

# RECENSIONE DE “L’EUROPA DEL DIRITTO” DI PAOLO GROSSI

A cura di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO.** 1. *L’Europa del diritto* – 2. *Le radici medievali e la modernità* – 3. *Dallo Stato alla Società. Verso la complessità delle fonti* – 4. *Il postmoderno ed il nichilismo giuridico* – 5. *La complessità del presente* – 6. *Principi, diritti, regole.*

## 1. L’Europa del diritto

Il volume di Paolo Grossi<sup>1</sup> rintraccia una credibile dimensione europea a partire dall’esperienza medievale sino a quella moderna e post-moderna per seguire i tratti dell’esperienza giuridica e dei suoi legami con il potere politico, la prassi quotidiana e la riflessione scientifica. Con un’idea e un metodo precisi.

Il diritto non si identifica con la legge ma esprime la società più che lo Stato, prima di essere comando, è una mentalità che esprime i valori di una civiltà per ordinarli. In tutto ciò non può esistere un *continuum*, ma visioni diverse e opposte di cui si deve rimarcare la discontinuità e la tipicità

come «diverse visioni e realizzazioni del diritto da contemplare e decifrare» senza essere «mescolate o confuse», ma come segno forte per una attenzione al presente e una meditata visione del futuro.

Sono convinto che il giurista positivo debba iniziare il suo discorso da qui, senza farsi condizionare da scelte politiche contingenti e attento invece ad individuare principi e regole del diritto privato espresse dall’ordinamento comunitario che vincola, ai sensi dell’art. 117 della Costituzione, la potestà legislativa nazionale. Per far ciò è necessario dipanare il filo rosso che disegna lo storico.

## 2. Le radici medievali e la modernità

<sup>1</sup> P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007.

Nel mondo medievale il soggetto è immerso in una realtà che non riesce a oggettivare. Domina un diritto senza Stato, una società di società, che ha matrici nelle consuetudini e nell'opera dei notai e dei maestri del diritto.

Segni diversi sono già rintracciabili nel trecento ove l'uomo nuovo punta sulla volontà come propria "cifra vincente". Una liberazione che trova subito un carattere preciso nel *dominium* «e nella dimensione economica che isola un protagonista assoluto della modernità: l'uomo abbiente che inizia a intravedere dietro il tramonto della Chiesa e dell'Impero un altro protagonista ingombrante: lo Stato»<sup>2</sup>.

Le realtà diverse della Francia, vero laboratorio della modernità e dell'Inghilterra, simbolo della continuità medievale di un diritto autonomo dal potere e debitore della prassi, preparano entrambe, in modo opposto, «la liberazione ad ogni livello di ogni individualità» che si consuma nel quattrocento e nel cinquecento dove si rintracciano «le fondamenta di una nuova esperienza giuridica», scandita da fatti ed eventi precisi<sup>3</sup>.

La riforma religiosa<sup>4</sup>, la scoperta del continente americano<sup>5</sup>, le scienze naturali<sup>6</sup>, l'emergere delle scienze matematiche<sup>7</sup>. Tutto ciò è alla base dell'umanesimo giuridico che domina i secoli XV e XVI e influenza i secoli successivi<sup>8</sup>, ma prepara

<sup>2</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>3</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 83.

<sup>4</sup> Riforma che, da un lato, vuol liberare "il singolo fedele" dall'oppressione delle strutture gerarchiche ritenendolo capace «di un colloquio diretto con la divinità e i testi sacri», mentre d'altra parte brucia il Codice canonico e demonizza l'uso del diritto capace solo di allontanare il chierico dai valori fondanti del cristianesimo. Così P. GROSSI, *op. cit.*, p. 83.

<sup>5</sup> La quale incentiva, fra l'altro, strutture e affari nuovi, inaugurando una fase pre-capitalistica priva degli scrupoli o delle superstizioni medievali contro la ricchezza (P. GROSSI, *op. ult. cit.*).

<sup>6</sup> «Oramai tese senza inibizioni moralistiche e di indole religiosa, alla ricerca delle verità scritte nella complessità del cosmo e decifrabili con l'umana intelligenza» (P. GROSSI, *op. loc. cit.*).

<sup>7</sup> Le quali guidano le altre analisi e sopravanzano l'analisi giuridica sin allora custode del rigore dei concetti e del linguaggio ma subito ritenuta compromessa con l'assetto medievale; così, P. GROSSI, *op. ult. cit.*

<sup>8</sup> La consapevolezza che il diritto romano doveva essere «recuperato alla sua effettiva dimensione storica, cioè per quello che era stato e come si era sviluppato in mille anni di vita» e che esso debba essere storicizzato con l'aiuto delle altre scienze e con un metodo che mette a nudo subito due anime diverse, l'anima razionalistica e l'anima storicista. Da un lato l'idea che il diritto romano classico fosse «una manifestazione di una razionalità pura ... da riscoprire come modello proponibile anche nella nuova Europa cinquecentesca», un modello essenzialmente logico e razionale mutuabile dalle stesse strutture geometriche del cosmo. Dall'altro, la necessità di differenziare passato e presente di cui si vuol cogliere la peculiarità per sottolineare il valore storico e mutevole di ogni

anche la nuova stagione del giusnaturalismo, con una piattaforma comune.

«Opporre alle scelte contingenti e spesso arbitrarie del potere un complesso di principi e regole che al potere e alle sue miserie non si rifanno, che si fondano, al contrario, su qualcosa di più durevole, di più solido» come il riferimento ad un diritto naturale il cui volto assume subito aspetti diversi<sup>9</sup>.

Pur nella diversità del fondamento, «puntare sull'uomo e sul primitivo stato di natura ha il significato di disegnare un territorio riservato dove il soggetto non può essere molestato nelle sue libertà dagli arbitri del potere». Significa anche astrarre l'individuo da ogni formazione sociale, per costruire «il *proprium* di ognuno», secondo Locke, «in una sfera individuale indipendente dove si trovano congiunti diritti di libertà e di proprietà»<sup>10</sup>.

Da qui, secondo Grossi, la valenza ambigua del giusnaturalismo moderno<sup>11</sup>. Il soggetto che riceve attenzioni e premure è il proprietario, e la proprietà privata appare quale perno del nuovo ordine. Siamo nel pieno di una civiltà che può essere definita borghese per alcuni tratti precisi. L'ascesa di un ceto tutto preso dal profitto e dall'accumulo. La scelta dell'astrattezza come «foglia di fico dietro cui celare l'assetto concreto di una società percorsa da non poche iniquità». La libertà contrattuale e l'eguaglianza formale come vessilli del nuovo ordine che «giova solo all'abbiente proprio in

diritto che si appresta ad essere foggato dai monarchi nazionali secondo le loro esigenze locali (P. GROSSI, *op. cit.*, p. 103 ss.).

<sup>9</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 96. La visione tomista del duecento fa perno non sull'individuo ma sul «cosmo, una grande realtà magnificamente ordinata grazie a principi e regole che Dio stesso ha generosamente voluto in favore del genere umano e ha scritto a caratteri indelebili sulle stesse cose» e si capisce come la stessa ragione è un dono divino. L'approccio laico nel seicento si muove alla ricerca della genuina qualità umana cercando di precisare il primitivo stato di natura ove domina il rilievo dell'evidenza per una precisa motivazione. «Ciò che è evidente non abbisogna di interventi celesti, ma trova in sé la propria giustificazione». Il che conduce ad un giusnaturalismo "rigorosamente laico" dove lo stato di natura è un laboratorio adatto a ragionare per modelli e in particolare su «di un modello astratto di uomo che non ha mai avuto esistenza concreta perché non è fatto di carne e ossa e perché galleggia in una sorta di paradiso terrestre senza spazio né tempo». In ciò secondo Grossi si ravvisano le radici del costituzionalismo moderno e le «sei-settecentesche carte dei diritti» ed è facile comprendere perché, seguendo il suo pensiero.

<sup>10</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 101.

<sup>11</sup> Il quale secondo Grossi «E' una ricerca di regole oggettive, ma anche un'abilissima strategia di intellettuali, che esprimono bene gli interessi e le istanze del pre-capitalismo ... e si impegnano a disegnare un nuovo ordine sociale e giuridico alla cui base sia la tutela di quegli interessi e il soddisfacimento di quelle istanze». Il nuovo soggetto segue le tracce già isolate nel Trecento e che hanno ora compimento puntando sulla «naturalità della proprietà dei beni» (ID., *op. ult. cit.*).



ragione della sua virtualità, mentre lascia intatta la fragilità economica e sociale del contraente debole». Ciò con un unico importante risultato: l'eliminazione dei privilegi cetuali e la cancellazione di una soffocante immobilizzazione corporativa che fanno emergere «un popolo di soggetti individui» proprietari che il potere pubblico deve proteggere<sup>12</sup>.

L'illuminismo e l'età dell'assolutismo si caratterizzano ancora per una chiara politica del diritto<sup>13</sup> teorizzata da un'ampia comunità di intellettuali «convinta di essere in possesso di quei lumi idonei ad adeguare la realtà storica alle finalmente individuate regole naturali»<sup>14</sup>.

Il processo di rinnovamento giuridico doveva necessariamente cominciare con un rifiuto drastico del passato, «sgombrando il terreno dalle vecchie fonti e cancellandole con lo stesso zelo con cui si cancella un'infamia». La conseguenza di tutto ciò è evidentissima per Grossi.

«Il vecchio monopolio della Chiesa Romana, custode assoluta del diritto naturale viene ... depositato nelle mani del Principe, con la conseguenza rilevantissima che il vero diritto ... si immedesima nella volontà del Principe espressa unicamente dalle sue leggi». Il problema grave, continua l'Autore, è che manca un sovrano universale e che ci si riferisce a una pluralità di sovrani nazionali sicché dall'«universalismo giusnaturalista» si passa al «particolarismo statalistico» con un'antinomia che «sta alla base della Modernità giuridica e politica, che si giova di una sapiente propaganda che crea il mito. La legge

non è espressione di un uomo ma della ragione umana o della volontà generale. Finisce il governo degli uomini e inizia quello della legge». Ma «al di là dell'apparato mitologico la scelta è autoritaria e la china ... scivola pericolosamente verso l'autoritarismo». Dietro la foglia di fico della ragione naturale e della volontà generale sta la consegna nelle mani del potere politico della intera produzione del diritto e «dal settecento in poi sul continente europeo si farà i conti unicamente con la volontà del legislatore, perché solo a lui spetterà la capacità di trasformare in giuridica una generica regola sociale»<sup>15</sup>.

Da qui l'assolutismo.

Al centro c'è la dimensione economica, l'individuo proprietario, il ceto borghese in potente abbraccio con la cultura nuova «uniti nell'alleanza contro i privilegi nobiliari e clericali e i rimasugli insensati di un anacronistico assetto feudale ancora protetti da decrepite forme di governo». «Lo Stato si addice alla borghesia. Liberalismo economico e assolutismo giuridico soltanto in apparenza sono due opposti». Ci «sarà invece una simbiosi all'insegna di una vittoriosa alleanza». E di ciò vi è traccia evidente, secondo Grossi, nelle Carte dei diritti.

Il costituzionalismo moderno si consolida all'interno della riflessione e delle costruzioni giusnaturalistiche (il freno all'arbitrio del potere ed il potenziamento del singolo) con alcune caratteristiche e un itinerario ove il presente si riconosce nel rivendicare le libertà e i diritti fondamentali. Resta in quella radice, secondo Grossi, una «esasperata configurazione individualistica» e i segni dell'identificazione di un ordine borghese che fonda quelle Carte dei diritti verso cui si rivolgono gli strali lucidissimi dell'Autore<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 103 ss.

<sup>13</sup> Che vuol aggregare, secondo Grossi, il nodo di rapporti fra soggetto, stato di natura, potere politico già emerso nel seicento, ma accentuando caratteri e soluzioni che «rappresentano la smentita delle premesse giusnaturalistiche» (Id., *op. cit.*, p.105)

<sup>14</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 105 ss. Vi fanno parte anche sovrani e uomini politici come Federico II di Prussia (1740- 1786), Maria Teresa (1740-1780), e i figli Giuseppe e Leopoldo in Austria, Giuseppe I in Portogallo (1750-1777). I tratti di questo nuovo ordine sono scanditi in modo lucidissimo da Grossi. Ancora a metà del settecento restava vigente «un ammasso di consuetudini, di opinioni dottrinali, di sentenze di giudici, che, nell'accumulo dei secoli, si era trasformato in una realtà caotica e indomabile all'insegna della più totale incertezza; una realtà dove poteva signoreggiare (e signoreggiava) l'arbitrio dei giuristi, ossia dei possessori del sapere tecnico, e dove la confusione, l'oscurità, la indecifrabilità venivano a cozzare proprio con il bisogno di chiarezza, di certezza, di semplicità, insomma di linee geometriche, emerso prepotentemente nel dopo-umanesimo giuridico». Gli intellettuali sono spesso massoni, adepti di circoli esclusivi (Montesquieu, Beccaria) che hanno un naturale rifiuto per il diritto proveniente dal basso, per i giuristi «troppo tecnici e poco filosofi», spesso «compenetrati con un diritto comune compromesso nelle sue origini medievali con l'abborrita Chiesa Romana e col diritto canonico» (Id., *op. cit.*, p. 105).

<sup>15</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 107 ss.

<sup>16</sup> «Quelle americane e francesi del maturo settecento raccolgono appieno il messaggio giusnaturalistico: intendono essere lettura della natura delle cose, dei principii e delle leggi supreme in essi scritti, e intendono constatare e dichiarare situazioni giuridiche fondamentali godute dal soggetto nello stato di natura e che il potere non può che rispettare dopoché per motivi di opportunità si è, con il libero consenso, scelto di formare una comunità politica». «Esse sono autentiche conquiste della modernità ... ma grava su di esse il peccato originale del giusnaturalismo, ossia del volersi fondare su una meta/storia, su uno stato di natura che è soltanto creazione intellettuale e pertanto supremo artificio ... Da qui uno scenario irreali che rifiuta la verifica con la concretezza spesso ripugnante ma corposa della storia, quella storia che forgia e deforma gli uomini ma che è ingenuo e, comunque, falsante rimuovere» (Id., *op. cit.*, p. 107). Se non altro perché il catalogo suadente di libertà, uguaglianza, diritti, felicità non può consolare il nullatenente del quarto stato.

### 3. Dallo Stato alla Società. Verso la complessità delle fonti.

| 68

La rottura con la modernità si ha con la prima guerra mondiale e con l'inizio evidente della crisi dello Stato, incapace di ordinare una realtà politico-sociale sempre più complessa. Il diritto borghese aveva ridotto a due i soggetti: l'individuo e lo Stato.

La crisi si manifesta «nella perdita della compattezza, nella emersione di un io collettivo del cittadino che il potere borghese aveva da sempre ignorato riconoscendo in esso la minaccia più pericolosa» perché «frastagliava la compattezza e dava al cittadino nulla-tenente una cittadinanza più sostanziale, ottenuta però con il gruppo di appartenenza ed entro il gruppo».

Ciò poneva in discussione due colonne portanti: la «separazione nettissima fra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato, la separazione nettissima fra il mondo del diritto e quello dei fatti». La presenza della dimensione del collettivo diverso dallo Stato scompigliava, insomma, una dicotomia preziosa all'individualismo dello Stato borghese. D'altra parte il controllo della giuridicità da parte dello Stato era posto in dubbio da un proliferare di fatti economici e sociali imposti dalle nuove esigenze.

«Il risultato ultimo è stata la perdita di autorevolezza dello Stato, lo sfaldarsi del suo monopolio, il formarsi di due livelli di giuridicità, quello legale e quello della esperienza quotidiana, quello del diritto formale e quello del diritto vivente». «La società aveva la sua rivincita sullo Stato e l'esempio del nascente diritto del lavoro è addirittura emblematico».

Il messaggio forte che arriva da Santi Romano già nel primo decennio del secolo è chiarissimo.

«Se durante la modernità si è ridotto il diritto statalizzandolo, è giunta l'ora di un suo recupero all'ampio ventre materno della società. Contro il costringente monismo giuridico dell'età dei codici occorre recuperare quel pluralismo giuridico che è in grado di permettere l'armonico divenire congiunto di società e diritto»<sup>17</sup>.

Ma sul corporativismo Grossi richiama con forza la necessità di un'analisi attenta. Quella stagione «è un atteggiamento di insoddisfazione per lo statalismo e l'individualismo moderni; è un recupero di tutta la complessità dell'ordine sociale e giuridico ... che esalta il ruolo di ogni tipo di associazione/corporazione». Ma essa si presenta «come un grande vaso vuoto colmabile con i contenuti più diversi (ingenuità, utopia, strategie

conservatrici, generosità solidaristiche)» dalla funzione delle prime associazioni sindacali ad «ossatura economico-sociale di alcuni Stati totalitari dell'Europa continentale». Che si appropriano delle strutture del corporativismo politico-economico ed anche del partito per i loro fini<sup>18</sup>.

La vera novità si ha con l'emanazione delle Costituzioni elaborate sul modello di Weimar<sup>19</sup>. Un evento che lambisce il presente e il futuro perché la complessità delle fonti che esso comporta genera risposte molto diverse fra loro.

La teoria che sfocia nel nichilismo giuridico si basa su convinzioni precise sul ruolo e il compito dell'interprete<sup>20</sup>, «che può agevolmente liberarsi di ogni bagaglio storico o, almeno, di lasciti che riuscirebbero incompatibili con il nuovo e diverso oggetto. Egli è immune dalla "malattia storica", da quel eccesso di storia di cui parla Nietzsche. Rimane solo l'arioso rapporto con le singole norme e il libero raffronto fra tradizione e modernità»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> P. GROSSI, *op. loc. cit.*

<sup>19</sup> Gierke nel 1915 aveva affermato che «lo stato non è tanto una collettività di individui uniti da un comune destino, ma un'associazione di individui già uniti in gruppi, che perseguivano ulteriori e più vaste finalità comuni» e la «democrazia weimariana è una democrazia collettiva, giacché sono le collettività che hanno una speciale rilievo all'interno della macro-collettività statale» (O. F. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neusten Staatsrechtstheorien*, Tübingen, 1915, ristampa tratta dalla *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1874, Heft 1e 2). Grandi novità quindi, ma anche grandi ambiguità che ne causeranno la rovina dopo appena quattordici anni. «La costituzione aveva dovuto fare i conti con un parlamento frastagliato e diviso, al conclamato diritto al lavoro non corrispondevano indicazioni ferme per garantirne l'effettività, il sindacato si riduceva ad essere semplice espressione dello Stato/comunità, i consigli di azienda restavano creature informi di fronte alla proprietà privata dei mezzi di produzione» (P. GROSSI, *op. cit.*, p. 223).

Resta il fatto che «la costituzione weimariana del 1919 inaugura una fase nuova nella storia del costituzionalismo, proponendosi non più come carta dei diritti ... bensì come autentica costituzione, norma giuridica rispecchiante e disciplinante la complessità di una società nazionale, specchio fedele di essa, interpretazione dei suoi valori storici e traduzione di questi in principi e regole di vita» (ID., *op. loc. cit.*).

<sup>20</sup> Il diritto europeo, «abbassando i legati storici a materiale costruttivo, richiede quel metodo che va avanti ad ogni altro il metodo letterale ... bisogna ricominciare da capo... i concetti giuridici non appartengono ad una logica eterna, svelata una volta per sempre e applicabile a qualsiasi diritto... sono tutt'uno con la storicità dell'oggetto... e se questo oggetto è orientato dalla tecno-economia ... i concetti sono chiamati a rispecchiare i medesimi scopi ed a muoversi nella stessa direzione ... Il diritto europeo non è un corpo di regole che stia a sé sospeso al di sopra dei diritti nazionali ... è solo espressione riassuntiva dei diritti nazionali uni-formi e anche di ciò deve tener conto il metodo» (N. IRTI, in *Manuale di diritto privato europeo*, 1, cit. p. 57 ss.).

<sup>21</sup> N. IRTI, in *Manuale di diritto privato europeo*, 1, (a cura di) C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 57 ss.

<sup>17</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 223.



Profondamente diverso è l'esito delle riflessioni di Grossi.

Il passaggio dallo Stato alla società si accentua con progressive accelerazioni e la conseguenza è un repentino procedere verso un disordine delle fonti che esige un mutamento di mentalità con contorni precisi.

Occorre anzitutto «adeguare le proprie categorie concettuali-sistematiche all'evoluzione normativa della comunità»<sup>22</sup> e abbandonare «una mentalità vecchia che porta a indossare vestiti irrimediabilmente invecchiati»<sup>23</sup> per guardare dal basso in su partendo dalle cose e dai fatti.

Si deve prendere coscienza che i dubbi sulla legittimazione delle Corti o delle Commissioni che redigono principi sono espressione di un pregiudizio illuministico e della «persistente credenza instillata abilmente nell'animo nostro» che sia riservato solo al potere legislativo e politico, in forza della rappresentanza, l'espressione della volontà generale<sup>24</sup>.

Dottrina autorevole ha «demitizzato la valenza rappresentativa della rappresentanza politica»<sup>25</sup> e di fronte a ciò la giurisprudenza ha operato una legittima supplenza rivendicando una legittimazione nella propria «provvedutezza sapienziale ... perché il diritto è cosa da giuristi come in passato ci hanno insegnato il diritto romano e medievale» e ora ci ricorda la *common law*.

Da qui un'esigenza precisa.

La necessità di lenti nuove e del recupero della storicità del diritto<sup>26</sup> con un compito preciso. «Il castello murato edificato con tanta cura dai nostri padri, con le mura impastate e cementate di legalismo e formalismo, allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente, diritto e giustizia, essendo - questa - misura di uomini carnali e di fatti carnali; e la giustizia è restata un traguardo irraggiunto. Se i giuristi, all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse stiamo procedendo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia»<sup>27</sup>. Su cui occorre una precisazione.

<sup>22</sup> L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, p. 23 ss.

<sup>23</sup> P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 69.

<sup>24</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 71.

<sup>25</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, p. 72 e il richiamo a H. HOFFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento (1974)*, Milano, 2007; e G. DUSO, *La rappresentanza politica: Genesi e crisi del concetto*, Milano, 2003.

<sup>26</sup> P. GROSSI, *op. cit.*, pp.73-74.

<sup>27</sup> P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p.73.

Le riflessioni sulla giustizia non evocano affatto un'accezione morale<sup>28</sup> ma una prospettiva di analisi che il giurista può adottare purché si evitino usi distorti del termine e pericolose banalizzazioni. Un esempio può essere sufficiente.

E' ovvio che con i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e di quelli fra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso solo moralizzare il contratto.

La giustizia nel diritto dei privati non coincide con una visione etica né con la giustizia sociale che esige un atto politico di bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati.

Tale accezione indica solo l'esigenza che anche nel diritto dei privati si debba riflettere e fissare, con ragionevole precisione, le regole e i rimedi adeguati ai tempi e alle materie trattate, coniugando eguaglianza e singolarità con uno sforzo di aggiustamento e un rischio di inesattezza che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che esige solo di spingersi sempre alla ricerca di «ancora di più e di ... ancora oltre»<sup>29</sup> nell'attribuire a ciascuno

<sup>28</sup> v. da ultimo M. BARCELONA, *Clausole contrattuali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 257 ss.; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua etero integrazione. Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1, p. 33 ss., e in part. p. 50: «con i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e di quelli fra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso moralizzare il contratto ma ha voluto, piuttosto, mercantilizare lo scambio». Tali considerazioni terminano con la conclusione, scontata, che nella disciplina comunitaria «l'istanza etico-politica può giocare come un "motivo" tra gli altri di una disciplina che ha la sua causa innanzi tutto nella manutenzione del mercato e nella legittimazione del modello distributivo ad esso legato; con quel che ne segue sul piano della sua corretta rappresentazione ed interpretazione». Ciò esige due repliche in breve. La giustizia del contratto esula sempre da concezioni etiche e si incentra sulla ricerca di limiti all'autonomia e di rimedi privati che sono ragionevoli e giusti in un certo ambiente e in una certa epoca. La sua accezione non interseca neppure l'idea di giustizia sociale che esige un bilanciamento fra valori diversi. Ha invece una funzione distributiva perché la diversa configurazione degli elementi strutturali e delle tutele distribuisce in modo diverso i rischi derivanti dall'esercizio dell'autonomia dei privati. In tema, v. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 661.

<sup>29</sup> J. NANCY, *Il giusto e l'ingiusto*, Milano, 2007, p. 28: «Essere giusto è pensare che la giustizia è ancora da compiere, che essa può esigere ancora di più e andare oltre ... Ogni persona (oppure ogni gruppo di persone) convinta di sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto, convinta di fare la giustizia, di non dovere compiere lo sforzo di diventare più giusta, ogni persona di questo tipo è pericolosa. L'inizio della giustizia ... consiste nel sapere che non si è mai sufficientemente giusti» (p. 58). «La giustizia si fa sempre in funzione degli altri» (p. 59).



quanto è dovuto tenendo conto del valore assoluto e irripetibile di ogni individualità<sup>30</sup>.



---

<sup>30</sup> G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.