

Ione Ferranti

**PRIME IMPRESSIONI SULLE  
IMPLICAZIONI SUL PIANO  
DELLA TEORIA GENERALE DEL  
DIRITTO E LE CONSEGUENZE SUL  
PIANO PROCESSUALE DELLA  
RICONCILIAZIONE FRA DIRITTO ED  
EQUITÀ OPERATA DALLA CORTE  
COSTITUZIONALE**

Estratto





tribuite ratione materiae ad altro giudice, costituisce mero riflesso della disciplina della competenza, caratterizzata da ampia discrezionalità legislativa (4).

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 cost., dell'art. 113, comma 2, c.p.c., per quanto riguarda la prospettata disparità di trattamento riginata dalla sottrazione al giudizio di equità delle controversie denotanti dai c.d. « contratti i massa » di cui all'art. 1342 c.c., atteso che non può essere assunta a tertium comparationis, rispetto alla norma generale, una norma di carattere eccezionale quale quella introdotta all'art. 1 d.l. n. 18 del 2003 (5).

(1-5) La motivazione della sentenza si legge in questa *Rivista*, 2004, I, 2537 ss., con nota di GIORDANO, *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?* Se ne riproducono le massime per introdurre un'altra nota di commento.

(1-5) [6768/120] **Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale.**

SOMMARIO: 1. L'esplosione della problematica dei principi regolatori della materia. L'individuazione di una cornice normativa per il giudizio di equità del giudice di pace. Relatività del concetto di equità. — 2. La struttura e la natura del giudizio di equità secondo la Corte costituzionale. Le conseguenze sul piano processuale: la determinazione dei limiti entro i quali è ammissibile il ricorso per cassazione contro le sentenze di equità del giudice di pace. — 3. Conclusioni. Le implicazioni sul piano della teoria generale del diritto della riconciliazione fra diritto ed equità. Il binomio *aequitas-interpretatio*. Il ruolo dell'equità nell'interpretazione della legge e nel sistema delle fonti del diritto.

1. *L'esplosione della problematica dei principi regolatori della materia. L'individuazione di una cornice normativa per il giudizio di equità del giudice di pace. Relatività del concetto di equità.* — Queste brevi note, senza alcuna pretesa di completezza, vogliono offrire al lettore spunti per una riflessione sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e sul piano processuale della nozione di « equità » delineata dalla Corte costituzionale con la sentenza in rassegna (1). Il problema fondamentale che con questa sentenza viene alla luce è quello del rapporto fra giurisdizione di

(1) V. anche in *Giur. it.*, 2005, I, 540 ss., con nota di FINOCCHIARO G., *L'improbabile « quadratura » costituzionale dell'equità necessaria*; in *Corr. giur.*, 2005, 497 ss., con note di GHIRARDI, *La Suprema Corte alla luce dell'ultimo intervento della Consulta*, e di ZANUTTI, *Lo scandalo dell'equità « a canone inverso »*, in *Studium iuris*, 2005, 11 ss., con nota di ZAPPATERA, *Un ritorno al passato: la Corte costituzionale scrive l'art. 113, comma 2, c.p.c.*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 641 ss., con nota di ASPRELLA, *La scure della Consulta si abbatte sul giudizio di equità necessario: una salutare interpretazione costituzionalmente orientata del secondo comma dell'art. 113 c.p.c.*; in *Giur. cost.*, 2004, 2235 ss., con nota di GUASTINI, *Equità e legalità*; in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1143 ss., con nota di PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1181 ss., con nota di ASPRELLA, *Il giudizio di equità necessario*; in *Guida al diritto*, 2004, 50 ss., con nota di FINOCCHIARO G., *Con l'osservanza dei criteri « informativi » resa più difficile la decisione del non togati*; in *Giud. pace*, 2004, 285 ss., con nota di FEBBARO, *Illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 2, c.p.c. in tema di competenza per valore*; in *Arch. civ.*, 2004, 1145 ss.; cfr. pure MARTINO, *Giudizio equitativo e « principi informativi della materia »: continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1.

È recente la notizia di nuove regole relative al giudizio dinanzi alla Corte di cassazione (cfr. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)). Il progetto di riforma è stato elaborato dalla commissione del Ministero della giustizia incaricata di riscrivere le regole secondo i principi dettati dalla delega contenuta nell'art. 1, comma 3, lett. a, l. 14 maggio 2005, n. 80 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Delega al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitro nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali). La riforma, fra l'altro, prevede, al fine di alleggerire il carico di lavoro della Corte di cassazione, l'eliminazione dell'originaria inappellabilità delle sentenze rese dal giudice di pace secondo equità e l'impugnabilità mediante proposizione

equità e giurisdizione di legalità: le due giurisdizioni sono destinate ad affiancarsi l'una all'altra e a integrarsi a vicenda.

Il giudizio di equità nel codice di procedura civile è previsto negli art. 113 e 114. I termini di quello che è stato tradizionalmente inteso come il problema pratico e scientifico del giudizio di equità sono stati dati dal comma 1 dell'art. 113, che va considerato la norma-base in materia (2). Un'analisi approfondita della norma appena indicata ha rivelato un significato e una portata che vanno ben oltre quelli di un semplice regolamento dei poteri decisorii del giudice. L'art. 113 c.p.c., enunciando il principio generale di legalità della decisione giudiziaria, si richiama all'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile e, quindi, al tema delle fonti del diritto (3).

Com'è noto, di regola, il giudice è tenuto ad applicare al caso concreto su cui è chiamato a pronunciarsi la regola giuridica che si desume dalla legge per la fattispecie sottoposta al suo giudizio. La sua attività decisoria è strettamente vincolata alla legge (art. 113 c.p.c.). In via eccezionale il giudice può ricavare il criterio del suo giudizio da fonti diverse, adattandolo alle particolarità del caso concreto, in modo da formulare una regola giuridica che gli sembri più giusta per il singolo caso (4). Ci piace ricordare le parole del Liebman, secondo il quale « l'equità è un correttivo alla rigida applicazione della regola astratta, che permette di piegarla e conformarla alle necessità del singolo caso. Equità non vuol dire però arbitrio del giudice, il quale deve, come giudice d'equità, farsi interpretare del senso etico-giuridico diffuso nella società del suo tempo, che è qualche cosa come un diritto allo stato amorfo; cosicché il criterio equitativo, che interviene a temperare le asprezze della rigida applicazione della legge, possa a sua volta essere consentito come precetto generale, applicabile a tutti i casi identici a quello nel quale è stato applicato » (5).

Può accadere che i litiganti intendano risolvere il loro contrasto alla luce di principi di equità che prescindano completamente o in parte dalle regole dettate dalla legge. Con espressa e concorde richiesta, i litiganti possono autorizzare il giudice a decidere secondo equità qualora la controversia riguardi diritti disponibili (art. 114 c.p.c.).

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale il comma 2 dell'art. 113 c.p.c. « nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informativi della materia ». L'art. 113 c.p.c. prevede che il giudice di pace decida secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 c.c. Il testo vigente del comma 2 della medesima norma risulta dall'art. 21 l. 21 novembre 1991 n. 374, modificato dall'art. 1 d.l. 8 febbraio

dell'appello « per violazione delle norme sul procedimento, per violazioni di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia ».

(2) In tal senso, cfr. Nasi, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 107.

(3) Così Nasi, *loc. cit.*

(4) La letteratura sull'equità è vasta. Ci limitiamo a ricordare: *Codice di procedura civile*, 3ª ed., a cura di PICARDI, Milano 2004, sub art. 113, con ampia rassegna di dottrina e di giurisprudenza; TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, 41ª ed., a cura di G. TRABUCCHI, Padova 2004, 31; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 11ª ed., Napoli 2004, 32 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, I, *La norma giuridica, i soggetti*, 2ª ed., Milano 2002, 84 ss.; sui rapporti fra equità ed etica, cfr. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in PALAZZO, FERRARI, *Etica del diritto privato*, I, Padova 2002, § 1 ss.; FINOCCHIARO G., *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova 2001; RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato* a cura di CIRILLO, Milano 2000, 86 ss.; ALFA, *Trattato di diritto civile*, I, Padova 2002, § 1 ss.; COSTANTINI, *Brevi riflessioni sulla natura e i limiti del giudizio equitativo* (nota a Giud. pace Roma 21 gennaio 2000), in *Temi rom.*, 2000, III, 1185 ss.; DI IASI, *Il « processo di equità » e il contraddittorio sulla definizione della regola equitativa*, in questa *Rivista*, 1999, II, 123 ss.; BOVE, *Decisione secondo equità e ricorso per cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 93 ss.; FROSSINI, *Il giudizio di equità e il giurista positivo*, in *Contratto impresa*, 1996, 401 ss.; ALFA, *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 231 ss.; MARTINO, *L'equità del giudice di pace*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 122 ss. (e in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, II, Milano 1993, 665 ss.); GRASSO A., *Equità (giudizio)*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino 1991, 470 ss.; VARANO, *Equità*; I) *Teoria generale* e II) *Giudizio di equità*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma 1989; PICARDI, *L'equità « integrativa » nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 467 ss.; VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino 1975, 625 ss.; FROSSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 69 ss.; NASI, *op. cit.*, 107 ss.; ROMANO Salv., *Equità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 83 ss.; PERRIS, *Equità*, in *N.D.I.*, V, Torino 1938, 446 ss.; VIAZZI, *Equità*, in *Enc. giur. it.*, V, pt. II, Milano 1906, 266 ss.; PIOLA, *Equità*, in *D.I.*, X, Torino 1895-1898, 498 ss.

(5) Cfr. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 4ª ed., Milano 1984, 157.



informatore della materia, non potranno non far ricorso ai risultati cui erano già pervenute in relazione alle sentenze rese dal conciliatore con l'obbligo del rispetto dei principi regolatori della materia (36). Peraltro, la giurisprudenza di legittimità appare già orientata in questo senso: la Corte di cassazione, chiamata a fare applicazione dei dettami del giudice delle leggi, ha fatto riferimento *tout court* ai principi regolatori della materia senza distinguere tra le due formule (37).

3. *Conclusioni. Le implicazioni sul piano della teoria generale del diritto della riconciliazione fra diritto ed equità. Il binomio aequitas-interpretatio. Il ruolo dell'equità nell'interpretazione della legge e nel sistema delle fonti del diritto.* — I problemi posti dalla riconciliazione fra diritto ed equità rappresentano una sfida alla teoria del diritto. Il giurista deve interrogarsi su due questioni

materia" faccia riferimento esclusivamente ai tratti essenziali di una specifica disciplina legislativa, a quegli elementi indispensabili per poter riconoscere una materia dall'altra. Più incisivi sembrerebbero, invece, i "principi regolatori della materia"; questa locuzione, infatti, pare evocare l'analitica e articolata disciplina dettata dal legislatore. Gli uni parrebbero differenziarsi per essere più eteri e meno precisi degli altri ».

(36) Sebbene sembri propendere per l'identificazione tra le formule « principi informativi » e « principi regolatori » della materia, GIORDANO, *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?*, in *questa Rivista*, 2004, I, 2537 ss.) non offre, peraltro, al lettore alcun richiamo al lavoro già svolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza (anche di legittimità) nell'individuazione dei principi regolatori della materia. Secondo l'autrice: « Comunque sia, la tenuta del sistema sarà in futuro affidata soprattutto alla Corte di cassazione alla quale è di fatto attribuito [...] il difficile compito di individuare i principi informativi della materia in una continua osmosi tra ordinamento giuridico e realtà sociale ».

(37) Cfr. Cass. 14 dicembre 2004 n. 23241, in *Guida al diritto*, 2005, n. 6, p. 64, secondo la quale: « In caso di pronuncia resa dal giudice di pace secondo equità i vizi di motivazione della stessa non sono deducibili in sede di ricorso per cassazione, salvo che nei casi di inesistenza, perplessità e mera apparenza della motivazione, atteso che la valutazione equitativa deve pur sempre essere sorretta da ragioni in termini tali da consentire di seguire il processo logico adottato per pervenire a essa. Al riguardo è irrilevante, al fine di una estensione dei motivi di ricorso per cassazione avverso le sentenze secondo equità rese dal giudice di pace, la sentenza n. 206 del 2004 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 2, c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi regolatori della materia ».

Al contrario, nel senso che l'espressione « principi informativi della materia » non sarebbe equivalente alla locuzione « principi regolatori della materia », cfr. Cass. 11 gennaio 2005 n. 382 (in *Corr. giur.*, 2005, 320 ss. e 500 ss., con note di GHRARDI, *op. cit.*, e di ZANUTTI, *in op. cit.*; in *Riv. dir. proc.*, 2005, con nota di ASPRELLA, *Riflessioni in margine al significato semantico e alla interpretazione giuridica dei "principi informativi" della materia*; in *Guida al diritto*, 2005, n. 11, p. 55 ss., con nota di FINOCCHIARO G., *Il riconoscimento di un potere speciale è in contrasto con il principio di legalità*). Secondo tale decisione, « Nella norma dell'art. 113, comma 2, c.p.c. quale risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 206 del 2004 — avente natura additiva integrativa di carattere autoapplicativo — l'integrazione apportata dal dispositivo della sentenza, nel senso della sua illegittimità "nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informativi della materia", in base al significato semantico dell'espressione "principi informativi della materia" e alla luce della motivazione della sentenza stessa, in particolare la dove ha ravvisato il contrasto della norma con i principi costituzionali degli art. 24 e 101, comma 2, cost., sotto il profilo che la scelta da parte del giudice di pace della regola equitativa al di fuori della legge scritta (c.d. equità sostitutiva), senza quella integrazione appariva arbitraria, mentre non lo è se fatta "alla stregua dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva", dev'essere intesa nel senso che i "principi informativi" non sono da identificare con i "principi regolatori della materia", cui alludeva la norma dell'art. 113, comma 2, nel testo novellato dall'art. 9 l. n. 399 del 1984 e anteriore alla modifica disposta dall'art. 21 l. n. 374 del 1991; in particolare, mentre il giudice conciliatore, vigente quella norma, nell'individuare la regola equitativa da applicare al caso concreto aveva il dovere di osservare le norme fondamentali del rapporto dedotto in giudizio, traendole dal complesso delle norme con le quali il legislatore lo aveva disciplinato (in ciò identificandosi "i principi regolatori della materia"), il giudice di pace, a seguito della citata sentenza, non ha il dovere di individuare la regola equitativa traendola da detta disciplina, ma, nell'individuare, dovrà avere cura che essa contrasti con i principi — preesistenti alle regole in concreto oggettivamente dettate — cui il legislatore si è ispirato nel porre quella disciplina ». In senso conforme: Cass. 8 febbraio 2005 n. 2519; Cass. 17 gennaio 2005 n. 743. Cfr., altresì, Cass. 28 gennaio 2005 n. 1756; Cass. 8 marzo 2005 n. 5037; Cass. 7 luglio 2005 n. 14314; Cass. 14 ottobre 2005 n. 19977; Cass. 8 novembre 2005 n. 21663.

interdipendenti: la riconducibilità della nuova concezione dell'equità, da un lato, a precise coordinate e, dall'altro, a modelli storici (38). La ricerca di una soluzione equa e ragionevole presuppone la dialettica fra diritto ed equità. Se diritto ed equità non sono ordinamenti contrapposti, il tema dell'equità è destinato a investire il discorso sull'interpretazione della legge e sulle fonti del diritto. Equità è un concetto che viene spesso richiamato dalla norma positiva. L'economia di queste brevi note non ci consente di addentrarci nel tema dei rapporti esistenti fra equità ed etica (39).

La decisione della Corte costituzionale ha recepito i risultati raggiunti da una parte della dottrina italiana in materia di giudizio di equità. La definizione di equità ha oscillato fra il momento etico e il momento logico. Si è finito con il riconoscere che il giudizio di equità va inteso come giudizio giuridico. Tuttavia, è innegabile che in ogni caso sussista un rapporto fra giudizio di equità e valutazione etica così come è innegabile un ineliminabile collegamento fra giudizio di equità ed esercizio del ragionamento logico (poiché non è pensabile che si possa giudicare in modo irrazionale, dando libero sfogo a un impulso emotivo). Una volta riconosciuta questa istanza etica non si può ridurre il giudizio di equità *in foro conscientiae* « come evasione inferiore dal mondo complesso dell'esperienza giuridica; poiché quel giudizio pur nasce e si conclude proprio nell'ambito di quella esperienza, esso appare anzi sempre condizionato dall'insieme di quell'ordinamento giuridico, in cui solo esso acquista un senso, e si attua » (40). Secondo una parte della dottrina italiana, il giudizio di equità è un giudizio giuridico, che consiste in un'enuciatura di una decisione adatta al caso in esame, in mancanza di un preciso precetto legislativo (41). Il Giudice delle leggi ritiene che il giudizio equitativo debba necessariamente svolgersi all'interno di una cornice normativa, tracciata dai principi informativi della materia.

L'ingresso nella problematica risulta difficoltoso per il giurista che resta ancorato al concetto moderno di equità (42). Comunque, l'equità viene definita la « giustizia del caso concreto », secondo una formula che si fa inesattamente risalire ad Aristotele e, segnatamente, ad alcuni passi dell'*Etica Nicomachea* (43).

(38) Cfr. GIULIANI, *Le « Disposizioni sulla legge in generale »* (art. 1-15), cit., 452; Id., *Le preleggi*, cit., 76.

(39) Sui rapporti fra equità ed etica, cfr. PALAZZO, *op. cit.*, § 1 ss.  
(40) Sulle diverse interpretazioni dell'equità nella dottrina, cfr. FROSINI, *Equità (nozione)*, cit., 78 ss., specialmente 81.

(41) Secondo FROSINI (*Il giudizio di equità e il giudice di pace*, cit., 146), « il giudizio di equità è un giudizio giuridico, che consiste non in una deviazione dalla legge scritta, non in una surrogazione di natura moralistica ispirata alla benevolenza del giudice, ma che consiste proprio nell'enuciatura di una decisione adatta al caso in esame, in mancanza di un preciso precetto legislativo. In questo senso esso si contrappone al giudizio di legalità; giacché il giudice non è sottoposto alla norma imposta dal legislatore, ma per lui si può ben dire che *ex facto oritur ius*. Il giudizio di equità rappresenta il riferimento giuridico ad un caso singolo, anzi singolare, diverso dalla pluralità dei casi sottoposti alla stessa regola di un giudizio di legalità preconstituito; ma se il giudizio di equità rispondesse anch'esso ad una regola, sia pure non (ancora) scritta, allora il suo carattere di singolarità andrebbe perso, ed esso diverrebbe la sorgente di una "controregola" rispetto alle regole del diritto scritto ».

(42) La nozione di equità come « giustizia del caso singolo » fu introdotta dal positivismo giuridico per liquidare un momento costitutivo del diritto comune europeo. In tal senso, cfr. GIULIANI, *Le « Disposizioni sulla legge in generale »* (art. 1-15), cit., specialmente 452 ss.; Id., *Le preleggi*, cit., 76 ss.

(43) V. 1136a-1138a. Aristotele, fra l'altro, riteneva: « Ciò che produce l'aporia è il fatto che l'equo è sì giusto, ma non è il giusto secondo la legge, bensì un correttivo del giusto legale. Il motivo è che la legge è sempre una norma universale, mentre in alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in universale. Nelle circostanze, dunque, in cui è inevitabile parlare in universale, ma non è possibile farlo correttamente, la legge prende in considerazione ciò che si verifica nella maggioranza dei casi, pur ignorando l'errore dell'approssimazione. E non di meno è corretta: l'errore non sta nella legge né nel legislatore, ma nella natura della cosa, giacché la materia delle azioni avviene qualcosa che non rientra nella norma universale, allora è legittimo, laddove il legislatore ha trascurato qualcosa e non ha colto nel segno, per avere parlato in generale, correggere l'omissione, e considerare prescritto ciò che il legislatore stesso direbbe se fosse presente, e che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione. Perciò l'equo è giusto, anzi migliore di un certo tipo di giusto, non del giusto in senso assoluto, bensì del giusto che è approssimativo per il fatto di essere universale. Ed è questa la natura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è



È stato già rilevato che, in realtà, il Filosofo dice altro (44). Il positivismo giuridico ha preteso di ridurre tutto il diritto alle leggi dello Stato e di affermare la completezza dell'ordinamento giuridico positivo, escludendo dal campo del diritto molti aspetti del fenomeno giuridico. Tale esclusione non può che essere giudicata semplicistica e arbitraria. Accanto allo statualismo, il carattere più rilevante del positivismo giuridico è il formalismo: le sue esigenze di logicità sono esigenze di una logicità formale, che prescindono da ogni valore (etico) o da ogni realtà storico-sociale (45). Ma la statualità del diritto è un accidente storico: il diritto statale non è il solo diritto vigente, perché una società civile può esistere anche senza uno Stato. Umiliato con arbitrarie segmentazioni e frantumazioni di prospettiva, il problema dell'equità ha finito per esaurirsi nella coscienza stessa del giurista. Ricordiamo le parole di Calasso, secondo il quale: « Questa tradizione inerte dobbiamo avere la forza di rinnegare, tentando di ricomporre, se l'immagine ci è consentita, l'inconsciente tunica che non era lecito dividere e affidare alle sorti » (46).

È opinione unanime che l'equità non sia compresa tra le fonti del diritto se non quando è espressamente richiamata dalla legge (con efficacia interpretativa o integrativa) (47). Si pensi all'opinione secondo la quale l'equità non può essere annoverata tra le fonti del diritto italiano perché « non è essa stessa una norma ma solo un criterio di soluzione della lite » (48). L'insufficienza delle impostazioni tradizionali è rivelata dalla circostanza che questa dottrina è costretta ad ammettere che, sebbene nel nostro ordinamento non sia possibile il formarsi di una giurisprudenza di equità, il giurista non possa non « prendere atto che di fatto le decisioni giurisprudenziali tendano

diffettosa a causa della sua universalità. Questo, infatti, è il motivo per cui non tutto può essere definito dalla legge: ci sono dei casi in cui è impossibile stabilire una legge, tanto che è necessario un decreto. Infatti, di una cosa indeterminata anche la norma è indeterminata, come il regolo di piombo di Lesbo: il regolo si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido, come il decreto si adatta ai fatti. Che cosa è dunque l'equo, e che è giusto e migliore di un certo tipo di giusto, è chiaro. Da ciò risulta manifesto anche chi è l'uomo equo: è equo infatti chi è incline a scegliere e a fare effettivamente cose di questo genere, e chi non è pignolo nell'applicare la giustizia fino al peggio, ma è piuttosto portato a tenersi indietro, anche se ha il conforto della legge. Questa disposizione è l'equità, che è una forma speciale di giustizia e non una disposizione di genere diverso ». Per un riesame dei brani aristotelici dedicati all'equità, cfr. FROSINI, *Equità (nozione)*, cit., 69 ss.

(44) Cfr. FROSINI, *Il giudizio di equità e il giudice di pace*, cit., 146: « Veramente, di questo mistero dell'equità non se ne era accorto nemmeno Aristotile, che fu il primo teorico dell'equità, ed al quale venne attribuita, dalla filosofia scolastica medievale, l'affermazione, poi tramandata e divenuta luogo comune, che "l'equità consiste nella giustizia del caso concreto". Una baggianata: o che giustizia o ingiustizia, ci sarebbe mai al di fuori del caso concreto? Aristotile dice ben altro, e non solo nell'opera *Etica Nicomachea*, che è quella solitamente citata a sostegno di quella affermazione (che in quel testo non esiste), ma anche nell'altra sua opera, la *Rhetorica*, un'opera che viene invece solitamente trascurata o addirittura ignorata [...] ». Cfr. ARISTOTELE, *Rhetorica*, I, 1374 a-b.

(45) Cfr. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III: *Ottocento e Novecento*, Bologna 1970, 229. Sul formalismo giuridico, cfr. JORI, *Formalismo giuridico*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino 1991, 425 ss. Emblematica è l'affermazione di KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1963, 5) secondo il quale: « diritto e giustizia sono due concetti diversi. Il diritto si distingue dalla giustizia in quanto è diritto positivo ».

(46) *Equità (storia)*, cit., 69.

(47) Cfr., in tal senso, TRABUCCHI (*Istituzioni di diritto civile*, cit., 31), il quale ammetteva che: « pur restando il nostro sistema giuridico fondato sull'applicazione del principio di legalità, ben lontano dall'*aequitas cerebrina* di un diritto libero, tuttavia, anche nell'ambito del diritto vigente, il significato dell'equità si afferma come diritto — pur non senza sacrificio di una fondamentale esigenza di certezza — nella tendenza ad applicare con criterio di umanità e di sostanziale uguaglianza (*aequitas est quasi aequalitas*) le disposizioni generali, astratte, e quindi rigide, della legge. Non si possono creare norme nuove per i singoli casi; ma conviene pur sempre adattare le norme vigenti, con tutta la loro forza e il proprio significato alle circostanze dei concreti rapporti di fatto ».

L'equità viene richiamata con funzione interpretativa del negozio (art. 1371 c.c.), con funzione integrativa della volontà espressa (art. 1374 c.c.), con funzione correttiva nella riduzione della penale (art. 1384 c.c.), con funzione quantitativa in talune ipotesi di previsione del danno da liquidare (art. 1226 e 2056 c.c.). Cfr. RESCIGNO, *Manuale*, cit., 86 ss.; ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, cit., 961 ss.

(48) Cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile*, I, cit., 84 ss.: « Nel giudizio di equità non è applicata una regola ma la lite è composta secondo giustizia, tenendo cioè conto di tutte le rilevanti esigenze delle parti nel modo più rispondente alla coscienza sociale. L'equità è appunto la giustizia del caso concreto ».

all'equità poiché tendono ad interpretare la norma tenendo conto di tutte le esigenze meritevoli di considerazione secondo il comune sentire. In tal modo il giudice giunge a dare rilevanza giuridica ad esigenze trascurate dalla norma o a volte sicuramente escluse. Quando queste esigenze trovano rispondenza nella coscienza sociale, le singole decisioni non rimangono isolate ma concorrono a formare quegli orientamenti in cui vive la norma effettiva ». Si consideri che, pur non essendo l'equità fonte del diritto, il giudice può far ricorso ad altri strumenti per evitare sentenze inique e primo fra tutti, lo strumento ermeneutico: l'interpretazione adeguatrice (49).

Il rapporto giudice-legge non s'intende completamente senza la consapevolezza del compito che assegnano al legislatore i valori costituzionali e, segnatamente, il principio che la sovranità del popolo non si esaurisce nell'istituire organi legiferanti ma si concreta in valori diffusi in tutta la realtà sociale. Sotto questo profilo la questione attiene all'adeguamento della normazione ai valori espressi dalla società e ai soggetti che vi partecipano. La Costituzione repubblicana ha recepito alcuni valori morali, traducendoli in principi giuridicamente vincolanti per il legislatore. In altri termini, la stessa ha tradotto alcuni valori morali in criteri superiori di scelta di fini e di mezzi il cui rispetto è requisito di validità delle leggi.

I confini fra giudizio di diritto e giudizio di equità vanno sfumando per effetto di un processo di osmosi, affermava il Giuliani (50). La svolta pare riconducibile agli effetti di una sorta di interazione fra tre forme di interpretazione adeguatrice (secondo la Costituzione, secondo il diritto comunitario e secondo i principi regolatori della materia). Sul fenomeno ha inciso l'interazione tra due forze:

a) il riconoscimento dell'equità come fattore di adeguamento del diritto nel suo complesso. La partecipazione del giudice ordinario all'adeguamento delle leggi, attraverso l'interpretazione adeguatrice, lo ha familiarizzato con l'utilizzazione di principi metagiuridici, che spesso si avvale di argomenti equitativi (interpretazione equitativa);

b) la subordinazione dell'equità alla totalità dell'ordinamento. Se diritto ed equità non sono contrapposti, l'equità è un momento costitutivo dell'ordinamento giuridico (51).

La linea di confine fra giudizio di diritto e giudizio di equità è attualmente incerta. Da una situazione di contrapposizione fra diritto ed equità si è passati oggi a una situazione confusa:

— la relativizzazione del testo ha consentito all'equità di conquistare spazi nuovi, marginalizzando l'*analogia legis*;

— la dimensione della giuridicità positiva dell'equità tende ad affermarsi come un momento costitutivo. Attraverso la problematica dell'individuazione di una cornice normativa per il giudizio di equità del giudice di pace, l'equità tende a rivitalizzare l'*analogia legis* (52).

Nel giudizio secondo diritto la tecnica della relativizzazione del testo ha prodotto una serie di conseguenze molto importanti, tra cui:

a) l'analisi della giurisprudenza rivela l'esistenza di poche decisioni basate sull'*analogia legis*.

La relativizzazione del testo ha consentito il passaggio diretto dal testo ai principi del diritto, marginalizzando l'utilizzazione dell'*analogia legis*. Le tecniche ermeneutiche attualmente utilizzate

(49) Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 32 ss., secondo il quale: « Nel nostro ordinamento l'equità non è fonte del diritto ed il giudice non è mai legittimato a disapplicare di propria iniziativa la legge in nome dell'equità, perché la legge, proprio per la sua generalità ed astrattezza, è la sola garanzia, come detto, della giustizia ed imparzialità della regola. Il giudice ha a propria disposizione del resto diversi strumenti perfettamente legali per evitare sentenze inique: primo tra tutti quello dell'interpretazione della legge alla stregua della Costituzione (con la possibilità anche di sollevare in ultima analisi la questione di incostituzionalità della norma) e alla luce di principi di giustizia quali quello di eguaglianza, di solidarietà, di *favor* per il lavoratore, che hanno rilevanza costituzionale ». Secondo tale ricostruzione il giudice sarebbe legittimato a fare ricorso a criteri equitativi qualora ne sia autorizzato dalle parti in causa o dalla legge.

(50) In tal senso, GIULIANI, Relazione al Seminario su « Le fonti del diritto », organizzato dall'Università di Perugia, Facoltà di scienze politiche, e dall'Istituto « Luigi Sturzo », Club dei giuristi, Perugia 28 giugno 1997. Cfr. In., *Le « disposizioni sulla legge in generale »* (art. 1-15), cit., 452 ss.; In., *Le preleggi*, cit., 76: « I confini tra giudizio secondo diritto e giudizio secondo equità appaiono oggi precari. Nella recente esperienza pare possibile registrare il progressivo passaggio dalla originaria contrapposizione ad una situazione dinamica, che prefigura punti di incontro tra i rispettivi itinerari logici [...] ».

(51) Cfr. GIULIANI, *Le « disposizioni sulla legge in generale »* (art. 1-15), cit., 452; In., *Le preleggi*, cit., 76.

(52) Cfr. GIULIANI, *Le « disposizioni sulla legge in generale »* (art. 1-15), cit., 452; In., *Le preleggi*, cit., 76.



dalla giurisprudenza si discostano dal modello di ragionamento giuridico accreditato dal positivismo codicistico, dando vita a nuovi canoni intesi al bilanciamento fra diversi valori dell'ordinamento (53). Il punto di partenza di ogni operazione ermeneutica rimane il testo della legge. Tuttavia il criterio letterale (basato sull'idea di un significato univoco delle parole) e il divieto di attribuire al testo legislativo « altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse » (art. 12, comma 1, disp. prel.) non rappresentano il canone prioritario;

b) la vicenda dell'occupazione appropriativa è un esempio di interpretazione contro la lettera della legge: il principio è stato capovolto sulla base dell'equità (54).

È stata rilevata l'esistenza di un doppio binomio (55):

- 1) *aequitas* e *interpretatio*;
- 2) *aequitas* e *regulae iuris*.

Traendo dall'equità il pensiero va agli ordinamenti anglosassoni in cui l'*equity* è vera e propria fonte di diritto, contrapposta alla *common law*. Nel XIV secolo, in Inghilterra, nascevano delle magistrature indipendenti, facenti capo al *Chancellor*: queste magistrature erano le Corti di *equity* (56). A differenza del giurista di *civil law*, il giurista di *common law* ha consapevolezza della continuità nella configurazione dei principi del diritto con la tradizione delle *regulae iuris* (57). Nei Paesi anglosassoni l'*equity* non solo è fonte di diritto ma è anche fonte generale e astratta. La singola

(53) Si rinvia a FERRANTI, *L'interpretazione costituzionale della norma civile*, cit., 167 ss.; Id., *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica contemporanea*, cit., 144 ss., specialmente 215 ss. Sul numerosi e complessi problemi legati al tema dell'interpretazione della legge, cfr. *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo* a cura di PALAZZO, Napoli 2001, *passim*.

(54) In tal senso, GIULIANI, Relazione, cit.

(55) In tal senso, GIULIANI, *op. cit.*

(56) Il Re, quale fonte ultima di giustizia, istituì dapprima la figura del Chancellor e, successivamente, la Court of Chancery. Nacque una giurisdizione distinta e complementare alla *common law*, chiamata *equity*. Cfr. MOCCIA, *Equity*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino 1991, 498 ss. Fu « grazie alla Chiesa di Roma, agli influssi della canonistica e del diritto secolare, e a personaggi come Vacarius e William di Drogheda, precursori e fautori della tanto rinnegata ricezione dell'*utrumque ius* nell'odierna cultura angloamericana, che l'ordinamento d'oltre manica, così come oggi lo vediamo, conosce anche i principi dell'*equity* accanto a quelli di *common law* »: cfr. REALI, Iustitia, bona fides ed *aequitas*: dal Decretum Magistri Gratiani al sistema giuridico angloamericano, in *Diritto e processo* a cura di PALAZZO, Perugia 2001, 221 ss. Sulla nozione e accezioni di *common law* ed *equity*, v. altresì RHEINSTEIN, *Common Law-equity*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, 914 ss. Il termine *common law* è praticamente intraducibile in italiano: in tal senso, cfr. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, I, Milano 1984, *sub Common law*. Sulla *common law* in generale, cfr. STEIN, *Common Law (parlati di): I. Diritto inglese*, in *Enc. dir.*, VII, Roma 1988. A fini comparativi, il termine correlativo è *civil law*. V. l'ormai classico ZWIEGERT, *Kotz, An Introduction to Comparative Law*, 2<sup>a</sup> ed., I, Oxford 1987. Letteralmente, l'accezione principale di *common law* è quella di « legge comune » a tutto il Paese, ai sudditi dell'Inghilterra e del Galles e a tutte le materie trattate dalle Corti inglesi. In questo primo senso, la locuzione « indica un sistema a normazione comune in cui si ha un gruppo omogeneo di regole applicabili a tutti i rapporti [...] »: cfr. DE FRANCHIS, *op. cit.*, secondo il quale, nel senso di sistema giuridico, l'espressione indica « il più antico diritto nazionale europeo e la fonte dell'altra gloriosa tradizione giuridica dell'Occidente, comune a quasi tutti i popoli di lingua inglese ».

L'opinione diffusa tra i giuristi di *common law* secondo la quale la differenza più appariscente tra il *common law* e il *civil law* sta nel fatto che la *civil law* è basata sul diritto romano, mentre la *common law* è immune dall'influenza romana è stata messa in discussione da STEIN (*I sistemi di civil law nella prospettiva del giurista di common law*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 821 ss.). Questi, fra l'altro, afferma: « quando studio l'antico diritto romano mi colpisce il fatto che per molti aspetti esso assomiglia molto di più al *common law* che ai moderni sistemi di *civil law*. Entrambi i sistemi si sono formati attraverso la discussione e la decisione dei casi; in entrambi l'essenza del diritto è sembrata consistere appunto in ciò, che esso emergeva dalla discussione [tra esperti] di situazioni di fatto, e non dalla formulazione di regole generali dettate da un legislatore. Un secondo, e connesso aspetto, è quello per cui lo sviluppo del diritto faceva perno su particolari forme di azione, su rimedi giudiziali piuttosto che su disposizioni normative. Le regole derivanti da questi rimedi furono raggruppate in entrambi i sistemi in due corpi distinti: da un lato le norme tradizionali, che poi divennero rigide e difficili da cambiare, dall'altro l'insieme più flessibile di regole basate su concetti di correttezza e giustizia, elaborate dai magistrati, mi riferisco allo *ius honorarium* del praetor romano e all'*equity* del Chancellor inglese ».

(57) Cfr. GIULIANI, *Presentazione* a STEIN, SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981, *passim*.

regola fissata dal giudice diviene principio di diritto vincolante per tutti i giudici che andranno a decidere controversie riconducibili (per le circostanze di fatto) a quella che ha dato origine alla formazione della regola (*stare decisis*). Il diritto romano conosceva una serie di principi (ancor oggi attuali). Tali principi non erano regole nel senso che avevano valore normativo ma offrivano la giustificazione a certe regole, spiegavano le ragioni per le quali una regola doveva applicarsi o meno a una fattispecie concreta. Nel periodo postclassico le massime del diritto romano furono raccolte nell'ultimo titolo del *Digesto* (50.17). Venivano chiamate *regulae*. La loro funzione era di creare una presunzione in favore della parte che le adduceva. Nel XVI secolo le *regulae iuris* raccolte nell'ultimo titolo del *Digesto* vennero considerate come i primi principi del diritto da cui potevano essere dedotte logicamente tutte le norme particolari (58).

La svolta contemporanea può essere interpretata come un inconsapevole ritorno all'*aequitas* nel senso del *mos italicus*. In questa tradizione un'equità senza principi non appartiene all'esperienza giuridica (59).

Prima dell'età delle codificazioni era prevalente fra i giuristi del diritto comune una teoria dialettica dell'interpretazione, basata sull'*aequitas* (60). I glossatori qualificarono l'*aequitas* trasposta in norme di legge come *constituta*, mentre l'*aequitas* non ancora divenuta legge fu detta *rudis*. Quest'ultima non teneva conto dei principi; la prima teneva conto delle *regulae* (61).

Fra le controversie dottrinali portate avanti dai glossatori con risultati di grande momento al fine del nostro discorso è di interesse il dibattito sul ruolo dell'*aequitas* nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di legge (62).

*Aequitas bipartita est. Est aequitas constituta que, manens quod erat, incipit esse quod non erat, id est ius. Est et rudis, et in hac iudicis officium deprehenditur [...] ideo iudicum officium in hac specialiter esse dicitur. Maritinus* (63).

La famosa dissonanza fra Martino Gosia (64) e Bulgaro intorno al modo di interpretare l'antico diritto romano permeò tutta la letteratura dei glossatori (65). La controversia fra i nostri doctores e i Gosiani, in realtà, ruotava intorno alla questione se l'antico diritto romano dovesse

(58) Cfr. STEIN, *Principi generali nel pensiero dei glossatori e commentatori medievali*, in *I principi generali del diritto* (Atti del Convegno dei Lincei), Roma 1992, 127 ss.; STEIN, SHAND, *op. cit.*, *passim*.

(59) Così GIULIANI, *Le « Disposizioni sulla legge in generale »* (art. 1-15), cit., 452; Id., *Le preleggi*, cit., 66.

(60) Sul concetto di *aequitas* nel diritto comune medievale, cfr. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I, Le fonti, Milano 1954, 476 ss.: « Ma l'espressione più significativa e tipica degli elementi ideali che confluiscono in questa nuova concezione del diritto fu l'idea di *aequitas*, che nell'età nuova si spiega con pienezza ed esercita suggestioni fortissime nella vita pratica e nella dottrina »; Id., *Equità (storia)*, cit., 65 ss. V. anche SULLI, *Equità (storia del diritto)*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino 1991, 477 ss.; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, 175 ss. Cfr. GUARINO, *Aequitas (diritto romano)*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino 1960, 619 ss.

Sulla dottrina dell'interpretazione, cfr. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, cit., § 9 ss.; CARROLL, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, cit., 13 ss.

(61) In tal senso, GIULIANI, Relazione, cit.

(62) Cfr. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, 168 ss.

(63) Cfr. DOLEZALEK, *Repetitorium manoscritorum veterum Codicis Iustiniani*, II, Frankfurt am Main 1985, 599.

(64) Sulla Scuola dei glossatori, v. la classica trattazione di SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*, II, lib. IV, Torino 1857, 57 s. Sulla dottrina di Martino, cfr. PADOA-SCHIOPPA, *op. cit.*, 170 ss.

(65) In tal senso, cfr. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938, 86 ss., specialmente 87: « The impression we gain from Martinus' writings confirms what has always been said of him: he is the champion of equity and as such opposed to Bulgarus, the high priest of the *ius strictum* ». Cfr. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, London 1988, 172 ss.: « both school were interested in just results, and both felt themselves bound by the texts of the Corpus Iuris. The difference resolved itself into a question of interpretation of the law. Bulgarus assumed that the law was equitable; he attributed to the jurist a more limited role than did Martinus. For Bulgarus, it was sufficient if the jurist found the ratio legis, the purpose of the rule in question, in order to interpret it correctly. For Martinus the ratio legis was not enough; the interpretation was still subject to control by equity. Equity was not, however, understood as a vague abstract idea of fairness (aequitas rudis); it was itself to be found in the Corpus Iuris, but for Martinus the controlling equity



essere ripristinato nella sua purezza oppure riconciliato con i più moderni e popolari principi di origine germanica. I nostri *doctores* con la loro cultura dello *ius strictum* rappresentavano la prima delle scuole formalistiche della *jurisprudenza* post-romana mentre gli eterodossi Gosiiani con la loro lotta per l'*aequitas* rappresentavano la prima sottocorrente finalistica, la quale sarebbe divenuta dominante nella seconda epoca dei post-glossatori o *consultores*: il finalismo scolastico. L'origine di questa scuola risiede, naturalmente, nella *jurisprudenza* francese dei secoli XIII e del XIV « *and though it has not yet been proved, it would be strange if the long teaching of Martinus' follower Placentinus at Montpellier, where he died as late as 1192, should have nothing to do with this development. But even in later times the same problem continued to be discussed with a curious passion; during the period of Pandektenrecht the doctrine of Martinus was defended by a minority of remarkable jurists like Thibaut, Hofacker, Schweppe and Glück* » (66). La polemica tra le due scuole di pensiero rifletteva l'eterna disputa fra le due anime della scienza giuridica: quella formalistica e quella finalistica. Queste due tendenze dominano alternativamente ma sono sempre temperate dall'influenza occulta dell'altra scuola di pensiero che è preannunciata.

Martino fu il primo che interpretò i testi dell'antico diritto romano introducendovi nuovi elementi derivanti dall'*aequitas*, dal diritto canonico e dal diritto germanico. È stato rilevato che « Bulgaro, rispetto a Martino, altro allievo di Irnerio (assieme a Ugo e Jacopo), fu il più formalista nel rispetto della gerarchia delle fonti normative e lasciava al principe il compito di tradurre in norma l'*aequitas rudis*. Viceversa Martino (Gosia) affidava agli *interpretes* "la traduzione in precetti di ogni tipo di equità e quindi la possibilità illimitata di rintuzzare i rigori del diritto formale in nome di ogni tipo di equità e di dargli prevalenza nell'applicazione" » (67). Ciò fece sì che a Martino venisse attribuito l'appellativo di *outsider* (68). Non c'era nessun'altra autorità per l'*aequitas*, intesa nel senso di *aequitas rudis sive inconstituta*, se non la coscienza individuale. Quest'ultima era inevitabilmente influenzata dall'ambiente circostante, per esempio, dalle convinzioni religiose. « Il terreno pratico su cui si misura la cultura dei glossatori, e la loro capacità interpretativa dei nuovi assetti economico-sociali, è quello dei *nova negotia*. Ed è proprio in questo campo che l'*aequitas rudis* si consolida in *constituta*, ancor prima che il *princeps* potesse operare la formalizzazione normativa. L'impossibilità di questo ad essere onnipotente per la decisione del nuovo caso apre la via a un'*interpretatio secundum aequitatem* che diviene la fonte principale dell'interpretazione nei rapporti civili. L'area negoziale diviene sempre più grande con il crescere dei traffici commerciali internazionali ed esige una regolamentazione giuridica adeguata » (69). Martino visse in una città cattolica vicina al confine con la Lombardia, dove le istituzioni germaniche prevalevano. Se talune dottrine del diritto romano apparivano a Martino in contrasto con l'*aequitas*, ciò era talvolta dovuto a influssi medievali, religiosi e germanici (70).

Come già accennato, i giuristi medievali si trovarono a dover far fronte alla necessità di adattare le norme dell'antico diritto romano alle nuove condizioni sociali. Essi si servirono dell'*aequitas* per far corrispondere le norme giuridiche alle necessità della vita individuale e sociale (71). Gli stessi usavano distinguere l'equità in:

- 1) *secundum ius*. Si chiamò così l'interpretazione della legge in modo benigno e umano conformemente all'intenzione del legislatore;
  - 2) *praeter ius*: duce la benignità e l'umanità, faceva decidere qualche caso non previsto dalla legge ricavando la regola giuridica dai principi generali del diritto o estendeva, per identità della ragione della legge, le disposizioni dettate per un caso ad altro a questo simile;
  - 3) *contra ius*: faceva decidere un caso contrariamente alla lettera e allo spirito della legge.
- L'equità *contra ius* doveva essere seguita: a) quando si poteva conciliare fino a un certo punto con l'intenzione del legislatore; b) quando la severità di una legge si poteva emendare con la

for a particular rule could be found anywhere in the Corpus, even outside the sedes materiae: it was the *aequitas* constituta of Justinian's law take as a whole ».

(66) Cfr. KANTOROWICZ, *op. cit.*, 101.

(67) Cfr. PALAZZO, *op. cit.*, specialmente 45.

(68) Cfr. KANTOROWICZ, *op. cit.*, 87.

(69) Cfr. PALAZZO, *op. cit.*, 46.

(70) Cfr. KANTOROWICZ, *op. cit.*, 97 ss.

(71) *return of dowry whether there had been an actual stipulation or not and had made this action bonae fidei* (C. 5.13.1.2, 1.4.6.29). *Martinus extends this character to the action on stipulation for original payment of dowry* (§ 6). *This extension of an anomaly could not be justified by logical rules, but probably he desired to pave the way to judgements on equitable grounds* ».

(71) Sull'equità nel diritto intermedio, cfr. PROLA, *op. cit.*, 498 ss.; PERRIS, *op. cit.*, 446 ss.

benignità di un'altra; c) quando era dubbia la decisione che propendeva per la severità; d) quando il rigore di una legge era dovuto alla sottigliezza del diritto (72).

Stabilito che il giudizio necessario di equità non è un giudizio extragiuridico, stabilito che deve svolgersi nel rispetto dei principi informativi (regolatori) della materia e stabilito che è censurabile in cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la tematica dell'equità non può più essere esclusa dalla teoria delle fonti del diritto, al pari del diritto giurisprudenziale, del quale costituisce un'esplicazione attraverso il ricorso all'interpretazione adeguatrice (73). Attualmente sembra essere compito del giudice ordinario la « sintesi tra equità e legge ». A questo fine gli si consente di rendere più elastica la legge. Il giudice ordinario si trova a dover far fronte alla necessità di adattare la legge italiana ai principi espressi nella Costituzione e nel diritto comunitario. La legge viene interpretata dal giudice, chiamato a farne concreta applicazione, nella costante considerazione dei principi costituzionali o costituzionalmente rilevanti e del diritto comunitario.

A nostro avviso, come già indicato, il problema fondamentale che con la sentenza in commento viene alla luce è quello del rapporto fra giurisdizione di equità e giurisdizione di legalità. In altri termini, la questione attiene ai rapporti fra giurisdizione e legislazione e al fenomeno della rivalutazione del momento giurisprudenziale del diritto. La « vocazione del nostro tempo per la giurisdizione » ha un significato che travalica i confini del tradizionale dibattito sul modello del giudice funzionario: « Dalla più recente evoluzione delle idee, in una dimensione anche soprannazionale, appare emergere una linea di tendenza diretta a distaccare la giurisdizione dall'apparato statale. Il giudice oggi ricerca la propria legittimazione, non nello stato nazionale, ma nelle Comunità e sierge, anzi, a controllare il corretto esercizio delle funzioni da parte degli stessi poteri statuali. La verità è che sono ormai mutati i rapporti fra giudice, stato e comunità. In quest'ottica probabilmente merita di essere posto in discussione lo stesso presupposto: il tradizionale insegnamento della giurisdizione come emanazione della sovranità nazionale. Ma qui inizia un altro discorso » (74).

Alla fine del nostro discorso potremmo chiederci se i tempi sono maturi per una riconsiderazione e una rivalutazione dell'equità nella teoria delle fonti del diritto italiano. Queste brevi note non pretendono ovviamente di esaurire le complesse problematiche che traggono origine dalla sentenza in rassegna; ci accontentiamo, invece, di aver tentato di evidenziare i problemi che sottostanno ad alcuni passi particolarmente significativi della medesima.

IONE FERRANTI

(72) Cfr. PROLA, *loc. cit.*; PERRIS, *loc. cit.*: « Dubbio era se in caso di legge chiara essa potesse essere emendata per via di equità ».

(73) Una parte della dottrina civilistica ha consapevolezza delle interconnessioni fra *aequitas* e *interpretatio*. Si pensi ai significati e ai ruoli svolti dall'equità individuati da ALFA, *Trattato di diritto civile*, cit., 971 ss. Secondo Alfa, un altro volto dell'equità che affiora nell'esperienza giuridica attuale è offerto dalla riflessione sulla *Drittwirkung* delle norme costituzionali ai rapporti fra privati, sull'applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati, sull'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ai rapporti fra privati: « È un altro modo di far penetrare i valori dell'equità, le valutazioni di equità, nell'ordinamento giuridico e nell'applicazione della legge ».

Sulla giurisprudenza come fonte di diritto, cfr. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1 ss.; ALFA, *La creatività della giurisprudenza. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, ora in *Diritto giurisprudenziale* a cura di BASSONE, Torino 1996.

(74) Sul tema, cfr. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss., specialmente 71.