

Tutta un'altra storia. Equity, diritto e letteratura

Mauro Barberis

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università di Trieste
barberis@units.it

ABSTRACT

The reading *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assesment* (Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007), edited by Daniela Carpi, is a good exemple of Law and literature approach. In the three sections of this paper, however, three qualifications to such approach are produced: a) literary criticism and legal theory do remain different matters; b) legal theory, and legal history too, have to distinguish external from internal equity, which are branches of morals and law respectively; 3) a different story of equity is possible: not good equity vs. bad law, but just the opposite.

0. *Premessa*

Una recente raccolta di saggi sull'*equity* nel diritto e nella letteratura inglese fornisce un esempio riuscito dell'approccio noto come *Law and Literature*, e caratterizzato dalla collaborazione fra critici letterari e giuristi.¹ L'operazione merita peraltro tre puntualizzazioni, cui sono dedicate le tre sezioni di questa nota. Anzitutto, la critica letteraria resta estranea alla dottrina e alla teoria giuridica: anche se non rispetto alla storia del diritto. Poi, l'esempio dell'*equity* illustra un'importante distinzione fra equità esterna, alternativa al diritto, ed equità interna, funzionale alla sua applicazione: anche se, come mostra il caso inglese, l'equità esterna tende quasi inevitabilmente a diventare interna al diritto. Infine, proprio l'*equity* suggerisce una storia dell'equità diversa da quella che si racconta di solito: per dir così, non equità buona contro diritto cattivo, ma esattamente il contrario.

1. *Diritto, letteratura e storia*

Il volume *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assesment*, curato da

¹ Cfr. D. Carpi (ed.), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assesment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007.

Daniela Carpi, costituisce un esempio riuscito del filone di studi – nato nelle Law Schools nordamericane oltre trent'anni fa, ma da tempo sbarcato sul vecchio continente² – noto come Diritto e letteratura (*Law and Literature*). Una ventina di interventi, di critici letterari e giuristi, specie comparatisti, parlano dell'*equity*: settore del diritto inglese sviluppatosi in alternativa al *common law* ed entrato in rotta di collisione con questo nel Seicento, poi confluito nello stesso *common law* a seguito dei *Judicature Acts* del 1873-75, ma tuttora influente nel diritto inglese sia per istituti come il *trust* sia per la dottrina dell'interpretazione detta *equity of the statute*. Accenneremo fra poco ad alcuni degli interventi qui pubblicati; prima occorre chiedersi il senso dell'operazione.

La corrente di studi su diritto e letteratura può farsi risalire sino al volume di James Boyd White *The Legal Imagination* (1973), nel quale si avanzava già la proposta, caratteristica dell'intero movimento, di introdurre corsi di critica letteraria nelle Law School nordamericane, sino ad allora caratterizzate da un feroce tecnicismo. La proposta si inseriva nel contesto dei vari filoni relativi a “Diritto e...” – diritto ed economia, o analisi economica del diritto, diritto e società, o sociologia del diritto, diritto e scienza, diritto e razza, diritto e genere... – ma anche nel più generale riflusso della cultura nordamericana verso le Humanities continentali: riflusso che ha interessato gli studi filosofici più ancora degli studi giuridici. Si pensi solo al successo statunitense del post-strutturalismo francese, ma anche alla scelta di filosofi come Richard Rorty di trasferirsi in dipartimenti di Humanities.

È forse il caso di aggiungere che – da un punto di vista genericamente continentale, e specificamente italiano – questi sviluppi rappresentano davvero un riflusso, nell'accezione svalutativa del termine: non perché in essi non vi sia nulla da imparare,³ ma perché approcci continentali re-importati sul continente – dopo la prima esportazione negli States – rischiano di produrre gli effetti curiosi delle doppie traduzioni.⁴ Per usare una vecchia battuta di Gio-

² Per una presentazione, cfr. almeno G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End* (1995), trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 247-276; per un esempio continentale, cfr. F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique* (2004), trad. it. parz. Mosè, *Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2007.

³ Cfr. ad esempio R. Marra, *Una giustizia senza diritti: Billy Budd di Hermann Melville* (2006), ora in Id., *La religione dei diritti. Durkheim - Jellinek - Weber*, Torino, Giappichelli, 2007, e V. Zeno-Zencovich, G. Rojas Elguera, *Storia di scrittori falliti e di fallimenti letterari*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2007, pp. 289-312.

⁴ Sono qui riprese perplessità già manifestate in M. Barberis, *Deconstructing Gary*, introduzione a G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. vii-xix, e confermate da lavori

vanni Tarello: come l'enunciato 'Lo spirito è forte ma la carne è debole', tradotto in un'altra lingua e poi ri-tradotto in italiano, rischia di diventare 'I liquori sono buoni ma la carne è fetente', così motivi culturali considerati regressivi sul Continente, almeno a partire dall'illuminismo, rischiano di tornarci indietro, dopo il lavacro statunitense, con un'aureola di (post)modernità.

Nella cultura giuridica italiana, in particolare, c'è sempre stata una tale abbondanza di (cattiva) letteratura – non solo nelle materie “culturali”, come diritto romano, filosofia e storia del diritto, ma anche in quelle di diritto positivo, come diritto civile, penale, processuale... – da far paventare l'arrivo di nuova letteratura: anche buona. Al di là dei pregiudizi, in effetti, l'agenda disciplinare degli studi su diritto e letteratura non è rassicurante: in entrambe le varianti nelle quali questi studi si presentano, ossia “diritto nella letteratura” (*law in literature*) e “diritto come letteratura” (*law as literature*).⁵ Nella variante “diritto nella letteratura”, meno ambiziosa teoricamente e alla quale appartengono gran parte dei contributi al volume qui annotato, ci si accontenta di riflettere su tematiche giuridiche ricorrenti in narratori grandi e piccoli: da Omero a Franz Kafka.

Nella variante “diritto come letteratura”, invece, le ambizioni teoriche sono più vaste, ma anche più equivoche. Naturalmente, anche il diritto, come qualsiasi settore della cultura umana che produca testi – dai trattati filosofici agli elenchi del telefono – è letteratura: ma letteratura specifica, con regole sue proprie. Un approfondimento delle regole letterarie di “generi” giuridici come legge, codice, sentenza, nota a sentenza, saggio dottrinale o teorico, contribuirebbe certo all'autocoscienza dei giuristi: anche dei teorici del diritto detti analitici, i quali spesso dimenticano la natura letteraria, e quindi il requisito della leggibilità, dei propri testi. Sinora, peraltro, questa autocoscienza letteraria ha prodotto soprattutto metafore di dubbia utilità euristica: come quella della *chain novel* applicata da Ronald Dworkin alla giurisprudenza di *common law*.⁶

come P. G. Monateri, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition* (2000), trad. it. *Gaio Nero*, In Id., T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Carocci, Roma, 2005, pp. 19-76, sul quale cfr. almeno le obiezioni di E. Cantarella, *Diritto romano e diritti orientali*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 101-117.

⁵ Per questa dicotomia, cfr. D. R. Papke, *Problems with an Uninvited Guest. Richard A. Posner and the Law and Literature Movement*, in «B. U. L. Review», 69, 1989, specie p. 1070 n. 18.

⁶ Il riferimento è a R. Dworkin, *How Law is Like Literature* (1983), trad. it. *Diritto come letteratura* in Id., *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1985, pp. 179- 205.

Un discorso più articolato dovrebbe però farsi per un genere letterario particolare: la storiografia, e in particolare la storia del diritto. Mentre gli elementi narrativo e interpretativo, o la tecnica dello *storytelling* – che costituisce uno degli apporti specifici degli studi letterari al diritto e più in generale all’etica⁷ – restano discutibili nella loro natura e nella loro portata, non vi è dubbio che essi siano immediatamente rilevanti per la storiografia, anche giuridica: gli storici narrano pur sempre storie, e a loro una problematizzazione delle regole del loro genere letterario non potrebbe che giovare. Lo stesso potrebbe dirsi, naturalmente, per la storia dell’*equity*, e più in generale dell’equità che è oggetto di questa nota; dell’equità, in particolare, è possibile raccontare una contro-storia, come quella che si abbozza qui di seguito.

2. *Equity ed equità*

Se la storia dell’*equity* ha un senso – nella storia del diritto inglese e, più in generale, nella storia del diritto europeo od occidentale – potrebbe essere questo: mostrare paradigmaticamente ascesa, trionfo e caduta di una forma di diritto alternativa, rispetto al tipo impostosi in Europa e in Occidente. Si tratta di un diritto talmente altro, almeno in origine, che si potrebbe esitare a chiamarlo diritto, nel senso stretto occidentale; verrebbe voglia di assimilarlo a forme di diritto in senso lato, come la giustizia del cadì di Max Weber, o il pre-diritto di Louis Gernet, o le varie forme di regolazione sociale – non giuridico-professionale ma politica oppure religioso-tradizionale – di cui parlano comparatisti come Pier Giuseppe Monasteri.⁸ Prima di dirne di più, peraltro, occorre aggiungere qualcosa sui rapporti fra *equity* ed equità, e su due sensi molto diversi di ‘equità’.

Benché abbia finito per indicare una parte del *common law* e del diritto inglese, ‘*equity*’ appartiene a una famiglia di vocaboli – oggetto nel volume qui annotato del bel contributo di Francesca Fiorentini e Mauro Bussani,⁹ com-

⁷ Nel senso che ogni valutazione etica presuppone la conoscenza e dunque una narrazione particolareggiata dei fatti: non nel senso delle varie “etiche” della lettura – che poi di solito sono semplicemente estetiche – di cui un buon esempio è il recente E. Raimondi, *Un’etica del lettore*, Bologna, Il Mulino, 2007.

⁸ Cfr. U. Mattei, P. G. Monasteri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997, p. 63.

⁹ Cfr. M. Bussani, F. Fiorentini, *The Many Faces of Equity. A Comparative Survey of the European Civil Law Tradition*, in D. Carpi (ed.), *The Concept of Equity*, cit., pp. 101-134: che rappresenta una buona alternativa a letture più forzate della stessa storia, come P.

prendente il greco ‘*epieikeia*’, i latini ‘*aequitas*’ e ‘*clementia*’, l’italiano ‘equità’ e lo stesso inglese ‘*fairness*’¹⁰ – i quali indicano fenomeni diversissimi, ma complessivamente raggruppabili attorno a due poli. Il *primo* polo, che propongo di chiamare equità *esterna*, è una regolamentazione della condotta alternativa al diritto in senso stretto: niente regole fisse, scarsa separazione dalla morale, poche formalità, nessuna specializzazione di un ceto giuridico. I problemi giuridici, qui, sono risolti dal re-filosofo, da un vecchio saggio, oppure dal cadì, senza leggi né procedure né formalità: sulla base della sua sola coscienza, o del suo solo senso di giustizia.¹¹

Il *secondo* polo, che propongo di chiamare equità *interna*, è una regolamentazione della condotta non alternativa ma complementare al diritto in senso stretto, che anzi presuppone: un’applicazione del *ius strictum* che tiene conto delle particolarità del caso di specie e che solo in casi eccezionali – nei quali il *summum ius* equivarrebbe a *summa iniuria* – può giungere alla disapplicazione del diritto e a un giudizio di equità esterna.¹² Orbene, le vicende dell’*equity* inglese sembrano tracciare proprio questa parabola: nata come equità puramente esterna, alternativa al *common law* e affidata alla sola coscienza del Cancelliere, l’*equity* entra in conflitto con lo stesso *common law*, consegue una vittoria di Pirro con la decisione di Giacomo I del 1616 ma, a seguito della *Glorious Revolution* e della rivincita dei *common lawyers* finisce per esserne assorbita con i *Judicature Acts* del 1873-75.

Com’è noto, l’*equity* nasce dagli appelli alla coscienza del re – il cui “custode” era il Cancelliere, spesso un ecclesiastico – determinati dal formalismo delle *forms of action* del *common law* e motivati da ragioni di giustizia materiale: appelli che determinano il formarsi di una giurisdizione autonoma nella Court of Chancery, destinata a confliggere con lo stesso *common law*, percepito in Inghilterra come *ius strictum* e comunque come diritto per antonomasia. Sul conflitto esploso nel Seicento fra *equity* e *common law* – come aspetto del

Silli, *Equità*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche*, quarta edizione, Torino, Utet, 1991, vol. vii, pp. 477-498.

¹⁰ Com’è noto, anche questo termine, specie in espressioni come ‘justice as fairness’, usata come nome della teoria della giustizia di John Rawls, viene tradotto in italiano con ‘equità’, benché le sue connotazioni inglesi siano alquanto distanti da quelle di ‘equity’.

¹¹ Una incarnazione letteraria di questo tipo di equità è il giudice Azdac del *Cerchio di gesso del Caucaso* di Bertolt Brecht: che peraltro rinvia a matrici bibliche, e in particolare al giudizio di Salomone.

¹² È questo, evidentemente, il caso dell’*epieikeia* aristotelica, formulata classicamente in Aristotele, *Etica nicomachea*, ora in Id., *Opere*, Roma-Bari, Laterza, 1973, vol. vii, pp. 134-135 (v, 10, 1137b-1138a): sulla quale cfr. almeno F. D’Agostino, *Epieikeia. Il tema dell’equità nell’antichità greca*, Milano, Giuffrè, 1973.

più generale conflitto fra l'assolutismo di tipo continentale della dinastia Stuart e le ragioni filo-parlamentari dei *common lawyers* – sono particolarmente istruttivi testi letterari come *Il mercante di Venezia* di William Shakespeare, finemente analizzato nel contributo di Giuseppina Restivo.¹³

La vittoria del Parlamento e delle ragioni del *common law* nella Glorious Revolution del 1688 segnano il declino della giurisdizione di *equity*, ma non della stessa *equity*: alcuni istituti della quale, come il *trust*, restano essenziali al diritto inglese. La fine dell'*equity* come giurisdizione a se stante – benché non degli istituti giuridici pure indicati con questo nome – è segnata dai *Judicature Acts* del 1873-75, che eliminano le *forms of action* e riorganizzano le corti inglesi.¹⁴ Oggi l'*equity* non è altro che una parte del *common law*, applicata dalle stesse corti che applicano il resto; l'equità esterna, cioè, si è convertita in equità interna: conversione ben esemplificata dall'uso del vocabolo in locuzioni come 'equity of the statute', a indicare un tipo di attribuzione del significato meno letterale e formalistico di quello che caratterizza, da sempre, la *statutory interpretation*.¹⁵

Se si volesse trarre una morale da questa favola, potrebbe forse essere la seguente. In Occidente, istituti più morali o politici che giuridici, come l'equità esterna, originariamente lasciati alla discrezionalità di qualche autorità e rivolti alla realizzazione della giustizia materiale, sono destinati a entrare in conflitto con la forma paradigmatica del diritto occidentale: il diritto formale-razionale à la Weber. Per sopravvivere alle accuse di arbitrarietà che questo conflitto inevitabilmente genera, istituti come l'*equity* – comunque mai del tutto autonomi dal *ius strictum*, se è vero che, come afferma Frederick Maitland, l'*equity* ha sempre presupposto il *common law*¹⁶ – tendono a mimare il diritto in senso stretto: sicché il loro destino finisce per essere il riassorbimento nel *ius strictum*, cui al massimo diventano complementari, ausiliari e ancillari.

¹³ Cfr. G. Restivo, *Shylock and Equity in Shakespeare's The Merchant of Venice*, in D. Carpi (ed.), *The Concept of Equity*, cit., pp. 223-248.

¹⁴ Su queste vicende, l'opera classica resta F. W. Maitland, *Equity. A Course of Lectures* (1909; 1936), trad. it. *L'equità*, Milano, Giuffrè, 1979.

¹⁵ Sull'*equity of a statute* come insieme di tecniche interpretative non letterali, ma "corretive" – estensive o restrittive della lettera – cfr. almeno P. G. Monateri, *The Prophetic Nature of Equity*, in D. Carpi (ed.), *The Concept of Equity*, cit., specie pp. 78-81.

¹⁶ Cfr. F. W. Maitland, *Equity*, trad. it. cit., pp. 42 («*aequitas sequitur legem*») e 22-23 (la prevalenza dell'*equity* sul *common law* stabilita dalla sezione 25 del *Judicature Act* del 1873 occulta il fatto che fra i due si dà integrazione piuttosto che conflitto).

3. Una contro-storia dell'equità

Se la schematizzazione della parabola dell'*equity* appena fornita è plausibile, allora permette di criticare la concezione tradizionale, giusnaturalistica, dell'equità: l'idea che, per dir così, nella storia dell'etica occidentale l'equità giochi sempre la parte del buono, e il diritto quella del cattivo. Si tratta di un'idea radicata in particolare nelle versioni giusnaturalistiche della storia del diritto occidentale: storia che comincia dal rifiuto platonico della legge uguale per tutti, come tiranno ostinato e ignorante, passando per la dottrina aristotelica della *fronesis* e della *epieikeia* come giustizia del caso concreto, proseguendo con l'*aequitas* romana e poi canonica, sino ad arrivare – scavalcando la positivizzazione del diritto realizzatasi in forme diverse in Inghilterra e sul continente – alle odierne riproposizioni del particolarismo etico.¹⁷

In queste narrazioni – nelle quali l'equità segue lo sviluppo del *ius* come una sorta di ombra, di doppio o di angelo custode – il diritto gioca quasi sempre il ruolo del cattivo, l'equità quella del buono; lo rivelano già i loro generi, rispettivamente maschile e femminile, come quelli di Antigone e di Creonte. Nella letteratura, in effetti, l'equità tende a rappresentare il naturale senso di giustizia, la voce della coscienza o del cuore, il diritto, invece, la fredda ragione: e neppure la ragione naturale di Thomas Hobbes, ma la ragione artificiale di Edward Coke, che richiede di compulsare montagne di tomi polverosi. In origine erano la giustizia, l'equità, le voci della coscienza e del cuore; poi il freddo diritto avrebbe imprigionato tutto questo nelle sue formalità: anche se qua e là, dove la crosta della legalità si rompe, l'equità tornerebbe alla luce, fluendo dagli interstizi.

Orbene, la parabola dell'*equity* consente di raccontare tutta un'altra storia: una contro-storia dell'equità. Se la storia del diritto occidentale è storia del costituzionalismo – del governo delle leggi che progressivamente sostituisce il governo degli uomini – allora ci si può chiedere: da che parte sta, l'equità? Dalla parte del governo delle leggi o di quello degli uomini? La risposta lascia pochi dubbi. Già l'*epieikeia* aristotelica è solo quel che resta del re-filosofo platonico; la *clementia* imperiale e poi quella canonica giustificano le violazioni delle garanzie del diritto scritto, non certo a favore dei sudditi o dei fedeli, ma del dispotismo imperiale ed ecclesiastico: e la stessa *equity*, difesa dagli Stuart contro *common lawyers à la Coke*, rientra perfettamente in questa (contro-)storia. L'equità è uno dei più riusciti pretesti dell'*arbitraire*, come li ha

¹⁷ Riproposizioni rappresentate soprattutto dall'opera di Jonathan Dancy: in particolare *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell, 1993, ed *Ethics without Principles*, Oxford, Clarendon, 2004.

chiamati Benjamin Constant.¹⁸

¹⁸ Per esempi, cfr. M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Mulino, Bologna, 1988, pp. 271-300.