

CENTO E UNA VOCE DI TEORIA DEL DIRITTO

a cura di

Francesco D'Agostino

Agata C. Amato Mangiameli



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2010 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-0082-9

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

Equità è concetto complesso, polisemico, in cui si intreccia l'idea greca di mitezza, moderazione, adattamento, convenienza (espresse nel sostantivo *epieikeia*, di cui non esiste uno stretto equivalente in latino) e quella romana dell'eguaglianza (il sostantivo latino *aequitas* e l'aggettivo *aequus* rinviano figurativamente a una superficie di acqua marina non alterata nemmeno da un filo di vento). Nella storia del pensiero etico e giuridico si possono distinguere due diversi modi di pensare l'equità, che in non pochi casi giungono a sovrapporsi.

Un primo modo di pensare l'equità è quello di intenderla come una virtù che tempera la rigidità della legge, nel nome di una giustizia ideale, a cui il giudice può fare doverosamente riferimento per evitare che un male sia commesso nel nome della legge scritta. In tal senso l'equità si trovava sviluppata nelle *Leggi* di Platone (ove viene identificata come espressione dell'arte reggitrice del sovrano); il giurista romano Ulpiano identifica l'*aequitas naturalis* con l'indulgenza del pretore; il Padre della Chiesa Giovanni Crisostomo, seguendo la lettera dei Vangeli, parla dell'equità come misericordia, senza della quale il diritto diventerebbe crudeltà. Questa tradizione la si rinviene nei giuristi medievali, in Grozio, in Lutero ed, anche, ai nostri giorni, nell'opera di Ronald Dworkin, in cui l'equità viene tematizzata come un principio meta-giuridico di mitigazione della durezza del diritto.

Un secondo modo di pensare l'equità è più propriamente giuridico. In questa prospettiva l'equità viene definita come la migliore modalità di corretta e proporzionale ripartizione giuridica dei beni e degli incarichi tra i consociati: essa viene in definitiva a essere identificata con l'individuazione dello *jus*, cioè del diritto del caso concreto. Tale definizione dell'equità risale ad Aristotele, che la studia nel contesto della *giustizia particolare*; essa diventa l'elemento dinamico della *jurisdictio*, una fonte del diritto sottile, mobile e diversa, che verte sull'ordine delle cose e che non può che raggiungere un'intelligenza personale, quella del giudice. L'equità del giudice non si contrappone al diritto scritto (che può essere paragonato ad un metro di metallo rigido, inidoneo a misurare con asso-

luta esattezza i contorni di un oggetto sinuoso), ma lo arricchisce con lo studio della natura di ogni singolo caso (va compresa – dice Aristotele – come una regola malleabile, come il regolo in uso nell'isola greca di Lesbos, un regolo di piombo che aderiva morbidamente ai contorni delle cose misurate). In questo senso, l'equità non è riducibile a un argomento retorico (cioè a un metodo di persuasione che mira a produrre certe disposizioni nell'uditore facendo leva sui suoi sentimenti personali); è piuttosto un argomento dialettico, per realizzare l'adeguarsi delle parole alle cose. Tale definizione dell'equità corrisponde all'*aequitas Civilis* di Ulpiano che, citando Celso, dice che il diritto è *l'arte del buono e dell'equo*. Anche nel pensiero medievale, in quanto inserita nel diritto e corrispondente all'idea di quello che è giusto in sé, l'equità consiste nel mediare l'impatto della prescrizione astratta con la realtà concreta, dando a questa la giusta misura del diritto.

Questa seconda nozione, propriamente giuridica, di equità giuridica è stata ripresa, a partire dal XVI secolo, in Inghilterra; nata come un contrappeso alla rigidità del *Common Law*, l'*Equity* è stata unita al *Common Law* nelle giurisdizioni del XIX secolo ma non viene concepita come separata dal diritto (infatti, *Equity follows the law*). Il rapporto tra *Common Law* e *Equity* non è verticale (non c'è un primato dell'uno sull'altra), bensì orizzontale; il *Common Law* tratta del diritto penale o della responsabilità (*torts*) mentre l'*Equity* si occupa del diritto commerciale (*trust*) o del diritto delle successioni. L'*Equity* si nutre di adagi come "*Equity will not suffer a wrong to be without a remedy*" o "*Equity regards the balance of convenience*". L'equità è anche una nozione del diritto internazionale pubblico; la Corte internazionale di giustizia può emanare decisioni *ex aequo et bono* (art. 38 del suo statuto) e ha diverse volte affermato che "una regola di diritto richiama l'applicazione di principi equi".

Nella storia, il moltiplicarsi del ricorso all'equità è stato spesso criticato come una apologia del "*bon plaisir*", dell'arbitrio del giudice, che porta a introdurre elementi di irrazionalità e di imprevedibilità nel diritto. *Dio ci guardi dall'equità dei Parlamenti*, si diceva nella Francia dell'Ancien Régime per denunciare dietro il riferimento all'equità la parzialità o l'ignoranza dei giudici. Questa critica è ripresa da Kelsen, per il quale la scienza del diritto (positivo) non può avvalersi dell'idea dell'equità; il

diritto, come dover-essere obiettivo (assiologicamente neutralizzato), è indipendente dalla volontà e dalle preferenze di colui che procede alla sua descrizione, mentre l'equità è un dover-essere soggettivo che implica una presa di posizione personale e quindi arbitraria del giudice sul bene e sul male. Nel diritto italiano, il ricorso all'equità è lecito solo nel processo civile e in casi ben determinati, soprattutto quando non esistono criteri rigorosi per una precisa determinazione del risarcimento del danno.