

L'« AEQUITAS »

1. — La nozione dell'*aequitas* è tra quelle essenziali per la comprensione del diritto romano nel suo sviluppo storico, ma è nel contempo tra le più evanescenti e incerte e contraddittorie che le fonti romane ci offrano. Nella romanistica contemporanea essa è altresì tra le nozioni più discusse, sia per quanto attiene alla sua sfera di applicazione, sia per quanto concerne la sua epoca di fioritura.

Basta uno sguardo ai significati diversi che la parola volta a volta assume (o che di volta in volta assume l'aggettivo *aequus*, con il suo rovescio *iniquus*), per rendere chiaro il rischio che si corre a voler costruire un concetto unitario, o quanto meno uno sviluppo organico di concetti, su un terreno così accidentato e malfido. In sé e per sé *aequitas* significa uguaglianza, proporzione, simmetria, ma le applicazioni traslate, soprattutto di *aequus* (e di *iniquus*), sono innumerevoli: piano, conforme, proporzionato, adatto, costante, quieto, calmo, rassegnato, indifferente, contento, paziente, ecc. Cercare tra i tanti significati il senso propriamente giuridico di *aequitas* e di *aequus* corrisponde alla proverbiale ricerca dell'ago nel pagliaio. Né le fonti giuridiche sono di particolare aiuto, perché anche in esse la molteplicità dei significati è più che rilevante: uguaglianza di trattamento giuridico (cfr. D. 42.1.20 itp.; D. 50.17.90: « *in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est* »), corrispondenza di un istituto giuridico allo spirito informatore dell'ordinamento (onde: *aequitas civilis*, *aequitas rei*, *aequitas actionis*, *aequitas iudicii*, *aequitas compensationis*, ecc.), corrispondenza di una norma positiva alle esigenze del *ius naturale* o a quelle della natura (onde: *aequitas naturalis*), considerazione del caso concreto al di là della normativa giuridica (Scaev. D. 44.3.14: « *de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate* »), e poi ancora benevolenza, umanità, pietà e via dicendo.

* In *NNDI*. 6 (1960) 619 ss., con il titolo: *Equità (dir. romano)*.

Problema difficile, difficilissimo, dunque, anche se non proprio insolubile. Eppure ogni vero romanista sa, o dovrei dire sente, che la visione piena del diritto di Roma è strettamente condizionata alla comprensione dell'*aequitas* e della sua funzione storica.

La prima parentela che si è portati a supporre, e che tradizionalmente si istituiva, almeno sino ad un secolo fa, è quella tra *aequitas* e il greco εἰκός (εἰκώς, εἰκών) che significa conveniente, corrispondente al vero, all'esatto, al giusto. Ha fortemente influenzato questa opinione filologica il richiamo esercitato dal concetto aristotelico di ἐπιείχεια, che anche ai Romani, sia pure in sede extra-giuridica, è parso a volte il parallelo ellenico dell'*aequitas*. La dottrina è sintetizzata in un notissimo passo dell'Etica Nicomachea (5.10): « Quando la legge parla in termini universali e si verifica in concreto qualcosa che da essa non è espressamente previsto, fa mestieri procedere, in vece del legislatore, a colmare l'eventuale lacuna o a correggere l'eventuale difformità. L'*epieicheia* è appunto una manifestazione della giustizia, anzi un miglioramento di essa, perché serve a mitigare gli eccessi implicati dalla sua assolutezza: la sua essenza sta nell'adattamento della legge generale al caso concreto, nel surrogarsi al legislatore interpretandone la volontà e gli orientamenti ». In altri termini, i comandi normativi sono concepiti da Aristotele come quei prodotti di serie che, per essere posti in opera, devono necessariamente subire un lavoro di adeguamento e di adattamento alle concrete situazioni di fatto; e l'*epieicheia* corrisponde appunto, nel suo pensiero, a quel criterio artigianale, che occorre di volta in volta escogitare e adottare nella messa in opera dei prodotti di serie. « La giustizia del caso concreto », come è stato detto con formula ormai notissima ed anche troppo fortunata.

Ma se l'*aequitas* è, forse, anche *epieicheia* (o nell'*epieicheia*, comunque, spesso si risolve), essa non è, peraltro, solamente *epieicheia*. L'esperienza romana ci insegna che, sin dai tempi più antichi e soprattutto nei secoli avanti Cristo (età « arcaica » e « preclassica » dello sviluppo giuridico romano), le rigide norme del diritto (e in particolare, quelle del *ius civile*) furono spesso addirittura contraddette e accantonate in nome dell'*aequitas*. « *Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari* », dice ad esempio Gaio, nelle sue Istituzioni (4.116), là dove introduce il discorso relativo alle *exceptiones*, cioè ai mezzi giudiziali che il pretore concedeva per paralizzare le *actiones*, e quindi per rendere inefficienti le pretese basate sulle previsioni generali delle norme civilistiche.

Come si spiega questa efficacia addirittura derogatrice del diritto,

eppure non considerata antigiuridica o illecita, che esercitarono in Roma, nei piú svariati campi, le valutazioni di *aequitas*?

Rispondere non si può, a mio avviso, né sulla base delle enunciazioni filosofiche greco-romane, né su quella delle concezioni giurisprudenziali classiche e post-classiche dell'*aequitas*. Le prime mancano (e già lo abbiamo visto a proposito dell'*epieicheia*) di serio riferimento all'esperienza giuridica romana, le seconde difettano (e non mancheremo di indicarlo tra poco) di adeguata riflessione storica e critica.

L'unica possibilità che ci è data, per giungere ad intravedere con una certa approssimazione il probabile nucleo genuino dell'*aequitas*, consiste, se non erro, nel prescindere da suggestioni siffatte e nel ricercare i valori etimologici e, subordinatamente, le applicazioni piú immediate e spontanee delle valutazioni di *aequum* e di *iniquum*, così come furono poste in atto, sopra tutto nelle età arcaica e preclassica (e comunque anteriormente alla formazione di una « dottrina » romana dell'*aequitas*), dagli operatori romani del diritto.

2. — Quanto all'etimologia, sembra ormai sufficientemente sicuro che il termine *aequitas*, non diversamente dal termine *ius*, abbia la caratteristica di essere esclusivamente latino, privo di parentele con altre lingue del mondo classico. Mentre *ius* si riallaccia al vedico *yós*, che significa salvazione, benessere a cui gli uomini tendono con l'aiuto degli dei, *aequitas* si riconnette al sanscrito *aika* (o *aikya*), che dà l'idea dell'uguaglianza, dell'equilibrio, della proporzione.

L'*aequitas*, dunque, non è emersa alla coscienza degli antichissimi in funzione di complemento del concetto di *ius* (alla guisa dell'*epieicheia*), né di quel concetto costituisce per sua natura l'antitesi (il *non-ius*, l'*iniustum*). Essa è, per sua intima essenza originaria, un metro di valutazione dei rapporti sociali del tutto diverso dal criterio di *ius* e del tutto indipendente da esso. Il concorso delle due valutazioni in ordine ad uno stesso oggetto di conoscenza, e in particolare a un comportamento sociale, dà luogo a tre possibilità: che un comportamento *iustum* sia ritenuto anche *aequum*, che un comportamento *iustum* sia ritenuto invece *iniquum*, che un comportamento *iniustum* sia ritenuto tuttavia *aequum*.

Ma cerchiamo di andare avanti. In che può essere consistita, nella sua prima e piú spontanea manifestazione, la diversità dell'*aequitas* dal *ius*? Ecco il punto veramente difficile e piú aspramente discusso.

L'affermazione piú comune è che il *ius* tende a realizzare l'ordine sociale (quindi la gerarchia, la disciplina), mentre l'*aequitas* tende

a realizzare l'eguaglianza sociale (quindi la parità di trattamento, il contemporaneo degli interessi contrastanti). Ma, a ben riflettere, è una affermazione che non ha senso. Che il *ius* si basi su istanze di ordine, di gerarchia, di disciplina, in vista di un bene superiore da difendere (la pace sociale, la funzionalità dell'aggregato sociale), è vero. Ma è mai possibile che l'*aequitas* disconosca queste esigenze? Se ciò fosse possibile, dovremmo assumere che tutto il diritto è per sua natura iniquo, mentre sappiamo che esso, nel giudizio dei Romani, è viceversa, di regola, equo.

A mio giudizio, la retta soluzione del problema è condizionata ad alcuni rilievi, la cui necessità e la cui importanza sembrano spesso sfuggire alla comune dottrina.

Primo rilievo. È assai improbabile che *aequus* (*iniquus*) sia stato originariamente usato dai Romani con riferimento all'*aequitas*; mentre è probabile, invece, che il concetto di *aequitas* sia il frutto di un ripensamento astrattizzante esercitatosi *a posteriori*, non prima dell'età ciceroniana, sulla prassi dei giudizi di *aequum* o di *iniquum* formulati già da secoli nei confronti delle applicazioni concrete del *ius* (e dell'ordinamento statale in genere). Basti pensare, per convincersene, al carattere astratto del termine *aequitas*: termine che è, in certa guisa, il parallelo dell'astratto *iustitia*, a sua volta derivato, come tutti sanno, da *iustum*.

Questo primo rilievo è molto importante, perché implica che i Romani non giudicarono *aequum* o *iniquum*, almeno nei primi secoli, il loro ordinamento in quanto fosse o non fosse corrispondente a una certa idea astratta dell'*aequitas* (idea astratta che, in realtà, essi non si erano ancora formata). I Romani giudicarono invece equo o iniquo il proprio ordinamento, in quanto avesse o non avesse una certa caratteristica, quale che sia, che è nostro compito appunto di passare ad individuare.

Secondo rilievo. È assai improbabile che la prassi di giudicare equo o iniquo l'ordinamento vigente si sia affermata proprio e direttamente nei riguardi dell'ordinamento, cioè delle norme che lo strutturavano; mentre è probabile, invece, che la prassi stessa si sia affermata in sede di valutazione di singole fattispecie concrete, di cui si rilevò la iniquità, malgrado la corrispondenza al diritto, o viceversa la equità, malgrado la contrarietà all'ordinamento. Basti pensare, per convincersene, al profondo rispetto che i Romani sempre ebbero per il loro *ius civile* e per il loro ordinamento statale in genere: rispetto che giungeva sino al punto da considerare l'ordinamento stesso come praticamente immutabile, sì che non era ammissibile che esso fosse posto, sotto qualunque profilo, in discussione.

Terzo rilievo. La venerazione dei Romani per il loro ordinamento e, nel contempo, l'importanza da essi indubbiamente attribuita alla valutazione di equo o iniquo delle fattispecie regolate dall'ordinamento stesso rendono estremamente improbabile che i Romani concepissero la possibilità che una fattispecie, nel momento in cui fosse presa in considerazione dall'ordinamento, fosse regolata dallo stesso in modo non equo. È probabile, all'incontro, che la rilevazione del carattere di equo o iniquo di un certo comportamento fosse fatta dai Romani in funzione del passaggio del tempo, cioè in considerazione dell'invecchiamento dell'ordinamento: nel senso che, essendo passata sotto i ponti del Tevere parecchia acqua dall'epoca della formazione della norma, si riteneva lecito e opportuno, in ordine a questa o quella situazione concreta, constatare con soddisfazione la persistente equità del suo regolamento normativo o denunciarne, con disappunto, la sopravvenuta iniquità.

Quarto ed ultimo rilievo. Escluso che *aequus* (*iniquus*) significhi corrispondente (non corrispondente) all'idea dell'*aequitas*, è chiaro che il significato in cui il termine venne adoprato dai giuristi non poté essere quello assoluto di « eguale »: dire che una norma giuridica, o la sua applicazione concreta, è eguale, è piana, è proporzionata in se stessa, non ha senso plausibile. È ormai probabile, invece, che di applicazioni eque, o rispettivamente inique, dell'ordinamento si parlò nel senso di applicazioni corrispondenti, o rispettivamente non corrispondenti, ad esigenze pratiche attuali, diverse dalle esigenze pratiche cui rispondeva la norma al momento della sua creazione.

Ora, quali poterono essere le esigenze pratiche attuali, diverse da quelle esistenti al momento della creazione della norma, alle quali i Romani dichiaravano corrispondere, o non corrispondere, il loro ordinamento, senza menomamente pensare di mancargli di rispetto, anzi avendo l'aria di compiere una constatazione tanto ovvia, quanto necessaria? Evidentemente, esse altro non poterono essere che le esigenze manifestate dalla coscienza sociale del momento storico in cui i Romani effettuavano la loro valutazione. In altri termini, la qualifica di *aequum* e di *iniquum* applicata al *ius* ha voluto significare, per lunghi secoli, sino alle soglie dell'età classica, la rispondenza o la non rispondenza della norma alla coscienza sociale del momento storico in cui essa trovava applicazione: « *aequum societati* », diremo parafrasando il « *sicut aequum est homini* », che si legge in Cicerone (*Phil.* 2.95).

Per rendersi meglio conto di questa interpretazione varrà la pena di sottolineare che il diritto, e in generale l'ordinamento statale, ha per sua natura atteggiamenti eteronomi: esso può anche non esprimere le

aspirazioni, i bisogni, le convinzioni del momento sociale in cui vige e in cui trova applicazione, perché esprime le aspirazioni, i bisogni, le convinzioni, per avventura diversi, del momento storico in cui si formò e fu posto in essere. Anche il puro diritto consuetudinario segue gli sviluppi della coscienza sociale a una certa distanza di tempo: la distanza di tempo occorrente a che si formi la prassi generale e costante e si determini, di conseguenza, la *opinio iuris et necessitatis*. Per ogni norma giuridica sorge, dunque, nel momento della sua successiva applicazione, inevitabile il giudizio circa la sua conformità o meno alla coscienza sociale del momento. Ed è altamente probabile che appunto in queste occasioni (nel momento di applicazione concreta della norma) e proprio in questo senso (come conformità o meno della norma alla coscienza sociale, come « attualità » o « inattualità » della norma) abbiano inizialmente applicato i Romani le valutazioni di *aequum* o di *iniquum* al loro *ius*, e in generale al loro ordinamento statale.

3. — L'ipotesi dell'inattualità del *ius*, della sua non rispondenza alla coscienza sociale del momento della sua applicazione si realizzò, nella Roma dei primi secoli, in maniera particolarmente intensa, a causa dell'accennata concezione che i Romani ebbero del *ius civile*: come di un ordinamento fondamentalmente eterno e immutabile.

Nulla impediva, quanto meno in teoria, alle *leges publicae* di correggerlo e mutarlo; ma, a parte la difficoltà pratica di produrre agevolmente *leges publicae* (che richiedevano la macchinosa procedura di convocazione dei comizi e di votazione della proposta di legge da parte degli stessi), ostacolava il processo di trasformazione del *ius civile* essenzialmente il ritegno dei Romani a rinunciare anche in minima parte a quel loro patrimonio di tradizioni nazionali, venerate in certa guisa addirittura come sacre. D'altra parte, che effettivamente i Romani giudicassero « non equo » il loro ordinamento in quanto « inattuale », se non risulta dall'arido e stringato linguaggio delle *leges publicae*, risulta chiaramente dal linguaggio dei *senatus consulta*, cioè dei motivati pareri rilasciati dal *senatus* a coloro che lo interrogavano su questa o su quella situazione concreta per averne consigli e direttive. Ad es.: *SC. de Bacchanalibus* (186 a. C., *FIRA. I*² n. 30), 26 (« *ita senatus aequom censuit* »); *SC. de Tiburtibus* (ca. 159 a. C., *FIRA. I*² n. 33), 1.14 (« *quod Teiburtes verba fecistis quibusque de rebus vos purgavistis, ea senatus animum advortit ita ut ei aequom fuit* »); *SC. de Asclepiade* (ca. 78 a. C., *FIRA. I*² n. 35), 11 (« *senatum velle et aequom censere* »);

SC. *Velleianum* (46 d. C., D. 16.1.2.1) (« *cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum* »).

Le *leges publicae*, comunque, non bastavano. Né era certo sufficiente rimedio all'invecchiamento del *ius* e dell'ordinamento in genere l'opera di suo adattamento, necessariamente cauta e limitata, esercitata dalla giurisprudenza, prima pontificale e poi laica, mediante la *interpretatio*. All'atto pratico, cioè all'atto della sua applicazione, il *ius civile* si manifestò, con l'andar dei secoli, sempre più disperatamente inadeguato ai bisogni, alle istanze della coscienza sociale; sempre più disperatamente *iniquum*, insomma. Il che non poté non sortire l'effetto di moltiplicare a dismisura le liti giudiziarie e di porre i magistrati giusdicenti di fronte al problema, sempre più grave ed urgente, di adeguare la loro azione alle esigenze della loro stessa coscienza di uomini e giuristi del proprio tempo.

4. — Una remora all'inasprirsi del problema venne dalla formazione, durante il III e II secolo a. C., del così detto *ius gentium*, che meglio potrebbe chiamarsi *ius civile novum*.

Il moltiplicarsi dei rapporti commerciali tra Romani e stranieri indusse Roma, nel 242 a. C., alla creazione del *praetor peregrinus*, « *qui inter cives et peregrinos vel inter peregrinos (naturalmente, in urbe Roma) ius dicit* ». Questo magistrato, che interveniva solo su richiesta concorde delle parti, non *dicebat* di certo il *ius civile*, né tanto meno operava sulla base dell'antica procedura delle *legis actiones*, l'una e l'altra applicabili esclusivamente ai *cives Romani*. Egli, operando secondo una procedura assai più snodata e agile di quella civilistica tradizionale (la procedura, cioè, che si disse « *per formulas, vel per concepta verba* »), regolò i nuovi tipi di rapporti che si presentavano al suo esame essenzialmente sulla base della *bona fides*, cioè dei principi fiduciari che si erano andati affermando nel commercio mediterraneo, e invitò esplicitamente i giudicanti a stabilire con le proprie sentenze « *quidquid dare facere oportet ex fide bona* ». Il che non poté, alle lunghe, non essere fatto anche dal *praetor urbanus*, nei rapporti *inter cives*, soprattutto dopo che la *lex Aebutia*, del II secolo a. C., ebbe facultato i cittadini romani a rivolgersi a lui nei modi del procedimento formulare, anziché in quelli delle *legis actiones*.

Ne derivò un considerevole arricchimento e perfezionamento del *ius civile Romanorum*. Non solo nuovi e più moderni istituti furono riconosciuti accanto a quelli antichi e tradizionali (si pensi alla *emptio-venditio*, alla *locatio-conductio*, alla *societas*, al *mandatum*), ma questi

istituti non ebbero il carattere « personale » (di istituti applicabili solo ai rapporti tra *cives Romani*) proprio di quelli del *vetus ius civile*, e inoltre la procedura di gran lunga preferita divenne quella formulare. E il giuoco delle reciproche reazioni fu tale che gli stessi istituti civilistici tradizionali vennero ad essere, spesse volte, trasformati e modernizzati: come si verificò, ad es., per il contratto di *sponsio* (*spondes? - spondeo*), che fu incrementato di alcune varianti (*promittis? - promitto, dabis? - dabo*, ecc.), per le quali non sorsero difficoltà all'applicazione anche rispetto ai *peregrini*.

È indiscutibile, insomma, che la *bona fides*, fulcro e centro motore del *novum ius civile*, sia da considerare storicamente come uno dei valori più alti e produttivi dell'evoluzione giuridica romana. Sarebbe incongruo, peraltro, affermare, come pure è stato affermato da alcuni, che solo la *bona fides* abbia influenzato il meraviglioso sviluppo del diritto di Roma negli ultimi tre secoli a.C. In realtà, la formazione del *ius civile novum*, non risolve se non in minima parte, in ordine ad un limitato ambito di rapporti, il problema delle iniquità, cioè dell'arretratezza del *ius civile* romano: ché anzi il problema dell'iniquità del diritto si pose, dopo qualche tempo, anche rispetto a taluni istituti, frattanto superati, del *novum ius civile*.

5. — Fu particolarmente nel periodo di crisi della *res publica* (a partire, approssimativamente, dal 150 a.C.) che, nella sempre maggior carenza di *leges publicae*, il *praetor urbanus* (imitato dagli altri magistrati giurisdicenti) si assunse apertamente l'iniziativa di tradurre in atto, nella risoluzione delle liti a lui sottoposte, le istanze di rinnovamento avanzate dalla coscienza sociale.

Confortato e sorretto dalla *iurisprudencia*, il pretore si valse dei suoi poteri di *imperium* (di cui la *iurisdictio* era soltanto una manifestazione) per negare la rigida applicazione del *ius civile* tutte le volte che essa sembrasse iniqua. E fu così che si formò quella imponente prassi derogatoria del *ius civile* (sia *vetus* che *novum*), incrementata dalle iniziative anche degli altri magistrati *ius dicentes* (sopra tutto gli *aediles curules*), cui i Romani conferirono più tardi, in età classica, il nome e, in certo senso, anche il valore di un vero e proprio sistema giuridico normativo, il *ius honorarium*.

La caratteristica (o, se si vuole, la stranezza) di tutto ciò è che il *ius honorarium* non fu considerato dai Romani come abrogativo del *ius civile*. I due sistemi coesisterono per tutto il corso del periodo classico, ma il secondo era quello ritenuto praticamente applicabile, mentre

il primo trovava applicazione solo se nulla di diverso fosse stato sancito dalla prassi onoraria. E in fondo il fenomeno si spiega, richiamandosi al diverso fondamento del *ius civile* e del *ius honorarium*, l'uno scaturente da valutazioni di carattere astratto, l'altro derivante da valutazioni di carattere concreto. Anche quando definirono la prassi pretoria come *ius*, i Romani considerarono come vero diritto il solo *ius civile*, mentre ritennero il *ius honorarium* piuttosto come un massimario giurisprudenziale, autorevolmente indicativo certo, ma non impegnativo e supremo come il diritto tradizionale: « *viva vox iuris civilis* », dirà incisivamente Marciano (D. 1.1.8) per sottolinearne la concretezza e l'attualità. Il *ius honorarium* fu, in altri termini, l'espressione della coscienza sociale: di quella coscienza sociale da cui scaturivano le valutazioni di *aequum* e di *iniquum* relativamente al *ius civile*, di quella coscienza sociale di cui il giudicante non poteva non rendersi interprete nella interpretazione e applicazione del *ius civile*.

Ma esistono indizi concreti di questa (finora da noi soltanto asserita) connessione dell'attività dei magistrati giudicanti con le esigenze dell'attualità, cioè con le istanze della coscienza sociale del momento? A mio parere ne esistono per lo meno due, di cui è bene fare cenno.

Un primo indizio, sia pure *e contrario*, è costituito dal noto fenomeno della mancata formazione di consuetudini giuridiche nella Roma pre-classica e classica. I giuristi romani non negano, anzi affermano esplicitamente che l'ordinamento giuridico deriva « *legibus et moribus* » (cfr. Gai 1.1): senonché, quando passano alla constatazione concreta dei *iura populi Romani*, essi dei *mores* non parlano (« *constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium* »: così Gai 1.2). Non ne parlano, io penso, per due motivi: da un lato, perché i vecchi *mores maiorum*, nucleo sacro e inviolabile del vecchio *ius civile*, sono oramai consustanzianti negli scritti dei *iuris prudentes* (il *ius civile*, dice Pomponio in D. 1.2.2.12, « *sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* »); dall'altro, perché ogni istanza sociale più moderna, che sia venuta affermandosi negli ultimi secoli, non ha avuto il tempo e il modo di trasformarsi (attraverso la indispensabile pratica generale e costante) in consuetudini, in *mores* giuridicamente vincolanti, in quanto che hanno provveduto le leggi, i *senatus consulta* e soprattutto il pretore e gli altri giudicanti a farle proprie e a trasfonderle, prevenendo la formazione dei *mores*, in precetti da loro avallati.

Altro, e forse più significativo indizio, a sostegno della nostra tesi è costituito dalle *actiones* con *condemnatio* « *in quantum aequum vi-*

debitur ». L'elenco preciso di queste azioni è contestato e qualcuno ha anche sostenuto che la *condemnatio* fosse originariamente formulata nel « *quantum bonum et aequum* » (il che sembrerebbe confermato dal testo dell'editto edilizio *de feris*, riportato da Ulpiano D. 21.1.42, in una lezione, peraltro, guasta): comunque, fermandoci sul caso più sicuro (e nel contempo tra i più antichi), che è quello dell'*actio iniuriarum*, non vi è possibilità di seri dubbi sul fatto che il giudicante, nel conferire al giudicante la potestà di condannare o di assolvere, lo invitasse a commisurare l'ammontare della eventuale condanna al quanto egli ritenesse equo. Ora, ciò dimostra anzitutto, e in modo esplicito, che le valutazioni di equità effettivamente costituivano la molla dell'azione pretoria; ma in più fa anche intendere come le valutazioni di equità in altro non si concretassero che in un rilevamento delle valutazioni sociali correnti. Infatti, non è credibile che il pretore, se avesse inteso *aequum* nel senso di giusto o di conforme a una astratta *aequitas*, avrebbe commessa al giudice privato la funzione di ritrovare e rilevare questo principio di giustizia, cioè la funzione di compiere in sua vece la delicata operazione della *iurisdictio*; né è comunque plausibile che la soluzione del problema pratico di determinare il valore pecuniario di una *iniuria* sofferta la si sia voluta rimettere a considerazioni astratte di giustizia, piuttosto che al rilevamento pratico, sulla base delle valutazioni sociali correnti, del *quantum* l'*iniuria* pecuniariamente valesse.

6. — Il ripensamento dottrinale (o, come si usa dire, la sistemazione « dogmatica ») della complessa esperienza, che abbiamo cercato dianzi di delineare, ebbe probabilmente inizio nell'età ciceroniana, anzi proprio con Cicerone, e dilagò nella giurisprudenza classica, andando di pari passo col ripensamento a fini dogmatici dell'esperienza del *novum ius civile* e di tutta quanta l'esperienza giuridica romana.

Ne derivò la formulazione di tre principi, che rappresentano la proiezione *sub specie aeternitatis* (e conseguentemente, dal punto di vista storico, una deformazione e falsificazione più o meno grave) delle concrete manifestazioni della *bona fides*, dell'*aequum-iniquum* e dello stesso *ius*, quali erano state registrate dai secoli precedenti. Tre principi complementari, anzi affini, se non proprio identici: il *bonum*, l'*aequitas*, la *iustitia*.

Sarebbe vano andare alla ricerca di eccessive precisazioni dei tre concetti. Occorrerebbe, a quest'uopo, esser privi della convinzione (ormai giustamente prevalente, perché fondata su probanti indizi) della assai scarsa capacità dottrinarie di Cicerone e dei giuristi romani. Si tratta,

è indubbio, di concetti assai approssimativi e di grande incertezza di contorni, fortemente influenzati dalla speculazione filosofica greca, la cui ripercussione sugli istituti giuridici fu pertanto, in età classica, ancora più perniciosa e fuorviante.

Approssimativamente può dirsi che, nel pensiero di Cicerone e dei classici, *bonum* sta ad indicare il fine morale dell'ordinamento, *aequitas* sta ad indicarne il fine di eguale trattamento dei soggetti, *iustitia* sta ad indicare l'unità dell'uno e dell'altro fine. Ed è a questi valori ideali che viene ormai rapportato ogni istituto del *ius*, per poterlo giudicare e classificare in bene o in male.

Così si legge, ad es., che « *ex aequo et bono ius constat* » (*Rhet. Herenn.* 2.13.20), che « *ius civile est aequitas constituta* » (Cic. *Top.* 9), che « *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* » (Ulp. 1 *reg. D.* 1.1.10.1), che « *ius enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset ius* » (Cic. *de off.* 2.12.42), che « *ius est autem a iustitia appellatum* » (Ulp. 1 *inst. D.* 1.1.1 pr.), che « *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* » (Ulp. 1 *reg. D.* 1.1.10 pr.), che la *iurisprudencia* è « *iusti ac iniusti scientia* » (Ulp. 1 *reg. D.* 1.1.10.2), che essa è « *ars boni et aequi* » (Cels.-Ulp. 1 *inst. D.* 1.1.1 pr.), che il *ius naturale* è « *id quod semper aequum ac bonum est* » (Paul. 14 *Sab. D.* 1.1.11), e via discorrendo.

Quanto alle *actiones* con *condemnatio* « *in quantum aequum* », esse divengono a loro volta, nella prospettiva dei giuristi classici, « *actiones in bonum et aequum conceptae* », cioè azioni in forza delle quali spetta al *iudex privatus* una funzione di giustizia creativa, che in altri tempi (quando la *iurisdictio* era veramente creativa) non sarebbe stato concepibile commettergli. Così, ad es., mentre l'*actio sepulchri violati* ha (e mantiene) la *condemnatio* nel « *quanti ob eam rem aequum videtur* » (cfr. Ulp. *D.* 27.12.3 pr.), Papiniano (8 *quaest. in D.* 47.12.10), nel discutere un caso pratico, afferma: « *dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est* ». E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Naturalmente, la ricostruzione dottrinale dell'*aequitas* come manifestazione del principio di giustizia reagì, nel corso dell'età classica, sulle precedenti impostazioni, determinando tutta una nuova valutazione degli istituti giuridici. L'*aequitas*, l'*aequum et bonum*, la *iustitia* divennero, negli scritti della giurisprudenza, un canone abituale, e spesso addirittura stucchevole, di giudizio nei riguardi del *ius civile Romanorum*: una esercitazione di così palese e ingenuo carattere retorico da essere stata addirittura attribuita, da qualche critico delle fonti, al decaden-

tismo postclassico. Ma, per verità, non è facilmente credibile un così copioso intervento glossatorio postclassico: buon senso vuole che si riconosca che proprio dai giuristi classici furono gettate le basi di quella differenziazione del *ius aequum* dal *ius strictum*, che tanto successo incontrò, successivamente, nel mondo giuridico postclassico.

Non è a credere, d'altronde, che gli effetti pratici dell'accennato fenomeno di riesame del *ius Romanorum* alla luce del principio astratto di *aequitas* siano stati pari alla importanza che i giuristi classici esteriormente attribuiscono all'*aequitas* sul piano teorico. Ormai le istituzioni repubblicane, a cominciare dai *comitia*, erano in accentuata decadenza; in decadenza erano i magistrati giudicanti, a cominciare dal *praetor urbanus*; decadente era la stessa giurisprudenza, che il regime autoritario del principato sempre più confinava entro i limiti di un'attività di sistemazione e di teorizzazione del diritto vigente. La vita del diritto, cioè la sua applicazione concreta e la sua progressiva evoluzione, sempre più dipendeva, con l'andar degli anni, dall'influenza direttamente o indirettamente esercitata dai *principes*, che si affermavano come il nuovo centro motore o promotore di ogni rinnovamento. L'*aequitas*, dunque, mentre acquistò la dignità formale di un supremo principio, perse quella prepotente efficacia pratica che aveva avuto particolarmente nell'età preclassica.

7. — Poco si differenzia, nei riguardi dell'*aequitas*, l'età postclassica da quella precedente. In essa, infatti, il processo involutivo segnalato per l'età classica altro non fece che continuare, sino a giungere alle sue estreme conseguenze.

L'imperatore Costantino, in una celebre costituzione del 314 (C.I. 3.1.8), ribadì solennemente il predominio del principio di giustizia sul diritto positivo: « *placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* ». Se anche la generalizzazione *in omnibus rebus* è dovuta, come si è sostenuto, a intervento compilatorio (probabilmente, infatti, Costantino si occupava nella sua costituzione di un caso specifico), si riconosce generalmente, e a ragione, che questa costituzione manifesta un convincimento ormai totalitario del mondo giuridico romano.

L'attività della giurisprudenza postclassica si concretò, pertanto, vieppiù nella ricerca della rispondenza (o non rispondenza) del diritto positivo alla giustizia, alla *iustitiae aequitatisque ratio*. Ma, ciò facendo, quella giurisprudenza così poco preparata e unitaria (anzi così diversa e varia, a seconda delle epoche, degli ambienti, delle influenze, degli

orientamenti) moltiplicò fatalmente le accezioni dell'*aequitas* fino ai limiti dell'incredibile. Le numerosissime interpolazioni di testi classici attribuibili ad essa accrebbero a dismisura l'evanescenza e l'incertezza di contorni dell'*aequitas* classica, determinando quello stato delle fonti, che si è denunciato all'inizio di questo articolo.

All'ingrosso, ma molto all'ingrosso, può dirsi che si tende dai post-classici ad identificare l'*aequitas* con il *ius naturale* e ad identificare quest'ultimo con i precetti fondamentali della religione cristiana: questo sul piano delle discettazioni teoriche, che sono poi, in fondo, quelle meno pericolose. Sul piano pratico, invece, nella valutazione degli istituti singoli e delle fattispecie concrete, l'*aequitas* postclassica non ha davvero limiti e serve ad autorizzare qualunque aberrazione. Essa si manifesta veramente come una perniciosa « giustizia del caso concreto », che giuristi e imperatori adducono a sostegno di ogni estrosa o facilistica soluzione di problemi dolenti e delicati. E inevitabilmente l'*aequitas* finisce per diventare, sempre sul piano pratico, la comoda giustificazione del lassismo nel diritto: una espressione di *benignitas*, di *humanitas*, di *pietas*, di *caritas*, cioè di valori cristiani altamente ammirevoli dal punto di vista religioso, ma altrettanto riprovevoli dal punto di vista giuridico.

E sebbene circa quindici secoli siano trascorsi dai tempi di Giustiniano, della complessa esperienza romana dell'*aequitas* sono forse proprio questi valori così antiromani quelli che, purtroppo, tuttora più comunemente identificano l'equità agli occhi degli uomini della strada e degli stessi operatori del diritto.