

Cristina Asprella

La scure della Consulta s'abbatte sul giudizio d'equità necessario: una salutare interpretazione costituzionalmente orientata del secondo comma dell'art. 113 c.p.c.

1. Nella nostra indagine ricostruttiva possono essere sciverati due significati fondamentali del termine "equità": *"il significato può essere ricondotto nelle grandi linee a quelli di giustizia, di principi generali del diritto ideale, di diritto naturale, di prodotto della coscienza sociale; il secondo assume invece una colorazione più concreta di giusta regolamentazione del caso individuale, di temperamento ed adattamento della norma alla situazione di fatto, di pronuncia del provvedimento umanamente più appropriato"*^[1].

Il primo significato della parola corrisponde in quest'ottica al senso di giustizia. Attribuendo al termine tale ampiezza non si fa altro che elevarlo al sommo livello di giustizia in generale o, meglio, ad esso si attribuiscono le caratteristiche proprie della giustizia. In questo senso l'equità diviene *"l'eterna e generale aspirazione a che il diritto positivo sia conforme ai principi della giustizia"*^[2]. *In limine* l'equità finisce con il corrispondere integralmente al diritto naturale, *corpus* di norme aprioristicamente intellegibili, regole necessarie al fine della stessa convivenza sociale. Assimilando l'equità alla giustizia o al diritto naturale si eleva l'equità a modello ideale cui l'intero ordinamento positivo deve (razionalmente o irrazionalmente) tendere^[3].

Sia che la si assimili alla giustizia, sia che la si assimili al diritto naturale, l'equità si presenta secondo questo approccio come generale, obiettiva e naturalmente contrapposta al diritto. Corollario di ciò è che le regole di equità o esistono con un valore intrinseco indipendente dal giudice, oppure si manifestano a livello fattuale (empirico) come espressione della coscienza sociale^[4]. *"In entrambi i casi perciò esse non dovrebbero dipendere dalla semplice coscienza soggettiva del giudicante"*^[5]. In questo significato, cioè, appare evidente come l'equità corrisponda nella sua intima essenza al concetto d'*aequitas*.^[6]

Accettando l'idea che l'equità corrisponda alla giustizia e si configuri come un complesso di *"aspirazioni"*, di *"desideri"* cui l'ordinamento tende, risulta inevitabile che l'equità stessa si trasformi in diritto positivo, non però in sede legislativa, bensì in sede giudiziaria; non con l'emanazione di norme generali e astratte, ma di norme concrete. Dunque, come già la dottrina germanica^[7] affermava -rinnovando un'opinione storicamente consolidata- giustizia ed equità possono anche coincidere, ma la giustizia è sempre intesa in relazione a norme astratte e generali mentre l'equità si estrinseca in norme "concrete"^[8].

Spesso all'equità -nella sua formulazione aristotelica- è stata attribuita una caratteristica di obiettività nel senso che la regola equitativa va cercata all'esterno del soggetto giudicante. Le regole esterne al giudice non saranno altro che regole generali e astratte o addirittura generalissime: avranno quindi le stesse peculiarità delle norme di diritto positivo. Ritorna l'improponibilità del ricorso a regole ancora più generali rispetto alle norme di diritto: si crea un *circulus inextricabilis* nell'utilizzare una regola generalissima per ovviare all'insufficienza di una regola generale. Se infatti non predispone una

disciplina concreta il “contenuto”, come potrà predisporla il “contenente”? Per questo motivo sin da epoca risalente la dottrina ha spesso ciclicamente affermato che il giudice può trovare “*la regola idonea solo interrogando la propria coscienza individuale che è l’unica a conoscere sufficientemente la particolarità della situazione concreta*”[\[9\]](#).

E’ quindi improponibile il concetto di equità “generale”, cioè caratterizzata da “*generalità, obiettività, contrapposizione al diritto positivo, e che trovi il suo presupposto nell’invecchiamento e nell’irrigidimento di quest’ultimo*”[\[10\]](#).

2. Nella seconda accezione l’equità è intesa come equità “particolare”. La domanda da cui tutto il discorso parte riguarda il perché l’ordinamento giuridico preveda e regolamenti soltanto fattispecie di natura assolutamente generale. Sarebbe logicamente meglio da un punto di vista pratico che i casi della vita fossero previsti e disciplinati nelle loro peculiarità, nella loro concretezza. Ma la vita ha molte più risorse del diritto: l’ordinamento non può mai predisporre un apparato giuridico che si presti a regolare quanti più casi e comportamenti umani è possibile se non dettando norme generali e astratte e raggruppando tali casi per classi di fattispecie analoghe. Ma la “*stessa imprevedibilità dell’azione umana può far sì che trovi attuazione in un particolare caso concreto una norma che non sia adeguata ad esso*”[\[11\]](#). La norma, in questo caso, è “giusta” nella sua generalità ma una volta applicata ad un caso particolare (la cui particolarità non poteva essere prevista dalla norma stessa) produce risultati iniqui. Nasce l’esigenza che l’ordinamento positivo non sia solo astrattamente giusto: questa esigenza è detta esigenza dell’equità, ovviamente intendendo quest’ultima come giustizia del caso concreto, come *epieikeia* aristotelica[\[12\]](#).

Se si definisce in tal modo l’equità particolare, si presuppone che essa non si contrapponga al diritto positivo; ma addirittura lo presupponga e viva in funzione dell’esistenza di esso. Non può quindi esservi alcun contrasto tra la norma di diritto e la norma di equità[\[13\]](#). Qualora, tuttavia, il contrasto si verifichi si sono evidenziati[\[14\]](#) tre principali modi di operare dell’equità. Prima di tutto può sostituirsi una regolamentazione “equa” all’applicazione della norma alla fattispecie da essa considerata. Questa soluzione è possibile solo quando l’ordinamento positivo la consenta espressamente, ad es. rimettendo la scelta alla disponibilità delle parti[\[15\]](#). E’ questa l’ipotesi dell’equità sostitutiva. Infatti, in tal caso si ha l’attribuzione al giudice del potere di sostituire integralmente l’applicazione della norma con una decisione di equità. E’ necessario, però, sottolineare che, perché ciò possa verificarsi, deve esservi una norma che autorizzi espressamente il giudice, come, nel nostro ordinamento, gli artt. 113, 114 e 822 c.p.c.

In secondo luogo può essere la norma stessa ad evitare una regolamentazione preventiva completa di una fattispecie che possa configurarsi sotto aspetti imprevedibili e ad affidare all’equità giudiziale la concreta disciplina. In questo caso un contrasto non è configurabile perché la norma positiva ha dettato una regolamentazione prevedendo espressamente l’intervento dell’equità. Questa è l’ipotesi dell’equità integrativa[\[16\]](#). Infatti i casi in cui l’equità si configura come “integrativa” di una norma di legge si verificano allorché tale norma non detta una specifica regolamentazione del caso concreto, autorizzando, in sostanza, l’equità a concorrere alla finale integrazione della fattispecie e alla determinazione degli effetti giuridici. Gli esempi di essa sono numerosissimi, soprattutto nel diritto privato.

3. In terzo luogo l’equità può configurarsi come equità interpretativa. Di fronte ad una dubbia interpretazione della norma positiva il giudice la interpreterà nel modo più elastico ed equo[\[17\]](#). Questo *tertium genus* di pronuncia d’equità è sicuramente escluso nel nostro ordinamento, tanto più che l’art. 12 delle disp. prel. al codice civile -richiamando i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato- ha chiuso il dibattito sulla eventuale identificazione dell’equità con i principi generali dell’ordinamento[\[18\]](#).

4. Se si parte dal presupposto che l’equità si configuri come giustizia del caso concreto in analogia con la definizione aristotelica, ne deriva che l’unico soggetto dell’ordinamento che può farsi ministro d’equità è il giudice[\[19\]](#). Non può, infatti, configurarsi un’equità del legislatore perché

mancherebbero i presupposti stessi della pronuncia d'equità, cioè la particolarità e la contrapposizione ad una stretta applicazione del diritto positivo. Tali conclusioni[20] - non condivisibili - portano ad individuare una caratteristica che per lungo tempo è stata ritenuta propria dell'equità giudiziale, cioè la soggettività: il giudice ritroverebbe nella propria coscienza la regola applicabile al caso concreto. Secondo tale teoria, il giudice non potrebbe mai attingere all'esterno le regole d'equità perché ciò significherebbe *“affermare o l'esistenza di un corpo completo di norme di diritto naturale universali ed al tempo stesso dettagliate in sommo grado, oppure l'esistenza di un numero illimitato di massime di esperienza, empiricamente desumibili dalla coscienza sociale, che dovrebbe indicare la regola di equità in ogni singola particolarissima situazione”*[21]. Nessuno di questi due presupposti può, a mente di tale dottrina, ritenersi verosimile: il primo perché riferibile a teorie ormai risalenti e non più accettabili, il secondo perché empiricamente contraddetto: se infatti è vero che il giudizio di equità serve a regolare quei casi concreti per i quali manca una disciplina positiva (o è inadeguata), allora non è certo possibile che all'esterno possa reperirsi la regola equitativa che risolva il caso singolo 'particolarissimo'. Il giudice non potrebbe quindi far riferimento né a *“repertori di massime di esperienza”*, né potrebbe *“interrogare tutti i singoli individui componenti la società per avere il responso della c.d. coscienza sociale”*. La decisione finale, seppure il giudice si consulti con giuristi e colleghi al fine di ricavarne qualche indicazione empirica utile per la risoluzione del dilemma, dovrà necessariamente trovare la regola applicabile nella sua propria coscienza[22]. Ma le ampie critiche a detta ricostruzione hanno evidenziato come *“quando il giudice è autorizzato a risolvere una questione secondo equità, applica ai fatti della lite quella norma che, secondo quanto egli sa, corrisponde al sentimento di giustizia della generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione”*[23]. Da ciò consegue che è indispensabile che il giudice indichi sempre la norma di diritto che regola già la fattispecie e che -anche e soprattutto nell'esercizio dei poteri equitativi- il giudice effettui una comparazione tra le regole d'equità e le norme di legge. Non solo, si è evidenziato che *“qui dunque l'equità è considerata piuttosto che come potere di creare il diritto, come potere di adattare il diritto già esistente alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della codificazione vigente”*[24]. Del resto la stessa giurisprudenza già negli anni '70 si muoveva nella direzione che ha portato all'odierna declaratoria di incostituzionalità poiché alcune sentenze affermavano che *“la sentenza d'equità contiene necessariamente dei riferimenti, espliciti o impliciti alla qualificazione giuridica dei fatti e alla valutazione giuridica delle conseguenze”*[25].

5. Nemmeno il giudizio di equità potrebbe essere configurato come giudizio tecnico. I fautori di tale teoria affermano che la pronuncia secondo equità presupporrebbe il rispetto di talune regole tecniche obiettive e specifiche. Per es. in caso di determinazione equitativa della prestazione in caso di risarcimento del danno, si dovrebbe ricorrere a criteri tecnici per accertare l'entità del danno e il suo valore pecuniario. Questa tesi - per i fautori della tesi soggettivistica dell'equità - altro non farebbe che ribadire l'equipollenza tra giudizio di equità e giudizio logico: infatti il giudizio di equità non sarebbe altro che un giudizio logico le cui norme obiettive sarebbero delle regole tecniche. Senza voler con ciò negare che talvolta nel giudizio di equità vengano in considerazione delle regole tecniche, alla equiparazione del relativo giudizio con un giudizio tecnico ostano le medesime critiche rivolte alla configurazione di esso come un giudizio logico[26].

6. Infine alcuni teorici hanno ricollegato il giudizio equitativo al giudizio etico[27] affermando che il giudizio equitativo sarebbe un *“giudizio valutativo della coscienza individuale in base ad un principio etico universale”*. Vale a dire che con il giudizio di equità si potrebbe trovare la soluzione al caso concreto nella sfera della morale e dell'etica quando non soccorrano le norme giuridiche. Questa teoria incontra, in parte, il consenso dei soggettivisti poiché *“ha il grande pregio di porre in rilievo un aspetto essenziale del giudizio di equità e cioè il suo determinarsi nella coscienza individuale del giudicante in base ad un principio universale”*. Il punto forte di tale teoria sarebbe, quindi, l'identificazione del giudizio equitativo con la libera valutazione del giudice. Ma, per i soggettivisti, il ricorso agli imperativi della morale non può che ingenerare dannose confusioni in quanto la morale con i suoi comandi si estende *“a tutti i più segreti moti dell'animo, considera l'uomo non solo in rapporto agli altri, ma soprattutto di fronte a se stesso”*[28]. Se l'equità si identifica con la morale, con il principio etico universale, essa ne viene a far parte insieme ad altri aspetti che sempre nello studio della morale si sono in essa reperiti, vale a dire la temperanza, la forza, la carità, ecc.

Il giudizio di equità sarebbe, secondo la teoria soggettivistica, giudizio giuridico, cioè “*criterio di giudizio sulla regolamentazione del caso concreto fondato sul valore giuridico che sgorga direttamente dalla coscienza del giudice nel momento in cui questi conosce il fatto*”^[29].

Per equità particolare -sia nel caso ci si riferisca all'equità sostitutiva, sia all'equità integrativa- si intende una “*giusta decisione del caso concreto*”; questo nell'ipotesi, secondo la teoria soggettivista, che manchi la norma positiva che regoli astrattamente il fatto, che non preveda la particolarità del caso umano. La pronuncia del giudice deve valutare la particolarità del caso secondo i dettami della sua propria coscienza individuale -o meglio, egli è libero e non vincolato, come vedremo oltre, al rispetto di norme generali riconoscibili *a priori* che limitino in qualsiasi modo i suoi poteri equitativi. La pronuncia equitativa può esplicare i suoi effetti nell'ordinamento solo se da questo riconosciuta o consentita. L'equità è l'eccezione che si contrappone alla regola, come si ricordava con illuminante chiarezza^[30], nel senso che la decisione secondo equità si contrappone eccezionalmente alla applicazione del diritto positivo che deve, invece, costituire la regola, la via ordinaria di risoluzione dei casi della vita.

7. L'altra suggestiva corrente^[31] intende il giudizio d'equità come un “*giudizio che, assumendo quale punto di partenza il regime giuridico del caso controverso, dovrebbe poi introdurre dei correttivi più o meno ampi secondo i casi*”.

In proposito, merita particolare rilievo la tesi di autorevole giurista che sostanzialmente ha precorso i tempi^[32]. Il punto da cui esso parte è verificare come “*rimanendo sempre nell'ambito dell'applicazione fondamentale di una norma di diritto, si possa trovare una ragione per individuare la funzione propria del giudizio d'equità*”. Nel giudizio di equità -sebbene anche questo sia retto come il giudizio di diritto dal principio dispositivo- questo principio subisce un temperamento rispetto alla sua portata nel giudizio di stretto diritto. Infatti le parti e il giudice possono rispettivamente produrre e ricercare elementi di fatto che in un giudizio di diritto sarebbero irrilevanti. Per irrilevanza di questi elementi di fatto si intende che essi non devono essere “*essenziali al fine di determinare la qualificazione giuridica del fatto in un certo modo piuttosto che in un certo altro*”. Tali elementi, cioè, non devono essere quelli che sono stati definiti^[33] “*elementi essenziali della fattispecie*”, tali che sarebbero necessariamente rilevanti anche nel giudizio di stretto diritto.

Un primo caso in cui questi elementi di fatto rilevano (nel solo giudizio d'equità) è quello dei “*parametri in base ai quali un comportamento umano consapevole può essere valutato come più o meno apprezzabile dal punto di vista giuridico in un contesto sociale storicamente determinato*”^[34]. Ci riferiamo ai concetti di buona e mala fede, di errore, dolo, colpa, frode, negligenza, diligenza, ecc., che nel giudizio di diritto sono operativi solo in quanto e nella misura in cui la norma li prevede. Invece, nel giudizio di equità, tali parametri consentono al giudice di stabilire le conseguenze della norma di diritto (in base alla quale si è qualificato giuridicamente il fatto), in modo più aderente alle concrete circostanze. In questo senso verranno in rilievo nel giudizio di equità anche i motivi come movente interiore dell'azione, nonché gli elementi soggettivi che caratterizzano la personalità della parte. Secondo la dottrina tradizionale esaurito il giudizio di fatto il giudice può *o* applicare la norma di diritto *o* applicare la norma di equità: *tertium non datur*. Questo assunto non può, invece, essere accolto se si concorda con la tesi secondo la quale il giudizio di fatto è già un giudizio di diritto “*e consista essenzialmente nel riconoscere come giusto il significato giuridico che una delle parti postula si esprima oggettivamente nei fatti costitutivi allegati*”^[35]. Nel giudizio di stretto diritto il giudice dopo aver qualificato il fatto, irroga la sanzione nel modo in cui la norma di diritto lo prevede. Invece, quando il giudice decide secondo equità, può determinare la sanzione in modo differente. Il giudice può “*adeguare l'apprezzamento sociale, positivo o negativo, espresso nella qualificazione giuridica del fatto alle particolarità del caso concreto*”^[36]. Egli può modificare la portata e l'ambito delle conseguenze della norma purché le diverse conseguenze trovino comunque il loro obiettivo punto di riferimento nei dati acquisiti al processo. A questo punto, però, è inevitabile che la motivazione assurge a momento fondamentale: il giudice potrà ben variare le conseguenze della norma di diritto ma deve dare conto “*del perché un certo comportamento gli appaia meritevole di tutela più o meno rispetto alla valutazione data dall'ordinamento positivo, facendo vedere come*

questo suo apprezzamento sia obiettivamente giusto in base a quei particolari di fatto che rilevano specificamente nel giudizio d'equità e che devono risultare dagli atti stessi del processo".

Proprio da questo presupposto si è partiti[37] al fine di contestare l'affermazione che il giudice *ex bono et aequo* possa tenere ferma la fattispecie di cui alla norma di diritto per variarne poi, liberamente, la disciplina. Infatti, se il giudice d'equità può ricollegare ad una fattispecie legale conseguenze diverse da quelle previste dalla legge pur non potendo assolutamente assumere come rilevanti fatti "giuridici" (e sottolineiamo giuridici) diversi da quelli previsti dalla fattispecie contenuta nella norma, allora il giudizio d'equità non diventa null'altro che una "stramberia". Se il giudice d'equità, si è detto, qualifica una delle parti come creditore nei confronti dell'altra per un certo importo in aderenza a quanto previsto nella fattispecie legale e poi afferma che nel caso concreto nulla è dovuto al creditore allora si possono verificare due ipotesi. O il giudice ha valorizzato come pregnanti fatti diversi da quelli previsti nella norma e allora ha allargato la fattispecie legale attribuendo rilevanza a fatti non previsti dalla fattispecie stessa, ovvero il giudice può omettere il riferimento ai fatti diversi e allora la decisione "*ha serie probabilità di entrare a far parte di una ideale galleria degli orrori*"[38].

La stessa giurisprudenza offre qualche appiglio alla contestata: ad esempio la sent. n. 2698 del 1962 [39]. Le parti avevano richiesto all'arbitro di giudicare "secondo diritto ed equità". La Corte ha ritenuto in questa sentenza che la dizione "secondo diritto ed equità" non conferisse all'arbitro il potere di scegliere se regolare la fattispecie solo secondo diritto o solo secondo equità, ma piuttosto che i due termini, diritto ed equità non erano in contrapposizione, ma semmai in posizione di complementarietà: il che comportava che il giudizio dovesse svolgersi secondo le norme di diritto e concludersi con una pronuncia secondo equità. In pratica la Cassazione ha ritenuto che fino ad un certo punto potesse applicarsi la norma di diritto e da un certo punto in poi potesse invece applicarsi la norma equitativa sempre nell'ambito dello stesso giudizio. Ha senso, quindi, "*pensare che una valutazione d'equità succeda non 'sostituendola' ma 'completandola' ad una norma di diritto nell'iter formativo della qualificazione giuridica del fatto*": *se in sostanza possa concepirsi la coesistenza nello stesso giudizio di una 'soluzione di diritto iniziale' e di una norma di equità 'finale'...*". La soluzione, suggestiva e niente affatto peregrina, consiste nella applicazione della norma di diritto nell'operazione qualificatoria della fattispecie considerata e nella determinazione della tipologia sanzionatoria, mentre la regola equitativa verrebbe applicata nella determinazione dell'oggetto e delle modalità della sanzione. Questo sarebbe l'unico modo possibile di concepire una coesistenza tra norma di diritto e norma d'equità essendo un *absurdum* ritenere che nello stesso giudizio si possa operare una mescolanza di norme giuridiche e norme equitative: l'unica soluzione è quella di ritenere che "*la norma di diritto operi nella qualificazione del fatto e l'apprezzamento equitativo operi nella determinazione dell'oggetto specifico e delle modalità d'esecuzione della prestazione*"[40].

In particolare la stessa Cassazione nella ricordata sentenza del 1973 aveva fatto un gran passo in avanti verso il riconoscimento di quanto sinora detto[41], affermando che:

- a) le premesse logiche della decisione d'equità sono veri giudizi di diritto;
- b) che questi giudizi di diritto riguardano la qualificazione giuridica dei fatti e la valutazione delle loro conseguenze;
- c) che questi giudizi di diritto sono necessari.

Tuttavia la Corte, pur giunta fino a questo punto, non ha ritenuto censurabile la sentenza d'equità in Cassazione per il motivo di cui al n. 3 dell'art. 360, relativo all'errore nell'interpretazione o nell'applicazione della norma di diritto, censurabilità che diventa, invece, alla stregua del discorso sin qui condotto, a dir poco ovvia. Infatti, se le premesse logiche della decisione d'equità sono giudizi di diritto, allora in parte il giudizio d'equità è giudizio di diritto. Viene, quindi, meno, la pensabilità del giudizio d'equità come giudizio eterogeneo rispetto al giudizio di diritto. Il giudizio d'equità non solo

presenta i tre momenti logici del giudizio di diritto, ma addirittura per i primi due è identico ad esso. Questo significa che il giudizio di fatto, cioè il giudizio d'accertamento dei fatti non cambia se si tratta di un giudizio d'equità o di diritto: *“se i fatti proposti al giudice significano che c'è stato un accordo utile tra le parti, che tale accordo è meritevole di tutela secondo un apprezzamento oggettivo della sua finalità economico-sociale, ebbene, il significato normativo di questi fatti per il giudice non può che essere ‘contratto’, e ciò tanto se egli debba giudicare secondo diritto, tanto se possa giudicare secondo equità”*[42]. Se il giudice non qualificasse quel contratto come tale violerebbe la norma di diritto che è comunque tenuto ad applicare in questa fase del giudizio: egli avrebbe commesso un *error in iudicando* censurabile in Cassazione ex n. 3 dell'art. 360 c.p.c.

La suggestiva teoria secondo cui nel giudizio d'equità il giudice può determinare la sanzione in modo diverso, modificando quella prevista dalla norma e secondo cui *“la motivazione della sentenza avrebbe dunque il precipuo compito di mostrare il momento di passaggio dalla prima fase di giudizio (retta dallo strictum ius) alla seconda (governata invece dall'equità), dimostrando la correttezza del procedimento, la corretta specificazione cioè del giudizio d'equità, rispetto al preliminare giudizio di diritto”*[43], sarebbe *“il tentativo forse più lucido e conseguente di combattere il rischio di un ‘aequitas cerebrina’*[44].

La successiva sent. n. 6794 del 1991[45], poi richiamata dalla stessa Consulta, specifica che per adempiere all'obbligo della motivazione è sufficiente dar conto del processo logico seguito al fine di pervenire alla decisione così che *«non sono sufficienti affermazioni apodittiche, senza alcun richiamo al criterio seguito»*. Devono essere esplicitate, però, le ragioni giuridiche della decisione, anche se non siano esposti i motivi di equità: in mancanza delle ragioni summenzionate *«la decisione si riduce a puro arbitrio... perché manca del minimo indispensabile a far capire perché sia stata accolta o respinta la domanda»*. Questo perché anche la decisione di equità deve risultare logica e razionale e deve essere palese la *ratio decidendi* dalla motivazione: la mancanza assoluta di quest'ultima determina la nullità della sentenza per mancanza dei requisiti formali indispensabili[46]. La giurisprudenza successiva ha, invece, inquadrato i vizi afferenti alla motivazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.: è importante è considerare, però, che l'ipotesi della nullità della sentenza si può profilare *«soltanto in casi veramente patologici di inesistenza della motivazione, non potendo questa confondersi con la sua semplice sommarietà o concisione»*[47].

Chi nega la accettabilità di tale tesi, afferma che la caratteristica del giudizio d'equità è la concessione al giudice della possibilità di applicare al caso concreto una regola liberamente scelta e non imposta all'esterno[48]. E a chi contesta tale assunto affermando che non vincolare il giudice ad una norma generale vigente *a priori* equivale a consentirgli espressamente l'arbitrio, si ribatte che il giudizio d'equità ha necessariamente in sé una certa iniquità proprio perché in questo tipo di giudizio vengono meno i parametri esterni sulla base dei quali le parti avrebbero potuto regolarsi stragiudizialmente nella gestione del rapporto controverso.

La dottrina ha da sempre oscillato tra i due opposti estremi del tentativo di comprimere il giudizio *ex bono et aequo* in un *corpus* normativo esistente *a priori* oppure del tentativo di configurare questo giudizio medesimo come totalmente avulso da qualsiasi regola generale. E invece è necessario non solo rendere conto delle regole generali che -necessariamente affinché si abbia un giudizio- il giudice deve applicare al caso particolare ma anche far sì che tali regole non rimangano segrete nel corso del processo: *“anche il giudizio d'equità ha bisogno di una difesa; e non vi è difesa degna di questo nome, quando da un lato non vi è la possibilità di separare i fatti rilevanti dai fatti irrilevanti ai fini del decidere, alla luce di una fattispecie astratta percepibile come tale...”*[49].

8. E' stato giustamente detto che il I comma dell'art. 113 c.p.c. è la norma fondamentale in tema di giudizio di equità. La norma, infatti, ha una portata ben superiore ad *“un semplice regolamento dei poteri decisori del giudice”* bensì presenta *“un particolare valore sistematico”*[50]. Dall'esame di questo primo comma, infatti, risulta chiaro come la pronuncia secondo diritto sia la regola generale nel nostro ordinamento e come, conseguentemente, la pronuncia secondo equità sia l'eccezione. *“La regola generale della pronuncia secondo diritto trova il suo fondamento nella funzione stessa della*

tutela giurisdizionale e nel suo oggetto: la tutela dei diritti”[51]. Nel processo di cognizione, infatti, si controverte sull’esistenza o meno di un diritto ma la “lite” insorge non già in riferimento alla norma, bensì rispetto ai beni della vita oggetto della norma stessa. Questa lite dovrà essere risolta mediante l’applicazione della norma che, però, non dovrà necessariamente essere una norma di diritto. Infatti, in casi particolari, l’ordinamento potrà prevedere che il giudice formuli una regola particolare per un caso determinato; *“regola che il giudice dovrà, in tal caso, elaborare nella propria coscienza in base a determinati orientamenti sociali e morali del tutto analoghi a quelli che ispirano il legislatore quando detta la regola astratta o norma di legge*”[52].

Le definizioni fornite dalla dottrina processualistica al problema del giudizio di equità (o meglio al problema della determinazione del significato intrinseco del potere di decidere secondo equità) sono state nel corso dei tempi caratterizzate da una certa varietà e genericità dei termini adottati da un lato e dall’altro lato da una *“sorta di promiscuità concettuale”*[53]. L’ambito definitorio è, quindi, rimasto notevolmente elastico e scarsamente incisivo e pregnante, misto di nozioni generiche estrapolate dalla filosofia e dalla teoria del diritto sul tema dell’equità.

Abbiamo visto, finora, in questo approccio di tipo teoretico, come ritorni con impressionante frequenza la definizione dell’equità come giudizio del caso singolo -e la singolarità del caso diviene il postulato del relativo giudizio-; dall’altro lato si considera la norma equitativa come direttamente promanante dalla coscienza personale del giudice e così la soggettività della norma d’equità diviene il secondo postulato differenziale. L’unione dei due postulati: singolarità del fatto e soggettività della norma ha come risultato l’eccezionalità della norma d’equità rispetto alla norma di diritto.

Il fatto è singolare quando non è rapportabile ad una qualificazione generale. Il fatto non è inquadrabile in alcuna fattispecie legale, neanche nella più generale possibile. Ma se non è possibile effettuare questa riconduzione, allora non è possibile neanche ritrovare nell’ordinamento la norma di diritto la quale regoli il caso singolo considerato. Tuttavia sappiamo come carattere primario dell’ordinamento giuridico sia la sua completezza: un ordinamento giuridico incompleto è una *contradictio in terminis*; l’ordinamento non può ammettere la propria “impotenza normativa”[54] di fronte a tale fatto singolo, deve necessariamente predisporre una regolamentazione giuridica per esso. L’unica via perseguibile è affidare tale compito creativo della norma *ad hoc* al giudice, l’organo cioè istituzionalmente demandato a concretizzare la giuridicità dell’ordinamento. *“Per questo primo elemento, dunque, la norma di equità si differenzia specificamente nell’ambito del genus ‘norma giuridica’, come norma giuridica ‘singolare’ rispetto alla norma di diritto che si qualifica come norma giuridica generale”*[55]. L’equità sarebbe, in questo senso, la giustizia del caso singolo.

La tesi del giudizio d’equità come giudizio del caso singolo ha riscosso nel tempo ampi consensi[56]. Anche se, però, si volesse – e si potesse – confinare questo giudizio negli angusti limiti della giustizia del caso singolo comunque, si dovrebbe ricordare come esso non potrebbe essere mai un giudizio arbitrario né frutto di una semplice intuizione ma *“risponde a un convincimento del giudice che è sempre ispirato da un valore desunto dalla coscienza collettiva del tempo”*[57].

Secondo un’altra tesi[58], il giudizio di equità -nella speciale formulazione di cui all’art. 113, I comma, c.p.c.- sarebbe contenuto all’interno del giudizio di legalità ad opera dell’art. 3, cpv. Cost. L’osservanza di questa norma consentirebbe di evitare che l’applicazione concreta della legge si risolva in una conseguenza iniqua.

In realtà il concetto di equità come giustizia del caso singolo, si trova di fronte ad un’obiezione positiva elementare[59]. Infatti, perché il giudizio d’equità possa ragionevolmente considerarsi come giudizio alternativo a quello di diritto e specificamente previsto per i casi singoli, sarebbe necessario che l’ordinamento lo prevedesse non già in forma generica e il più delle volte forfetaria, ma in modo specifico e volutamente determinato. Ma ciò non accade e anzi la norma di cui all’art. 113, I comma, consente al giudice di giudicare secondo equità solo se la legge lo prevede: ciò nega alla radice la validità della definizione dell’equità come norma soggettiva che si applica quando manca la norma di diritto. L’eccezione è infatti consentita solo se esiste la regola: *“perché l’applicazione possa apparire*

un'eccezione consentita rispetto all'applicazione della norma di diritto, bisogna postulare che la norma di diritto del caso vi sia!"[60]. A proposito proprio del binomio regola-eccezione, se partiamo dal presupposto che il giudizio di equità sia un rapporto esterno all'applicazione della regola, piuttosto che un rapporto interno qual è invece il giudizio secondo diritto, il problema della definizione del giudizio di equità consiste nello stabilire se il potere attribuito al giudice sia un *"potere di fare eccezione alla regola della legge"*[61] oppure se l'equità sia essa stessa un *"giudizio di eccezionalità"*, cioè regola di per sé e non eccezione[62].

Anche le norme giuridiche, del resto, non si presentano mai nella loro realtà applicativa con assoluta di ambito e di significato. Non c'è regola giuridica la quale non si trasformi e adatti nella combinazione con l'esperienza del diritto. Quando la norma di diritto trova applicazione concreta essa si intreccia con le altre e si diversifica rispetto all'astrattezza della sua formulazione fino a formare un tessuto normativo sollecitato dalla realtà dell'esperienza con cui ogni astrazione ha da fare i conti. La regola, quindi, ha sempre un'eccezione come contraltare. Anzi, l'eccezione diventa tutt'altro che tale nel diritto: *"essa rappresenta l'altra faccia della moneta normativa della legalità"*[63]. Il giudizio di equità si può quindi definire come la *"regola dell'eccezione"* e, di conseguenza, esso rientra -nella sua struttura di giudizio entimematico- nel gioco delle regole giuridiche.

Assumere che l'equità sia la *"regola dell'eccezione"* rende inutilizzabile il risultato cui pervengono le teorie che si fondano sulla singolarità del caso concreto (equità come giudizio del caso singolo) in quanto, come abbiamo visto, l'eccezione presuppone una regola, la norma di diritto. Non potendo, quindi, apprestare una soluzione al problema definitorio del giudizio di equità basandosi sull'elemento della singolarità del fatto, la dottrina ha fatto leva sul secondo elemento, quello della soggettività del giudizio. Sulla base di questa teoria la fattispecie legale sussiste e, ovviamente anche la normazione giuridica, ma l'ordinamento ammette che il giudice possa porre a fondamento della sua decisione criteri alternativi rispetto alle norme di diritto[64]. Il giudizio di equità così inteso deve necessariamente essere avulso da parametri concreti individuati con sufficiente obiettività. La norma equitativa è una norma soggettiva che si risolve sempre in una valutazione del giudice.

Il problema a questo punto si trasforma nella *"relazione logica e pratica tra la norma di diritto come norma data e la norma d'equità come norma non data rispetto al 'medesimo' fatto"*[65]. L'equità è criterio di giudizio esterno rispetto ai criteri ordinari dell'ordinamento e il problema diventa quello di vedere se possa l'equità assumere una propria oggettività (naturalmente diversa rispetto a quella della norma di diritto). *"Ora, a noi sembra che, così posto, il problema non ammette che due soluzioni. O l'oggettività del criterio equitativo è l'oggettività delle valutazioni 'sociali' che si esprimono 'positivamente' in una società 'storicamente determinata', e allora essa non è niente di esterno e di diverso dall'oggettività propria delle norme di diritto, le quali non sono altro che l'espressione riflessa e sintetica dei fatti nei quali si esprimono le valutazioni sociali ricorrenti essendo, anzi, proprio queste valutazioni il vero contenuto delle norme di diritto. Oppure si intende l'oggettività del criterio equitativo come qualcosa di diverso, ma allora non si riesce a definirla concretamente risolvendosi l'idea dell'oggettività, comunque configurata, nelle tre componenti della storicità, positività e socialità, cioè nelle componenti costitutive dell'oggettività propria delle norme di diritto"*[66].

La verità è che la funzione dell'equità può essere compresa solo laddove si considerino due fenomeni, *"l'uno immanente e l'altro transeunte"*[67].

Il fenomeno immanente consiste nel fatto che non tutti i fenomeni giuridici sono riconducibili a classi in modo che possano essere regolati da norme generali e astratte, sicché il legislatore deve lasciare libertà operativa al giudice, limitandosi a fissargli delle generiche direttive. Questo fenomeno è insopprimibile, e *"anche il legislatore più legalista, il quale si intestardisse a costringere quella massa di casi pratici nelle reti della norma scritta, consumerebbe il ranno e il sapone"*[68].

Il fenomeno transeunte deriva, invece, dal fatto che la necessità della astrazione rispetto alla norma di legge, fa sì che poi il trattamento specifico dei casi particolari si appalesi come iniquo e, quanto più

generale è la norma applicabile, tanto maggiormente iniquo e ingiusto appare il regolamento di interessi da essa predisposto. La ribellione alla astrazione immanente è il fenomeno transeunte al quale il legislatore accorda dignità normativa consacrando nell'ordinamento agli artt. 113 e 114 c.p.c. i quali dispongono che siano tenute presenti le caratteristiche del singolo, concreto caso della vita in contrasto con la soluzione cui si perverrebbe nel rispetto della normativa di legge^[69]. Ma, sia chiaro, solo "tenute presenti" e non utilizzate per creare la giustizia del caso *ad hoc*, in aperto contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento che impongono sempre e comunque il vaglio della legalità. Per questo non solo suggestiva ma assolutamente condivisibile era, sin da molto prima che la Consulta accogliesse l'eccezione di incostituzionalità del secondo comma dell'art. 113 c.p.c., la teoria che ancora il giudizio equitativo al rispetto di regole oggettivate nei cosiddetti principi regolatori della materia.

9. Come è noto, sulla normativa codicistica relativa al giudice conciliatore ha inciso in maniera determinante la legge 399 del 30 luglio 1984, la quale, con gli artt. 3 e 5 ha abrogato la diversificazione per valore estendendo a tutte le controversie dinanzi al conciliatore il giudizio di equità e, ovviamente, anche l'inappellabilità della sentenza relativa, salvo, come previsto dall'art. 111 Cost., il ricorso per Cassazione per violazione di legge. Il problema interpretativo principale della norma di cui al secondo comma dell'art. 113 c.p.c., era, come noto, dato dalla formula con cui si disponeva che il giudice conciliatore decidesse secondo equità "osservando i principi regolatori della materia", la determinazione della cui identità formale e sostanziale ha dato luogo a non pochi problemi.

Sulla natura dei principi regolatori della materia, sulla loro identificazione e sulla conseguente natura del giudizio equitativo così disegnato si sono spese tante parole su cui è inutile in questa sede tornare. Abbiamo preferito, infatti, muovere dall'approccio teoretico per riassumere unicamente le conclusioni che la dottrina e la giurisprudenza da noi condivise avevano espresso con riferimento ai tanto discussi principi regolatori, e ciò prima che la sentenza n. 716/1999 della Corte di Cassazione annullasse nel tempo d'un battito d'ali tutti i risultati cui tale feconda discussione era pervenuta.

Secondo autorevole dottrina^[70], fautrice della natura sostitutiva del giudizio di equità affidato al conciliatore *ex art. 113, secondo comma, c.p.c.*, si sarebbe trattato, infatti, di un giudizio di equità oggettiva, poiché non si è voluto creare con l'art. 113, II comma, c.p.c. un *tertium genus* di giudizio di equità rispetto a quello di equità sostitutiva ovvero a quello di equità integrativa. La regolamentazione equitativa operata dal conciliatore trovava un limite di diritto scritto «*ancorché solo nelle disposizioni legislative inderogabili o di ordine pubblico*» in quanto i principi regolatori della materia non potevano essere soltanto i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato di cui all'art. 12 delle preleggi. Questi «*principi regolatori*» dovevano, s'era detto, necessariamente essere una «*fonte esterna e precostituita alla singola decisione*». S'era pertanto evidenziato che dopo la riforma, il conciliatore fosse vincolato ad «*inquadrare la fattispecie sottoposta al suo giudizio in una data norma oggettiva*»^[71]. Il valore da porre a base della decisione, cioè la fonte da cui derivava la decisione equitativa doveva essere cercato nella coscienza sociale comune ovvero nelle normative delle singole «*formazioni*» sociali; ma, laddove il conciliatore non riuscisse a rinvenire alcun valore in questa ricerca "esterna", «*dovrà decidere secondo il "diritto scritto", in quanto solo questo si rivelerà coincidente con la... normazione della materia sottoposta alla valutazione giudiziaria*» perché tale normazione deve essere generale, posta ad opera di una fonte esterna e preesistente al giudizio stesso. Il giudice conciliatore, infatti, non avrebbe mai potuto operare quale «*riformatore dell'ordinamento*»^[72] e doveva utilizzare sempre valori extralegislativi che non contrastassero con la Costituzione.

In realtà, secondo quanto sin qui evidenziato, è proprio il possibile contrasto con la Costituzione e con valori fondamentali quali il diritto alla difesa (art. 24 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) che impone, per il conciliatore prima e per il giudice di pace poi, una pronuncia di equità oggettiva nel senso sopra specificato. Altrimenti, se davvero fosse stata consentita al conciliatore una pronuncia totalmente discrezionale, e quindi, soggettiva, non si sarebbe potuto evitare il vizio di incostituzionalità dell'art. 113, II comma, c.p.c. Ogni difformità o non completa conformità a Costituzione della sentenza d'equità del conciliatore, dovrà ritenersi viziata per violazione o falsa

applicazione di norme di diritto, in conseguenza ricorribile per Cassazione ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c.p.c., mentre la carenza, l'omissione, la contraddittorietà della motivazione dalla quale non risulti completamente la dimostrazione sull'esistenza delle norme di equità utilizzate ai fini della decisione, sarà suscettibile di ricorso in Cassazione per il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Il conciliatore sarebbe stato, quindi, tenuto ad osservare inderogabilmente le norme costituzionali e il II comma dell'art. 113 c.p.c. imponendo l'obbligo dell'osservanza dei principi regolatori non avrebbe fatto altro che chiarire *«ric conducendo esplicitamente il giudizio di equità ai comandi costituzionali e alle norme materiali tratte dalla realtà sociale»*[73].

Del resto una nozione oggettiva dell'equità del conciliatore era ben desumibile anche da disposizioni preesistenti all'art. 3 della legge n. 399 del 1984, quali l'esigenza della motivazione della sentenza secondo equità, la garanzia posta dalla Costituzione a tutela dei diritti soggettivi, la soggezione dei giudici soltanto alla legge, la ricorribilità in Cassazione per qualsiasi violazione di legge ex art. 111 Cost. Si può ritenere, infatti, che tali disposizioni costituissero già *«un argine invalicabile ad un'equità che si esprimesse in contrasto con le norme della Costituzione e con i principi generali dell'ordinamento, con le disposizioni inderogabili di legge e con i principi generali di regolamentazione del rapporto controverso...»*[74]. Ma allora il potere-dovere di decidere secondo equità che veniva attribuito al conciliatore dal II comma dell'art. 113 c.p.c. non poteva inquadarsi né nella forma di un giudizio di equità puramente sostitutiva, dato che il giudice onorario era vincolato al rispetto dei controversi «principi regolatori della materia» (qualunque sia la identificazione di tali principi come risulta dall'esame delle opinioni dottrinali precedentemente compiuto); né nella forma di un giudizio di equità esclusivamente integrativa della fattispecie normativa, in quanto risultava certo che il conciliatore potesse temperare -quantomeno nella fase di decisione- il rigore delle norme di diritto sostanziale applicabili al caso di specie, utilizzando criteri equitativi[75].

La realtà è che, allora come ora[76], bisogna partire da un diverso presupposto che non diversifichi in maniera netta il giudizio di equità dal giudizio di diritto: se, infatti, si riconosce che anche nel giudizio secondo equità il giudice è vincolato dalla domanda delle parti, nel senso che dovrà decidere accogliendo le domande dell'attore ovvero le eccezioni del convenuto, si deve per forza di cose anche riconoscere che il giudice procede all'accertamento e alla qualificazione dei fatti di causa esattamente nella loro «tipicità sociale», quella stessa che si ricava dalla applicazione delle norme giuridiche. Del resto[77] già parecchi decenni orsono si era affermato che *«se i fatti proposti al giudice» indicano che un accordo è intercorso tra le parti, «che tale accordo è meritevole di tutela secondo un apprezzamento oggettivo della sua finalità economico-sociale», allora questo accordo non può che significare «contratto», e nel caso che si giudichi secondo diritto, e nel caso che il giudizio sia di equità. Di certo il giudice non potrà stravolgere l'essenza «sociale» e «giuridica» del fatto storico considerato, affermando, ad esempio, che quell'accordo non sia un contratto perché l'equità lo autorizza a valutare liberamente! Se così facesse, «lo stesso ordinamento -in particolare un ordinamento di diritto scritto come il nostro- risulterebbe minato alle fondamenta, con gravi conseguenze sulla possibilità della stessa vita di relazione»[78]. Ma con ciò non si fa altro che dire che anche il giudice di equità è vincolato nel momento della qualificazione giuridica e dell'accertamento del fatto alla norma di diritto, la sua libertà esplicandosi, viceversa, nel momento della determinazione degli effetti giuridici. Il II comma dell'art. 113 c.p.c., allora, non fa altro che vincolare alla norma di diritto, con riguardo al momento della qualificazione del fatto, il giudice secondo equità, ponendo un freno alla sua libertà che altrimenti potrebbe facilmente trasmodare in arbitrio. Ne consegue che i tanto controversi «principi regolatori della materia» si identificano con quelle norme materiali che valgono in un determinato ambito spazio-temporale all'interno della società. Tali norme ben potranno coincidere con le norme di diritto scritto, ma potranno anche discostarsene e, in caso di diversità, il conciliatore non potrà ritenersi assolutamente svincolato dalla norma di diritto, se si accoglie la teoria secondo la quale il giudizio di equità è, e rimane, un giudizio giuridico. Secondo questa tesi i «principi regolatori della materia» sono l'insieme «delle norme materiali non formalizzate che regolano la materia»[79] e il giudizio di equità del conciliatore è un giudizio di equità sostitutiva perché egli è libero di determinare gli effetti giuridici del fatto qualificato secondo il diritto utilizzando anche canoni ermeneutici extragiuridici, rifacendosi cioè alla c.d. «eterointegrazione» del fatto tipizzato.*

7. Occorre, comunque, ricordare che finalmente, mentre era alle porte la emanazione della legge istitutiva del giudice di pace^[80], la Corte di Cassazione era intervenuta a precisare il contenuto della formula dei «principi regolatori della materia» con la ricordata sentenza n. 6794 del 1991: in essa si precisava che il giudizio di equità del conciliatore riguarda solo il merito e non il rito, e che tale giudizio non può esplicarsi *contra legem* ma solamente nell'ambito dell'accertamento del fatto e della determinazione delle sue conseguenze giuridiche. La formula dei principi regolatori andava, pertanto, identificata con «*le norme fondamentali relative al tipo di rapporto dedotto in giudizio*»^[81] ovvero, per usare le parole della Corte Suprema^[82], essi dovevano essere fatti coincidere con le linee-guida del rapporto dedotto in giudizio, «*senza le quali quel tipo di rapporto non sussiste; ovvero in forza delle quali il rapporto passa da una configurazione a un'altra (per esempio: la sottospecie della vendita con riserva di proprietà, rispetto alla vendita)*».

A questa stregua, essendo il conciliatore vincolato alle norme di diritto quanto alla qualificazione del fatto, tale vincolo consentiva la censurabilità per il vizio di violazione o falsa applicazione di norme di legge laddove il giudice abbia errato nell'applicazione della norma, mutando «*in sede interpretativa la fondamentale disciplina in essa contenuta*», ovvero errando «*nella individuazione della natura giuridica della fattispecie concreta alla luce della disposizione normativa che la contempla*»^[83]. La sentenza del conciliatore sarebbe stata, così, censurabile per il medesimo vizio anche quanto alla determinazione delle conseguenze giuridiche, sotto il profilo della violazione di legge, anche se il conciliatore ha fatto, nella specie, uso di regole di equità. Il fatto è che il vizio di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c. «*non chiama in causa immediatamente le norme di diritto sostanziale, bensì concerne illecito et immediate la norma processuale e soltanto per suo tramite quella sostanziale*»^[84]. Partendo da tale fondamentale il contenuto della sentenza di merito sarebbe stato disciplinato dalla norma processuale, anche in caso di rinvio alle norme di diritto sostanziale.

Il controllo che spetta alla Cassazione, a questa stregua, è un controllo di conformità: ad essa spetta il non facile compito di verificare se la regola così desunta, il principio equitativo così estrinsecato, esistano effettivamente e abbiano, nell'ordinamento, quella corrispondenza necessaria con il comune sentire, con la realtà sociale.

10. L'introduzione del giudice di pace non ha, è bene premetterlo, modificato la sostanza del giudizio secondo equità. La soluzione adottata dalla legge n. 374 del 1991 è stata, infatti, quella di un'equità necessaria per valore. I progetti in esame al Parlamento si erano notevolmente differenziati quanto alle caratteristiche dell'equità del giudice di pace, rispetto al giudizio secondo equità del conciliatore. Il modello adottato è stato poi quello suggerito dal progetto di legge socialista^[85], laddove «*le regole di giudizio innanzi al giudice di pace si diversificano nuovamente*^[86]... *con il discrimine offerto dal diverso valore della controversia*»^[87]. Al di sopra della limitata soglia di valore prevista dalla norma il giudice di pace giudica secondo diritto.

Secondo la dottrina più lungimirante la soppressione del riferimento ai principi regolatori della materia non avrebbe mutato la sostanza del giudizio di equità del giudice di pace rispetto a quello del conciliatore. Il legislatore avrebbe quindi adottato una linea di sostanziale continuità con il passato; il giudice di pace può estrapolare la disciplina applicabile attraverso un accurato dosaggio della disciplina scritta della legge inderogabile^[88], o della norma costituzionale, ovvero ancora dei principi generali dell'ordinamento, con la disciplina non scritta derivante dalle regole della società civile. Infatti viene adottato «*un modello di equità necessaria non soggetta a gravame*» che non può essere viziata di incostituzionalità «*se concepita come un giudizio obiettivo e razionale "sostitutivo" della sola disciplina "dispositiva" di legge in favore di regole non scritte ma diffuse nella società civile o nella comunità intermedia*»^[89] che devono essere trasposte nella norma di legge inderogabile (che comunque si impone al giudice di pace con la sua forza cogente) o nella norma costituzionale o nel principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato. Del resto, ipotizzare un giudizio di equità necessario completamente svincolato dai principi regolatori significa costruire un giudizio «*destinato ad oscillare tra i due estremi speculari della totale incontrollabilità, da un lato, e della arbitraria e completa censurabilità del giudizio da parte dell'organo di controllo (che, in tal modo, sostituirebbe la sua equità a quella del giudice a quo), dall'altra*»^[90].

E, del resto[91], la formula dei principi regolatori esprimeva *«la garanzia di quel minimo di equità che sempre deve possedere la decisione»*, il nucleo fondamentale del diritto positivo. E', dunque, del tutto ininfluenza» la scomparsa nel testo dell'art. 113, II comma, c.p.c., del riferimento ai principi regolatori della materia perché il giudice di pace è comunque vincolato al loro rispetto e la sentenza relativa sarà comunque censurabile sotto il profilo della loro mancata osservanza.

Il legislatore del 1984 aveva con quella formula inteso dare spazio a soluzioni necessarie nel giudizio di equità *«considerato nel lato senso di giudizio libero dall'integrale rispetto delle norme di legge vigenti, epperò vincolato a non contraddire le linee portanti dell'ordinamento in cui deve integrarsi»*[92]. Quindi, secondo questa teoria, il secondo comma dell'art. 113 c.p.c. non rinvia ad una nozione «metagiuridica» dell'equità, bensì alla nozione di equità intesa come obbligo per il giudice di esprimere un giudizio che possa -seppur non tecnicamente perfetto- superare senza particolari traumi il controllo di compatibilità con i principi fondamentali che regolano i singoli istituti, nonché con le linee direttrici dell'intero ordinamento positivo, insomma con tutte le «regole del gioco».

Accogliere una soluzione diversa significa evidenziare la palese incostituzionalità della norma di cui al secondo comma dell'art. 113 c.p.c.[93] per contrasto gli artt. 24, 101 II comma e 111 II comma Cost. Il II comma dell'art. 113 va inteso come vera e propria «norma sulla produzione giuridica» coerente con il dettato costituzionale[94]. Tale conformità costituzionale implica varie conseguenze, prima di tutto il fatto che -in osservanza al principio di legalità- il giudizio equitativo va compreso entro margini precostituiti di apprezzamento e che il processo dinanzi al giudice di pace non va influenzato dalla natura equitativa del giudizio relativo. Del resto, come si è autorevolmente sottolineato, se è vero che alla radice della norma di cui al secondo comma dell'art. 113 c.p.c. sta una pregnante esigenza di semplificazione e di economia, tale da comportare il possibile sacrificio del principio di legalità[95], è pur vero che l'ordinamento *“vuole in primis un processo semplificato, e che vieta a tal fine l'appello, non vuole però, propter celeritatem, iuris perdere rationes”*[96].

Il giudizio di equità commesso al giudice di pace altro non è, quindi, che giudizio di natura oggettiva con il necessario limite del rispetto dell'ordito normativo relativo al rapporto in contestazione, perché nel giudizio di equità *«il giudice costituisce l'unico mediatore tra il caso da decidere e quell'ordito di valori sociali in cui l'equità dovrebbe consistere»*[97]. Quindi, l'equità necessaria del giudice di pace si caratterizza per l'obbligo comunque imposto al giudice non togato di non violare i principi fondamentali degli istituti su cui giudica, *“cioè le irrinunciabili linee portanti del settore dell'ordinamento chiamato in gioco”*[98]. Non è detto, in sostanza, che applicare la norma di diritto conduca necessariamente ad un risultato “iniquo”, come non è detto che applicare la norma d'equità conduca per forza di cose ad un risultato equo: la realtà è solo che non tutti i casi della vita sono suscumbibili in classi e non sempre è il caso che essi siano regolati da norme astratte e generali[99].

A livello di teoria generale possiamo ricordare come un precetto generale non sia necessariamente una regola: perché un precetto sia effettivamente tale, occorre che esso funzioni come una regola [100]. Secondo la teoria schaueriana delle regole imperative, infatti, il punto nodale è la c.d. “generalizzazione prescrittiva” ossia la qualificazione – generale – di un comportamento come doveroso o come vietato. Secondo questa teoria il precetto generale può funzionare come una regola solo se soddisfa due condizioni, una relativa alla determinatezza semantica nella formulazione del precetto, l'altra relativa alla regolatività di esso, ossia alla idoneità a comportarsi come regola in un determinato contesto, sia esso privato che istituzionale[101]. Nell'esempio di Schauer il signor Rossi, proprietario di un ristorante, potrebbe decidere di vietare l'ingresso ai cani, ponendo così una regola, ma potrebbero nell'ordine presentarsi un cliente non vedente con cane guida, un cliente con due chimere al guinzaglio e un cliente con un cane finto su rotelle. Egli potrebbe impedire l'accesso al cane guida poiché sempre un cane; permettere l'accesso delle chimere perché non sono cani; impedire l'accesso anche al cane impagliato poiché “cane”. Il caso del mancato ingresso del cane guida evidenzia, nella teoria schaueriana, un difetto tipico delle norme generali, ossia la loro potenziale sovrainclusività, ovvero il rischio della loro applicazione, alla luce della giustificazione insita nella regola (ossia vietare l'ingresso ai cani nei luoghi pubblici perché potrebbero arrecare disturbo), anche

a casi che non dovrebbero esservi inclusi. Il caso delle chimere, viceversa, indica il secondo difetto tipico delle prescrizioni normative generali, ossia la loro potenziale sottoinclusività, ovvero l'esclusione di casi che invece, alla luce della giustificazione della regola (le chimere sono animali che possono arrecare disturbo), dovrebbero invece essere inclusi. Anche in questi casi il problema non è quello dell'astrazione della norma ma della sua concreta applicazione e del "contesto" di essa. E' questo della sovrainclusività e della sottoinclusività della norma astratta un problema che potrebbe essere risolto con una decisione secondo equità che non prescinde affatto, alla luce del discorso sin qui condotto, dalla applicazione del precetto generale.

11. La sentenza della Corte di Cassazione n. 716/1999[102] modifica il panorama segnando una svolta nei confronti di una configurazione del giudizio equitativo del giudice di pace come giustizia del caso singolo. Essa, infatti, sostiene che l'espunzione del rinvio formale ai principi regolatori della materia nel secondo comma dell'art. 113 c.p.c. non avrebbe significato solo l'eliminazione dei detti principi dall'ambito dei parametri normativi cui il giudice di pace deve attenersi quando giudica secondo equità, ma avrebbe comportato anche un sovvertimento della nozione di giudizio equitativo come si era andato evolvendo nel corso degli anni. Con la conseguenza che il giudizio d'equità sarebbe un giudizio di tipo intuitivo, laddove la decisione finale deriverebbe dalla diretta applicazione alla fattispecie della regola equitativa, elaborata dal giudice utilizzando elementi e canoni oggettivi e preesistenti nella realtà sociale.

Sorprende che la Corte di Cassazione per giungere a tale risultato si fondi proprio sul precedente del 1991, ossia sul fatto che tale sentenza si basava sull'espressa previsione normativa dei principi regolatori della materia. Essa su questa base, peccando di superficialità, rinuncia ad una indagine di ordine sistematico e legge solo il dato letterale per escludere la sopravvivenza della cornice di *jus positum* a fronte della scomparsa del riferimento testuale ai principi regolatori della materia[103]. L'equità viene, a questa stregua, "*elevata ad autonomo canone di valutazione del caso singolo*", in totale sovvertimento dell'opinione che voleva l'equità come un giudizio di tipo sillogistico, legato alla preventiva qualificazione secondo criteri giuridici della fattispecie e con un ruolo sostanzialmente vicario della norma di diritto e limitato alla fase qualificatoria[104]. Tale svolta, in contrasto con la dominante dottrina e giurisprudenza, poneva aspri dubbi di legittimità costituzionale della norma alla luce dei fondamentali principi costituzionali della soggezione del giudice soltanto alla legge (profilo sotto il quale la Consulta ha accolto la domanda), del principio della tutela giurisdizionale dei diritti, nonché del principio del controllo del giudizio in cassazione sotto il profilo della violazione di legge. Se è vero infatti che già nell'originario sistema codicistico il legislatore aveva previsto il giudizio necessario d'equità del giudice onorario per evitare l'eccessiva sproporzione tra gli ordinari costi del processo e il valore della controversia[105] è anche vero che esso non aveva voluto creare un *monstrum*, assolutamente avulso da qualsivoglia controllo e affidato alla mera intuitività del giudice. La stretta connessione ora ricordata fa sì che la scelta legislativa possa essere "salvata" al vaglio censore del principio di ragionevolezza solo se il giudizio di equità sia contenuto nel rispetto di limiti normativi ben più ampi rispetto a quelli ristretti dati dalle norme di rango costituzionale e parificate: "*in caso contrario risulterebbero privi di concreta tutela, in sede giurisdizionale, interessi qualificati dalle norme sostanziali come diritti, per il solo fatto del valore economico della controversia ad essi relativa*"[106], con concreta compromissione del principio posto dall'art. 24 Cost.. E, del resto, la stessa garanzia costituzionale del ricorso in cassazione per violazione di legge verrebbe deprivata dato che l'apprezzamento del giudice, non essendo vincolato al rispetto di principi preventivamente posti e più "puntuali" rispetto alle mere norme sovraordinate, non potrebbe essere sindacato in cassazione sotto questo profilo[107]. Né d'altronde, come evidenziava criticamente autorevole dottrina, è corretto l'assunto che le cause di tenue valore economico, come quelle soggette al giudizio di equità necessario, tutelino interessi anch'essi di tenue valore economico: ciò si scontra, invece, con la realtà data dall'esistenza di controversie rientranti nella competenza del giudice di pace che presentano la stessa questione di diritto e sono relative a contratti seriali stipulati da una pluralità di soggetti con lo stesso operatore economico, con la conseguenza che il contenzioso, potenzialmente unitario, si trova ad essere frazionato tra una serie di giudici minori con possibilità di decisioni contrastanti, senza che nemmeno possa operare il controllo della cassazione attraverso il sindacato di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.[108]

12. La sentenza della Consulta che qui si annota altro non è, quindi, che il frutto di decenni di dibattito sul giudizio equitativo, il frutto, finalmente costituzionale e “legale” di un parto quanto mai difficile e travagliato. E’ stata lunga ed impervia infatti la strada che ha portato a questa pronuncia del giudice delle leggi, quasi che ciò che adesso ci sembra evidente ed inconfutabile e che ben tredici anni fa autorevole dottrina aveva evidenziato, necessitasse tuttavia di un periodo di “quarantena” per essere introdotto con tutta la sua dirompente forza nel mondo del reale. Come se dall’iperuranio delle idee metagiuridiche finalmente ci si sia resi conto che si stava costruendo un giudizio equitativo completamente “assurdo” alla luce dei canoni fondamentali del nostro ordinamento, rimesso al libero arbitrio di un giudice che per tutto il resto si imbriglia, invece, nei canoni della legalità e del controllo. Il Giudice di Pace di Trento, con ordinanza del 7 luglio 2003, solleva la questione di legittimità costituzionale dell’art. 113, secondo comma, c.p.c., in relazione agli artt. 3, 24, 101 secondo comma, 111 settimo comma e 134 della Costituzione. Egli, in punto di rilevanza della questione di legittimità afferma di dover decidere di una causa di valore irrisorio (170 euro) avente ad oggetto la richiesta di compenso per attività di rappresentanza processuale svolta da soggetto non tecnico del diritto. Il Giudice afferma esservi un insanabile contrasto tra la soluzione cui si perverrebbe in applicazione dei criteri equitativi e la soluzione cui invece si dovrebbe giungere necessariamente in applicazione del diritto. Ciò perché la domanda andrebbe, in base ai criteri puramente equitativi, respinta in virtù dei rapporti di amicizia esistenti tra le parti, mentre si dovrebbe accogliere ritenendola fondata se si applicassero le norme di diritto in tema di mandato. E, in ogni caso, anche a prescindere dalla soluzione data alla questione, comunque sarebbero radicalmente diversi, a seconda della regola di giudizio prescelta ed applicata, sia l’*iter* argomentativi, sia il regime impugnatorio.

In punto di non manifesta infondatezza il giudice rimettente fa appello all’esistenza di un diritto vivente, dato dalla sent. 716/1999, secondo cui, come visto, l’equità di cui al secondo comma dell’art. 113 c.p.c. sarebbe integralmente sostitutiva, non dovendo il giudice seguire i principi regolatori della materia né individuare alcuna norma giuridica astrattamente applicabile alla fattispecie, ma creare egli stesso la regola per decidere, in ossequio al tanto criticato canone della equità come giustizia del caso singolo. Poiché, pertanto, in base al diritto vivente dato dalla citata sentenza della Corte di cassazione, le controversie di cui al secondo comma dell’art. 113 c.p.c. sarebbero completamente sottratte all’applicazione dei principi regolatori della materia, il giudice, nell’articolata e adeguatamente motivata ordinanza di remissione, ravvisa nella norma la violazione dell’art. 3 della Costituzione, sotto profili diversi. In primo luogo per l’adozione di un criterio di valore nella individuazione delle cause soggette alla decisione secondo equità con la conseguenza che identici rapporti sostanziali ricevono nel processo un trattamento diverso a seconda del loro valore economico. Ancora il giudice evidenzia come cause relative a somme di denaro o beni mobili fungibili di valore comunque inferiore a mille euro ma attribuite *ratione materiae* a giudici diversi riceverebbero un trattamento diverso anche in termini di regime impugnatorio^[109]. La situazione di contrasto con la norma di cui all’art. 3 Cost. sarebbe aggravata dalla modifica apportata alla norma dal d.l. 8 febbraio 2003 n. 18, convertito in legge 7 aprile 2003 n. 63, che esclude dal giudizio equitativo le cause che derivino da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi ex art. 1342 ss. c.c.^[110] Ulteriore profilo di illegittimità discenderebbe dalla disciplina della connessione ex art. 40, sesto e settimo comma c.p.c. per cui una controversia di competenza del giudice di pace, rientrando in quelle soggette al giudizio necessario d’equità, sarebbe, se connessa con altra di competenza del tribunale, attratta nella competenza del giudice superiore e decisa, di conseguenza, secondo diritto. Infine, ulteriore lesione al principio d’uguaglianza si ravviserebbe in tutti i casi in cui la pretesa azionata di fronte al giudice minore abbia titolo risarcitorio per violazione di norme penali. Il giudice potrebbe decidere la controversia senza applicare la norma penale, regola inderogabile di giudizio nel caso in cui il danneggiato decidesse invece di esercitare l’azione civile nel processo penale.

Ancora, secondo il rimettente, si ravviserebbe contrasto con l’art. 24 Cost., primo per la possibilità attribuita al giudice di pace di giudicare a prescindere dalle norme di legge; secondo perché l’attore ha la possibilità, ad esso riconosciuta per costante giurisprudenza, di frazionare la pretesa creditoria in più azioni, rendendole tutte di valore inferiore a 1100 euro.

Infine il secondo comma dell'art. 113 c.p.c. si porrebbe in contrasto con l'art. 101, secondo comma, Cost. secondo il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge^[111]: secondo il rimettente, infatti, tale precetto costituzionale comporterebbe la necessità che il giudice debba sempre conformarsi ad una norma ad esso precostituita.

Il giudice delle leggi, rigettando l'eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura dello Stato, assunta la indiscutibile rilevanza della questione ai fini della decisione, ne dichiara anche la parziale fondatezza, così scalfendo, per la prima volta, quell'aura di intoccabile immutabilità che sembrava connotare il secondo comma dell'art. 113 c.p.c. dall'epoca della sua modifica legislativa. La Consulta, dopo aver brevemente riassunto le posizioni giurisprudenziali più risalenti, secondo le quali il limite rappresentato dai principi regolatori della materia era una garanzia che la sentenza d'equità non si ponesse in contrasto con l'ordinamento e con i suoi principi, né con la tutela giurisdizionale dei diritti delle parti^[112], nonché il diritto "vivente" dato dalla fondamentale sent. 716/1999 secondo cui il giudice di pace dovrebbe adottare la decisione applicando la c.d. equità formativa o sostitutiva, fondata su un giudizio di tipo intuitivo senza il rispetto dei principi regolatori della materia, riscontra la incompatibilità di un giudizio equitativo così costruito con gli artt. 24, primo comma Cost. e 101, secondo comma, Cost. Essa afferma che il testo attuale dell'art. 113, secondo comma Cost., "*esprime una visione di netta separazione tra l'equità e la legge*", visione che, tuttavia, se intesa in modo così radicale, si pone in contrasto con tutti i parametri assunti dal rimettente. Ecco perché, afferma la Corte, "*la sola funzione che alla giurisdizione d'equità può riconoscersi, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità... è quella di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva*". E ancora, tali principi "*non potrebbero essere posti in discussione dal giudicante, pena lo sconfinamento nell'arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza*". Il giudizio equitativo, pertanto, afferma perentoriamente la Consulta, "non è e non può essere un giudizio extra-giuridico" e deve di conseguenza trovare i suoi limiti nell'ordinamento vigente, concetto che era adeguatamente espresso nel vecchio tenore della norma con la previsione dei principi regolatori della materia.

A sostegno di tale opinione *destruens* del diritto vivente, la Consulta si richiama alle recenti sentenze della Cassazione in argomento che hanno avanzato dubbi e perplessità sui rischi insiti nella configurazione di un giudizio equitativo totalmente arbitrario e privo di confini.

Questa ennesima rivoluzione, stavolta operata non in punto di diritto vivente, ma con una declaratoria di illegittimità costituzionale, spazza decenni di dibattito sul vero significato dell'abbandono della formula dei principi regolatori della materia da parte del legislatore del 1984. Non potrà, invece, come evidenziato, avere effetto positivo sulla ricostruzione del significato dei principi regolatori e sarà ancora una volta necessario rifarsi alle elaborazioni dottrinali in argomento e alla giurisprudenza e ciò perché se una censura può muoversi alla sentenza in commento, pur essa condivisibile sotto ogni punto di vista, è sicuramente quella relativa alla sua assoluta laconicità e al rinvio mero ed apodittico a quanto già detto in precedenza. Essa si limita quindi a poche – per quanto determinanti – petizioni di principio: l'equità relegata al giusto ruolo di strumento subalterno rispetto al diritto (come è giusto che sia in un ordinamento improntato al principio di legalità); la sua connotazione come giudizio che deve trovare la propria limitazione nell'ordinamento giuridico, a garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti. Un salutare ritorno al passato, che va ben al di là degli auspici della lungimirante dottrina che nel 1999 si augurava un ripensamento della Corte^[113] e ancor prima, sottolineava l'importanza del controllo esercitabile dalla corte di cassazione attraverso il n. 3 dell'art. 360 c.p.c. con la conferma della fondamentale necessità di "*mantenere nella cornice del giuridico la vicenda del giudizio d'equità, e quindi di tenere ferma l'idea della necessità dell'osservanza dei principi regolatori della materia*"^[114]. Di certo l'importanza di una simile declaratoria di incostituzionalità è palese, al di là di ciò che essa non dice. Essa spazza via un intero decennio di opinioni giurisprudenziali e dottrinali distanti un millennio dalla attuale, la sola conforme a Costituzione, affermazione di principio. E tutto ciò mi fa venire in mente una frase di Thomas Bernard ne *Il soccombente*: "*noi tutti sperimentiamo*

ogni sorta di cose per poi spezzare di continuo questi esperimenti, gettiamo tutt'a un tratto decenni di esistenza nel mucchio dei rifiuti". Era ora.

[1] De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padova, 1957, 145.

[2] De Marini, op. cit., 146 ss. L'Autore dice che "si finisce sovente col considerare l'equità come un complesso di regole esterne al soggetto giudicante e da questo conoscibili oggettivamente e razionalmente, aventi cioè le stesse identiche caratteristiche che si vuole attribuire al diritto naturale".

[3] La contrapposizione tra l'equità e il diritto positivo reca in sé il problema della risoluzione del conflitto che possa insorgere tra norma d'equità e norma di diritto. Alcuni, come Maggiore, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, 282, affermano la prevalenza dell'equità sul diritto e la conseguente disapplicazione della norma positiva iniqua. Altri invece affermano che il giudice può ricorrere all'equità solo quando è autorizzato da una norma di diritto positivo: è questo il concetto di equità come fonte mediata di diritto (questa opinione è espressa da Vassalli, in *Nota* a Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1921, 19).

[4] Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, in *Studi*, II, Padova, 1930, p. 24 ss..

[5] De Marini, op. cit., 149.

[6] L'origine etimologica del termine "aequitas" è controversa. Nel secolo scorso, come ricorda Guarino (voce *Equità (Diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, VI, 1960, 620 ss.), ricollegava il significato del termine al greco eikoV (eikwV, eikwn) "che significa conveniente, corrispondente al vero, all'esatto, al giusto" (Ricorda Guarino, op. cit., 620, che "ha fortemente influenzato questa opinione filologica il richiamo esercitato dal concetto aristotelico di *epieikeia* che anche ai Romani, sia pure in sede extra-giuridica, è parso a volte il parallelo ellenico dell'*aequitas*"). Ma, sottolinea l'Autore, è ormai un dato certo tra gli studiosi che il termine *aequitas* sia privo di connessioni con altre lingue (e, di conseguenza, con altri mondi) classiche. Riteniamo, quindi, che abbia poca rilevanza la ricerca dell'esatto significato etimologico della parola. "Poco importa, a questo punto, se si debba dar preferenza alla spiegazione etimologica che riconduce *aequitas* al sanscrito aika sottolineando così l'idea «della proporzione, dell'equilibrio, dell'uguaglianza», o «si insista sulla parentela con l'*epieikeia* greca, che riconduce all'idea di convenienza, di corrispondenza, e quindi ancora di proporzione, oppure si voglia sottolineare l'equazione *aequitas* = *aequalitas*, come spesso ricorre nelle etimologie romane" (Broggini, *Aspetti storici e comparativistici*, in *L'equità. Atti del Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione di Difesa Sociale*, tenuto a Lecce il 9-11 settembre 1973, Milano, 1975, 20). Il Dizionario (Calonghi, voce *Aequitas*, in *Dizionario latino-italiano*, 3a ed., Torino, 78) al termine "*Aequitas*" riporta, tra i vari significati: "uguaglianza" e, "uguaglianza davanti alla legge, l'*aequitate constituenda* del *De officiis* di Cicerone (2, 41)" e, in particolare "equità come contrapposta allo stretto diritto positivo o soltanto alla lettera della legge, come un *iustum natura*, come giustizia sociale, come senso di giustizia che fa prevalere lo spirito sulla lettera nell'interpretazione di un atto". Ne ricaviamo che *aequitas* -almeno in periodo arcaico e repubblicano- significa "giusto", "adatto", "proporzionato", addirittura "uguale". Se vogliamo, *a contrario*, ricavare il significato di "*aequitas*" utilizzando il suo termine antagonista, *ius*, vediamo che tra i vari significati vi è: "**diritto** come insieme di leggi, decreti, ordinanze e consuetudini in quanto sono obbligatorie e determinano quanto è lecito o no, statuizioni dei legislatori e dei giuristi"; nonché "**diritto** come oggetto della giustizia, in quanto esso si applica, ciò che è diritto, **giustizia**" (Calonghi, Voce *Ius*, in *Dizionario latino-italiano*, cit., 1521). Lo "*ius*" è quindi la giustizia delle norme siano

esse scritte o consuetudinarie la cui stretta, inattuale interpretazione può condurre al “*summum ius, summa iniuria*” ciceroniano: l’interpretazione -e, aggiungiamo noi, l’applicazione- stretta, inflessibile del diritto è la perfetta ingiustizia. L’*aequitas* si contrappone allo *ius* inteso come stretta aderenza alle regole formali della *civitas*. L’*aequum* o, meglio, l’*aequum-bonum*, diventerà il contraltare più adatto allo *ius* quando i Romani si troveranno nell’esigenza di supplire allo o di correggere lo *ius civile* (Papiniano (D., 1, 1, 7, 1) dice: “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civili gratia*”). Giustamente è stato sottolineato (Guarino, op. cit., 620), come sia difficile ritenere che il termine *aequitas* abbia, sin dalle origini, designato l’equità. E’ più probabile ritenere, invece, che “il concetto di *aequitas* sia frutto di un ripensamento astrattizzante esercitatosi *a posteriori*, non prima dell’età ciceroniana...” Il fatto che non si sia creata, alle origini, una idea astratta di equità è importante perché ci induce a ritenere che i Romani abbiano valutato singole fattispecie concrete come inique malgrado la corrispondenza al diritto, o come eque, malgrado la non corrispondenza allo *ius*. Ciò consente di adeguare il profondo rispetto che sempre i Romani nutrono nei confronti dello *ius*, con l’esigenza di svecchiare lo *ius* stesso, in considerazione dell’«invecchiamento dell’ordinamento».

Tuttavia le fonti più antiche sembrano negare che i Romani abbiano tentato di ricondurre ad unità “lo iato esistente tra *ius* ed *aequum*...” (I Romani giudicavano sicuramente non equo il loro ordinamento, in quanto “vecchio”: ciò risulta soprattutto dai *senatusconsulta*. Ricordiamo ad es.: SC. de Bacchanalibus (186 a.C., *Fontes ital.* 1, n. 30), 26 “*ita senatus aequom censuit*”; SC. de Tiburtibus (ca. 159 a.C., *Fontes ital.* 1, 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., *Fontes ital.* 1, 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*”. Il *senatusconsultus* era originariamente il parere espresso dal Senato sulle leggi proposte dal magistrato. Solo in epoca classica divenne fonte del diritto e gli fu riconosciuta forza pari alla *lex*. In epoca imperiale i *senatusconsulta* erano adottati su proposta dell’imperatore. Dell’attività legislativa del Senato non si hanno più notizie dopo l’impero di Adriano). Ma, anche se esiste una frattura tra questi due mondi, ciò non vuol dire che essi non comunichino affatto. Sia lo *ius* che l’*aequum* sono, come afferma Brogginì, “*criteri di valutazione sociale di comportamenti umani*” (Brogginì, op. cit., 20). Si rinnova, così, l’idea già espressa da Guarino, che l’idea dell’*aequum* sia nata con riferimento a situazioni particolari e, quindi, che si sia sviluppata soltanto in epoca più tarda, una nozione di equità (*aequitas*) che rinviasse ad un concetto generale e astratto.

Abbiamo, d’altronde, visto come *aequitas* nel primo significato corrisponda ad eguaglianza. E’ difficile attribuire tale senso all’idea stessa dell’*aequum*. Più che uguaglianza certamente i Romani intesero significare, fino almeno all’età classica “la rispondenza o la non rispondenza della norma alla coscienza sociale nel momento storico in cui essa trovava applicazione: «*aequum societati*» diremo parafrasando il «*sicut aequum est homini*» che si legge in Cicerone” (Guarino, op. cit., 621). Ricaviamo da questa autorevole affermazione una massima di valore universale: l’esigenza dell’equità si fa più intensamente sentire ogni volta che la rigidità del diritto e la sua stretta aderenza al momento storico in cui fu emanato, lo rendono inadatto e non plasmabile alle sempre mutevoli esigenze della vita sociale in generale e dell’ordinamento giuridico in particolare

[7] Rümelin, *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, 1921, 43.

[8] “*Aequitas legislatori, jus iudici magis convenit*”, questo l’apparentemente contraddittorio detto di Scialoja, *Del diritto positivo e dell’equità*, in *Studi giuridici*, III, 1, Roma, 1932, 15. Nel XVIII secolo, forse sotto l’influsso del giusnaturalismo, si riteneva viceversa che “*jus legislatori, aequitas iudici magis convenit*”. Ricorda Picardi, *L’equità «integrativa» nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 467 ss., alla nota 2, che “*tale espressione sembra, invero, risalire a M. Freher (nato nel 1565, morto nel 1614, professore ad Heidelberg...)*”. D’Agostino, *Dimensioni dell’equità*, Torino, 1977, 31 ss. ricorda che lo Scialoja, nel rovesciare uno dei *loci communes* più cari alla tradizionale cultura giuridica, “*sia stato strumento della List der Vernunft, dell’astuzia della ragione, ed abbia così concorso alla realizzazione compiuta di quella concezione hegeliana della Sittlichkeit, che*

veramente appare non solo come la morte dell'equità, ma anche molto più semplicemente come quella dello stesso diritto". Infatti, affermando che l'equità compete al legislatore, lo Scialoja ha fatto di essa "un connotato della volontà politica di chi detiene il potere" togliendole la sua ragione di essere che è, invece, quella di costituire un limite al diritto. Del resto già lo stesso Vico distinguendo nell'opera *Scienza Nuova*, I, CX, tra equità civile ed equità naturale, aveva colto appieno il rischio che la prima corre di divenire strumento della logica ferrea della politica. Si è detto anche morte del diritto in quanto quest'ultimo viene minacciato dalla presenza di questo "altro da sé di cui deve riconoscere il primato" (D'Agostino, op. cit., 32). Ma, conclude l'Autore, sicuramente non era questo il pensiero di Scialoja che, invece, "intendeva esaltare l'attività giuridica come attività specifica" senza considerare che la valenza politico-ideologica della volontà dei governanti, impone al giudice che realmente "creda nella specificità del proprio agire di farsi custode di uno jus che trovi in se stesso - nell'equità- il proprio limite e che non affidi la determinazione di tale limite (...) al potere". L'equità del legislatore è infatti così intimamente connessa all'ideologia di esso che "fatalmente comunica al diritto... la sua portata ideologica". Secondo D'Agostino, dunque, solo una interpretazione dell'equità come limite trascendente al diritto -slegata, in quanto tale, da qualsivoglia ideologia politica- consente, allo stesso modo, una visione "de-ideologizzata" dello jus.

[9] De Marini, op. cit., 167.

[10] Varano, voce *Equità*, cit., 7 ss. In pratica nel nostro ordinamento non è neanche astrattamente configurabile l'equità fonte di norme generali ed astratte come la giustizia del *praetor peregrinus* o la giurisdizione d'*equity* del *Lord Chancellor*. Calamandrei - *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, Studi, II, Padova, 1930, 36- affermava che nel caso delle giurisdizioni speciali d'equità, istituite in Italia durante e dopo la prima guerra mondiale (si vedano in proposito: D. Lt. 17 febbraio 1916 n. 179, sulle miniere di zolfo; D. Lt. 30 dicembre 1917 n. 2046, in materia di locazione di immobili urbani; D. Lt. 30 giugno 1918 n. 880, in materia di contratti agrari; R. D. 2 dicembre 1923 n. 2686 e D. Lt. 1 maggio 1916 n. 490 sull'impiego privato) l'equità stessa si fosse configurata con caratteri di generalità ed obiettività. De Marini dissente da tale affermazione quanto alle conclusioni. Il Calamandrei, infatti, parte dal presupposto che la guerra crei una irrimediabile frattura fra l'ordinamento vigente e le esigenze della coscienza sociale. L'illustre Autore afferma che il legislatore ha in quei casi istituito le giurisdizioni d'equità al fine di attingere direttamente da quella coscienza il diritto applicabile alle popolazioni colpite dall'evento. De Marini invece (op. cit., 188) contesta il presupposto affermando che la guerra crea "un'opposizione tra le singole coscienze individuali e l'affermazione della norma generale, non tra la coscienza sociale e il diritto positivo". La guerra rende impossibile garantire l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Si creano tantissimi squilibri e disparità e, di fronte a questo miscuglio di casi umani particolari, la coscienza sociale chiede che si tenga conto della particolarità di queste situazioni. Norme di legge assolutamente generali a nulla potrebbero servire in tal caso; è necessario sospendere l'applicazione del diritto positivo e creare organi speciali di giurisdizione. Le giurisdizioni sopra ricordate non creavano quindi il diritto estraendolo dalla coscienza sociale, ma risolvevano quelle situazioni particolari che la guerra aveva provocato. Ancora una volta si trattava di equità particolare e soggettiva, volta solo alla risoluzione di casi concreti.

Un'altra eccezione alla improponibilità di un'equità fonte di norme generali è quella relativa alla giurisprudenza del Consiglio di Stato su cui esiste un approfondito saggio di F. Merusi, dal titolo *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Atti del Convegno...*, cit., 84 ss., di cui cercheremo di compendiare gli aspetti essenziali. Nel suo studio dogmatico-giuridico Cammeo, *Corso di diritto amministrativo* (ora a cura di G. Miele, Padova, 1960) e nella prolusione bolognese del 1924 dal titolo *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss., riteneva ammissibile l'equità "per regolare l'esercizio delle facoltà discrezionali dell'amministrazione", stante la necessaria premessa che l'equità stessa non poteva essere -nel diritto amministrativo- che *praeter legem* (e non quindi *contra legem*). Cammeo non faceva altro che tradurre con questa semplice formulazione l'antico principio secondo il quale la Pubblica Amministrazione, in mancanza di norme di legge deve attenersi alla ragione pubblica, che equivale, nel diritto pubblico all'equità naturale. Praticamente tale equità veniva utilizzata nei

controlli di merito e soprattutto nei ricorsi gerarchici, nella giurisdizione di merito delle Giunte Provinciali Amministrative o del Consiglio di Stato. Cammeo, nella prolusione bolognese prima ricordata cercò, poi, di allargare l'ambito di applicazione dell'equità estendendola a tutti i casi e le forme nelle quali il Consiglio di Stato aveva individuato e censurato il vizio di eccesso di potere. "In tutte le ipotesi di eccesso di potere in sostanza, l'amministrazione contravviene al principio di equità, che non debbesi abusare del diritto a danno di altri" (Merusi, op. cit., 85). Merusi afferma che il diritto amministrativo costituisce uno dei pochi settori del diritto in cui è ancora pienamente operante l'equità. Partendo dal presupposto che il Consiglio di Stato spesso ricorre a "principi equitativi" bisogna sottolineare come la dottrina neghi che nel nostro ordinamento esista o possa mai configurarsi un vero e proprio giudice amministrativo di equità. Gli interventi equitativi del Consiglio di Stato vengono giustificati talora affermando che il Consiglio si allontana dai suoi compiti istituzionali oppure si sposta il dibattito a monte del problema operativo dell'equità nella Pubblica Amministrazione. Il fatto è che il Consiglio di Stato si trovò, specialmente all'inizio della sua attività, di fronte ad attività amministrative che non erano disciplinate né direttamente né indirettamente da norme di legge o di regolamento: nel tentativo di apprestare comunque una disciplina (senza sostituirsi al legislatore...) la soluzione fu trovata nel rimandare a quei principi di imparzialità e di giustizia che nel nostro ordinamento devono presiedere all'azione dello Stato e di tutta la pubblica amministrazione (alcune sentenze in questo senso furono: Cons. St., sez. IV, 12 agosto 1898; Cons. St., sez. IV, 24 agosto 1906; Cons. St., sez. IV, 16 giugno 1911, n. 410). Già in questa attività di soluzione dei casi concreti utilizzando i principi generali della giustizia si ravvisa il concreto operare dell'equità "generale".

Anche in un altro senso si può parlare di equità del Consiglio di Stato, laddove non mancava in realtà una disciplina legislativa della materia, quanto piuttosto sulla base di quella normativa si sarebbe pervenuti a risultati iniqui per il soggetto interessato. Merusi (op. cit., 90) riporta alcuni esempi: all'inizio dell'attività del Consiglio non era previsto il previo contraddittorio con l'interessato nei procedimenti disciplinari esperiti a carico di pubblici impiegati e, in genere, nei provvedimenti riguardanti la persona; in tutte queste ipotesi il Consiglio di Stato ha individuato i principi generali non scritti -di giustizia- che portano ad una soluzione diametralmente opposta a quella cui si sarebbe pervenuti applicando il solo diritto esistente. "*Parlare di giurisprudenza equitativa per tutti questi casi -come abitualmente si fa- significa, non che l'equità è stata la fonte normativa che regolava una determinata ipotesi, bensì che l'equità è stata la causa efficiens per giungere alla identificazione di principi generali non scritti integrativi della disciplina legislativa*". Tali principi generali addirittura finiscono per divenire precedenti vincolanti nei confronti della Pubblica Amministrazione o per essere recepiti in leggi scritte e formali, come è accaduto per il contraddittorio nei procedimenti disciplinari e, per la tutela dell'affidamento in base all'art. 90 della legge 18 marzo 1968 n. 313 che, in tema di pensioni militari, ha stabilito la "irripetibilità in sede di liquidazione definitiva, delle maggiori somme eventualmente versate in occasione della liquidazione provvisoria" (Merusi, op. cit., 91).

[11] De Marini, op. cit., 159.

[12] Aristotele dice che il giusto e l'equo sono la stessa cosa, ma l'equo è superiore. L'equo è il giusto ma non il giusto legale: è il correttivo del giusto legale. Ogni legge è, infatti, universale, ma l'universalità non consente l'adattamento alle particolarità dei casi della vita. La legge è generale e conosce la sua insufficienza. Essa è comunque giusta seppure insufficiente: essa non è erronea ma solo inadeguata alla risoluzione del concreto.

Ciò che non rientra nell'universale è una lacuna ed è giusto che la legge sia colmata, nella parte in cui omette o sbaglia a causa della sua generalità. L'omissione non è, però, un errore: è solo una mancata regolamentazione che il legislatore avrebbe ricompreso nella norma se l'avesse prevista, è una dimenticanza, diremmo noi, del creatore della legge scritta. L'equo ha proprio tale funzione: "correggere e integrare la legge laddove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale".

La indeterminatezza è un carattere intrinseco e necessario della norma: la norma *deve* essere indeterminata come il regolo di piombo che si usa nell'edilizia a Lesbo, si deve piegare alla forma

della pietra e non può rimanere rigido. Uguale plasmabilità deve possedere la legge scritta. L'*epieikeia* è la giustizia che si pone al di là della legge scritta.

[13] Potrebbe invece sussistere un contrasto tra la norma equitativa e l'applicazione della regola di diritto ad un caso particolare. Vale a dire che l'applicazione rigida di una norma generale ad un caso concreto contrasta con le esigenze di equità. L'equità in questo caso si contrappone al diritto positivo non per se stesso ma nella sua rigida e inflessibile applicazione ad un caso della vita. Si rinvia allo studio del Binder, *La fondazione della filosofia del diritto*, Torino, 1945, 182 ss.

[14] De Marini, op. cit., 161.

[15] Tale scelta non può ovviamente essere rimessa al giudice: non potrebbe quest'ultimo disapplicare la norma giuridica senza che questo potere sia in qualche modo previsto (e limitato) dall'ordinamento positivo. "*La ragione prima per cui non si può ammettere che l'equità particolare porti ad una non applicazione indiscriminata della norma generale positiva è che ciò costituirebbe una contraddizione in termini*". (Sono parole di De Marini, op. cit., 161; in senso analogo si veda Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1950, 116). L'ordinamento positivo verrebbe meno e soprattutto l'equità diverrebbe una sorta di "equità generale". La disapplicazione della norma positiva, secondo questa teoria, può configurarsi solo come una deroga eccezionale che l'ordinamento consente espressamente.

[16] Si è tentato di delineare la differenza tra l'equità integrativa e quella sostitutiva utilizzando un criterio quantitativo; si è cercato di ricondurre la problematica della distinzione all'ampia categoria dei concetti elastici e dei poteri dell'organo giudicante di fronte alle norme che si caratterizzano per la loro struttura aperta. Il limite intrinseco di tale orientamento riposa nel «*considerare nello stesso modo tutte le norme che presentano un margine "aperto" e nel ritenere che i poteri del giudice siano identici di fronte ad ogni tipo di "apertura"*» (cfr. Picardi, *L'equità integrativa nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, 467 ss.; Id., *Le sentenze integrative della Corte costituzionale*, ivi, 1975, 37 ss. L'Autore nel primo scritto (pag. 479) ricorda come fautore dell'orientamento ora prospettato sia stato soprattutto Calamandrei, *Genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 34 ss. Se, invece, si adotta un criterio di distinzione di natura qualitativa, si possono condensare sotto la denominazione unitaria di *concetti-valvola* (Dice Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 948 ss., che i concetti-valvola, come le formule «diritti inviolabili», «dignità umana» per quanto concerne la Costituzione, o come «buona fede», «correttezza», «giusta causa» per quanto riguarda la legislazione ordinaria, permettono di adeguare la legislazione medesima alla realtà storica, perché trasferiscono «la valutazione giuridica dei fatti dal legislatore al giudice» (in proposito, si ricordi anche l'opera di Wieacker sulla funzione svolta dalla giurisprudenza del *Reichsgericht* nell'adeguare l'ordinamento derivante dal *BGB* ad un ordinamento adeguato ai tempi e alla società mutevole: cfr. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 127 ss.). Fassò prosegue ricordando la notevole importanza che tali clausole hanno rivestito anche nella Costituzione, consentendo al giudice costituzionale di adeguare tutto l'ordinamento giuridico risalente ad una Costituzione quarantennale, al divenire della realtà storica) i casi di rinvio alle generiche formule di «buona fede» e di «buon costume» e le ipotesi di equità sostitutiva. Dall'altro lato, possono essere invece condensati sotto la denominazione di concetti indeterminati, le c.d. «leggi biancosegno» e le ipotesi di equità integrativa. Il concetto-valvola viene adottato dal legislatore quando è impossibile o, anche soltanto inopportuna, una tipizzazione rispetto ad ipotesi non contenibili in regole «rigide e precise». Nel caso, invece, del concetto indeterminato, il legislatore non disciplina con precisione determinate ipotesi non perché sia inopportuno o addirittura impossibile, bensì perché «crede utile lasciare un margine di incertezza per permettere differenziazioni... eventualmente necessarie». Nel caso del concetto-valvola il legislatore «apre» la legge e delega interamente all'interprete il compito di colmare la lacuna mediante il ricorso a criteri extragiuridici (il che ovviamente presume un costante raccordo del diritto con la realtà sociale), mentre con il concetto indeterminato egli fornisce delle direttive di principio nell'ambito delle quali consente l'opera dell'interprete. Sicuramente l'equità sostitutiva è paragonabile ad un concetto-valvola mentre l'equità integrativa è paragonabile ad un concetto indeterminato. Mentre nel giudizio di equità sostitutiva, infatti, il giudice trova la norma nei valori

desunti dalla realtà sociale, invece nel giudizio di equità integrativa il giudice adotta, almeno in parte, la tecnica dell'autointegrazione, «attraverso una paziente opera che si risolve nel rendere espliciti elementi già contenuti nel dato giuridico e nello sviluppare coerentemente gli elementi razionali immanenti nell'ordinamento». Questo vuol dire che tra equità sostitutiva ed equità integrativa non vi è solo una differenza di natura quantitativa, ma anche qualitativa, e si manifesta nell'adozione di tecniche di «riempimento» diverse: in un caso facendo riferimento a valori pre-giuridici, nell'altro invece utilizzando elementi che presentano la caratteristica della intrinseca immanenza all'ordinamento.

[17] Un riferimento all'equità interpretativa -del contratto e non della legge- si trova nell'art. 1371 c.c. che dispone, sotto la rubrica "Regole finali": "*Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti se è a titolo oneroso*". Dell'equità interpretativa si occupano approfonditamente Bessone e Roppo, *Equità interpretativa ed 'economia del contratto'. Osservazioni sull'art. 1371 c.c.*, in *Atti del Convegno...*, cit., 273 ss. La scelta dell'art. 1371 c.c. come "*punto privilegiato di osservazione della problematica dell'equità*" (p. 273) dipende dall'assunto che la dialettica di equità ed autonomia privata non può essere compresa senza introdurre lo strumento concettuale della "economia del contratto". Le sentenze sull'art. 1371 c.c. trascurano il problema delle modalità d'applicazione della relativa norma per indugiare piuttosto sul rango ad essa attribuibile nella "gerarchia delle norme interpretative" (274).

Giannattasio, *Esperienze giurisprudenziali*, in *Atti del Convegno...*, cit., 70, infatti, riportando alcune sentenze della Corte di Cassazione, nota come in queste sentenze si sia soliti ripetere il dettato della norma di legge, cioè, "*realizzazione dell'equo contemperamento dell'interesse delle parti*". Solo nella sentenza del 24 marzo 1962, n. 660, si tenta di identificare il contemperamento con i principi di buona fede. In ogni caso è certo che l'art. 1371 c.c. costituisce l'*extrema ratio* cui "*unicamente per ragioni di conservazione del contratto è consentito all'interprete di ricorrere, quando sia fallito ogni altro tentativo di attribuire alla clausola un qualche significato mediante l'adozione degli altri strumenti dell'interpretazione soggettiva o storica e mediante l'interpretazione oggettiva...*" (Giannattasio, op. cit., 70). Anche Bessone e Roppo (op. cit., 274), sottolineano come le massime di queste sentenze si limitino ad evidenziare il carattere sussidiario dell'art. 1371 c.c. cui si può far ricorso solo quando sia fallito il tentativo di ritrovare la reale volontà delle parti. Del resto, neanche la dottrina esistente in materia offre significativi esperimenti di individuazione del senso e delle modalità di applicazione della norma per concentrarsi, invece, su uno scarno scetticismo nei confronti di una regola di cui si denunciano a tutto spiano incongruenza e contraddittorietà. Si va da chi la definisce *extrema ratio* del procedimento ermeneutico (Grassetti, *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 111) a chi la considera un "*criterio scarsamente plausibile e una fonte pericolosa di interpretazione correttiva*", fonte insomma di "*una discrezionalità davvero inopportuna e prematura, dalla quale i giudici faranno bene ad astenersi*" (Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 365) e infine a chi -come il De Marini (op. cit., 205)- afferma che l'equo contemperamento dell'interesse delle parti è solo un eufemismo utilizzato per mascherare la "*pura e gratuita violazione dell'autonomia contrattuale*".

Vi è invece chi, come Romano -voce *Equità (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, X, Milano, 1966, 95 ss.- parte da una posizione meno drastica. L'Autore ricorda come possa giustamente dubitarsi se l'attività interpretativa di cui all'ultima parte della norma rientri -con tutta la sua valenza critica- nel concetto di "equità interpretativa", inammissibile nel nostro ordinamento. La funzione del giudice in questa norma è logicamente una funzione ricostruttiva della norma regolatrice del rapporto "*in caso di controversia relativa ad un processo di costituzione di un atto dell'autonomia privata*" (op. cit., 96). Oppure, ancora, la norma può riferirsi alla determinazione del rapporto qualora esso sussista sulla base di una norma oscura e sia necessario ricostruirne solo l'effetto. Con questo ragionamento si capovolge l'idea di De Marini che la norma costituisca una violazione dell'autonomia privata, pervenendo invece al risultato opposto di una valida integrazione dell'autonomia stessa: "*il giudice determina, in casu, un dato obiettivo di rapporto, alla stregua degli stessi criteri che i soggetti privati*

seguirebbero nella loro azione giuridica rivolta a concretare un accordo (sulla norma o sull'effetto), nella valutazione e nel contemperamento dei loro interessi..." (op. cit., 96). L'Autore conclude ricordando come, però, lo strumento interpretativo di cui all'art. 1371 c.c. sia di particolare delicatezza e che ad esso non può rimanere estraneo il principio della conservazione dei valori giuridici nati sulla base dell'esercizio dei poteri negoziali delle parti che il normale rispetto della correttezza e della buona fede impongono, ove possibile, di realizzare.

Bessone e Roppo (op. cit., 277), ricordano, però, come addirittura nella stessa Relazione al Re (n. 626) per il timore che la norma venisse travisata si è sottolineato che *"non si è voluto attribuire al giudice un potere generale di revisione dei contratti né si è voluto introdurre il principio dell'equilibrio contrattuale"*. Semmai un'obiezione può muoversi alla Relazione ora citata nel senso che non si sono indicati i rischi connessi ad un suo impiego arbitrario ed incoerente. A questo punto risulta utile il riferimento all'economia del contratto per individuare la portata e la natura degli interessi cui l'art. 1371 c.c. si riferisce. Questi non possono essere gli interessi specifici che hanno motivato le parti al contratto in quanto è proprio l'oscurità di questi che determina l'applicabilità dell'art. 1371. Né tantomeno -essendo l'equità 'giustizia particolare'- questi interessi possono coincidere con interessi 'generali'. Dunque gli interessi cui, sulla base dell'art. 1371, bisogna fornire equo contemperamento, sono gli interessi derivanti dall'economia del contratto cioè i diritti e gli obblighi, i vantaggi e i sacrifici cui, in virtù della conclusione del contratto, le parti hanno un'aspettativa giuridicamente apprezzabile. L'unico problema che a questo punto permane è l'individuazione degli indici e dei criteri di valutazione sulla base dei quali il giudice deve attribuire alle clausole oscure l'equo significato. Posto che la norma accentua il riferimento all'economia del contratto, giustamente Bessone e Roppo (op. cit., 277), affermano che l'art. 1371 c.c., in quanto canone ermeneutico che opera sulla base delle disuguglianze di fatto esistenti tra le parti nell'esercizio della loro autonomia, non tenta affatto di scalfire quelle disuguaglianze, ma in un certo senso le legittima. Questa norma realizza finalità diverse da quelle "positive" perseguite da norme costituzionali come l'art. 2 (solidarietà), l'art. 41 (sicurezza, libertà e dignità umana), l'art. 3 (uguaglianza sostanziale dei cittadini). E' inevitabile concludere che tale norma abbia invece, rispetto ai principi costituzionali ora ricordati, una valenza di segno "negativo" se *"come sembra di poter affermare con sufficiente sicurezza, l'introduzione del momento equitativo in un corpus codicistico è da questo tollerabile nella sola misura in cui quell'equità operi in concreto, secondo le direttrici segnate dalle generali opzioni politiche che quel codice esprime"* (Bessone e Roppo, op. cit., 277).

[18] Strada che, come ricorda Varano, voce *Equità*, cit., 7 ss., era stata percorsa sotto l'impero dell'art. 3 disp. prel. c.c. del 1865. Alcuni autori, quali Diena, *Dell'equità*, Venezia, 1879, 20; Osilia, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, 74 ss., hanno in proposito affermato che l'equità si identificherebbe con i principi generali dell'ordinamento. Il De Marini (op. cit., 162) contesta tale assunto dichiarandolo non necessario e non ammissibile: infatti i principi generali sono sempre proposizioni altamente astratte e in un certo qual senso programmatiche; possono essere utilizzati sono in difetto di una normazione specifica e non, invece, come ausilio quando una norma specifica difetti della regola applicabile ad un caso particolare. Se la norma astratta non è in grado di fornire una disciplina ad un caso specifico, non si vede come possano apprestarla principi ancora più generali ed astratti. Oltre al De Marini (op. cit., 162 ss.) si vedano anche Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 220 e Orestano, *Ancora dei principi generali di diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, 273 ss.

[19] Il giudice svizzero gode di una delegazione globale nei confronti dell'equità. La disposizione fondamentale sull'equità nel diritto svizzero è l'art. 4 del codice civile (ZGB) che dispone sotto la rubrica "apprezzamento del giudice" (*pouvoir d'appréciation*) dispone: *"Il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l'equità quando la legge si rimette al suo prudente criterio o fa dipendere la decisione dall'apprezzamento delle circostanze (Würdigung der Umstände), o da motivi gravi"* (la traduzione è di Addor, *Le decisioni equitative nel diritto civile svizzero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 141). L'art. 4 è una delle tante norme del codice civile svizzero che contengono rinvii all'equità: il giudizio d'equità si intreccia con il giudizio di puro diritto integrandolo (cfr. Brogгинi, *Aspetti storici e comparativistici*, in *Atti del Convegno...*, cit., 41). La norma ha validità nell'intero

ambito del diritto civile cioè anche rispetto al diritto delle obbligazioni -costituito da una legge federale- e alle restanti materie civilistiche. Con l'espressione diritto ed equità di cui all'art. 4 ci si riferisce allo stesso concetto, cioè a quello di "*diritto equo, di equità, nel senso di un rinvio della legge alla discrezionalità del giudice*" (Addor, op. cit., 142). Con questa norma si sottolinea proprio il contrasto fra la giustizia del caso singolo e l'esigenza di certezza del diritto temperata dalla necessità di soluzioni equitative per adeguare le norme generali ed astratte alle peculiarità del caso concreto. Il ricorso al giudizio d'equità è stato favorito dal passaggio in Svizzera dallo stato sociale allo stato garante del benessere sociale, cioè il "*Wohlfahrtsstaat*": il giudice deve tenere conto degli interessi sociali delle parti realizzando un vero e proprio riequilibrio sociale, vale a dire una "*sozialer Ausgleich*" (cfr. Brogginì op. cit., 41). Il legislatore, in pratica, omette deliberatamente di menzionare tutte le circostanze che protrebbero verificarsi in un caso della vita e delega al giudice la determinazione di esse. Il metodo seguito dal giudice non deve essere lo stesso metodo usato dal legislatore, bensì il metodo *casuale*. Egli non deve procedere secondo il disposto dell'art. 1, cpv. 2, cc. che recita: "*nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore*". Egli deve invece ricercare la giustizia sostanziale dando ampio spazio alla propria discrezionalità (Caroni "*Die Einleitungsartikel des ZGB*", Berna, 1982, p. 193). È importante notare che il giudice non deve farsi guidare dalla sua coscienza personale (a riguardo si veda la tesi di De Marini rispetto alla soggettività del giudizio d'equità). Egli deve utilizzare parametri imparziali e adottare decisioni oggettive. Le sentenze secondo equità "*devono sempre essere doverosamente motivate, in modo oggettivo e imparziale*" (Addor, op. cit., 142). Il potere discrezionale del giudice, cioè, deve essere esercitato "*pflchtgemäss*", in modo responsabile: infatti il Tribunale federale svizzero ha sempre controllato la corretta applicazione dell'equità distinguendo chiaramente il diritto di grazia dal diritto di equità. Questo controllo si è svolto in modo peculiare, una via di mezzo tra un giudizio di appello e un ricorso per cassazione, sistema questo che si ritrova anche nel diritto tedesco e anche, seppure in modo parziale, nel controllo sulle pronunzie d'equità svolto dalla *Cour de Cassation* francese (come ricorda Brogginì, op. cit., 41).

Il diritto svizzero indica in modo espresso i casi nei quali il giudice ha il potere di decidere secondo equità, mentre non indica alcuna regola sull'esercizio di questo potere (cosa questa comune a tutti gli ordinamenti, compreso quello italiano). Secondo Addor (op. cit., 146) sulla base dell'art. 4 c.c. possono essere individuati almeno tre criteri in presenza dei quali il giudice deve decidere secondo equità. Se il criterio esula dai tre -che ora considereremo- allora la lacuna deve essere colmata sulla base dell'art. 1, "*modo legislatoris*". I criteri individuati sono: a) il rinvio al potere discrezionale del giudice, cioè il suo "*prudente criterio*"; b) il rinvio all'*apprezzamento delle circostanze*; c) il rinvio ai *motivi gravi*; infine un ultimo criterio che possiamo definire suppletorio rispetto ai tre ora enunciati, anche se ovviamente dall'ambito operativo più esteso, cioè il rinvio all'*equità in generale*.

La decisione secondo equità presenta, naturalmente, un grado elevato di pericolo (di irrazionalità, di arbitrio, pericoli questi che suggestionano i legislatori di tutto il mondo nel momento in cui questi ultimi decidono di consentire la pronuncia secondo equità). Il giudice può eccedere dai limiti del suo potere discrezionale quando decide secondo equità allorché doveva decidere secondo diritto, oppure quando decide secondo diritto mentre doveva pronunciare secondo equità. In questi casi di disrispetto del potere discrezionale (*Ermessensüberschreitung*) la decisione secondo equità può essere impugnata con ricorso per riforma innanzi al Tribunale federale: questo ha il compito di controllare proprio che il giudice abbia rispettato i limiti, sia positivi che negativi previsti dalla legge, come se si trattasse di violazioni del diritto federale, accertabili sulla base di criteri oggettivi.

[20] De Marini, op. cit., 166.

[21] De Marini, op. cit., 210.

[22] Per questa distinzione tra il giudizio di equità e il giudizio logico si rinvia a De Marini, op. cit., 209 ss.

[23] Carnelutti, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del codice di procedura civile*, pt. I, *Del processo di cognizione*, Padova, 1926, sub art. 295 c.p.c.

[24] Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, 2a ed., Padova, 1943, ora in *Opere giuridiche* a cura di Cappelletti, IV, Napoli, 1970, 92.

[25] Si veda al riguardo la sentenza della Cassazione n. 3001 del 13 novembre 1973, in *Foro it.*, 1974, I, 2433.

[26] De Marini, op. cit., 212.

[27] Tra coloro che hanno affermato tale tesi, si rinvia alle opere di Rümelin, cit.; Condorelli, *Equità e diritto*, in *Ann. Catania*, 1934, 245 ss.; Denti, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1944; Giannini, *L'equità*, in *Arch. giur.*, 1931, vol. 105, 177 ss.; Maggiore, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., 256 ss.

[28] De Marini, op. cit., 213.

[29] Sono parole di Varano, voce *Equità (teoria generale)*, cit., 9.

[30] Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, 256 ss. e *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 115 ss. Ricordiamo, in proposito, come Carnelutti affermi che nel giudizio d'equità, mancando la norma da applicare, "il processo assume carattere dispositivo" (*Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 180). Altri Autori, invece, quali Calamandrei, *Istituzioni di diritto di procedura civile secondo il nuovo codice*, cit., 89; Raselli, *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, II, Padova, 1950; De Marini, op. cit., 244 ss., hanno definito le sentenze d'equità come sentenze "determinative". I termini dispositivo e determinativo indicano con sufficiente chiarezza come l'attività del giudice -quando esercita i suoi poteri equitativi- sia un'attività "volitiva" (come la definisce Nasi, op. cit., 113) nel senso che la sua attività non possa assolutamente essere definita come un'attività di mero accertamento, come un esercizio solo intellettuale. Ricordiamo ulteriormente come il termine "processo dispositivo" utilizzato da Carnelutti nel passo sopra ricordato non abbia niente a che vedere con una delle caratteristiche fondamentali del nostro processo civile, vale a dire di configurarsi come processo dispositivo piuttosto che dal processo inquisitorio. Nasi, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, 113, nota 10 dice che: "applicato al processo di equità il termine dispositivo si riferisce specificamente all'attività decisoria del giudice (e proprio per questo qui interessa), mentre usato in senso generale si riferisce all'attività di allegazione e di prova delle parti. La diversità risulta evidente solo che si osservi come nel primo senso il processo dispositivo è l'eccezione, mentre nel secondo è la regola".

[31] Ricci, *Note sul giudizio d'equità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, 392.

[32] Nasi, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. del dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 127 ss.; altri autori i quali intendono vincolare il giudice di equità al rispetto di norme giuridiche anche oltre i confini su citati, e che concepiscono il giudizio di equità come un giudizio che assume quale punto di partenza il regime giuridico del caso particolare per introdurre poi dei correttivi, sono: Grasso, voce *Equità (giudizio di)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, VII, Torino, 1991, 471 ss. (il quale ha modificato l'opinione precedentemente espressa nello scritto *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da E. Allorio, I, 1, Torino, 1973, 1284); Varano, voce *Equità (teoria generale)*, cit., 10 ss.; Brogini, *Aspetti storici e comparativistici*, in *Atti del Convegno...*, cit., 17 ss.

[33] De Marini, op. cit., 221.

[34] Nasi, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 128.

[35] Nasi, op. ult. cit., 129.

[36] Nasi, op. ult. cit., 130.

[37] Ricci, *Note*, cit., 392, nota 11.

[38] Ricci, op. ult. cit., 393.

[39] Cass., 29 aprile 1962, n. 2698, in *Arb. e App.*, 1963, I, 479.

[40] Nasi, op. ult. cit., 132.

[41] Nasi, *Orientamenti e limiti nel più recente pensiero della Cassazione in tema di giudizio d'equità*, in *Giust. Civ.*, 1974, I, p. 1650 ss.

[42] Nasi, op. ult. cit., p. 1655.

[43] D'Agostino, *E' censurabile la motivazione delle sentenze di equità?*, nota a Cass. n. 3001 del 1973, in *Foro it.*, 1974, I, p. 2761.

[44] D'Agostino, op. ult. cit., p. 2761.

[45] Cass. 15 giugno 1991, n. 6794, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1965 ss.; *Il Corriere giuridico* n. 9 del 1991, 998 ss., con nota di Di Nanni; in *Foro it.*, 1991, I, 2717 ss. con nota di Monnini; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 554 con nota di Rota.

[46] Come ha stabilito una giurisprudenza risalente. Cfr. Cass. n. 778 del 1949 nonché Cass. n. 1367 del 1965.

[47] Dalla sentenza in questione derivano le seguenti conclusioni: a) il vizio di motivazione in diritto è irrilevante, a meno che non si traduca in inesistenza della motivazione. Invece è irrilevante l'errore di diritto nella motivazione perché riconducibile o all'art. 360 n. 3 c.p.c. ovvero all'art. 384 relativo ai poteri della Suprema Corte; b) la motivazione sul criterio di equità adottato nel caso di specie non può essere denunciato in cassazione a meno che non si verifichi l'assenza della motivazione medesima.

[48] Nello stesso senso di Ricci, op. cit., 393, cfr. Denti, *Contributo allo studio del giudizio d'equità nel processo civile*, Pavia, 1944, 53; De Marini, op. cit., 230 ss.; Vecchione, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 630; Frosini, voce *Equità (nozione)*, cit., 82; Grasso, *Dei poteri del giudice*, cit., 1284.

[49] Ricci, op. cit., 395.

[50] Nasi, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 107-146.

[51] Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1995, X ed., 92.

[52] Mandrioli, op. cit., 93.

[53] Nasi, op. cit., 108. Romano, op. cit., 84 riporta alcuni dei significati che hanno nel corso dei tempi permeato il concetto d'equità. Prima di tutto l'idea dell'equità come giusto morale nel senso che l'equità sia un principio etico dominante tutto il diritto ovvero criterio morale di scelta delle azioni o ancora principio etico rispetto al diritto, alla norma. Sul fronte del diritto positivo l'Autore ricorda come si sia affermato che l'equità "è un sentimento o concetto talora individuale talora generale, il quale richiede che un dato rapporto o che una serie di rapporti debbano regolarsi in un dato modo" (Sono parole di Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*", in *Ann. Camerino*, 1880, 15,

ora in *Studi giuridici*, cit., 1 ss.) e ancora “*l’opinione volgare che ogni uomo porti scritto nella propria coscienza un codice eterno, il quale è sufficiente a risolvere ogni controversia, al quale la legge positiva deve uniformarsi se vuole avere qualche valore, lontana dal quale essa non è che capriccio e non merita di essere attesa: questo codice si suole chiamare equità*” (Scialoja, op. cit., 15). Dice Romano -op. cit., 84- che “*a tratti sembra profilarsi un accordo di tendenze opposte; anche per il giurista, lungi da ogni identificazione, da ogni prospettiva di sostituire l’equità al diritto, la prima, non quella individuale ma quella comune, collettiva, dovrebbe trasformarsi in diritto e nella norma certa che solo il diritto esprime*”.

[54] Nasi, op. ult. cit., 110. Questa è la concezione positivista dell’ordinamento giuridico. Con il termine Diritto Libero, invece, si intende l’insieme dei criteri e metodi integrativi con cui il giurista ovvia all’incompletezza e alla lacunosità di fondo del diritto positivo. Libero non vuol dire, ovviamente, arbitrario, ma indica unicamente che i criteri utilizzati per l’integrazione, saranno “per definizione esterni al diritto positivo” (sono parole di Lombardi Vallauri, voce *Diritto Libero*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, VI, Torino, 1991, p. 279). L’A. distingue due profili di approccio al tema -che noi rispetteremo-: un profilo storico e un profilo teorico-sistematico. Dal punto di vista storico la nascita del giusliberismo (“che sta al diritto libero più o meno come il giusnaturalismo sta al diritto naturale e il giuspositivismo o positivismo giuridico al diritto positivo”, cfr. Vallauri, op. loc. cit., 279) è connessa al tramonto dell’illusorio dogma della completezza dell’ordinamento. Il movimento nacque in Germania, non a caso, nel periodo che va dall’entrata in vigore del codice civile unitario di *Windscheid* alla crisi della Repubblica di *Weimar*.

Sempre da un punto di vista storico è necessario ricordare che non fu baluardo del movimento l’autorizzazione al giudice a pronunciare anche *contra legem*, né tantomeno la rivendicazione di una doverosa discrezionalità al giudicante: insomma il giusliberismo “*non vagheggiò né la legge disattesa né la legge minima, non volle sostituire al Gesetzesstaat, allo Stato di diritto fondato sulla legge, un Richterstaat fondato sulla magistratura...*” Del resto il giusliberismo neanche negò l’esistenza della norma generale, ma la risolse nelle convinzioni dei consociati; semmai negò la completezza di tale norma sia a livello legale -cioè negò la completezza dell’ordinamento- sia a livello giurisprudenziale. Il teorema centrale del movimento si contrappose in modo molto fermo al positivismo sotto due punti di vista, dal lato della “teoria della giurisprudenza”, dal lato della “teoria del diritto”. Tralasciando a questo punto un’analisi approfondita della teoria giusliberista sulla scienza giuridica, dedicheremo il dovuto spazio al tema che maggiormente ci interessa, quello della “teoria del diritto”. Secondo i fautori del movimento, il diritto positivo comprende in sé anche il diritto libero. Il diritto positivo, infatti, non esiste interamente; l’unico diritto positivo effettivamente esistente è quello in completamento. Il che significa a sua volta che nel processo giuridico non esistono atti di semplice applicazione del diritto positivo ma atti che sono nel complesso sintesi di diritto positivo e di diritto libero. L’ordinamento giuridico è, quindi, un sistema aperto “positivo e libero”. A questo punto sorge spontaneo l’interrogativo su cosa effettivamente sia il diritto libero: esso è sicuramente giuridico, e la sua giuridicità è duplice, di funzione e di norma. Certo, il problema è dato dalla peculiarità del contenuto delle sue norme: “al limite esso ha tanti contenuti quanti sono i giuristi, anzi gli operatori giuridici” (Vallauri, cit., 282). La giuridicità delle norme di diritto libero può, quindi, essere compresa solo *a contrario*: solo partendo dal presupposto che il contenuto di essa deve avere la caratteristica di non appartenere né al diritto positivo, né al diritto effettivo, altrimenti non sarebbe norma di diritto libero. Non è invece necessario che la norma di diritto libero sia una norma “giusta”. Anche scelte ingiuste possono far parte del diritto libero, purché non siano positivizzate. Ma se le norme di diritto libero sono altro dal diritto positivo, allora come ritenere che il diritto libero stesso abbia una sua precisa, specifica esistenza? La soluzione si trova immediatamente laddove si consideri che il diritto libero nella concezione del movimento fa parte dell’ordinamento giuridico -senza specificarsi in criteri precisi o comandi da preferire ad altri- e, in quanto componente di esso, il diritto libero esiste come diritto. Quindi la norma di diritto libero ha un’esistenza extra-positiva perché esterna al diritto positivo, ma al tempo stesso “positiva” in quanto interna all’ordinamento giuridico considerato nella sua esistenza storica. Il diritto libero esiste para-positivamente all’interno dell’ordinamento giuridico in quanto da esso *richiamato* ovvero in quanto *utilizzato*. Il richiamo del diritto libero potrà essere esplicito come accade nel caso dell’art. 1 cod. civ. svizzero, il quale impone al giudice, in mancanza

di una norma apposita, di decidere “come se fosse egli stesso legislatore” oppure può essere implicito, contenuto, cioè, in norme di struttura dell’ordinamento giuridico.

[55] Nasi, op. ult. cit., 110. L’inquadramento storico della norma di equità come norma del caso singolo si fa risalire all’Etica Nicomachea di Aristotele.

[56] Mandrioli, *Corso*, cit., 94. Quest’ultimo però specifica che il ricorso all’equità è sempre di natura eccezionale ed è confinato entro limiti precisi enucleati dalla Carta fondamentale.

[57] Grasso, voce *Equità (giudizio di)*, cit., 444.

[58] Grasso, op. ult. cit., 444.

[59] Sostenuta tra gli altri da Calamandrei, *Istituzioni*, cit., sez. I, cap. II, in particolare 27 ss. ove si afferma riguardo all’equità: “...*formulazione del diritto per il caso singolo... non significa che il giudice sia libero di decidere secondo il suo capriccio individuale, ma secondo... concezioni morali ed economiche prevalenti nella società in cui egli vive...*”.

[60] Nasi, op. cit., 110.

[61] CArnelutti, *Appunti sull’ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 364 ss.

[62] Frosini, op. cit., 10.

[63] Frosini, op. cit., 11.

[64] Che il Nasi individua nell’economia giudiziaria o nella concorde volontà delle parti. Si veda Nasi, op. ult. cit., 110.

[65] Nasi, op. ult. cit., 111.

[66] Nasi, op. ult. cit., 112.

[67] Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, 3a ed., Napoli, 1957, 328.

[68] Andrioli, op. ult. cit., 328.

[69] Osserva il Cammarata, *Giusnaturalismo e ‘critica delle leggi’ in rapporto alla distinzione fra giustizia ed equità*, cit., 328 che “*il conflitto virtuale che viene a delinarsi tra la realtà e l’astrazione, tra la percezione, si potrebbe dire, dell’individualità e la sua riduzione ad esempio di tipo prestabilito, riduzione cui, d’altra parte, l’intelletto, per la sua stessa costituzione, non può sottrarsi. Ed il conflitto scoppia e la legge vien detta ingiusta quando abbia sacrificato uguaglianze sentite dalla coscienza (sacrifici, quindi, della identità alla differenza); e vien detta iniqua allorché si verifichi l’opposto di quanto detto or ora: quando, cioè, le differenze vengono sopraffatte dall’identità*”.

[70] Montesano, *Sui «principi regolatori della materia»*, cit., c. 22.

[71] E’, quindi, un giudizio di equità sostitutiva di natura oggettiva e non soggettiva. L’equità ha natura oggettiva quando la regola non viene creata dal giudice in base alle sue convinzioni bensì è dedotta dalla realtà esterna, realtà che può essere a seconda dei casi naturale o giuridica. Si tratta di realtà «naturale» quando la regola viene estrapolata dai valori sociali, economici, religiosi etici della comunità nel periodo storico considerato. Si tratta, invece, di realtà giuridica quando la regola viene

cercata nei principi generali dell'ordinamento giuridico. Il modello oggettivo di equità diventa una sorta di *species* del giudizio di diritto, «dal quale diverge unicamente per la rilevanza che in esso possono avere elementi soggettivi, di per sé non percepibili in un corretto ragionamento giudiziale legale». Sono parole di Comez, *L'equità integrativa del conciliatore, ovvero lo «scandalo dell'equità»*, cit., 2386.

[72] Montesano, *Sui «principi regolatori*, cit., c. 24.

[73] Sono parole di Martino, *Il giudizio di equità del conciliatore ed il suo controllo da parte della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1991, III, 2, 200.

[74] Cecchella, *Art. 21. Giudizio secondo equità*, cit., 147.

[75] A questa conclusione giunge la Corte di Cassazione nella sentenza n. 5001 del 6 maggio 1991, qualificando, però, il giudizio di equità del conciliatore come un *tertium genus* di pronuncia equitativa.

[76] Martino, op. ult. cit., 203 ss.

[77] Nasi, *Orientamenti e limiti nel più recente pensiero della Cassazione in tema di giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1655.

[78] Martino, op. ult. cit., 204.

[79] Martino, op. ult. cit., 205. L'A. a titolo esemplificativo dice che la colpa è un elemento essenziale della fattispecie del fatto illecito di cui agli artt. 2043 ss. cc.: essa può consistere tanto nell'inosservanza di leggi, quanto nell'inosservanza di regolamenti. Potrà accadere, in una determinata società in un dato momento storico che taluno causi un danno derivante dall'inosservanza di norme ritenute ingiuste: il conciliatore dovrà necessariamente riconoscere l'esistenza dell'illecito e la conseguente responsabilità di colui che lo ha posto in essere ma nel determinare il risarcimento del danno ben potrà discostarsi dai criteri codicistici del «danno emergente» e del «lucro cessante» o, comunque, potrà determinare diverse conseguenze giuridiche, in modo da mettere in risalto la norma che deriva dalla comunità sociale in cui l'illecito è stato commesso.

[80] In generale sul giudice di pace a dieci anni dalla sua istituzione cfr. *Il Giudice di pace, consuntivi e prospettive*, Suppl. al numero di settembre 2003 di *Giur. Merito*. Ivi ampi riferimenti anche al giudizio secondo equità e alle sue concrete applicazioni nella giurisprudenza ormai decennale del giudice di pace. Cfr. per l'opinione che vuole il giudizio di equità necessario del giudice di pace subordinato al rispetto dei principi a base delle norme che regolano la materia, tra gli altri, Carratta, *Giudice di pace*, in *Enc. Giur., Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, Aggiornamento, 1995; Consolo-Tommaseo, *Commento alla legge sul giudice di pace*, Padova, 1996, sub art. 1, 17, 19 ss.; Balena, *Il processo davanti al giudice di pace*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, II, cit. 728 ss.; Sassani, in Consolo-Luiso-Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 64 ss.; per l'opinione che vuole invece tale giudizio assoggettato all'osservanza delle singole norme di diritto per la qualificazione giuridica del fatto cfr. Martino, *L'equità del giudice di pace*, cit. nonché Vaccarella, *Il difensore e il giudizio di equità*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, 465 ss.

[81] Le parole sono di Martino, *L'equità del giudice di pace*, in AA.VV., *Scritti in onore di E. Fazzalari*, cit., 672.

[82] Cfr. Cass., sez. un., n. 6794 del 15 giugno 1991, cit., 2727. Nello stesso senso è possibile esaminare Cass., sez. un., 11 novembre 1991, n. 12014, cit.; Cass., sez. un., 30 dicembre 1991, n. 14016, in *Foro it.*, 1992, I, 2442 ss., con nota di Monnini. Cfr. anche Cass., sez. un., 17 giugno 1992, n. 7452, in *Foro it.*, 1993, I, 468 ss., con osservazione di Monnini.

[83] In proposito ricordiamo che una recentissima sentenza della Corte di Cassazione, la n. 1630 del 15 febbraio 1995, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 347-348 ha affermato che il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto contro la sentenza espressa secondo equità dal giudice conciliatore è ammesso non solo nell'ipotesi di violazione di norme costituzionali o di norme inderogabili di legge, ma anche, ovviamente, nell'ipotesi di violazione dei principi regolatori della materia. Nella specie, viene respinto il ricorso per Cassazione sulla base dell'affermazione che le norme di diritto applicate dal conciliatore non avevano comportato la violazione di alcun principio regolatore della materia.

[84] Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 66 ss.

[85] Ci riferiamo all'art. 17 del disegno di legge n. 1594/S/X il quale testualmente disponeva che: «il secondo comma dell'art. 113 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente: il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede le lire due milioni».

La proposta governativa, invece, contenuta nel disegno di legge n. 1605/S/X, all'art. 22 prevedeva che al giudice di pace fosse attribuito il potere di decidere secondo equità le cause il cui valore non eccedesse un milione di lire. Sostanzialmente tale proposta non differiva dalla precedente, tranne che per il diverso limite di valore, un milione invece di due milioni.

Invece l'art. 26 del disegno di legge 1286/S/X (proposta comunista), prevedeva che il secondo comma dell'art. 113 c.p.c. fosse sostituito con la seguente formula: «*il giudice di pace decide secondo diritto, ad eccezione delle cause di cui al primo comma dell'art. 7 che decide secondo equità conformemente ai principi del diritto*». Tale formula, chiaramente, estendeva la speciale regola di giudizio all'intero ambito della competenza per valore del giudice di pace richiamando espressamente il limite costituito dai principi del diritto e fissando la diversa regola del giudizio secondo diritto per le ipotesi di competenza per materia.

Infine la proposta democristiana, contenuta nel disegno di legge n. 3575/S/X, all'art. 11, secondo comma, stabiliva che «nell'esercizio della giurisdizione contenziosa civile il giudice di pace decide secondo diritto; decide secondo equità, in conformità dell'art. 114 del codice di procedura civile, nonché ai sensi del secondo comma dell'art. 113 del codice di procedura civile, le cause il cui valore non ecceda lire 500.000 e che riguardino diritti disponibili delle parti».

[86] Come accadeva per il conciliatore nella originaria stesura del codice di procedura civile del 1942.

[87] Cecchella, *Art. 21. Giudizio secondo equità*, cit., 148.

[88] Secondo l'Autore, «*l'equità deve cedere alla regola positiva codificata quando questa non è disponibile*». Secondo Sassani, *Art. 21. Giudizio secondo equità*, in Consolo- Luiso - Sassani, *La riforma del processo civile. Commentario*, II, Milano, 1993, 274-275, tuttavia, l'affermazione va precisata perché non può dirsi che il giudizio di equità debba venir meno e «ceder lo passo» ogni volta che sia comunque applicabile una norma inderogabile. Cioè, secondo l'Autore, se la controversia resta all'interno del valore dei due milioni di lire, l'equità potrà trovare applicazione in ogni aspetto che non si scontri direttamente con la sostanza della norma inderogabile. «*Così, per es., il giudice di pace, nel decidere dell'opposizione ad ingiunzione amministrativa non potrà equitativamente correggere l'art. 2 della L. 689/1981 e stabilire che l'autore del fatto sanzionato risponde anche se inferiore ai 18 anni al momento della commissione. Egli potrà però equitativamente concludere a favore della non responsabilità dell'opponente in ipotesi in cui, a rigor di norme, avrebbe dovuto concludere in senso contrario*».

[89] Cecchella, *Art. 21. Giudizio secondo equità*, cit., 148.

[90] Sono queste le profetiche parole di Sassani, *sub art. 113*, in *Commentario*, cit., 63.

[91] Vaccarella, *Il difensore e il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992, II, 471 ss. L'Autore afferma che è di determinante importanza anche la determinazione della fonte da cui deriva il giudizio di equità: se esso sia frutto di una imposizione ovvero di una libera scelta delle parti, in quanto il principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge di cui all'art. 3 Cost., «non sembra tollerare un sistema che, in base al solo criterio della tenuità del valore della controversia, rimettesse al giudice non soltanto la determinazione degli effetti, ma anche quella della stessa fattispecie costitutiva o estintiva di un diritto».

[92] Sassani, op. ult. cit., 264. Secondo l'Autore, l'equità non è, non concreta un «ordinamento alternativo» rispetto a quello di diritto, ma assume il solo, inequivocabile senso di tecnica di giudizio, in cui il richiamo ai principi regolatori altro non è che un freno alle conseguenze irrimediabili cui porta la volontà di semplificare.

[93] Martino, *L'equità del giudice di pace*, cit., 675 ss.

[94] La norma, infatti, secondo Martino, op. ult. cit., 676 ss., non è in contrasto con l'art. 101, II comma, Cost. che afferma la sottoposizione del giudice alla legge, perché tale norma non distingue tra norme sostanziali e norme sulla produzione giuridica. Se non risultano dubbi di incostituzionalità a carico delle norme di diritto internazionale privato, va riconosciuta a maggior ragione la legittimità di un articolo quale il II comma del 113 c.p.c. Neanche si ravvisa un contrasto con l'art. 24 Cost. perché non è vero che gli interessi riconosciuti dalla norma sostanziale come diritti soggettivi non ricevono nel giudizio di equità adeguata tutela giurisdizionale. Tali diritti non sono lesi né dal fatto che il giudice di equità si muova all'interno di «margini di apprezzamento precostituiti» e nemmeno dalla inappellabilità della relativa sentenza perché il principio del doppio grado di giurisdizione non ha rango costituzionale per la giurisdizione civile. Infine la norma non pare contrastare nemmeno con l'art. 111, II comma, Cost., in quanto tale articolo prevede il ricorso per cassazione per violazione di legge «senza specificare se si tratti, o meno, esclusivamente di legge sostanziale».

[95] Che è proprio dello Stato di diritto. In argomento cfr. Sassani, *sub art. 113 c.p.c.*, cit., 65 ss.

[96] Così ancora Sassani, *sub art. 113*, cit., 69.

[97] Martino, *L'equità del giudice di pace*, cit., 685.

[98] Sono parole di Sassani, *sub art. 113*, cit., 68. L'Autore, *ivi*, 67, ricorda come il ricorso all'equità necessaria non è dettato in considerazione del fatto che il giudizio ottenuto in tal modo sia necessariamente contenutisticamente migliore di quello giuridico. *“In altri termini, nessuno può ragionevolmente pensare che l'art. 113 c.p.c., c. 2 sia stato scritto per dare al giudice il compito di cercare una soluzione a tavolino classificabile come “più equa” (o meno iniqua) di quella che conseguirebbe all'ordinario ricorso al giudizio di diritto. Stante la assoluta generalità della casistica, caratterizzata dalla riproduzione in scala di quella affrontata e risolta con l'ausilio del (comune) giudizio di diritto, bisogna ammettere che all'impiego di questo corrisponde, per definizione, la decisione qualitativamente migliore”*.

[99] In argomento Andrioli, *Commento*, I, 328 nonché Sassani, *Commentario*, cit., 67.

[100] Cfr. in argomento Chiassoni, *Giocare secondo le regole*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 1177 ss., articolo sulle teorie di Frederick Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, traduzione ed edizione italiana a cura di Chiara Rustici, Bologna, 2000, 378 ss.

[101] Cfr. ancora Chiassoni, *Giocare secondo le regole*, cit., 1178 ss.

[102] Con cui le Sezioni Unite si pronunciano a distanza di pochi mesi da una loro sentenza difforme (ossia Cass., sez. un., 30 ottobre 1998 n. 10904, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 713 ss. con nota di

Finocchiaro, *Ancora sull'impugnazione delle sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità e sull'obbligo di motivazione delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di contrasti di giurisprudenza*. Cfr. in termini sostanzialmente difformi anche Cass. 18 maggio 1999 n. 4806, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2645 con nota di Asprella, *L'equità del conciliatore tra principi regolatori e ricorribilità in cassazione*, nonché Cass. 7 maggio 1999 n. 4796, *ivi*, 2659 con nota della stessa, *Il giudizio di equità davanti al giudice di pace: vecchi problemi e vecchie soluzioni*.

[103] Per affermare puramente e semplicemente che l'equità del giudice di pace è di tipo sostitutivo e “*si fonda su un giudizio di tipo intuitivo (ancorché fondato sui valori oggettivi preesistenti nella realtà sociale) e non di tipo sillogistico, perciò non richiedente la preventiva individuazione della norma astratta applicabile al caso concreto e prescindente da ogni indagine relazionale tra tale norma e i suddetti valori oggettivi emergenti dalla realtà sociale*”. Così in motivazione. Cfr. criticamente su detta impostazione Martino, *Il giudizio di equità*, cit., 3256 ss.

[104] In tema cfr. Montanari, *sub art.* 113 c.p.c. in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Napoli, 2000. L'Autore afferma che con la sent. 716/1999 l'equità effettua un vero e proprio salto di qualità rispetto alla precedente valutazione quale mero criterio adattativi alla fattispecie ovvero di rimodulazione della norma di diritto sulla base delle caratteristiche di quest'ultima. Egli afferma che “*a questo riguardo non si comprende, invero, come C s.u. 716/99 possa aver parlato di ritorno alla concezione di equità maturata sul testo del presente art. 113 ante-riforma del 1984, quando siffatta concezione era indiscutibilmente improntata a quell'idea di adattamento-disapplicazione mirata della norma di diritto...*”.

[105] Così ricorda Martino, *Il giudizio di equità necessario secondo le Sezioni unite, profili di illegittimità costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3256 ss., recitava la Relazione al Re, n. 8, Guardasigilli Grandi.

[106] Così Martino, *Il giudizio di equità necessario*, cit., 3259.

[107] Ancora una volta si rinvia a Martino, *Il giudizio di equità necessario*, cit., 3259.

[108] Così Martino, *op. ult. cit.*, 3259 ss. L'Autore ricorda come la fattispecie decisa proprio dalla sent. n. 716/1999 confermi i dubbi di illegittimità costituzionale e renda concrete le preoccupazioni esposte. Infatti in essa il valore della causa era molto maggiore per l'ente ricorrente, ossia l'Enel, trattandosi di contenzioso potenzialmente vastissimo, facente capo allo stesso operatore economico e potenzialmente soggetto ad un giudizio di tipo meramente intuitivo e, di conseguenza, insindacabile in cassazione.

[109] “*Se infatti – assume il rimettente – il giudizio d'equità trova la sua ragione d'essere nel fatto che la causa è di poco valore, allora tutte le controversie di uguale valore dovrebbero avere il medesimo trattamento processuale. Ne discenderebbe pertanto, sotto tale aspetto, la violazione del principio di uguaglianza rispetto ai tertia comparationis rappresentati dagli artt. 409 e 447-bis cod. proc. civ.*” Così sent. 206/2004 Corte Cost., cit.

[110] Ciò perché le controversie sottratte al giudizio equitativo vengono individuate in modo irragionevole non già con riferimento alla tipologia contrattuale ma alla modalità di stipulazione. Di conseguenza, controversie di identico valore che riguardino fattispecie contrattuali assolutamente identiche anch'esse, sarebbero assoggettate al giudizio di diritto o al giudizio d'equità a seconda del dato, meramente formale, della stipulazione o meno mediante la sottoscrizione di moduli e formulari.

[111] Il principio basilare della soggezione del giudice soltanto alla legge nella formulazione dell'art. 101 Cost. è preceduto dall'affermazione secondo cui la giustizia è amministrata in nome del popolo: ne deriva che il giudice non è che il tramite attraverso cui gli stessi cittadini vegliano sui loro diritti per il bene della collettività (Giacobbe ritiene che i due commi dell'art. 101 Cost. rappresentino «un'organica espressione normativa, nel senso che l'amministrazione della giustizia in nome del

popolo è conseguente all'affermata soggezione del giudice alla legge» sicché «il giudice diventa veicolo -attraverso la legge- della sovranità popolare». G. Giacobbe - M. Nardoza, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1996, 49). Ne risulta un sistema in cui è chiaramente esclusa non solo la dipendenza degli organi giudiziari dal potere esecutivo dal quale, in passato, erano venute le più pesanti interferenze, ma anche la dipendenza dei singoli giudici, nel momento in cui giudicano, da ogni vincolo di subordinazione gerarchica, articolandosi l'indipendenza in due distinti profili: quello relativo all'«organo-potere» e ai suoi rapporti con le altre istituzioni e quello che assiste il magistrato, servitore dello Stato, nell'esercizio obiettivo ed imparziale della funzione.

[112] E ciò fa richiamando l'importantissima Cass. N. 6794/1991.

[113] Così Martino, *Il giudizio di equità*, cit., 3260.

[114] Sassani, *Commentario*, cit., 73.