ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Discipline giuridiche

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Discipline giuridiche

CURRICULUM
Storico, Filosofico, Internazionale, Sovranazionale e Comparato

XXXII
CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

Aequitas e diritto: analisi di un binomio complesso

Chiar.ma Prof.ssa Barbara Cortese
Docente Guida/Tutor

Giulia Guida

Dottoranda matr.23990

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi
Coordinatore

INDICE

INTRODUZIONE 5

CAPITOLO I:
Le origini dell'*aequitas tra indagini semantiche e premesse storiche*

1. Una breve indagine semantica sul significato del termine *aequitas* 7
2. L'*epieicheia* nella cultura greca 10
3. Una prima ricostruzione del concetto di *aequitas* 17
4. Comparazione dei concetti di *epieicheia* ed *aequitas* 21
5. Filosofia e Diritto rapportate all'*aequitas* 24

CAPITOLO II:

L'*aequitas* nel diritto romano: dalla Repubblica al Principato

1. Roma Repubblicana e l'*aequitas* 28
2. Una prima definizione di *aequitas*: Cicerone, *Topica* 5.28 37
3. Il dialogo tra le *partes* del *ius civile* 43
4. Le prime testimonianze giuridiche repubblicane 52
5. L'*aequitas* nel periodo classico: la svolta di Labeone 77
6. Verso il tramonto della giurisprudenza creativa:
   da Celso ai giuristi severiani 89
7. La metamorfosi dell'*aequitas*: l'età postclassica 104

CAPITOLO III:

Equità performativa: *Aequitas* ed Equity

1. Le diverse sfaccettature dell'equità 107
2. *Aequitas* ed Equity 109
3. I caratteri dell'ordinamento: prospettive generali a confronto 116

   3.1. Due casi pratici di istituti di creazione equitativa: la *restitutio in integrum* e il *decree of specific perfomance* 119
4. La persistenza storica dell'aequitas e dell'Equity 125

CAPITOLO IV:

Equità codificata e considerazioni conclusive

1. L'*aequitas* e il diritto vigente 128
2. L'equità in un ordinamento codificato 137
3. L'equità nell'ordinamento italiano: equità generale o equità particolare? 144
4. L'*aequitas* romana: considerazioni conclusive 148

BIBLIOGRAFIA 152

INDICE DELLE FONTI 169

INTRODUZIONE

La percezione più comune del concetto di ordinamento giuridico è quella di considerarlo come l'insieme degli elementi normativi, espressi in maniera sistematica, che regolano la vita di una comunità all'interno di un dato sistema giuridico. L'ordinare in maniera sistematica e la necessità di stabilità sono caratteristiche proprie dell'idea stessa di ordinamento e possono comportare l'emergere di iniquità dovute alla rigida applicazione di norme giuridiche che, per loro stessa natura, non possono prevedere tutta la realtà fenomenica che si manifesta nella vita di una comunità in continua evoluzione sia sotto l'aspetto sociale sia sotto l'aspetto economico.

Tale problematica non è solamente endemica dei moderni sistemi giuridici codificati ma, come si avrà modo di dimostrare nel corso del presente lavoro, risultava essere una tematica fortemente sentita già in un embrionale ordinamento casistico quale quello romano.

Compito di ogni sistema è quello di trovare lo strumento giuridico più adatto a colmare le inevitabili lacune insorgenti nel tempo in modo da evitare il più possibile ingiustizie dovute ad una rigida applicazione del dato normativo.

L'ordinamento romano, nello specifico, pur partendo da una base casistica, nel corso degli anni, ha stabilizzato molte fattispecie giuridiche sia mediante l'emanazione di *leges* che mediante la rigida applicazione di soluzioni uguali a casi ritenuti uguali. D'altro canto, la 'rigidità' nell'applicazione del diritto ha come diretta conseguenza la creazione di lacune all'interno dell'ordinamento: non sempre situazioni fattuali non perfettamente uguali necessitano di risoluzioni differenti.

Ecco allora che emerge, grazie alla praticità di giuristi brillanti, uno strumento che garantisce una giusta applicazione del diritto: l'*aequitas*.

Vedremo vieppiù come non ci sia stata tramandata una definizione precisa di tale strumento giuridico: l'*aequitas* è un qualcosa di elastico, capace di adattarsi al momento storico in cui viene utilizzato, che giustifica l'estensione di una determinata soluzione a situazioni simili – anche se non perfettamente uguali – e, soprattutto, permette 'l'adeguamento' del diritto ove questo appaia vetusto e carente nella sua formulazione.

Nel corso del primo capitolo si è cercato di rintracciare l'origine del termine *aequitas* e il suo rapporto con concetti simili rinvenibili in altre discipline: da sempre si è sostenuta un'influenza della dialettica greca e del concetto di *epieicheia*

sottovalutando, invece, il grande divario tra le due nozioni dato dall'utilizzo dell'*aequitas* in chiave prettamente giuridica e non filosofica.

Si è proseguito, poi, con la ricerca delle fonti romane più antiche attestanti l'utilizzo di tale strumento: emerge, a tal riguardo, come già dall'epoca repubblicana i giuristi avessero ben chiara la sua esistenza e la sua funzione oltre al fatto che, attraverso l'*aequitas*, si sarebbero potute tutelare molte più situazioni giuridiche solo apparentemente divergenti da altre ritenute, invece, meritevoli di tutela.

Nonostante fosse uno strumento pratico, capace di evolversi a seconda del sentire sociale della *civitas* e fortemente utilizzato grazie all'eccellente lavoro dei giuristi romani, in epoca postclassica anche l'*aequitas* non rimase immune dalla rivoluzione praticata a livello centrale e venne travolta dal mutamento strutturale impresso al sistema romano: l'Imperatore concentrò su di sé sia i poteri legislativi sia i poteri giurisdizionali riducendo al minimo la possibilità d'interpretazione che, al contrario, aveva caratterizzato le epoche precedenti bloccando il flusso casistico evolutivo e cristallizzando il sistema giuridico.

Si è voluto dare, inoltre, uno sguardo al di fuori dell'ordinamento romano, rivolgendosi al sistema che più si avvicina alla concezione casistica della risoluzione delle problematiche finendo quasi per incarnare la metodologia romana che appare essere il sistema inglese; tale sistema ha avuto un percorso evolutivo in un certo senso 'simile' tenuto conto delle dovute cautele visto che si parla di periodi storici differenti e contesti sociali differenti. Ciononostante, nel common law è possibile ritrovare quel binomio tra un diritto statico e l'*equity – equity* che diversamente dal sistema romano aveva creato una 'tipologia' di diritto diverso dal common law – che veniva risolto in questo caso, non dall' *interpretatio prudentium*, ma grazie al lavoro svolto dalla figura del Cancellerie.

Da ultimo, si è voluto soffermare l'attenzione sul nostro attuale ordinamento e su come viene concepito il concetto di equità in un moderno sistema di diritto codificato: a riguardo si rileva che nonostante i numerosi richiami all'interno del codice civile, l'equità in un ordinamento di *civil law* non trova il giusto spazio attraverso il quale esprimere le sue potenzialità di strumento duttile utile all'eliminazione dell'ingiustizie che si possono riscontrare nel dato normativo.

CAPITOLO I

LE ORIGINI DELL'*AEQUITAS* TRA INDAGINI SEMANTICHE E PREMESSE STORICHE

1. *Una breve indagine semantica sul significato del termine* aequitas.

Il significato del termine '*aequitas*' e la sua funzione nel campo dell'interpretazione e applicazione del diritto sono rimasti, sostanzialmente, immutati nel corso del tempo, dando origine a due vocaboli moderni, l'inglese 'equity' e l'italiano 'equità'[1] (al quale ultimo si possono assimilare il francese 'èquitè', lo spagnolo 'equidad' e, ancorché diverso sotto il profilo semantico, lo stesso 'billigkeit' tedesco) che rappresentano delle derivazioni e delle variazioni del termine originario.

---

[1] F. PRINGHSEIM, Aequitas *und* Bona fides, in *Conferenze XIV centenario Pandette*, 1931, 183 ss; R. MICELI, *Le premesse storico-teleologiche della filosofia del diritto in Leibniz*, in *Archivio di Filosofia*, XVI, 1947, 19 ss; M. HAMBURGER, *Moral and Law: the Growth of Aristotle's Legal Theory*, New Haven, 1951, *passim*; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma, 1959, 21 ss; G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1960, 55 ss; F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di diritto italiano*, Milano, 1959, 221; ID, *Equità (storia)*, in *Enc dir.*, XV, Milano, 1966, 65 ss; A. GUARINO, *Equità (diritto romano)*, in *Nss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 619 ss; A. NASI, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 107 ss; V. FROSINI, *Equità (nozione di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 69 ss; S. ROMANO, *Equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 84 ss; S. COTTA, *Diritto naturale*, in *Enc dir.*, XII, Milano, 1964, 647 ss.; P. SILLI, *Equità (Storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. Civ.*, VII, Torino, 477 ss; A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul concetto di «*aequitas*». Scritti in memoria del prof. Guido Donaduti*, I, Milano, 1973, *passim*; P. PINNA PARPAGLIA, Aequitas in libera republica, Milano, 1973, *passim*; F. D'AGOSTINO, *'Epieikeia'. Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973, *passim*; C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione, La nuova retorica*, 1958, Milano, 198 ss; C. PERELMAN, *Logica giuridica, nuova retorica,* 1976, Milano, *passim*; ID, *Rethoric*, in *The new Encyclopedia Britannica*, XXVI, Chicago, 1987, 806 ss; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1989, 44 ss; A. BISCARDI, *'*Aequitas*' ed 'epieikeia'*, Roma, 1994, *passim*; A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in AA.VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, 573 ss; F. GALLO, *Prospetto storico della produzione e applicazione del diritto nell'epoca repubblicana*, in *L'*officium *del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 17 ss; A. R. LUNO, *La virtù dell''epichieia'. Teoria, storia e applicazione (I). Dalla Grecia classica fino a F. Suárez*, in *Acta Philosophica 6.2*, 1997, *passim*; M. TALAMANCA, *L'*aequitas *nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in AA.VV., Aequitas. *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti di Convegno, Trento, 11 e 12 aprile 2002*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, 57 ss; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, *passim*; L. SOLIDORO, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'*aequitas, Torino, 2013, *passim*.

Ciò nonostante persiste, tuttora, una certa difficoltà nel delineare i contenuti precisi del concetto di equità nella sua accezione più propriamente giuridica, per cui appare, in primo luogo, opportuno cercare di precisare il significato che si intenda o risulti necessario attribuire allo stesso.

A tale proposito non si può prescindere da un breve accenno al corrispondente termine greco (*epieicheia*) muovendo dalla definizione tradizionale dello stesso, che si fa impropriamente risalire ad Aristotele, secondo la quale l'equità sarebbe rappresentata "dalla giustizia del caso concreto".

In effetti non è dato ritrovare in Aristotele tale definizione testuale che appare, quindi, più come un tentativo di riassumere il pensiero aristotelico sul problema dell'equità, tentativo che rischia, però, di alterarne la reale sostanza.

Come vedremo meglio nel paragrafo successivo il pensiero aristotelico sembra, invece, più precisamente, intendere l'equità come "il diritto del caso singolo" in contrapposizione alla *regula iuris* e, quindi, come l'interpretazione della norma secondo lo spirito invece che secondo la lettera della legge. In linea generale si ritiene che tale visione greca dell'equità non abbia influito direttamente sull'esperienza giuridica del mondo romano, neanche nel periodo in cui l'*aequitas* vi fece la sua apparizione.

Tanto premesso, occorre considerare che nel campo del diritto l'equità può sostanziarsi tanto in un principio di interpretazione del diritto positivo quanto in un elemento, dettato dalla coscienza sociale, di analisi critica e di conseguente stimolo ad una evoluzione del sistema normativo finalizzata a garantire la tutela di ciò che è equo.

Evoluzione che, secondo i giuristi ed in linea generale, può avvenire o come effetto di una spinta di una forza astratta che anela alla realizzazione del diritto ideale o come prodotto della volontà dello spirito popolare che, percependo un certo principio alla stregua di un "diritto", ne ottiene la traduzione in legge in conformità all'impostazione giusnaturalistica[2] che vede il *ius naturale* governato dall'equità.

---

[2] F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 221.

Tuttavia, diversamente dalla nozione di un diritto astratto ed immutabile e, quindi, in un certo senso, indifferente alla storia, che era propria dei giusnaturalisti, il richiamo al concetto di equità è, oggi, inteso come la forza propulsiva capace di garantire quella dinamicità del diritto che ne assicuri l'aderenza alla vita reale[3]; così che, secondo la visione condivisa da storici e giuristi, proprio il concreto divenire del diritto sostanzierebbe la concezione dell'equità alla stregua di una espressione della storicità del diritto.

In tal senso, con il termine equità si farebbe riferimento, in linea di massima, a quel complesso di valori sociali di cui, normalmente, tiene conto il legislatore nella formulazione della norma ed a cui deve fare, talora, riferimento il giudice quando non si sia verificato il tramite del legislatore[4].

Ed a tale ultimo proposito giova citare un passo di Ulpiano, dove, in relazione alla necessità di discostarsi dal rigore della legge ove essa produca risultati iniqui, si afferma "*In summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex"*[5].

Allorché si cerchi, tuttavia, di pervenire ad una ulteriore precisazione dei contenuti di tale concetto si riscontra, nuovamente, una significativa divergenza di opinioni. La visione prevalente, anche al di fuori dell'ambito giuridico, dell'equità quale attività di commisurazione guidata dal principio dell'uguaglianza, vede il concetto di proporzione o, meglio, di uguaglianza proporzionale quale elemento caratterizzante della nozione di equità.

---

[3] S. ROMANO, *Equità (dir. priv.)*, cit., 84 ss.

[4] S. COTTA, *Diritto naturale*, cit., 647 ss.

[5] D. 13. 4. 4. 1 (*Ulpianus libro XXVII ad edictum*): *Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? Nonne debebit interdum absolvere? In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.*

Nel campo del diritto questa uguaglianza proporzionale deve, auspicabilmente, essere "giusta", nel senso tecnico di "rapportata al caso secondo legge"[6], e tale "giusta proporzione" finisce, quindi, anche per costituire un parametro di riferimento cui devono attenersi i criteri adottati dall'interprete del diritto nel momento in cui si dà attuazione all'equità.

Come accennato, si rinvengono anche alcune letture differenti[7] del significato di equità che inducono, in un certo senso, a ritenere che la nozione di equità possa, di volta in volta, essere ricavata in dipendenza dalle caratteristiche della fattispecie cui legislatori e giudici fanno riferimento e, questo, tanto sul piano astratto che su quello concreto.

Si ricava, inoltre, come da qualcuno[8] non sia ritenuto ammissibile, anche in presenza di eventuali limiti, che l'equità possa modificare il diritto positivo, dovendo la stessa operare in un mero ambito ermeneutico e, quindi, solo sul terreno della interpretazione o esecuzione della legge.

Secondo una differente lettura, avallata dal Cotta[9], l'equità può, invece, assolvere alla funzione di creazione di nuovo diritto non scritto e le viene riconosciuta, pertanto, una vera e propria azione costitutiva autonoma, quantomeno laddove l'autonomia dei privati caratterizza in maniera prevalente alcuni ambiti del diritto positivo quali quelli del contratto e del testamento.

2. *L'epieicheia nella cultura greca*

Come anticipato nel precedente paragrafo, ai fini di un primo, sommario inquadramento non si può, sicuramente, prescindere da un richiamo al concetto di *epieicheia* proprio della cultura greca.

---

[6] S. ROMANO, voce *Equità*, cit., 92; F. GALLO, *Prospetto storico della produzione*, cit., 17 ss.
[7] A. NASI, *Equità (giudizio di)*, cit.,107 ss.
[8] S. ROMANO, *Equità*, cit., 84 ss.
[9] S. COTTA, *Diritto naturale*, cit., 647 ss.

L' iniziale definizione di quest'ultimo ci perviene dalla letteratura greca e, in particolare, come messo ben in evidenza dalla Solidoro[10], dagli scritti platonici in cui si legge chiaramente: «disposizione a cedere i propri diritti e i propri interessi; moderazione nelle relazioni; ben ordinato atteggiamento dell'anima razionale riguardo al bene e al male»[11].

L'equità qui viene presentata come umanità, equilibrio, un giusto bilanciamento tra ciò che è bene e ciò che è male.

Secondo Platone, la stessa equità può, però, assumere anche il ruolo di turbativa dell'ordine vigente come affermato in *Leggi 6.757* in cui il filosofo asserisce: «L'equità […] e l'indulgenza sono una infrazione a ciò che è compiuto e perfetto, contro la corretta giustizia»[12] . Per Platone, infatti, la giustizia è una virtù generale in cui si trovano raccolte tutte le altre virtù; il concetto stesso di giustizia è un principio di ordine e armonia, che esprime «l'esigenza che deve accadere ciò che deve (eticamente) accadere»[13] e quindi, perfetta corrispondenza tra il fatto e la norma. In questa lettura l'equità e l'indulgenza risultano essere delle lesioni alla giustizia perfetta e in caso di contrato tra norma e fatto, per evitare un'interpretazione della legge, vi è un solo rimedio ossia la soppressione della legge stessa; l'unico legittimato, però, a compiere un tale atto è solo e solamente il monarca 'perfetto'.

Dopo questa prima definizione fornita da Platone, il rapporto *epieicheia* e diritto viene rivisto da Aristotele sia nell' *Etica Nicomachea* (5.1.1129*a*-151138*a*) che nella *Retorica* (1.1354*a*-*b*, 1.1375*b*)[14] .

---

[10] L. SOLIDORO, *Tra morale e diritto*, cit., 38 ss.
[11] Platone, *Le definizioni*, 412b.
[12] A. R. LUNO, *La virtù dell''epichieia'*. cit., *passim*.
[13] G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit., 21.
[14] M. HAMBURGER, *Moral and Law*, cit., *passim.*

Partendo dal concetto di giustizia, che si pone in contrasto con la scuola pitagorica, Aristotele sviluppa una teoria che affianca alla definizione di giustizia come virtù totale e perfetta, questa di chiaro stampo platonico, la concezione di una giustizia, in un certo senso più ristretta e 'particolare', intesa come strumento di integrazione delle previsioni legislative nei casi in cui emergono lacune.

A causa del suo esprimersi in termini generali la legge può, infatti, risultare insufficiente nella definizione di specifici casi per i quali appare opportuno amministrare giustizia non solo secondo gli usuali canoni legali, ma, anche, tenendo conto di criteri di equità suscettibili di sopperire all'inadeguatezza della norma scritta. In tale ottica da Aristotele viene delineato, nella sezione V dell'*Etica Nicomachea*, il rapporto tra giustizia ed *epieicheia* sostenendo la tesi che quest'ultima non è niente di diverso dalla giustizia, pur essendo superiore alla giustizia legale:

> «*Resta parlare dell'equità e dell'equo, di quali rapporti abbia l'equità con la giustizia e l'equo con il giusto. Infatti, se osserviamo bene ci appare che in senso assoluto essi non sono né la stessa cosa, né cose diverse per genere; […] Quindi il giusto e l'equo sono la stessa cosa, pur essendo onesti entrambi, l'equo è superiore. L'incertezza sorge poi dal fatto che l'equo è pur giusto, ma non secondo la legge, bensì come correttivo del giusto legale*»[15]

Tale definizione di *epieicheia* trova le sue radici nell'inevitabile generalità della legge stessa:

[15] *Etica Nicomachea*, V, 1137.

> «*La causa è che ogni legge è universale, mentre non è possibile in universale prescrivere rettamente attorno ad alcune cose particolari. In quei casi dunque in cui è necessario parlare in universale, ma non è possibile fare ciò con retta precisione, la legge allora si preoccupa di ciò che è generalmente, non ignorando la sua insufficienza. E non di meno essa è retta, infatti l'errore non risiede nella legge, né nel legislatore, bensì nella natura della cosa: proprio tale infatti è la materia nell'ambito delle azioni. Quando dunque la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa retta correggere la lacuna là dove il legislatore ha omesso o errato, parlando in generale: e ciò direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente colà, e se avesse previsto la cosa, l'avrebbe regolato nella legge.*»[16]

Concetti ribaditi e resi ancora più espliciti in questo passo della *Retorica*: «l'equo sembra essere giusto, ma esso è il giusto che va oltre la legge scritta», questo perché inevitabilmente al legislatore sfugge qualcosa, in quanto «la legge vale in generale, cioè per la gran parte dei casi, ma non per tutti»[17].

Dal passaggio riportato pare evidente che è proprio a causa di questa lacuna legislativa che il giudice equo è chiamato ad intervenire e a dare soluzione a quei casi non previsti in anticipo dal legislatore.

Il filosofo non vede l'*epieicheia* quale evento eccezionale conseguente ad eventuali difetti della legge ma come un aspetto, di per sé fisiologico, della dinamica giuridica nel suo momento applicativo.

---

[16] Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1137b.

[17] Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1129a

In entrambe le opere, quindi, Aristotele sembra fornire un'interpretazione propriamente giuridica e non etica dell'equità, riportando su di un piano reale la necessità che nel caso concreto si intervenga mediante l'integrazione della legge incompleta; ciò in antitesi con Platone che affidava questo compito ad un soggetto terzo rappresentato da un non meglio definito "governante ideale"[18].

La convinzione che l'esigenza di una valutazione degli atti secondo equità sorga a causa della lacunosità della legge particolare e scritta porta Aristotele a dichiarare, in maniera conclusiva, che per essere equi "bisogna badare non alla legge, ma al legislatore, e non alla lettera della legge, ma allo spirito del legislatore"[19].

Di modo che appare opportuno "preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale; infatti l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge; e l'arbitrato è stato inventato proprio per questo, per dare forza all'equità"[20].

Dai citati passaggi testuali appare, quindi, chiaro che la definizione dell'equità come "diritto del caso singolo" attribuita ad Aristotele vada più propriamente letta in contrapposizione alla *regula iuris,* sostanziandosi in una interpretazione della norma secondo lo spirito invece che secondo la lettera della legge.

A seconda, quindi, che si faccia riferimento alla "fonte" del diritto, oppure al "criterio" di interpretazione dello stesso, si appalesano due distinte soluzioni del problema di un'adeguata applicazione del concetto di equità.

La prima soluzione di tale problematica vede Aristotele affermare la visione della decisione arbitrale come propria del giudizio di equità. E ciò in quanto, come scrisse il Miceli[21], la decisione arbitrale rappresenta "una sorgente, la più feconda produttrice di diritto per lungo periodo storico, che peraltro non si è ancora inaridita, né potrà inaridirsi"; in essa "la regola è il criterio regolatore del caso singolo, la regola ancor tutta assorbita nel caso concreto, o, per così dire, è il 'fatto singolo regolato' in quella data maniera."

---

[18] Platone, *La repubblica*, libro III.
[19] Aristotele, *Ars rhetorica*, libro I.
[20] Aristotele, *Ars rhetorica*, libro III.
[21] R. MICELI, *Le premesse storico- teleologiche*, cit., 19 ss.

La seconda soluzione consiste nel fare riferimento, invece che ad una fonte del diritto, ad un criterio d'interpretazione della norma giuridica che va al di là della norma scritta allorché non si limita ad una mera considerazione della lettera della stessa, ma si sforza di cogliere l'intendimento del legislatore dando valore prevalente allo spirito della legge.

Forse è superfluo sottolineare la straordinaria importanza di tale elaborazione concettuale che, introducendo alla tematica del rapporto tra lo spirito e la lettera della legge, rappresenta un punto essenziale della problematica del pensiero giuridico.

Senza dubbio va evidenziato che la soluzione aristotelica del problema dell'equità appare di natura concretamente giuridica e non astrattamente etica tanto nel 'giudizio sul caso singolo' quanto nel 'giudizio secondo l'interpretazione della legge'.

In tal senso si può concludere che Aristotele tendesse a distinguere le leggi scritte da quelle non scritte e che considerasse il principio di valutazione giuridica, che è proprio di queste ultime, come parte del principio di equità, unitamente a quelli della natura dei fatti, dei principi generali del diritto ed a quant'altro possa essere utile per integrare le lacune di un ordinamento giuridico. L'equità finisce, quindi, per rappresentare il metodo di applicazione della legge non scritta ed ha la finalità di rimediare a quella applicazione della legge "che espelle dal proprio seno la giustizia e si appaga della mera legalità"[22].

[22] V. FROSINI, voce *Equità (nozione di)*, cit., 69 ss.

E, su tale specifico aspetto, appare illuminante quanto Aristotele dice in un passo dell'etica a Nicomaco[23], che può essere riassunto nella tesi secondo cui, in presenza di casi particolari che risultino di problematico inquadramento nella norma giuridica, necessariamente astratta ed universale, il giudice dovrebbe attuare una sorta di ammorbidimento del rigore del diritto, di plastico adeguamento dello stesso alla reale natura del caso concreto. Da cui il noto e calzante esempio del regolo lesbio[24] che riesce ad adattarsi perfettamente ad un oggetto da misurare, seguendone tutte le particolari asperità ed irregolarità, e risulta, quindi, in grado di fornirne l'effettiva misura dello stesso e non già una misura astrattamente oggettiva e generalizzatrice.

La predetta visione dell'equità come metodo di applicazione della legge non scritta non implica, però, che si debba fare ricorso alle norme del diritto naturale che, essendo anch'esse delle regole generali, finirebbero per incontrare analoghe difficoltà applicative allorché calate nell'ambito di un singolo caso da giudicare.

Da ultimo è importante osservare che, nella visione di Aristotele, il problema dell'equità non è pertinente né al dominio della logica in senso assoluto, né a quello dell'etica.

L'equità viene, invece, vista in relazione alla tecnica dell'argomentazione retorica, che non consiste in una dimostrazione inconfutabile, costruita con i sillogismi della logica, ma può portare a conclusioni contrarie tra loro avvalendosi dei sillogismi retorici che sono, per loro natura, convincenti ma anche confutabili.

---

[23] Eth. Nic., libro VI, 1143a, 20: […] *cioè che hanno comprensione, è un corretto giudizio su ciò che è equo. Prova: soprattutto dell'uomo equo diciamo che è disposto all'indulgenza, e che è equo l'avere indulgenza in certi casi. L'indulgenza è una comprensione che giudica correttamente di ciò che è equo: e giudica correttamente quando giudica equo ciò che lo è veramente.*

[24] Eth. Nic., libro V, 1137b, 30: *la norma è indeterminata, come il regolo di piombo usato nella costruzione 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: [35] è equo infatti chi è incline a scegliere e a fare effettivamente cose di questo genere, e [1138a] 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.*

Il trovarsi di fronte a due opposti ragionamenti delle parti avversarie, fondati entrambi su di un sillogismo apparente, è tipico dell'esperienza giudiziaria e ciò implica che ogni giudizio giuridico, costituito dal confronto fra una norma ed un evento o fra un evento ed una decisione, può polarizzare, in un senso o nell'altro, l'intero ragionamento giuridico.

Si consideri, infine, che nell'equità si rileva, anche, l'elemento patetico, inteso nel senso della disposizione sentimentale o psicologica, che rappresenta un elemento importante nell'esercizio del metodo retorico.

Essendo quest'ultimo finalizzato a dimostrare ed a convincere nello stesso tempo, si può concludere che, per Aristotele, il problema dell'equità è caratteristico dell'esperienza giuridica, nei suoi rapporti di similarità e di diversità con la logica, da un verso, e l'etica dall'altro.

3. *Una prima ricostruzione del concetto di* aequitas

Il concetto di *aequitas* rappresenta uno degli elementi essenziali dell'ordinamento giuridico romano ed è fondamentale per capire l'evoluzione di tale sistema nel corso dei secoli. Ciò nonostante presenta notevoli difficoltà di definizione, appalesandosi come una delle nozioni «più evanescenti e incerte e contraddittorie che le fonti romane ci offrano»[25].

L'autonomo rilievo concettuale e la ridotta permeabilità all'influenza di altre culture sostanziano la storia del principio di equità che attraversa tutta l'evoluzione del pensiero giuridico romano, per continuare il suo cammino fino ai nostri giorni.

Non a caso il *ius civile* veniva quasi 'venerato' dai Romani per i quali rappresentava un patrimonio di tradizioni irrinunciabili, permeate da una sorta di sacralità, da cui aveva preso forma e si era, poi, consolidato un ordinamento che, proprio per le sue origini, era connotato da un forte grado di immutabilità.

[25] A. GUARINO, voce *Equità (diritto romano)*, cit., 619 ss.

Nonostante tale profondo e comune sentire gli stessi Romani cominciarono, presto, ad avvertire l'insorgere di una divaricazione, che si andava accentuando con il fluire del tempo, tra la realtà che vivevano ed il loro *ius civile*, di cui iniziavano a percepire una certa vetustà ed inadeguatezza di fronte all'esigenza di una più adatta regolazione di situazioni e tematiche nuove, proprie di una società in profondo e rapido mutamento.

Come evidenziato in merito alle difficoltà di definizione del concetto di *aequitas*, nelle fonti romane che ci sono pervenute non troviamo un'unica formulazione di tale criterio che, soprattutto nelle fonti più antiche, non viene, fra l'altro, espresso in forma sostantivata ma mediante l'utilizzo di termini quali *aequus*, *aequum* o *iniquum*[26].

Fra le diverse accezioni ricorre tanto l'idea di uguaglianza di trattamento giuridico[27] quanto la possibilità di un'applicazione di una norma positiva ad esigenze di *ius naturale* o, ancora, l'estensione di una determinata normativa al caso concreto[28].

Anche il *ius naturale* non ha una qualificazione univoca a livello di fonti; mentre ad oggi, con tale espressione, si tende a qualificare una sorta di diritto ideale, che corrisponda, in un certo senso, a quello che dovrebbe essere il diritto con caratteri assoluti e universali, nelle fonti romane viene, invece, inquadrato come un *ius* conforme a natura o, più spesso, con riferimento alla natura umana ed in contrapposizione al *ius civile*.

Questa vicinanza porta a volte a confondere il *ius naturale* con il *ius gentium* ritenendolo fondato sulla *naturalis ratio* come patrimonio giuridico comune a tutti i popoli[29].

---

[26] D. 9. 1. 1. 4 (*Ulpianus libro XVIII ad ed.)*: *Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.*

[27] D. 50. 17. 90 (*Paul. libro XV questionum*): I*n omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*

[28] D. 44. 3. 14 (*Scaev. libri singolari questionum publice*): *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate.*

[29] M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 44.

Proprio la constatazione di una certa 'evanescenza'[30] della nozione di *aequitas* ci serve da monito per tenere sempre presenti le diverse sfumature che questo termine può assumere.

Prima ancora, per essere consapevoli che le predette sfumature non rappresentano una variegata declinazione di un comune denominatore concettuale dato che alle stesse appaiono sottese due concezioni del tutto divergenti. Le diverse accezioni rinvenibili appaiono, infatti, non senza ragione, riconducibili a due macro-insiemi che risultano, addirittura, tra di loro logicamente contrapposti, visto che l'uno delinea l'*aequitas* come 'essenza' del *ius* e l'altro ne sostanzia, invece, un significato che appare l''antitesi'[31] del *ius* stesso.

Da queste prime sommaria osservazioni si evince che non vi è una nozione di *aequitas* valida in assoluto ma che la stessa va ricondotta e analizzata in relazione al periodo storico preso in esame.

L'*aequitas*, infatti, per quanto sia un concetto evanescente[32] dal punto di vista terminologico – evanescenza dovuta sia all'incrociarsi delle riflessioni della giurisprudenza e delle speculazioni filosofiche greche che dal sovrapporsi delle strutture politiche del Principato a quelle della Repubblica – permette di inquadrare la sua vera natura come 'principio che opera dentro il diritto positivo'. Natura che porta il concetto di equità a diventare un mezzo di «integrazione del sistema giuridico»[33] che risulta importante anche per capire il dialogo tra le fonti del diritto, il diritto normativo ed i suoi interpreti in un dato periodo storico.

---

[30] A. GUARINO, voce *Equità (diritto romano)*, cit., 619 ss.
[31] A. BISCARDI, *Riflessioni minime*, cit., *passim*.
[32] F. CALASSO, voce *Equità (storia)*, cit., 65 ss.
[33] L. VACCA, *Metodo casistico*, cit., *passim*.

Come emergerà più dettagliatamente nel prosieguo della trattazione, in linea generale sembra prevalere, sia nel periodo della Repubblica che in quello del Principato, una considerazione dell'*aequitas* come 'strumento' o 'schema operativo'[34] volto a garantire l'adeguamento delle soluzioni pratiche ai valori ed al comune sentire del momento, salvaguardando la parità di trattamento.

Si può, quindi, sostenere che, anche volendola inquadrare come un concetto giuridico a sé stante, l'*aequitas* resta sempre su di un piano distinto ed autonomo e si pone in relazione tra il *ius* e gli accadimenti concreti a cui va continuamente adeguata[35].

Essa si sostanzia maggiormente con il metro di valutazione dei rapporti sociali e rappresenta, quindi, un criterio diverso da quello del *ius* e indipendente dallo stesso.

Si consideri, al riguardo, il pensiero del Savigny che definisce l'*aequitas* 'attività giurisprudenziale romana che attinge i suoi concetti direttamente dalla realtà esterna'.

In maniera più articolata si esprime il Grosso, secondo il quale 'i romani, invece, ci mostrano un quadro di elaborazione creativa del diritto che opera con figure chiave, ben individuate, e che, nello stesso tempo, procede in stretta aderenza con la realtà, cui essi sanno adeguarsi con la varietà dei mezzi di cui dispongono […] tutto questo empirismo procede guidato da un chiaro senso della costituzione; questa si esplica in figure ben delineate con sviluppo attraverso diversi tipi, con procedimento che muove dal concreto, con chiara opera di individuazione e discriminazione di figure e concetti astratti; in altri termini l'operare con figure che conservino una tangibile concretezza e, dall'altra parte, lo sviluppare e l'elaborare quelle in stretta aderenza con l'applicazione pratica'[36].

---

[34] L. SOLIDORO, *Tra morale*, cit., 61.

[35] P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas in libera repubblica*, cit., 252 ss.

[36] G. GROSSO, *Premesse generali*, cit., 55.

4. *Comparazione dei concetti di* epieicheia *ed* aequitas

Quanto riportato in ordine agli aspetti basilari dell'elaborazione aristotelica e della concezione latina dell'argomento di cui trattasi prelude ad una prima comparazione dei concetti di *epieicheia* e di *aequitas.*

A questo proposito, allorché si entri nel merito di tale raffronto, per il quale non si riscontra uniformità di lettura ed elaborazione dottrinaria, risulta imprescindibile avere sempre ben presente, in chiave temporale, che l'*epieicheia* aristotelica si sviluppò in un periodo successivo a quello che vide la concezione più arcaica dell'*aequitas* romana.

L'analisi di un contesto scientifico alquanto differenziato può muovere dal parere del Silli, secondo il quale la *epieicheia* non va ad adattare la norma al caso concreto ma crea, bensì, la norma del caso concreto[37]; ciò avviene in applicazione di un principio etico, cercando di risalire allo spirito del legislatore da cui derivare una giustizia legale che non combacia con il diritto naturale.

Viceversa, l'*aequitas* non crea direttamente una nuova norma per il caso concreto ma, come si vedrà, mira ad adattare il *ius* alle specifiche esigenze del singolo caso.

Ci si trova, infatti, dinanzi un concetto che non si pone come principio superiore al *ius* o in contrapposizione allo stesso ma che opera all'interno del *ius* e che mira ad adattare quest'ultimo, con maggiore precisione, al singolo caso concreto che di volta in volta si può presentare.

Per quanto questi due concetti[38] possano apparire come intimamente connessi, in realtà sono assolutamente autonomi e appare riduttivo, rispetto alla sua portata generale ed astratta, inquadrare l'*aequitas* romana unicamente come "giustizia del caso concreto".

---

[37] P. SILLI, *Equità (Storia del diritto)*, cit., 477 ss.

[38] F. D'AGOSTINO, *'Epieikeia'. Il tema dell'equità*, cit., *passim*.

Portata che si sostanzia, inoltre, nello sforzo di adattare la legge generale alla fattispecie concreta nei casi in cui emerga un'eccessiva rigidità ed assolutezza della legge stessa, sostituendosi al legislatore per garantire una più equa manifestazione della giustizia in nome della moderazione e della capacità di distinguere il bene dal male.

Non sembra, tuttavia, possibile negare un'analogia di significato fra i due concetti [39] considerando il fatto che entrambi i termini fanno riferimento al comportamento del giudice nell'atto di formulare un giudizio giuridico, sottostando all'idea per cui il valutare secondo *epieicheia* corrispondesse al giudicare secondo *aequitas*. Se, infatti, l'*aequitas* è anche *epieicheia*, essa però non è soltanto *epieicheia*. Sotto il profilo degli eventuali influssi esercitati dal concetto greco, infatti, in dottrina[40] si propende, anche se non vi è uniformità di pensiero, nel ritenere che l'*epieicheia* abbia avuto un ruolo alquanto marginale nella formazione del concetto di *aequitas,* non influendo su quella che era l'idea di base che questo concetto racchiudeva. Si ritiene, infatti, che gli influssi dell'*epieicheia* abbiano avuto, più che altro, un ascendente sul pensiero di Cicerone e di Seneca, mentre tutt'altro discorso varrebbe, invece, per i giuristi.

Secondo tale visione, fino alla caduta dell'Impero Romano di occidente, l'intima natura e la sostanza giuridica del concetto di *aequitas* non sarebbero mutate sotto gli influssi della dialettica greca che avrebbero prodotto solo un parziale recepimento degli schemi logici della retorica ellenica.

Tale situazione sarebbe cambiata, sostanzialmente, nel periodo bizantino allorché si ritiene[41], che la distinzione tra *ius* ed *aequitas,* propria di tutto il diritto classico, sia venuta meno facendo sì che non fosse più ravvisabile alcuna differenza fra *iustizia, ius* ed *aequitas.*

---

[39] V. FROSINI, *Equità (nozione di)*, cit. 70, ss.

[40] L. SOLIDORO, *Tra Morale*, cit., 34 ss; A. BISCARDI, *'Aequitas' ed 'epieikeia'*, Roma, 1994, *passim*; A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista?*,cit., 573 ss.

[41] F. PRINGHSEIM, *Aequitas und Bona fides*, cit., 183 ss.

Solo da questo momento si potrebbe parlare, correttamente, di un *ius aequuum* e di un *ius strictum* che risulterebbero, entrambi, concetti estranei alla giurisprudenza classica. Nel merito si può osservare che considerare l'*aequitas* unicamente o, prevalentemente, in ragione dei periodi considerati, secondo la chiave di lettura greca o bizantina risulta, concettualmente, alquanto problematico. Questo in quanto tale impostazione di base porta, addirittura, non pochi studiosi ad escludere l'*aequitas* dall'ambito del diritto romano, configurandola come una forza collaterale e concorrente, oltre che spesso in contrasto con lo stesso, fintanto che non si pervenne alla fusione totale dei due ambiti realizzatasi, però, solo durante il periodo post-classico e bizantino.

Con questa impostazione non ci si preoccupa di approfondire l'essenza di un'*aequitas* tipicamente romana da cui si arriva, in qualche caso, perfino ad attribuirne i caratteri peculiari ad altri principi direttivi dello sviluppo giuridico. Ed è in tal modo che, per scindere dal diritto romano tutto ciò che non riflette la più autentica mentalità romana, nella convinzione che il nucleo essenziale del criterio equitativo sia essenzialmente greco, si finisce per sostenere che il diritto romano, almeno fino al periodo classico, non abbia mai avuto a che fare con l'*aequitas.* Non trascurando il fatto che, per sostenere tale tesi, si possano ravvisare nella chiarezza concettuale di un principio tipicamente romano quale quello della *bona fides* – agevolmente applicabile attraverso le *formule in bonum et aequo conceptae* – quei criteri di scrupolosa aderenza del diritto al fatto, di uguaglianza e di retributività che sono il fondamento dell'*aequitas* tipicamente romana.

Aequitas che appare, quindi, più propriamente ed inscindibilmente connessa al *ius,* di cui risulta fattore propulsivo dello sviluppo sin dalle origini.

Appare, quindi, più condivisibile la concezione dell'esistenza sia di un'*aequitas* propriamente romana che di un'altra *aequitas* di derivazione greca, caratterizzata da una natura moderatrice, indulgente, assolutamente estranea alla mentalità giuridica romana.

Quest'ultima opera dall'esterno del *ius,* spesso in opposizione allo stesso, con un influsso via via crescente ed un conseguente effetto sempre più marcato fino a che, in epoca post-classica e ancor più bizantina, assurge ad unico criterio direttivo del *ius* finendo per identificarsi con lo stesso che diventa *ius aequum,* prevalente ed in opposizione a quanto rimane del *ius* tradizionale, che finisce per essere ridotto ad un mero *ius strictum.*

*5. Filosofia e Diritto rapportate all'*aequitas

La formalizzazione e la razionalizzazione della distinzione fra 'morale' e 'diritto' sono penetrati e si sono sviluppati solo di recente nell'ambito della cultura giuridica europea, trovando soltanto con Kant un'adeguata e piuttosto radicale teorizzazione. Come abbiamo prima cercato di argomentare, questo rende non condivisibile quella storiografia romanistica che ha postulato, come proprie del mondo romano, non solo la coscienza della predetta separatezza ma, addirittura, l'elaborazione di una vera e propria teorizzazione della stessa. Sembra più fondato, infatti, superare una troppo rigida delimitazione fra il momento della riflessione filosofica e quello dell'elaborazione tecnico-giuridica, per convergere sull'ammissione di una certa commistione fra i due momenti, pur nella consapevolezza delle differenze e dei confini che separano i due ambiti scientifici.

Secondo il Mantello[42], infatti, è probabile che «fra primo e secondo secolo d.C. la tematica dei rapporti fra 'giuridico' e 'non giuridico' abbia interessato e, sotto certi profili, sia stata di moda», ma tale inclinazione sarebbe stata propria più del settore filosofico e retorico che non di quello giurisprudenziale.

[42] A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 579.

Tale asimmetria sembra fuori discussione, ma non implica e non dimostra una sostanziale indifferenza da parte dei giuristi; si ricadrebbe, altrimenti, nel pregiudizio, imperante nella storiografia romanistica sino all'inizio del Novecento, della irrilevanza delle dottrine retoriche nell'orbita del tecnicismo giuridico, pregiudizio che aveva portato ad affrontare solo in maniera episodica il tema dei rapporti fra filosofia greca, retorica e diritto.

Solo con gli studi del filosofo polacco Perelman[43] si è verificato un primo passo verso una revisione del predetto atteggiamento storiografico, basata su una diversa e più precisa presentazione della retorica quale arte della "persuasione" piuttosto che della sola "argomentazione" laddove la retorica - arte dell'argomentazione - viene, più precisamente, presentata come 'arte della persuasione' e, quindi, quale tecnica intesa «a provocare o ad accrescere l'adesione degli individui alle tesi che vengono sottoposte al loro assenso». Questa visione del Perelman ha portato a riconsiderare i nessi esistenti fra retorica e logica argomentativa, definendo il rapporto esistente fra la retorica stessa ed il metodo di ragionamento dialettico e delineando le naturali interazioni operanti tra l'arte della persuasione e la perizia tecnica propria della giurisprudenza romana.

[43] C. PERELMAN, *Logica giuridica, nuova retorica,* cit., 1979, 5 ss; ID., *Il dominio retorico*, cit., 1981, *passim*; ID., voce *Rethoric,* cit., 806 ss; C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., 199 ss.

La predetta riconsiderazione ha portato, nel suo complesso, ad attenuare l'idea di una totale separazione dei modelli culturali fatti propri dai retori e dai giuristi, riconoscendo il recepimento operato dalla retorica romana della distinzione, già intuita dai greci, tra sfera morale e sfera giuridica e tra l'immutevole diritto naturale ed il mutevole diritto positivo. Con ciò modificando la visione della teoria dominante che vedeva un marcato "isolamento" della *scientia iuris* romana rispetto alle altre conoscenze, con particolare riguardo alla riflessione filosofica. Non ha, viceversa, prodotto una significativa revisione in ordine alla percezione di una sorta di disinteresse dei giureconsulti per le discussioni di filosofi e retori circa il rapporto tra equità e diritto e, più in generale, tra morale e *ius scriptum,* permanendo la valutazione che per le convinzioni circolanti fra i giuristi sia più opportuno sviluppare un discorso a sé stante.

Infatti, nonostante la riscontrata uniformità, limitatamente alla fase iniziale degli studi, del percorso formativo seguito dagli aspiranti retori e giuristi, non appare dubbio che l'educazione alla riflessione filosofica ed all'arte retorica costituisse materia esclusiva per i giovani avviati alla retorica mentre rappresentasse soltanto una sollecitazione per coloro che intendevano dedicarsi alla *scientia iuris.*

Tale impostazione non poteva non determinare una penetrazione soltanto parziale della filosofia greca nel pensiero e nelle tecniche dei giuristi romani in quanto, per un verso, la *scientia iuris* romana non era sufficientemente attrezzata per accogliere e sviluppare la filosofia greca e, per l'altro, quest'ultima non era suscettibile di supportare qualsiasi forma di specialismo e tecnicismo giuridico.

Il permanere di questa percezione, che non è stata oggetto, nel tempo, di alcuna significativa forma di revisione, è riscontrabile nella convinzione di Antonio Mantello[44] circa l'atteggiamento dei *prudentes* in merito ai rapporti intercorrenti fra morale e diritto; secondo la sua visione «anche i giuristi attenti ai meccanismi logico-retorici concernenti il dato equitativo» non sembravano mostrare verso di essi «una particolare predisposizione di tipo etico-filosofico, a cominciare da Labeone con il suo distinguere tra *naturalis aequitas* e *civilis aequitas*».

[44] A. MANTELLO, *Un'etica,* cit., 614.

CAPITOLO II

L'*AEQUITAS* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

1. *La Roma repubblicana e* l'aequitas

Prima di affrontare l'esegesi delle fonti repubblicane è opportuno analizzare in quali forme la concezione che i Romani avevano maturato del *ius civile* si era sviluppata, segnatamente nei primi secoli di vita della Repubblica [45]. Come abbiamo, precedentemente, accennato la produzione normativa sviluppatasi nel corso del tempo aveva formato la struttura portante del *ius civile* della Roma repubblicana, nei cui cittadini era maturata una percezione piuttosto statica di tale ordinamento, quasi come se lo stesso rappresentasse un'entità eterna ed immutabile. Una percezione che, pur essendo radicato, nella popolazione, non trovava, in realtà, alcuna concreta motivazione logica, dato che, conformandosi alle regole del procedimento legislativo vigente basato sull'emanazione di *leges publicae* [46], non sussistevano particolari impedimenti alla produzione di nuove norme.

Invero tale possibilità, pur non trovando limiti da un punto di vista teorico,

[45] L'età repubblicana si apre a Roma nel 509 a.C. a seguito di contrasti interni che fecero decadere le istituzioni monarchiche. Tra le fonti principali di produzione del diritto rientra il *ius civile* che vede la luce, in epoca arcaica, per la prima volta attraverso i *mores* poi con le XII Tavole e con l'opera di interpretazione ed elaborazione svolta dai giuristi; successivamente, in età repubblicana, come riportato da Pomponio, si arrivò alla piena maturazione del metodo scientifico utilizzato dalla giurisprudenza tanto da definire Publio Mucio, Bruto e Manilio come i giuristi '*qui fundaverunt ius civile*' (D. 1.2.2.39).

[46] G. ROTONDI, Leges publicae populi romani, Milano, 1912, 13 ss.

incontrava, purtuttavia, notevoli difficoltà sul piano attuativo, visto che il procedimento di approvazione delle *leges* risultava notevolmente complesso e gravoso. Era, infatti, necessario che le norme *in fieri* fossero approvate dalle assemblee popolari – i comizi – su proposta di un magistrato; quest'ultimo sottoponeva, mediante *rogatio,* il "disegno di legge"[47] alle suddette assemblee le quali non avevano, però, la possibilità di emendare o modificare la proposta ma solamente di approvarla o respingerla. A tale riguardo e per quanto attiene, più specificamente, alle modalità adottate per i comizi ed i concili tributi non disponiamo di sufficienti informazioni ma appare molto probabile che le tribù votassero tutte insieme contemporaneamente.

La proposta legislativa da parte del magistrato veniva definita come *legem ferre* ed aveva il carattere proprio di un'interrogazione[48] cui il popolo era chiamato a dare risposta. Erano, quindi, richiesti la diretta partecipazione ed il consapevole impegno di entrambe le parti designate quali attrici del procedimento legislativo e, proprio per tale motivo, la *lex* risultante veniva definita come *communis rei publicae sponsio*[49].

Quanto sopra può, quindi, costituire una plausibile spiegazione dei motivi che avevano finito per consolidare la radicata percezione, da parte dei cittadini romani, di quella sorta di immutabilità del proprio ordinamento giuridico di cui abbiamo fatto prima cenno.

Nell'insieme, il potere di proposta in capo ai magistrati superiori[50] e la diretta partecipazione di tutte le classi sociali all'approvazione delle norme "*in fieri*", di cui si richiedeva l'emanazione ai fini di un'opportuna integrazione del corpus del *ius civile*, danno il senso della centralità e del rilievo propri dell'ordinamento giuridico romano e la motivazione di quella sensazione di quasi "sacralità" che dello stesso veniva percepita.

---

[47] P. CERAMI - G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007, 273 ss.

[48] V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1983, 90 ss.

[49] D. 1.3.1 (*Pap. libro I definitionum*): *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio.*

[50] Il diritto di convocare il comizio spettava solo ai magistrati maggiori e i progetti di legge andavano esposti pubblicamente, prima della pubblicazione, per un tempo che comprendeva almeno tre mercati

Ma pur essendo tale consapevolezza profondamente radicata nel pensiero popolare, non era però sufficiente ad impedire che i Romani giudicassero, talvolta, 'non attuale' il loro ordinamento, come ci testimoniamo alcuni frammenti che ci sono giunti, tra cui risultano preponderanti i *senatus consulta*:

> *SC. de Tiburtibus, 1, 14: quod Teiburtes verba fecistis quibusque de rebus vos purgavistis, ea senatus animum advortit ita utei aequom fuit*;

oppure 'non equo':

> *SC. Velleianum, D. 16. 1. 2. 1: cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum*.

Tale percezione unita alla consapevolezza della difficoltà e della lunghezza temporale che caratterizzavano l'iter di approvazione delle *leges publicae*[51], fecero sì che queste ultime non potessero rimanere l'unico mezzo di adeguamento del *ius* e dell'ordinamento in generale.

(*trinundinum*). Nell'intervallo della pubblicazione il magistrato era solito convocare il popolo per esporre i vantaggi della proposta legislativa e per affrontare le eventuali critiche mosse dagli oppositori. Ai fini della votazione non potevano essere scelti né i giorni giudiziari (anche detti dies fasti) né i festivi o nefasti; era uso, inoltre, evitare anche i giorni di mercato. Quanto al luogo i comizi e i concili tributi si riunivano al Foro mentre i comizi centuriati presso il Campo Marzio. Il magistrato che aveva il compito di presiedere l'assemblea, dalla mezzanotte del giorno precedente a quello fissato per la votazione prendeva gli auspici: in pratica, il popolo veniva chiamato a raccolta dall'araldo all'alba dopo di che il magistrato, invocati gli dei e consumato un sacrificio, dava lettura, direttamente o a mezzo dell'araldo, della legge proposta ed invitava a votare. A seconda che la votazione avvenisse nei comizi centuriati o nei concili tributi, era previsto, anche, un differente metodo di votazione. Nei comizi centuriati la votazione procedeva secondo la gerarchia delle classi, dando precedenza ai cavalieri e, chiamando, via via, le classi successive fino al raggiungimento della maggioranza. Per ulteriori approfondimenti L. FASCIONE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 2013, 197 ss.

[51] A. CENDERELLI - B. BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino, 2005, 29 ss.

Vieppiù risultò centrale l'opera svolta dalla giurisprudenza, pontificale prima, laica poi, mediante l'*interpretatio* che si pone come raccordo[52] tra lo statico apparato normativo e le esigenze della coscienza degli uomini e dei giuristi del tempo.

In questa digressione non è possibile prescindere da una breve analisi dell'attività di *interpretatio* e di come si passò dal monopolio pontificale ad un'apertura verso i giuristi laici.

Il diritto romano poggia su tre elementi fondamentali[53] rappresentati dal *ius civile,* che ne rappresenta la struttura normativa, dalla *iurisdictio,* che ne costituisce l'applicazione processuale, e dall'*interpretatio* che si identifica con l'attività interpretativa svolta dai collegi pontificali e, poi, dai giuristi.

In età arcaica il sapere giuridico era completamente affidato al collegio pontificale che custodiva gelosamente il metodo di analisi e le modalità di interpretazione del diritto fino ad allora conosciuto.

Dopo la pubblicazione delle XII Tavole[54], si avviò un processo di 'laicizzazione' che consentì la diffusione di una prima cultura giuridica, soprattutto grazie all'opera di Tiberio Coruncanio[55], che diede inizio all'attività di *publicae respondere*[56].

L'epoca repubblicana contiene in sé profondi mutamenti che hanno determinato un graduale passaggio dalla repubblica aristocratica ad assetti ed esperienze più democratiche, sia dal punto di vista politico che da quello della produzione del diritto[57].

---

[52] M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971, *passim*; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1992, *passim*.

[53] L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, *passim*.

[54] Pubblicazione che avvenne all'incirca intorno al 451- 449 a.C.

[55] C. A. CANNATA, Tiberius Coruncanius, qui primuus publice profiteri coepit, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L.VACCA, II, Torino, 2012, 33.

[56] D. 1.2.2.35 (*Pomp. lib. sing. ench.*): *Iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt: sed qui eorum maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt, eorum in praesentia mentio habenda est, ut appareat, a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt. Et quidem ex omnibus, qui scientiam nancti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur: ceteri autem ad hunc vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant.*

[57] M. BRETONE, *Tecniche*, cit., *passim*.

I procedimenti logici sottesi all'analisi e risoluzione dei casi concreti che, fino a quel momento, erano risultati monopolio del collegio dei pontefici furono, progressivamente, condivisi dando modo a coloro i quali si avvicinavano al diritto di iniziare a comprendere la tecnica utilizzata nell'*interpretatio*, apprendendola direttamente dal giurista[58].

L'*interpretatio* deve essere intesa come «scienza che permette di padroneggiare l'insieme dei principi che costituiscono la tradizione giuridica, adattandoli, di volta in volta, alla struttura del caso concreto»[59], il cui esercizio fu, gradualmente, sottratto a quell'esclusività di interpretazione tipica dell'età più arcaica.

Tale attività si esplicava in tre tipi di interventi intesi a fornire responsi su di una determinata questione (*respondere*), a comporre schemi processuali su richiesta dei magistrati o dei privati (*agere*) e ad elaborare schemi negoziali quali testamenti, *mancipationes*, *stipulationes* (*cavere*)[60].

Ed è proprio in tale epoca che alcuni valori morali assumono una rilevanza giuridica pregnante che comporta, quindi, l'esigenza dell'utilizzo dell'*aequitas* e dei concetti di *bonum* oltre che di *fides*[61].

Questo nuovo filone trovò il suo fondamento nell'*auctoritas,* intesa come quell'insieme di qualità proprie di una singola persona alle quali gli individui si assoggettano in modo volontario per realizzare determinati scopi comuni.

Questo concetto racchiude in sé la legittimazione, la giustificazione ed il diritto di esercitare quel ruolo di modo che i giuristi che risultavano possederla avevano il potere di vincolare altri al loro parere.

---

[58] F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, tr. italiana a cura di G. NOCERA, Firenze, 1968, 50 ss; A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Bari, 1976, 118 ss.

[59] L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 15.

[60] F. CANCELLI, *Per una revisione del* «cavere» *dei giureconsulti repubblicani*, in *Studi Volterra*, V, 1971, 611 ss.

[61] T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Betrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlageforschung*, Müchen, 1953 (tr. italiana a cura di G. CRIFÒ, *Topica e Giurisprudenza*, Milano, 1962), *passim*.

Ed è su queste basi che l'*auctoritas* che, inizialmente trovava fondamento solo nell'origine sociale, divenne, in epoca repubblicana, una forma di potere che rappresentava una diretta emanazione delle qualità individuali e, in particolare, delle qualità tecniche riconosciute ai singoli giuristi[62].

In tale quadro non si può non dare conto di un'innovazione dovuta all'intensificarsi dei rapporti commerciali tra Romani e peregrini tra il III e il II secolo a.C., circostanza che portò alla diffusione del *ius honorarium*[63].

L' intensificarsi, infatti, dei rapporti commerciali comportò la necessità di regolare i rapporti tra i Romani e coloro che non erano Romani, ossia i peregrini, sia attraverso l'applicazione di istituti prima riservati solo ai *cives* sia mediante il riconoscimento di una tutela processuale basata sull'introduzione del processo formulare.

Sulla genesi del processo formulare sono state avanzate diverse ipotesi ma la più attendibile vuole che si sia sviluppato grazie all'opera del *praetor peregrinus* che, dovendo appunto giudicare nelle controversie tra *cives* e peregrini, non utilizzava il formalismo e la sacralità delle *legis actiones*.

Il mutamento del processo ebbe inizio, probabilmente, negli ultimi decenni del III sec. a.C. per culminare nel 17 a.C. nell'emanazione della *Lex Iulia iudiciorum* che abolì formalmente il processo per *legis actiones*[64].

Il *ius honorarium* nasce prevalentemente dall'attività di pretori (urbano o peregrino) ma anche di edili curuli[65] e dei governatori delle province[66].

---

[62] L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 45 ss.

[63] E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 65 ss.

[64] G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, Milano, 1963, *passim*; ID, *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in *Seminaros Complutenses de derecho romano*, VI, 1994, 27 ss; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, *passim*.

[65] G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, *passim*; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 158 ss.

[66] Per ulteriori approfondimenti sulla struttura pubblicistica romana: V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1978, 35 ss; G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, I, Catania, 1977, 224 ss; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, Roma, 1978, 243 ss; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli, 1972, 168 ss; F. COSTABILE, *Temi e problemi dell'evoluzione storica del diritto pubblico romano*, Torino, 2016, 63 ss; V. GIUFFRÉ, *Il «diritto pubblico» nell'esperienza romana*, 1989, Napoli, 59 ss; G. VALDITARA, *Studi di diritto pubblico romano*, 1999, Torino, 23 ss;

Queste cariche avevano tutte durata annuale e, all'inizio della carica, gli eletti emanavano un *edictum* sulla base dello *ius edicendi* tipico del ruolo assunto.

L'*edictum*, però, dal punto di vista formale, non conteneva ordini diretti nei confronti dei *cives*; era, piuttosto, una sorta di programma emanato dal pretore contenente i provvedimenti che avrebbe adottato nel corso dell'anno di carica e le circostanze in cui ciò sarebbe avvenuto.

L'editto veniva, formalmente, sostituito ogni anno ma, in realtà, diventò consuetudine del magistrato di confermare quanto già previsto migliorando, o all'occorrenza accrescendo, la parte dell'editto che risultava aver dato buon esito.

Si andò così, gradualmente, formando un nucleo edittale di una certa importanza che veniva trasmesso di pretore in pretore e che prese il nome di *edictum tralaticium*.

Questa evoluzione portò, nel 133 d.C., l'imperatore Adriano ad incaricare Salvio Giuliano di redigere l'*edictum perpetuum* di modo da stabilire in via definitiva il testo dell'editto pretorio.

Il diritto pretorio, quindi, è quello che scaturisce dalle clausole edittali che possono includere anche strumenti processuali non di *ius civile* e che risultano, a volte, addirittura contro di esso. Per quanto in contrasto, comunque, il *ius honorarium* non può abrogare il *ius civile,* evento possibile solo mediante l'emanazione di una nuova legge; basandosi sul caso concreto può, invece, correggerne le modalità applicative traendo fondamento e nell'ambito del perimetro applicativo del concetto di *aequitas*.

Come ci riporta Marciano le due branche del diritto[67] risultano fra loro intimamente connesse, in un rapporto di sintonia ma anche di dipendenza che vede, in ogni caso, la preminenza del *ius civile* rimanere sempre viva nel corso del tempo:

> D. 1. 1. 8 *(Marc. libro 1 inst.): Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*.

[67] E. STOLFI, *Studi sui libri* ad edictum *di Pomponio*, Roma, 2002, 308; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (Secoli I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016, 103.

Riferendoci ad un passo di Papiniano, giurista del II sec. d.C., si evince come l'intervento pretorio, ossia il *ius honorarium*, poteva manifestarsi in tre direzioni: *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*[68]*:*

> D. 1. 1. 7. 1 (*Papin. 2 defin.*): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*

Dal punto di vista semantico, come si evince dagli studi del Riccobono[69], le parole *'ius honorarium'* sarebbero frutto di una interpolazione effettuata dai compilatori giustinianei: lo studioso sottolinea come, con ogni probabilità, si effettuò una sostituzione della parola '*praetor'* dovuto al fatto che l'imperatore era divenuto fonte vivente del diritto e l'appellativo *'viva vox iuris'* non sarebbe potuta competere ad un semplice magistrato.

Ad ogni modo, con la formula *adiuvandi iuris civilis gratia* si inquadra la possibilità per il pretore di concedere rimedi e di facilitare l'applicazione del *ius civile* ove i mezzi risultassero inidonei o insufficienti; rientra, invece, nel *supplendi iuris civilis gratia* l'idea di colmare le lacune del *ius civile* tutelando nuove situazioni o rapporti che nascono, però, di natura pretoria; infine nel *corrigendi iuris civilis gratia* il pretore interviene per eliminare le iniquità del *ius civile* in attuazione del principio di *aequitas*, intesa in questo caso come 'giustizia del caso concreto'[70].

---

[68] F. GALLO, *L'*officium, cit., 88; F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, 1966, 240; F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1992, 156.

[69] S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil*, II, Grand-Paris, 1926, 247 ss.

[70] G. PUGLIESE, *Il processo*, cit., *passim*.

L'iniquità non è connaturata al *ius civile* ma è la sua applicazione che potrebbe determinare un'iniquità rispetto al caso in esame; è a questo punto che interviene il pretore che non potendo abrogare né negare il *ius civile* escogita strumenti idonei a paralizzare la sua applicazione.

Anche l'evoluzione dei rimedi processuali risponde ad una necessità di rendere *aequum* l'applicazione del *ius civile,* garantendo una tutela giurisdizionale ai rapporti sorti dal *ius honorarium,* e ciò con particolare riguardo alla salvaguardia degli accordi conclusi sulla base della *bona fides*[71]*,* ovvero di quei principi fiduciari che si erano andati affermando nello sviluppo del commercio mediterraneo.

Questa contrapposizione tra *ius civile* e *ius honorarium* permane per tutta la storia romana anche se, in epoca postclassica e quindi nel diritto giustinianeo, appare molto attenuata.

Gli istituti civilistici tradizionali furono, quindi, trasformati e modernizzati cercando, del pari, di cancellare le sperequazioni che si erano venute a creare tra coloro che avevano lo status di cittadini romani e coloro che non lo avevano, in uno sforzo di adattamento ed evoluzione degli istituti utilizzati fino a quel momento.

Questa continua attenzione all'attualità ed all'equità del sistema giuridico era connotata, anche, da una sincera tensione verso l'affermazione di valori morali e rappresenta l'essenza dei concetti insiti nella nozione di *aequitas*; iniziò a dispiegare i suoi effetti a partire dal periodo repubblicano producendo risultati che si riscontrano tanto nelle fonti legislative e nella giurisprudenza, quanto nei senatoconsulti e nelle stesse costituzioni imperiali dell'età classica.

---

[71] R. CARDILLI, Bona fides *tra storia e sistema*, Torino, 2014, 14 ss; L. LOMBARDI, *Dalla* fides *alla* bona fides, Milano, 1961, 205 ss; C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, 3 ss; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, Torino, 1989, *passim*; L. VACCA, *Buona fede e sinallagma*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, IV, Padova, 2003, 349 ss; C. BEDUSCHI, *I profili giudiziali della* fides, in *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, 1 ss.

Di epoca repubblicana sono, infatti, le prime testimonianze in materia di *aequitas,* che non ci pervengono solo dai giuristi ma anche dalle opere di letteratura ed in particolare da quelle di Cicerone[72] e Livio.

I soggetti che rivestono, in un certo senso, il ruolo principale in questo periodo storico sono retori ed avvocati, magistrati e giureconsulti, che lavorano di concerto nell'evoluzione del diritto.

2. *Una prima individuazione dell'*aequitas *giuridica*: *Cicerone, Top. 5.28*

La figura di Cicerone[73] è assurta, fra i contemporanei, ad una posizione di notevole rilievo in vari contesti culturali grazie alla sua grande cultura filosofica e giuridica ed alla sua natura di attento conoscitore della politica repubblicana che lo rendevano un autorevole testimone della civiltà romana. Questa preminenza si è mantenuta nel tempo, continuando a suscitare ammirazione ed interesse sia per la sua arte oratoria sia per la sua capacità di comprendere e farsi interprete delle problematiche insite nella vita reale dei suoi giorni, con particolare riguardo a quelle di natura giuridica.

Per quanto non ci sia uniformità di pensiero[74] nel ritenere l'Arpinate un giurista *stricto sensu,* non possono essere messe in discussione la sua dimestichezza con il *ius civile*, la sua conoscenza del funzionamento e dell'ordinamento di Roma nonché il suo essere calato nella realtà repubblicana, di cui risultava attore sia come retore che come avvocato.

---

[72] A. MANTELLO, *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, Convegno Como 17-18 novembre 2006, a cura di C. STORTI, Napoli, 2010, 36 ss.

[73] Cicerone risulta essere una figura di spicco nell'età repubblicana romana, rivestendo il ruolo di avvocato, politico, retore e attento conoscitore del funzionamento dell'ordinamento di Roma. Molte delle sue opere che ci sono pervenute sono di stampo tecnico-giuridico (*De legibus, De republica*) sintomo di come osservava attentamente il mondo del diritto e il suo funzionamento, rivestendo un ruolo da protagonista nell'evoluzione giuridica repubblicana.

[74] Ad esempio, Arangio-Ruiz non ritiene possibile inquadrare Cicerone nella categoria dei giuristi mancando una sua attività inerente il lavoro del giureconsulto come il *respondere*, il *cavere* e l'*agere.* V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone giurista*, Roma, 1961, *passim*.

Proprio per tali aspetti si ritiene di poter annoverare Cicerone nell'ampia categoria dei *iuri consulti*, quei soggetti che, nell'ambito della realtà giuridica repubblicana, venivano presi in considerazione, nello studio del diritto, per la loro competenza ed autorevolezza.

Ci sono giunte innumerevoli opere di Cicerone, tra cui i *Topica,* che risultano utili ad un primo inquadramento del concetto di *aequitas*.

Sviluppati nella forma di uno scritto indirizzato all'amico Trebazio Testa, giurista del I sec. a. C., i *Topica* sono l'ultima opera di Cicerone[75] e contengono un'ampia sezione in cui l'Autore affronta l'analisi dei *topoi* in ambito giuridico.

Nello specifico il passo 5.28 è di particolare rilevanza sia perché attesta l'utilizzo del concetto di *aequitas* già in epoca repubblicana sia perché ne fa comprendere il ruolo all'interno delle *partes* del diritto fino ad allora conosciuto:

> Top. 5.28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.*

Prima di analizzare nel merito la fonte, è opportuno focalizzare l'attenzione su una distinzione fondamentale operata da Cicerone per spiegare come il *ius civile* vada inteso nella sua unità e non come entità composta da alcune parti autonome.

A tal fine, il retore riconduce le singole 'fonti del diritto'[76] nell'ambito del concetto di *partitio,* schema logico da analizzare in correlazione con quello di *divisio* che ci è pervenuto[77] direttamente dalla dialettica greca.

---

[75] A. MANTELLO, *L'analogia*, cit., 29 ss; B. RIPOSATI, *Studi sui «Topica» di Cicerone*, Milano, 1947, 99 ss.

[76] L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 23 ss.

[77] C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, Torino, 1997, 219 ss.

Al contrario della retorica, queste due forme di ragionamento risultano utili nell'elaborazione di concetti e strumenti logici, di cui consentono una migliore formulazione a livello definitorio suscettibile, a sua volta, di garantire una maggiore facilità di comprensione.

Per entrare nel merito risulta più opportuno partire dal concetto di *divisio*. Con questa nozione, che deriva dal greco *diaíresis*, si suole individuare un macrosistema, o *genus*, all'interno del quale operano diverse *species.* Queste ultime risultano tra loro autonome, concorrono nel realizzare il *genus* ma si pongono, al contempo, come una specificazione dello stesso e, come tali, non sono in grado di ledere il macrosistema qualora una *specie* venisse meno.

In pratica, per capire il ragionamento sotteso alla *divisio,* si può effettuare un esempio concreto nell'ambito del mondo animale, in cui si possono determinare una serie di *genera* che vengono individuati attraverso una caratteristica che li differenzia rispetto agli altri (come animali vertebrati ed invertebrati); ciascun *genus* potrà a sua volta, attraverso un'operazione diairetica o *divisio*, essere suddiviso in *species* (seguendo l'esempio precedente, partendo dai vertebrati si potranno individuare diverse *species* come mammiferi, rettili o pesci). Il venir meno di una porterebbe solamente ad una diminuzione dell'estensione del *genus* stesso ma non andrebbe ad intaccare la sua connotazione concettuale.

Dall'altro lato abbiamo, invece, l'idea della *partitio* che si sostanzia in una concezione unitaria dell'entità presa in esame, le cui parti costitutive vengono considerate tutte essenziali nella determinazione della tipologia dell'entità stessa. Questa unitarietà concettuale ha come conseguenza che, qualora venisse meno una delle *partes* costitutive dell'*unicum*, ci si troverebbe dinanzi ad un'entità differente proprio perché non più caratterizzata da quegli elementi che in origine l'avevano resa tale.

Il *ius civile* viene visto da Cicerone in maniera conforme allo schema logico della *partitio* che vede l'*unicum*, rappresentato, in questo caso, proprio dal diritto, come un'entità costituita da tante 'fonti' che concorrono tra loro nel renderla tale.

Come dapprima messo in luce, una simile concezione dell'*unicum* comporta che, al venir meno di una di queste fonti, il *ius civile* non sarebbe più la stessa entità ma vedrebbe mutata la sua natura.

A tale proposito Cicerone ci presenta una nota analogia[78] che muove dal paragone fra il *ius civile* ed il corpo umano, analogia che assurge ad esempio chiarificatore di come l'Arpinate intenda il *ius civile*.

Nel suo pensiero, infatti, la comparazione dei due ambiti evidenzia che, così come le conoscenze mediche portano ad identificare ed analizzare separatamente le parti costitutive del corpo umano, analogamente lo studio del *ius civile* ne consente la definizione dei diversi elementi costitutivi quali le *leges*, i *senatoconsulta*, le *res iudicatae*, gli *edicta* dei magistrati, l'*aequitas*, i *mores* e l'*auctoritas prudentium*.

L'analogia si sostanzia nella circostanza che i predetti elementi non sono fra loro autonomi, così come non lo sono le membra del corpo umano. Quest'ultimo riesce ad assolvere alle funzioni che gli sono proprie solo allorché completo di tutte le sue 'parti'. Se, infatti, il corpo umano viene privato di una o più delle sue 'parti', non può continuare ad esistere secondo le modalità che fino a quel momento gli erano connaturate e può, addirittura, cessare di esistere se non rimane formato almeno dagli elementi necessari per la sua sopravvivenza.

Allo stesso modo, seguendo sempre il ragionamento di Cicerone, l'interconnessione tra le singole parti che compongono il *ius civile* è tale che lo stesso è in grado di assolvere alle funzioni per cui è stato concepito, solo ove tutte le *partes*[79] prima elencate siano presenti ed operative.

In entrambi i casi la scomposizione nelle singole componenti risulta possibile solo da un punto di vista descrittivo, atteso che ciascuna entità risponde alla sua connotazione naturale solo ed unicamente allorché sia fatta salva l'integrità della sua composizione.

---

[78] L.VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 25.

[79] M. TALAMANCA, *Lo schema* genus-species *nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese 'La filosofia greca e il diritto romano' (Roma 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, 1977, 4 ss; F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il* ius civile in artem redigere, in *SDHI*, XLVI, Roma, 1980, 282 ss.

La necessaria presenza di tutte le diverse 'parti' del *genus ius civile* porterebbe a considerare le stesse tutte sullo stesso piano. In realtà ognuna ha un ruolo ben preciso e anche un peso specifico diverso nel quadro dell'ordinamento giuridico romano, così come ogni membro ha una funzione differente nel corpo umano.

Seguendo questa prospettiva l'*aequitas*, grazie alle sue prerogative di maggiore elasticità ed adattabilità concettuali, diventa lo strumento che consente la comunicazione e l'interazione fra le diverse *partes,* finendo per assumere un ruolo centrale nel garantire il funzionamento e l'evoluzione dell'ordinamento nel suo complesso. Per meglio comprendere tale aspetto occorre ricordare i numerosi e diversi significati che il termine *aequitas* può assumere nella lingua latina, sia in un contesto atecnico[80] (*uguaglianza, proporzione, simmetria)* sia in un ambito più propriamente giuridico[81], secondo accezioni più specifiche e correlate al contesto. A tale ultimo proposito si evidenzia come l''uguaglianza di trattamento giuridico' possa essere, anche, 'corrispondenza di un istituto giuridico alle leggi dell'equità' (*aequitas civilis*) o 'corrispondenza alle leggi della natura' (*aequitas naturalis*)[82]. Grazie a questa diversità di significati insita in una lettura giuridica del termine l'*aequitas* può costituire un metro di valutazione dei rapporti sociali basato sul principio di ragionevolezza e può interagire con il *ius* in maniera persino indipendente, tanto che un comportamento *iustum,* secondo diritto, può essere considerato *aequum,* in alcuni casi, ma anche *iniquum* in situazioni diverse.

---

[80] D. 8. 1. 9 (*Cels. libro V dig.*): *Si cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum esse verum est.*

[81] Cic. *Top*. 4.23: *Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*. D. 42. 1. 20 (*Mod. libro II diff.*): *Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest, condemnandus est ex divi Pii constitutione. quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio.* D. 50. 17. 90 (*Paul. libro XV quaest.*): *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est*.

[82] R. FIORI, 'Bonus vir'. *Politica retorica e diritto nel* De Officiis *di Cicerone*, Napoli, 2011, *passim*.

Senza escludere che, in via eccezionale, un comportamento *iniustum* e, quindi, contrario al diritto positivo, possa essere valutato come comunque *aequum,* laddove ci si trovi in presenza di specifiche e peculiari condizioni[83].

Perché il diritto sia equo occorre che non sia confinato nelle astrazioni basate sui principi generali, ma che operi mediante formule pratiche ed efficaci che risultino in grado di rispondere alla realtà dei bisogni sociali. In tale evenienza l'*aequitas naturalis,* che deriva da valutazioni sociali condivise, può trasformarsi in *aequitas constituta* portando Cicerone ad affermare che *ius civile est aequitas constituta*[84] ed è, quindi, *aequabilis* per effetto della sua capacità di ricondurre ad eguaglianza[85].

Non bisogna, pertanto, sottovalutare il ruolo dell'*aequitas* anche come elemento a sé stante, quale 'fonte' di adeguamento del diritto scritto alle nuove necessità di una società in continua evoluzione. La sua capacità di adattarsi e di mutare a seconda della percezione della realtà giuridica e dei valori del periodo storico di riferimento, consente, infatti, di considerarla come l'elemento che, facendo, in un certo senso, da collante nei confronti di tutte le altre fonti dell'organizzazione sociale, non si limita a tenerle in collegamento ma assolve, anche, ad una più autonoma e specifica funzione di integrazione dell'ordinamento.

Inoltre, il fatto di inserire l'*aequitas* nell'elenco di quelle che secondo Cicerone erano in periodo repubblicano le componenti del *ius civile*, permette di avvalorare l'idea per cui, già prima dell'età classica, ci fosse una consapevolezza ben precisa della funzione di tale concetto.

---

[83] L. SOLIDORO, *Tra morale e diritto*, cit., 46 ss.

[84] Cic. *Top*. 2.9: *Sed ad id totum de quo disseritur tum definitio adhibetur, quae quasi involutum evolvit id de quo quaeritur; eius argumenti talis est formula: Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia; [10] —tum partium enumeratio, quae tractatur hoc modo: Si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber; neque ulla est earum rerum; non est igitur liber;—tum notatio, cum ex verbi vi argumentum aliquod elicitur hoc modo: Cum lex assiduo vindicem assiduum esse iubeat, locupletem iubet locupleti; is est enim assiduus, ut ait L. Aelius, appellatus ab aere dando.*

[85] Cic. *Top*. 18.71: *Parium autem comparatio nec elationem habet nec summissionem; est enim aequalis. Multa autem sunt quae aequalitate ipsa comparantur; quae ita fere concluduntur: Si consilio iuvare cives et auxilio aequa in laude ponendum est, pari gloria debent esse ei qui consulunt et ei qui defendunt; at quod primum, est; quod sequitur igitur.*

La necessità di riservare la dovuta attenzione e di dare il giusto peso al passo ciceroniano deriva, soprattutto, dalla percezione che l'Autore dà della sua concezione dell'*aequitas*.

Si evince una maturità e una dimestichezza con questa nozione tale da poter asserire che l'utilizzo dello strumento *aequitas* fosse già a un livello avanzato, che i giuristi fossero ben consapevoli del suo ruolo all'interno dell'ordinamento e che la utilizzassero per colmare le eventuali lacune o incongruenze del *ius civile*[86].

3. *Il dialogo tra le* partes *del* ius civile

Venendo, quindi, all'analisi delle singole *partes* del *ius civile* che, per quanto sopra detto, dialogano con l'*aequitas* e attraverso l'*aequitas* che, nei loro confronti, svolge quasi una funzione di raccordo, si può ritenere che il dialogo, probabilmente, più interessante sia quello che intercorre tra tre delle 'fonti' richiamate da Cicerone: l'*aequitas*, gli editti dei magistrati e l'*auctoritas prudentium*.

Prima di entrare nello specifico risulta opportuno aprire una piccola parentesi riguardo all'*edictum,* fonte di produzione tipica dello *ius honorarium*, attraverso il quale il magistrato giusdicente, all'inizio del suo anno di carica, annunciava e rendeva pubbliche le situazioni giuridiche che avrebbero trovato tutela.

---

[86] Cic., *Pro Caec.* 23.65: *Atque illud in tota defensione tua mihi maxime mirum videbatur, te dicere iuris consultorum auctoritati obtemperari non oportere. Quod ego tametsi non nunc primum neque in hac causa solum audio, tamen admodum mirabar abs te quam ob rem diceretur. Nam ceteri tum ad istam orationem decurrunt cum se in causa putant habere aequum et bonum quod defendant; si contra verbis et litteris et, ut dici solet, summo iure contenditur, solent eius modi iniquitati aequi et boni nomen dignitatemque opponere. Tum illud quod dicitur, 'sive nive,' inrident, tum aucupia verborum et litterarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere; scriptum sequi calumniatoris esse bonique iudicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere.* Cic., *Brut.* 29. 145-146: *Ita enim multa tum contra scriptum pro aequo et bono dixit, ut hominem acutissimum Q. Scaevolam et in iure, in quo illa causa vertebatur, paratissimum obrueret argumentorum exemplorumque copia; atque ita tum ab his patronis aequalibus et iam consularibus causa illa dicta est, cum uterque ex contraria parte ius civile defenderet, ut eloquentium iuris peritissimus Crassus, iuris peritorum eloquentissimus Scaevola putaretur. qui quidem cum peracutus esset ad excogitandum quid in iure aut in aequo verum aut esset aut non esset, tum verbis erat ad rem cum summa brevitate mirabiliter aptus.* [146] *Quare sit nobis orator in hoc interpretandi explanandi edisserendi genere mirabilis sic ut simile nihil viderim; in augendo in ornando in refellendo magis existumator metuendus quam admirandus orator. verum ad Crassum revertamur.*

In tale ambito la creazione del *praetor peregrinus* e la sua funzione giudicante di controversie tra cittadini e stranieri [87] fu, molto probabilmente, alla base dell'evoluzione processuale che portò al passaggio dal processo per *certa verba* a quello per *concepta verba*, anche detto *per formulas*[88].

Proprio con la nascita del processo formulare, testimoniata da Gaio[89], il ruolo del magistrato e il suo *edictum* vengono ad assumere una collocazione centrale nell'ordinamento romano. Nonostante l'editto avesse durata annuale, così come la carica del magistrato che lo emetteva, divenne prassi mantenere quelle soluzioni che si erano rilevate utili nell'apprestare tutela, limitandosi ad inserire solo le nuove formule ed i correttivi che si rendevano, via via, necessari[90].

Secondo tale *modus operandi* il lavoro del magistrato e del giurista laico, che spesso consigliava le formule da inserire, divenne un'attività fondamentale nell'evoluzione del diritto. Alla base di questa evoluzione c'era una necessità diffusamente avvertita, derivante dalla novità delle situazioni reali che richiedevano tutela, necessità che poteva trovare soluzione solo mediante l'utilizzo dell'*aequitas*.

L'*aequitas*, infatti, permetteva di correggere e di adattare il *ius civile* alle nuove esigenze e, di conseguenza, dava la possibilità di inserire nuove clausole volte a regolare situazioni giuridiche che prima non trovavano tutela nell'ordinamento[91].

---

[87] V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2011, 103 ss.

[88] Fu un mutamento graduale che iniziò nel III sec. a.C. per culminare nel 17 a.C. quando la *Lex Iulia iudiciorum* abolì formalmente le *legis actiones*, tranne per due eccezioni: l'introduzione di un'azione per il danno temuto e l'introduzione di un giudizio in materia ereditaria davanti al tribunale dei *centumviri*.

[89] Gai. 4,30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, name ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum erraset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigemus.*

[90] Proprio per questo si inizia a parlare di *edictum tralaticium*, fino ad arrivarsi alla codificazione dell'editto ad opera di Silvio Giuliano: si era oramai creato, infatti, un nucleo consistente di norme che venivano tramandate da magistrato a magistrato tale da permettere la consolidazione dello stesso.

[91] D. 37. 1. 6. 1 (Paul. XLI *ad ed.*): *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.*

In tale contesto fluido e mutevole la rigidità delle norme scritte e del *ius civile* fu a volte, ed in particolare nell'età preclassica, contraddetta o superata in nome dell'*aequitas*[92] come ci riporta Gaio nelle sue Istituzioni:

> Gai., *Inst.*, 4. 116: *Saepe enim accidit, ut quis iure civili tenetur, sed iniqua sit eum iudicio condemnari*

Dall'esegesi del passo si può notare come Gaio introduca il discorso relativo ai mezzi giudiziali che il pretore poteva concedere per paralizzare le *actiones* e rendere inidonee le previsioni generali enucleate nelle norme civilistiche. La giustificazione sottesa al riconoscere tali azioni viene espressa come necessità di evitare una situazione *iniqua*. Emblematica in quest'ottica di contrasto tra la rigidità del *ius civile* e l'elasticità dell'*aequitas* è un'altra testimonianza di Cicerone ricordata come la *causa Curiana*[93].

---

[92] A. GUARINO, *Equità (diritto romano)*, cit., 620, ss.

[93] Cic. *De orat.* 1.180: *Quid vero? Clarissima M'. Curi causa Marcique Coponi nuper apud centumviros quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? Cum Q. Scaevola, aequalis et conlega meus, Homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atque subtilis atque, ut ego soleo dicere, iuris peritorum eloquentissimus, eloquentium iuris peritissimus, ex scripto testamentorum iura defenderet negaretque, nisi postumus et natus et, ante quam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus; ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, M'. Curius esset heres, num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?*

Dalla testimonianza ciceroniana[94], si evince chiaramente la contrapposizione tra l'applicazione inflessibile del diritto, sostenuta da Scevola, che vorrebbe far prevalere l'interpretazione letterale del testamento, e l'adeguamento, mediante *aequitas*, del diritto stesso, che focalizza l'attenzione sulla *voluntas* del testatore, come viceversa sostenuto da Crasso[95].

Questa rilevanza dell'equità come strumento correttivo del *ius civile* si estende, quindi, a quelli che erano le modalità fondamentali di produzione del diritto attraverso l'attività giurisdizionale e l'interpretazione dei giuristi.

Con l'introduzione del processo formulare l'*imperium* dei magistrati, in quanto potere pubblico e giurisdizionale assume, infatti, la connotazione di una vera e propria fonte del diritto. E come ci testimoniano i giuristi classici[96], di cui si rinvengono numerosi riferimenti nei commentari relativi alle clausole edittali, è quasi sempre all'*aequitas* che vengono ricondotte le soluzioni innovative concesse mediante rimedi pretori.

---

[94] Caso del 93 a.C. in materia di sostituzione pupillare testamentaria in cui si videro contrapposti Q. Mucio Scevola e L. Crasso. Nello specifico un tale Curio era stato nominato per testamento sostituto pupillare di un figlio, non ancora nato, di Coponio. Alla morte di Coponio, Curio si immette nel possesso dei beni destinati al figlio che però non era mai nato. Lo scontro si incentra proprio su questo in quanto gli eredi, difesi da Scevola, sostengono l'inefficacia della clausola testamentaria non essendo venuta in essere la situazione che la giustificava (il figlio non è morto prima dell'età pupillare ma non è mai nato); viceversa Crasso, difensore di Curio, sostiene la necessità di dare maggior rilievo alla *voluntas* del testatore e, in considerazione dell'*aequitas*, ritenere valido il testamento. Per ulteriori approfondimenti: R. TORRENT, *Intepretacion de las* "voluntas testatoris" *en la jurisprudenzia repubblicana: la causa Curiana*, in *AHDE*, XXXIX, 1969, 201 ss; B. ALBANESE, *Volontà negoziale e forma in una testimonianza di Quinto Mucio Scaevola*, in *Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1980, 159 ss; L. VACCA, *Considerazioni sull'*aequitas *come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, ora in *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 1 ss; G. NEGRI, *Cicerone come 'fonte di cognizione' del diritto privato romano. L'esempio della causa curiana: appunti per una ricerca*, in *Atti del XIII Colloquium tullianum (Milano, 27-29 marzo 2008)*, XIII, 2009, 172 ss.

[95] F. BONA, *Cicerone tra diritto e oratoria. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda repubblica*, Cermenate, 1982, 26; G. NEGRI, *Cicerone come fonte di cognizione del diritto privato romano. L'esempio della causa curiana: appunti per una ricerca*, Roma, 2016, *passim*, B. CORTESE, *Tra* 'aequitas' *e* 'ius' *nella causa curiana*, in *IURA*, LXVII, Napoli, 2019, 49-77.

[96] D. 44. 4. 12 (Pap. *libro III quaest.*): *Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.* D. 44. 4. 1 (Paul. *libro LXXI ad ed.*): *Quo Lucidius intellegi possit haec exceptio, prius de causa videamus, quare proposita sit, deinde, quemadmodum dolo fiat, per quae intellegemus, quando obstet exceptio: deinde adversus quas personas locum habeat. Novissime inspiciemus, intra quae tempora competit exceptio.* [1] *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.* [2] *Sed an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur.* [3] *Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.* Gai. *Inst.* 3.18: *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione*

La diffusione del processo formulare[97] può, ben a ragione, essere considerata come il punto di svolta verso la progressiva trasformazione dell'originaria connotazione dell'ordinamento romano che da 'rigido' e molto formale, evolve secondo linee di sempre maggiore 'mobilità' e novità, tanto da dare frequentemente rilievo all'esigenza di un'adeguata valutazione di un elemento prima non considerato quale quello della *voluntas*[98].

Come accennato in precedenza, i magistrati giusdicenti erano, spesso, affiancati, nella redazione della formula, da giuristi laici. Anche la figura del giurista risente e partecipa all' evoluzione del contesto normativo, liberandosi dai vincoli che, all'epoca delle XII Tavole, ne costringevano l'azione nei limiti della lettura e dell'interpretazione del diritto, di cui non era possibile alcuna modifica né, tantomeno, abrogazione; in epoca repubblicana, invece, soprattutto grazie al nuovo strumento processuale e al peso sempre maggiore del *ius honorarium*, vennero consegnati ai giuristi gli strumenti suscettibili di consentire l'inserimento di principi giuridici nuovi all'interno dell'ordinamento.

---

veniunt. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium. quarum totidem genera sunt, quot (paene dixerim) rerum contrahendarum. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: vel de rato stipulatio. D. 37. 1. 6. 1 (Paul. *libro XLI ad ed.*): *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.*

[97] C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. Il processo formale*, II, Torino, 1982, 3 ss; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, I, Catania, 1980, *passim*; G. PUGLIESE, *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, 736 ss.

[98] L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 45.

Il giurista, quindi, nell'ambito del *ius honorarium*, finiva per assumere il ruolo del creatore di diritto proprio in ragione delle implicazioni derivanti dalla natura prevalentemente politica dei magistrati[99]; tale circostanza faceva sì che, nella redazione delle formule da concedere per tutelare situazioni nuove all'interno dell'ordinamento, gli stessi magistrati dovessero avvalersi del supporto 'tecnico' di esperti del diritto quali i giuristi.

In epoca repubblicana si può, correttamente, parlare di giuristi laici visto che anche questa 'carriera' era divenuta praticabile da tutti coloro che ambivano a svolgere un ruolo nel mondo del diritto. E questo grazie all'apertura del sapere giuridico a quei soggetti che volevano compiere tali studi ai predetti fini, superando il completo monopolio nell'interpretazione del diritto che era proprio del collegio pontificale durante il periodo arcaico.

In ragione di tale evoluzione, anche la connessione tra l'*aequitas* e l'*auctoritas prudentium* risulta fondamentale nell'analisi delle 'fonti' del diritto.

A tale proposito risulta opportuna una notazione preliminare dal punto di vista terminologico. Cicerone, infatti, utilizza il termine *auctoritas* e non *responsa* per riferirsi all'attività dei giuristi; l'uso di questo termine, come sottolineato dalla studiosa Letizia Vacca[100], implica una visione che non riduce il ruolo del giurista alla mera emissione di responsi ma ne prende in considerazione e ne valuta l'intera attività, tanto da far riferimento alla sua 'autorevolezza scientifica'.

L'attività svolta dai giuristi era intesa a dare la migliore definizione alla situazione che veniva prospettata o che dovevano risolvere. Questo procedimento logico era, di per sé, permeato dall'*aequitas,* vista nell'ottica di dare 'soluzioni simili a casi simili' mediante l'applicazione analogica di fattispecie caratterizzate dalla medesima struttura.

---

[99] P. GIUNTI, *Iudex* e *iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in Ius controversum *e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, a cura di V. MAROTTA- E. STOLFI, Roma, 2012, 237.

[100] L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 46 ss.

Tramite lo strumento equitativo risultava, infatti, possibile estendere soluzioni dimostratesi valide in casi già risolti oppure innovare l'ordinamento attraverso l'introduzione di formule *ad hoc* volte a garantire una tutela reale a tutti i soggetti della collettività romana.

Questa attività ed il peso che in tale ambito assumeva la prerogativa dell''autorevolezza' connota, anche, il ruolo dell'*interpretatio* in materia di *leges* che, insieme ai *senatoconsulta,* costituiscono le ulteriori 'fonti' del diritto riportate dall'Arpinate.

Al riguardo, visto il periodo storico a cui Cicerone fa riferimento, dobbiamo far rientrare tra gli atti normativi, non solo le *leges rogatae* ma anche i *plebiscita* che erano stati equiparati con la *Lex Hortensia*[101].

Mediante l'*intepretatio* ed avvalendosi, anche, della tecnica del *distinguo* e della analisi casistica, i giuristi riuscivano ad ampliare il campo di applicazione di questi atti normativi di modo da garantire una migliore applicazione del diritto.

Dal punto di vista più pratico, invece, meritano un discorso separato le *res iudicatae*.

Anche questa 'fonte' del diritto va vista in correlazione con le altre voci come gli editti dei magistrati, l'equità e, in particolare, con la consuetudine. Tenendo sempre ben presente il concetto di *partitio*, tutte queste voci risultano in rapporto tra di loro ma ciò non implica che esse siano idonee a creare norme vincolanti; nei *Topica* Cicerone ci descrive, infatti, in maniera chiara, le voci che compongono il *ius civile* considerato nel suo insieme e quello che, in un certo senso, può essere visto come il suo processo di formazione.

---

[101] La *Lex Hortensia* fu emanata nel 286 a.C. a seguito di una secessione della plebe sul Gianicolo, volta a vedere riconosciuto il fatto che le deliberazioni plebee (*plebiscita*) fossero in tutto e per tutto parificate alle leggi, assumendone il valore e la forza. Al riguardo si segnala Gai., *Inst.* 1.3: *Lex est, quod populus iubet atque constituit. plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione uniuersi ciues significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri ciues significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quae sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita uniuersum populum tenerent : itaque eo modo legibus exaequata sunt*.

Questa premessa è necessaria soprattutto in relazione al fatto che le *res iudicatae*[102] nel mondo romano non avevano valore vincolante e, quindi, di per sé non erano da sole idonee a creare nuovo diritto.

La loro esistenza poteva, però, influenzare le soluzioni dei casi successivi in ragione del fatto che, spesso, venivano citate ad *exemplum* davanti al magistrato. Questa attività si esplicava nell'uso da parte degli avvocati di riportare le decisioni pronunciate in passato in relazione ad un caso simile. In particolare, più un certo caso si avvicinava, sia come struttura sia come vicinanza temporale, a quello in esame, più era stata reiterata quella decisione, più il magistrato che l'aveva pronunciata risultava autorevole[103], più facilmente quelle *res iudicatae* finivano per persuadere il giudice del caso concreto a pronunciarsi nuovamente in quella direzione.

Lo stesso Cicerone ci riporta nella *Rethorica ad Herennium*, una descrizione dell'utilizzo di questi *exempla*:

> *Reth. ad Her.* 2.12: *Quaeritur in translationibus primum, num aliquis eius rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat, num alio tempore, num alia lege, num alio quaerente. Haec legibus et moribus, aequo et bono reperientur; de quibus dicetur in iuridiciali absoluta.*

Si può vedere come l'Arpinate faccia un chiaro richiamo all'equità quale criterio da utilizzare, insieme alle leggi e alla consuetudine, nelle risoluzioni dei casi in cui ci sia un giudizio in materia di proprietà. L'opera poi prosegue con un nuovo richiamo a quelle che sono le parti del diritto:

---

[102] G. BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *'Scintillae iuris'. Studi in memoria di G. Gorla*, I, Milano, 1994, 183 ss.

[103] D. MANTOVANI, Iuris scientia et honores. *Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto*, I, Napoli, 1997, 673.

Reth. ad Her. 2.13: *Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis. In ea convenit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si, ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto.* […] *Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis.*

Nonché da tenere in considerazione il chiaro richiamo alla *res iudicata*:

Reth. ad Her. 2.29: *[..] Res iudicata vitiose proferetur, si aut dissimili de re proferetur, <aut> de ea re, qua de controversia non est, aut inproba, aut eiusmodi, ut aut plures aut magis idoneae res iudicatae ab adversariis proferri possint.*

Per quanto, quindi, le *res iudicatae*[104] non fossero idonee a produrre diritto autonomamente, si inserivano, però, perfettamente nella visione come di un *unicum* del *ius civile*. A più forte ragione ove si consideri che queste pronunce, ove reiterate e grazie anche alla competenza dell'organo giudicante e all'autorevolezza dei giuristi, potevano integrare i caratteri della consuetudine finendo per dare vita a nuovi principi giuridici che entravano a fare parte dell'ordinamento[105].

---

[104] G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Est. Hist.-Juríd*, 1982, 55 ss; M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratiche du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. SIHDA Atti della 51ª sessione (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997)*, a cura di I. PIRO, Soveria Mannelli, 1999, 158 ss; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honeuur de C.A. Cannata,* Genéve, 1999, 53 ss; G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in 'Res iudicata', tomo II, a cura di L. GAROFOLI, Napoli, 2015, *passim*.

[105] Cic. *de inv.* 2. 22.65: […] *ius ex quibus rebus constet, considerandum est.* […]; 67: […] *Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea*

Si dimostra, quindi, che le 'fonti' individuate da Cicerone siano, realmente, in continuo dialogo tra di loro, possano influenzarsi a vicenda e, anche per effetto della sinergia insita in questo lavoro in comune, riescano, sotto le opportune condizioni, a dare vita a nuovo diritto, a nuovo *ius civile*.

4. *Le prime testimonianze giuridiche di età repubblicana*

Appare, quindi, possibile soffermarsi sull'analisi delle fonti giuridiche di epoca repubblicana, e si deve fare riferimento, in via di prima approssimazione, ad alcuni frammenti di periodo preciceroniano in cui è possibile rinvenire concetti che, pur suscettibili di concorrere alla formazione della nozione di *aequitas*, non appaiono incentrati sul versante più prettamente giuridico della nozione stessa che viene toccato solo *a latere.*

In una fase iniziale sembra, infatti, prevalere un inquadramento della problematica fondato su di un punto di vista quasi matematico, atteso il prevalente utilizzo dei relativi concetti per dare vita ad un'entità che racchiudesse in sé il significato dei termini 'corrispondenza'[106] ed 'uguaglianza'.

Pur riportando tale accezione ad un ambito prevalentemente proprio della realtà fisica si intravede, comunque, una continua volontà di comparazione che finisce con il superare tale ambito, estendendosi ad aspetti che risultano propri della realtà giuridica e di quella morale.

Ed è proprio da questa costante esigenza di approssimazione e di confronto che si inizia a delineare una nuova nozione del concetto di *aequitas,* incentrata sulla valutazione dei comportamenti e degli atteggiamenti delle persone oltre che degli elementi significativi propri delle situazioni riferibili al caso concreto.

---

autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum. 68: […] *iudicatum, de quo iam ante sententia alicuius aut aliquorum constitutum est.*

[106] P. SILLI, voce *Equità*, cit., 480.

Si perviene, in tal modo, alla formazione di uno strumento logico innovativo, mediante il quale appare possibile pervenire ad una valutazione più completa e precisa degli accadimenti che consente di migliorare l'adeguatezza delle risposte fornite alle esigenze di diversa natura, non escluse quelle di carattere più squisitamente pratico.

Sicuramente la maggiore fioritura dell'utilizzo di tale concetto è riscontrabile in epoca classica e postclassica ma, già durante il periodo repubblicano, si può constatare una crescente maturità e padronanza dei giuristi nell'impiegare questa nozione in maniera consona alle soluzioni che, di volta in volta, si ritenevano necessarie.

Il progressivo consolidamento della sfera concettuale e dell'ambito applicativo di tale nozione hanno fra l'altro, fatto sì che, a seconda del periodo storico di riferimento, l'*aequitas* dialogasse in maniera differente con il diritto giurisprudenziale e con il diritto positivo, finendo con il rivestire un ruolo sia di strumento di correzione che di adeguamento del diritto vigente.

La fase storica in cui viene a delinearsi comporta, come sostenuto da parte della dottrina[107], in maniera più evidente, quasi una sorta di contrapposizione tra il *ius strictum* e l' *aequitas* è quella dell'ultimo periodo della Repubblica; ciò in quanto risultò problematico affrontare le nuove esigenze di Roma disponendo delle antiche ed ormai inadeguate strutture del *ius civile,* in un contesto che doveva, altresì, tenere conto del maggior potere spettante al magistrato a seguito dell'introduzione del processo formulare.

Ciò che rimane, però, immutato nel passaggio da Repubblica a Principato attiene alla considerazione dell'*aequitas* come 'strumento' o 'schema operativo'[108] suscettibile di produrre l'adeguamento delle soluzioni pratiche ai valori di comune percezione in un dato momento storico, offrendo, nel contempo, la costante garanzia dell'ineludibile parità di trattamento.

---

[107] L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, cit., 7 ss.
[108] L. SOLIDORO, *Tra morale e diritto*, cit., 61 ss.

La circostanza che, nelle fonti, il concetto dell'*aequitas* appaia scarsamente utilizzato in maniera esplicita è, probabilmente, dovuta, come sottolineato in apertura, alla perdurante sensazione della sacralità delle tradizioni quiritarie che venivano ancora ed intensamente avvertite come eterne ed immutabili.

Bisogna, però, notare come in tale periodo la nozione di *aequitas* venisse utilizzata con finalità fra di loro contrastanti, atteso che per un verso rappresentava la *ratio* sottostante l'utilizzo dell'estensione analogica e, per un altro, veniva a costituire lo strumento della volontà di limitare l'utilizzo delle clausole edittali[109].

In effetti le prime applicazioni del criterio dell'*aequitas* erano intese, proprio, ad allargare il campo di utilizzo delle leggi o delle clausole edittali avvalendosi, anche, della tecnica dell'analisi casistica e del '*distinguo*'.

I postulati alla base dell'idea di analisi casistica e il funzionamento della tecnica del '*distinguo*', necessitano di essere brevemente analizzati per dare, appieno, contezza del funzionamento dell'ordinamento romano. La prima considerazione da fare verte, infatti, sulle conseguenze indotte dalla natura del sistema giuridico romano che risulta, basilarmente, di tipo casistico[110].

In un tale contesto il ruolo dell'*aequitas* non può che essere differente rispetto a quello che avrebbe assunto in un sistema di diritto codificato; come evidenziato da Letizia Vacca[111], tale «schema operativo […] 'impone' al giurista-interprete di proporre soluzioni eguali a casi simili e soluzioni differenti a casi qualificati da elementi diversi». Ed è in questo schema operativo che si inserisce la tecnica del '*distinguo*' che rappresenta un modo tipicamente utilizzato al fine di poter innovare le soluzioni raggiunte fino ad un dato momento; una volta estrapolata la *ratio decidendi,* mediante il '*distinguo*' sarà, infatti, possibile o applicare una soluzione già in precedenza utilizzata o, altrimenti, giungere ad una soluzione differente[112].

---

[109] G. PAPA, *La 'replicatio'. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009, *passim*.
[110] A. CENDERELLI-B. BISCOTTI, *Produzione e scienza*, cit., 195 ss.
[111] L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Cedam, 2006, 237 ss.
[112] L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*.

Una fonte a sostegno di tale considerazione, che ha dato rilievo all'elemento comune per poi estendere l'ambito applicativo, ci perviene da un passo del Digesto in cui si attribuisce a Bruto, uno dei giuristi '*qui fundaverunt ius civile*'[113], l'utilizzo di una soluzione innovativa in materia di *Lex Aquilia* con la finalità di trattare casi differenti attraverso l'estensione della stessa come ci viene riportato da Ulpiano:

> D. 9.2.27.22-23 *(*Ulp. *XVIII ad ed.): Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto. Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore*.

Nel *casus* appena riportato, infatti, il giurista Bruto dice che, se una donna percossa con un pugno o una giumenta sferzata con un colpo espellono il feto, si configura, in base alla lex Aquilia, una *ruptio* nei confronti della madre o della cavalla. Ciò giustificato mediante l'estensione dell'azione[114], concessa dalla legge Aquilia, per il caso in cui a un mulo, caricato più del dovuto, si dovesse rompere un arto. Giova, a tale riguardo, focalizzare l'attenzione sul significato del verbo *rumpere*, che è uno dei verbi utilizzati nel capo terzo della *Lex Aquilia* per indicare un comportamento dannoso.

---

[113] D. 1.2.2.39 (Pomp. *libro sing. ench.*): *Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile. Ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit, Brutus septem, Manilius tres: et extant volumina scripta Manilii monumenta. Illi duo consulares fuerunt, Brutus praetorius, Publius autem Mucius etiam pontifex maximus*.

[114] Per approfondimenti sul tema dell'analogia: E. BETTI, *Forma e sostanza della* interpretatio prudentium, Milano, 1951, *passim*; EAD, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, *passim*; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 601 ss; E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, 2005, 9 ss; A. MANTELLO, *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Convegno. Como, 17-18 novembre 2006)*, a cura di C. STORTI, Napoli, 2010, 3 ss; L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 39 ss; EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 167 ss;

La problematica interpretativa, come autorevolmente sottolineato dal Cannata[115], nasce dalla circostanza che il feto non è ricompreso fra i "beni" considerati ai fini dell'applicazione del capo primo della legge nei casi in cui si verifichi l'evento morte[116]. Ciò non toglie che, come sottolineato da Bruto, il fenomeno di *ruptio*[117] sia, comunque, il risultato di un'attività di un soggetto che determina conseguenze dannose ancorché variabili: nel caso della schiava e della cavalla la perdita del feto, nel caso del mulo, invece, la rottura di un arto. Da queste considerazioni, seguendo il pensiero del Cannata[118], si arriva alla conclusione del responso che, nonostante il mancato riconoscimento del valore intero della schiava o dell'animale, permette di assoggettare il danneggiante all'azione aquiliana e di condannarlo ad una pena pari al danno prodotto ai beni.

In questo caso, quindi, si estende al feto una tutela riconosciuta teoricamente solo alla madre, considerandolo parte della stessa di modo da garantire un risultato più equo[119]. Oltre ad essere un chiaro esempio di applicazione dell'*aequitas*, l'importanza di tale responso risiede anche nel fatto che da quel momento in poi il verbo *rumpere*, nel senso generale di *corrumpere*, venne utilizzato come principio interpretativo generale. La conseguenza diretta si esplicava nel fatto che i danneggiamenti non distruttivi potessero ora rientrare tutti nel capo terzo come *corruptiones* e sanzionati in base al danno prodotto.

I responsi dati dai giuristi e la loro pubblicazione comportano la «proposta di metodo per l'applicazione del *ius*, per la determinazione concreta del *ita ius sto*, e corrisponde all'idea che questo *ius* non sta più nelle norme, ma è implicito in ogni caso ed è nel caso che lo si deve trovare»[120].

---

[115] C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 232 ss;

[116] L. DESANTI, *La Legge Aquilia. Tra* verba legis *e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 39.

[117] A. CORBINO, *Il danno qualificato e la* Lex Aquilia, Padova, 2008, 102; F. MUSUMECI, *«*Quasi ruperit*», «*Quasi rupto*»*, in *Studi in onore di A. Metro*, IV, Milano, 2010, 358 ss.

[118] C.A. CANNATA, *Sul testo della* Lex Aquilia *e la sua portata originaria*, in Scritti scelti di diritto romano, II, a cura di L. VACCA, Torino, 2012, 173 ss; L. DESANTI, *La Legge Aquilia. Tra* verba legis *e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 39.

[119] M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, *passim*.

[120] C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997, 212.

Così facendo il responso, oltre a risolvere il caso concreto, si pone come modello da studiare e da considerare nella risoluzione di casi analoghi ma, soprattutto, da tenere presente nella realizzazione casistica del *ius*.

Ed è proprio in merito al contesto applicativo della *Lex Aquilia* che si può evidenziare come le soluzioni rinvenibili nella casistica riconducibile al periodo repubblicano rappresentino i primi passi in materia di *aequitas*, con particolare riguardo al suo utilizzo nell'estensione delle soluzioni ai casi simili.

Quanto detto appare evidente in un altro passo del Digesto, ove viene configurata una condotta dolosa da parte di un gruppo di servi nei confronti di un altro soggetto, condotta che sembra qualificabile alla stregua dell'attuale concorso di più persone[121] nel compimento di in un determinato reato:

> D. 9.2.11.2-4 *(*Ulp. *XVIII ad ed.): Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*
>
> *Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius.*
>
> *Si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aeque veteribus placet omnes lege Aquilia teneri.*

[121] I. PIRO, Damnum corpore suo dare rem corpore possidere. *L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della* possessio *nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, 188.

Nello specifico, se è possibile accertare in maniera indiscutibile che un soggetto ne abbia ucciso un altro non si pongono, evidentemente, particolari problemi dal punto di vista della condanna; se, invece, la responsabilità non può essere attribuita, in maniera esclusiva, ad uno o più dei soggetti facenti parte del gruppo, allora tutti i soggetti devono essere considerati responsabili dell'avvenimento, come se avessero ucciso tutti insieme.

In questa fattispecie, come nella precedente riportata da Ulpiano, si fa un chiaro riferimento ai *veteres*, estendendo soluzioni date in epoca precedente a casi non rientranti direttamente nella previsione della *Lex Aquilia*[122], di cui si amplia il raggio di azione, al di là della lettera della norma, a casi ritenuti simili o al ricorrere di fattispecie già risolte in quel senso.

Oltre al campo di azione della *Lex Aquilia* è possibile rinvenire l'applicazione del concetto di *aequitas* anche in un passo di Paolo, tratto dal libro sesto *ad Sabinum,* in cui, nel riportare un parere di Servio, si considera *aequa* la formazione di una società[123] all'interno della quale venga stabilito che un socio conferisca del denaro contante mentre un altro apporti la sua capacità di lavoro:

---

[122] La *Lex Aquilia* riguardava la repressione del *damnum iniuria datum* e che risultava strutturata in tre capitoli: il primo riguardante il soggetto che avesse ingiustamente ucciso uno schiavo o un quadrupede facente parte di un armento altrui doveva essere condannato a ripagare il rispettivo proprietario il massimo del valore che lo schiavo o l'animale avevano raggiunto nel corso dello stesso anno in cui fu commesso il fatto; il secondo capitolo prevedeva un'azione esperibile nel confronti dell'*adstipulator*, che, in frode allo *stipulans* principale, avesse accreditato, sul proprio libro-giornale della contabilità, una certa somma; il terzo capitolo, infine, riguardava tutte le altre fattispecie di danni, inclusi quelli cagionati ingiustamente a cose inanimate e il danneggiato doveva essere condannato a pagare la cifra pari al valore della *res*, non di quell'anno bensì una somma determinata in relazione valore della *res* nei trenta giorni precedenti il fatto produttivo del danno. Essa nasceva come un'azione penale *reipersecutoria*, emanata nel III sec. a.C. per dare tutela alle situazioni sopra elencate.

[123] V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 150 ss; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e Produzione schiavistica*, III, Bari, 15-39.

> D. 17. 2. 30 *(*Paul. *VI ad Sab.): Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliamdamni, aliam lucri partem socius ferat: servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omnidamno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

Come sottolineato dal Pernice[124], nel frammento riportato è possibile rinvenire la presenza di un vero e proprio principio etico che garantiva un'equa divisione di danni e perdite tra i soci; nello stesso frammento si parla, inoltre, della divisione di guadagni e perdite non in base alla posizione economica del socio ma alla società nel suo complesso.

Il parere di Servio prevalse, probabilmente, proprio perché basato su un principio di *aequitas* che garantiva la corrispondenza tra la *pecunia* e l'*opera*; come chiaramente esposto da Pinna Parpaglia[125] «giuridicamente parlando […] Servio non fa altro che notare la perfetta adattabilità del mezzo tecnico a disposizione alla situazione concreta cui deve essere applicato».

[124] A. PERNICE, *Parerga*, in *ZSS*, 9, 1888, 234.
[125] P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas*, cit., 178.

Questo frammento va, inoltre, letto insieme ad un passo delle Istituzioni di Gaio[126] e con un passo delle Istituzioni di Giustiniano[127] in cui compare un principio, ormai noto, che viene attribuito a Servio: si ritiene *aequum* il formare una società in cui uno dei soci conferisca denaro contante mentre l'altro apporti solamente la sua capacità ed attività di lavoro; dato questo assunto, il giurista ritiene altrettanto *aequum* che i guadagni conseguiti siano comuni ad entrambi i soci.

La soluzione adottata da Servio trasporta sul piano giuridico la perfetta corrispondenza dell'uno e dell'altro tipo di *societas,* basata proprio sull'equivalenza tra la *pecunia* e l'*opera*[128].

Sulla scia del pensiero del Pinna Parpaglia è possibile analizzare un altro frammento del Digesto attribuito di nuovo a Servio Sulpicio Rufo e riportato da Paolo:

> D. 3.5.20 *pr. (*Paul. *IX ad Ed.) Nam et servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.*

---

[126] Gai. 3.149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse censuit. sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

[127] *Inst.* 3.25.2: *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intellegatur lucri esse.*

[128] P. PINNA PARPAGLIA, Aequitas, cit., *passim*.

Nella fattispecie in esame si può vedere come si tratti di tre soggetti presi in ostaggio dai Lusitani i quali, successivamente, ne posero uno in libertà con il dovere di tornare indietro con il denaro utile per riscattare tutti e tre.

Nel caso in cui questa persona non fosse tornata, i due trattenuti sarebbero rimasti in prigionia ed avrebbero dovuto pagare il prezzo anche per il terzo soggetto liberato che non aveva tenuto fede all'impegno. Dall'esegesi del frammento si evince come il prigioniero liberato non mantenesse la promessa[129] e i due rimasti in prigionia dovessero, quindi, adempiere al pagamento per tutti e tre. In questo quadro si inserisce il parere di Servio che reputa *aequum* che il pretore conceda un'azione contro il compagno di prigionia fedifrago.

Risulta assai probabile che l'utilizzo dell'*aequitas* in questa fattispecie possa essere individuato nella *communis opinio romana* messa in evidenza da Arangio-Ruiz, secondo la quale «Roma non considera come *iusta* la schiavitù del cittadino che il nemico ha fatto prigioniero»[130]. Conseguenza di tale affermazione è che il cittadino romano, pur prigioniero, non ha perso il suo *status* e quindi può far valere in giudizio i suoi diritti anche se sorti in quel periodo. Il pretore, allora, concedendo ai due cittadini, che hanno pagato il riscatto per sé e per il compagno, un'azione nei confronti di quest'ultimo, non fa altro che ristabilire la situazione di equilibrio rispetto agli impegni assunti nei confronti dei Lusitani: l'azione, quindi, ha la finalità di costringere ognuno a pagare quanto dovuto. L'analogia con il frammento relativo alla *societas* risiede nella volontà di stabilire una corrispondenza perfetta tra la posizione dei soggetti e la gravità degli obblighi cui debbono sottostare.

---

[129] S. BARBATI, *La* redemptio ab hostibus *e lo status del* redemptus, in *Atti dell'Accademia Costantiniana*, XXI, Roma, 2016, 152.

[130] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli, 1984, 482.

Altro frammento da prendere in considerazione riguarda un responso attribuito ad Alfeno Varo, giurista di epoca repubblicana allievo di Servio, in cui, con riferimento alla *Lex Aquilia*, ritiene *aeque,* se dimostrata la *voluntas*, estendere la fattispecie del *damnum iniuria datur* equiparando il soggetto che non tiene a bada un animale, commettendo un danno ad un altro soggetto, a chi arreca un danno ingiusto lanciando un'arma o qualsiasi altra cosa:

D. 9.2.52.2 *(*Alf. *libro II digestorum): In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obtriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. Respondi in causa ius esse positum: nam "eam" si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. Sed si mulae, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissententiarum.*

Il responso richiesto attiene ad una fattispecie di danneggiamento avvenuto durante una salita sul colle Capitolino; nello specifico, un carro trainato da mule e tenuto da alcuni mulattieri, risulta improvvisamente indietreggiare e colpire un carro che lo seguiva provocando il ferimento di uno schiavo[131]. Il padrone del *servus* richiede allora un parere ad Alfeno, ed è qui che risiede il carattere problematico del responso, per capire contro chi poter agire per essere ristorato del danno subito. Il giurista evidenzia dapprima la necessità di verificare l'esistenza o meno di una *causa* collegabile al fatto[132]. Nel caso di specie se i mulattieri si fossero ritirati senza motivo dal sorreggere il carro, mettendo quindi in difficoltà le mule, Alfeno risponde che non risulta possibile agire nei confronti del proprietario delle mule ma solo verso i mulattieri. Alla base di questa soluzione risiede la giustificazione che chi smette volontariamente una determinata azione provocando un danno ad un altro soggetto è ugualmente responsabile al pari di un soggetto che lancia un'arma o qualunque altra cosa. Viceversa, se il ferimento è avvenuto per uno spavento delle mule, i mulattieri non risulteranno responsabili ma si potrà agire nei confronti del proprietario delle mule. Se, invece, né le mule né i mulattieri risultassero responsabili, non sarà proponibile nessun tipo di azione. Le soluzioni fornite da Alfeno risultano orientate dall'inciso '*in causa ius esse positum*' dove, come osservato dal Cannata[133], il termine *ius* viene utilizzato nel senso di "soluzione giuridica giusta" avvalorando il pensiero di un ragionamento guidato dall'*aequitas*.

---

[131] S. SCHIPANI, *Responsabilità* ex lege Aquilia. *Criteri di imputazione e problema della* culpa, Torino, 1969, 179 ss; G. VALDITARA, Damnum iniuria datum, Torino, 2005, 22 ss; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la* lex Aquilia, Torino, 2008, 99 ss.

[132] F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 139 ss; G. BROGGINI, *Ricordi e pensieri*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L.VACCA, Padova, 2008, 81 ss.

[133] C.A. CANNATA, *Per una storia*, cit., 282 ss.

La centralità, in particolare di questo responso, ma in realtà di tutta l'opera di Alfeno Varo risiede nel fatto che il giurista incarna perfettamente quel processo per cui dalla soluzione di un singolo caso è possibile astrarre un regola; soprattutto nell'ultimo frammento analizzato – D.9.2.52 – si parte da una soluzione ritenuta giusta per la risoluzione di un caso, la cui soluzione si può generalizzare, mediante un'opera di astrazione ossia eliminando le note specifiche che non rilevano in ordine alla soluzione da adottare.

Da questo frammento[134] si evince come l'utilizzo nel linguaggio dei giuristi del termine *aeque* serva proprio per mettere a confronto situazioni e circostanze che il diritto si preoccupa di regolare e risulti centrale per estendere una soluzione funzionante ad un'altra fattispecie, diversa nei fatti, ma con alla base un principio giuridico di eguale natura.

Vi è però un frammento, tratto dal libro secondo dei *Digesta* di Alfeno Varo, in cui si desume, in maniera limpida, l'utilizzo del termine *aequum* in chiave spiccatamente giuridica:

> D. 44.1.14 *(A*lf. *libro II digestorum): Filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitus et postea mortuus est. Et pater eius pecuniam ab emptore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere: "Quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.*

[134] R. CARDILLI, *Gestione empirica dell'imputazione e «*culpae adnumeratio*» nella riflessione dei giuristi romani*, in *Quaderni camerti di Studi romanistici*, Napoli, 2014, 321 ss.

Il caso in questione fa riferimento alla vendita, da parte di un *filius familias,* di uno schiavo facente parte del suo peculio; questo schiavo, successivamente, diviene oggetto di una stipulazione novatoria che determina la novazione dell'obbligazione gravante sul compratore di corrispondere il prezzo. Focalizzando l'attenzione sul passaggio *is homo redhibitus*, si ritiene[135] ragionevole pensare che il termine *redhibitus* sia inteso in senso tecnico e che, quindi, lo schiavo fosse affetto da qualche vizio e, per questo, restituito al venditore. Lo schiavo però muore e l'azione che viene, a questo punto, intentata dal *pater* si fonda sulla predetta *stipulatio* novatoria della compravendita.

In esito a tale richiesta il pretore considera *aequum* concedere una *exceptio*[136] al convenuto sulla base del fatto che il servo è stato restituito ed è venuta meno l'obbligazione di corrispondere il prezzo. La possibilità di concedere tale *exceptio* affonda le sue radici nel fatto di garantire la corrispettività delle prestazioni e che non venga meno il sinallagma contrattuale[137].

Ci si potrebbe chiedere come mai il pretore decida di concedere una *exceptio in factum* e non una *exceptio doli*. La problematica è stata risolta dal De Sarlo[138], il quale ha rinvenuto la soluzione nel fatto che, dato il periodo di riferimento, l'*exceptio doli* era appena stata inserita nell'ordinamento e per questo ancora poco utilizzata.

Altro passo significativo che risulta centrale nello studio delle fonti repubblicane tratta dell'utilizzo dell'*actio iniuriarum*:

---

[135] P. PINNA PARPAGLIA, Aequitas, cit., 183.

[136] G. NICOSIA, Exceptio utilis, in *ZSS*, LXXV, 1958, 251 ss; R. SANTORO, 'Actio civilis in factum', 'actio praescriptis verbis' *e* 'praescriptio', in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 711.

[137] M. TALAMANCA, Conventio *e* stipulatio *nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception in Europe*, Varsavia, 1978, 195-226.

[138] L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, 94 ss.

D. 47.10.17.2 (Ulp. *LVII ad ed.*): *Servus meus opera vel querella tua flagellis caesus est a magistratu nostro. Mela putat dandam mihi iniuriarum adversus te, in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, et si servus decesserit, dominum eius agere posse Labeo ait, quia de damno, quod per iniuriam factum est, agatur. Et ita Trebatio placuit.*

Il caso in esame riguarda l'uccisione di uno schiavo e la relativa concessione dell'*actio iniuriarum*[139] a favore del *dominus*, come approvato anche da Trebazio Testa, giurista del I sec. a.C.

Nell'*actio* riconosciuta al *dominus* è contenuta la clausola *quantum ob eam rem aequum iudici videbitur* caratteristica di queste azioni. L'*actio iniuriarum*, infatti, rientra tra quelle azioni pretorie che venivano concesse nei vari casi di *iniuria*; a seguito dell'esperimento di detta azione, ove il giudice ravvisasse la fondatezza della pretesa attorea, fissava l'ammontare della condanna in via equitativa[140], ossia secondo *quantum aequo et bonum videbitur*. Questo inciso alimenta una delle questioni più discusse nell'ambito dell'*aequitas*.

A livello dottrinario i due studiosi che maggiormente hanno affrontato la problematica, partendo proprio dal frammento sopra riportato, risultano essere il Guarino[141] e il Beretta[142].

---

[139] Sempre in materia di *damnum iniuria*, D. 43. 24. 7. 4 (Ulp. *libro LXXI ad ed.*): *Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: "Quod incendii defendendi causa factum non sit?" Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*

[140] A.A. SCHILLER, *Roman Law. Mechanisms of development*, Berlino, 1978, 554.

[141] A. GUARINO, Actiones in aequum conceptae, in *LABEO*, 1962, 8 ss.

[142] P. BERETTA, Condemnatio in bonum et aequum, in *Studi Solazzi*, 1948, 267.

Secondo la ricostruzione del Guarino, l'espressione *quantum aequum sibi videbitur*, che non coincide assolutamente con *ex bono et aequo* utilizzata in periodo adrianeo, rappresenta l'esortazione nei confronti del giudice a rapportare l'ammontare della condanna alla stima del valore economico-sociale della fattispecie in esame, e ciò tenendo soprattutto in considerazione la situazione esistente al momento della *sententia*.

Aggiunge, inoltre, lo studioso che «la formula dell'*actio iniuriarum*, che fu probabilmente la più antica, non è testualmente riferita, ma si ricava da D.47.10.17.2»[143]. La ricostruzione del Guarino sembra non considerare l'*aequitas* come un valore astratto o filosofico ma come un valore concreto, presente nelle opinioni correnti nell'ambiente economico e sociale di riferimento, che tutti potevano conoscere e controllare e che si traduce, nelle decisioni giudiziarie, in un criterio di retributività.

La ricostruzione del Beretta, invece, muove dal concetto di *iniuria* come un'offesa alla personalità fisica o morale; di conseguenza la somma data come condanna non poteva basarsi sul danno patrimoniale ma andava proporzionata, in via equitativa, rispetto alla maggiore o minore gravità dell'offesa medesima. Proprio per questo motivo si configurava la necessità che la pena venisse irrogata liberamente dal giudice, il quale poteva aumentare o diminuire l'ammontare, proporzionandolo alla gravità dell'azione delittuosa, non sulla base di una stima economica ma tenendo in considerazione il principio del *bonum aequum*.

[143] A. GUARINO, Actiones, cit., 8.

Continuando la disamina delle fonti, sempre in tema di *Lex Aquilia*[144], si può riportare, anche, un passo di Giuliano[145].

In questo frammento, D.9.2.51, il giurista, rifacendosi all' *auctoritati veterum*, estende non solo al soggetto che materialmente toglie la vita allo schiavo ma anche al soggetto che ha inflitto una ferita tale da poter essere fatale, la responsabilità per l'evento morte. Anche qui l'*aequitas* riveste, maggiormente, il ruolo di estensione di una soluzione ritenuta valida ad un caso per cui, di norma, una tale soluzione non sarebbe prevista. Estensione dovuta al fatto che si ritiene equo che situazioni simili o comunque analoghe siano tutelate nella stessa maniera.

Spesso poi si rinviene un ruolo di correzione delle *iniquitates* del *ius scrictum*, estendendo l'applicazione dei rimedi processuali e innovando, quindi, il diritto tradizionale[146].

---

[144] Ancora in materia di *Lex Aquilia*, D. 9. 2. 39 (Pomp. *libro XVII ad Quin. Muc.*): *Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. 1. Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.*

[145] D. 9. 2. 51 (Iul. *libro LXXXVI dig.*): *pr. Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri. 1. Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt. 2. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*

[146] D. 44. 4. 1 (Paul. *libro LXXI ad ed.*): *Quo Lucidius intellegi possit haec exceptio, prius de causa videamus, quare proposita sit, deinde, quemadmodum dolo fiat, per quae intellegemus, quando obstet*

Altri frammenti ci sono giunti di epoca repubblicana[147] che testimoniano come, spesso, la giurisprudenza abbia utilizzato i concetti di *aequitas* e di *iniquum* in riferimento al *ius civile,* per svolgere una funzione di controllo in merito all'attualità o meno dello stesso.

Oltre ai frammenti fin qui analizzati appare opportuno soffermarsi sulla prassi propria del tribunale centumvirale in materia di *'querela inofficiosi testamenti'*.

La giurisprudenza prodotta da questo tipo di tribunale assume una particolare centralità e autorevolezza intorno al 241 a.C., in concomitanza con l'aumento delle tribù a 35, per effetto dello stretto collegamento esistente tra questo organo giudicante e il comizio tributo.

---

exceptio: deinde adversus quas personas locum habeat. Novissime inspiciemus, intra quae tempora competit exceptio. 1. Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit. 2. Sed an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur. 3. Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.

[147] Casi di *aequitas* non innovativa ma come parametro di giudizio del *ius civile*: D. 12. 4. 8 (Ner. *libro II membr.*): *Quod servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est*. D. 19. 2. 27. 1 (Alf. *libro II dig.*): *Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere*. D. 38. 1. 26 (Alf. *libro VII dig.*): *Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est nec ne? Respondit ius esse, dummodo liberas operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret*. D. 39. 3. 1. 17 (Ulp. *libro LIII ad ed.*): *Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit ius non esse stillicidia flumina immittere. Et ideo Labeo et Cascellius aiunt aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere. Itaque aqua, quae agro nocet, per aquae pluviae arcendae actionem coercebitur*. D. 41. 2. 3. 5 (Paul. *libro LIV ad ed.*): *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*.

Si evidenzia che il tribunale centumvirale si occupava esclusivamente di cause successorie[148], durante le quali i suoi componenti erano chiamati a svolgere un controllo sulle destinazioni *mortis causa* dei patrimoni familiari per garantire la trasmissione del vincolo agnatizio[149] unitamente alla tutela del patrimonio stesso. Tale finalità connotava in maniera non strettamente privatistica l'attività del tribunale in questa materia che finiva con l'assumere una natura che potremmo definire più squisitamente politica.

Fu allora che venne creato l'istituto della *querela inofficiosi testamenti*, che consisteva nell'impugnazione del testamento contrario all'*officium pietas* che poteva essere esperita dall'erede legittimo ingiustamente diseredato. In questo modo venne introdotta quella che oggi viene definita la successione necessaria materiale.

[148] J. M. RIBAS-ALBA, *La desheredatíon injustificada en derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y regimen clásico*, Granada, 1998, *passim*.

[149] L. DI LELLA, Querela inofficiosi testamenti, *Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 220 ss.

Le soluzioni adottate in materia di testamento inofficioso assumono rilievo perché integrano una fattispecie che, attraverso una serie di sentenze, dette origine alla creazione dei principi normativi mediante i quali fu delimitato l'ambito di applicazione della legge esistente. La prassi del tribunale centumvirale si pone in una chiave di 'incontrovertibilità' del giudicato in quanto quel giudicato aveva valore vincolante non solo per le parti ma anche rispetto ai terzi[150], comportando che «all'accertamento contenuto nella sentenza siano attribuiti effetti cd. pregiudiziali, o normativi»[151]. Si operò, in particolare, in modo da esercitare un progressivo restringimento del principio decemvirale che concedeva assoluta libertà al testatore[152], come ci viene testimoniato da Pomponio:

> D. 50. 16. 120 (Pomp. *V ad Quintum Mucium*): *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

---

[150] D. 5.2.13 (*Scaev. lib. tertio resp.*): *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: "Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo." Quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.* D. 5.2.17 (*Paul. lib. secundo quaest.*): *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint. 1. Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.*

[151] M. MARRONE, *Del divieto di* agere acta *all'*auctoritas rei iudicatae, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Studi in onore di Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 19.

[152] L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 43.

Il frammento riportato attesta, infatti, come all'epoca delle XII Tavole non vi fossero limiti alla libertà di testare, di disporre legati o anche di costituire tutele, libertà che fu, poi, limitata attraverso l'elaborazione della giurisprudenza dei centumviri che introdusse delle modifiche al diritto vigente[153]. Il passo è stato oggetto di una lettura critica da una parte della dottrina[154] che rimane scettica sull'autenticità della fonte e sulla possibilità di attribuirla interamente a Pomponio, intravedendo una possibile interpolazione da parte dei compilatori giustinianei. Sembra, però, da condividersi la lettura data dal Di Lella e ripresa da Letizia Vacca[155] che esclude tale interpolazione e focalizza l'attenzione sull'espressione *uti legassit*[156] utilizzata da Pomponio per qualificare una regola che non aveva una portata limitata ma la cogenza tipica ed esclusiva di un atto normativo autoritario[157].

Da ciò trova diretta conferma l'assunto che all'epoca delle XII Tavole ci fosse, effettivamente, una illimitata libertà testamentaria che venne via via limitata, come testimoniato dallo stesso Pomponio, o per legge o mediante l'interpretazione della giurisprudenza.

---

[153] C. 6.28.4.2: *Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.* Si veda: L. GAGLIARDI, *Dcemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, 117 ss.

[154] S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 38 ss; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 4 ss.

[155] L. DI LELLA, Querela, cit., 253 ss; L. VACCA, *Diritto,* cit., 42 ss.

[156] Sul significato di «*legare*» B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, 40, il quale attribuisce a tale termine, nel linguaggio giuridico arcaico, il senso di «disporre in modo autoritario ed unilaterale circa la situazione giuridica di una cosa di propria spettanza», caratteristica propria di un atto normativo.

[157] G. G. ARCHI, Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum, in *ZSS*, LXXXVII, 1970, 1-49.

Fra le limitazioni introdotte assume rilievo la formulazione della regola, non riconducibile all'epoca decemvirale, '*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*', regola che introdusse un freno di natura sostanziale alla discrezionalità testamentaria, prevedendo per il testatore il dovere di istituire determinate persone. Solo la presenza di una tale regola e della sua valenza sostanziale può costituire il necessario presupposto per comprendere la possibile sanzione della invalidità del testamento[158].

Quello che interessa sottolineare attiene, in particolare, al ruolo assunto da questa regola casistica che assurge, nel tempo, ad una vera e propria natura normativa. Le soluzioni adottate dal tribunale dei *centumviri* avevano, infatti, un carattere prettamente equitativo ma questo carattere equitativo, pur circoscritto alla singola risoluzione, trovò un utilizzo reiterato che lo fece divenire una fonte di rango quasi normativa. Questo ci viene testimoniato in alcuni testi come:

> Cic. *de orat.* 1.38.175: *Quid? Si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. [Nempe] in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum*

[158] Gai 2.123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diuersae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.

Val. Max. 7.7.1: *Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, [qui erat falsus,] aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, inpudentia alienorum [domum] sibi clausam repperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuuentae pro re publica absumpserat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum inprobissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*[159]

[159] La stessa valutazione equitativa si ritrova in:

Val. Max. 7.8.2: *Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias ~ Pletoniam et Afroniam, animi sui potius inclinatione prouecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis conmota, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admodum amplo patrimonio xx nummum legauit. Afronia tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam iudicio conuellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat.* Val. Max. 7.8.4: *Item Pompeius Reginus uir transalpinae regionis, cum testamento fratris praeteritus esset et ad coarguendam iniquitatem eius binas tabulas testamentorum suorum in comitio incisas habita utriusque ordinis maxima frequentia recitasset, in quibus magna ex parte heres frater erat scriptus, praelegabaturque ei centies et quinquagies sestertium, multum ac diu inter adsentientes indignationi suae amicos questus, quod ad hastae iudicium adtinuit, cineres fratris quietos esse passus est. et erant ab eo instituti heredes neque sanguine Regino pares neque proximi, sed alieni et humiles, ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam praelatio contumeliosa uideri posset.*

Le fattispecie riportate riguardano entrambe i casi di un figlio *miles* preterito dal testamento del padre in quanto creduto morto. Le testimonianze in esame, ed in particolare quella raccontata da Valerio Massimo, attestano come il giudizio dinanzi al tribunale dei *centumviri* fosse impostato unicamente in termini di equità. Sulla base dell'equità veniva riconosciuto al figlio preterito di far valere la propria posizione in giudizio mediante la proposizione di tutte le azioni volte ad accertare il suo diritto; ai *centumviri* spettava, poi, di giudicare, in modo comparativo, le ragioni del preterito e quelle degli istituiti, riconoscendo, a chiusura del passo riportato, la posizione del figlio e dichiarando, mediante sentenza, l'inofficiosità del testamento[160]. Con la dichiarazione di inofficiosità si ristabiliva quella che era la "naturale" linea ereditaria e si eliminavano gli effetti di un testamento iniquo.

Tirando le fila del discorso è possibile evidenziare come le fonti fin qui riportate sembrino dimostrare che, già nel periodo repubblicano, ci fosse una sensibilità nei confronti dell'*aequitas* tale da poterla considerare strumento o metodo operativo presente nell'ordinamento per garantire, da un lato, la parità di trattamento e, dall'altro, l'adeguamento o l'estensione delle soluzioni pratiche ai casi correnti. Tali soluzioni sono il risultato di una valutazione tecnica-interpretativa effettuata dai giureconsulti, dai magistrati o dal senato che, nel corso dell'epoca repubblicana, hanno guidato e, più ancora, orientato la produzione normativa e la sua *interpretatio*.

[160] L. DI LELLA, Querela, cit., *passim*; M. MARRONE, *Di nuovo in materia di* querela inofficiosi testamenti, in *Annali del Seminario giuridico di Palermo*, XVII, Palermo, 1960, 6 ss; L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione alla* querela inofficiosi testamenti *in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017, 7 ss.

5. *L'*aequitas *nel periodo classico: la svolta di Labeone*

Un importante contributo alla comprensione della funzione svolta dall'*aequitas* nell'evoluzione del diritto romano ci viene offerto dallo studio dell'editto del pretore e delle soluzioni concesse dai giuristi sulla base dell'editto stesso che ci permette di cogliere la progressiva trasformazione della funzione assolta da tale strumento con particolare riguardo agli sviluppi che si verificarono nei periodi tardo-repubblicano e classico.

Fra gli effetti innovativi indotti da questa fonte di creazione di diritto assume particolare rilievo lo sviluppo, già sul finire dell'epoca repubblicana, di un nuovo sistema definito di *ius praetorium* od *honorarium*[161], che trasforma largamente l'applicazione pratica dello *ius civile* grazie all'attività giurisdizionale del pretore urbano[162].

---

[161] E. BETTI, *La creazione del diritto nella* iurisdictio *del pretore romano*, Padova, 1927, *passim*; G. SEGRÉ, *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e diritto pretorio*, in *Scritti Ferrini*, Milano, 1946, 733; G. MANCUSO, Praetoris edicta. *Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, Palermo, 1983, *passim*; M. KASER, *Zum ius honorarium*, in *Estudios jurídico en homenaje al Prof. Ursicino Alvarez Suárez*, 1978, 231 ss, ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz, 1986, 84 ss; F. GALLO, *L'*officium *del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, *passim*; G. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, *passim*.

[162] Il riferimento al fondamento equitativo dell'editto si rinviene in diversi passi del Digesto come: D. 2.2.1 pr. (*Ulp. lib. III ad ed.*): *Hoc edictum summam habet aequitatem, et sine cuiusquam indignatione iusta: quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit?* D. 2.10.1 pr. (*Ulp. lib. VII ad ed.*): *Aequissimum putavit praetor dolum eius coercere, qui impedit aliquem iudicio sisti.* D. 4.6.26.9 (*Ulp. lib. XII ad ed.*): *"Item", inquit praetor, "si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam." Haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum. Ut puta legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est eum restitui, licet rei publicae causa non absit: et saepissime constitutum est adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non. Idem puto, et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in urbem vel ad principem: nam et huic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum. Et generaliter quotienscumque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet ei subveniendum.*

Come noto, gli *edicta*[163], emanati dai magistrati giusdicenti all'inizio dell'anno di carica rappresentavano la modalità mediante la quale veniva comunicato ai *cives romani* il programma che ciascun magistrato si proponeva di attuare nel periodo di propria competenza. Nella sua concezione questo strumento programmatico rappresentava, oltre che una meritoria informazione preventiva di quelle che sarebbero state le situazioni giuridiche che avrebbero trovato tutela mediante l'editto, anche una sorta di auto-limitazione[164] della discrezionalità del magistrato che delimitava e qualificava l'ambito di attuazione del proprio magistero. L'esame ed il raffronto puntuale fra il contenuto degli editti e gli atti correlati dimostrano, però, che la predetta autolimitazione non era, in realtà, così vincolante dato che il pretore conservava la capacità di derogare o di integrare l'editto stesso in qualsiasi momento[165].

[163] C. FADDA, *L'equità ed il metodo nei giureconsulti romani*, in *Annali Università di Macerata*, Napoli, 1881, *passim*; R. MARTINI, Aequitas *nell'editto del pretore*, in *Apollinaris*, Roma, 1990, 241 ss.

[164] A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1975, 284.

[165] F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del* ius honorarium, in *SDHI*, LVII, Roma, 1996, 1-63; G. PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *Scritti Giuridici*, Napoli, 2007, 157-16.

L'esigenza sottesa da cui scaturisce questo tipo di attività pretoria nasce e si alimenta della particolare natura dello stesso ordinamento giuridico romano. Il magistrato giusdicente, infatti, si trovava ad operare in un sistema di diritto non codificato, da cui doveva ricavare la norma da applicare ai casi sottoposti alla sua cognizione. Ed a tal fine aveva necessità di adottare soluzioni idonee alla definizione di situazioni nuove, non conosciute dall'ordinamento, in sintonia con la mutata percezione dei valori e con le nuove esigenze del periodo. In questo contesto l'*aequitas* diventa lo strumento che consente di concedere azioni volte a tutelare le predette situazioni sulla base di un ragionamento analogico che, sempre più spesso, si sostanziava in un'interpretazione analogica di natura estensiva. Difatti sul finire della Repubblica abbiamo testimonianza di un parere di Servio Sulpicio Rufo, riportato da Paolo, in cui il pretore concesse un rimedio basato sull'equità, chiamato anche *actio*, per una situazione non coperta esattamente dell'editto[166]; l'*actio in factum* o *actio utiles*[167] si configurava come un'azione, contemplata dal diritto civile, che il pretore poteva adottare nei casi che non risultavano previsti nel diritto civile stesso.

[166] D. 3. 5. 20 pr. (*Paulus 9 ad ed.*): *Nam et servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.*

[167] J. POKROWSKY, *Die* Actiones in factum *des klassichen Rechts*, in *ZSS*, XVI, 1895, 7 ss; P. GRÖSCHLER, Actiones in factum. *Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, *passim*; C. A. CANNATA, L'actio in factum civilis, in *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino, 2014, 23-35.

Il passaggio dalla Repubblica al Principato[168] non comportò una modificazione del metodo scientifico su cui si basava l'*interpretatio*, ma favorì uno spostamento di potere dal pretore ai giuristi, che iniziavano a disporre della capacità di operare direttamente. Questo nuovo rapporto finì per trovare una regolazione nel mantenere solo formalmente l'*imperium* del magistrato, visto che veniva concessa una sempre maggiore influenza ed autonomia ai giuristi "patentati"[169] che non ebbero più bisogno dell'intervento del pretore per dare efficacia alle soluzioni adottate[170].

Il processo di innovazione registrò una forte accelerazione grazie a questo cambiamento, ma restavano naturalmente fermi i limiti, entro cui anche i giuristi erano tenuti a muoversi, di un sistema di stampo casistico[171], tutto incentrato sulla capacità degli operatori di rinvenire la soluzione più «giusta»[172] che sarebbe stata utilizzata anche come modello per i futuri casi "simili".

---

[168] L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'*"auctoritas', in *Studi in onore di S.Solazzi*, Napoli, 1948, 375 ss; C. LANZA, Auctoritas principis, I, Milano, 1996, *passim*.

[169] D. 1.2.2.49 (Pomp. *l. sing. ench.*): *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.* Con il Principato di Augusto venne inserito il *ius respondendi ex auctoritate principis*, ovvero il permesso del Principe di dare responsi muniti di *auctoritas* mutuata direttamente da quella imperiale. Per ulteriori approfondimenti: L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 74.

[170] W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, a cura di U. VINCENTI, Padova, 2002, 178 ss.

[171] G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Annali dell'Università di Macerata*, XV, 1941, 4 ss; L. VACCA, *Contributo allo studio del sistema casistico romano*, Milano, 1976, 113 ss.

[172] L. VACCA, *L'*aequitas *nell'*interpretatio prudentium *dai giuristi* «qui fondaverunt ius civile» *a Labeone*, in «Aequitas» *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006, 33.

L'editto, nel periodo classico, si configurava ancora come un atto 'aperto', sul quale finiva, sicuramente, per manifestarsi una maggiore influenza dei provvedimenti autoritativi; non per questo, però, risultava 'inerte' ed incapace di assolvere al ruolo per il quale era stato concepito. Come sostenuto dal Palazzolo[173], nonostante l'operato del *princeps* tendesse a svuotare i poteri delle istituzioni repubblicane, si rinvengono nelle fonti molte nuove clausole introdotte proprio in epoca di Principato. Ciò dimostra che, pur in presenza dei cambiamenti derivanti dal mutare dei rapporti di forza all'interno dell'ordinamento romano, l'editto continuava ad essere un atto con forza innovativa con la sola differenza che, invece di recepire direttamente le scelte dei pretori, riportava quelli che erano gli effetti dei provvedimenti normativi imperiali e dell'*interpretatio prudentium*, che da questo momento hanno il «*permissum iura condere*»[174] lasciando al pretore il ruolo di «organo tecnico»[175].

Un compito fondamentale in questo percorso venne rivestito da Labeone[176], giurista rivoluzionario che riuscì a leggere il mutamento istituzionale che si stava attuando ed a proporre soluzioni inedite, che non stravolsero l'ordinamento previgente ma lo attualizzarono, garantendo elasticità e coerenza del sistema. Giurista del I sec. d.C., allievo di Trebazio Testa, Labeone viene ricordato anche come capostipite della scuola Proculiana[177].

---

[173] N. PALAZZOLO, *Il* princeps, *i giuristi, l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano*, in Res publica *e* Princeps, Atti Copanello 1996, Napoli, 1996, 308 ss.

[174] Gai. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

[175] N. PALAZZOLO, *Il* princeps, cit., 308 ss.

[176] R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, 6 ss.

[177] Sotto il Principato augusteo vennero a formarsi due Scuole: i Proculiani, sotto la guida di Labeone e i Sabiniani, sotto la guida di Capitone. Il contrasto di pensiero tra le due scuole alimentò lo sviluppo della giurisprudenza nei secoli successivi come ci testimonia Pomponio:

D. 1.2.2.47 (Pomp. *lib. sing. enchir.*): *Post hunc maximae auctoritatis fuerunt Ateius Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit, institutus est autem a Trebatio. Ex his Ateius consul fuit: Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit: et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet et conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt: nam Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.*

Per approfondimenti sul tema si rinvia a A. CENDERELLI - B.BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino, 2005, 214 ss.

Spesso le soluzioni adottate da Labeone sono state guidate dall'utilizzo dell'*aequitas* come ci testimonia, ad esempio, Ulpiano:

> D. 47. 9. 3.2 (Ulp. *LVI ad ed.*): *Labeo scribit aequum fuisse, ut, sive de domo sive in villa expugnatis aliquid rapiatur, huic edicto locus sit: nec enim minus in mari quam in villa per latrunculos inquietamur vel infestari possumus.*

Il frammento riportato rappresenta un'estensione, secondo equità, del trattamento previsto dall'editto «*De incendio ruina rate nave expugnata*» — in cui si prevedeva la condanna al pagamento del quadruplo del valore del bottino — nei confronti dei soggetti che avessero effettuato rapine o saccheggi nel corso di incendi, crolli rovinosi, naufragi e attacchi di pirati oltre che, in maniera analogica, agli ulteriori casi ove potesse ricorrere la medesima *ratio*. In questa soluzione si rinviene l'utilizzo di un'*aequitas* «intrasistemica»[178]: con tale concetto si suole indicare l'estensione analogica di soluzione simili a casi simili, utilizzando l'equità come criterio di equilibrio tra situazioni diverse ma affini, prevedendo, quindi, per esse una regolamentazione identica. Seguendo un simile ragionamento si può, quindi, sostenere che soluzioni del genere non hanno mai varcato i confini del sistema normativo allora vigente nel cui ambito hanno operato sviluppandolo dall'interno.

In questo quadro emergono, però, delle aporie non facilmente superabili ricorrendo solo all'estensione analogica ma che necessitano, per giungere alla giusta soluzione, della creazione di nuovi principi giuridici. Un esempio in tal senso ci viene riportato da Pomponio, il quale riferisce una soluzione labeoniana:

[178] M. BRETONE, *Labeone e l'ordine della natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* a cura di D. MANTOVANI-A. SCHIAVONE Pavia, 2007, 252; M. HUMBERT, *Equité et raison naturelle dans les oeuvres de Celse et de Julien*, in AA.VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. MANTOVANI-A. SCHIAVONE, Pavia, 2007, 424 ss.

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

Il frammento fa riferimento al ritrovamento di un tesoro e, nel caso specifico, Labeone identifica il possessore[179] del tesoro — in cui per tesoro si intende quel gruppo di beni nascosti dal proprietario al fine di proteggerli e recuperarli poi in seguito — non con il proprietario del fondo dove il tesoro si trovava o era tuttora presente (sulla scorta di quelle che erano le soluzioni fino a quel momento adottate) ma colui il quale lo aveva nascosto o portato via dal luogo in cui si trovava. La fattispecie presa in considerazione riguarda un tesoro proprio nascosto in un fondo altrui: per Labeone, se il proprietario del fondo non ha effettuato nessun atto di apprensione nei confronti del tesoro, questi non potrà essere considerato possessore e soprattutto, quindi, non potrà essere considerato legittimato passivo delle azioni intentabili dal reale proprietario del tesoro stesso — come l'*actio furti* o l'*actio ad exhibendum*. È qui che si pone la problematica: il proprietario risulterebbe sguarnito di protezione e per Labeone il risultato sarebbe «*iniquum*»; viene valutata, quindi, la necessità di garantire perlomeno un interdetto recuperatorio purché il proprietario presti una *cautio damni infecti* e prometta di non chiedere il rimedio *calumniae causae*.

[179] I. PIRO, Damnum, cit., 362.

Questo tipo di soluzione che risulta basata sull'*aequitas*, viene configurata non sulla base di un principio presente nell'ordinamento ma definendo una tutela giurisdizionale «fuori sistema»[180] che rispecchia una precisa *ratio*: evitare che interessi meritevoli di tutela rimangano sguarniti di protezione in quanto non direttamente previsti dall'ordinamento. Con tale frammento si riesce ad avallare la tesi secondo la quale le soluzioni date da Labeone non si muovono solamente all'interno dell'apparato normativo di riferimento visto che il giurista ricerca sempre la soluzione più equa sia dentro sia fuori dal sistema.

Sempre Ulpiano ci riporta una soluzione, fondata su istanze equitative, adottata da Labeone e testimoniata già da Pomponio, inerente alla materia dell'*in integrum restitutio*[181], che viene concessa al minore di venticinque anni sulla base di una valutazione comparativa degli interessi delle parti ritenuti entrambi rilevanti e meritevoli di tutela:

> D. 4. 4. 13. 1 (Ulp. *XI ad ed.*): *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. Ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.*

[180] L. SOLIDORO, *Tra morale*, cit., 79 ss.
[181] G. CERVENCA, *Studi vari sulla* restitutio in integrum, Milano, 1965, 61 ss.

Nello specifico ci si riferisce ad un caso di doppia vendita in cui si vedono contrapposti l'interesse del compratore in buona fede, estraneo al negozio viziato, che risulta garantito dall'editto Pubbliciano, e l'interesse del minore di venticinque anni[182], a sua volta tutelato, mediante *restitutio in integrum*, dall'editto «*de minoribus vigenti quinque annis*».

Labeone distingue diverse ipotesi: nel caso in cui il secondo compratore fosse in mala fede e quindi a conoscenza della vendita precedente, si configurava la possibilità di esperire utilmente l'azione di restituzione del bene direttamente nei suoi confronti; se invece, il secondo compratore fosse stato in buona fede, il minore avrebbe potuto rivalersi sul primo qualora questo fosse «*solvendo*»; in caso contrario, ovvero di primo compratore «*non esset solvendo*», il giurista ritiene "più equo" tutelare il minore anche nei confronti del secondo compratore in buona fede, estraneo al primo negozio traslativo, proprio a causa dell'impossibilità per il minore di recuperare il bene in altro modo.

Una soluzione simile, basata sempre su motivazioni di «*aequum erit*», in materia di doppia vendita e dei correlati effetti sul trasferimento di un bene ad un terzo possessore in buona fede, viene riportata anche da Giuliano:

> D. 21. 2. 39 (Iul. *LVII dig.*): *Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam. Respondi: iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui.*

[182] F. MUSUMECI, *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 57 ss.

In conformità a quanto fin qui esposto, risulta evidente la natura particolare di queste risoluzioni; le eccezioni così introdotte attengono e si applicano ai singoli casi e non vanno, quindi, minimamente a modificare quello che era il regime generale di tutela del compratore in buona fede.

Oltre alle tutele nell'ambito del regime di buona fede Labeone perviene a soluzioni equitative anche in materia di distribuzione del rischio[183], riuscendo ad equilibrare gli interessi delle parti, tenendo conto degli elementi di fatto più rilevanti, grazie all'utilizzo dell'equità quale strumento tecnico utile a dirimere le problematiche emerse[184].

Ciò non toglie che dall'analisi delle situazioni possano emergere elementi qualificanti per cui risulti più equo procedere alla differenziazione delle relative fattispecie ed all'adozione di soluzioni dissimili.

Labeone, a tale proposito, valutava '*iniquum*' permettere una *replicatio doli* nel caso di un attore al quale fosse stata opposta l'*exceptio doli* dal convenuto, ritenendo che l'equità posta alla base della scelta compiuta dal magistrato di concedere tutela mediante l'*exceptio doli*[185], non consentisse che l'autore del comportamento scaltro potesse trarre vantaggio, in alcun modo, dal suo operato:

---

[183] D. 24. 3. 66. 7 (Iav. *6 ex post Lab.*): *Si quis pro muliere dotem viro promisit, deinde herede muliere relicta decesserit, qua ex parte mulier ei heres esset, pro ea parte dotis periculum, quod viri fuisset, ad mulierem pertinere ait Labeo, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari: et hoc verum puto.*

[184] D. 39. 2. 43 (Alf. *2 dig.*): *Damni infecti quidam vicino repromiserat: ex eius aedificio tegulae vento deiectae ceciderant in vicini tegulas easque fregerant: quaesitum est, an aliquid praestari oportet. Respondit, si vitio aedificii et infirmitate factum esset, debere praestari: sed si tanta vis venti fuisset, ut quamvis firma aedificia convelleret, non debere. Et quod in stipulatione est "sive quid ibi ruet", non videri sibi ruere, quod aut vento aut omnino aliqua vi extrinsecus admota caderet, sed quod ipsum per se concideret.*

[185] E. COSTA, *L'*exceptio doli, Roma, 1970, *passim*; C.A. CANNATA, Exceptio doli generalis *e diritti reali*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. VACCA, Torino, 2012, 571 ss.

D. 44. 4. 4. 13 (Ulp. *LXXVI ad ed.*): *Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi.*

Il ruolo svolto da Labeone appare in ogni modo centrale nell'evoluzione del sistema casistico romano. Mediante un approccio euristico, l'attenzione del giurista appare concentrata su di un'approfondita valutazione degli «equilibri degli interessi in gioco»[186] e sulle peculiarità del caso esaminato. Qualora non ricorra nessuno dei presupposti che consentono un'estensione equitativa e non sia, quindi, possibile rinvenire una soluzione già adottata in un caso simile, l'equità continua a soccorrere in maniera coerente con il metodo casistico, assumendo le forme di una clausola generale che permette l'integrazione o la correzione del *ius* ove se ne ravveda la specifica esigenza ed in presenza di particolari situazioni.

Vi sono, infine, frammenti in cui è, invece, possibile riscontrare come il concetto di *aequitas* fosse utilizzato allo scopo di far risaltare quello contrario di *iniquitas;* ciò laddove la pedissequa applicazione del *ius strictum* avrebbe comportato una *iniquitas* cui si poneva rimedio con l'editto pretorio che rappresentava lo strumento idoneo ad emendare[187] il *ius strictum*, come ad esempio:

---

[186] L. VACCA, *L'*aequitas, cit., 41 ss.

[187] D. 44.4.1 (Paul. *LXXI ad ed.*): *Quo Lucidius intellegi possit haec exceptio, prius de causa videamus, quare proposita sit, deinde, quemadmodum dolo fiat, per quae intellegemus, quando obstet exceptio: deinde adversus quas personas locum habeat. Novissime inspiciemus, intra quae tempora competit exceptio. 1. Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit. 2. Sed an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur. 3. Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.* D. 37.1.6.1 (Paul. *libro ILV ad ed.*): *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.* Gai, *Inst.* 3.18: *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero*

D. 44. 4. 12 (Pap. *libro III quaest.*): *Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.*

Dal frammento si evince come il principio appena esposto trovasse applicazione nell'eccezione di dolo concessa dal pretore nei casi in cui la rigida applicazione del *ius civile*[188] fosse risultata contraria all'*aequitas* e, da quest'ultima, quindi smussata.

In relazione a quanto sopra esposto e con riferimento al contesto storico a cui si è fatto riferimento sembra, quindi, come sottolineato da Letizia Vacca[189], che sia possibile sostenere, che per i giuristi «l'*aequitas* non è un principio etico generale, ma un criterio tecnico che permette di introdurre soluzioni innovative in coerenza con il diritto previgente».

Queste soluzioni ed il conseguente potere di 'adattamento' dell'ordinamento giuridico risultano, formalmente, ancora affidate al pretore che può, comunque, intervenire in ogni caso mediante l'introduzione di nuove clausole; la sua attività viene, però, sorretta e guidata dalle conoscenze tecniche dei giuristi, i quali, a differenza dell'età repubblicana, risultano, a loro volta, in condizione di "creare" direttamente diritto.

Quanto affermato risulta evidente dall'esegesi dei frammenti riportati, attraverso i quali si può notare come l'editto pretorio, mediante l'utilizzo dello strumento dell'*aequitas,* continui a svolgere un ruolo attivo ed innovativo nella concessione di azioni e di tutele anche in epoca di Principato.

---

iudicis officio proficiscuntur : veluti de dolo cautio vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet ut in his contineantur etiam aediliciae : nam et hae ab iurisdictione veniunt. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium. quarum totidem genera sunt, quot (paene dixerim) rerum contrahendarum. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: vel de rato stipulatio.

[188] L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino, 2016, 70 ss.

[189] L. VACCA, *L'*aequitas, cit., 41.

6. *Verso il tramonto della giurisprudenza creativa: da Celso ai giuristi severiani*

Il processo di accentramento delle fonti di produzione del diritto nelle mani del *princeps* [190] e il progressivo controllo dell'interpretazione giurisprudenziale del *consilium principis* si sono dipanati senza inversioni di tendenza ed in accordo ad uno schema logico coerente rispetto alle finalità perseguite sicché, nel loro insieme, delineano ed integrano un percorso sostanzialmente univoco da Augusto a Diocleziano.

All'interno di questo *iter* gli storici [191] tendono ad individuare una linea di demarcazione che viene temporalmente collocata nel periodo del regno di Adriano. A partire da quest'epoca, infatti, l'imperatore si pone come unico interlocutore per il giurista e le pronunce del *princeps* costituiscono, di fatto, il nuovo limite 'esterno'[192] dell'*interpretatio prudentium*.

La struttura dello Stato risulta oramai mutata, così come risulta mutato anche il rapporto tra lo Stato e i suoi 'organi'. La burocrazia imperiale è strutturata in modo piramidale e al suo vertice vi è il *princeps* che si pone non solo come supremo giudice ma, soprattutto, come supremo interprete della legge. Questo ha fatto sì che il dualismo tra l'*interpretatio prudentium* e le costituzioni imperiali non sia andato ad incidere in modo significativo sulle tecniche di argomentazione e di costruzione casistica proprie della *scientia iuris*.

È opportuno, a tale proposito, evidenziare che già nella fase iniziale del Principato la distinzione tra i giuristi muniti di *ius publice respondendi* e i giuristi che invece ne erano sprovvisti doveva essere tenuta ben presente nella valutazione dell'incidenza del pensiero giurisprudenziale del singolo giurista.

---

[190] E. LO CASCIO, *Il* princeps *e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria*, Bari, 2000, *passim*.

[191] F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. NOCERA, Firenze, 1968, 183; L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 91.

[192] L. VACCA, *L'aequitas*, cit., 41.

Labeone, pur essendo stato escluso, in età augustea, dal novero dei giuristi selezionati è risultato, ciò nonostante, centrale nell'evoluzione del pensiero giuridico e nell'utilizzo dell'*aequitas* nella risoluzione dei casi concreti.

In età adrianea, però, la situazione era cambiata e la mancanza del *respondere ex auctoritate principis* finiva per comportare una carenza di 'peso' del responso emesso da un giurista non inserito nella burocrazia imperiale.

Anche a causa di questo accentramento delle fonti di produzione del diritto, l'*aequitas* rischiava di assurgere ad un valore più generico, inteso a «sottolineare in buona sostanza e spesso in modo fortemente 'intuitivo' l'opportunità d'una certa soluzione tecnico-giuridica perché considerata in sé migliore alla luce della concreta realtà delle cose»[193]. Ma la mentalità dei giuristi romani risultava molto concreta tanto che Ulpiano, nel primo libro delle sue *Institutiones*, ricorda una definizione di Celso[194], risalente ai primi decenni del II sec. d.C., nella quale il giurista teorizzava la necessità che l'ambito di applicazione del criterio dell'*aequitas* venisse esteso ad ogni 'momento' del diritto: dalla sua produzione, all'interpretazione ed applicazione. L'affermazione '*ius est ars boni et aequi*'[195] divenne talmente famosa che fu inserita dai compilatori giustinianei in apertura del Digesto[196]:

---

[193] A. MANTELLO, *Un'etica*, cit., 601.

[194] Celso, giurista del II sec. d.C., operò nel pieno dell'età adrianea. Ricoprì le cariche di pretore, ambasciatore imperiale, console e fece parte, altresì, del *consiulium* del principe Adriano.

[195] F. PRINGSHEIM, Bonuum et aequum, cit., 83 ss; S. RICCOBONO, *La definizione del* ius *al tempo di Adriano*, in *AUPA* 20, 1949, 63 ss.

[196] In dottrina, però, c'è chi ha sottolineato come tale sistemazione sia il risultato dell'opera bizantina di redazione del Digesto, sottolineando come la lettura congiunta di D. 1.1. 1 pr. con D. 12. 1. 32 dimostri, da parte di Celso, l'applicazione della sua definizione di diritto ai casi concreti: D. 12. 1. 32 (Cels. *V dig.*): *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.* L. SOLIDORO, *Tra morale*, cit., 94; W. WALDSTEIN, *Equità*, cit., 20.

D. 1. 1. 1 pr. (Ulp. *I Inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

Con tale definizione bisogna intendere l'arte di mettere a punto, nella produzione così come nell'interpretazione ed applicazione del diritto, la migliore soluzione possibile in quanto lecita, utile al singolo caso, e, nel complesso, la più adatta a regolarlo.

Nel definire il *ius* come *'ars'*, il giurista ne coglie sicuramente l'aspetto 'scientifico'[197] ma ne sottolinea, in particolare, il momento pratico ossia la funzione sociale caratterizzante il diritto stesso. La definizione di *ius* rimane ancorata al concetto del *bonumm et aequum*, assurto agli occhi del giurista, a criterio guida ed elemento che contraddistingue l'ordinamento nel suo modo di esplicarsi.

Il risultato di un tale inquadramento del diritto è la disponibilità di uno strumento flessibile, capace di adeguarsi alla realtà che ne rappresenta l'ambito di applicazione e finalizzato al principale obiettivo della continua ricerca di ciò che è 'giusto'. Il sistema che ne scaturisce non si configura, quindi, come un ordinamento statico, composto da regole rigide e chiuse, ma si caratterizza per la sua duttile capacità evolutiva che ne consente l'adeguamento alle mutevoli esigenze dei tempi.

Tutto questo comporta, quindi, un'estensione dell'utilizzo dell'*aequitas* ad ogni fase di vita del diritto; finendo per ricomprendere anche i rapporti regolati sulla base della *bona fides* e tutti i rapporti basati sul *ius civile*[198].

Nella produzione celsina il riferimento all'equità è un elemento ricorrente: a volte viene utilizzato come *ratio decidendi* per soluzioni innovative, a volte come strumento di rottura rispetto alle tradizionali interpretazioni date dai giuristi.

---

[197] A. GUARINO, Actiones in aequo conceptae, in *Labeo*, Napoli, 1962, 8 ss; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, 107-108; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 101 ss; A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Torino, 2007, 141 ss.

[198] P. SILLI, *Equità (Storia del diritto)*, cit., 485.

A sostegno di tale lettura vi è un responso di Celso in materia di *emendatio morae postea offerendo*:

> D. 45. 1. 91. 3 (Paul. *XVII ad Plaut.*): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur.*

Nel passo appena riportato si prende in considerazione una fattispecie di *perpetuatio obligationis*. Nello specifico, era consolidato nella prassi una *perpetuatio obligationis*[199] in caso di costituzione in mora, a prescindere da ogni circostanza o evento posteriore; la soluzione individuata da Celso, invece, mediante l'utilizzo di un ragionamento equitativo, limitava la portata della norma sostenendo che il promittente potesse effettuare l'offerta di adempimento e lo stipulante fosse tenuto ad accettare la prestazione solo nel caso in cui il ritardo nell'esecuzione non avesse cagionato alcun danno.

---

[199] G. PUGLIESE, Actio *e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 224 ss; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, 41; S. SCHIPANI, *Responsabilità* ex lege Aquilia. *Criteri di imputazione e problemi della* 'culpa', Torino, 1969, 128 ss; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1971, 173 ss; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, Perpetuatio obligationis, Padova, 1979, 4 ss; M. KASER, Perpetuari obligationem, in *SDHI*, XLVI, 1980, 87 ss; R. SANTORO, Perpetuari obligationem, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo*, LVII, Torino, 2014, 177 ss.

Altro tema dibattuto, che necessitava di un adeguamento delle soluzioni prestate fin a quel momento, riguardava le fattispecie inerenti alla materia dotale. In periodo di principato si discuteva se la *dos profecticia*, che era stata costituita dall'*avus paternus* a favore della nipote, potesse essere richiesta dal padre solo nel caso che lo stesso fosse diventato *sui iuris* e la figlia fosse deceduta nel corso del matrimonio:

> D. 37. 6. 6 (Cels. *X dig.*): *Dotem, quam dedit avus paternus, an post mortem avi mortua in matrimonio filia patri reddi oporteat, quaeritur. Occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. Quid si filius a patre exheredatus est? Existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi, nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltem habeat ex paternis, quod propter illum datum est.*

Nel caso prospettato Celso, in nome dell'*aequitas*, rovescia la soluzione data precedentemente da Servio, e ripresa da Labeone [200], che propendevano per l'irripetibilità del *quantum* dato, ritenendo che dovesse applicarsi la disciplina classica della *dos a patre profecta*. Secondo Celso, invece, era possibile estendere il regime della restituzione anche al *pater familias* in forza dell'*aequitas rei* poiché la struttura della famiglia agnatizia non permetteva la costituzione di dote da parte di chi era sottoposto alla potestà di un altro soggetto e che, in ogni caso, non si poteva non considerare che la dote era stata costituita dal padre *propter filium*.

[200] D. 23.3.79 pr. (Lab. *VI post. a Iav. epit.*): *Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur. Negat Servius dotem ad patrem reverti et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset.*

Nel quinto libro dei *Digesta* di Celso, il giurista ricorre all'utilizzo del *bonuum et aequum* per sostenere le sue soluzioni in materia di mutuo viziato da *error in persona*:

> D. 12.1.32 (Cels. *V dig.*): *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

Dall'esegesi del frammento si evince come il giurista abbia affrontato la complessa ipotesi di un soggetto che aveva chiesto a mutuo una somma di denaro a due diverse persone, una delle quali risultava essere Tizio. L'altra persona aveva delegato un suo debitore a promettere di concedere egli stesso il mutuo al richiedente che, però, aveva erroneamente ritenuto che il promittente fosse debitore di Tizio. Al momento della conclusione della *stipulatio*, il richiedente aveva comunque concluso l'accordo e ricevuta la somma. L'errore, nel caso specifico, incideva direttamente sul mutuo determinandone l'invalidità ma non ricadeva sulla consegna del denaro[201].

[201] P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 92 ss, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 44; S. E. WUNNER, *Contractus, sein Wortebrauch und Willensgehaft im klassichen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, 210 ss.

La soluzione concessa da Celso non si basava sul vizio insito nella formalizzazione del mutuo ma fondava il conferimento della *condictio* direttamente su considerazioni equitative: infatti, il solo dato di fatto per cui '*pecunia mea quae te pervenit, non quia pecuniam tibi credidi*' induceva il giurista a concludere che, benché il negozio fosse nullo, si potesse comunque concedere la *condictio* affinché il creditore riavesse i suoi soldi. La soluzione veniva giustificata unicamente ed esplicitamente con il ricorso al criterio del *bonumm et aequum*, facendo ruotare il ragionamento sulla considerazione finale: la necessità della riconsegna del denaro nella persuasione che, grazie all'opera del giurista, il diritto si rivelasse strumento sociale, utile a trovare la soluzione più adeguata, caso per caso, riuscendo a ristabilire così gli equilibri spezzati tra le parti.

Altro caso in cui Celso risultava confermare la linea di ragionamento appena seguita attiene una fattispecie di *promissio iurata liberti*:

> D. 38.1.30 pr. (Cels. *XII dig.*): *Si libertus ita iuraverit dare se, quot operas patronus arbitratus sit, non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam si aequum arbitratus sit. Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut, quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint.*

Nell'ipotesi di una promessa da parte di un liberto ad un *patronus* di prestare una certa quantità di lavoro, questa poteva ritenersi valida, considerata l'ampia discrezionalità del contenuto della promessa stessa – che risultava, oltretutto, subordinata all'arbitrio del patrono – solo ove l'adempimento richiesto fosse stato *aequum.*

Tale condizione risulta necessaria in quanto, come sostenuto da Celso, colui il quale si affida ad un altrui volere confida di farlo per ottenere un migliore trattamento e non per peggiorare la propria condizione[202].

Nel solco di questo pensiero celsino si pone anche un altro frammento del Digesto:

[202] G. LAVAGGI, *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milano, 1956, 282 ss.

D. 27.8.7 (Cels. *XI dig.*): *In magistratus qui tutorem dederunt rogo rescribas utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat. Respondit, si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult actio ei danda in solidum est: sin culpa dumtaxat eorum neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.*

La fattispecie riportava una problematica inerente alla legittimazione passiva, in caso di tutela, nei confronti dei magistrati chiamati a nominare un tutore. Celso rispose che bisognava distinguere a seconda che i magistrati avessero operato o meno con dolo: nell'ipotesi di dolo, poteva essere concessa un'azione in solido nei confronti dei magistrati municipali; in caso, invece, di sola colpa al giurista appariva più *aequius* che venisse concessa un'*actio pro portione*.

In questo caso l'utilizzo dell'*aequitas* serve a distinguere una fattispecie dolosa da una fattispecie colposa: dal punto di vista sociale e giuridico, infatti, risultava più giusto punire in maniera più severa il comportamento sorretto da dolo; l'attenzione del giurista risiede, anche qui, nella preoccupazione di ristabilire l'equilibrio della situazione.

L'utilizzo di *aequius*, stavolta in chiave comparativa, lo ritroviamo in un altro frammento in materia di *onus probandi*:

D. 22.3.12 (Cels. *XVII dig.*): *Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.*

Dall'esegesi del frammento[203] si apprezza come la fattispecie riguardi un caso di un testamento, da cui risultavano delle disposizioni di legati, ad un soggetto, rappresentate da una somma di denaro, e dei codicilli aggiunti successivamente, concernenti distinti lasciti a titolo particolare per la stessa quantità lasciata in legato; ponendosi, quindi, il problema di doppia previsione da parte del *de cuius*, ci si interrogava su quale fosse la parte caricata dell'onere della prova. Seguendo il parere dato da Celso, ad un'analisi sommaria del fatto, l'onere avrebbe dovuto ricadere sul richiedente che sarebbe stato tenuto a dimostrare quanto sostenuto; invero, sostiene il giurista che l'onere doveva ricadere sul convenuto in quanto quello che andava provato non era la sussistenza dei fatti costitutivi dei diritti vantati ma che la circostanza fondante il secondo lascito fosse in realtà invalida.

[203] G. PUGLIESE, *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano* per formulas, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, 588 ss.

Anche in questo caso, tutto il ragionamento seguito dal giurista si basa sulla ricerca della soluzione più equa e soprattutto in questo responso si vede come l'utilizzo dell'*aequitas* assolvesse un ruolo decisivo: il caso non andava risolto applicando semplicemente un principio generale ed astratto ma era necessario ricercare, attraverso un processo meditato e puntuale, la soluzione più adeguata e calzante con il quesito proposto tale da dimostrare una capacità dell'ordinamento di garantire sempre la tutela più 'giusta' in base agli elementi caratterizzanti il caso concreto.

Per Celso, così come abbiamo visto per Labeone, attraverso l'uso di principi equitativi si potevano veicolare contenuti nuovi. L'*aequitas* per il giurista adrianeo stava ad indicare la ricerca, caso per caso, della soluzione più 'giusta' rifiutando l'applicazione tourt court di un'astratta, comune regola di giudizio[204].

Un'altra testimonianza fondamentale della resistente centralità dell'*aequitas* nell'ordinamento romano risalente all'età dei Severi ci giunge dal giurista Trifonino il quale, nel frammento del Digesto che a breve analizzeremo, sintetizza la riflessione dei giuristi severiani basava sulla rilettura delle grandi categorie derivanti dalla flessibilità pretoria – a partire dal *'bonum et aequum'* e dalla *bona fides* – e le contrappone ai rigori del *ius civile*[205]. La complessità del frammento risiede anche nelle possibili accezioni di *bona fides* ed *aequitas* che vi si possono leggere ma, soprattutto, in una casistica negoziale regolabile secondo criteri diversi e con risultati opposti:

> D. 16.3.31 (Tryph. *IX disput.*): *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne*

[204] V. SCARANO USSANI, *Valore*, cit., 116 ss.

[205] E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, 147 ss.

ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Incurrit hic et alia inspectio. Bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? Exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. Si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. Sed et si etiamnunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet.

L'analisi condotta da Trifonino si apre con una sorta di ricognizione degli *iura*[206] fino a quel momento emanati, ponendosi il quesito se bisognasse prendere in considerazione solo il diritto delle genti o anche il diritto civile e pretorio[207].

Il caso in questione interessava una fattispecie di deposito di una certa somma da parte di chi era imputato in un *capitale iudicium*; tale soggetto subiva successivamente, una deportazione e una confisca dei beni. La domanda insorgente riguardava la tipologia di diritto applicabile: infatti secondo quanto previsto dal *ius gentium* la somma andava restituita al deponente mentre, ai sensi del *ius civile* e dell'*ordo legum* questa andava consegnata all'autorità pubblica risultando giusta la confisca[208] ed essendo strumento, nei confronti del popolo, di deterrenza contro i delitti.

Proseguendo nella lettura del frammento, però, tale primo inquadramento appare semplificato e, come il responso del giurista, tende a complicarsi. Infatti, si apre un duplice interrogativo rispetto alla prima parte del frammento stesso: ci si chiede se bisognerà valutare la *bona fides* solo tra coloro che hanno contrattato, senza considerare i terzi, oppure se bisognerà valutarla in considerazione delle altre persone che sono interessate alla conclusione del contratto. Secondo Trifonino se ci si basa unicamente sulla buona fede, ciò che è stato consegnato da un soggetto, anche se un *latro*, dovrà essere restituito allo stesso soggetto sulla base del contratto di deposito; viceversa, in base all'*aequitas* se si tengono in considerazione tutte le persone coinvolte, le cose andranno restituite al legittimo proprietario e non a chi, in maniera criminosa, ne aveva percepito il possesso.

---

[206] La bipartizione tra *iura* e *leges* si delinea in particolare nel periodo post-classico, all'epoca del Dominato; con il termine *iura* si identificavano i frammenti delle opere dei giuristi classici fino a quel momento conosciuti. Per approfondimenti sul tema: L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 183 ss.

[207] P. FREZZA, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, Roma, 1933, 242; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1992, 346.

[208] E. STOLFI, 'Bonae fidei', cit., *passim*.

Questa esigenza di basare la decisione sulla prevalenza di uno dei suddetti criteri si rileva laddove il giurista riporta un parere di Marcello: dinanzi a un'ipotesi di un bottino che il *latro* consegna in deposito a un terzo ignaro, egli ritiene che la restituzione andrà effettuata a favore del predone guardando unicamente alle *partes* del contratto, concedendo, poi, al reale proprietario una *condictio* per la restituzione del maltolto.

La complessità della soluzione e del ragionamento effettuato dal giurista risiede probabilmente nel fatto che il frammento riportato risulti contenuto in una raccolta di '*disputationes*', così come rilevato dallo studioso Stolfi [209], avvalorando la ricostruzione per cui la complessità consistesse nella natura dell'opera riproducendo le modalità tecnicamente non chiare in cui veniva espresso il problema da parte di un comune interpellante o di un allievo[210].

Occorre soffermarsi, inoltre, sul rapporto che emerge tra *bona fides* ed *aequitas.* La funzione dell'*aequitas*, in questa fattispecie, si esplica non solo come il collante per la valutazione di tutti gli interessi in gioco ma anche come principio complementare della *bona fides*. Infatti, la buona fede e l'equità appaiono oramai 'intrecciate' tra di loro: se, come si è visto nelle fonti repubblicane, l'*aequitas* ha inizialmente guidato la *bona fides* nella sua esplicazione tra le parti contrattuali, verso il termine di questo percorso i ruoli risulteranno altamente legati tanto che, e si evince da questo ultimo frammento, si potrà quasi sostenere come la buona fede venga chiamata in causa al pari dell'*aequitas* ad orientare la soluzione del giurista per garantire una 'giusta' valutazione degli interessi delle parti.

---

[209] E. STOLFI, 'Bonae fidei', cit., 156.

[210] G. NEGRI, *Appunti sulle antologie casistiche nella letteratura giuridica dell'età dei Severi. I libri* disputationum *di Ulpiano*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano, 2002, 263; A. LOVATO, *Studi sulle* disputationem *di Ulpiano*, Bari, 2003, 47 ss.

D'altronde, anche nel diritto vigente, una parte della dottrina[211] distingue la buona fede – imposta come criterio di interpretazione e come regola per l'esecuzione del contratto da intendere nel senso di clausola generale dell'ordinamento – dall'equità vista quale fonte di integrazione dell'ordinamento[212] che è funzionale al caso in esame da decidere, assumendo nei confronti del diritto, e qui è possibile riportare le parole di Papiniano, il ruolo di «*adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*»[213].

La testimonianza di Papiniano, giurista che operò tra il II e III sec. d.C., in materia di *aequitas* va, inoltre, presa in considerazione in combinato con altri frammenti rispettivamente di Pomponio, Paolo e Celso, in materia di arricchimento ingiustificato[214]:

> D. 12.6.65.4 (Paul. *XVII ad Plaut.*): *Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.*
>
> D. 12.6.66 (Pap. *VIII quaest.*): *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*.

---

[211] G. ALPA, *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in AA.VV., *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, 105 ss; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, 225 ss.

[212] Art. 1374 c.c.: Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge , o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.

In questo articolo l'equità assume il ruolo di 'fonte del diritto' al pari della legge e degli usi. Sul tema M. TALAMANCA, *L'*aequitas *nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in «Aequitas», *Giornate in memoria di Paolo Silli*, *Atti del convegno (Trento 11-12 aprile 2002)*, a cura di G. SANTUCCI, Padova, 2006, 58 nt. 9.

[213] D. 1.1.7.1 (Pap. *lib. II def.*): *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

[214] B. CORTESE, *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Napoli, 2013, 175 ss.

D. 50.17.206 (Pomp. *IX ex var. lect.*): *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.*[215]

In questi frammenti, che abbracciano un arco temporale che va, presumibilmente, da Plauzio a Papiniano, si vede come la nozione di *iure naturae aequum* e di *bonumm et aequum* si facciano corrispondere al principio secondo cui non si debba conseguire ciò che non spetta, a danno altrui.

La regola restitutiva inerente a quanto ricevuto *sine causa* viene in tutti i casi, anche se con espressioni diverse, ricondotta ai principi dell'*aequitas*. In particolare, i frammenti in esame sottolineano la matrice equitativa delle azioni volte a ristabilire l'equilibrio delle parti, garantendo l'obbligo di restituzione, qualora una parte abbia ottenuto un incremento patrimoniale, a cui è corrisposto un depauperamento dell'altra parte, senza che vi fosse una causa idonea. Questo percorso evolutivo che caratterizza il ruolo dell' *aequitas* all'interno dell'ordinamento romano vede, in un certo senso, la sua chiusura nella burocratizzazione della giurisprudenza e nell'inserimento dei migliori giuristi nell'apparato imperiale: verso la fine dell'età severiana, infatti, l'*aequitas* si avvia a perdere il suo ruolo di Rechtskritische Kategorie, andando ad assumere, soprattutto, il ruolo di formidabile supporto al *ius scriptum*, includendo in esso l'editto ormai cristallizzato nell'editto perpetuo[216].

Con questo irrigidimento venne meno l'opera innovativa del pretore il quale era stato, fin a quel momento, voce viva del diritto[217].

---

[215] In questa rassegna è possibile inserire anche il frammento precedentemente analizzato di Celso: D. 12.1.32 (Cels. *V dig.*): *Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*

[216] L'editto perpetuo fu codificato nel 133 d.C. da Salvio Giuliano su ordine dell'imperatore Adriano; con tale atto si andò a cristallizzare l'editto tralatizio e venne prevista la possibilità di eventuale modifica solo ad opera dell'imperatore stesso, unico legittimato.

[217] F. PRINGSHEIM, *Römische 'aequitas' der christlichen Kaiser*, in *ACJI*, I, 1934, 119 ss; A. LOVATO, *Analogia ed equità nel* consilium *dell'imperatore*, in AA.VV., *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. CASCIONE, E. GERMINO, C. MASI DORIA, Napoli, 2006, 183 ss; M. RIZZI, Imperator cognoscens decrevit. *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012, 219 ss.

7. *La metamorfosi dell'*aequitas*: l'età postclassica*

Con Celso e i giuristi severiani abbiamo assistito a quella che rappresenta la 'fine' della giurisprudenza creativa: da quel momento in poi la produzione del diritto sarà sempre più nelle mani di uno solo e l'*aequitas* tenderà ad assumere un ruolo diverso e sempre più 'umano' e sempre meno 'giuridico'.

Il lento cammino che porta il sistema romano da repubblica ad impero ha comportato, oltre ai mutamenti istituzionali, il passaggio da un sistema 'creativo' ad un sistema 'chiuso'.

Con il consolidarsi del potere del *princeps* prima e dell'imperatore poi, viene in essere un profondo mutamento sia dei profili istituzionali dell'ordinamento romano sia del ruolo e della concezione dell'*aequitas*. Infatti, con il progressivo accentramento di tutte le funzioni in capo ad un solo 'legittimato'[218], il diritto allora vigente tende a cristallizzarsi. Tale accentramento, inoltre, è uno dei fattori che hanno portato alla progressiva 'burocratizzazione' della giurisprudenza: i giuristi migliori venivano inseriti nella cancelleria imperiale e avevano il compito principale di dare «saldezza alle forme di controllo giuridico-politico»[219] in mano all'imperatore.

A questo bisogna aggiungere, oltre all'accentramento delle funzioni politiche-istituzionali e alla cristallizzazione del diritto, il manifestarsi anche di un appiattimento della cultura giuridica del periodo dovuto, da una parte, alla scissione tra impero d'Oriente e impero d'Occidente, dall'altra alla concessione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'Impero e, mutamento da non sottovalutare, all'avvento della religione cristiana che ha comportato un cambiamento radicale a livello del sentire sociale.

---

[218] P. SILLI, 'Aequitas' *ed* 'ἐπιείκεια' *nella legislazione giustinianea*, in *SDHI*, 1984, Roma, 56.
[219] L. SOLIDORO, *Tra morale*, cit., 106.

In particolare, l'avvento della religione cristiana ebbe un forte impatto sulla concezione di *aequitas*. Infatti, quest'ultima inizia a perdere quel ruolo di 'terzietà' che fino a quel momento l'aveva caratterizzata e viene assimilata ai valori di *benignitas* e di *caritas* di matrice cristiana.

Si ha un esempio di tale nuova ottica, di *divina quadam providentia constitutum*[220], nella famosa costituzione del 314 d.C., in cui l'imperatore Costantino ha, infatti, ribadito solennemente il predominio del principio di giustizia ed equità sul diritto positivo:

> C. 3. 1. 8: *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem. * CONST. ET LICIN. AA. AD DIONYSIUM. *<A 314 D. ID. MAI. VOLUSIANO ET ANNIANO CONSS.>*

[220] I. 1.2.11: *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent: ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*

Con l'emanazione di questa costituzione anche l'ambito operativo dei giuristi postclassici finì per essere limitato, producendo responsi basati sulla mera ricerca della rispondenza del diritto scritto alla *iustitiae aequitatisque ratio*[221]. Difatti, dall'esegesi del testo della costituzione si può chiaramente affermare[222] come venga asserito il principio per cui è preferibile far valere le ragioni della giustizia e dell'equità su quelle dello stretto diritto. Tutto questo, però, sempre nell'ottica per cui l'imperatore era il solo e unico portatore della *viva vox* del diritto: l'*aequitas* citata nella costituzione non è più l'*aequitas* romana[223], di cui finora abbiamo parlato, ma è da intendersi oramai come influenzata dai valori cristiani.

L'appiattimento dell'*aequitas,* sommato alla sempre più scarsa e diversificata preparazione dei giuristi di quell'epoca, ha inevitabilmente portato a moltiplicare le accezioni che la stessa *aequitas* aveva conosciuto in epoca repubblicana e classica, accrescendo a dismisura l'evanescenza e l'incertezza del concetto.

Inizia da quel momento una profonda crisi sia nella produzione del diritto che nell'utilizzo dell'equità come strumento di correzione ed integrazione della norma positiva. Crisi che vede la fine solo con l'inizio dell'epoca medioevale, in cui si assiste alla rinascita del concetto di *aequitas* nei paesi anglosassoni di *common law* e nel mondo canonico[224].

---

[221] A. GUARINO, voce *Equità (diritto romano)*, cit., 624.

[222] H. KRÜGER, *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, in ZGR, XIX, 1898, 19; S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano. L'arbitrium boni viri nei fedecommessi. Legati e fedecommessi, verba e voluntas. Influsso della cognitio extra ordinem sul ius civile*, Parigi, 1926, 284; ID., (voce) 'Aequitas', in *NSS*, I, Torino, 1937, 214; F. PRINGSHEIM, *Römische* 'aequitas' *der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, 1935, anche in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Wiesbaden, 1961, 136; C. BASTNAGEL, De aequitate in iure romano, in *BIDR*, XLV, Firenze, 1948, 361.

[223] Di contrario avviso lo studioso Silli che sostiene come gli atti della cancelleria costantiniana fossero ancora orientati ad un utilizzo dell'*aequitas* in chiave tecnica o, comunque, in una chiave concettualmente molto vicina. Nella sua ricostruzione, lo studioso, rimanendo nell'ottica di accentramento del potere nelle mani dell'imperatore, promuove la tesi per cui l'imperatore stesso onde evitare situazioni intricate concedeva delle deroghe: a partire da Costantino, quindi, è come se l'imperatore riservasse su di sé il «monopolio dell'*aequitas*, nel senso cioè che in vista delle particolarità di determinati casi, egli stesso pone legislativamente l'eccezione alla normativa generale». Si andrebbe così allora a creare quella che lo studioso ha denominato come 'l'equità del legislatore'. Per ulteriori approfondimenti: P. SILLI, *Mito e realtà dell'*«aequitas christiana». *Contributo alla determinazione del concetto di* aequitas *negli atti degli* Scrinia *costantiniani*, Milano, 1980, 167.

[224] M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008, 3 ss.

CAPITOLO III

L' EQUITÀ PERFORMATIVA: *AEQUITAS* ED EQUITY

1. *Il riflesso del mutamento storico sul concetto di equità*

Come abbiamo visto nella prima parte di questo lavoro, la maggior parte delle trattazioni sull'equità si aprono mettendo in risalto la difficoltà di definire tale concetto e la pressoché assoluta inconciliabilità fra le varie teorie al riguardo.

D'altronde i concetti astratti, non essendo basati su dati obbiettivi ed empirici, finiscono fatalmente per essere plasmati in maniera diversa in dipendenza della particolare impostazione giuridica o filosofica dello studioso che ne tenta la definizione.

Senza contare che, nel caso dell'equità, ci sono giunte almeno tre diverse tradizioni storiche, che derivano la loro origine dalla filosofia greca, dall'ordinamento romano e da quello canonico[225].

Per quanto concerne, in particolare, la tradizione romanistica, che abbiamo sin qui esaminata, si deve evidenziare nuovamente come, a partire dall'età postclassica[226], a causa della decadenza della sensibilità giuridica che ha caratterizzato tale periodo storico, si registri una diversa modalità di utilizzazione dello strumento dell'*aequitas* che perde la sua centralità nell'evoluzione del diritto, finendo per essere degradato a mero correttivo benigno del *rigor iuris*.

---

[225] Per ulteriori approfondimenti sull'utilizzo dell'equità nell'ordinamento canonico: S. D'ANGELO, *Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico*, in *Saggi su questioni giuridiche*, I, Torino, 1928, 56 ss; L. DE LUCA, Aequitas *canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint-German*, in *Eph.i.c.*, Roma, 1947, 46 ss; G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Eph.i.c.*, Roma, 1949, 9 ss; A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano, 1954; L. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, I. *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, 172 ss.

[226] Per convenzione si è assunta la morte di Modestino, considerato l'ultimo giurista classico, come la data iniziale dell'età postclassica che si chiude con la morte di Giustiniano (240 d.C.-565 d.C.). Questa epoca risulta caratterizzata da una tendente cristallizzazione, voluta dall'imperatore, del diritto che non portò ad un'eliminazione del diritto classico, il quale anzi continuò ad essere applicato, ma ad una

Tale decadimento è anche effetto dello spostamento del centro dell'impero da Occidente ad Oriente attuato dall'imperatore Dioclezano: il concetto di equità, infatti, è stato fortemente influenzato dalla dottrina cristiana finendo per generare una nuova concezione dell'*aequitas*. Quest'ultima essendo ora intesa come *divina quadam providentia constitutum*, non rappresenta più, come giustamente osservato dal Calasso[227], un principio che opera dentro il diritto positivo, ma che lo trascende.

L'obiettività non costituisce più, quindi, la caratteristica primaria dell'*aequitas* che subisce un'evoluzione che la porta ad assorbire l'idea di *benignitas* e di *caritas*: questi due nuovi principi, di matrice cristiana, portano come conseguenza che l'equità sia intesa come uno strappo alle norme di diritto, dettato dalla considerazione di particolari circostanze personali[228]. A causa della mescolanza del piano giuridico con quello religioso, ed essendo venuta meno la caratteristica fondamentale dell'equità, ovvero la 'terzietà' rispetto alle situazioni di diritto da tutelare o da dirimere, si è prodotta una perdita di ruolo dell'*aequitas* quale collante nella creazione di un nuovo *ius civile*. Una delle ripercussioni di questo mutamento è stata la limitazione della giurisdizione di equità al solo imperatore che è ormai l'unica vera fonte di produzione di nuovo diritto[229]. Mediante tale cristallizzazione, a mio parere, si è prodotto un blocco di quella appare come una delle funzioni primarie del diritto: la capacità di essere 'elastico' e, quindi, mediante correttivi equitativi, di concedere le soluzioni più 'giuste' e bilanciate.

L'*aequitas* assume nuovamente un ruolo di rilievo a partire dall'età medievale, e in particolare nei sistemi anglosassoni, i quali utilizzarono lo strumento 'equità' per sopperire alla rigidità del *ius scriptum*.

---

staticità che poteva essere modificata solo mediante costituzione imperiale. Il periodo postclassico vede trionfare l'opera di accentramento, iniziata da Augusto, di tutte le funzioni giuridiche, amministrative e politiche nelle mani di un unico capo quale era l'imperatore. Per ulteriori approfondimenti: G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 711 ss.

[227] F. CALASSO, voce *Equità (storia)*, cit., 66.

[228] A. BISCARDI, *Riflessioni*, cit., 7.

[229] C. 1. 14. 1: *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. * CONSTANT. A. SEPTIMIO BASSO PU. *<A 316 D. III NON. DEC. SABINO ET RUFINO CONSS.>*. Per ulteriori approfondimenti sulle fonti imperiali si rinvia a P. SILLI, *Equità*, cit., 477 ss.

2. Aequitas *ed Equity*

Con tutte le cautele necessarie allorché si operano paralleli storici[230] si può, infatti, dire che nel secolo XIV si era determinata, nell'ordinamento inglese, una situazione simile a quella verificatasi, nell'ordinamento romano, nel periodo delle guerre puniche. In entrambi i sistemi la situazione giuridica dei singoli era determinata dalla concessione dei mezzi di tutela che non traevano la loro *ratio* da una vera 'codificazione' dei relativi diritti soggettivi ma dalle tutele che venivano riconosciute a quelle situazioni ritenute, nel corso dei secoli, meritevoli di tutela e, di conseguenza, 'disciplinate'.

Si sviluppano, infatti, in ambedue gli ordinamenti delle 'giurisdizioni alternative' che, affiancate a quelle precedentemente in vigore, si occupano di dirimere controversie non riconosciute dal diritto allora vigente o inerenti a situazioni non direttamente tutelate dall'ordinamento conosciuto.

---

[230] E. COKE, *Fourth Part of the Institutes of the Laws of England*, London, 1809, 79 ss; W. BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, Paris, 1823, IV, 80 ss; H. J. S. MAINE, *Ancient law*, London, 1861, 17 ss; H. SUMNER MAINE, *Dissertations on Early Law and Customs*, London, 1891, 389 ss; F. POLLOCK, *The Expansion of the Common Law*, London, 1904, 16 ss; G. A. HARRER, *Precedent in Roman Law*, in *Studies on Philology*, 19, 1922, 52 ss; F. PRINGSHEIM, *The inner Relationship between English and Roman Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 5, 1935, 347 ss; W. HOLDSWORTH, *A history of english law*, London, 1938, I, 453 ss; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946, 12 ss; E. BETTI, *Forma e sostanza della 'interpretatio prudentium'*, in *Atti Verona*, II, Milano, 1951, 101 ss; W. W. BUCKLAND - A. D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1952, *passim*; A. SERENI, *L'equity negli Stati Uniti*, in *Studi di diritto comparato*, I, Milano, 1956, *passim*; W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, London, 1956, 194 ss; G. W. KEETON, *An introduction to Equity*, London, 1956, 18 ss; R. C. VAN CAENEGEM, *Royal writs in England from the conquest to Glanvill. Studies in early history of the Common law*, London, 1959, *passim*; H. LÉVY-BRUHL, *Judge et prudent*, in *RHD*, XL, 1962, 6 ss; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, 287 ss; A. R. HOGUE, *Origins of the common law*, London, 1966, *passim*; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, *passim*; R. DAVID, *Droit commun et common law*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, 347 ss; P. STEIN, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today. Inaugural Lecture*, Cambridge, 1969, *passim*; R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973, 85 ss; G. W. KEETON - L. A. SHERIDAN, *Equity*, Abingdonxon, 1976, 278 ss; F. HORAK, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Atti del Convegno 'Legge, Giudici, Giuristi'. Cagliari 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982, 67 ss; A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *FI*, 1983, 106, V, 85; R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987, 8 ss; A. M. RABELLO, *'*Aequitas*' and Equity: Equity in civil Law and mixed Jurisdictions*, Gerusalemme, 1997, *passim*; L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 11 ss.

I 'classici' mezzi di tutela erano rappresentati dalle *legis actiones* nel sistema romano e dai *writs*[231] in quello inglese e, con il tempo, avevano entrambi finito per cristallizzarsi, non corrispondendo, più, alle esigenze, in continua evoluzione, della coscienza sociale. La soluzione adottata per superare il contrasto tra forme giuridiche ed esigenze sociali appare del tutto simile[232], dato che, come in Roma si introdusse un nuovo tipo di processo ed il ricorso del pretore all'*aequitas,* così in Inghilterra fu adottata la nuova giurisdizione in Equity del Chancellor e, poi, della Court of Chancery[233].

[231] Il *writ* veniva rilasciato dalla Cancelleria Regia all'attore dietro pagamento di un compenso e conteneva un ordine di adempimento rivolto al convenuto. Qualora il convenuto non avesse adempiuto, si sarebbe dovuto presentare dinanzi al giudice. Ogni *writ* corrispondeva ad una determinata pretesa e, nel giudizio, l'attore doveva dimostrare di trovarsi in quella determinata situazione, nel caso contrario non gli era concessa nessun'altra azione giudiziale. V. MICELI, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto*, Pavia, 1938, *passim.*

[232] Mentre nel diritto romano i motivi che hanno portato all'irrigidimento delle soluzioni sono di norma ricondotti in fattori di carattere generale quali la tradizione o il rispetto dell'opera dei padri, per il *commow law* vi è soprattutto un motivo politico: l'opposizione da parte dei baroni prima e del Parlamento poi rispetto all'emissione di nuovi *writs* da parte della Cancelleria reale in quanto considerati come nuove leggi emanate dal Re senza alcun tipo di controllo. W. HOLDSWORTH, *A history*, cit., *passim.*

[233] G. SPENCE, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, London, 1846, 414 ss; W. HOLDSWORTH, *Some Makers of English Law*, Cambridge, 1938, 129; W. W. BUCKLAND, Praetor *and Chancellor*, in *Tulane Law Rev.*, 13, 1939, 163 ss; H. L. MCCLINTOCK, *Principles of equity*, St. Paul Minn., 1948, *passim*; F. W. MAITLAND, *Equity: a course of lecture*, Cambridge, 2011, *passim.*

Per capire appieno come si era giunti a questa situazione risulta opportuno premettere che, a seguito della conquista normanna dell'Inghilterra[234], avvenuta nel 1066, era insorta la necessità di superare il particolarismo giuridico dato dalle consuetudini locali che generava incertezza e disparità di trattamento e soffriva di un'evidente incapacità evolutiva rispetto alle esigenze derivanti dalla nuova situazione del paese. La risposta a tale necessità fu data dall'affiancamento della giustizia regia alle giustizie locali, con il che si dette vita ad un sistema concepito in modo che la concessione dei *writs* ne rappresentasse il fulcro concettuale ed operativo. Si era, in tal modo, sviluppato, in maniera via via sempre più organica, un vero e proprio apparato normativo che, riuscendo a superare il particolarismo giuridico dato dalle consuetudini locali, si propose come diritto comune (*common law*) a tutto il Regno d'Inghilterra[235].

[234] Come bibliografia generale per la storia del diritto inglese: F. POLLOCK & F. W. MAITLAND, *The History of English Law*, II, Cambridge, 1898; W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, XVI, London, 1903-1966; E. LEWIS, *The history of judicial precedent*: I, in *LQR*, 182, 1930, 207 ss; J. H. BAKER, *An introduction to english legal history*, London, 1956; T. PLUCKNETT, *A concise history of the Common Law*, London, 1956.

[235] M. CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law. Nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005, 183 ss.

La giustizia regia si dimostrava molto agile nella risoluzione dei casi concreti rispetto alle giustizie locali e ben presto il sistema basato sulla concessione del *writ* rimase l'unico in vigore[236]. Anche questo sistema, però, subisce una battuta di arresto fra il XIV e XV secolo. Fino a quel momento il *common law* si basava su un apparato in cui l'esigenza di tutela, o *cause of action*, precedeva il rimedio, ossia il *writ*; tuttavia, come ci testimonia il giurista e storico Maitland, si giunse ad un sistema che, per quanto simile nella concezione di base, determinava le situazioni meritevoli di tutela sulla base di un *corpus* di *writs* che si andava via via cristallizzando, finendo per invertire il rapporto fra le situazioni da regolare ed i relativi rimedi: « […] Nei giorni di Bracton […] le corti regie e la Cancelleria — era la Cancelleria che predisponeva i *writs* — godevano di una certa libertà che avrebbero perso quando la nostra monarchia parlamentare divenne definitivamente stabilita. Già poco dopo, sebbene la Cancelleria non abbia mai perso del tutto un certo potere (garantitole da uno *statute*) di variare le vecchie formule per calzarle ai nuovi casi, questa libertà prese ad essere utilizzata con grande parsimonia. Le corti e la Cancelleria diventano conservatori ed il Parlamento diviene geloso di tutto ciò che appaia come un tentativo di legiferare senza il suo concorso; il detto di Bracton diventa vero soltanto qualora invertito: "*Tot erunt actiones quot sunt formulae brevium*", le *form of action* sono date e i diritti devono essere da lì dedotti»[237].

Occorre, inoltre, notare che dopo la *Provisions of Oxford* del 1258[238], il potere di emettere nuovi *writs* viene fortemente limitato, tanto da 'chiudere' l'impianto[239], ponendo le basi per la costruzione di un nuovo sistema istituzionale.

---

[236] U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1996, 26 ss.

[237] F. W. MAITLAND, *The form of action at Common Law*, Cambridge, 1948, 6.

[238] Le *Provisions of Oxford*, che videro la luce durante la guerra civile scoppiata durante la seconda fase del regno di Enrico III, vennero sollecitate da un gruppo di baroni inglesi per modificare la forma di governo e gestione del paese e spesso sono viste come la prima forma di costituzione scritta inglese. Per approfondimenti: J. F. TRUMPBOUR, *The Provisions of Oxford and an Impersonal Monarchy*, 1988, *passim*; A. JOBSON, *The First English Revolution: Simon de Montfort, Henry III and the Barons' War*, Londo, 2012, 22 ss; U. MATTEI, *Common law*, cit., 27.

[239] L. SOLIDORO, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dal crollo dell'Impero Romano d'Occidente alla formazione del* ius commune, I, Torino, 2011, 180.

Dato il clima politico e i mutamenti che il sistema aveva subito anche il potere giudiziario si distaccò dal monopolio regio. Proprio questo distacco permise il sorgere dell'*Equity* [240]. Difatti come risposta all'irrigidimento delle soluzioni concesse mediante i *writs* prese piede l'abitudine da parte dei litiganti insoddisfatti di rivolgersi al Cancelliere del Re, che di norma era un ecclesiastico, il quale, con il pretesto di amministrare l'*aequitas*, sovvertiva le decisioni di *common law*, basando i suoi pareri sui principi giuridici ed ecclesiastici dallo stesso ritenuti equi.

Il ricorso alla sentenza del Cancelliere nasce come evento sporadico ma, ben presto, diviene una Corte monocratica autonoma, dotata di un proprio personale e di una propria avvocatura, tanto che si comincia a parlare di un vero e proprio diritto d'*Equity* o *equitable interests*[241].

È inevitabile notare un parallelismo con quanto avvenuto verso la fine dell'età repubblicana a Roma. In tale periodo, come ci ricorda Gaio nelle sue *Institutiones*[242], l'eccessiva rigidità e il troppo formalismo caratteristico delle *legis actiones*, in cui bastava sbagliare una parola o un gesto per perdere il giudizio, indussero i Romani a richiedere l'estensione ai *cives* del nuovo processo formulare basato sulla *fides* e sull'*aequitas*.

---

[240] T. E. SCRUTTON, *The influence of the Roman law in the law of England*, Cambridge, 1885, 155 ss; A. S. THAYER, *Equity*, in *Law Quarterly Review*, XXXVIII, London, 1922, 92 ss; M. SARFATTI, *Influenza reciproca del Diritto romano e del Diritto anglosassone*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, III, Padova, 1938, 570 ss; L. B. CURZON, *Equity*, London, 1974, 10 ss.

[241] C. H. S. FIFOOT, *History and sources of the common law, tort and contract*, Westport, 1949, *passim*; R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004, 278 ss.

[242] Gai. 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*

Analogamente la progressiva sclerotizzazione dei *writs* indusse nella popolazione inglese la stessa reazione che si era sviluppata fra i *cives* romani. Di fronte all'irrigidimento del *common law* portato dalle *Previsions of Oxford*[243], che era connotato da un estremo formalismo delle procedure e che palesava una sempre più inadeguata capacità di regolazione delle situazioni giuridiche che necessitavano di tutela, i sudditi cercarono un cambiamento. La risposta a questa richiesta di cambiamento venne, appunto, dal *Chancellor* e si concretò nell' avvio e nel rapido sviluppo della nuova prassi che, vide, in quel momento, l'inizio della sua instaurazione[244].

Avendo brevemente tracciato l'origine dell'*Equity* inglese si può certamente notare come i punti di contatto con l'*aequitas* romana siano molteplici, mentre l'unica differenza significativa fra lo *ius honorarium* del pretore e l'*Equity* del cancelliere consiste nel fatto che *ius honorarium* e *ius civile* erano affidati allo stesso magistrato, mentre *common law* ed *Equity* erano di competenza di giudici diversi[245]; per il resto sussistono analogie molto strette[246] fra il sistema romano e quello inglese.

---

[243] Come abbiamo avuto modo di vedere le *Previsions of Oxford* limitarono fortemente il potere creativo comportando una cristallizzazione ed un irrigidimento già visto nel sistema romano nel passaggio dal Principato al Dominato e il conseguente accentramento della produzione normativa e della gestione della giustizia nelle mani dell'Imperatore.

[244] H. POTTER, *Introduction to the History of Equity and its Courts*, London, 1931, *passim*; L. DE LUCA, *'Aequitas' canonica ed 'Equity' inglese*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, III, 1947, 63 ss; W. W. BUCKLAND - A. D. MC NAIR, *Roman law and common law: a comparison in outline*, Cambridge, 1965, *passim*.

[245] G. PUGLIESE, Ius honorarium *a Roma ed equity nei sistemi di common law*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, IV, Milano, 1988, 1105-1126.

[246] V. BEONIO-BROCCHIERI, *L'equità in Roma e in Inghilterra*, in *Mod. Trib.*, 1922, 286; W. HOLDSWORTH, *A history*, cit., *passim.*

Con il ricorso alla giurisdizione in *Equity* del cancelliere erano, infatti, attivabili innovative possibilità di tutela che potevano consistere in una più adeguata protezione di un diritto soggettivo riconosciuto dal *law* o, al contrario, nell'impedire che si determinassero risultati iniqui per l'esercizio di un diritto garantito dal *law* o, ancora, che situazioni di fatto non previste dal *law* fossero tutelate mediante la creazione di nuovi diritti[247]. I cancellieri dichiaravano di decidere le questioni che venivano loro sottoposte sulla base della legge di Dio, della loro coscienza o dell'*Equity,* intesa come diritto naturale o giustizia naturale[248]. Gli stessi cancellieri, che fino alla metà del XVI secolo furono quasi esclusivamente ecclesiastici, potevano essere influenzati dalle loro precedenti decisioni ma non ne erano necessariamente vincolati[249].

Questa grande semplicità sul piano formale e la peculiare flessibilità facevano sì che la giurisdizione *in Equity* fosse in grado di integrare o di modificare il *common law* laddove le relative norme risultassero non idonee rispetto alle esigenze sociali e della regolazione dei traffici commerciali. L'*Equity* si contrappone, dunque, al *common law* come un complesso di regole, non ancora facenti parte del diritto costituito, di cui si sente la necessità e che permettono di assumere decisioni concrete, fondate su criteri di generale giustizia e non di particolare predisposizione umana per una delle parti[250].

---

[247] A. SERENI, *L'equity*, cit., *passim*.

[248] H. L. MCCLINTOCK, *Principles of equity*, cit., *passim*.

[249] F. W. MAITLAND, *Equity*, cit., *passim.*

[250] A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista oggi*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 95 ss; G. PUGLIESE, *Aspetti del 'diritto comune europeo'*, in *Studi G. Gorla*, II, Milano, 1994, 1092 ss.

Si consideri, per meglio valutare il rilievo di tale ultimo aspetto, che una delle principali massime di *Equity* dichiara che '*equality is equity*'[251]. Essa si confonde e, di fatto, si identifica con la percezione della giustizia e del diritto naturale avvertita dalla coscienza del cancelliere e della società civile finendo, pertanto, per corrispondere, fedelmente, all'*aequitas* classica ed all'equità generale come prima definite. Come verificatosi per l'*aequitas,* anche le regole dell'*Equity* tendevano a trasformarsi in diritto costituito, riuscendovi senza grandi difficoltà grazie alla natura prevalentemente giudiziaria e basata sull'autorità del precedente propria del diritto inglese. E fu proprio con la raccolta e la conservazione delle decisioni del cancelliere e con l'estensione ad esse del vincolo del precedente che l'*Equity* finì con il trasformarsi, da mero criterio di giudizio indotto dalle esigenze che non trovavano tutela nel *common law,* a vero e proprio corpo di regole fisse che modificavano o integravano lo stesso *common law.*

3. *I caratteri dell'ordinamento: prospettive generali a confronto*

In ambedue i sistemi il dualismo, tra *ius civile* e *ius honorarium* e tra *common law* ed *Equity*, appare centrale nell'evoluzione del diritto privato[252]; entrambi, inoltre, come sottolineato da Pringsheim[253], sono ordinamenti formatisi da fonti non legislative, inclini alla casistica e poco amanti di concetti e principi generali.

Il concetto di equità, nel significato generale prima delineato, ha dei precedenti di grande e coincidente rilievo nel sistema romano classico e nel sistema medioevale inglese. Tali precedenti confermano le caratteristiche attribuite a questo significato dell'equità e cioè la generalità, l'obiettività e la contrapposizione al diritto positivo.

---

[251] E. H. T. SNELL- R. MEGARRY, *Principles of equity,* London, 1947, 19; W. P. KEETON, *An introduction to equity*, London, 1952, 143.

[252] G. PACCHIONI, *Imperialismo romano e britannico*, Torino, 1907, *passim*; ID, *La funzione civile dell'imperialismo*, Modena, 1926, *passim*.

[253] F. PRINGSHEIM, *The inner Relashionship between English and Roman Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 5, 1935, 347 ss.

Emergono, anche, nuovi elementi che permettono di ampliare, ulteriormente, il quadro dell'equità generale sino ad ora delineato. Ciò con riferimento al momento della contrapposizione fra equità e diritto positivo, che si manifesta allorché quest'ultimo interrompe la sua naturale evoluzione[254], ed alla gradualità della trasformazione dell'equità in diritto positivo, che si attua con la modificazione e la trasformazione del diritto costituito invece che con l'integrale sostituzione dello stesso. Oltre a ciò, ed in maniera più significativa, per la natura del contesto in cui si attua la trasformazione dell'equità in diritto positivo, che non è quello della sede legislativa, da cui emanare una serie di norme astratte, ma è quello tipico della sede giudiziaria, per il tramite delle decisioni assunte sui casi concreti.

Tale importante e concordante aspetto, rilevabile dall'analisi storica dell'*aequitas* e dell'*Equity,* era stato evidenziato da un'acuta osservazione del Rümelin[255] che aveva sottolineato come giustizia ed equità possano, anche, identificarsi ma che della prima si parla in relazione alla norma astrattamente considerata, mentre della seconda si parla in relazione alla decisione concreta.

[254] F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, 65; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, 1951, 83.

[255] M. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, 1921, 43.

Per quanto questo collegamento con la decisione del caso concreto costituisca una caratteristica essenziale dell'equità generale si deve, comunque, tenere sempre ben presente che essa dà luogo a vere e proprie regole generali, essendo la decisione di equità vissuta come fonte generante un precetto universale e non di una soluzione particolare e concreta. La regola contenuta nella decisione concreta, infatti, acquista valore per chiunque si trova nella medesima situazione: per questo motivo il provvedimento risolutivo della controversia si eleva rispetto al caso particolare poiché lo stesso è stato introdotto nell'editto o in forza dell'autorità del precedente. Ed in questo caso si usa parlare di trasformazione dell'equità in diritto, che può definirsi giudiziario, allorché lo si voglia distinguere da quello legislativo[256], ma che resta pur sempre diritto positivo. Tale trasformazione risulta possibile solo perché le esigenze rappresentate dall'equità, intesa nel suo primo significato, hanno precisi caratteri di generalità ed obiettività.

Il giudizio del pretore o del *Chancellor* nel decidere un caso concreto che acquistava, successivamente, il valore di norma, si ispirava, infatti, ad esigenze generali, quali ad esempio la tutela del successore legittimo o del contraente in buona fede e di tutti coloro che si fossero in seguito trovati nelle stesse condizioni, non già a criteri di benevolenza verso quel particolare erede o specifico contraente[257].

Le analogie tra l'*aequitas* romana e l'*Equity* inglese risultano quindi molteplici: dall'emanazione di decisioni giudiziali non desunte dal diritto vigente ma indotte da esigenze di opportunità e giustizia, al principio per cui le decisioni nate per il caso concreto vengono poi estese come vero e proprio diritto applicabile in via generale, per finire, last but not least, alla comunanza di fonte di questo nuovo diritto, ossia al fatto che, come il *praetor* romano, anche il Lord Chancellor è una fonte innovativa di diritto, diversa da quella fino a quel momento conosciuta.

---

[256] W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1934, 34 ss.

[257] C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, *passim*.

3.1. Due casi pratici di istituti di creazione equitativa: la restitutio in integrum *e il decree of specific performance*

Uno dei risultati dell'attività equitativa del pretore, da una parte, e della *Court of Chancery,* dall'altra, si sostanziò non solo nella capacità di interpretare e rendere più 'elastico' il diritto fino a quel momento conosciuto, ma anche, nella facoltà di creare nuovi istituti.

Nell'ordinamento romano possiamo vedere come l'attività giurisdizionale ed in particolare quella del *praetor peregrinus*, direttamente collegata all'avvento e allo sviluppo del processo formulare, portò all'introduzione di un nuovo istituto, l'*in integrum restitutio,*[258] che era essenzialmente fondato sull'*imperium* del magistrato[259] e guidato, nella sua applicazione, dall'*aequitas*.

Tale strumento, attivato principalmente in sede giurisdizionale, proprio nell'ambito della procedura formulare evidenziava una delle peculiari caratteristiche dell'*imperium* pretorio che si concretizzava in un'attività tanto giurisdizionale[260] quanto normativa.

---

[258] L. CHARVET, *Évolution de la restitution des majeurs en droit privé romain,* Grenoble, 1920, 8 ss; G. CERVENCA, *Studi vari sulla* restitutio in integrum, Milano, 1965, *passim*; L. RAGGI, *La* restitutio in integrum *nella* cognitio extra ordinem, Milano, 1965, *passim*; M. SARGENTI, *Studi sulla* restitutio in integrum, Milano, 1966, 2 ss.

[259]D. 2.1.4 (*Ulp. lib. I ad ed.*): *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.* Il termine *imperium*, che va analizzato in stretta connessione con il concetto di *iurisdictio*, individuava il novero dei poteri spettanti al console e al pretore che comprendevano, in linea generale, il comando militare, il potere giurisdizionale civile e criminale ed il potere di convocare il Senato e l'assemblea del popolo, di presiedere le elezioni e di proporre leggi. Per ulteriori approfondimenti si veda: M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 151; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, 199 ss; G. GUIDA, Ius dicere *e* iudicare*.* Iurisdictio *del magistrato e poteri del giudice*, in *LR online*, 2012, 38 ss.

[260] Sul piano generale non è mancato chi in dottrina ha ricondotto la *iurisdictio* ad una manifestazione dell'*imperium*. Secondo il Leifer la *iurisdictio* non avrebbe avuto una propria autonomia ma sarebbe stata una delle forme in cui si esplicava l'*imperium*. Un altro orientamento, riconducibile al Lauria, ritiene viceversa che non vi sia alcun collegamento tra l'*imperium* e la *iurisdictio;* tale riflessione si alimenta dell'asserita impossibilità di definire in maniera netta il contenuto dell'*imperium*, che varia in relazione ai magistrati a cui è attribuito e a seconda del periodo storico considerato.
Tra queste due opposte tesi si pone il pensiero inaugurato dal De Martino e ripreso dal Pugliese che, partendo dall'assunto tradizionale che l'*imperium* fosse un potere generale di comando sia in campo militare che civile, dal contenuto non perfettamente identificato, configura la *iurisdictio* come «una della *potestas* che, pur comprese nell'*imperium*, potevano essere specificatamente attribuite dalla legge a un magistrato come *potestates* a sé stanti». Per approfondimenti sul tema: F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecbt*, Müchen, 1914, 69; M. LAURIA, 'Iurisdictio', in *Studi Bonfante*, Milano, 1930, 488; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199 ss; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano, 1963, 118 ss.

L'istituto della *restitutio in integrum* è l'emblema della *iurisdictio* pretoria e dei provvedimenti, connessi o meno ad un giudizio, che quest'ultimo poteva emanare sulla base del suo *imperium* già dall'epoca tardo repubblicana. Tale rimedio nasce, infatti, dalla necessità di rescindere un negozio giuridico mediante un provvedimento del magistrato che ripristinava, nell'ambito del *ius honorarium*, la situazione giuridica anteriore ad un certo fatto, atto o negozio[261]. È solo nell'*imperium* del magistrato che poteva fondarsi una decisione straordinaria la quale poneva nel nulla una situazione già valida e produttiva di effetti per il *ius civile*. Con essa il pretore poteva far 'sparire' una situazione giuridica, allo stesso modo in cui, avvalendosi sempre del suo *imperium*, poteva 'creare' nuovi vincoli. Le maggiori testimonianze ci documentano come la *restitutio* venisse richiesta normalmente in sede giurisdizionale[262]; non manca però chi, come lo studioso Orestano, ha sostenuto che questa potesse essere attivata anche al di fuori del processo[263].

Le testimonianze inerenti alla diffusione di tale strumento giuridico si rinvengono già sul finire della Repubblica[264] a sostegno della tesi per cui l'origine della *restitutio* fosse molto antica, probabilmente coincidente con la nascita del *praetor peregrinus*. Le prime applicazioni dell'esercizio del potere dei magistrati sono, infatti, da porre in relazione a momenti dell'espansione romana, con eventi bellici e con situazioni da questi determinate: motivo per cui il terreno più fertile per tale tipo di sviluppo risultava essere quello provinciale dove l'attività del *praetor* andava a dirimere le controversie tra i *cives* e gli stranieri.

Nella maggior parte dei casi la *restitutio* appare come il frutto di un provvedimento di restituzione concesso del magistrato *cum imperio* all'interno del processo formulare anziché come un atto autonomo del pretore[265].

---

[261] C'è chi in dottrina ha sostenuto, come il Pugliese, che questa impugnabilità dinanzi ai pretori e agli altri magistrati, fu il «germe della moderna annullabilità» del negozio giuridico. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 253.

[262] D. 4.1.3 (*Mod. lib. VIII pand.*): *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.*

[263] R. ORESTANO, *I fatti di produzione normativa nell'esperienza giuridica romana. Dalle origini alla fine della repubblica*, Torino, 1963, 185 ss.

[264] M. SARGENTI, *Studi*, cit., 6.

[265] Sulla modalità di concessione del rimedio pretorio si contrappongo in dottrina due orientamenti: da una parte la tesi del Carrelli, il quale ha affermato che la procedura della *restitutio in integrum* si svolgesse sempre in due fasi distinte, una prima dinanzi al pretore che si chiudeva con un *decretum* e una seconda consistente in un vero e proprio giudizio chiamato *iudicium rescissorium*; la seconda tesi, opposta, è stata sostenuta dal Lauria il quale ha affermato che il *decretum* sarebbe stato emesso solo in casi in materia amministrativa o penale mentre, di norma, la *restitutio* veniva concessa all'interessato direttamente con l'*actio rescissoria*. Per ulteriori approfondimenti: E. CARRELLI, Decretum *e* sententia

Nonostante, inoltre, molti esempi di *restitutiones* fossero contenuti nell'editto pretorio[266], nulla impediva al magistrato di provvedere, in virtù del suo *imperium* e in base alla necessità, di garantire tutela alle situazioni inique in un singolo caso non contemplato nelle clausole edittali[267].

Emblematica è la testimonianza, seppur non giuridica, di Terenzio il quale nel *Phormio*[268]– presentato in scena intorno al 161 a.C.[269]– ci riporta il caso in cui Cratino suggerisce a Demifonte di richiedere la *restitutio*. Proprio in quanto testimonianza non giuridica, questa fonte ci dimostra come già intorno alla metà del II sec. a.C., l'istituto fosse ben noto ai romani tanto che un autore teatrale poteva servirsene per costruire una situazione scenica che fosse compresa ed apprezzata nella sua comicità dal pubblico[270].

In questo quadro non possiamo tralasciare l'inciso «*restitui in integrum aequomst et bonum: et id impetrabis*». Il richiamo espresso all'*aequum bonum* in una fonte di età repubblicana ha un significato molto forte sia per quanto riguarda lo strumento *aequitas*, che come si è avuto modo di osservare precedentemente era già conosciuto e utilizzato dai giuristi repubblicani, sia per l'istituto della *restitutio in integrum*: quest'ultima, anche nelle fonti successive, sarà sempre presentata come tipica

---

nella restitutio in integrum, Bari, 1938, 129 ss; B. KUPISH, In integrum restitutio *und* vindicatio utilis *Eigentumsübertragugen im klassischen Römischen Recht*, Berlin, 1974, 113 ss; M. LAURIA, Iurisdictio, cit., 514 ss.

[266] D. 4.4.1 (*Ulp. lib. XI ad ed.*): *Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem. Praetor edicit: "Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam".* D. 4.1.7 (*Marc. lib. III dig.*): *Divus Antoninus Marcio Avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: "Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. Itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest. Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio aequitatis postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.*

[267] E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927, 21 ss; ID., Iurisdictio praetoris *e potere normativo*, in *Labeo*, XIV, Napoli, 1968, 7 ss; A. WATSON, Actio de dolo *and* actiones in factum, in ZSS, LXXVIII, Weimar, 1961, 392-402; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 335 ss; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 303; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 205-206; ID., Actio *e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 138; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997, 194.

[268] Ther., *Phormio*, 446 ss: *{De.} videti' quo in loco res haec siet:quid ago? dic, Hegio. {He.} ego? Cratinum censeo,si tibi videtur. {De.} dic, Cratine. {Cra.} mene vis?{De.} te. {Cra.} ego quae in rem t<ua>m sint ea velim facias. mihisic hoc videtur: quod te absente hic filius egit, restitui in integrum aequomst et bonum,et id impetrabi'. dixi.*

[269] F. FABBRINI, *Per la storia*, cit., 206.

[270] M. SARGENTI, *Studi*, cit., 39.

manifestazione ed attuazione dell'*aequitas* a dimostrazione del fatto che l'essenza più intima del *ius* andasse ricercata nel *bonum et aequum*.

La *restitutio* risultava, infatti, essere uno strumento molto duttile e agevole al servizio del magistrato, attraverso il quale quest'ultimo poteva modificare o integrare situazioni divenute oramai insostenibili[271] perché non più rispondenti alle nuove esigenze derivanti da una più moderna concezione dell'*aequitas*[272].

Oltre alle testimoniane letterarie, la prima attestazione giuridica in cui abbiamo traccia della *restitutio* nei suoi connotati sostanziali e formali è il senatoconsulto *de Asclepiade sociique* del 78 a.C.; con questo senatoconsulto si vede come l'istituto avesse raggiunto una precisa fisionomia e come fosse oramai riconosciuto quale strumento 'regolamentato'. Considerata la datazione del senatoconsulto è possibile sostenere come, ben prima dell'avvento del Principato, l'utilizzo della *restitutio* fosse oramai consolidato e, soprattutto, come l'istituto di matrice giurisprudenziale fosse assorbito nell'apparato legislativo romano.

Il pretore, infatti, rispettando le esigenze dell'*aequitas* e risolvendo quelle situazioni condizionate dall'eccessivo formalismo dovuto alla rigida applicazione del *ius civile*, andava a sciogliere quei negozi sostanzialmente validi ma iniqui, eliminandone gli effetti giuridici e compiendo, quindi, un passo indietro che riportava il tutto ad una situazione giuridica anteriore[273]. Il conferimento al magistrato di un amplissimo potere discrezionale non veniva considerato come una possibile fonte di abusi, bensì come sicura garanzia di valutazioni equitative contro le iniquità comportate in determinati casi dalla rigorosa applicazione del *ius civile*.

Vediamo, allora, come lo strumento *aequitas* aiuti nuovamente la creazione di una nuova situazione giuridica: con la *restitutio* si contribuì notevolmente al superamento di vecchie concezioni e all'evoluzione del sistema verso un orientamento più duttile e

---

[271] D. 3.3.39.6 (*Ulp. lib. IX ad ed.*): *Est et casus, quo quis eiusdem actionis nomine et de rato caveat et iudicatum solvi. Ut puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur: alterius procurator existit: debet cavere hic procurator et ratam rem dominum habiturum, ne forte dominus reversus velit quid petere, item iudicatum solvi, ut si quid forte propter hanc restitutionem in integrum praestari adulescenti debeat, hoc praestetur. Et haec ita Pomponius libro vicensimo quinto ad edictum scribit.* D. 4.4.3.9 (*Ulp. lib. XI ad ed.*): *Pomponius adicit ex his causis, ex quibus in re peculiari filii familias restituuntur, posse et patrem quasi heredem nomine filii post obitum eius impetrare cognitionem.* D. 21.2.39 pr. (*Iul. lib. LVII dig.*): *Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam. Respondi: iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui.*

[272] F. FABBRINI, *Per la storia della* restitutio in integrum, in *Labeo*, XII, Napoli, 1966, 204 ss.

[273] F. FABBRINI, *Per la storia*, cit., 204.

umano, basato sulla considerazione per cui la concretezza del singolo caso dovesse prevalere dinanzi all'astratta uniformità della norma.

È possibile allora rinvenire anche nell'ordinamento anglosassone, grazie all'attività creatrice della *Court of Chancery*, l'introduzione di un nuovo istituto giuridico di matrice equitativa rappresentato dal *decree of specific perfomance*. Questo strumento, che condivide con la *restitutio* la medesima radice creativa ma da cui diverge profondamente per contenuto, non risolve una situazione giuridica ma obbliga la parte inadempiente ad ottemperare al proprio vincolo giuridico nei confronti della controparte.

La genesi di tale rimedio va ricercata nel fatto che, nonostante l'ampiezza delle fattispecie ricomprese e tutelate mediante i *writs*, il sistema di *Common Law* non rispondeva più alle esigenze e a tutti i bisogni del tempo lasciando privi dei rimedi coloro i quali avevano la necessità di vedere garantiti i propri diritti[274]. I privati, quindi, sempre più spesso si rivolgevano prima al Re, poi al Cancelliere, per avere giustizia. La caratteristica delle risoluzioni concesse dal *Chancellor* in *Equity* era, infatti, quella di operare *in personam* anche nella fase esecutiva.

Il rimedio del *decree of specific perfomance* nasce da un'esigenza di tutela di una situazione non prevista dal *Common Law.* Le corti di *Common Law* si erano concentrate, verso le fine del XIII secolo, su due gruppi di rimedi: da una parte quelli per recuperare la terra di cui l'attore fosse stato illecitamente privato e, dall'altra parte, quelli per ottenere il risarcimento dei danni che risultava il rimedio pressoché universale per tutte le azioni[275].

Rimanevano, invece, sguarniti di tutela tutti quei casi in cui l'interesse dell'attore era rivolto sostanzialmente all'esecuzione di un accordo; questi divennero, però, maggiormente tutelati solo quando la *Court of Chancery* inaugurò l'utilizzo dei *decree of specific perfomance* e tale rimedio divenne un normale strumento di tutela nelle corti in *Equity*.

Il *decree of specific perfomance*[276], infatti, è un provvedimento caratteristico della capacità creativa della *Court of Chancery* mediante il quale si garantiva una giustizia

---

[274] C. A. CANNATA-A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, II, Torino, 1989, 67.

[275] Altro fondamentale rimedio di matrice equitativa è l'*injuction* anch'essa attivabile in casi di inadempienza contrattuale. Con l'*injuction*, infatti, costituisce un ordine impartito dal giudice alla parte inadempiente di fare o non fare; ordine che se disobbedito costituisce '*contempt of court*' ossia reato. Per ulteriori approfondimenti: G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968, 278 ss.

[276] T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, London, 1956, 703 ss.

sostanziale ai proprietari terrieri. Con questo strumento si assicurava la possibilità alla parte insoddisfatta di richiedere il compimento dell'atto specifico pattuito al momento della conclusione del contratto, ossia l'adempimento della propria obbligazione. Tale strumento si inserisce in un quadro di giustizia 'alternativa': entrambi i rimedi affrontati, infatti, esulano dalle normali tutele attivabili dai privati e rientrano, invece, in un'ottica di giustizia basata non sulla necessità che la fattispecie corrispondesse alla norma già prevista ma che una fattispecie meritevole di tutela fosse salvaguardata in ogni caso. Nello specifico il *decree of specific perfomance*, avendo diretta incidenza sulla libertà di agire del debitore era, ed è, ancora visto come strumento eccezionale nel sistema contrattuale di *common law*.

Fino a quel momento l'*Equity* e l'annessa funzione svolta dal *Chancellor* erano viste come uno strumento di integrazione e correzione del *Commow Law*, tanto che il principio basilare su cui si fondava la creazione della *Court of Chancery* era '*Equity follow the Law*'. Proprio seguendo questo principio, con il passare del tempo, l'*Equity* si allontanò sempre più dal *Common Law* e, fintantoché le due corti si occuparono di materie differenti, il problema non venne a galla. Nel momento in cui il terreno di applicazione dei rimedi richiesti venne a intersecarsi, si manifestò anche la diversa natura del *Commow Law* e dell'*Equity*[277]: seguendo la sua naturale traiettoria i rimedi basati sull'*Equity* cominciarono a dare sempre maggior rilievo alla volontà interna dei contraenti comportando, come nel binomio *ius civile-aequitas*, che contratti considerati perfettamente validi e vincolanti in base alle regole di *Common Law* fossero, invece, viziati e invalidi in base alle regole di *Equity*.

La caratteristica su cui è bene soffermarsi ulteriormente riguarda la necessità per un ordinamento di saper capire e, quindi, di saper adottare tutti i rimedi ritenuti opportuni per garantire una giusta ed equa tutela a tutte quelle situazioni che, vuoi per l'evoluzione sociale vuoi per l'evoluzione economica comune a tutti i sistemi, non sono *ab origine* previste come meritevoli di protezione. Il grande pregio da riconoscere sia all'*aequitas* che all'*Equity* risiede proprio nel fatto che tali strumenti hanno saputo adattarsi e all'occorrenza reinventarsi tanto da riuscire a plasmarsi a seconda della situazione che si trovavano dinanzi: pregio più facilmente riconoscibile in un sistema casistico piuttosto che in un sistema di diritto codificato che non permette intromissioni da parte di 'correttivi' non espressamente nominati nelle norme legislative.

[277] C.A. CANNATA-A. GAMBARO, *Lineamenti*, cit., 73.

In particolare, il sistema anglosassone ha saputo conservare questo bagaglio che dal Medioevo si è sviluppato fino ai nostri giorni tanto che il *decree of specific perfomance* appare ancora come uno strumento centrale nel dirimere le controversie e garantire il perfetto adempimento di una prestazione, sempre guidato dalla matrice equitativa che infatti, ancora oggi, viene definito come '*the most important equitable remedy*'.

Possiamo quindi dire come i due rimedi, qui brevemente esaminati, sono entrambi creazione e applicazione dello strumento 'equità': da una parte abbiamo, nel diritto romano, l'istituto della *restitutio in integrum* che nasce dall'attività equitativa pretoria ed è volto a risolvere, mediante la restituzione, un vincolo giuridico; viceversa nel *decree of specific perfomance*, la *Court of Chancery*, grazie alla sua attività in *Equity* permette di garantire tutela a quelle parti che volevano vedere adempiuta in forma specifica la prestazione della controparte.

4. *La persistenza storica dell'*aequitas *e dell'Equity*

Dal breve confronto svolto è possibile sostenere come, nonostante le epoche storiche distanti e l'ambiente sociale differente, l'*aequitas* e l'*Equity* abbiano non pochi punti di contatto.

Entrambi i 'principi', dalla loro creazione, conquistano un ruolo fondamentale all'interno dell'ordinamento di nascita, divenendo centrali nell'impianto creativo giuridico.

Aequitas ed *Equity* svolgono un ruolo di integrazione e di aggiornamento di quello che risultava essere un rigido diritto, creando al tempo stesso una sorta di «dualismo giuridico» [278] : nell'ordinamento romano l'*aequitas* ha svolto un ruolo sia di aggiornamento che – come abbiamo avuto modo di vedere – di creazione; nell'ordinamento inglese l'*Equity* è arrivata a creare un proprio ordinamento autonomo, parallelo al classico *Common Law*. Il diritto scritto, infatti, non appariva così 'infallibile' necessitando di un sistema rimediale parallelo basato sulla risoluzione del caso concreto e, quindi, su un'idea di 'giustizia materiale'[279]: il principio giuridico dell'equità, inteso quale principio correttivo di iniquità e integrativo del diritto, ove questo presenti lacune, appare un cardine degli ordinamenti giuridici, sia dei più datati

[278] V. FROSINI, voce *Equità*, cit., 74.
[279] L. SOLIDORO, *Tra morale*, cit., 165.

sia di quelli più vicini a noi temporalmente, tale da auspicare una riflessione sui criteri extranormativi di integrazione del *ius scriptum*.

Occorre, inoltre, sottolineare come entrambi i sistemi presi in considerazione rientrino nell'ambito dei cosiddetti 'sistemi aperti' ovvero quei sistemi dove prevale la formazione del diritto casistico-giurisprudenziale e dove viene affidato all'interprete un ruolo fondamentale nello sviluppo creativo del diritto.

Si considerino, a tale riguardo, le conclusioni prospettate da Horak[280], secondo il quale l'opera della giurisprudenza romana sarebbe approdata alla formulazione di una serie di 'casi', il più possibili astratti, costituiti da tante fattispecie; anche se queste ultime tendono, prevalentemente, ad un'astrazione del *casus* appare più opportuno assimilarle, piuttosto che alla nostra moderna concezione di codice, all'idea di 'casi' contenuta nei Law Reports del case law anglosassone, che rappresentano, viceversa, la descrizione di fattispecie di natura concreta. Caratteristica comune, infatti, è la necessità di partire dal *casus*, di analizzarlo in tutti i suoi elementi e, dopo aver estrapolato gli elementi caratterizzanti, di andare poi a ricercare lo strumento più idoneo a tutelare quella singola situazione giuridica.

Permane, comunque, una netta differenza tra il sistema romano e il sistema anglosassone: un chiaro esempio è dato dalla circostanza che il diritto romano viene prodotto, in maniera prevalente, dai giuristi i quali attraverso l'*interpretatio*, che trae alimento tanto dalla soluzione di casi concreti quanto dall'attività di riflessione ed elaborazione giuridica, indirizzano l'attività dei pretori e dei magistrati. Il diritto inglese, invece, così come tutti quelli che nel tempo sono stati modellati sullo stesso, è un diritto che viene creato, prevalentemente, dai giudici, come efficacemente espresso dalla nota definizione '*Judge made law'*.

[280] F. HORAK, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il 'case law' nel diritto romano e nel diritto moderno,* in *Atti del Convegno Legge, Giudici, Giuristi* (*Cagliari 18-21 maggio 1981*), Milano, 1982, 67 ss.

A ciò, però, bisogna aggiungere come in entrambi i sistemi assuma un ruolo fondamentale la considerazione della funzione essenziale assunta dal processo, nel cui ambito si assiste ad una graduale costruzione del diritto, dapprima attraverso il progressivo consolidamento delle formule giudiziarie e, poi, mediante l'adozione di aperture successive, dettate dall'esigenza di migliore adeguamento della tutela processuale ai criteri dell'equità. I giuristi sopperiscono così ai vuoti normativi, guidati da quel principio giuridico che identifica il diritto come *ars boni et aequi*.

Questa 'libertà' interpretativa e innovativa, dei giuristi e del pretore da una parte e del *Chancellor* dall'altra, finì, però, per determinare una reazione nell'ordinamento romano che, in egual misura, nell'ordinamento inglese; temendo tanto un rovesciamento di quelle che venivano considerate fino ad allora le fonti del diritto, si mise, infatti, in atto un'opera di 'cristallizzazione'. Come per il sistema romano l'avvento del Dominato comportò un irrigidimento del diritto, indipendentemente dal ruolo dell'*aequitas*, così nel sistema inglese, intorno al 1660, la giurisdizione in *Equity* risultò snaturata, a favore di un'unità del diritto come manifestazione fondamentale e indefettibile di una sovranità unitaria[281].

Entrambi gli ordinamenti, infatti, dopo un'esplosione di matrice innovativa, tornavano ad un atteggiamento di diffidenza nei confronti del parametro equitativo che, invece, aveva solo aiutato un processo di ammodernamento di vetusti strumenti rimediali.

[281] T. HOBBES, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, London, 1681, *passim*.

EQUITÀ CODIFICATA E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

*1. L'*aequitas *e il diritto vigente*

La tematica inerente all'*aequitas* non si è esaurita con il periodo Medioevale ma rimane molto attuale, nella maggior parte dei paesi europei, in ragione soprattutto del rapporto ravvisabile fra lo studio della materia privatistica e quella romanistica.

Occorre, infatti, considerare che la visione prospettica del diritto romano ha finito, con il tempo, per assumere una fisionomia prevalentemente storica a causa della progressiva, ed inevitabile, fuoriuscita del diritto vigente dall'alveo che lo ha originato.

Nello specifico ci interessa provare ad approfondire ciò che attiene all'idea che la dottrina moderna ha sviluppato dell'equità e come questo strumento sia stato 'recepito' negli attuali ordinamenti, quale ad esempio l'ordinamento italiano.

Si possono ravvisare tre diversi punti di vista nell'affrontare la problematica relativa al concetto di equità, che vanno: dall'elaborazione astratta, come pura indagine teorica sulla sua essenza, all'analisi dei rapporti con il diritto (fondamento del diritto, mezzo di adattamento, mezzo di interpretazione, ecc.); all'approccio strettamente positivo, laddove l'equità sia espressamente richiamata dal diritto costituito al fine di accertarne i limiti e gli effetti.

Quanto sopra spiega la ragione della marcata diversità dei risultati cui sono giunti alcuni degli studiosi dell'equità[282], e non risulta pertanto utile, ai fini preposti, né una pedissequa elencazione delle principali teorie né, tantomeno, soffermarsi sui tentativi di conciliazione delle opposte convinzioni che sono stati, peraltro, tutti caratterizzati dall'insuccesso.

---

[282] M. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht*, Tübigen, 1921, 1 ss; P. VIAZZI, voce *Equità*, in *Enc. giur. it.*, vol. V, Milano, 1906, 267 ss; A. GIANNINI, *L'equità*, in *Arch. giur.*, vol. 105, 1931, 177 ss; V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità,* in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, *passim*; V. FROSINI, *L'equità nella teoria generale del diritto*, in *Collana dei Convegni di studio 'Problemi attuali di diritto e procedura civile'*, Lecce, 1975, *passim*; O. BUCCI, *Il principio*, cit., *passim*; C. M. DE MARINI, *Il giudizio*, cit., 145 ss.

Risulta, invece, opportuno riprendere ed approfondire l'analisi di ciò che debba intendersi con il termine di equità, rapportata agli ordinamenti moderni, basandosi sui dati quasi intuitivi che si ricavano dallo studio delle idee fondamentali che caratterizzano una parte della dottrina[283].

La prima considerazione verte sull'esigenza di tenere distinti i due diversi significati che spesso vengono fusi e confusi nel medesimo termine di 'equità'.

Il primo di tali significati riconduce, per grandi linee, il concetto di equità a quelli di giustizia, di principi generali del diritto ideale[284], di diritto naturale, di prodotto della coscienza sociale.

Con il secondo si delineano, invece, i contorni di uno strumento più concreto, volto alla giusta regolamentazione del caso individuale, al temperamento ed all'adattamento della norma alla situazione di fatto, alla pronuncia del provvedimento umanamente più appropriato[285].

Se non si tiene conto di questa diversità di significati e non si cerca di comprendere quale ne sia la ragione profonda, si finisce, facilmente, per elaborare tutta una serie di posizioni intermedie che tentano, invano, di conciliare caratteristiche tra loro discordanti. È a causa di questa diversità di significati che una parte degli studiosi[286] ha differenziato e, talora, contrapposto l'*aequitas* romana dall'equità greca, l'equità generale dall'equità individuale, l'equità del legislatore dall'equità del giudice, l'equità oggettiva da quella soggettiva, la sua funzione trascendente da quella immanente.

---

[283] P. BONFANTE, *L'equità*, in *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1925, 124 ss; E. ALBERTARIO, *La crisi del sistema interpolazionistico*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 642 ss; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi*, Padova, 1930, 21 ss.

[284] L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Filangeri*, Napoli, 1919, 44 ss; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, Genova, 1923, 256 ss; O. CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Annali Catania*, Catania, 1934, 245 ss.

[285] C. M. DE MARINI, *Il giudizio*, cit., 160 ss.

[286] F. S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888, 156 ss; PAULY A.- WISSOWA G., *Real Encyclopädie*, I, I, Stuttgart, 1894, 600 ss; P. MAZEAUD, *Les notions de droit de justice et d'équité*, in *Aequitas und bona fides (Festgabe Simonius)*, Basel, 1955, 228 ss.

Per quanto concerne il primo dei due significati, non si può non convenire sulla valutazione che individua la più significativa accezione del termine equità in quella che lo fa corrispondere al significato di giustizia[287]. Le caratteristiche proprie della giustizia vengono, infatti, attribuite all'equità ogni qual volta si afferma che l'equità è la fonte prima e generale di ogni diritto positivo o quando si raffigura l'equità come una sfera più grande in cui risulta ricompresa quella del diritto.

Allo stesso modo sostenere che il diritto positivo deve corrispondere all'equità e che l'equità deve ispirare il legislatore non fa che esprimere l'eterna e generale aspirazione a che il diritto positivo sia conforme ai principi della giustizia.

L'equità, in questa accezione, può essere definita come esigenza del sentimento giuridico, come complesso di regole poste dalla coscienza sociale, come insieme di norme ideali obiettivamente conoscibili dall'intelletto razionale ed in altri modi similari che si differenziano per effetto dei diversi punti di vista teorici.

Pur se tra loro diverse, tutte queste definizioni consentono di rilevare un aspetto molto significativo qual è quello di un'ulteriore, più o meno esplicita, identificazione tra equità e diritto naturale. Tale identificazione deriva, in effetti, dalla constatazione che i vari modi, di volta in volta, proposti per conoscere le regole di equità corrispondono, in maniera integrale, a quelli proposti per conoscere le norme di diritto naturale[288].

---

[287] D. 1.1.10 pr. (*Ulp. lib. II reg.*): *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

[288] Con il concetto di diritto naturale si vanno a ricomprendere quel complesso di norme non scritte, considerate universali e necessarie, preesistenti e non sempre coincidenti col diritto positivo, che fanno parte del patrimonio etico-razionale-religioso di ogni individuo e/o comunità. Spesso il diritto naturale si è fatto coincidere con l'*id quod semper aequum et bonum est*, ovvero con un insieme di regole non sempre codificate, che trovano il proprio fondamento nei principi superiori di giustizia ed equità. Per approfondimenti sul tema del diritto naturale: H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottemburg, 1928, *passim*; S. COTTA, *Diritto naturale* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 647 ss; G. FASSÒ, *Il diritto naturale*, Roma, 1964, 127 ss; H. ROMMER, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Milano, 1965, *passim*; S. COTTA, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in *Diritto naturale. Verso nuove prospettive. Relazioni del Convegno celebrativo del quarantesimo dell'Unione. Roma 9-11 dicembre 1988*, Roma, 1990, 6 ss; J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, 1990, 60 ss;

Sia che si parli di una intuizione della coscienza giuridica individuale, di una analisi obiettiva delle esigenze della coscienza sociale o di una conoscenza razionale delle regole necessarie per la coesistenza sociale si finisce con il considerare l'equità come un complesso di regole esterne al soggetto giudicante, in grado di conoscerle in modo obiettivo e razionale, che presentano caratteristiche identiche a quelle che si vogliono attribuire al diritto naturale.

L'accostamento dell'equità al diritto naturale, da cui la ricorrente espressione di «equità naturale», porta come conseguenza a considerare l'equità come facente parte dei principi generali del diritto o, di converso, a comprendere i secondi nella prima, in analogia a quanto avviene per il diritto naturale.

Quanto riportato in estrema sintesi consente di rendersi conto sia delle motivazioni che delle modalità utilizzate per ricollegare all'equità, di volta in volta, la giustizia, il diritto naturale ed i principi generali del diritto.

Collegamento che si alimenta di un evidente parallelismo con il diritto naturale e, più in generale, con la giustizia[289], che risulta palese anche allorché si esamini la contrapposizione fra equità e diritto positivo, tra ordinamento equitativo ed ordinamento giuridico, e ci si ponga, quindi, il problema di come regolare, in concreto, l'eventuale conflitto fra norma di equità e norma positiva.

Si consideri, infatti, che nei confronti del diritto positivo l'equità finisce con il rappresentare un'entità ad esso contrapposta ma, allo stesso tempo, soprastante, che le esigenze dell'equità vengono contrapposte a quelle del diritto e lo stretto diritto all'equità naturale; senza contare che si assiste, persino, alla configurazione di un ordinamento equitativo concorrente con quello giuridico come emerge dall'analisi dell'ordinamento romano e di quello inglese medievale.

Allo stesso tempo l'equità viene considerata un metro di valutazione del diritto positivo, un modello cui quest'ultimo deve adeguarsi, una sorta di fonte prima del diritto che deve, sempre, essere ricondotto nell'alveo dell'equità.

---

[289] L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Filangeri*, 1919, 44 ss; O. CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Annali Catania*, 1934, 245 ss; P. MAZEAUD, *Les notions*, cit., 229 ss.

A tale proposito e, prescindendo dalle delicate dinamiche dell'influenza dell'equità sul legislatore, in un ordinamento di diritto codificato come il nostro, prevale l'opinione che il giudice possa fare ricorso all'equità solo quando sia a ciò autorizzato dalla stessa norma positiva, oppure, secondo alcuni, anche allorché sussistano delle lacune nel diritto positivo.

Va anche osservato come la ricordata identificazione tra equità e principi generali del diritto ha portato, spesso, a dare rilevanza positiva all'equità, facendone un mezzo od una fonte di interpretazione del diritto[290].

I contenuti, quindi, associabili al 'primo significato' dell'equità presentano delle peculiarità identificabili con le caratteristiche della generalità, della obiettività e della contrapposizione al diritto. Il carattere della generalità è determinato dalla circostanza che l'equità risulti composta di regole generali ed astratte[291], che sussistono ed hanno una loro validità anche a prescindere dalla concretezza del fatto, ma che possono essere poste in evidenza nel momento della decisione di una questione concreta.

L'obiettività non deriva, a sua volta, da una natura fenomenica dell'equità, che naturalmente non sussiste, ma dalla condivisa considerazione che le sue regole sono esterne a chi le deve conoscere ed applicare[292]. Le regole dell'equità non dovrebbero, infatti, mai dipendere dalla semplice coscienza soggettiva del giudicante, dovendo, invece, essere individuate o su base razionale, come pure norme naturali aventi valore intrinseco a prescindere dal soggetto pensante, o, in modo empirico, nelle manifestazioni della coscienza giuridica sociale[293].

---

[290] A. TRIPICCIONI, *L'equità nel diritto*, in *Riv. Int. fil. dir.*, 1925, 46; E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, *passim*; DIENA G., *Dell'equità nell'interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di Cassazione unica*, Venezia, 1879, 20 ss.

[291] L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, cit., 44; P. BIONDI, *In tema di potere discrezionale del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Padova, 1928, I, 253.

[292] G. KISS, *Billigkeit und Recht*, in *Arch. f. Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1909, 536 ss; M. CAPPELLETTI, *Il giudizio d'equità e l'appello*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Padova, 1952, 145.

[293] P. CALAMANDREI, *Il significato*, cit., 24; F. SANTORO-PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1956, 1167; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. inter. di fil. del dir.*, Roma, 1923, 277.

Per tali motivi la pronuncia del giudice di equità, ad esempio, avrebbe natura dichiarativa, dovendo essa accertare delle regole già preesistenti al giudizio stesso[294] come avviene nell'ordinamento italiano[295].

Date queste caratteristiche ora esaminate, le regole dell'equità si riferiscono ai medesimi rapporti disciplinati dal diritto, e da ciò deriva che la stessa si contrappone al diritto, quale entità ad esso omogenea e concorrente che, esercitando un'azione suscettibile di influenzare, di modificare e di sostituire, tende a divenire essa stessa diritto positivo[296].

A questo punto risulta evidente la corrispondenza del primo significato dell'*aequitas*, nei termini che abbiamo fin qui delineato, con i presupposti e con la funzione dell'*aequitas* romana classica.

---

[294] P. CALAMANDREI, *Il significato*, cit., *passim*; A. CARRESI, *La transazione*, Torino, 1954, 37.

[295] Art. 114 c.p.c.: Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta

[296] V. MICELI, *Sul principio*, cit., *passim.*

Come noto i giuristi romani non ci hanno lasciato una definizione teorica dell'*aequitas,* troppo lontana dallo spirito pratico e dal metodo casistico che li caratterizzava, ma dai testi giuridici e letterari pervenuti si può evincere, con sufficiente chiarezza, quale fosse il significato attribuito all'*aequitas*[297]. Significato che rappresentava, nient'altro, che la giustizia, intesa come complesso di aspirazioni sociali, di esigenze economiche e morali che continuavano a formarsi in una società in perenne e tumultuoso sviluppo. Le forme da troppo tempo immutate del *ius civile* non potevano più offrire sufficiente tutela ai problemi ed alle esigenze sociali emersi per effetto della trasformazione dell'economia romana nel periodo susseguente alle guerre puniche. Comincia, quindi, a formarsi un insieme di convinzioni e di "regole" che, pur non avendo ancora la forma del diritto costituito, tendono ad assumerla grazie all'opera dei giuristi per il tramite dell'editto pretorio. E questo grazie ai gradi di libertà ed alla facilità di adeguamento consentiti dal nuovo processo formulare che rappresentava, per il pretore, il mezzo per costituire nuovo *ius* ispirato all'*aequitas*[298]. Superando, in tal modo, il rigoroso formalismo della procedura delle *legis actiones,* ancorate all'immutabile forma dei *verba,* che, precludendo ogni forma di innovazione, paralizzavano la regolazione giuridica non considerando nuove situazioni di fatto che sarebbero state meritevoli di tutela[299].

L'*aequitas* classica rappresenta, quindi, un prodotto della coscienza sociale che matura una serie di convinzioni e di esigenze di cui si avverte la necessità di una trasformazione in *ius,* e che assume, a motivo della sua genesi, il carattere della generalità. Come abbiamo, già, rilevato la peculiare connotazione del sistema romano non ha portato ad enunciazioni astratte dell'*aequitas,* privilegiando, sempre, le concrete regole di decisione che rispondevano, però, ad esigenze generali e non ad una particolare considerazione umana di una specifica controversia.

---

[297] M. VOIGT, *Die Lehre vom jus naturale, aquum et bonum und jus gentium dei Römer*, I, Leipzig, 1856, 34 ss.

[298] S. RICCOBONO, *Lineamenti*, cit., 32.

[299] Gai. 4. 30: *Sed istae omnes actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt ea res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.*

La prevalenza della *voluntas* sui *verba*[300], sostenuta sulla base dell'*aequitas* nell'interpretazione delle leggi e dei negozi giuridici, rappresenta un chiaro esempio in tal senso, essendo una soluzione dettata da esigenze generali e non dalla benevolenza nei confronti di un caso particolare[301].

Questo aspetto conferma, in particolare, il carattere dell'obiettività proprio dell'*aequitas*, dato che non sarebbe stata possibile una continua trasformazione in diritto positivo[302] delle esigenze radicate nella coscienza sociale[303] su di una base di natura soggettiva.

Riconferma, anche, la connotazione di giustizia, eguaglianza ed equilibrio che viene attribuita all'*aequitas* dalla gran parte dei romanisti[304].

Rimane controversa, invece, in dottrina[305], la concorrenza e la contrapposizione dell'*aequitas* classica rispetto al *ius,* con particolare riguardo ad una eventuale prevalenza della prima sul secondo.

---

[300] F. SCHULZ, *I principi del diritto romano,* Firenze, 1946, *passim*.

[301] Alcuni esempi, precedentemente analizzati, presenti nelle fonti giuridiche romane di prevalenza della *voluntas* a livello casistico: D. 10.2.50 (*Ulp. lib. VI op.*): *Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus: in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur.* D. 27.7.4.2 (*Ulp. lib. XXXVI ad ed.*): *Usuras quoque eius pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris: quantas autem et cuius temporis usuras praestare debeat, ex bono et aequo constitui ab iudice oportet.* Si veda inoltre: D.1.3.10; D. 37.1.6.1; D. 44.4.1.1.

[302] F. PRINGSHEIM, *Römische aequitas der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internazionalis*, 1935, 124; S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil* (Grand-Paris 1926), Grand, 1926, 253 ss.

[303] S. RICCOBONO, *Lienamenti*, cit., *passim*.

[304] C. FADDA, *L'equità ed il metodo nei giureconsulti romani*, in *Annali Università di Macerata*, Napoli, 1881, *passim*; P. BONFANTE, *L'equità*, in *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1925, 124; F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, 1932, 86; G. BROGGINI, *Aspetti storici e comparativistici*, in *Collana dei convegni di studio 'Problemi attuali di diritto e procedura civile'*, Lecce, 1975, 21 ss; L. VACCA, *L'*aequitas *nell'*interpretatio prudentium *dai giuristi* «qui fondaverunt ius civile» *a Labeone*, in «Aequitas» *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006, 33.

[305] A sostegno della forte contrapposizione e di una deroga frequente allo *ius* in base all'*aequitas*: J. STROUX, *Summum ius summa iniuria*, in *Festschrift P. Speiser-Sarasin*, Leipzig - Berlin, 1925, *passim*; S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949, 108 ss; in senso opposto di *aequitas* come criterio di regolamentazione accanto allo *ius*: F. PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius scriptum*, in AA.VV., *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, 643 ss; E. ALBERTARIO, *Etica e diritto nel mondo classico latino*, 1932, in ID., *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 642.

Sembra prevalere e da preferire, al riguardo, la valutazione che per l'*aequitas* classica sia più corretto parlare di concorrenza, non ravvisandosi la netta contrapposizione formale con il *ius* che si verifica, invece, con l'*aequitas* imperiale. D'altro canto, quest'ultima aveva, anche, assunto un significato più tendente alla *humanitas* ed alla *benignitas*[306], mentre l'*aequitas* classica, in aderenza al suo significato più corretto, si pone accanto al *ius* come complesso di esigenze giuridiche non ancora soddisfatte. L'*aequitas* non nega il *ius* ma cerca di influenzarlo e di modificarlo, fermo restando che non può assumere un'efficacia positiva fintanto che non ne venga attuato il riconoscimento in una *pars* del diritto quale è quella dell'editto pretorio[307].

Possiamo, quindi, concludere che il termine equità, nel suo primo significato di «equità generale», compendia quel complesso di esigenze di giustizia avvertite dalla coscienza sociale di fronte all'obsolescenza ed all'irrigidimento del diritto positivo. Tali esigenze di carattere generale finiscono, tendenzialmente, per trasformarsi in norme, che modificano o integrano il preesistente diritto positivo mediante l'attività giudiziaria di decisione di casi concreti.

L'*aequitas* classica sembra, quindi, corrispondere al primo dei due significati che vengono attribuiti al concetto di *aequitas,* ma è importante considerare che una corrispondenza equivalente è rilevabile, anche, nei confronti dell'*Equity*[308] nel suo significato originario, per effetto di analogie estese e molto significative[309].

---

[306] F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1934, *passim.*

[307] T. KIPP, *Aequitas*, in *Pauly-Wissowas Realeninclopaedia*, I, 1894, 599 ss.

[308] Come si è avuto modo di vedere, la nascita dell'*Equity* e le sue prime applicazioni 'ricalcano' i passi svolti dall'*aequitas* tra il periodo repubblicano e quello classico: entrambi, infatti, condividono la 'nascita' ovvero la necessità di integrare un diritto divenuto oramai estremante rigido e poco rispondente ai bisogni sociali.

[309] L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, 118 ss.

2. *L'equità in un ordinamento codificato*

Consideriamo ora un qualunque attuale ordinamento basato su di un diritto positivo a formulazione preventiva, che debba conciliare, cioè, la sicurezza giuridica con la libertà dell'azione umana, assicurando la conoscenza a priori, da parte dei singoli, di ciò che è lecito o illecito, e debba, quindi, necessariamente dettare norme generali ed astratte. Non risulta, infatti, possibile fare in modo che il diritto positivo riesca a prevedere tutti gli eventuali comportamenti nella loro concreta particolarità. La consapevolezza dell'inevitabile astrattezza e generalità della norma positiva aiuta a penetrare il secondo significato del termine "equità", o "equità particolare" che, pur avendo alcune caratteristiche in comune con il primo, ne deve rimanere chiaramente distinto.

A tal fine non possiamo non essere consapevoli di come possa accadere che una norma, giusta nella sua generalità e quindi rispondente alle esigenze sociali, dia luogo a risultati ingiusti, una volta applicata ad una situazione particolare che, proprio per la sua particolarità, non poteva essere prevista dalla norma.

Una norma che sancisce l'assoluto valore vincolante dei contratti è, sicuramente, definibile come giusta perché da essa dipende la garanzia del commercio giuridico. Se, però, a prescindere dai vizi della volontà, tale norma trovasse applicazione nei confronti di chi si sia trovato a dover stipulare, in un momento di assoluta necessità, un contratto oggettivamente troppo oneroso, non vi è dubbio che verrebbero a determinarsi dei risultati percepibili come ingiusti.

D'altro canto, se, in parallelo alla predetta norma, ne fosse prevista un'altra che togliesse validità ai contratti stipulati in caso di necessità, ciò comporterebbe che, nei casi in cui le condizioni non fossero eccessivamente onerose, gli effetti dell'utilizzo di tale disposizione finirebbero per essere, parimenti, non condivisibili.

Risulta, quindi, evidente che, per quanto si possa cercare di parcellizzare il più possibile le previsioni normative, queste ultime rimarranno, sempre, caratterizzate da un margine di generalità tale da rendere, in alcuni casi, non opportuna la loro applicazione.

Da tale, inevitabile, realtà sostanziale discende l'esigenza che il diritto positivo sia giusto non solo nella sua formulazione astratta ma, anche, nella sua attuazione concreta; questa esigenza viene definita esigenza di equità e ciò comporta che l'equità, nel suo secondo significato, debba essere intesa come la giustizia del caso concreto. E risulta, allora, evidente come il significato dell'equità particolare corrisponda, pienamente, a quello descritto, in modo mirabile, da Aristotele e di cui abbiamo fatto ampio cenno nella parte introduttiva.

La funzione dell'equità deve essere proprio quella di correggere la legge ove essa risulti difettosa a causa della sua generalità, per cui, secondo Aristotele, equità e giustizia sono la stessa cosa, ma l'equità è una giustizia concreta, una correzione della giustizia legale e non una giustizia secondo la legge.

Da ciò discende che l'equo possa essere migliore non del giusto in assoluto, ma di quella tipologia di giusto derivante dalla legge generale[310]. E che il contenuto dell'equità possa essere esemplificato, secondo il filosofo, nel tenere conto della fragilità umana, nel considerare non le parole della legge ma lo spirito del legislatore, non il fatto ma l'intenzione, non la parte ma il tutto e così via.

Dalla speculazione aristotelica sono state, fortemente, influenzate le concezioni imperiale e canonica dell'*aequitas* e, ancor oggi, si riscontra la costante attualità del suo pensiero e la sua efficace rispondenza alla concreta realtà dell'esperienza giuridica. Basti pensare, fra l'altro, che quasi tutte le definizioni dell'equità continuano a ricalcare fedelmente, o, comunque, si ispirano allo schema aristotelico.

---

[310] Arist., *Ethica Nicomachea*, V, 10, 1137b: *Per conseguenza, giusto ed equo sono la stessa cosa, e, pur essendo entrambi buoni, è l'equo che ha più valore. 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 di alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in universale.*

Finora, infatti, abbiamo sempre riferito l'equità a sistemi di stampo casistico o ne abbiamo parlato in termini di 'definizione'. In realtà lo strumento equitativo è utilizzato anche da ordinamenti di diritto codificato, come ad esempio l'ordinamento italiano. Si può facilmente sostenere come in un ordinamento di diritto codificato l'*aequitas* non possa avere la stessa centralità che ha rivestito in un sistema non solo casistico ma, soprattutto, in continuo divenire come l'ordinamento romano. Il raggio di azione risulta più limitato, agendo principalmente o come giustizia del caso concreto o come strumento per riequilibrare una situazione giuridica.

Volendo, quindi, esaminare le caratteristiche dell'equità quale giustizia del caso concreto, dobbiamo, in primo luogo, osservare che essa non si contrappone al diritto positivo in quanto lo presuppone ed opera nell'ambito dello stesso. Non vi può, perciò, essere contraddizione tra equità particolare e norma generale, perché la prima esiste in funzione della seconda, ma può verificarsi una contrapposizione nel caso di una determinata applicazione della norma ad un caso concreto[311].

L'equità si contrappone non al diritto positivo ma ad una sua rigida applicazione che non tenga conto della particolarità della situazione[312]. Particolarità che deve naturalmente connotare una situazione di fatto e non di diritto, visto che, in tale ultimo caso, non si porrebbe il problema di un'applicazione equitativa, e che non può che vertere, tendenzialmente, sugli aspetti più intimamente umani della situazione, che non si riesce a prevedere in maniera adeguata nella formulazione della norma.

Come potrà allora operare l'equità in caso di contrasto? Nei casi in cui si verifichi il contrasto tra norma positiva e giustizia del caso particolare, bisogna tenere in considerazione, sul piano teorico e con riguardo ad un ordinamento codificato come può essere l'ordinamento italiano, principalmente tre modalità di risoluzione.

---

[311] C. M. DE MARINI, *Il giudizio*, cit., *passim.*

[312] J. BINDER, *La fondazione della filosofia del diritto*, Torino, 1945, 182 ss.; J. HAESAERT, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948, 224.

Con la prima si evita l'applicazione della norma e la si sostituisce con una più equa regolamentazione della situazione; si tratta, in questo caso, di una soluzione radicale che resta possibile solo in quanto compatibile con l'ordinamento positivo per essere stata, da questo, direttamente o indirettamente già prevista, lasciandola alla disponibilità delle parti. È quest'ultima una condizione essenziale, essendo evidente che qualora fosse lasciata al giudice, in sede di applicazione della norma, la libertà di disapplicare la stessa ogniqualvolta non apparisse idonea alla situazione di fatto, finirebbe per essere negata l'esistenza stessa del diritto positivo quale regolamentazione preventiva dei comportamenti umani. Questo costituirebbe una contraddizione in termini[313], perché non si avrebbe più un sistema normativo precostituito ma una vera e propria formulazione giudiziaria del diritto.

La certezza del diritto non sarebbe più garantita dalla conoscenza preventiva della norma generale e finirebbe per trovare tutela solo nell'autorità del precedente[314], mentre la stessa equità verrebbe ad assumere le caratteristiche di equità generale che abbiamo prima delineato nel contesto di un ordinamento giuridico del tutto diverso. In merito al primo modello è possibile, quindi, sostenere che deve essere lo stesso ordinamento a permettere, in via eccezionale, la non applicazione della norma ad opera dell'equità particolare, come avviene per l'*aequitas canonica* o, in via indiretta, nell'ipotesi dell'art. 114 del codice di procedura civile italiano[315].

---

[313]Così F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, 116.

[314] P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, 1951, 84.

[315] Art. 114 c.p.c.: Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta

La seconda modalità operativa dell'equità può, invece, concretarsi nei casi in cui un rapporto che possa, facilmente, configurare posizioni particolari e difficilmente prevedibili, venga disciplinato dalla norma in modo solo parziale, lasciando all'equità del giudice la risoluzione di questioni determinate e specifiche. Riprendendo il precedente esempio di contratto stipulato in stato di pericolo, si evidenzia come il codice civile italiano[316] lasci, per l'appunto, all'equità del giudice di valutare se la gravosità delle condizioni sia tale da giustificare la rescissione del contratto. In questo caso il legislatore, nella consapevolezza che tanto una norma sulla validità assoluta dei contratti quanto una disposizione di invalidità dei contratti conclusi in stato di pericolo, nella loro generalità più o meno spinta, avrebbero potuto portare ad applicazioni concrete inopportune, ha scelto la strada di lasciare la soluzione del problema all'equità giudiziale. Avendo, quindi, la stessa norma provveduto ad eliminare preventivamente ogni forma di contrasto, lasciando, sia pure entro precisi limiti, campo libero all'equità, ne discende che in questi casi la contrapposizione fra rigida applicazione della norma ed equità venga a configurarsi da un punto di vista meramente potenziale.

La terza modalità operativa dell'equità si manifesta, infine, in sede di applicazione della norma, influendo sull'interpretazione della stessa. Laddove una rigida applicazione della norma portasse a risultati non soddisfacenti, il giudice scioglierebbe il dubbio interpretativo propendendo per un'interpretazione più ampia e più equa. Diversamente da quanto sostenuto, a tale proposito, in diverse occasioni, la legittimità di una interpretazione equitativa non deve essere basata sull'identificazione fra equità e principi generali[317].

---

[316] Art. 1447 c.c.: Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale (1) di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.

[317] M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di Cassazione unica*, Venezia, 1879, 20; L. TRIPICCIONE, *L'equità nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, V, 1925, 42.

Essendo questi ultimi, infatti, delle enunciazioni di carattere astratto e programmatico, cui fare ricorso in caso di mancanza di una norma specifica, non se ne comprende la possibilità di utilizzazione nell'ipotesi di una difettosa regolamentazione di un caso particolare da parte di una norma specifica[318]. Se il caso è tanto particolare da essere sfuggito ad una regolamentazione preventiva, come potrebbero principi, che sono ancora più generali ed astratti della norma stessa, evitare gli inconvenienti derivanti da una rigida applicazione normativa?

In realtà l'influenza dell'equità sull'interpretazione non richiede ulteriori elaborazioni teoriche intese alla salvaguardia del sillogismo giudiziale[319], essendo, a tal fine, sufficiente fare riferimento a ciò che costituisce il potere valutativo del giudice nel giudizio. E d'altro canto non si vede come si potrebbe non attribuire un carattere di normalità a quella che rappresenta un'esigenza inderogabile del giudice, intesa ad applicare la legge nel suo senso più giusto, di modo che si deve negare l'ipotesi che possa esistere un'applicazione equitativa del diritto, diversa e distinta da quella ordinaria.

[318] F. ORESTANO, *Ancora dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, 273 ss.

[319] M. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, 271; V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., *passim*.

Facendo nuovamente riferimento alle caratteristiche essenziali dell'equità nel suo significato aristotelico, possiamo dire che esse risiedono in una contrapposizione effettiva o potenziale ad una rigida applicazione della norma generale e nella inderogabile correlazione con la particolarità del caso[320]. E poiché, d'altra parte, l'obiettivo primario di ogni ordinamento giuridico consiste nel conseguire la certezza del diritto mediante la conoscenza preventiva, da parte del singolo, delle norme che regolano la sua azione, non si può negare che la decisione di equità si contrappone alla normale applicazione del diritto come, secondo l'espressione del Carnelutti[321] l'eccezione si contrappone alla regola. Per questa ragione l'ordinamento giuridico italiano, per volerci limitare ad esso, se da un lato è prodigo di rinvii all'equità integrativa e permette l'equità sostitutiva quando le parti stesse siano concordi nel non voler applicare la norma positiva, dall'altro non permette che il giudice possa autonomamente non applicare la norma per sostituirla con un giudizio di equità.

Considerando il precedente esempio del contratto concluso in stato di pericolo, è evidente che l'esigenza generale di giustizia, volta a non far gravare sul contraente gli effetti iniqui del contratto, è già accolta ed affermata dalla stessa norma positiva dell'art. 1447 del c.c. Il giudice non dovrà, quindi, valutare l'iniquità delle condizioni sulla base di criteri generali, ma tenendo presente le condizioni di quel particolare contratto, le reciproche posizioni e l'*animus* dei contraenti, la maggiore o minore gravità dello stato di pericolo e l'effettiva portata delle prestazioni.

---

[320] G. SCHMÖLDER, *Die Billigkeit als Grundlage des bürgelichen Rechts*, Hamm, 1907, 17 ss; P. CALAMANDREI, *Il significato*, cit., *passim.*

[321] F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, *passim*; ID, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 115 ss.

L'insieme di tali considerazioni risulterà irrinunciabile per il giudice che da esse trarrà un principio di equità che sarà valido solo per la decisione di quella particolare controversia e non potrà essere richiamato per alcun altro caso più o meno simile. E da questa equità del giudice scaturisce una terza caratteristica essenziale, rappresentata dalla soggettività, intesa nel senso che il giudice di equità cerca nella propria coscienza individuale la regola del caso concreto, di modo che si è, giustamente, affermato che giudicare secondo equità o secondo coscienza sono sinonimi[322]. Ed è, pertanto, evidente come, in tali circostanze, l'equità non possa conservare il carattere dell'obiettività, perché l'esperienza dimostra che vi può essere una sostanziale uniformità fra le pronunce di diversi giudici di equità ma, di certo, non può riscontrarsi una precisa identità.

3. L'equità nell'ordinamento italiano: equità generale o equità particolare?

La distinzione sin qui operata fra equità generale ed equità particolare, senz'altro necessaria per una precisa definizione concettuale, non è peraltro sufficiente a risolvere il problema dell'equità sotto un profilo più spiccatamente giuridico, a riconoscere, cioè, quale ne sia la reale portata nell'ambito del nostro attuale ordinamento positivo. E ciò con particolare riguardo a quale sia la risposta corretta da fornire all'interrogativo incentrato sulla tipologia di equità riconosciuta dal nostro ordinamento positivo, sia essa quella generale o, viceversa, quella avente natura particolare.

[322] P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1941, 27; M. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, Bologna, 1903, 26.

A tal fine sembra opportuna una breve riflessione storica ed il richiamo di alcune conclusioni desumibili da quanto sino ad ora svolto. Partendo da queste ultime assumiamo che l'equità generale si manifesta solo in presenza di un sistema normativo che non risponda, più, alle esigenze ed alle necessità avvertite dalla società contemporanea. Da tale assunto possiamo derivare, quale naturale conseguenza, che, mediante tale attività equitativa, si viene a costituire un nuovo corpo di norme che modifica e può, persino, arrivare a sostituire il precedente. L'equità, quindi, contrapponendosi criticamente al diritto positivo, tende a trasformarsi in diritto, ma ciò risulta possibile solo perché l'equità generale, per le sue caratteristiche omogenee a quelle del diritto positivo, è in grado di costituire essa stessa fonte di norme giuridiche. E tale peculiare capacità dell'equità generale rappresenta anche una conferma della distinzione operata rispetto all'equità particolare, atteso che quest'ultima, essendo volta solo a rilevare l'eccezionalità del caso concreto, non può poi trasformarsi in regola. Se analizziamo storicamente tali affermazioni troviamo precise ed evidenti conferme.

Basta richiamarsi a come l'*aequitas* romana si sia contrapposta alla rigorosità ed al formalismo delle più antiche forme del *ius civile* ed abbia influito, in modi molto incisivi, attraverso l'opera del pretore, sulla formazione del *ius honorarium.*

Ed al momento in cui in Inghilterra, a causa dell'immutabilità dei *writs,* si determina una sorta di cristallizzazione del *common law* che portò alla nascita della giurisdizione *in Equity* del *Chancellor*, da cui è derivato il corpo di norme tuttora vigente con questa denominazione. O, infine, a quanto avvenne in Italia fra il XIII ed il XIV secolo, allorché lo svolgersi dell'attività mercantile trovò un ostacolo sempre maggiore nella inadeguatezza delle norme e nella incertezza della loro applicazione. Nacquero, allora, le *Curiae Mercatorum,* che avevano competenza su tutti i rapporti mercantili e decidevano, secondo l'espressione di Bartolo, *de aequitate non ex rigore et apicibus iuris et solemnitate*[323], e che, attraverso l'attività del foro mercantile, diedero vita ad un vero e proprio corpo di norme di diritto commerciale. Allorquando, invece, il diritto positivo riesce ad evolversi parallelamente ed in conseguenza dell'evoluzione sociale, i poteri d'equità del giudice si limitano a tutelare la particolarità del caso concreto non prevista dalla norma generale. Tale tematica viene rappresentata, in maniera molto precisa e dirimente, dalle osservazioni del Voigt[324] secondo il quale l'equità costituisce l'espressione dell'interno convincimento giuridico degli uomini in relazione a rapporti disciplinati dal diritto positivo. In pratica il popolo matura una propria visione giuridica, di natura soggettiva ed ideale, che definisce con il nome di equità e di cui contrappone le regole a quelle proprie del diritto positivo.

Quando l'evoluzione del diritto positivo riesce ad assicurare una sostanziale concordanza dei suoi contenuti rispetto ai convincimenti popolari, il contrasto di fondo tra l'assolutezza del diritto e la relatività dell'equità non coinvolge i principi e le regole generali ma può manifestarsi solo in sede di concreta applicazione. Quando, invece, il diritto non si evolve parallelamente alla maturazione della coscienza popolare, il predetto contrasto non si determina solo nell'applicazione al caso concreto ma investe, anche, il piano dei principi astratti.

---

[323] F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia*, I, Torino, 1921, 54 ss; F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, 152 ss.

[324] M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Romer: Die Lehre Vom Jus Naturale, Aequum Et Bonum Und Jus Gentium Der Romer*, I, Firenze, 2011, *passim*.

A seconda che ci si trovi nella prima o nella seconda ipotesi, l'equità risulta un criterio di giudizio del caso concreto o come un complesso di principi di natura diversa e contrapposta rispetto a quella del diritto. Su tali basi e con riferimento al nostro attuale ordinamento giuridico, che non appare caratterizzato da irrigidimenti o eccessi di formalizzazione, risulta evidente che l'equità possa essere vista solo in accordo al significato aristotelico, nelle sue caratteristiche di particolarità, di soggettività e di contrapposizione ad un'applicazione meramente rigorosa del diritto che le sono proprie.

Come osservava Vittorio Scialoja[325] relativamente ad un problema del tutto analogo, confondere ancora oggi i due significati dell'equità, volendo ritenere operante nel nostro ordinamento un'equità generale ed obiettiva, più che un errore sul piano dogmatico, costituisce un vero e proprio errore sul piano storico.

L'analisi da ultimo effettuata era necessaria per meglio chiarire la diversa natura dell'equità rispetto al diritto positivo e per comprenderne l'evoluzione storica ma non è, tuttavia, sufficiente ad una completa lettura di ciò che ha originato tale principio giuridico. Per capire come nasca l'esigenza di equità e come si formi un tale convincimento bisogna ricordare che essa nasce ed opera nell'ambito della decisione di singole controversie; con un tale presupposto è agevole concludere che l'esigenza di equità non è altro che la conseguenza della formulazione di un giudizio valutativo in ordine alla regolamentazione del rapporto in questione. Il giudizio valutativo viene a costituire il nucleo essenziale dell'equità e risulta comune tanto all'equità generale quanto a quella particolare. Detto giudizio è unico e si riferisce al singolo caso, ma occorre distinguere se la non coincidenza rispetto alla disciplina positiva si verifichi nel confronto della valutazione astratta o, viceversa, della valutazione concreta, entrambe facenti parte del giudizio stesso. Rispetto alla prima, vengono, infatti, a configurarsi esigenze di equità generale, mentre nei confronti della seconda sorge un problema di equità particolare, secondo la diversità di caratteristiche ed effetti.

[325] V. SCIALOJA, *Del diritto*, cit., *passim.*

Prendere sommariamente in considerazione, quindi, un ordinamento di diritto codificato come l'ordinamento italiano è servito a dimostrare come il fenomeno equitativo non sia circoscritto semplicemente al sistema romano e come non appaia quale strumento vetusto o non più attuale. Si è voluto dimostrare, invece, come l'equità sia ancora viva nel dibattito moderno ed il potenziale ruolo che la stessa può ancora svolgere, seppur entro limiti ben precisi, quale strumento giuridico pratico: relegarla a mero principio generale dell'ordinamento risulterebbe sicuramente riduttivo.

*4. L'*aequitas *romana: considerazioni conclusive*

La riflessione svolta nel corso del presente lavoro cerca di rispondere, da una parte, al bisogno di definire maggiormente il ruolo che l'*aequitas* ha avuto all'interno dell'ordinamento romano e, dall'altra all'esigenza di porre una sempre maggiore attenzione a quella che viene definita come 'giustizia materiale' o 'giustizia del caso concreto'[326].

L'esegesi delle fonti affrontate, spaziando da fonti prettamente giuridiche romane a fonti filosofiche e storiche, è servita a inquadrare maggiormente l'*aequitas* in tutta la sua complessità. Il concetto di *aequitas*, infatti, appare un concetto caratterizzato da molte sfaccettature, che sa adattarsi all'epoca storica di riferimento e che per questo rimane sempre attuale.

[326] J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 1997, 21 ss.

Un primo risultato, che mi pare non controvertibile, concerne la possibilità di considerare lo strumento equitativo come insito nell'ordinamento romano. Non è un qualcosa che viene 'calato' all'interno del sistema ma è qualcosa che risulta connaturato all'ordinamento stesso e che in esso si sviluppa: è una necessità che il sistema romano sente dall'età repubblicana, ovvero dal momento in cui si sviluppa una forte cultura giuridica e le situazioni meritevoli di tutela tendono a moltiplicarsi. Ed è anche per questo che non abbiamo una definizione precisa di *aequitas*: il pragmatismo romano non si soffermava ad 'incasellare' teoricamente un concetto ma lo rendeva chiaro attraverso l'utilizzo.

A tal fine, oltre ad evidenziare la presenza di fonti giuridiche attestanti chiaramente l'utilizzo dell'equità, si è voluto dimostrare come quest'ultima permeasse, a tal punto, la cultura giuridica romana da essere utilizzata anche senza essere testualmente citata come, ad esempio, nel caso della *Lex Aquilia* che viene equamente applicata in situazioni ritenute analoghe a quelle testualmente regolate nella legge.

Abbiamo, inoltre, visto come l'*aequitas* abbia svolto ruoli 'differenti': da *pars* del *ius civile* ad aggettivo qualificante il *ius* (*bonuum et aequum*), da strumento integrativo a strumento creativo, da principio giuridico a principio morale.

Il ruolo svolto dall'*aequitas*, a testimonianza delle sue svariate sfaccettature, è variato con il mutare della situazione politica e istituzionale vigente a Roma: nella fase di espansione tipica della Repubblica e del primo Principato ha assolto ad un funzione più integrativa e creativa grazie anche al ruolo centrale occupato dai giuristi; al contrario, nel tardo Principato e nel Dominato, ha subito il protagonismo dell'Imperatore tanto da essere da quest'ultimo monopolizzata, degradata a mero correttivo e associata alla *benignitas*.

Mi pare possibile affermare che la posizione occupata dall'equità nell'evoluzione giuridica romana – che rimane la base della nostra moderna codificazione – sia una posizione essenziale tanto che, esauritosi ormai il ruolo della giurisprudenza creativa e privilegiando l'Imperatore un ordinamento più 'stabile' e quindi controllabile, si sia sentita la necessità di arginarla per ristabilire un predominio delle 'istituzioni'.

Permangono, però, i risultati a cui si è giunti grazie alla funzione svolta dall'*aequitas* la quale ha segnato profondamente l'ordinamento romano, cooperando alla creazione di nuovi istituti giuridici e garantendo una tutela a situazioni giuridicamente meritevoli; in tal modo ne ha favorito l'evoluzione e l'espansione ed ha avuto un ruolo centrale nella maturazione del diritto che ci è stato tramandato.

Grazie alla funzione svolta dall'*aequitas* è stato possibile garantire tutela a soggetti dapprima sguarniti, adattare soluzioni del *ius civile* e renderle più 'attuali', oltre a 'concepire' nuovi strumenti giuridici come la *restitutio in integrum* che ancora oggi risulta essere un mezzo liberatorio.

Ovviamente la possibilità di documentare l'utilizzo di questa *pars* del diritto è da attribuire alla giurisprudenza creativa laica romana: dopo un primordiale momento di chiusura della cultura giuridica dato dal monopolio di quest'ultima nelle mani del collegio pontificale, si è assistito ad un'evoluzione del pensiero e del sentire legale che ha portato all'emersione di nuove situazioni e di nuove consapevolezze che i giuristi hanno saputo gestire egregiamente. E anche il ruolo ricoperto dai giuristi, nel suo variare, ha mutato l'approccio all'utilizzo dell'*aequitas*: giacché erano soggetti 'autonomi' sono riusciti ad allargare le maglie dell'ordinamento adottando molte soluzioni innovative sotto l'ala dell'equità; successivamente, con il progressivo accentramento del potere nelle mani dell'Imperatore e delle sue cancellerie imperiali, lo stesso giurista è stato 'imbrigliato' tanto da ridurre lo strumento equitativo a mero correttivo morale del diritto.

Ricordiamo, quindi, come l'*aequitas*, e oserei dire l'equità in generale, non deve essere ricondotta semplicemente ad un rimedio morale: l'equità era e rimane un principio giuridico valido ed utilizzabile in tutte le situazioni in cui il diritto si rivela fallibile potendo garantire elasticità non solo negli ordinamenti a base casistica ma, anche in quelli codificati. E sono proprio questi ultimi che a causa della rigidità normativa a volte rischiano di non vedere la concreta possibilità di carpire soluzioni più 'giuste' basandole semplicemente su considerazioni equitative.

Bibliografia

- Albanese B., *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978;
- Albertario E., *Etica e diritto nel mondo classico latino*, 1932, in Id., *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937;
- Albertario E., *La crisi del sistema interpolazionistico*, in *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930;
- Alpa G., *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in AA.VV., *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996;
- Amirante L., *Il concetto unitario dell'*'auctoritas', in *Studi in onore di S.Solazzi*, Napoli, 1948;
- Arangio-Ruiz V., *Cicerone giurista*, Roma, 1961;
- Arangio-Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli, 1984;
- Arangio-Ruiz V., *Storia del diritto romano*, Napoli, 1983;
- Arangio-Ruiz V., *La società in diritto romano*, Napoli, 1950;
- Archi G.G., Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum, in *ZSS*, LXXXVII, 1970;
- Baker J. H., *An introduction to english legal history*, London, 1956;
- Barbati S., La redemptio ab hostibus *e lo* status del redemptus, in *Atti dell'Accademia Costantiniana*, XXI, Roma, 2016;
- Bastnagel C., De aequitate in iure romano, in *BIDR*, XLV, Firenze, 1948;
- Beduschi C., *I profili giudiziali della* fides, in Fides, fiducia, fidelitas. *Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008;
- BenedettiI G., *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in 'Scintillae iuris'. *Studi in memoria di G. Gorla*, I, Milano, 1994;
- Beonio-Brocchieri V., *L'equità in Roma e in Inghilterra*, in *Mod. Trib.*, 1922;
- Beretta P., Condemnatio in bonum et aequum, in Studi Solazzi, 1948;
- Betti E., *Forma e sostanza della 'interpretatio prudentium'*, in *Atti Verona*, II, Milano, 1951;
- Betti E., *Forma e sostanza della* interpretatio prudentium, Milano, 1951;
- Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949;
- Betti E., Iurisdictio praetoris *e potere normativo*, in *Labeo*, XIV, Napoli, 1968;

- Betti E., *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927;
- Betti E., *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927;
- Bianchi F. S., *Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888;
- Bianchi Fossati Vanzetti M., Perpetuatio obligationis, Padova, 1979;
- Bigiavi W., *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinati*, 1934;
- Binder J., *La fondazione della filosofia del diritto*, Torino, 1945;
- Biondi B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955;
- Biondi P., *In tema di potere discrezionale del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, Padova, 1928;
- Biscardi A., 'Aequitas' ed 'epieikeia', Roma, 1994;
- Biscardi A., *Riflessioni minime sul concetto di* «aequitas». Scritti in memoria del prof. Guido Donaduti, I, Milano, 1973;
- Blackstone W., *Commentaires sur les lois anglaises*, Paris, 1823, IV;
- Bobbio N., voce *Analogia*, in Noviss. dig. it., I, Torino, 1957;
- Bona F., *Cicerone tra diritto e oratoria. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda repubblica*, Cermenate, 1982;
- Bona F., *L'ideale retorico ciceroniano ed il* ius civile in artem redigere, in *SDHI*, XLVI, Roma, 1980;
- Bonfante P., *L'equità*, in *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1925;
- Bonfante P., *L'equità*, in *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1925;
- Bretone M., *Labeone e l'ordine della natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* a cura di D. Mantovani-A. Schiavone Pavia, 2007;
- Bretone M., *Storia del diritto romano*, Bari, 1992;
- Bretone M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971;
- Broggini G., *Aspetti storici e comparativistici*, in *Collana dei convegni di studio 'Problemi attuali di diritto e procedura civile'*, Lecce, 1975;
- Broggini G., *Ricordi e pensieri*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L.Vacca, Padova, 2008;
- Buckland W. W. - Mc Nair A. D., *Roman law and common law: a comparison in outline*, Cambridge, 1965;
- Buckland W. W. – Mcnair A. D., *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1952;

- Buckland W. W., Praetor *and Chancellor*, in *Tulane Law Rev.*, 13, 1939;
- Busnelli F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003;
- Calamandrei P., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi*, Padova, 1930;
- Calamandrei P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1941;
- Calasso F., *Equità* (storia), in Enc dir., XV, Milano, 1966;
- Calasso F., *Il negozio giuridico. Lezioni di diritto italiano*, Milano, 1959;
- Calasso F., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951;
- Calasso F., *Storicità del diritto*, Milano, 1966;
- Cancelli F., *Per una revisione del* «cavere» *dei giureconsulti repubblicani*, in *Studi Volterra*, V, 1971;
- Cannata C. A. – Gambaro A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana. Dal medioevo all'epoca contemporanea*, II, Torino, 1989;
- Cannata C. A., L'actio in factum civilis, in *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino, 2014;
- Cannata C. A., *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997;
- Cannata C. A., *Profilo istituzionale del processo privato romano. Il processo formale*, II, Torino, 1982;
- Cannata C. A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966;
- Cannata C. A., *Sul testo della* Lex Aquilia *e la sua portata originaria*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 173 ss;
- Cannata C. A., Tiberius Coruncanius, qui primuus publice profiteri coepit, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L.Vacca, II, Torino, 2012;
- Cannata C.A., Exceptio doli generalis *e diritti reali*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. VACCA, Torino, 2012;
- Capograssi G., *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Eph.i.c.*, Roma, 1949;
- Capogrossi Colognesi L., *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, Roma, 1978;
- Cappelletti M., *Il giudizio d'equità e l'appello*, in *Riv. dir. proc. civ.*, Padova, 1952;
- Caravale M., *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law. Nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005;

- Cardilli R., Bona fides *tra storia e sistema*, Torino, 2014, passim;
- Cardilli R., *Gestione empirica dell'imputazione e* «culpae adnumeratio» *nella riflessione dei giuristi romani*, in Quaderni camerti di Studi romanistici, Napoli, 2014;
- Carnelutti F., *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953;
- Carnelutti F., *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I;
- Carrelli E., Decretum *e* sententia *nella* restitutio in integrum, Bari, 1938;
- Carresi A., *La transazione*, Torino, 1954;
- Casavola F., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980;
- Cavanna A., *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista oggi*, in *SDHI*, XLIV, 1978;
- Cenderelli A. - Biscotti B., *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino, 2005;
- Cerami P. – Purpura G., *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2007;
- Cervenca G., *Studi vari sulla* restitutio in integrum, Milano, 1965;
- Charvet L., *Évolution de la restitution des majeurs en droit privé romain,* Grenoble, 1920;
- Coke E., *Fourth Part of the Institutes of the Laws of England*, London, 1809;
- Condorelli O., *Equità e diritto*, in *Annali Catania*, 1934;
- Condorelli O., *Equità e diritto*, in *Annali Catania*, Catania, 1934;
- Corbino A., *Il danno qualificato e la* Lex Aquilia, Padova, 2008;
- Cortese B., *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Napoli, 2013;
- Cortese B., *Tra* 'aequitas' *e* 'ius' *nella causa curiana*, in *IURA*, LXVII, Napoli, 2019, 49-77;
- Costa E., *L'*exceptio doli, Roma, 1970;
- Costabile F., *Temi e problemi dell'evoluzione storica del diritto pubblico romano*, Torino, 2016;
- Cotta S., *Diritto naturale* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964;
- Cotta S., *Diritto naturale*, in Enc dir., XII, Milano, 1964;

- Cotta S., *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in *Diritto naturale. Verso nuove prospettive. Relazioni del Convegno celebrativo del quarantesimo dell'Unione. Roma 9-11 dicembre 1988*, Roma, 1990;
- Criscuoli G., *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968;
- Cursi M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010;
- Curzon L. B., *Equity*, London, 1974;
- D'Agostino F., 'Epieikeia'. *Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano, 1973;
- D'Angelo S., *Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico*, in *Saggi su questioni giuridiche*, I, Torino, 1928;
- D'Avack L., *Corso di diritto canonico*, I. *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956;
- David R., *Droit commun et common law*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969;
- David R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004;
- De Luca L., *'Aequitas' canonica ed 'Equity' inglese*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, III, 1947;
- De Luca L., Aequitas *canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint-German*, in *Eph.i.c.*, Roma, 1947;
- De Marini C. M., *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959;
- De Martino F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937;
- De Martino F., *Storia della costituzione romana*, Napoli, 1972;
- De Sarlo L., *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940;
- Del Vecchio G., *La giustizia,* Roma, 1959;
- Desanti L., *La Legge Aquilia. Tra* verba legis *e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015;
- Di Lella L., Querela inofficiosi testamenti. *Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972;
- Diena G., *Dell'equità nell'interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di Cassazione unica*, Venezia, 1879;
- Diena M., *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di Cassazione unica*, Venezia, 1879;
- Fabbrini F., *Per la storia della* restitutio in integrum, in *Labeo*, XII, Napoli, 1966;
- Fadda C., *L'equità ed il metodo nei giureconsulti romani*, in *Annali Università di Macerata*, Napoli, 1881;

- Fadda C., *L'equità ed il metodo nei giureconsulti romani*, in *Annali Università di Macerata*, Napoli, 1881;
- Falchi M., *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e d'equità*, Bologna, 1903;
- Fascione L., *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 2013;
- Fassò G., *Il diritto naturale*, Roma, 1964;
- Ferrante M., *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008;
- Fifoot C. H. S., *History and sources of the common law, tort and contract*, Westport, 1949;
- Fiori R., 'Bonus vir'. *Politica retorica e diritto nel* De Officiis *di Cicerone*, Napoli, 2011;
- Frezza P., *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, Roma, 1933;
- Frosini V., *Equità (nozione di)*, in Enc. dir., XV, Milano, 1966;
- Frosini V., *L'equità nella teoria generale del diritto*, in *Collana dei Convegni di studio 'Problemi attuali di diritto e procedura civile'*, Lecce, 1975;
- Gagliardi L.*, Studi sulla legittimazione alla* querela inofficiosi testamenti *in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017;
- Gallo F., *L'*officium *del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997;
- Gallo F., *Prospetto storico della produzione e applicazione del diritto nell'epoca repubblicana*, in L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano, Torino, 1997;
- Gallo F., *Un nuovo approccio per lo studio del* ius honorarium, in *SDHI*, LVII, Roma, 1996;
- Gambaro A., *Il successo del giurista*, in *FI*, 1983, 106, V;
- Garofalo L., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino, 2016;
- Giannini A., *L'equità*, in *Arch. giur.*, vol. 105, 1931;
- Giuffré V., *Il «diritto pubblico» nell'esperienza romana*, Napoli, 1989;
- Giunti P., Iudex e iurisperitus. *Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in Ius controversum *e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, a cura di V. Marotta - E. Stolfi, Roma, 2012;

- Gröschler P., Actiones in factum. *Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002;
- Grosso G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963;
- Grosso G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966;
- Grosso G., *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1960;
- Grosso G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967;
- Guarino A., Actiones in aequo conceptae, in *Labeo*, Napoli, 1962;
- Guarino A., *Equità (diritto romano),* in *Nss. Dig. It*., VI, Torino, 1960;
- Guarino A., *Storia del diritto romano*, Napoli, 1975;
- Guida Giov., *Giudicato e fonti del diritto*, in 'Res iudicata', II, a cura di L. Garofoli, Napoli, 2015;
- Guida Giov., *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015;
- Guida Giov., Ius dicere *e* iudicare. Iurisdictio *del magistrato e poteri del giudice*, in *LR online*, 2012;
- Haesaert J., *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948;
- Hamburger M., *Moral and Law: the Growth of Aristotle's Legal Theory*, New Haven, 1951, passim;
- Harrer G. A., *Precedent in Roman Law*, in *Studies on Philology*, 19, 1922;
- Hervada J., *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, 1990;
- Hobbes T., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, London, 1681;
- Hogue A. R., *Origins of the common law*, London, 1966;
- Holdsworth W. S., *A History of English Law*, I, London, 1956;
- Holdsworth W., *A history of english law*, London, 1938, I;
- Holdsworth W., *A History of English Law*, XVI, London, 1903-1966;
- Holdsworth W., *Some Makers of English Law*, Cambridge, 1938;
- Horak F., *Osservazioni sulla legge, la casistica e il 'case law' nel diritto romano e nel diritto moderno,* in *Atti del Convegno Legge, Giudici, Giuristi* (*Cagliari 18-21 maggio 1981*), Milano, 1982;
- Horak F., *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Atti del Convegno 'Legge, Giudici, Giuristi'. Cagliari 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982;

- Humbert M., *Equité et raison naturelle dans les oeuvres de Celse et de Julien*, in AA.VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani-A. Schiavone, Pavia, 2007;
- Impallomeni D., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955;
- Jobson A., *The First English Revolution: Simon de Montfort, Henry III and the Barons' War*, London, 2012;
- Kaser M., Perpetuari obligationem, in *SDHI*, XLVI, 1980;
- Kaser M., *Zum ius honorarium*, in *Estudios juríridico en homenaje al Prof. Ursicino Alvarez Suárez*, 1978, 231 ss., ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz, 1986;
- Keeton G. W. – Sheridan L. A., *Equity*, Abingdonxon, 1976;
- Keeton G. W., *An introduction to Equity*, London, 1956;
- Kelsen H., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottemburg, 1928;
- Kipp T., *Aequitas*, in *Pauly-Wissowas Realeninclopaedia*, I, 1894;
- Kiss G., *Billigkeit und Recht*, in *Arch. f. Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1909;
- Koschaker P., *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962;
- Krüger H., *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, in ZGR, XIX, 1898;
- Kupish B., In integrum restitutio *und* vindicatio utilis *Eigentumsübertragugen im klassischen Römischen Recht*, Berlin, 1974;
- Lanza C., Auctoritas principis, I, Milano, 1996;
- Lauria M., 'Iurisdictio', in *Studi Bonfante*, Milano, 1930;
- Lavaggi G., *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milano, 1956;
- Leifer F., *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecbt*, Müchen, 1914;
- Lévy-Bruhl H., *Judge et prudent*, in *RHD*, XL, 1962;
- Lewis E., *The history of judicial precedent*: I, in *LQR*, 182, 1930;
- Lo Cascio E., *Il* princeps *e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria*, Bari, 2000;
- Lombardi L., *Dalla* fides *alla* bona fides, Milano, 1961, passim;
- Lombardi Vallauri L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967;
- Lopez de Onate F., *La certezza del diritto*, Roma, 1950;

- Lovato A., *Analogia ed equità nel* consilium *dell'imperatore*, in AA.VV., *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Napoli, 2006;
- Lovato A., *Studi sulle* disputationem *di Ulpiano*, Bari, 2003;
- Luno A. R., *La virtù dell'*'epichieia'. *Teoria, storia e applicazione* (I). *Dalla Grecia classica fino a F. Suárez*, in Acta Philosophica 6.2, 1997;
- Maggiore G., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, Genova, 1923;
- Maggiore G., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. inter. di fil. del dir.*, Roma, 1923;
- Maine H. J. S., *Ancient law*, London, 1861;
- Maitland F. W., *Equity: a course of lecture*, Cambridge, 2011;
- Maitland F. W., *The form of action at Common Law*, Cambridge, 1948;
- Mancuso G., Praetoris edicta. *Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, Palermo, 1983;
- Mannino V., Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani, Torino, 2011;
- Mantello A., *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Convegno. Como, 17-18 novembre 2006)*, a cura di C. Storti, Napoli, 2010;
- Mantello A., *La retorica di Celso figlio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Torino, 2007;
- Mantello A., *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo principato*, in *AA.VV.*, *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997;
- Mantovani D., Iuris scientia et honores. *Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a.C.)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto,* I, Napoli, 1997;
- Mantovani D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999;
- Marotta V., *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (Secoli I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016;
- Marrone M., *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honeuur de C.A. Cannata*, Genéve, 1999;

- Marrone M., *Del divieto di* agere acta *all'*auctoritas rei iudicatae, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Studi in onore di Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997;
- Marrone M., *Di nuovo in materia di* querela inofficiosi testamenti, in *Annali del Seminario giuridico di Palermo*, XVII, Palermo, 1960;
- Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1989;
- Martini R., Aequitas *nell'editto del pretore*, in *Apollinaris*, Roma, 1990;
- Mattei U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1996;
- Mazeaud P., *Les notions de droit de justice et d'équité*, in *Aequitas und bona fides (Festgabe Simonius)*, Basel, 1955;
- McClintock H. L., *Principles of equity*, St. Paul Minn., 1948;
- Melandri E., *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, 2005;
- Miceli R*., Le premesse storico-teleologiche della filosofia del diritto in Leibniz*, in *Archivio di Filosofia*, XVI, 1947;
- Miceli V., *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto*, Pavia, 1938;
- Musumeci F., «Quasi ruperit», «Quasi rupto», in *Studi in onore di A. Metro*, IV, Milano, 2010;
- Musumeci F., *L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997;
- Nasi A., *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir*., XV, Milano, 1966;
- Negri F., *Cicerone come fonte di cognizione del diritto privato romano. L'esempio della causa curiana: appunti per una ricerca*, Roma, 2016;
- Negri G., *Appunti sulle antologie casistiche nella letteratura giuridica dell'età dei Severi. I libri* disputationum *di Ulpiano*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano, 2002;
- Nicosia G., Exceptio utilis, in ZSS, LXXV, 1958;
- Nicosia G., *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, Catania, 1977;
- Nicosia G., *Il processo privato romano. Le origini*, I, Catania, 1980;
- Orestano F., *Ancora dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924;
- Orestano R., *I fatti di produzione normativa nell'esperienza giuridica romana. Dalle origini alla fine della repubblica*, Torino, 1963;

- Osilia E., *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923;
- Pacchioni G., *Imperialismo romano e britannico*, Torino, 1907;
- Pacchioni G., *La funzione civile dell'imperialismo*, Modena, 1926;
- Palazzolo N., *Il* princeps, *i giuristi, l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano*, in Res publica *e* Princeps, Atti Copanello 1996, Napoli, 1996;
- Papa G., *La* 'replicatio'. *Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009;
- Pastori F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1992;
- Pastori F., *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1971;
- Pauly A.- Wissowa G., *Real Encyclopädie*, I, I, Stuttgart, 1894;
- Perelman C., *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, 1979;
- Perelman C., Olbrechts-Tyteca L., *Trattato dell'argomentazione, La nuova retorica*, Milano, 1989;
- Perelman C., *Rethoric*, in *The new Encyclopedia Britannica*, XXVI, Chicago, 1987;
- Pernice A., *Parerga*, in *ZSS*, 9, 1888;
- Pinna Parpaglia P., Aequitas in libera republica, Milano, 1973;
- Piro I., Damnum corpore suo dare rem corpore possidere. *L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004;
- Plucknett T., *A concise history of the Common Law*, London, 1956;
- Plucknett T.F.T., *A Concise History of the Common Law*, London, 1956;
- Pokrowsky J., *Die* Actiones in factum *des klassichen Rechts*, in *ZSS*, XVI, 1895;
- Pollock F. & Maitland F. W., *The History of English Law*, II, Cambridge;
- Pollock F., *The Expansion of the Common Law*, London, 1904;
- Potter H., *Introduction to the History of Equity and its Courts*, London, 1931;
- Pringsheim F., Aequitas und Bona fides, in *Conferenze XIV centenario Pandette*, 1931;
- Pringsheim F., *Bonum et aequum*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, 1932;
- Pringsheim F., Bonuum et aequum, cit., 83 ss;
- Pringsheim F., *Ius aequum und ius scriptum*, in AA.VV., *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931;
- Pringsheim F., *Römische 'aequitas' der christlichen Kaiser*, in *ACJI*, I, 1934, 119 ss;

- Pringsheim F., *Römische* 'aequitas' *der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internationalis*, 1935, anche in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Wiesbaden, 1961;
- Pringsheim F., *Römische aequitas der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internazionalis*, 1935;
- Pringsheim F., *The inner Relashionship between English and Roman Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 5, 1935;
- Provera G., *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983;
- Provera G., *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Est. Hist.-Juríd*, 1982;
- Pugliese G., Actio *e diritto subiettivo*, Milano, 1939;
- Pugliese G., Actio *e diritto subiettivo*, Napoli, 2006;
- Pugliese G., *Aspetti del 'diritto comune europeo'*, in *Studi G. Gorla*, II, Milano, 1994;
- Pugliese G., *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in *Seminaros Complutenses de derecho romano*, VI, 1994;
- Pugliese G., *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2007;
- Pugliese G., *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Annali dell'Università di Macerata*, XV, 1941, 4 ss.; L. Vacca, *Contributo allo studio del sistema casistico romano*, Milano, 1976;
- Pugliese G., *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *Scritti Giuridici*, Napoli, 2007;
- Pugliese G., *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano, 1963;
- Pugliese G., *Il processo civile romano*, Milano, 1963;
- Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991;
- Pugliese G., Ius honorarium *a Roma ed equity nei sistemi di common law*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, Milano, 1988;
- Pugliese G., *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano* per formulas, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958;
- Rabello A. M., *'*Aequitas*' and Equity: Equity in civil Law and mixed Jurisdictions*, Gerusalemme, 1997;

- Raggi L., *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Filangeri*, Napoli, 1919;
- Raggi L., *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Filangeri*, 1919;
- Raggi L., *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007;
- Raggi L., *La* restitutio in integrum *nella* cognitio extra ordinem, Milano, 1965;
- Ravà A., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, Milano, 1954;
- Rawls J., *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, 1997;
- Regelsberger F., *Pandekten*, I, Leipzig, 1893;
- Ribas-Alba J. M., *La desheredatíon injustificada en derecho romano*. Querela inofficiosi testamenti: *fundamentos y regimen clásico*, Granada, 1998;
- Riccobono S., *(voce)* 'Aequitas', in *NSS*, I, Torino, 1937, 214;
- Riccobono S., *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano. L'arbitrium boni viri nei fedecommessi. Legati e fedecommessi, verba e voluntas. Influsso della cognitio extra ordinem sul ius civile*, Parigi, 1926;
- Riccobono S., *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil*, II, Grand-Paris, 1926;
- Riccobono S., *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges Cornil* (Grand-Paris 1926), Grand, 1926;
- Riccobono S., *La definizione del* ius *al tempo di Adriano*, in *AUPA* 20, 1949;
- Riccobono S., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949;
- Riposati B., *Studi sui* «Topica» *di Cicerone*, Milano, 1947;
- Rizzi M., Imperator cognoscens decrevit. *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012;
- Romano S., *Equità (dir. priv.)*, in Enc. dir., XV, Milano, 1966;
- Rommer H., *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Milano, 1965;
- Rotondi G., Leges publicae populi romani, Milano, 1912;
- Rotondi M., *Equità e principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924;
- Roubier P., *Théorie générale du droit*, Paris, 1951;
- Roubier P., *Théorie générale du droit*, Paris, 1951;
- Rümelin M., *Die Billigkeit im Recht*, Tübigen, 1921;
- Rümelin M., *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, 1921;
- Santoro R., 'Actio civilis in factum', 'actio praescriptis verbis' e 'praescriptio', in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983;

- Santoro R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983;
- Santoro R., Perpetuari obligationem, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo*, LVII, Torino, 2014;
- Santoro-Passarelli F., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1956;
- Sarfatti M., *Influenza reciproca del Diritto romano e del Diritto anglosassone*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, III, Padova, 1938;
- Sargenti M., *Studi sulla* restitutio in integrum, Milano, 1966;
- Scarano Ussani V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979;
- Schiavone A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1992;
- Schiavone A., *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Bari, 1976;
- Schiller A.A., *Roman Law. Mechanisms of development*, Berlino, 1978;
- Schipani S., *Responsabilità* ex lege Aquilia. *Criteri di imputazione e problema della* culpa, Torino, 1969;
- Schmölder G., *Die Billigkeit als Grundlage des bürgelichen Rechts*, Hamm, 1907;
- Schulz F., *I principi del diritto romano,* Firenze, 1946;
- Schulz F., *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946;
- Schulz F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1934;
- Schulz F., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze, 1968;
- Schupfer F., *Il diritto delle obbligazioni in Italia*, I, Torino, 1921;
- Scialoja V., *Del diritto positivo e dell'equità,* in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932;
- Scrutton T. E., *The influence of the Roman law in the law of England*, Cambridge, 1885;
- Segré G., *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e diritto pretorio*, in *Scritti Ferrini*, Milano, 1946;
- Sereni A., *L'equity negli Stati Uniti*, in *Studi di diritto comparato*, I, Milano, 1956;
- Silli P., 'Aequitas' *ed* 'ἐπιείκεια' *nella legislazione giustinianea*, in *SDHI*, 1984, Roma;
- Silli P., *Equità (Storia del diritto),* in *Dig. disc. priv., sez. Civ.,* VII, Torino;
- Silli P., *Mito e realtà dell'*«aequitas christiana». *Contributo alla determinazione del concetto di* aequitas *negli atti degli* Scrinia *costantiniani*, Milano, 1980;
- Snell E. H. T. – Megarry R., *Principles of equity,* London, 1947;
- Solazzi S., *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, 38 ss.;

- Solidoro L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dal crollo dell'Impero Romano d'Occidente alla formazione del* ius commune, I, Torino, 2011;
- Solidoro L., *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'*aequitas, Torino, 2013;
- Spence G., *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, London, 1846;
- Stein P., *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today. Inaugural Lecture*, Cambridge, 1969;
- Stolfi E., 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004;
- Stolfi E., *Studi sui libri* ad edictum *di Pomponio*, Roma, 2002, 308;
- Stroux J., *Summum ius summa iniuria*, in *Festschrift P. Speiser-Sarasin*, Leipzig - Berlin, 1925;
- Sumner Maine H., *Dissertations on Early Law and Customs*, London, 1891;
- Talamanca M., *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratiche du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. SIHDA Atti della 51ª sessione (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997)*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999;
- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;
- Talamanca M., *L'*aequitas *nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in «Aequitas», *Giornate in memoria di Paolo Silli*, *Atti del convegno (Trento 11-12 aprile 2002)*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006;
- Talamanca M., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989;
- Talamanca M., *Lo schema* genus-species *nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese 'La filosofia greca e il diritto romano' (Roma 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, 1977;
- Talamanca M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III, Bari, 1981;
- Talamanca M., Conventio *e* stipulatio *nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception in Europe*, Varsavia, 1978;
- Talmanca M., *Contratto e patto nel diritto romano*, Torino, 1989;
- Thayer A. S., *Equity*, in *Law Quarterly Review*, XXXVIII, London, 1922;
- Tripiccione L., *L'equità nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, V, 1925;
- Tripiccioni A., *L'equità nel diritto*, in *Riv. Int. fil. dir.*, 1925;
- Trumpbour J. F., *The Provisions of Oxford and an Impersonal Monarchy*, 1988;
- Vacca L., *Buona fede e sinallagma*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 349 ss.;

- Vacca L., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017;
- Vacca L., *L'*aequitas *nell'*interpretatio prudentium *dai giuristi* «qui fondaverunt ius civile» *a Labeone*, in «Aequitas» *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006;

- Vacca L., *L'*aequitas *nell'*interpretatio prudentium *dai giuristi* «qui fondaverunt ius civile» *a Labeone*, in «Aequitas» *Giornate in memoria di Paolo Silli, Atti del Convegno Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006;

- Vacca L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012;
- Vacca L., *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006;
- Valditara G., Damnum iniuria datum, Torino, 2005;
- Valditara G., *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 1999;
- Van Caenegem R. C., *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 1987;
- Van Caenegem R. C., *Royal writs in England from the conquest to Glanvill. Studies in early history of the Common law*, London, 1959;
- Van Caenegem R. C., *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973;
- Viazzi P., voce *Equità*, in *Enc. giur. it.*, vol. V, Milano, 1906;
- Viehweg T., *Topik und Jurisprudenz. Ein Betrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlageforschung*, Müchen, 1953 (tr. italiana a cura di G. Crifò, Topica e Giurisprudenza, Milano, 1962);
- Voci P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967;
- Voci P., *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946;
- Voigt M., *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Romer: Die Lehre Vom Jus Naturale, Aequum Et Bonum Und Jus Gentium Der Romer*, I, Firenze, 2011;
- Voigt M., *Die Lehre vom jus naturale, aquum et bonum und jus gentium dei Römer*, I, Leipzig, 1856;
- Waldstein W., *Saggi sul diritto non scritto*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2002;
- Watson A., Actio de dolo *and* actiones in factum, in ZSS, LXXVIII, Weimar, 1961;
- Wunner S. E., *Contractus, sein Wortebrauch und Willensgehaft im klassichen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964;

INDICE DELLE FONTI

I. FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

SENATUS CONSULTA

DE TIBURTIBUS

1.14 30

GAI INSTITUTIONES

1. 3 50 nt. 101
1. 7 80 nt. 174
2. 123 73 nt. 158
3. 18 47 nt. 96
86 nt. 187
3. 149 60 nt. 126
4.116 46
4. 30 45 nt. 89
111 nt. 242
132 nt. 299

FONTI GIUSTINIANEE

a) Institutiones

1.2.11 103 nt. 220
3.25.2 60 nt. 127

b) Digesta

1.1.1 pr. 89
1.1.7.1 35
100 nt. 213
1.1.8 35
1.1.10 pr. 128 nt. 287
1.2.2.35 31 nt. 56
1.2.2.39 56 nt. 113
1.2.2.47 80 nt. 177
1.2.2.49 79 nt. 169
1.3.1 29 nt. 49
1.3.10 133 nt. 301
2.1.4 117 nt. 259
2.2.1 pr. 76 nt. 162
2.10.1 pr. 76 nt. 162
3.3.39.6 120 nt. 271
3.5.20 pr. 61
78 nt. 166
4.1.3 118 nt. 262
4.1.7 119 nt. 266
4.4.1 119 nt. 266
4.4.3.9 120 nt. 271
4.4.13.1 83
4.6.26.9 76 nt. 162
5.1.13 71 nt. 150
5.2.17 71 nt. 150
8.1.9 42 nt. 80
9.1.1.4 18 nt. 26
9.2.11.2 58
9.2.27.22 56
9.2.39 68 nt. 144
9.2.51 68 nt. 145
9.2.52.2 63
10.2.50 133 nt. 301
10.4.15 81
12.1.32 89 nt. 196
93
101 nt. 215
12.4.8 69 nt. 147
12.6.65.4 101
12.6.66 101
13.4.4.1 9 nt. 5
16.1.2.1 30
16.3.31 97
17.2.30 59
19.2.27.1 70 nt. 147
21.2.39 84
120 nt. 271
22.3.12 95
23.3.79 92 nt. 200
24.3.66.7 85 nt. 183
27.7.4.2 133 nt. 301
27.8.7 94
37.1.6.1 45 nt. 91
48 nt. 96
86 nt. 187
133 nt. 301
37.6.6 92

38.1.26 70 nt. 147
38.1.30 pr. 94
39.2.43 85 nt. 184
39.3.1.17 70 nt. 147
41.2.3.5 70 nt. 147
43.24.7.4 67 nt. 139
44.1.14 65
44.3.14 18 nt. 28
44.4.1 69 nt. 146
86 nt. 187
44.4.1.1 133 nt. 301
44.4.12 47 nt. 96
87
44.4.13 86
45.1.91.3 91
47.9.3.2 81
47.10.17.2 67
50.16.120 72
50.17.90 18 nt. 27
50.17.206 101

c) Codex

1.14.1 107 nt. 229
3.1.8 104
6.28.4.2 72 nt. 153

FONTI MODERNE

CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO

art. 114 131 nt. 295
138 nt. 315
139 nt. 316

II. FONTI NON GIURIDICHE

PLATO

a) Le definizioni
412 b 11 nt. 11

ARISTOTILE

a) Ethica Nicomachea
5.1129 a 11
13
5.1137 12
5.1137 b 13
5.1137b, 30 16 nt. 24
5.10.1137 b 136 nt. 310
6.1143, 20 16 nt. 23

b) Rhetorica
1.1354 a-b; 1.1375 b 11

CICERO

a) Orationes

pro Caecina
23.65 44 nt.86

b) Epistulae

ad Brutum
29. 145-146 44 nt. 86

c) Opera Rethorica

topica
2.9 43 nt. 84
4.23 42 nt. 81
5.28 38
18.71 43 nt. 85

de oratore
1.38.175 73
1.180 46 nt. 93

Rethorica ad Herennium
2.12 51
2. 13 52
2.29 52

de inventione
2.22.65 52 nt. 105

VALERIUS MAXIMUS

a) Factorum et dictorum memorabilium
7.7.1 74
7.8.2 74 nt. 159
7.8.4 74 nt. 159

a) Phormio

446 119 nt. 268