabile nel tempo respingendo così la prescrizione acquisitiva anche nei casi in cui il diritto civile l'ammetteva; e gli impegni assunti con patto informale o con giuramento, specie là dove la loro trasgressione mettesse a rischio la *salus animarum*, vennero gradualmente forniti di specifiche e innovative tutele giurisdizionali. Di qui la formazione nel diritto della Chiesa di un complesso di regole che prese la denominazione onnicomprensiva di *aequitas canonica*. I testi romanistici che (a partire dalla costituzione costantiniana accolta nel Codice (la l. *Placuit* di Cod. 3.1.8) avevano contrapposto l'*aequitas* al rigore dello *ius strictum* offrirono lo spunto per denominare come improntate all'equità le regole, consuetudinarie o legislative che fossero, volte a rimuovere i formalismi procedurali e sostanziali del diritto scritto e della stessa consuetudine soprattutto giurisprudenziale.

Il contributo creativo che questa impostazione diede allo sviluppo del diritto è della massima importanza nella storia del diritto europeo. Il prevalere del consenso, anche nudo, sul formalismo del diritto antico e medievale – nel diritto privato, nel diritto penale, nel processo – è un risultato che si deve in buona misura al diritto canonico e che da qui si è trasmesso ai diritti secolari. Esso fu raggiunto richiamandosi proprio al principio dell'*aequitas*.

Lungo questa direttrice si mosse anche il diritto nuovo dei rapporti commerciali, improntato - scrissero i giuristi a partire da Bartolo - all'equità e all'esame puntuale dei fatti ("sola facti veritate inspecta"), con ripudio dei formalismi e senza addentrarsi "in apicibus iuris": un indirizzo che prese il nome appunto di *aequitas mercatoria*. Mentre fu la forte impronta del diritto canonico e dunque dell'*aequitas canonica* a generare dal secolo XV al XVII, attraverso l'accresciuto potere giurisdizionale della Cancelleria inglese, che era retta tradizionalmente da un prelado, spesso confessore del Re, un intero sistema di regole complementare rispetto a quello creato dalle Corti regie di *Common Law*, che non a caso prese appunto il nome di *Equity*.

IV.

Al centro della tematica dell'equità, in prospettiva storica, sta il rapporto con le norme del diritto scritto. I giuristi traevano dalle fonti antiche non solo l'idea che il diritto doveva essere "buono ed equo", ma che nel conflitto tra il *rigor iuris* e l'*aequitas*, questa doveva prevalere: purché scritta, si argomentò da Bulgaro a Cuiacius, cioè purché si fosse a sua volta tradotta in una norma di legge. In caso contrario, l'equità non scritta non poteva essere addotta dal giudice perché arbitraria, soggettiva, "cerebrina" se non addirittura "bursalis". Solo il Principe poteva intervenire con una norma generale nuova o con un rescritto limitato al caso singolo; anche se nell'età moderna - a Milano, a Napoli ad esempio - questo potere venne esteso ad alcuni grandi tribunali, in quanto considerati "sovrani" in virtù dei poteri ad essi concessi dal sovrano stesso.

Eppure, nonostante queste limitazioni di principio, il criterio equitativo non cessò di esercitare un ruolo di rilievo nelle riflessioni della dottrina. L'*aequitas* entrava in gioco quando una norma scritta poteva ricevere più interpretazioni, alcune delle quali più "eque" di altre e perciò preferibili. Di più, l'idea di equità venne richiamata in moltissimi punti discussi a livello dottrinale, là dove una norma che le fonti dichiaravano, espressamente o persino implicitamente, ispirata all'*aequitas* fu estesa con procedimento analogico sino a limitare l'applicazione letterale di un'altra norma considerata espressione del *rigor iuris*.

Per argomentare una conclusione che limitava o addirittura derogava al tenore di una norma scritta si fece frequente ricorso non solo all'analogia, ma anche ad altri criteri generali. Ed ecco chiamate in

causa dai giuristi, a volta a volta, la *ratio*, la *veritas facti*, la *conscientia* del giudice, la *salus animarum*, l'*utilitas publica*; per tacere dello strumento principe che consentiva l'articolazione del ragionamento giuridico in presenza di regole almeno in apparenza contrastanti, la *distinctio*. In molti di questi casi fu il richiamo del principio di equità ad offrire alla dottrina, a sostegno della tesi che si voleva accreditare, una sponda comune e ricorrente al ragionamento giuridico, a giustificazione del richiamo di uno dei criteri che abbiamo menzionato. Alcuni autori, tra i quali Jacopo Cuiacio, introdussero inoltre l'idea di una gerarchia all'interno dello stesso principio equitativo; e distinsero un'*aequitas simplex* da un'*aequitas summa*, entrambe rinvenibili anche implicitamente in norme di legge discordanti ed ovviamente poste su diversi livelli di autorevolezza e di applicabilità.

Vi è un aspetto che ben meriterebbe indagini sistematiche: sarebbe importante riscontrare come e in quale misura il richiamo all'equità abbia costituito un elemento rilevante e un aggancio argomentativo esplicito sia nell'attività consulente dei grandi giuristi (a cominciare dallo stesso Baldo degli Ubaldi, del quale la lucida indagine di Norbert Horn ha lasciato fuori i *Consilia*), sia nella concreta attività giurisprudenziale delle Corti che in linea di principio si richiamavano appunto all'equità come al fondamento dei rispettivi poteri di giudizio nei casi sottoposti al loro esame. Ciò andrebbe fatto, in particolare, per le sentenze della Cancelleria inglese come per quelle del Senato di Milano e del Sacro Regio Consiglio del Regno di Napoli, ma anche per il modello così originale della giustizia veneziana. Bisognerebbe verificare se anche nelle sentenze, nell'argomentazione degli avvocati, dei consulenti e dei giudici relativa ai casi concreti, abbia operato quell'aggancio tra l'idea di equità e il richiamo ai principi generali che abbiamo appena menzionato.

V.

La dottrina ha raggiunto con Grozio insieme un punto d'arrivo e un punto di partenza. La limpida sistemazione dei precetti tradizionali di valutazione del ruolo dell'equità come criterio di interpretazione ma anche di "correzione" della legge, pur nel rispetto del principio di legalità, si congiunge con un approccio libero ormai da vincoli formali con le fonti (giuridiche, letterarie, filosofiche, religiose), pur certamente non ignorate né sottovalutate, ma anzi pienamente valorizzate. Anche sul fondamento della cultura antica, nei giusnaturalisti moderni si rafforza

il collegamento tra l'idea generale di equità e l'idea di legge naturale, a sua volta collegata con quella di ragione.

Sarà su questa base che si svolgerà, un secolo più tardi, il grande sommovimento di idee dell'illuminismo giuridico. Legge naturale, giustizia, equità, misericordia formano una rete di principi variamente articolati ma indipendenti dal diritto positivo. Già Montesquieu aveva scritto nelle *Lettres persanes*, a proposito della giustizia¹⁰⁴:

quand un homme s'examine, quel plaisir pour lui, de trouver qu'il a le coeur juste! ... Si j'étais sûr de suivre toujours inviolablement cette équité que j'ai devant les yeux, je me croirais le premier des hommes.

Ed è significativo il fatto che nella voce *Equité* dell'*Encyclopédie* di D'Alembert e Diderot, scritta da de Jaucourt¹⁰⁵, dopo aver ricordato con grande elogio la funzione equitativa della Corte di Cancelleria inglese, si affermi che

c'est de la loi naturelle que tire toute son autorité un jugement favorable où l'on prononce non à la rigueur mais avec un adoucissement équitable; et par conséquent cette loi naturelle est la vraie source de l'équité.

VI.

Nell'età in cui tramonta il diritto comune, con l'avvento dei moderni Codici, l'equità scompare dall'orizzonte dei principî che il giudice e l'interprete sono tenuti a considerare. Essa vale se, e solo se, la legge la menziona in casi particolari, nella procedura del giudizio d'equità ovvero come criterio di valutazione di una fattispecie negoziale. L'aggancio all'*aequitas* consentito dai testi del *Corpus iuris* è venuto meno con le codificazioni. Anche se in taluno dei Codici un collegamento indiretto si è pur mantenuto: si pensi in particolare all'art. 1 Codice svizzero che affida al giudice di individuare la regola ("che egli adotterebbe come legislatore", sia pure tenendo conto della dottrina e della giurisprudenza) in un caso non disciplinato né dalla legge né dalla

¹⁰⁴ Montesquieu, *Lettres persanes* (1721), Lettre 83, Paris, ed. Vernière, 1960, 176 s.

¹⁰⁵ *Encyclopédie*, ed. Paris, 1755, rist. an. Stuttgart, 1995, V, 894 s.

consuetudine: un'ipotesi che i Glossatori avrebbero qualificato come "aequitas non constituta".

Eppure l'idea di equità - nelle sua diverse accezioni, che non sono mutate - non è tramontata e non accenna certo a tramontare. Al pari di principi quali la ragionevolezza, la buona fede, la correttezza, l'utilità, l'abuso del diritto, anche l'equità continua - talora sottotraccia, talora in modo esplicito: si pensi alla giurisprudenza delle Corti di Giustizia europee, di Lussemburgo e di Strasburgo; per tacere della Corte Costituzionale italiana - l'idea di equità continua ad animare dall'interno il ragionamento dei giudici. Ed essa continua a planare dall'esterno, vorrei dire dall'alto, come misura di paragone, come modello metagiuridico ed etico che il giurista non può trascurare pur nel rispetto del principio di legalità. Con contenuti in parte antichi e in parte nuovi, come è naturale in un'età di profonde trasformazioni quale è la nostra anche sul terreno del diritto.