



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

Carlos de Cores

LA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO UNA PROSPETTIVA STORICA

Con un saggio su
Europa ed America Latina
di Antonio Saccoccio

Edizione italiana a cura di Alberto Sciumè
Traduzione di Alan Sandonà e Simona Cauli



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Terza Serie – 24

Carlos de Cores

LA TEORIA GENERALE
DEL CONTRATTO
UNA PROSPETTIVA STORICA

Con un saggio su
Europa ed America Latina
di Antonio Saccoccio

Edizione italiana a cura di Alberto Sciumè
Traduzione di Alan Sandonà e Simona Cauli



G. Giappichelli Editore – Torino

Titolo originale:

CARLOS DE CORES, *La teoría general del contrato a la luz de la historia*, Montevideo 2017, IJ Editores - Información Jurídica, Universidad Católica del Uruguay.

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3446-1

ISBN/EAN 978-88-921-8874-7 (ebook - pdf)

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Direzione scientifica:

Antonio Saccoccio, Aldo Andrea Cassi, Chiara Minelli, Valerio Pescatore

Comitato editoriale:

Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d’Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “S. Anna” – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D’Arienzo (Università degli Studi di Napoli – “Federico II”); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – “Carlo Bo”); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – “G. d’Annunzio”); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – “Bicocca”); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell’Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell’Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – “Ca’ Foscari”); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglion (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell’Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).

INDICE-SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione del curatore all'edizione italiana</i>	XV
<i>Nota dei traduttori</i>	XXVII

LA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO UNA PROSPETTIVA STORICA

di *Carlos de Cores*

<i>Prefazione</i>	3
<i>Prefazione all'edizione uruguaiana</i>	5

PROLOGO

I.	Considerazioni introduttive	7
II.	La scuola di Salamanca e la teoria generale del contratto	8
III.	Funzione sociale della forma discorsiva sul contratto in generale	8
IV.	Portata e finalità del lavoro	9

INTRODUZIONE

IDENTIFICAZIONE DEL TEMA. RILEVANZA DELL'INDAGINE

I.	Importanza del contratto come istituzione sociale	11
II.	Carattere universale della teoria del contratto	12
	II.1. Crisi del fondamento della forza vincolante del contratto	13
	II.2. Crisi dell'idea del contratto in generale come categoria unitaria	14
III.	Le ragioni d'una riflessione retrospettiva sull'idea di contratto	15
IV.	Verifiche iniziali	16

V.	Importanza della Scuola di Salamanca e degli autori della prima Compagnia di Gesù	19
VI.	La teoria generale del contratto nella Seconda Scolastica, nella Scuola di Salamanca e nella tradizione gesuitica come interfaccia tra la vecchia e la moderna concezione del contratto	21
VII.	Dialogo metodologico tra dogmatica civilistica e storia del diritto	22
VIII.	Pietre miliari del lavoro	24

CAPITOLO I

LA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO
E LA CODIFICAZIONE

I.1.	Che cosa s'intende per teoria generale del contratto e quale è il suo significato	27
I.1.1.	Diritto positivo e scienza giuridica	27
I.1.2.	Piano conoscitivo. Teoria generale del contratto e razionalismo	30
I.1.3.	Piano normativo. Razionalismo e codificazione	32
I.1.4.	Fenomenologia della disciplina positiva del contratto	36
I.1.5.	Relazioni tra Parte Generale e Parte Speciale. La Parte Generale come nucleo centrale del diritto dei contratti	38
I.1.6.	Il problema dei microsistemi normativi	41
I.1.7.	Tipo e denominazione del contratto	43
I.1.8.	Tipo di contratto, nome del contratto e operazione economica	46
I.1.9.	La dialettica tra Parte Generale e Parte Speciale, chiave di volta del diritto contrattuale	47
I.2.	La teoria liberale del contratto e l'età della codificazione	49
I.2.1.	Liberalismo, uguaglianza e codificazione	49
I.2.2.	Il concetto di contratto e l'autonomia della volontà	50

CAPITOLO II

LA RETROSPETTIVA STORICA

II.1.	Introduzione	54
II.1.1.	Storia dell'idea di contratto in generale	54
II.1.2.	La crisi della teoria classica (liberale) del contratto dal punto di vista epistemologico	57
II.1.3.	Le tappe nella storia dell'idea di contratto	58
II.2.	La "preistoria" della teoria generale del contratto	62
II.2.1.	L'idea del contratto in Grecia	62
II.2.2.	Il contratto in generale a Roma	64
	II.2.2.1. Le diverse concezioni del contratto. Il contratto <i>in fieri</i> e il contratto <i>in facto esse</i>	64

	<i>pag.</i>
II.2.2.2. Assenza di una teoria generale del contratto nel diritto romano	70
II.2.3. L'idea di contratto in generale nel Medioevo	74
II.2.3.1. Introduzione. Lo svolgimento dei temi contrattuali nella Prima Scolastica	74
II.2.3.2. La teoria del contratto nella Prima Scolastica	75
II.2.3.3. Il fondamento della forza vincolante del contratto	78
II.2.3.4. Assenza di una teoria generale del contratto	80
II.2.3.5. Il giusto prezzo	81
II.2.3.6. Il dovere di informazione	83
II.2.3.7. La teoria medievale dei <i>vestimenta</i>	85
II.2.3.8. Funzionalità della teoria dei <i>vestimenta</i> nella tradizione scolastica	87
II.2.3.9. La dottrina di François Connan	89
II.3. La genealogia tradizionale della teoria generale del contratto	91
II.3.1. La scuola giusnaturalista: Domat, Pothier	91
II.3.1.1. Jean Domat (1625-1696)	92
II.3.1.2. Robert Pothier (1699-1772)	96
II.3.2. La genealogia tradizionale	97
II.3.2.1. La riforma protestante	97
II.3.2.2. La disciplina dell'oggetto del contratto in Grotius e Pufendorf	100
II.3.2.3. Il versante della <i>common law</i>	103
II.3.3. I limiti della genealogia tradizionale della teoria del contratto	104
II.3.4. Pluralità di versanti della teoria generale del contratto	105
II.3.5. L'interrogativo sulla possibilità di una diversa genealogia	107
II.4. Una genealogia diversa. La tradizione dei gesuiti della Seconda Scolastica	109
II.4.1. La scoperta di una diversa genealogia	109
II.4.2. Aspetti generali della Seconda Scolastica e della Scuola di Salamanca	112
II.4.3. Precedenti immediati della Seconda Scolastica	118
II.4.4. La Seconda Scolastica ispano-americana	120
II.4.5. Il modello universitario di Salamanca e il suo trapianto in America	121
II.5. Le somme e i manuali dei confessori. La prima generazione della Seconda Scolastica	124
II.5.1. <i>De iustitia et iure</i> di Domingo de Soto (1494-1570)	125
II.5.2. Le opere di Martín de Azpilcueta (1492-1586)	126

	pag.
II.5.3.	Il <i>Tractatus de contractibus et negotiationibus</i> di Ludovicus Lopez (1535-1596) 127
II.5.4.	Le opere di Antonio Gómez († 1561) 127
II.5.5.	I <i>Commentaria Joannis Matienzo, regii senatoris in Cancellaria argentina Regni Peru, in librum quintum collectionis legum Hispaniae (Mantua Carpentanae, MDCVII)</i> di Juan de Matienzo (1520-1579) 128
II.5.6.	<i>La instrucción de mercaderes</i> di Luis Sarabia de la Calle (1544) 129
II.6.	<i>La summa de tratos y contratos</i> di Tomás de Mercado (1523/30-1575) 130
II.6.1.	Introduzione 130
II.6.2.	La finalità principalmente morale e pratica dell'opera 132
II.6.3.	Prevalenza della concezione oggettiva del contratto come equilibrio tra le prestazioni 133
II.6.4.	Sintesi 136
II.6.5.	Conclusione 136
II.7.	I tentativi di sistematizzazione. La seconda generazione della Seconda Scolastica 136
II.7.1.	Introduzione 136
II.7.2.	<i>L'arte de los contractos</i> di Bartolomé de Albornoz (1571) 137
II.7.2.1.	Aspetti generali 137
II.7.2.2.	Profilo consensualistico 139
II.7.2.3.	Allegoria storica sul contratto 139
II.7.2.4.	Il tentativo di sistematizzazione 141
II.7.2.5.	Creditore e debitore, credito e debito 143
II.7.2.6.	La classificazione dei contratti 144
II.7.2.7.	Valutazione critica 146
II.7.3.	Il <i>Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos</i> di Francisco García (1583) 147
II.7.3.1.	Introduzione 147
II.7.3.2.	Valore metodologico 148
II.7.3.3.	Concetto di contratto 149
II.7.3.4.	La teoria generale del contratto in Francisco García 150
II.7.3.5.	Il metodo tassonomico in Francisco García 154
II.7.4.	L'impulso alla costruzione sistematica del contratto 158
II.8.	La teoria del contratto nella tradizione gesuita 159
II.8.1.	Aspetti generali 159
II.8.2.	Gli autori della Seconda Scolastica gesuita 163
II.8.3.	Il contesto socio-politico della scuola dei gesuiti sul contratto 165

	<i>pag.</i>
II.8.4. Il contesto filosofico e teologico. Tradizione e rinnovamento nella Seconda Scolastica gesuita	169
II.8.4.1. Gli esercizi spirituali di San Ignacio de Loyola. La <i>ratio studiorum</i>	170
II.8.4.2. La <i>Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis</i> di Luis de Molina	171
II.8.4.3. <i>De legibus</i> di Francisco Suárez	173
II.8.4.4. Probabilismo gesuitico e promozione della libertà e della responsabilità umana	174
II.8.4.5. Verso il riconoscimento di genealogie alternative del principio dell'autonomia della volontà	179
II.8.5. Il discorso sul contratto in Luis de Molina	182
II.8.5.1. Introduzione	182
II.8.5.2. Conclusione	187
II.8.6. Il contratto in generale in Leonardo Lessio	188
II.8.6.1. La teoria della restituzione	188
II.8.6.2. La definizione di contratto	190
II.8.7. Juan de Lugo	191
II.8.8. Altre fonti anteriori a Pedro de Oñate	193

CAPITOLO III

IL “*DE CONTRACTIBUS IN GENERE*”
DI PEDRO DE OÑATE

III.1. Introduzione	201
III.1.1. Note biografiche su Pedro de Oñate	204
III.1.2. L'opera	205
III.1.3. Considerazioni preliminari	208
III.1.4. Il problema della traduzione	210
III.2. Piano dell'opera	211
III.3. Questioni metodologiche	214
III.3.1. Due finalità, giuridica e morale: lo stesso metodo	214
III.3.2. Completezza dell'opera	218
III.3.3. La questione della forma del contratto	220
III.3.4. La questione specifica della teoria generale del contratto	223
III.3.5. Metodologia scolastica	224
III.3.6. Genere e specie. L'albero di Porfirio	225
III.3.6.1. Il genere	225
III.3.6.2. La specie	226
III.3.7. Lo schema dei “ <i>Predicamentum contractuum</i> ”	227
III.4. Il concetto di contratto in generale	229

	<i>pag.</i>
III.4.1. Concetto di contratto in generale	229
III.4.2. Definizione del contratto	229
III.4.3. Contratto in senso proprio e improprio	230
III.4.4. Concetto e natura del contratto in senso proprio. Le <i>auctoritates</i> di Pedro de Oñate	231
III.4.5. Definizione di Conrado de Summenhart	232
III.4.6. Definizione di Comitolus	233
III.4.7. Definizione di Gerson	234
III.4.8. Definizione di Labeone	235
III.4.9. Contratto <i>in fieri</i> e contratto <i>in facto esse</i>	235
III.4.10. Utilità scientifica della distinzione tra contratto <i>in fieri</i> e contratto <i>in facto esse</i>	238
III.4.11. Definizione del contratto <i>in fieri</i> e <i>in facto esse</i> per genere prossimo e differenza specifica	240
III.4.12. La sintesi di Pedro de Oñate	241
III.4.13. Il patto: genere prossimo del contratto	242
III.4.14. L'obbligazione in giustizia quale peculiarità del contratto	244
III.4.15. <i>Observe quinque modis</i> . Il perfezionamento di un'obbligazione di giustizia	246
III.4.16. Differenze e prossimità con il tradizionale concetto di giustizia commutativa	248
III.5. <i>De libero consensu in contractibus requisito</i>	252
III.5.1. La questione della libertà	252
III.5.2. Il principio consensualistico	252
III.5.3. La stipulazione: funzione ed importanza nell'ambito di una teoria della solennità	256
III.5.4. Libertà. Proprietà. Contratto. Manifesto volontarista	259
III.6. Forma del contratto e autonomia della volontà	260
III.6.1. La forma come categoria aristotelica e la sua applicazione al diritto	260
III.6.2. Consenso come forma del contratto <i>in fieri</i>	263
III.6.3. L'obbligazione come forma del contratto <i>in facto esse</i>	263
III.6.4. Le parole e la forma di contratto	265
III.6.5. La manifestazione come <i>conditio sine qua non</i>	267

CAPITOLO IV

UN RIEPILOGO

IV.1. La "preistoria" della teoria generale del contratto	269
IV.2. L'origine storica della teoria generale del contratto	272

CAPITOLO V
SINOSI DEI PROBLEMI ATTUALI
DEL DIRITTO CONTRATTUALE

V.1.	La critica della teoria generale del negozio giuridico e del contratto	277
V.2.	Costituzionalizzazione del diritto contrattuale	280
V.3.	Codificazione e decodificazione	280
V.4.	Il frazionamento della teoria generale unitaria del contratto	283
V.5.	La tendenza alla ricodificazione. Verso una nuova teoria generale del contratto	285
V.6.	La teoria generale del contratto nel Codice civile e commerciale della Repubblica argentina del 2014	288
V.6.1.	Introduzione	288
V.6.2.	La teoria generale del contratto. La sua importanza dogmatica nel Progetto Preliminare e progressi nella sua strutturazione	288
V.6.3.	L'evoluzione tra il 1998 e il 2012	289
V.6.4.	Lo schema del nuovo codice	290

CAPITOLO VI
CONCLUSIONI.
IL FUTURO DELL'IDEA DI CONTRATTO
E I CONTRIBUTI DELLA SCUOLA DI SALAMANCA

VI.1.	Introduzione	295
VI.2.	Per una rinnovata validità della teoria generale unitaria del contratto	297
VI.2.1.	Introduzione	297
VI.2.2.	La Scuola di Salamanca e la frammentazione della teoria generale del contratto	297
VI.2.3.	Persistenza dell'idea unitaria e generale di contratto	301
	VI.2.3.1. Dal punto di vista logico	303
	VI.2.3.2. Dal punto di vista assiologico	305
VI.2.4.	Costituzionalizzazione, decodificazione e pluralismo delle fonti	308
VI.2.5.	Contributo della Scuola di Salamanca: il dialogo tra diritto e morale	309
VI.3.	Il recupero dell'idea di libertà come essenza del contratto	312
VI.3.1.	La libertà contrattuale come fulcro dell'attuale sistema di diritto privato	312

	<i>pag.</i>
VI.3.2. La lezione impartita dallo studio storico della teoria generale del contratto	314
VI.3.3. La persistenza dell'autonomia privata e della libertà contrattuale	317
VI.3.4. Giustizia, solidarietà e autonomia privata	319
VI.3.5. Adempimento del patto, responsabilità e dignità	322
VI.3.6. Il nuovo volto della giustizia contrattuale	323
 <i>Epilogo</i>	 327

APPENDICE

EUROPA E AMERICA LATINA: UN SOLO SPIRITO, UNA SOLA ANIMA, UN SOLO DIRITTO

di *Antonio Saccoccio*

1. America Latina e resistenza	335
2. Anche l'America Latina appartiene all'Europa?	338
3. Europa und Lateinamerika "zusammengehören"	341
4. L'America Latina nel "sistema"	342
5. Linee di continuità	345
6. Dalla continuità alla specificità alla "mezcla"	350
7. Dalla "mezcla" al "bloque"	353
8. Sistema e valori	356

INTRODUZIONE DEL CURATORE ALL'EDIZIONE ITALIANA

L'opera di Carlos de Cores, di cui esce qui la traduzione italiana, è stata edita nel 2017 a Montevideo con il titolo *La teoría general del contrato a la luz de la historia*.

La lettura dello scritto prima ancora della sua uscita di allora mi fece subito nascere l'idea di promuoverne la diffusione in Italia attraverso la cura di una edizione italiana. Il volume raccoglieva infatti gli esiti di importanti ricerche condotte da Carlos de Cores su di un tema di grande rilievo, quale è la ricostruzione, in una prospettiva storica, del processo di formazione della teoria generale del contratto. Quegli esiti si presentano, infatti, eccezionalmente estesi sul piano storico e, sul piano dogmatico, caratterizzati da una profondità tale da consentire di porre in chiara luce taluni snodi basilari della costruzione scientifica del diritto dei contratti. Peraltro, le ricerche sviluppate da de Cores apparivano legare in modo particolarmente efficace e convincente il diritto hispano americano e quello europeo, sia sul terreno storico che su quello dogmatico.

L'idea di allora trova oggi la sua concretizzazione. Al lettore italiano questa edizione offre anche un significativo ed efficace contributo di Antonio Saccoccio, studioso particolarmente attento dei rapporti fra i giuristi delle due sponde dell'Atlantico, volto a illuminare ragioni e caratteri della profonda unità che pervade il mondo giuridico di quella parte del continente americano ed il nostro.

Non mi pare poi secondario segnalare che, a distanza di meno di tre anni (quelli che separano la edizione originale dalla presente), l'emergenza planetaria dovuta alla diffusione della pandemia che nella prima metà del 2020 non ha risparmiato alcun paese sembra in grado di influire in modo sensibile sulle consapevolezze di noi uomini del terzo millennio, consentendoci di cogliere l'intima fragilità delle apparenti sicurezze alle quali avevamo affidato il nostro navigare nel mare dell'esistenza.

Con quali riflessi tanto sul terreno del diritto pubblico che su quello del diritto privato solo il tempo ci consentirà di valutare. Un contributo ad una più profonda consapevolezza delle dinamiche interne allo sviluppo storico del diritto dei contratti può venire al giurista contemporaneo anche dalla lettura dell'opera di Carlos de Cores.

Peraltro, l'edizione italiana de *La teoría general del contrato* esce nel contesto di un quadro politico e di un sistema giuridico interni e internazionali che, già da qualche tempo, mostravano comunque i segni della presenza di forti spinte verso una profonda revisione dei loro canoni ispiratori, forse destinate ad un'accelerazione in virtù degli accadimenti più recenti.

L'ordine globale delle relazioni economiche e sociali che conoscevamo e che ci appariva solidissimo sino a qualche anno fa sembra non lasciare integro alcuno dei parametri che avevano costituito il riferimento del nostro agire.

Riferendosi agli eventi più recenti, in un lucido intervento apparso sul numero 1 del 2020 di *Persona e Mercato* Giuseppe Vettori ha notato che «In un tempo brevissimo, l'emergenza planetaria ha determinato un mutamento radicale nella vita di tutti. Parole simbolo di un'epoca hanno perso il loro significato ordinante. La pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione. Con effetti imprevedibili sugli assetti politici del mondo e sulla vita delle persone»¹.

In simile contesto, la ricerca condotta da Carlos de Cores si mostra quale contributo prezioso alla conoscenza dei fondamenti della teoria del contratto, la dimensione storica dei quali viene ben rappresentata nel volume che ne raccoglie gli esiti.

In effetti, uno dei primi dati che si presentano allo sguardo del giurista di oggi è quello della storicità e (quindi) della relatività di sistemi che si credevano dotati di una fissità ipostatizzata, caratterizzati da una esistenza senza tempo.

Quello della storicità è appunto uno dei caratteri fondamentali della ricostruzione compiuta da de Cores, che egli mette in piena luce nel considerare il tema dell'elaborazione di una teoria generale del contratto e che gli consente di svelare l'erroneità di una prospettiva che la rendesse patrimonio di sempre della dogmatica giuridica occidentale. Si tratta di una chiave di lettura essenziale del diritto dei contratti, destinata a consentire l'emergere di taluni snodi problematici che, se non sciolti, sono oggi in grado di trasformare il contratto da solido terreno di sviluppo e promozione dell'uomo contemporaneo in un acquitrino entro il quale persone ed istituzioni sono destinate ad impantanarsi con un effetto drammaticamente dirompente sulla sicurezza delle relazioni giuridiche e sociali.

Entro tale orizzonte di lettura, le questioni tematiche che il testo provoca sono numerosissime.

Due di esse appaiono particolarmente intriganti e tali da spingermi a farne oggetto, qui, di poche, brevi riflessioni per la capacità loro di interrogare il giurista contemporaneo sui suoi compiti odierni e sulle strategie

¹ Cfr. G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato*, 2020/1 – Saggi, 5.

che egli può adottare per dare alla propria azione un più deciso orientamento verso la costruzione di un diritto il più possibile prossimo alla giustizia ed alla promozione della persona.

Mi pare, infatti, che, oggi più ancora che nel tempo passato, proprio il giurista sia sfidato dalle circostanze a connotare la propria professionalità di strategie conoscitive che possano consentirgli di intervenire da protagonista e non come semplice comparsa nella fase così complessa che la società e le istituzioni attraversano, chiamate, come l'una e le altre appaiono, ad avviare processi di trasformazione accelerati e profondi.

Si tratta di questioni, insomma, che sembrano toccare gli stessi fondamenti della civiltà contemporanea.

1. Il primo punto attiene al metodo prescelto.

Il profilo interdisciplinare e quello storico – comparativo, che Carlos de Cores dichiara esplicitamente di volere impiegare nello svolgimento dell'indagine scientifica sulle teorie generali del contratto, rappresentano senza dubbio un aspetto caratterizzante ed essenziale della sua ricerca, in grado di connotarla in forma indelebile e di orientare in modo decisivo i risultati ai quali essa perviene, ben oltre la sottolineatura che deriva dall'evidenza loro data attraverso la intitolazione dell'opera.

Il dato di partenza è la considerazione del posto centrale che il contratto occupa nell'esperienza dell'uomo, quale strumento fondamentale per lo svolgimento della sua personalità, nella prospettiva della realizzazione degli obiettivi che egli sente consoni alla sua *self perception* come indagatore attento del cosmo. Si tratta forse della principale forma di intervento giuridico attraverso la quale egli modella le proprie relazioni con i suoi simili e con la realtà a lui circostante.

Siamo dunque in presenza di uno strumento che, in forma quasi istintiva, l'uomo impiega per dare forma semplice ed immediata alla propria libera iniziativa nel mondo, consentendogli di legare la regolazione giuridica di tali relazioni all'insieme degli interessi che lo muovono nello sviluppo delle sue conoscenze.

È, questa, una riflessione che forse può agevolmente essere trasferita sul piano del carattere proprio dell'agire giuridico in quanto tale: si può dire infatti che simile attitudine a presentarsi come positiva espressione di una volontà dinamicamente interessata ad entrare in azione, come tessuto connettivo tra soggettività e mondo circostante, contribuisca a fare del diritto un sapere strutturalmente interconnesso con le altre aree della conoscenza, ossia un sapere dotato di un'immediata capacità di collegamento con gli altri saperi che contribuiscono a realizzare nel modo il più esauriente possibile l'uomo come essere sociale.

Di recente, nell'introdurre una riflessione su storia, comparazione e comprensione del diritto, Mauro Grondona ha incisivamente dichiarato che «[...] il problema del diritto è il problema della convivenza civile, quindi

dell'ordine politico quale garanzia di una "vita buona"»². Convinzione, questa, che Grondona collega alle posizioni di Tullio Ascarelli, per considerarla, a ragione, parte integrante del bagaglio del giurista e in senso più ampio dello studioso, perché propria della sua intrinseca ed ineliminabile politicità.

Si tratta, è del tutto evidente, di un'apertura metodologica di fondo all'approccio interdisciplinare ai temi ai quali il giurista volge, per professione, la sua attenzione: per questa via, l'interdisciplinarietà diviene però elemento di un processo conoscitivo le cui fondamenta sono tanto più solide quanto minore è il carattere accessorio dell'intersezione tra l'una e l'altra area del sapere coinvolta.

Va aggiunto, peraltro, come Grondona non si nasconda la particolare complessità di una ricerca giuridica condotta sui binari dell'interdisciplinarietà, ma ne colga però la ricchezza in termini di ampliamento della prospettiva epistemologica, e ciò faccia proponendo talune ulteriori considerazioni che mi appaiono meritevoli di essere qui riprese quasi per intero:

«... forse, la principale difficoltà del lavoro del giurista, quando voglia seguire un approccio interdisciplinare, è che è indispensabile analizzare il problema studiato non solo in prospettiva interna (alla disciplina di riferimento e più in generale al "diritto"), ma esterna, cioè in qualche modo appropriandosi di tecniche e paradigmi propri di altre scienze [...], sì da impostare la riflessione sullo specifico problema giuridico in modo che la prospettiva giuridica non resti né quella esclusiva né quella dominante, tenuto conto che, sempre, la tecnica giuridica impiegata, i concetti giuridici, e in senso più lato lo stile del giurista sono il prodotto [...] di una molteplicità di fattori che devono essere considerati [...] come parte di quel tutto qualificabile in termini di "giuridicità"»³.

Nello scritto di de Cores, l'interdisciplinarietà è non solo una componente del tutto evidente della ricerca ed un profilo quasi inevitabile della riflessione dell'autore per via dei caratteri intrinseci al tema prescelto, ma, in forma mi pare assai più profonda, si presenta al lettore come un elemento costitutivo dell'indagine scientifica che vi viene sviluppata, talché costui avverte il fascino coinvolgente di un connotato della riflessione argomentativa, tanto essenziale da contribuire in modo decisivo al conseguimento di risultati significativamente convincenti.

Il fatto è che la dimensione storico – comparativa anima dall'interno la

² Cfr. M. GRONDONA, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica"*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>, 222.

³ Cfr. *ibidem*.

riflessione di Carlos de Cores, per divenirne, appunto, un fattore qualificante ed essenziale non per via di un automatismo imposto dall'investigazione di fonti giuridiche che si collocano nel passato, ma perché, lo sottolinea l'autore ⁴, la prospettiva storica è parte integrante della teoria generale del diritto e della dogmatica giuridica.

Simile opzione mi pare, già essa, particolarmente feconda, dal momento che appare in decisa controtendenza rispetto a taluni orientamenti che pervadono la cultura giuridica nell'odierno contesto sociale ed economico.

I profili distorsivi dell'impiego di un corretto metodo storico – comparativo volto al conseguimento di una maggiore consapevolezza del presente di recente sono stati ben fotografati da Massimo Brutti ed Alessandro Somma nell'*Introduzione* ad un volume dedicato a storia e comparazione nel diritto, in cui si colloca il saggio di Grondona a cui poc'anzi mi sono richiamato. A giudizio dei curatori di quel volume, prevale nella nostra epoca (quella, appunto, della globalizzazione)

«una visione del diritto come strumento di ingegneria sociale, di governo (ma non ci si chiede da quali forze ed interessi il potere di governo sia guidato, quali ideologie lo sorreggano). I fenomeni giuridici vengono spoliticizzati e decontestualizzati. La comparazione si risolve nella ricognizione di somiglianze e distinzioni tra forme astratte: tutto l'opposto di quel che serve ad un confronto vero tra realtà storiche individuate [...] una visione che impedisce l'analisi dei rapporti fra passato e presente, delle condizioni che determinano i mutamenti, sia l'indagine sulle forme di vita, sui conflitti di cui è parte l'esperienza giuridica» ⁵.

Una dogmatica ed una teoria generale del diritto che si intersechino ordinariamente con percorsi di ricerca storico – critica ed interdisciplinare sono senz'altro destinate a porsi in contrasto con simili modi di concepire il diritto.

Quando se ne faccia un impiego sistematico e non occasionale, tale ben articolato metodo consente invece di produrre lo sviluppo di un sapere capace di contribuire alla crescita generale delle conoscenze e di offrire certezza giuridica alle relazioni civili attraverso un convincente confronto di soluzioni dogmatiche e ricostruzioni di vicende storiche specifiche.

È questo, mi pare, il metodo che de Cores ha fatto suo, ed è questo stesso metodo che può consentire al giurista contemporaneo di abbandonare la via di un'estrema ed opaca tecnicizzazione del proprio ruolo (destinata a fare sempre di più del giurista una semplice comparsa sulla scena di un mondo nel quale altri, per così dire, conducono le danze), del tutto connessa con la paradossale perdita di profondità storica che caratterizza l'uomo contemporaneo. Ancora, è questo il metodo per appropriarsi nuovamente del compito che è sempre stato quello suo proprio e che ha

⁴ Cfr. *infra*, 22 s.

⁵ Cfr. M. BRUTTI, A. SOMMA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), in *Diritto*, cit., 1.

sempre qualificato, nel tempo, il suo profilo professionale; ossia lo svolgimento di un'ermeneutica sapiente della realtà, l'attribuzione ad un complesso di accadimenti di un significato, non quale che esso sia ma del tutto coerente con il quadro regolatorio offerto dal contesto e tale da collocare quegli avvenimenti entro coordinate che permettano di definire un assetto degli interessi il più possibile prossimo ad una giusta definizione delle relazioni fra gli uomini e fra costoro e le cose.

La scelta di impiegare un metodo che valorizzi la prospezione interdisciplinare e che intrecci solide argomentazioni dogmatiche e non meno robuste strategie di ricerca storico – comparatistica alimenta perciò una rinvigorita riflessione critica sulla figura del giurista, sulla sua identità professionale, sui metodi attraverso i quali, nell'esperienza contemporanea, egli possa assolvere con rinnovata efficacia propulsiva ai compiti che sono propri del suo profilo professionale.

Mi pare, questo, un aspetto di cui occorra essere profondamente consapevole, proprio nella chiara percezione della diffusa esistenza, oggi, di un certo scetticismo sulla ragionevolezza dell'assunzione di tale prospettiva metodologica, ossia sulla convenienza (oltre che sulla reale possibilità) per il giurista di considerare, quali suoi strumenti ordinari di lavoro, interdisciplinarietà ed impiego del metodo storico – comparativo, sì che il loro uso non affievolisca ed anzi qualifichi in modo completo la sua azione perché in grado di introdurre nel suo bagaglio di conoscenze una quantità di dati che, appunto, entrano in esso per diventare «[...] parte di quel tutto qualificabile in termini di "giuridicità"».

È alla prova dell'esperienza che tale scelta può rivelarsi decisiva.

2. Il secondo è invece un tema di merito.

Nella ricostruzione della teoria generale del contratto un posto fondamentale occupa la elaborazione dogmatica della categoria dell'autonomia della volontà operata dai giuristi della prima età contemporanea. Si tratta di un processo complesso, di cui Carlos de Cossío riannoda efficacemente i fili, che affonda le sue radici nel giusnaturalismo laico, e trova una prima, ancora incompleta, espressione nella disciplina del contratto forgiata nella codificazione napoleonica, per approdare alla matura elaborazione della *Willentheorie* ad opera della dottrina tedesca. Alla base di quel processo, vi è l'affermazione del principio di uguaglianza, quale venne elaborato progressivamente durante tutto il secolo diciannovesimo in modo che potesse svolgere il ruolo di idonea cinghia di trasmissione, entro il quadro ordinante del diritto, dei valori propri della società borghese e liberale uscita vincitrice dalle vicende della Rivoluzione francese.

Autonomia della volontà e principio di libertà che ne costituisce il fondamento proiettano i privati all'interno di quel contesto di relazioni economiche e sociali conosciuto con il nome di mercato. I connotati contemporanei di questo luogo di incontro della domanda e dell'offerta vengono

ad essere progressivamente sempre meglio definiti ad opera delle dottrine economiche e giuridiche elaborate già nel corso del diciannovesimo secolo, e poi, in modo sempre più incisivo, nel secolo successivo. Sono esse a sospingere il legislatore verso un intervento normativo che progressivamente, fra Otto e Novecento, perde i caratteri della marginalità per divenire invece centrale attraverso un intervento sistematico sul terreno della concreta operatività dei soggetti economici.

L'azione del legislatore che opera nella prima fase della contemporaneità gravita attorno ad una concezione del diritto generale dei contratti intesa come il quadro regolatorio destinato a dare forma di accordo alle volontà individuali delle parti contraenti: la centralità nella definizione del giusto assetto degli interessi resta appannaggio dei privati (tanto che acutamente Carlos de Cores ricorda, a questo proposito, la sintetica formula elaborata da Alfred Fouillée, nel tardo Ottocento, *qui dit contractuel, dit juste*)⁶, considerati appunto come i titolari del potere di definizione del migliore assetto dei propri interessi, realizzato attraverso la espressione la più libera possibile delle rispettive volontà individuali. De Cores chiarisce assai bene come, in effetti, sia l'intero diritto civile ad assumere un carattere schiettamente consensualistico, ad esito, prima, della riflessione degli esponenti della scuola del moderno diritto naturale (specialmente di quelli di ambiente protestante), tra sedicesimo e diciottesimo secolo, e quale effetto della matura e solida costruzione dogmatica edificata dai pandettisti tedeschi dell'Ottocento, poi.

È nella fase terminale di questo processo che si consolida quella visione dell'uomo robustamente individualista, i cui capisaldi erano stati posti dai giusnaturalisti inglesi e da quelli di area germanica. È tuttavia nelle costruzioni dogmatiche realizzate dalla Seconda Scolastica che è possibile scorgere i primi segnali dell'avvio di quell'itinerario: sono infatti i suoi esponenti che, in modo apparentemente impercettibile, iniziano ad accostare al modello antropologico personalistico che aveva calcato da protagonista la scena del diritto medievale, un profilo individualistico nel disegnare la soggettività giuridica. È a partire dalle riflessioni teoriche di quei giuristi che sarebbe divenuto così possibile, anche se per niente semplice, sostituire alla persona (con i suoi rapporti familiari, sociali, economici, che la rendevano parte di un complesso sistema relazionale connaturato alla sua esistenza) l'individuo, quale figura dotata di una soggettività tutta centrata su di una nuova finalità dell'esistenza, ossia «lo svolgimento più esteso ed armonico possibile di tutte le sue facoltà», sì che, come scriveva appunto Wilhelm von Humboldt nel 1792, l'uomo non possa desiderare «uno stato diverso da quello nel quale il singolo goda della più completa libertà di sviluppare in sé e intorno a sé la propria personalità». L'individuo diviene così entità fondante di un cosmo, in cui esso stesso rappre-

⁶ Cfr. *infra*, 50.

senta il valore orientativo fondamentale dell'intero movimento della realtà. Ne troviamo efficacissima rappresentazione in John Stuart Mill (*Della Libertà*, 1859):

«il libero sviluppo dell'individualità è uno degli elementi essenziali del bene comune, che non solo è connesso a tutto ciò che viene designato con i termini di civiltà, istruzione, educazione, cultura, ma è di per sé stesso parte e condizione necessaria di tutti questi valori».

Come è agevole comprendere, quello appena descritto, è un cosmo modellato integralmente sull'individualità come categoria portante dell'esperienza: gli individui sono essi stessi microcosmi hobbesianamente destinati a rimanere isolati senza il diritto. Di quel mondo ad impronta individualistica, il diritto (il diritto dei contratti, in particolare) diviene perciò lo strumento fondamentale perché ogni uomo possa entrare in rapporto con l'altro uomo secondo una connotazione tutta artificiale della dinamica relazionale. Di tale architettura la teoria generale del contratto sarebbe divenuta la chiave di volta. Si legga Kant e, in particolare, quella famosissima espressione destinata a divenire uno dei paradigmi più rappresentativi della lettura moderna del rapporto fra diritto e libertà:

«qualsiasi azione è conforme al diritto quando per mezzo di essa, secondo la sua massima, la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro secondo una legge universale».

Puntualmente Carlos de Cores sottolinea come dietro la moderna teoria generale del contratto vi sia una ben precisa visione del mondo ⁷, i cui caratteri possono essere ricondotti a quelli qui assai succintamente tracciati; di quel cosmo la lettura kantiana della funzione del diritto poneva le condizioni per una regolazione delle volontà individuali che costituisse la definizione autoritativa dell'interazione delle libertà e (con l'adozione di una chiave di lettura sistematica) per una costruzione delle fonti del diritto dei contratti coerente con la concezione individualistica dell'uomo. Si tratta, in effetti, di un sistema regolatorio destinato a durare a lungo, nel tempo, ed a riflettersi sulla stessa configurazione dei rapporti tra l'uomo e la realtà a lui circostante. Non è data infatti una visione del cosmo a cui non si accompagni una visione dell'uomo e viceversa.

Mi pare che, oggi, sempre più di frequente emerga la percezione, se non la consapevolezza, di una insufficienza di quel modello di uomo e di cosmo e si cominci a riflettere sulla necessità di un suo superamento ⁸.

⁷ Cfr. *infra*, 58 ss.

⁸ Mi limito a richiamare qui due interventi recenti, che ho trovato particolarmente significativi: H. ROSA, *Unverfügbarkeit*, Wien – Salzburg, 2018, e R. MANCINI, *Dialettiche della*

Sul terreno della cultura giuridica, un esempio assai significativo di un mutato atteggiamento nei confronti di taluni modelli di configurazione del rapporto tra i privati e tra costoro e l'autorità regolatrice mi pare possa essere colto nella recentissima pubblicazione di un volume contenente contributi diversi, tutti indirizzati allo studio de *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C. M. Bianca*⁹. Si tratta di un complesso di interventi orientato, come sottolineano i curatori, ad assumere una prospettiva d'indagine che, «invitando a rivisitare la classica lettura che contrappone(va) un diritto privato dell'uguaglianza a un diritto pubblico dell'autorità, si intreccia in modo significativo con le più recenti analisi del “diritto alla regolazione”, nel quale si può oggi scorgere la più compiuta realizzazione di quel “diritto economico dei rapporti di impresa, compenetrazione di tecniche pubbliche e private” già efficacemente tratteggiato nelle pagine di Bianca¹⁰.

Simili ragioni contribuiscono a rendere Mauro Grondona (autore in quel volume di una riflessione su *Potere dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*¹¹ che mi pare particolarmente coerente con i temi qui fatti oggetto di attenzione) consapevole dell'opportunità «di rifondare una teoria delle fonti del diritto adeguata al diritto contemporaneo».

È in tale direzione che, a giudizio di Grondona, il diritto contemporaneo è chiamato a riconoscere la nuova flessibilità che è scaturita dall'incessante incremento dei centri di produzione della giuridicità, tali da rendere evidente, oggi, che «agire individuale e libertà individuale – i poteri dei privati – giocano un ruolo a questi fini molto significativo».

Se questo è il nuovo quadro della relazione tra autonomia dei privati ed intervento normativo pubblico, a mio parere si è allora in presenza di un vero turnaround del sistema di regolazione, indirizzato a superare la tradizionale (e kantiana) dialettica tra libertà dei privati e disposizione autoritativa delle forme tecniche con le quali quelle libertà devono reciprocamente interagire, a favore di un modello che dilata il ruolo regolatorio dell'istituzione (in chiave multilivello, ossia, come indica ancora Grondona: «nazionale; euro-unitaria; sovranazionale; transnazionale»), che si espande per meglio delineare e meglio proteggere quello stesso 'mercato' che, inteso quale ordine giuridico della libertà, è la fondamentale istituzione di una società politica autenticamente aperta». In questo modo, «il diritto contrattuale soprattutto subisce inevitabilmente una forte incidenza ordinamentale, e quindi regolatoria [...]».

paura nella società dell'astrazione, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 1 (2019), 35 ss.

⁹ Volume edito a cura di P. SERENA e A. ZOPPINI, Roma, *TrE – Press*, 2018.

¹⁰ Cfr. *ivi*, 1.

¹¹ Cfr. *ivi*, 5 ss.

Si tratta di considerazioni convincenti, che, se accostate, alla riflessione di Carlos de Cores sui caratteri acquisiti dalla teoria generale dei contratti fra età moderna ed età contemporanea, sollevano immediatamente la questione di una certa quale incoerenza di simile nuova strategia regolatoria con un modello di relazioni intersoggettive ancora fortemente ancorato alla chiave di lettura individualistica otto – novecentesca. È infatti di immediata percezione quanto quella chiave di lettura connoti ancora, in modo persistente, la dialettica fra libertà e norma nel contesto sociale ed economico contemporaneo.

È, forse, a questa persistente cifra della contemporaneità che il giurista (quel giurista che ha ben riposte nella sua cassetta degli attrezzi, accanto ad un solido sapere logico – dogmatico e ad appropriate tecniche argomentative, le doti di ricerca storico – comparatista e di riflessione interdisciplinare che si possono vedere all'opera nel volume di de Cores) deve ora volgere lo sguardo.

È, quello individualistico, un modello ancora adeguato a sostenere le prospettive di rinnovamento delle strutture portanti del quadro regolatorio che sempre più di frequente emergono nelle riflessioni degli esponenti più avveduti della cultura giuridica occidentale? Oppure, non è piuttosto il momento di ripensare al ruolo del giurista quale lettore accorto ed artefice avveduto dell'insieme dei fattori riconducibili nel loro insieme all'area ampia della 'giuridicità', per distendere lo sguardo fino a cogliere l'intera dimensione prospettica che gli può venire offerta da una lettura integrale dell'esperienza dell'uomo occidentale?

Una riflessione importante ed insieme un'indicazione ricca di implicazioni in questa direzione mi pare vengano proprio dalla ricerca di de Cores, specie quando egli rimarca come nella dottrina della Scuola di Salamanca la libertà dell'uomo trovi fondamento integrale nella relazione con Dio. Non un rapporto accessorio ed eventuale, ma dotato di una forza strutturante della libertà dell'uomo.

Gli effetti di simile lettura sul diritto dei contratti sono immediatamente comprensibili.

È, all'evidenza, una considerazione della natura dell'uomo di impronta aristotelico – tomista, che legge l'esperienza del soggetto in termini di rapporto costitutivo fra creatura e creatore.

È ben evidente: il nostro non è certo il tempo per proporre un modello alternativo a quello individualistico che abbia quali attori quelli indicati dalla Seconda Scolastica.

Quello che invece più conta in questa sede, è la possibilità di recuperare dalla storia la traccia di una soggettività giuridica che recuperi la dimensione relazionale come parte integrante e sostanziale di essa: detto in brevità, sostituire all'individuo la persona quale destinatario dell'intervento regolatorio, là dove il profilo antropologico chiamato in causa dall'intervento sia, appunto, quello relazionale e non quello singolare del soggetto

giuridico. Si tratta di una strategia poco o nulla seguita dai diversi diritti dei paesi europei e da quello stesso dell'Unione negli ultimi cinquant'anni.

Del resto, ad inoltrarsi lungo tale cammino induce anche la considerazione, così pertinente ai meccanismi attraverso i quali tende ad operare oggi la regolazione, che «La prescrizione giuridica dipende sempre di più dalla solidità delle ragioni (relative a fatti o a valori) su cui poggia e sempre meno dalla forza imperativa dell'autorità»¹².

Ciò, io credo, in quanto, come scriveva con piglio antiformalista Jean Cruet nei primi anni del Novecento, «Le droit ne domine pas la société, il l'exprime»¹³.

È questa, io credo, la sfida che attende il giurista della nuova contemporaneità, una volta che egli abbia pienamente tratto partito dall'avere attraversato nel corso degli ultimi vent'anni quella postmodernità che intendeva presentarsi come un contesto storico nuovo rispetto al Novecento e che si è rivelata in effetti una buona occasione per lasciarsi definitivamente alle spalle i miti dispensati a man bassa dalla cultura, non da quella giuridica soltanto, durante tutto il secolo drammaticamente segnato dalle due grandi guerre mondiali.

Ed occorre tenere ben presente che, allo sguardo del giurista, nessun valore, per quanto elevato possa essere, appare separabile dall'ordine giuridico destinato a dargli forma, quanto meno, di concreto principio regolatorio.

Soccorre, qui, la limpida indicazione di Francesco Santoro Passarelli, fornita all'atto di interrogarsi sul compito del giurista ancora agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso: tale compito gli appariva essere

«[...] quello di una ricostruzione dell'ordinamento, ispirata a certi valori, valori essenziali della vita umana: valori, però, sentiti all'unisono con l'ordinamento, non valori sentiti soltanto personalmente [...] valori [...] nei quali noi, della nostra generazione, [...] abbiamo creduto e che hanno ispirato la nostra opera di interpreti, sempre rispettando il confine [...] tra giurisprudenza, giudiziaria o teorica, e politica del diritto»,

in quanto «va [...] rigorosamente mantenuto il confine tra giurisprudenza, che è interpretazione, e politica, che è trasformazione del diritto», che è poi anche il punto di separazione ed insieme di intersezione tra diritto in senso formale e diritto in senso materiale.

ALBERTO SCIUMÈ

Brescia, giugno 2020

¹² Cfr. F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, Lectio magistralis di commiato tenuta all'Università di Palermo il 26 novembre 2012 (http://www1.unipa.it/viola/Il_futuro_del_diritto.pdf), 4.

¹³ Cfr. J. CRUET, *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, 336.

NOTA DEI TRADUTTORI

Tradurre espressioni linguistiche che esprimono concetti relativi al diritto è attività non priva d'insidie, al punto d'essere annoverata tra i problemi maggiori della comparazione giuridica¹. Quando l'indagine, com'è nel caso di questo libro, ha ad oggetto il mutevole atteggiarsi di un istituto e, soprattutto, delle sue ricostruzioni dottrinarie entro un ampio orizzonte spaziale ed un ancor più vasto ambito temporale – quando dunque alla comparazione sincronica si aggiunge quella diacronica – quelle insidie, tendenzialmente, si moltiplicano.

Già due secoli fa Carl Savigny, nella sua fortunata opera *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, rimarcava l'affinità corrente tra *Sprache* (linguaggio) e *Recht* (diritto)², ritenendoli entrambi fenomeni spontanei emersi dal crogiolo della *coscienza del popolo*³, stabilizzati dalla consuetudine e, solo successivamente, oggetto di un'elaborazione teoretica.

Al netto della declinazione *völkisch*, posto che il diritto si esprime mediante la lingua, se questa e quello sono effettivamente prodotti specifici di una data cultura, l'oggettiva varietà degli ordinamenti giuridici storici (insistenti o meno su uno stesso territorio geografico) comporta il rischio dell'intraducibilità o della non perfetta traducibilità (di alcune) delle espressioni proprie di qualcuno di essi in quelle proprie degli altri⁴.

All'interno di una medesima esperienza giuridica, peraltro, la variazione delle peculiarità lessicali-semantiche (alle quali appartengono i cosiddetti tecnicismi giuridici) possono essere notevoli, il che complica ulteriormente l'adozione di determinate scelte di traduzione.

Per quanto riguarda i riferimenti alle opere dei secoli XVI-XVIII, pur

¹ Cfr. R. SACCO, *Trattato di diritto comparato. Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 28.

² Cfr. F. C. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, 8-9.

³ Nell'opera citata, Savigny utilizza il termine "*Bewusstsein des Volkes*". Solo negli scritti più tardi ricorrerà al concetto romantico, e più noto, di *Volksgeist*.

⁴ Non si intende qui alludere ai complessi problemi posti dal c.d. *legal transplant*, dei quali quello della traduzione è solo uno tra molti.

nel contesto di una *respublica iurisconsultorum* che aveva risentito, quanto ad unità culturale, degli effetti della Riforma, l'armamentario tecnico-concettuale impiegato nelle fonti era ancora riconducibile all'esperienza ed alla cultura del diritto comune. Esperienza entro la quale, complice l'uso del latino, le idee – e la terminologia tecnica mediante la quale venivano espresse – continuavano a circolare a livello europeo (ed oltre, come attestano le opere iberoamericane). La traduzione di tale tipo di fonti non ha quindi posto particolari problemi allorché si è trattato della loro comparazione. Quando però il confronto ha interessato le fonti d'Età moderna con quelle della (ed i riferimenti alla) Età contemporanea si sono profilate criticità che hanno richiesto maggior attenzione.

La dinamica della monopolizzazione della dimensione giuridica da parte dello Stato, avviatasi a partire dalla prima Età moderna e divenuta tratto peculiare dei sistemi giuridici continentali dall'inizio dell'Ottocento⁵ ha infatti concorso, con l'abbandono del latino quale lingua franca, all'effettiva frammentazione della cultura giuridica.

Peraltro, quando gli stati nazionali dotati di una propria lingua hanno concepito altrettanto propri sistemi giuridici, la circolarità del rapporto tra il *loro* diritto e la *loro* lingua, nei termini dell'influenza dell'uno sull'altra e viceversa, ha determinato un effetto di chiusura verso l'esterno e quindi, sul piano generale, la divergenza delle singole esperienze giuridiche dal precedente comune modello.

Tuttavia, pur nell'assenza formale di referenti univoci che fungessero da punto di riferimento per orientare la traduzione, l'universalità che connota il contratto – quale precipua veste giuridica della relazione economica tra gli uomini – e le teorie che lo riguardano ha consentito di superare a tale apparente mancanza.

E la stessa impostazione che l'autore ha dato alla propria opera – e con il quale molte scelte terminologiche sono state condivise – ha consentito di risolvere agevolmente i problemi ordinariamente posti dal variare dei significati da un'esperienza all'altra, sia in ambito temporale che spaziale.

Laddove necessario, la periodizzazione è stata adattata alle convenzioni storiografiche familiari al pubblico europeo.

Con riguardo alla citazione delle fonti, comprese quelle in lingua latina ed in antico castigliano, si è rispettata la scelta dell'autore di fornirne la traduzione diretta; scelta che, del resto, appare coerente con il suo stile narrativo e comunque funzionale al proposito che egli ha dichiarato di porsi: quello di recuperare lo spirito in funzione di una loro piena utilità

⁵ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, *passim*; ID., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 129-140; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, *passim*.

nel presente, con l'obiettivo di stimolare attivamente la costruzione dogmatica dell'attuale e futuro diritto contrattuale.

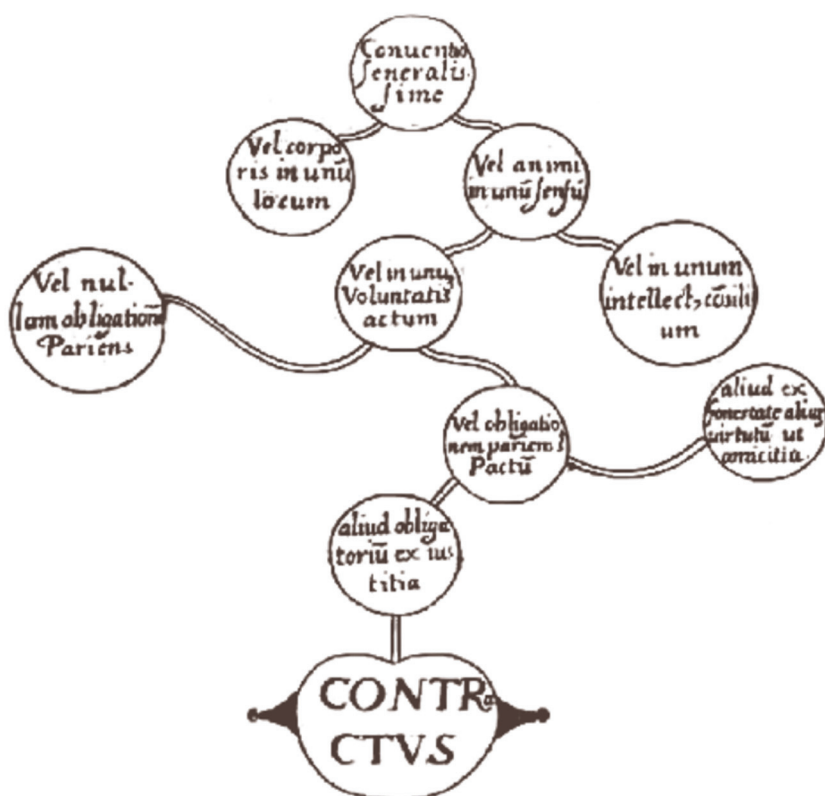
Particolare attenzione è stata prestata anche alla conservazione della struttura argomentativa adottata dell'autore e, in particolare, al rispetto del suo modo di costruire il fraseggio e d'incorporarvi armonicamente le fonti.

ALAN SANDONÀ

SIMONA CAULI

LA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO UNA PROSPETTIVA STORICA

di *Carlos de Cores*



PREFAZIONE

È per me doveroso spendere qualche parola preliminare a questa edizione in lingua italiana di *“La teoría general del contrato a la luz de la historia”*, al fine di evidenziare il significato che essa riveste nella mia esperienza.

Si tratta, in effetti, di una realizzazione che considero tra le maggiori della mia vita accademica. Innanzitutto, per quello che porta con sé l’espansione delle proprie idee oltre la sua espressione nella propria lingua madre; ma anche – ed è fondamentalmente in questo caso – per il particolare significato che la lingua ed il diritto italiano hanno per il diritto civile del mio paese.

Il 9 settembre 2008, a Montevideo, nell’Aula Magna dell’Università Cattolica, il mio maestro Jorge Gamarra tenne una lezione magistrale sull’influenza del diritto italiano sul diritto civile uruguayano, sottolineando come «a partire dalla seconda metà del XX secolo ... [sia] cominciata la “italianizzazione” del diritto uruguayano delle obbligazioni»; fenomeno che egli definì come «quel flusso di conoscenze ... che penetra profondamente negli studi dei civilisti uruguayani, costituisce una parte preponderante del programma di insegnamento, si riflette nei libri e nelle monografie e finisce col fungere da fondamento per le sentenze dei nostri giudici ... movimento (che) non può che andare in una sola direzione, trattandosi dell’Italia, culla del diritto, e dell’Uruguay, un paese che comincia a scrivere le sue prime lettere».

La circostanza che quest’opera sia pubblicata in Italia ha quindi il valore di tributo dal discepolo al maestro ed implica, in qualche maniera, l’onore di rappresentare tutta la dottrina uruguayana, nel momento di restituire all’Italia almeno una piccola parte di quanto ricevuto.

Evidentemente, il contributo scientifico che questo lavoro può recare al dibattito sulle idee riguardanti il diritto contrattuale in Italia oggi è minimo, quasi insignificante, se paragonato a quello immenso che la dottrina italiana ha apportato all’Uruguay.

Ma ovviamente non si tratta di uno scambio commerciale.

Come affermò Gamarra nell’Aula Magna, quando l’Italia offre qualcosa, «non è che cerchi di ricevere qualcosa in cambio, la sua grandezza non lo consente; vale il solo atto di voler dare». È per questa ragione che San Francesco termina la sua *Preghiera semplice* con queste parole:

«Poiché:

Se è: Dando che si riceve».

È infatti nell'atto di donare che riceviamo, e questo è ben noto ai civili-
sti italiani che hanno vissuto per trasmettere a piene mani i loro insegna-
menti. La presenza di quest'opera sugli scaffali delle librerie italiane non
può, quindi, avere il significato di una controprestazione sinallagmatica;
bensì quello della testimonianza di un lavoro svolto cercando d'essere de-
gno dei doni ricevuti; della naturale reazione di uno spirito riconoscente
che cerca di restituire al suo benefattore.

Sempre alludendo a questa dinamica di gratuità, dedico le parole finali
al mio amico Alberto Sciumè, causa efficiente di questa edizione italiana,
che non può essere attribuita ai meriti intrinseci dell'opera, ma alla sua per-
severante deferenza.

Per questo motivo non trovo immagine migliore di quella del buon sa-
maritano quando, dopo aver raccolto l'uomo abbandonato sul ciglio della
strada, dà due monete al locandiere dicendogli: «Abbi cura di lui, e per qual-
siasi spesa aggiuntiva, ti pagherò al mio ritorno».

Sciumè mi ha incontrato quando ero un giovane avvocato interessato
al diritto civile in un lontano paese, vicino alla fine del mondo; da allora
ho potuto godere della sua amicizia e del suo sostegno. Insieme ad un al-
tro grande amico, l'illustre civilista Enrico Gabrielli, mi ha aperto le porte
della vita universitaria italiana, permettendomi di familiarizzare con il suo
monumentale diritto civile e di accedere ai libri ed ai documenti che con-
tengono quella tradizione millenaria che fa dell'Italia la *sedes sapientiae* del
diritto civile.

È stato lui ad organizzare la traduzione in italiano di questo libro – ren-
dendo così possibile la prima edizione da me conosciuta di un'opera giuri-
dica uruguaiana in una lingua diversa dallo spagnolo, tranne "*Los manda-
mientos del abogado*", dell'insigne maestro uruguaiano Eduardo J. Couture.

Ancora lui, si è occupato con grande attenzione della presente edizione,
rivedendone attentamente – insieme al collega Alan Sandonà – fino all'ul-
tima virgola (e trovando, ovviamente, molteplici imperfezioni che erano sta-
te trascurate nelle due precedenti edizioni in lingua spagnola).

Le mie ultime parole sono quindi di ringraziamento per Alberto Sciumè
e di affermazione del valore e dell'attitudine dell'amicizia per rendere pos-
sibili i sogni.

CARLOS DE CORES HELGUERA

Montevideo, febbraio 2020

PREFAZIONE ALL'EDIZIONE URUGUAIANA

Questo libro contiene un compendio dell'opera "*Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*", pubblicata nel 2015, che a sua volta riproduce, in sostanza, la tesi di dottorato sulle origini storiche della teoria generale del contratto che ho discusso presso l'Università Pontificia Comillas di Madrid nell'anno 2014, per ottenere il titolo di Dottore di ricerca.

I requisiti del genere letterario dottorale impongono lo sviluppo di svariate tematiche, con un'estensione ed un approfondimento spesso inadeguati ai fini di un'effettiva divulgazione.

Il maestro domenicano Tomás de Mercado affermò che una tesi accademica non può essere portata avanti «se non ci si mette un tocco di eloquenza ed eleganza vestendola di argomenti e ragioni, con qualche tocco di antichità». Tuttavia, aggiunge, «vestita di tutti i suoi vestiti, che sono l'efficacia delle ragioni su cui si fonda e l'autorità dei "dottori" che la affermano, occupa così tanto con la sua corpulenza, ... che a fronte del titolo di perfetta ed elegante che ottiene, perde quello di utile, e non è possibile mostrare la verità trovata a molte persone»¹.

Il presente lavoro cerca di superare questo inconveniente, prescindendo dall'analisi di molte questioni, ma concentrando lo studio esclusivamente sul tema dell'origine storica della teoria generale del contratto e sintetizzandone gli sviluppi.

Forse il libro che si offre al lettore in questa occasione risulta ancora di notevole estensione. Ma ciò viene giustificato dalla voglia di presentare, più che un discorso personale, parecchi frammenti di opere originali.

Come affermò l'uruguayano José Sánchez Fontans, il cuore dell'università risiede nella formazione dello spirito critico, che si ottiene solo se il docente pospone le proprie posizioni personali, offre allo studente la possibilità di familiarizzarsi direttamente con le fonti di conoscenza, formando autonomamente la propria opinione. Usando le parole del grande pedagogo che fu San Ignacio de Loyola, «la persona che contempla, cogliendo il vero fondamento della storia, riflettendo e ragionando da sola, e trovando qualcosa che gliela faccia un po' più chiarire o sentire, ... ricava mag-

¹ T. DE MERCADO, *Summa de tratos y contratos*, Sevilla, 1571, *Prólogo*.

gior gusto e frutto spirituale di quanto non ne troverebbe se chi dà gli esercizi avesse molto spiegato e sviluppato il senso della storia; infatti, non il molto sapere sazia e soddisfa l'anima, ma il sentire e gustare le cose internamente»².

Se questo libro servirà a tale scopo, potrò rallegrarmi di essere sul cammino tracciato dal mio maestro Jorge Gamarra, che mi ha insegnato che la docenza universitaria non consiste nel trasmettere delle verità, ma nel motivare gli altri a scoprirle da soli.

Montevideo, giugno 2017

² SANT' IGNAZIO DI LOYOLA, *Esercizi Spirituali*, annotazione seconda.

PROLOGO

SOMMARIO: I. Considerazioni introduttive. – II. La scuola di Salamanca e la teoria generale del contratto. – III. Funzione sociale della forma discorsiva sul contratto in generale. – IV. Portata e finalità del lavoro.

I. *Considerazioni introduttive*

Uno sguardo panoramico alle norme contrattuali proprie dei paesi appartenenti alla tradizione di *civil law* rivela in modo evidente e immediato una costante nella sistematizzazione della materia trattata dai Codici civili: esiste una separazione tra una “*Parte Generale*”, che tratta questioni astratte sul *contratto in generale*, come la sua definizione, i suoi elementi essenziali, le sue categorie, i suoi effetti o le sue patologie; e una “*Parte Speciale*”, che descrive il regime giuridico di vari contratti tipici come la vendita, la permuta, la donazione, la cessione di crediti o diritti ereditari, la locazione, l'appalto, la prestazione d'opera, il mandato, il deposito, la società, il mutuo o la fideiussione.

Il moderno diritto contrattuale sarebbe semplicemente incomprensibile se non si facesse ricorso alla figura concettuale del *contratto in generale*, cioè del contratto in astratto, come concetto separato dalle varie figure tipiche, speciali, che i Codici civili chiamano “contratti nominati” per il fatto di possedere, ciascuno di essi, un proprio nome stabilito dall'ordinamento giuridico.

Orbene: il discorso sul *contratto in generale* definisce il passaggio dal vecchio al nuovo diritto contrattuale, poiché la comparsa nella storia di questa forma discorsiva, nel richiedere la fissazione della definizione astratta del contratto, sottolinea l'importanza dell'elemento volontario, rafforzando il principio *consensualistico*, che rappresenta la chiave di volta del diritto contrattuale moderno.

La figura del *contratto in generale* e il principio *consensualistico* sono i due pilastri che sostengono la c.d. teoria dell'autonomia della volontà, su cui si articola in maniera chiara e ordinata il diritto contrattuale moderno.

II. La scuola di Salamanca e la teoria generale del contratto

Il presente lavoro si interroga sull'origine storica della teoria generale del contratto. Secondo la tesi che qui viene sostenuta, la teoria generale del contratto costituisce un prodotto dell'Età moderna che origina dalla scolastica di San Tommaso, si arricchisce con il florido processo di apertura umanistica dei secoli XVI e XVII ed ha compimento con la seconda scolastica o tarda scolastica spagnola, tramite la formulazione fattane dagli autori della Scuola di Salamanca e soprattutto dai gesuiti, secondo la loro particolare spiritualità e visione dell'uomo e del mondo.

La scuola di Salamanca ha la peculiarità di essersi sviluppata così sia in Europa – dove spiccavano i nomi dei gesuiti Luis de Molina, Juan de Lugo e Leonardo Lessio – sia in America Latina – a partire dai rudimenti che si ritrovano nelle opere dei domenicani Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz e Francisco García, che insegnarono diritto contrattuale in Messico – fino ad arrivare alla costruzione di una teoria generale del contratto molto completa, formulata per la prima volta in forma emblematica, nell'opera *De contractibus* del gesuita spagnolo Pedro de Oñate, in particolare nel tomo I, "*De contractibus in genere*", pubblicato a Roma nel 1646, ma elaborato e scritto a Córdoba e Lima, dove Oñate fu professore.

III. Funzione sociale della forma discorsiva sul contratto in generale

Il già citato domenicano Tomás de Mercado, maestro salamantino, ha riassunto, probabilmente nella miglior maniera, il senso di un'antropologia trascendente che è alla base degli studi d'Età moderna sul contratto, affermando che

«chiunque si occupi di esercitare la contrattazione (è esposto) a due mali molto gravi e perniciosi ... che sono inevitabilmente legati a tale pratica. Il primo, un profondo oblio di Dio e delle cose spirituali. Perché occupa così tanto lo spirito con il suo tragico trambusto che si distrae totalmente e si distoglie da sé stesso. Il secondo – che deriva dal primo – che si commettono e frequentano molti vizi. Perché un uomo vuoto di Dio (che è solo bontà) non può non ricevere e persino riempirsi di tanto male»¹.

Questa concezione implicava la necessità di teologi esperti, che dovevano assistere la coscienza dell'individuo nella determinazione dei principi generali del diritto contrattuale e nella sua applicazione a casi concreti.

¹ Cfr. T. MERCADO, *Summa de tratos y contratos*, cit., *Capitulo tercero. Del grado que tiene el arte del Mercader en las cosas morales*, c. 22v.

Questa necessità è ciò che spiega l'apparizione di una moltitudine di summe e manuali di confessori e penitenziali che contengono capitoli su temi contrattuali, la cui presenza risale praticamente sin dall'apparizione della macchina da stampa.

In una seconda fase, il genere delle summe e dei manuali lascia il posto ai trattati, opere più ampie e dall'aspetto sistematico.

Secondo le informazioni raccolte, è l'elaborazione di un discorso teorico di carattere giuridico, ma di natura pastorale, destinato alla cura delle anime, alla pratica del sacramento della Penitenza, ciò che muove i grandi autori della Prima Compagnia di Gesù verso la costruzione dei suoi ampi trattati *de iustitia et iure* e *de contractibus*, che rappresentano la sintesi delle tradizioni conoscitive e normative che rendono possibile la creazione della moderna teoria generale del contratto.

IV. *Portata e finalità del lavoro*

Uno sguardo al passato del pensiero sul contratto è un compito rischioso, prima di tutto dal punto di vista scientifico, perché non è possibile dar conto, in maniera rigorosa, di duemila anni di storia delle teorie sul contratto in poche centinaia di pagine. È doveroso, dunque, chiarire, prima di tutto, che il lavoro offerto al lettore non rivendica esaustività o completezza. Altro non è che un saggio di riflessioni, condotto nell'esercizio del diritto fondamentale che può vantare ogni ricercatore di scienze sociali di sostenere con argomentazioni ipotesi di lavoro che derivano da esperienze e scelte personali debitamente motivate.

In secondo luogo, perché la presentazione dei risultati della ricerca potrebbe essere interpretata come un desiderio reazionario di ritorno al passato, come espressione di nostalgia verso un mondo scomparso, dando ad intendere una posizione di rifiuto o distacco degli enormi cambiamenti verificatisi nella storia sociale, economica, politica e culturale. Esattamente l'opposto; questo percorso nel passato non è un ostacolo per riconoscere questi cambiamenti ma piuttosto un punto di partenza per affermare con tutta l'enfasi necessaria, che, dopo l'emancipazione avvenuta attraverso il razionalismo, non è possibile, in una società secolarizzata come la nostra, ottenere l'ampio consenso sulla maggior parte dei temi filosofici e teologici che era proprio dei secoli passati, ma è necessario convivere in un ambiente pluralista di tolleranza e reciproca comprensione.

Proprio il messaggio più chiaro e speranzoso che ci mette a disposizione il ricorso ai classici della tradizione gesuita sta nel fatto che questa scuola di pensiero – che ha saputo comprendere con precisione e porre in evidenza il mistero centrale della libertà dell'Uomo – appare idonea ad articolare un dialogo sui problemi quotidiani con coloro che hanno altre con-

cezioni dell'uomo e del mondo e non condividono la stessa fede, ma sì la convinzione della centralità della libertà dell'uomo.

Sono la squisita indipendenza di giudizio rispetto all'ordinamento giuridico statale, e l'ancoraggio del diritto contrattuale a una visione trascendente dell'uomo, ciò che conferisce originalità alla scuola di Salamanca, alla tradizione gesuita e in particolare – per ciò che interessa l'oggetto di questo lavoro – al trattato *De contractibus* de Pedro de Oñate. Da sempre, il contratto è stato per l'uomo un modo per conquistare il mondo. Lo sguardo alla tradizione gesuitica ci ricorda semplicemente che è inutile che l'Uomo riesca a conquistare il mondo, se si perde o reca pregiudizio a sé stesso.

Soprattutto, ciò che deve essere chiaro è che la riscoperta di quell'opera, nello stesso modo in cui avviene con il restauro di un dipinto o di una scultura, non ha altra pretesa che fornire un servizio alla nostra cultura contemporanea.

INTRODUZIONE

IDENTIFICAZIONE DEL TEMA. RILEVANZA DELL'INDAGINE

SOMMARIO: I. Importanza del contratto come istituzione sociale. – II. Carattere universale della teoria del contratto. – II.1. Crisi del fondamento della forza vincolante del contratto. – II.2. Crisi dell'idea del contratto in generale come categoria unitaria. – III. Le ragioni d'una riflessione retrospettiva sull'idea di contratto. – IV. Verifiche iniziali. – V. Importanza della Scuola di Salamanca e degli autori della prima Compagnia di Gesù. – VI. La teoria generale del contratto nella Seconda Scolastica, nella Scuola di Salamanca e nella tradizione gesuitica come interfaccia tra la vecchia e la moderna concezione del contratto. – VII. Dialogo metodologico tra dogmatica civilistica e storia del diritto. – VIII. Pietre miliari del lavoro.

Ciò che ci si propone è condurre un'indagine con l'intenzione di inserire la teoria generale del contratto in una prospettiva storica, prestando particolare attenzione alla sua origine, con l'obiettivo di arricchire l'attuale dibattito sul suo significato. L'indagine risulta essere rilevante in base a diverse considerazioni.

I. Importanza del contratto come istituzione sociale

L'importanza del contratto – intendendosi tale termine nella sua accezione generale, come scambio volontario di beni o servizi – è innegabile. Contratto, proprietà e responsabilità appaiono come i veri pilastri del diritto privato patrimoniale. Il mercato, elemento centrale delle economie contemporanee, non rappresenta altro che l'ambito del contratto.

Come afferma Neto Lobo, il contratto tinge di una veste giuridica i fatti quotidiani¹. Il titolo stesso dell'opera di Gaio, *De rerum cottidianarum*², che raccoglie ed amplia la regolamentazione del contratto rispetto a quella

¹ Cfr. P.L. NETO LÔBO, *Contrato e mudança social*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 722, ano 84, dezembro 1995, 40, 44.

² Cfr. GAIO, *De rerum cottidianarum sive aureorum*, libri VII.

contenuta nelle sue *Istituzioni*, mostra chiaramente come il contratto sia stato sempre ubicato al centro del traffico, del commercio quotidiano della vita, nel senso dello scambio di tutti i giorni; di quello scambio che, per l'uomo, costituisce una condizione di esistenza.

Questo carattere essenziale del contratto come istituzione costituente e costitutiva della rete di relazioni con la società civile fu rilevato molti secoli fa. Aristotele stesso, nella sua *Etica nicomachea*, affermava che la necessità è il legame comune della società, e che i contratti non esisterebbero se gli uomini non avessero dei bisogni³. Il taglio storico che daremo a questo lavoro fa sì che non risulti improprio citare qui una vecchia riflessione di Bartolomé de Albornoz nel suo libro *Arte de los contractos*, che mostra come il contratto stia alla base della società civile:

«... così come la materia degli atti di ultima volontà che si tratterà più avanti, è più sottile e di più alto livello di quella contrattuale, non si può negare all'ambito dei contratti, che è più comune e più praticabile dall'uomo e ancora più naturale per lui. ... non conosciamo né abbiamo visto nessuno che non effettui contrattazioni per comprare, vendere, permutare, locare, dare in deposito, o stipulare altri contratti, in maniera più o meno perfetta a seconda dell'ingegno di ogni persona ... questa parte dei contratti è la più naturale esistente nel genere umano e – ovunque e comunque – viene effettuata allo stesso modo, tra persone che non si capiscono mediante la lingua ma grazie ai gesti. E come è più naturale, è il meno mutevole, il meno soggetto a modifiche e alterazioni rispetto alle altre branche del diritto civile, perché ... l'essenza dei contratti, che costituiscono il diritto delle genti, è sempre stata la stessa in tutti i popoli, tempi e luoghi, poiché, sebbene nella qualità si possa verificare qualche cambiamento, nella sua essenza ciò non è possibile»⁴.

Quest'importanza del contratto nella vita sociale spiega il rilievo che tradizionalmente è stato dato all'insegnamento del diritto contrattuale nei piani di studio di tutte le facoltà giuridiche.

II. Carattere universale della teoria del contratto

Nel diritto civile, inteso come l'insieme delle regole di diritto positivo, della giurisprudenza e della dottrina che disciplinano le relazioni basilari degli uomini in società, le teorie – ossia le spiegazioni razionali che organizzano sistematicamente ampie categorie dell'ordinamento⁵ – occupano un posto importante. Questa è una caratteristica comune alla cultura giu-

³ Cfr. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco*, Buenos Aires, 1942, 152.

⁴ Cfr. B. DE ALBORNOZ, *Prólogo, Arte de los contractos*, libro Primero, Valencia, 1573.

⁵ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, 14-15. Cfr. *infra*, I.1.2.

ridica dell'Europa continentale e dell'America Latina, in modo che, sebbene i nostri paesi presentino diversi diritti positivi, la scienza giuridica civilistica può proporre generalizzazioni valide in tutti i suoi ambiti.

In effetti, de Castro sottolinea che

«... in tutti i paesi ci sono regolamentazioni diverse, ma su di esse influiscono parallele tendenze ideologiche, politiche e di varie scuole giuridiche. Si può, dunque, parlare di una certa internazionalizzazione della cultura giuridica ... la scienza, inclusa quella giuridica, come sistematizzazione dei saperi, non conosce confini. Nei diversi paesi possono essere osservate tendenze analoghe, cause simili e formulazioni somiglianti tra loro»⁶.

Questa considerazione di de Castro è di grande importanza e ci permettiamo di richiamarla ora poiché corrobora la validità scientifica di un lavoro che, come il nostro, ha lo scopo di trarre conclusioni universali sullo stato attuale della teoria contratto in generale.

II.1. *Crisi del fondamento della forza vincolante del contratto*

Nell'attualità, lo sviluppo di un pensiero generale sul contratto deve necessariamente partire dalla constatazione che – come conseguenza della comparsa e sviluppo della disciplina delle relazioni di consumo – quella che potremmo chiamare teoria classica del contratto, non è stabile, ma in crisi.

In primo luogo, constatiamo una crisi del concetto stesso di contratto, associata alla discussione sull'importanza che, per l'istituto contrattuale, riveste il c.d. principio dell'autonomia della volontà, che originariamente costituì il fondamento esclusivo della forza vincolante del contratto e formò il nucleo di significato della teoria che denominiamo classica del contratto, e che è stato oggetto di diverse domande.

Sempre nella penna magistrale di Federico de Castro⁷ possiamo trovare una sintesi di questa problematica nei seguenti termini:

«In relazione alla portata del principio dell'autonomia della volontà, occorre osservare la contrapposizione di due correnti fondamentali e opposte. Da una parte, una serie di correnti di ideologia liberale, che proclama il criterio del *laissez faire* e predica la separazione tra diritto ed etica».

Afferma il maestro:

«... i mercantilisti concentrano la loro attenzione sull'impresa e rifiutano ogni intervento giudiziario sulla validità dei contratti ... il neoliberismo insiste

⁶ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, in *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1982, 990, 991.

⁷ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas*, cit., 987 ss.

nel ridurre al minimo la valutazione giuridica dei rapporti contrattuali ... si postula la subordinazione dell'ordinamento giuridico all'ordine economico ... da tutto ciò si dedurrà il carattere assoluto del principio *pacta sunt servanda*.

In una direzione radicalmente opposta, si è pensato e sostenuto che l'autonomia della volontà ha limiti intrinseci, secondo la sua stessa natura giuridica. Criterio che, in maniera più o meno dichiarata o decisa, è stato difeso da molti autori, si manifesta nelle sentenze dei tribunali e si riflette in diverse leggi recenti, in difesa dei consumatori o della parte contraente più debole. Su questa linea, si ritiene che i giudici, i giuristi, i pubblici poteri in generale non possano essere neutrali e prestare la loro collaborazione all'adempimento di un contratto, qualunque sia il suo contenuto. Quando una parte contraente chiede che si obblighi la controparte ad adempiere a ciò che ha promesso, è già una questione per i poteri pubblici ...; sorge quindi la domanda: i poteri pubblici, in particolare i giudici, possono imporre l'adempimento di condizioni, clausole o patti che risultino in maniera evidente iniqui o leonini? Se la domanda ha una risposta affermativa – si conclude – non si potrà qualificare l'operato del giudice come incarnazione della giustizia, né lo Stato come Stato di diritto»⁸.

Non si tratta, come si vede, di piccole differenze o sfumature, ma di profonde divergenze che riguardano le idee centrali della teoria del contratto.

Nel suo lavoro sulla giustizia contrattuale, Alioto si riferisce alla tensione dialettica tra due tesi diverse che possono apparire in conflitto tra loro. Da un lato, il principio *pacta sunt servanda*, secondo il quale è d'obbligo adempiere rigorosamente il contratto, posto che le parti contrattuali così hanno voluto e hanno prestato il loro consenso in base ai loro interessi e preferenze, e nelle condizioni più adatte alle esigenze del singolo caso concreto. Dall'altro lato, il principio di *reciprocità negli scambi*, che porta ad affermare che il fondamento della validità del contratto non risiede solo nella volontà delle parti ma anche e soprattutto nella realizzazione della dovuta uguaglianza secondo la struttura concreta di ogni negozio e l'intenzione delle parti contraenti. Pertanto, è necessario stabilire il significato preciso di ogni principio⁹.

II.2. Crisi dell'idea del contratto in generale come categoria unitaria

In secondo luogo, siamo anche testimoni di una crisi della teoria del contratto considerato in generale, come un'astrazione dei tipi speciali di contratto.

Per capire quest'aspetto della crisi è necessario riconoscere previamente che, nei trattati e manuali di diritto civile, la tematica contrattuale si sviluppa su due livelli: un livello di teoria generale – dove sono contenute le

⁸ *Ivi.*, 989.

⁹ Cfr. D.G., ALIOTO, *La justicia de los contratos* (Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino"), Buenos Aires, 2009, 29.

definizioni e disquisizioni analitiche sul contratto in generale – ed un secondo livello, di esposizione della disciplina delle diverse tipologie di contratto (compravendita, permuta, donazione, ecc.); struttura che coincide, grosso modo, con la sistematica che seguono i Codici civili per trattare la materia, distinguendo una Parte Generale e una Parte Speciale del diritto contrattuale.

Prendiamo le mosse, dunque, dalla doppia affermazione secondo cui sia il concetto comune di contratto – definito come accordo della volontà produttivo di effetti giuridici – sia la teoria generale del contratto, sono in crisi.

III. *Le ragioni d'una riflessione retrospettiva sull'idea di contratto*

I dubbi che suscita l'attuale discussione sulla crisi dei contratti possono essere affrontati da molteplici punti di vista e attraverso varie metodologie. L'obiettivo specifico di questo lavoro è quello di fornire uno sguardo retrospettivo, ossia indagare sulla storia dell'idea del contratto, al fine di trovare degli input per il dibattito attuale.

Già nel 1982, nell'articolo citato¹⁰, Federico de Castro y Bravo aveva suggerito la possibilità di una simile impresa, affermando:

«... il diritto dei consumatori, che è indubbiamente un movimento innovatore nel diritto, comporta piuttosto un ritorno alla natura propria e tradizionale del contratto, sconosciuta alla concezione liberale prevalente fino ad allora».

L'idea sottesa a tale affermazione di de Castro y Bravo, ricordata più recentemente da Díez Picazo¹¹, suggerisce un certo movimento pendolare nelle concezioni del contratto che, a partire dal concetto che De Castro chiama «tradizionale» – che dà priorità al principio di protezione della parte debole del rapporto contrattuale, focalizzando, quindi, l'attenzione sull'aspetto dell'equilibrio che è alla base dell'idea di contratto –, sarebbe mutato verso una concezione «liberale» – che avrebbe sostituito quel punto di vista con un altro focalizzato sul rispetto quasi esclusivo della libertà delle parti – per arrivare infine al concetto «restauratore», contraddistinto dalla questione relativa ai rapporti di consumo, che in realtà implicherebbe – secondo il maestro spagnolo – la reiterazione di un'esperienza giuridica già vissuta.

¹⁰ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas*, cit., 1068.

¹¹ Cfr. L. DIEZ-PICAZO, *Contratos de consumos y derechos de contratos*, in *ADC*, vol. 59, n. 1, 2006, 12.

De Castro è molto chiaro nel sostenere che

«... il cosiddetto diritto dei consumatori, noto altresì come diritto della protezione e difesa dei consumatori, sebbene appaiano come termini che si riferiscono a qualcosa di assai nuovo nel campo del diritto – così tanto che il suo moderno benvenuto, ampio ed entusiasta, ha fatto persino dubitare del suo fondamento e delle sue radici ed affermare che si tratta di una “nuova moda giuridica” – non costituiscono delle tendenze passeggiere, senza radici, come quelle delle mode, dovendo piuttosto ammettersi che nel diritto privato ha rappresentato un movimento restauratore, o più precisamente, un ritorno alla natura propria, tradizionale, del contratto, sconosciuta alla concezione liberale, prevalente fino ad ora»¹².

Un'intuizione simile è stata espressa in Uruguay da Juan Blengio, che, in occasione della presentazione alla comunità giuridica delle sue idee sulle nuove concezioni che campeggiano nel diritto contrattuale, citando a sua volta l'italiano Graziadei, ha proposto:

«... di procedere, con la dovuta cautela, a un riesame della teoria contrattuale aristotelico-tomista e soprattutto della cosiddetta Seconda Scolastica, portatrici – secondo quanto da lui affermato – di un'antropologia più ricca di quello che abbiamo ereditato dai nostri predecessori liberali-illuministi del XIX secolo»¹³.

La presente indagine non ha fatto altro che indagare il senso di queste affermazioni, non con la pretesa – che sarebbe banale – di mostrare che non c'è nulla di nuovo sotto il sole, ma con l'intenzione di arricchire il dibattito in corso, incentrato sull'impatto della categoria del contratto di consumo nella teoria generale del contratto, con la notizia – necessariamente generale – della storia delle teorie sul contratto e, soprattutto, di quelle esistenti proprio prima del consolidamento di quella che conosciamo come teoria classica del contratto, che normalmente gestiamo e concepiamo come se fosse l'unica teoria possibile, con l'obiettivo di verificare se in quelle concezioni possono trovarsi elementi per l'attuale dibattito.

IV. Verifiche iniziali

In effetti, sin dall'inizio dell'analisi della tematica in oggetto è risultato chiaro che la concezione del contratto oggi vigente nello scenario che con-

¹² Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas*, cit., 1068.

¹³ Cfr. J. BLENGIO, *La autonomía de la voluntad y sus límites. su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir. Anuario de Derecho Civil uruguayo (ADCU)*, FCU, Montevideo, 1997, t. XXVII, 395. *¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual*, ADCU, FCU, Montevideo, 2001, t. XXXI, 539 ss.

sideriamo – Europa continentale e America Latina – si discosta profondamente dalle concezioni prevalenti prima del XIX secolo, al punto che, sebbene si conservino molti principi e norme concrete risalenti, ad esempio, al diritto romano, quell'antica impostazione risulta di difficile comprensione per il giurista attuale¹⁴.

La dottrina che generalmente si insegna sul contratto non dà conto di nessuna variazione storica nel concetto generale di contratto. Al contrario, i continui riferimenti a norme isolate del diritto romano o a citazioni di suoi giureconsulti non fanno altro che fornire un'apparenza di continuità, quando, in realtà, si sono verificati profondi scismi nelle concezioni. Crediamo che, dal punto di vista epistemologico, sia essenziale, per accedere a una concezione matura del contratto, identificare questi cambiamenti radicali.

Porre in una prospettiva storica la nozione di contratto risulta, dunque, utile per una prima ragione: permetterci di prendere coscienza del fatto che l'idea che ci è stata tramandata dalla c.d. teoria classica del contratto non è l'unica possibile, non potendosi dimenticare che le istituzioni culturali e giuridiche necessariamente si trovano incardinate nell'ambito della vita sociale nel suo complesso.

Risulta, inoltre, opportuno, poiché aiuta ad accrescere la quantità di idee che oggi alimenta il dibattito critico sul significato di contratto.

E anche, fondamentalmente, per dimostrare che il concetto di contratto che abbiamo dipende dalla concezione che abbiamo dell'Uomo.

Appare significativo che il più lungo percorso storico del nostro ordine giuridico sia stato fatto nell'ambito di una concezione diversa da quella, fino ad oggi, dominante; e il fatto che di essa si sappia così poco, o addirittura nulla, giustifica assolutamente uno sforzo investigativo teso a mettere in evidenza almeno alcuni aspetti delle antiche costruzioni giuridiche, ponendosi degli interrogativi in relazione ad essi.

A partire da quella indagine, e con le cautele espresse, crediamo di aver trovato diverse prove.

Primo: la definizione comune di contratto che utilizziamo attualmente, sia nei Codici civili che nei testi accademici che si riferiscono ad essa, evoca l'idea di convenzione o accordo volontario che genera obblighi o altri effetti giuridici patrimoniali.

L'articolo 1247 del Codice civile uruguayano, in modo simile agli altri Codici civili, definisce il contratto come «un accordo mediante il quale una parte si obbliga verso l'altra o entrambe le parti si obbligano reciprocamente a qualsiasi prestazione, cioè a dare, fare o non fare qualcosa».

Nei nostri sistemi, la nota essenziale del contratto è la centralità della volontà dell'uomo, di ogni uomo, dell'individuo che agisce nella società.

¹⁴ Cfr. V. TAO ANZOATEGUI, *Casuismo y sistema*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, 10.

Quando parliamo di contratto, escludiamo l'idea dello scambio forzato imposto dall'autorità, o della distribuzione di beni organizzata in maniera centralizzata; al contrario, ci riferiamo al libero accordo con il quale una persona fa o dà per ricevere ovvero consente di dare o fare per semplice liberalità.

Secondo: anteriormente a tale concezione di contratto, chiamata classica o liberale, plasmata nella c.d. teoria dell'autonomia della volontà, vi era una diversa concezione di contratto che, invece di enfatizzare la volontà o l'accordo volontario, evidenziava il fenomeno dello scambio privato basato sull'idea di equità. Questa, per esempio, sembra essere chiaramente l'idea aristotelica di contratto, che si proietta nella concezione stoica dei Romani e nell'esperienza giuridica del Medioevo grazie all'opera di San Tommaso d'Aquino e dei Sommist medievali fino all'Età moderna, ossia fino all'epoca di Domat, durante i quattro quinti del periodo storico considerato.

Questa idea antica è incentrata, più che sull'accordo volontario, sul fenomeno dello scambio, sulla realtà oggettiva dell'esistenza di obbligazioni e sul loro adempimento. Più che l'atto di contrarre, si guarda al risultato del contratto. In questa visione del mondo, la funzione del moralista-giurista consisterà principalmente nello stabilire se tale risultato è congruente con l'idea di giustizia oggettiva, ciò significa valutandolo alla luce degli equilibri patrimoniali, essendo la preoccupazione centrale quella del giusto prezzo e individuando, come correzione o rimedio, la restituzione.

L'idea di contratto propria dell'Antichità e del Medioevo – che chiameremo concezione aristotelico-tomista del contratto – manteneva in secondo piano l'idea del consenso, ponendo in primo piano l'esigenza di una giustizia contrattuale, ossia, di un equilibrio oggettivo tra benefici contrattuali.

Terzo: sebbene esista un ampio materiale voluminoso di studio giuridico sui contratti in particolare, la teoria – ossia il pensiero sistematico sul contratto in generale, il discorso *de contractibus in genere*, ossia, la teoria generale di contratto – non è stata sviluppata nell'ambito della concezione aristotelico-tomista. Cosicché – contrariamente a quanto si possa comunemente pensare, ossia che l'idea di contratto in generale precede quella dei singoli contratti – la certificazione documentale porta alla conclusione che il discorso *de contractibus in genere* è cronologicamente successivo alla riflessione giuridica sui singoli tipi contrattuali.

La teoria generale del contratto o, in altri termini, l'indagine scientifica o razionale sul contratto in generale, costruita attorno al principio consensualista – ossia, l'idea che il mero accordo delle volontà è idoneo a generare effetti giuridici – costituisce un risultato relativamente recente nella storia del pensiero giuridico. Non esiste una teoria generale del contratto in Grecia o a Roma o nel Medioevo. Furono espresse idee sul contratto,

progressivamente più articolate, ma non una teoria generale. La teoria generale del contratto, nel campo del diritto occidentale, si presenta come una costruzione la cui origine può essere collocata in un periodo relativamente recente, nel XVI e nel XVII secolo¹⁵.

Focalizzando l'attenzione su detto periodo, potremo osservare un doppio processo nel quale, da un lato, la concezione del contratto rispondente ad una tradizione storica aristotelico-tomista virerà, mediante il pensiero proprio del razionalismo e per mezzo dell'illustrazione, fino a creare la teoria generale del contratto fondata sull'autonomia della volontà, che presidiò l'idea di contratto fino a cinquant'anni fa, e che oggi è in crisi, il che motiva l'interesse a conoscere le riflessioni precedente da cui scaturì.

Seguiremo i fili conduttori di questa virata, tentando di individuare quelle scuole di pensiero che hanno fatto propria l'idea di contratto come lo concepiamo oggi.

D'altra parte, dimostreremo che nasce in questo periodo – non così in precedenza – ciò che possiamo denominare la *teoria generale del contratto*.

V. Importanza della Scuola di Salamanca e degli autori della prima Compagnia di Gesù

È in quel processo e periodo speciale che si colloca il pensiero della c.d. Scuola di Salamanca, nata in Spagna e maturata in America, nell'ambito della quale rileviamo la presenza di autori che ci sono sembrati di particolare importanza in relazione alla teoria contratto generale; abbiamo proceduto ad analizzare un'opera in particolare, il trattato *De contractibus*, di Pedro de Oñate.

Quest'analisi porterà alla verifica della tesi che proponiamo: che l'origine della teoria generale del contratto e della concezione del contratto basata essenzialmente sull'autonomia della volontà, trova un'origine (forse non l'unica, ma chiaramente identificabile) in quell'epoca storica e in quell'opera.

Presentiamo dunque le tematiche di quella specifica opera per dimostrare che i significati della quale è portatrice in merito al contratto sono tipici di una compiuta teoria generale del contratto, con riguardo alla sua definizione essenziale, le sue classi e i suoi elementi costitutivi, le sue cause ed effetti, il suo sviluppo ed estinzione; per conoscere, direttamente dalla fonte, il pensiero dell'autore e per trarre conclusioni riferite a ciò che

¹⁵ Se facciamo riferimento ai sistemi di *common law*, osserviamo un fenomeno simile. Sostiene Gilmore che il *common law* funzionò per secoli senza una teoria generale del contratto e fu solo a metà del XIX secolo quando apparve una riflessione sul contratto in generale, nel *Casebook on contracts*, di Christopher Columbus Langdell, pubblicato nel 1871.

potremmo chiamare il pensiero gesuitico sul contratto nonché, più in generale, conclusioni relative al tema della Scuola di Salamanca, o più ampiamente ancora, di quella corrente di pensiero nota come Seconda Scolastica.

L'ipotesi che guida la presente indagine è che nell'opera dei teologi-giuristi della Scuola di Salamanca, in particolare della Compagnia di Gesù e concretamente, nell'opera di Pedro de Oñate S.J. è presente materiale di grande interesse per la teoria generale del contratto che può risultare utile al giurista di oggi e che vale la pena recuperare.

È stata questa verifica preliminare che ha attirato il nostro interesse ad indagare il tema della teoria generale del contratto nella storia del pensiero giuridico.

Ovviamente si tratta di un tema classico, che presenta un primo inconveniente, posto che rispetto a temi classici non è normalmente possibile apportare contributi originali ¹⁶.

Tuttavia, non c'è bisogno di dimostrare che le fonti della teoria generale del contratto che costituiscono la c.d. Scuola di Salamanca sono stati presi in scarsa considerazione dalla dottrina civilistica citata. Infatti, nei libri di testo che utilizziamo comunemente relativi alla teoria generale del contratto, e praticamente in tutta la produzione contemporanea sul tema, ci sono pochissimi riferimenti alla storia delle teorie sul contratto, e non ci sono notizie di alcun genere sull'opera teorico-giuridica svolta nel XVI e XVII secolo dagli autori gesuiti. L'analisi della teoria generale del contratto inizia normalmente a partire dai Codici civili e il riferimento alle sue fonti, che comprendono altri codici, in particolare (ma non esclusivamente) il Codice civile francese, viene solitamente fatto risalire a Pothier e Domat; appaiono, al massimo, alcuni riferimenti agli autori giusnaturalisti del nord Europa (in particolare Grotius, e in ogni caso Pufendorf, Wolff, Heinecio, ecc.). Poco o nulla si menziona a proposito dell'ingente opera intellettuale svolta dai teologi giuristi del secolo d'oro e – agli specifici fini che ci interessano – dell'opera degli autori gesuiti e, in particolare, quella di Pedro De Oñate sul contratto in generale.

Se è vero ciò che diceva Francis Bacon, che l'ignoranza non è altro che dimenticanza ¹⁷, non appare privo di merito il tentativo di recuperare almeno una parte di quegli insegnamenti.

¹⁶ Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique du droit des contrats*, in *L'éthique du droit des affaires*, Paris, 2008, 27.

¹⁷ Cfr. F. BACON, *Bacon's Essays*, 58, *Of vicissitude of things*, Los Angeles, California, 2010, 94.

VI. La teoria generale del contratto nella Seconda Scolastica, nella Scuola di Salamanca e nella tradizione gesuitica come interfaccia tra la vecchia e la moderna concezione del contratto

Intrapresa la ricerca, i primi indizi indicavano che nei trattati dei padri della prima Compagnia di Gesù dovrebbe trovarsi la sintesi di quella concezione che chiamiamo aristotelico-tomista, e quindi opposta alla visione che fonda il contratto nell'autonomia della volontà¹⁸.

Tuttavia, l'esame dei testi ha mostrato qualcosa di più complesso. Nei trattati *de iustitia et iure* di vari autori dei secoli XVI e XVII, principalmente – ma non esclusivamente – appartenenti alla prima Compagnia di Gesù – ossia quella precedente alla sua abolizione nel 1793 e posteriore restaurazione nel 1814 ad opera della Santa Sede – e in particolare nel “*Tomus primus*” del *Tractatus de contractibus* di Pedro de Oñate, pubblicato nel 1646, non si trova una mera sintesi del precedente insegnamento aristotelico-tomista sul diritto contrattuale, ma un vero e proprio manifesto consensualista, un monumento che fonda quella concezione che pone il libero arbitrio al centro dell'istituzione contrattuale.

Inoltre, il lavoro di Oñate contiene, fundamentalmente nel “*tomus primus*” anteriormente menzionato, una teoria generale del contratto che mostra un grado di sviluppo di gran lunga superiore a quello raggiunto da qualunque altro trattatista dell'epoca identificato nel corso dell'indagine. Crediamo di aver individuato, in quell'opera, il punto di svolta nella concezione del contratto, da una visione scolastica antica, verso una visione moderna, il che le conferisce un merito speciale.

Risulta, dunque, un'opera “*emblematica*”¹⁹ perché, da un lato, può essere considerata come il prodotto più completo della scolastica in tema di contratto, il che implica la considerazione del contratto come uno scambio equilibrato di prestazioni; ma anche, perché prefigura il grande dogma del diritto contrattuale moderno: che l'essenza del contratto è il consenso, l'accordo e l'incontro delle volontà.

Appare evidente il proposito centrale del presente lavoro: la teoria generale del contratto, e il concetto di contratto in generale, fondato sul libero consenso, trovano una loro precisa formulazione nell'opera degli autori gesuiti del XVI e XVII secolo; pertanto, l'antropologia propria dell'esperienza gesuitica può essere considerata l'origine stessa della teoria generale del contratto.

Posto che, a partire dall'esperienza di Sant'Ignazio di Loyola come do-

¹⁸ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins of the modern contract doctrine*, Oxford, 1991, 69 ss.

¹⁹ Il termine *emblematico* è utilizzato da Italo Birocchi. Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997, 271.

cumentata nei suoi Esercizi spirituali, la libertà umana rappresenta un aspetto fondamentale del modo gesuita di vedere la vita, si può persino formulare l'ipotesi che esiste una correlazione tra la concezione gesuitica della libertà umana e la libertà come componente essenziale del contratto secondo la moderna concezione dell'autonomia privata. Ci è parso, quindi, interessante proporre uno studio della storia dell'idea di contratto in generale e della teoria generale del contratto, focalizzando l'analisi sulla concezione gesuitica del contratto e soprattutto sull'opera di Pedro de Oñate, *De contractibus*, e cercando di stabilire fino a che punto quella idea sul carattere essenziale della libertà nel contratto possa servire da bussola nei mari tempestosi dell'attuale diritto contrattuale.

VII. Dialogo metodologico tra dogmatica civilistica e storia del diritto

È questo il momento per chiarire che questa ricerca presenta, contemporaneamente, elementi della Storia del diritto e della dogmatica civilistica.

Nonostante l'importanza che, nella presente indagine, si attribuisce alla prospettiva storica, tale rilievo non si riferisce strettamente alla storia, ma alla teoria generale del diritto, alla dogmatica civilistica. Non implica un'analisi storiografica volta ad ottenere prove più o meno certe o verosimili di eventi passati, ma è fondamentalmente incentrata sull'analisi concettuale, sullo studio di idee, non di fatti; non con la diligenza dello storico²⁰, ma con l'interesse selettivo dello studioso di diritto civile che approfondisce solo quegli aspetti che servono ad arricchire il suo discorso teorico. Quest'opera non può vantare di essere una storia completa delle teorie sul contratto, ma si propone come un'indagine retrospettiva interessata unicamente a quegli aspetti dell'origine della teoria generale che potrebbero rivelarsi utili, dal punto di vista del ricercatore, per illustrare le polemiche del tempo presente.

È ovvio che la nostra conoscenza della storia sarà sempre perfetta; mai potremo pensare integralmente come un giurista romano, un glossatore medievale o un positivista del XIX secolo.

Tuttavia, per quanto precisa e dettagliata sia la nostra conoscenza del diritto positivo vigente, la sua mera esposizione non sarebbe altro che una semplice descrizione, se non ci mettessimo nella condizione di confrontarlo con la conoscenza che possediamo del diritto vigente prima del nostro²¹. La

²⁰ Stoffel-Munck correttamente esprime che interessare per la purezza delle radici implica il compito di dissotterrarle, il che invita a scendere "al meno un po'" («soit un peu») nelle profondità dei tempi. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 30.

²¹ Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, 2.

ricostruzione del processo culturale da cui è scaturito il sistema attuale²², anche quando risulti necessariamente ipotetica e limitata, si rivela come un compito inevitabile per comprendere il senso dell'attuale dibattito sul contratto.

Come dice Paolo Grossi, «il colloquio tra il civilista e lo storico del diritto non può che essere reciprocamente fertile». L'incorporazione della prospettiva storica trasmette al civilista – sempre portato alla concettualizzazione e al dogmatismo, ossia all'immobilismo – il senso di cambiamento permanente e di condizionamento delle idee da parte delle circostanze storiche di ogni tempo e luogo; ossia: la percezione che le idee dogmatiche si inseriscono in una linea che proviene da radici lontane ed è diretta – in un tempo lungo – verso il futuro a venire, mostra che in un mondo come il nostro, ove il cambiamento sociale, economico e tecnologico ha la velocità di un lampo, la compagnia dello storico del diritto è assolutamente necessaria e, ovviamente, fruttuosa in termini di risultati²³. E aggiunge che, nei tempi attuali, tra i giuristi, solo lo storico del diritto si sente a suo agio, perché l'incertezza ha recuperato un tesoro inestimabile: la storicità del diritto e, con essa, il suo dinamismo, elasticità e relatività²⁴.

Rogel Vide sottolinea che il diritto civile può essere considerato come una categoria teorica o dottrinale, ossia, osservato da una prospettiva sistematica-dogmatica, che conferma la sua struttura e contenuto in un momento specifico, facendo astrazione di ciò che è stata la sua linea di evoluzione storica nella ricerca di una definizione. Tuttavia, può anche essere visto come una realtà o una categoria storica. E, citando Savigny, afferma che «ai giuristi è indispensabile un doppio senso: quello storico, per cogliere, con acutezza, le peculiarità di ogni epoca e di ogni forma giuridica, e quello sistematico, per considerare ogni concetto e ogni precetto, in una connessione ed interazione vivente con il tutto».

Il concettualismo dogmatico ci porterebbe ad una definizione fredda e priva di vita; per questa ragione, l'esatta osservazione del diritto ne richiede la considerazione come realtà storica²⁵. Da qui l'interesse ad interpellare la storia per apprezzare l'origine della teoria generale del contratto nella sua nascita concreta, con l'obiettivo di ottenere degli input per la costruzione dogmatica del diritto contrattuale.

²² Questa è l'espressione usata da Agustín Luna Serrano per riferirsi al lavoro di María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA nel prologo de suo libro *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, 6.

²³ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione*, in F. MACARIO-N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 9.

²⁴ Cfr. ID., *De la codificación a la globalización del Derecho*, Studio introduttivo, traduzioni e note di Rafael García Pérez, Aranzadi, Pamplona, 2010, 343.

²⁵ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil: método y concepto*, Bogotá, 2010, 160.

Si tratta – come il nostro maestro José Sánchez Fontans ha insegnato – della doppia prospettiva storica e dogmatica della scienza giuridica, che, rivelando la profonda antitesi tra ragione e storia, ci consente di discernere l'essenziale dal contingente: l'essere, dal divenire del diritto²⁶.

In ultima analisi, le discipline della storia del diritto e il diritto comparato sono utili al diritto civile, posto che la simultanea visione comparativa – seppur limitata e frammentaria – del passato e del presente, consente di ampliare, o addirittura, di configurare la conoscenza intellettuale. Come dice il Cardinale Newman:

«... vi è realmente un'apertura mentale quando si ha il potere di vedere molte cose, allo stesso tempo, come un tutto, di riferirle reciprocamente ai loro rispettivi luoghi nel sistema universale, di comprendere i loro rispettivi valori e determinare la loro reciproca dipendenza ...».

Ed esemplifica dicendo che se vogliamo conoscere un edificio, non possiamo guardarlo contemporaneamente dai suoi quattro lati e dobbiamo girarci attorno varie volte, ricordando ogni volta che ci avviciniamo all'oggetto del nostro precedente avvicinamento²⁷.

Secondo il detto di Maitland, *history involves comparaison*. E come insegna Gorla, il metodo storico-comparativo

«... è un potente reagente: suscita idee e accende luci impreviste: ad esempio, alcuni punti oscuri della nostra teoria del contratto si illuminano nella comparazione. Seguire il processo degli sviluppi e dei contrasti di pensiero sul diritto aiuta a capire meglio i personaggi, le posizioni e le soluzioni concrete di un dato ordinamento positivo. Nel confronto, le generalizzazioni affrettate risultano evidenti, le questioni meramente nominaliste saltano all'occhio e si dissolvono, le leggende vengono mandate all'aria, si amplia il criterio prendendo in considerazione varie possibili soluzioni»²⁸.

VIII. Pietre miliari del lavoro

Il lavoro è sviluppato nel modo seguente:

– in primo luogo, è necessario dar conto dell'esistenza, nella letteratura

²⁶ Cfr. J. SÁNCHEZ FONTANS, *El contrato y la transferencia de la propiedad*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año V, ottobre-dicembre 1954, n. 4, Montevideo, 1954, 891.

²⁷ Cfr. J.H. NEWMAN, *The idea of a university*, Chicago, 1986, 103.

²⁸ Cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1954, V, VI.

specializzata, di un concetto di *contratto in generale* e di una teoria generale del contratto, che scaturisce dai manuali e trattati propri della materia accademica ed è anche contenuta nella Parte Generale dei Codici civili, e formularne schematicamente il contenuto;

- la teoria del contratto che è presente nella dottrina e nei testi di diritto positivo, presenta una caratteristica formale, ossia la sua suddivisione in una Parte Generale, che tende a dare spiegazioni generali circa il significato dell'istituzione – e una Parte Speciale – che analizza le diverse tipologie di contratto. Allo stesso modo, nei Codici civili si osserva una Parte Generale, in cui sono presenti varie norme sul contratto in generale e una Parte Speciale che tratta vari tipi contrattuali, chiamati contratti nominati. Così, è possibile tracciare una netta differenza – sia dal punto di vista scientifico che legislativo – tra una Parte Generale o teoria generale del contratto, e una Parte Speciale, ove troviamo il diritto positivo dei contratti in particolare, e i suoi sviluppi teorici, il cui oggetto sono dette tipologie contrattuali: compravendita, donazione, mutuo, ecc;

- questa teoria generale del contratto ha una caratteristica contenutistica: tende a definire e spiegare il contratto in modo unitario e generale, in funzione della volontà individuale. In questo senso, parliamo di una teoria generale del contratto classica, che coincide con la teoria dell'autonomia della volontà;

- la proposizione di una teoria generale del contratto sembra quindi essere andata di pari passo con una certa concezione di contratto, che, in questo lavoro, chiamiamo teoria classica o liberale del contratto. Si tratta della concezione e dell'analisi della problematica del contratto che osserviamo nel Codice civile francese e nei codici ad esso ispirati, e si fonda sugli sviluppi dottrinali che precedettero il codice napoleonico, soprattutto ad opera di Domat e Pothier e di coloro che la affrontarono fondamentalmente nell'ambito della Scuola dell'Esegesi. È anche possibile fare riferimento allo stesso problema in relazione alla c.d. Scuola pandettistica tedesca e al Codice civile tedesco del 1900;

- questa teoria generale del contratto, sia come teoria generale che come concezione liberale – che fonda il contratto nella volontà – è attualmente in crisi. Tale crisi dell'idea di contratto determina la necessità di indagare la questione, tra l'altro, nella prospettiva storica, superando il preconcetto che la teoria generale del contratto è sempre esistita e con lo stesso contenuto, e dimostrando che è possibile descrivere distinti paradigmi dell'istituzione contrattuale, che hanno prevalso in diverse fasi storiche;

- la prospettiva storica ci mostrerà che la concezione del contratto esistente in epoche storiche precedenti a quella in cui fu formulata la teoria generale del contratto fu significativamente diversa da questa, ed è sostanzialmente sconosciuta, risultando, quindi, interessante sottolinearne gli aspetti principali;

- questo sguardo retrospettivo ci farà prestare particolare attenzione al

periodo della Seconda Scolastica, immediatamente precedente alla cristallizzazione della teoria generale del contratto, in cui identifichiamo una corrente di pensiero chiamata Scuola di Salamanca. L'analisi del pensiero degli autori di questa scuola ci consentirà di valutare il processo di nascita della teoria classica e generale del contratto e di determinare con precisione se vi fossero linee di continuità ovvero discontinuità rispetto alla precedente concezione del contratto;

- tra gli autori della Scuola di Salamanca, analizzeremo in particolare Pedro de Oñate, considerato, da vari storici del diritto, come autore di un'opera particolarmente significativa nell'ambito della teoria del contratto, avendo dimostrato un grado di sviluppo e maturità ben al di sopra di quello che presentano i suoi predecessori, contemporanei e persino successori nell'analisi del tema, e perché rappresenta un collegamento tra la concezione scolastica e la concezione moderna;

- finiremo cercando di determinare fino a che punto alcuni aspetti di quella teoria generale del contratto, nata nel XVII secolo, predicata dagli autori della Prima Compagnia di Gesù sul contratto in generale e imperniata sulla libera volontà dell'individuo, possano essere considerati ancora attuali.

CAPITOLO I

LA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO E LA CODIFICAZIONE

SOMMARIO: I.1. Che cosa s'intende per teoria generale del contratto e quale è il suo significato. – I.1.1. Diritto positivo e scienza giuridica. – I.1.2. Piano conoscitivo. Teoria generale del contratto e razionalismo. – I.1.3. Piano normativo. Razionalismo e codificazione. – I.1.4. Fenomenologia della disciplina positiva del contratto. – I.1.5. Relazioni tra Parte Generale e Parte Speciale. La Parte Generale come nucleo centrale del diritto dei contratti. – I.1.6. Il problema dei microsistemi normativi. – I.1.7. Tipo e denominazione del contratto. – I.1.8. Tipo di contratto, nome del contratto e operazione economica. – I.1.9. La dialettica tra Parte Generale e Parte Speciale, chiave di volta del diritto contrattuale. – I.2. La teoria liberale del contratto e l'età della codificazione. – I.2.1. Liberalismo, uguaglianza e codificazione. – I.2.2. Il concetto di contratto e l'autonomia della volontà.

I.1. Che cosa s'intende per teoria generale del contratto e quale è il suo significato

I.1.1. Diritto positivo e scienza giuridica

L'epistemologia ci insegna che, a livello di conoscenza, possiamo concepire una tappa che precede la sistematizzazione, che genera come prodotto il denominato sapere ordinario, caratterizzato dal fatto che nella sua produzione è priva di un metodo preciso. È l'incorporazione del metodo che conferirà alla conoscenza il carattere di scienza. La scienza consiste nella spiegazione di un segmento della realtà in maniera diretta, utilizzando un linguaggio rigoroso e letterale, ossia, mediante proposizioni enunciative suscettibili di dimostrazione seguendo le regole della logica formale, che tendono a vincolare detta realtà con i propri principi e cause, ed è controllata razionalmente, ossia è suscettibile di essere sottoposta a critica razionale. La dimostrazione o l'insieme di dimostrazioni relative all'oggetto è ciò che costituisce la teoria, che configura un cammino per conoscere la sua natura.

Quanto espresso ha validità generale ed è applicabile – per quanto qui

interessa – a quel settore della realtà costituito dall'ordinamento giuridico e, in particolare, alla disciplina del contratto.

La teoria del contratto, come qualunque teoria, è organizzata come un insieme di definizioni, classificazioni e argomentazioni¹ che consentono di formulare modelli che cercano di spiegare in maniera razionale e coerente fenomeni della realtà, e che forniscono un sistema di concetti e principi generali comuni e una visione unitaria che semplifica il discorso, evitando la ripetizione di concetti e facilitando la conoscenza delle varie figure speciali²; Essa costituisce un insieme di strumenti intellettuali che permettono di organizzare in modo logico e razionale le informazioni fornite dall'esperienza, definendo generi e specie e fornendo la sua tassonomia o classificazione.

Il procedimento, o metodo tipico della scienza, richiede di partire da un quadro teorico per poi inventariare l'esperienza sensibile ed arrivare infine all'ordinamento razionale. Sarà così che la teoria del contratto come scienza, ossia come conoscenza, consisterà in un insieme di predicati su una realtà che percepiamo in maniera sensibile e intelligibile. È come dire: contempliamo lo spettacolo di una pratica sociale costituita dai comportamenti degli individui che seguono determinati schemi tipici, regolari, osservabili e descrivibili, che sono soggetti a certi precetti più o meno espliciti nelle consuetudini e nelle leggi, considerati obbligatori e generatori di conseguenze specifiche nei casi di adempimento o inadempimento, ovvero di adattamento o meno dei comportamenti, ai precetti. Osserviamo la catena norma-inadempimento-sanzione. Percepiamo, quindi, una realtà normativa, e verifichiamo l'esistenza di regole, di istituzioni che le producono e le applicano, di eventi concreti di creazione e applicazione, sia in sede amministrativa che giurisdizionale, nonché una certa influenza di dette norme e procedimenti applicativi sul comportamento delle persone.

La strutturazione della disciplina dei contratti che deriva dalle norme legislative deve essere distinta, in primo luogo, dalla teoria generale del contratto, vale a dire dal patrimonio di conoscenza generale ed astratta prodotta in questa materia dal *logos* giuridico. È la realtà normativa in senso lato ciò che costituisce l'oggetto della teoria del contratto, cioè l'oggetto della conoscenza.

Questa affermazione coincide nella sua essenza con la concezione della scienza normativa descritta da Georges Kalinowski. In questo senso, la teoria generale del diritto (e per quanto ci riguarda, la teoria generale del

¹ Il concetto di teoria che presentiamo è sostanzialmente quello aristotelico, metodo che, secondo Gordley, continua ad essere adottato in maniera predominante nella scienza giuridica. Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins of the modern contract doctrine*, Oxford, 1991, 1-9.

² Cfr. M. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, in *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1958, 38.

contratto o del diritto contrattuale) non è un insieme di norme, ma un insieme di proposizioni sulle norme, ossia, enunciati sulle prescrizioni rivolte all'uomo per dirigere la sua condotta. Di conseguenza, è, come tale, scienza teorica e non adempimento normativo, nel senso che produce conoscenza, vale a dire proposizioni enunciative e non prescrittive.

Anche quando si usa il sintagma *scienza normativa* per riferirsi alla scienza giuridica, ciò non implica che detta scienza abbia carattere normativo. È così chiamata perché ha norme come oggetto di studio³.

Partiamo con un oggetto: la normativa sul contratto; ed elaboriamo su di esso un discorso scientifico: la teoria del contratto.

Ebbene, sia nei sistemi di diritto civile continentale, sia nella *common law*, troviamo, da un lato, una serie di norme di diritto positivo sul contratto in generale, nonché una teoria generale del contratto che fornisce un disegno generale e comune dei contratti, articolato quello in principi e regole, e questa in proposizioni su quello. Dall'altra parte, troviamo disposizioni di diritto positivo relative a tipi particolari di contratto (compravendita, permuta, donazione, ecc.), accompagnate anche da un discorso scientifico su tali norme speciali.

Sia l'insieme delle norme relative al contratto in generale sia la teoria sul contratto in generale sono caratterizzate dal fatto di essere svincolate dalle problematiche proprie delle figure contrattuali tipiche o individuali (che combinano i loro rispettivi principi e norme e le relative proposizioni teoriche con un inferiore grado di astrazione) che costituiscono la Parte Speciale del diritto dei contratti. Come vedremo, questo disegno del contratto in generale (sia sotto l'aspetto normativo che sotto l'aspetto conoscitivo) risulta, a sua volta, meno generale ed astratto del modello di negozio giuridico che emerge dall'esperienza tedesca o recentemente da quella olandese⁴.

La sistematizzazione della disciplina dei contratti (considerati sia come materiale normativo sia come oggetto di conoscenza scientifica) in due parti, una Generale e un'altra Speciale, rappresenta quindi una caratteristica strutturale del diritto contrattuale.

L'oggetto della nostra indagine è costituito precisamente dalla figura normativa del contratto in generale e dal pensiero su di esso, come costruzione diversa da quella corrispondente ai vari tipi contrattuali. Per iniziare l'approccio all'argomento, considereremo separatamente i due piani: il piano conoscitivo e il piano normativo.

³ Cfr. G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative; une contribution la théorie de la science*, LGDJ, Parigi, 1969, 152; citato in C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 43.

⁴ Cfr. G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in RESCIGNO-GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, Torino, 2006, 5. L'articolo 213 inciso 1 del Codice civile olandese definisce il contratto come negozio giuridico obbligatorio.

I.1.2. Piano conoscitivo. Teoria generale del contratto e razionalismo

Siamo abituati a collocare nell'ambito del diritto romano l'origine di ciò che possiamo chiamare diritto privato contemporaneo; non perché non siano esistite precedenti esperienze giuridiche, ma perché il diritto romano ha fornito un ordinamento di eccellente fattura tecnica che ci è pervenuto in maniera piuttosto completa grazie al *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano.

Tuttavia, come argenteremo più avanti, contrariamente a quella che riteniamo essere l'opinione più diffusa, la teoria generale del contratto è una formulazione che non si trova come tale nel diritto romano, né, tanto meno, affonda le sue radici nella nebulosa dei tempi antichi; al contrario, è propria di un'epoca relativamente recente, coeva alla nascita e allo sviluppo di diversi processi sociali, economici e culturali concreti, più vicini al nostro tempo, che conosciamo come Età della codificazione.

In effetti, non può affermarsi che la teoria o dottrina generale del contratto sia nata contestualmente alla formulazione delle norme di diritto positivo che regolano il contratto, per quanto precise siano state le formulazioni tecniche dei giuristi latini. Il diritto romano conteneva regole molto elaborate sulle obbligazioni e persino sui contratti, ma non si ritrova in esso un insieme più o meno sistematico di proposizioni teoriche che possano intendersi come costitutive di una teoria generale del contratto. Al contrario, l'emergere della teoria generale del contratto è coeva allo sviluppo della concezione razionalista della scienza.

Questa concezione, tipica dell'Età Moderna, è caratterizzata da due affermazioni fondamentali:

- il mondo è un sistema ordinato, governato da leggi universali e necessarie (razionalismo oggettivo o metafisico);
- l'uomo è un essere razionale, cioè dotato di una facoltà che gli consente di comprendere dette leggi (razionalismo soggettivo o metodologico).

L'applicazione di questa nozione al campo del diritto, dà luogo alla nascita della c.d. dottrina del diritto naturale, che rappresenta, in sostanza, l'estensione della concezione razionalista della scienza al campo delle leggi umane. Secondo tale dottrina, il presupposto del diritto naturale è l'esistenza di leggi necessarie e universali che regolano la condotta umana, e la funzione della scienza del diritto (naturale) consiste nello scoprire ed enunciare tali leggi.

Egli ha affermato che è tipico del diritto civile continentale il fatto di essere un «diritto dei professori»; il suo merito è la «scientificità», intesa come razionalizzazione e sistematizzazione di materiale normativo in ampie categorie ordinanti, caratterizzate da un alto grado di astrazione.

Galgano identifica, in relazione a questa teoria generale del contratto, tre gradi di astrazione⁵:

⁵ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 14-15.

- primo grado: la vendita e la locazione costituiscono – entrambi – accordi finalizzati allo scambio di prestazioni, sebbene si tratti di prestazioni diverse nel primo e secondo tipo contrattuale; però per astrazione si può ottenere il concetto di contratto oneroso, come accordo finalizzato allo scambio di prestazioni, che comprende entrambe le categorie.

- secondo grado: la donazione ha, in comune con la vendita, il fatto di essere un accordo per l'esecuzione di una prestazione, ma non lo scambio tra due prestazioni. Si può così ottenere, per astrazione, un concetto di contratto che prescinde dallo scambi di prestazioni e che presenta due sottocategorie: il contratto a titolo oneroso e il contratto a titolo gratuito, non basato – come abbiamo detto – sullo scambio; ciò obbliga a trovare una definizione essenziale del concetto astratto, che riunisca in sé l'idea dei contratti onerosi (basati sullo scambio) e quella dei contratti gratuiti (in cui non c'è scambio), che sarà da individuarsi, ad esempio, nell'idea di patto o accordo o dichiarazione di volontà.

- terzo grado: la vendita, la donazione e il testamento hanno in comune il fatto di essere dichiarazioni di volontà mediante le quali si dispone dei diritti di cui una persona è titolare; ma il testamento non richiede, come la vendita e la donazione, due dichiarazioni concordanti di volontà destinate a formare un accordo; la volontà del disponente è sufficiente. È quindi possibile ottenere – sempre seguendo un processo progressivo di astrazione – il concetto di dichiarazione di volontà o negozio giuridico, di cui il negozio unilaterale e il contratto costituiscono due sottocategorie; la sottocategoria del contratto, a sua volta, si suddivide nelle sottocategorie dei contratti a titolo gratuito (come la donazione e il comodato) e quella dei contratti a titolo oneroso (come la vendita e la locazione).

Secondo la tradizione scientifica occidentale, la gerarchizzazione dei vari livelli di astrazione ha permesso la sistematizzazione di predicati o enunciati scientifici sulla materia normativa. Tutto ciò che viene predicato rispetto al genere deve necessariamente essere predicato con riguardo a ciascuna delle sue specie. A loro volta, i predicati che possono essere formulati con riguardo a una specie, che si riferiscono alla sua specifica differenza, non possono essere riferiti ad altre specie, ecc⁶.

Tale classificazione di predicati svolge un ruolo essenziale nella definizione degli istituti del diritto civile contrattuale. Una definizione contenente il genere a cui appartiene l'istituto e la specie fornirà informazioni rilevanti e sarà scientificamente utile. Ciò permetterà di stabilire, ad esempio, in relazione al contratto in generale, i suoi elementi o requisiti essen-

⁶ Nel presente lavoro si farà particolare riferimento alla classificazione dei contratti di Pedro de Oñate, che risulta estremamente chiara nell'utilizzo delle categorie secondo genere e specie per la sistematizzazione dei predicati che possono essere formulati con riguardo a ogni categoria, seguendo la tradizione aristotelica e costituendo un esempio emblematico di teoria generale del contratto già perfettamente delineata nella prima metà del XVII secolo.

ziali e di concludere che dovranno essere presenti in ogni tipo contrattuale; permetterà altresì di determinare gli elementi essenziali di ogni specie o tipo contrattuale, necessari per la propria esistenza come specie, ma non per l'esistenza del contratto in generale. Ossia fornirà gli input per la definizione di contratto, sia in generale che in relazione a ogni tipo contrattuale.

La sistematizzazione secondo genere e specie permetterà, a sua volta, la classificazione dei contratti, nonché il regolare svolgimento di tutte quelle operazioni intellettuali, analitiche e sintetiche, che troviamo nei manuali e trattati sui contratti.

Con la definizione, la classificazione e l'argomentazione vengono fissate le basi dell'approccio teorico o dogmatico della materia. Quella costruzione che chiamiamo teoria generale del contratto, caratteristica del nostro tempo e inesistente nel diritto romano, è attualmente in profonda crisi. Cercheremo, dunque, di attingere, in particolare, alle informazioni sulle sue origini storiche, con l'obiettivo di trovare alcuni elementi che ci aiutino ad interpretare il significato e le prospettive di quella crisi.

1.1.3. *Piano normativo. Razionalismo e codificazione*

Nel prendere in considerazione il materiale normativo – su cui e da cui viene costruita la teoria generale del contratto – non risulta arbitrario partire dal processo di codificazione. Rogel Vide sottolinea che risulta di grande interesse lo studio dell'evoluzione del diritto privato come un diritto che, pur mantenendo la sua essenza, la sua natura, si evolve e si trasforma. E il diritto privato di cui prendiamo in esame l'evoluzione e la trasformazione, dev'essere – secondo l'autore – il diritto privato come fu configurato nel XIX secolo, che acquistò grande valore con la codificazione.

Il processo di codificazione in tutto il mondo, nel XIX e XX secolo, comportando una costruzione sistematica del diritto, organizzato razionalmente, implica fundamentalmente l'incorporazione, a livello normativo, dei risultati raggiunti dalla scienza del diritto sul piano conoscitivo. Risulta, dunque, pertinente iniziare l'indagine considerando la dottrina generale del contratto, così come fu concepito nel processo di codificazione⁷.

Nell'ambito della scienza giuridica presente in Francia all'atto della creazione del Codice civile del 1804, si riscontra un processo di astrazione che fa leva sul concetto generale di contratto, considerato come atto di volontà per eccellenza, mediante il quale «una o più persone si obbligano, verso una o più persone, a dare, fare o non fare qualcosa» (che è la definizione contenuta nell'articolo 1101 di detto corpo normativo). Intorno a questo concetto, gli autori che hanno rappresentato la fonte del Codice (civile francese) - in particolare Domat e Pothier – basandosi, ovviamente, sul pa-

⁷ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 165.

trimonio dottrinale accumulato secondo la *communis opinio doctorum*, avevano elaborato idee generali sul contratto come “accordo”; è in base ad esse che fu ricostruita la disciplina della Parte Generale del diritto dei contratti, una disciplina fatta di norme generali ed astratte, comuni alle variegate tipologie di contratti particolari, come la vendita, la locazione, il mandato, ecc, che rappresentano il punto di partenza di svariate classificazioni, come quella relativa ai contratti unilaterali o sinallagmatici, commutativi o aleatori, onerosi o gratuiti, principali o accessori.

Il codice di Napoleone del 1804 costituisce la traduzione dell’immaginario giusnaturalista trionfante durante la rivoluzione e ne determina il prestigio, come perfetto codice razionale⁸. Ciò risulta di singolare importanza non solo per il diritto contrattuale, ma per l’intero diritto civile. È stato detto che il fenomeno noto come codificazione implica la nascita del diritto civile moderno, tanto che è possibile concepire il Codice civile francese come punto di partenza di una nuova era del diritto civile in cui viviamo⁹.

Nel Codice del 1804, la disciplina fatta di norme generali e astratte fu elaborata intorno al concetto di contratto in generale. A partire da quel momento, se guardiamo alla dottrina francese (Mazeaud, Marty, Josserand, Demogue, Laurent, ecc.), constateremo che essa riprende da Pothier quanto segue: «la specie di accordo che ha ad oggetto la creazione di un’obbligazione è ciò che viene denominato contratto»¹⁰.

Il processo sarà ripreso e approfondito durante lo sviluppo della scuola dogmatica tedesca e con la promulgazione del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nel 1900. In Germania, il processo di astrazione fu più radicale¹¹, giungendo alla categoria del negozio giuridico.

Calasso sottolinea che il concetto di *negotium juridicum* è di origine giusnaturalista e appare per la prima volta nel *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae* di Nettelbladt del 1749, ove si parla di *dispositiones, quae sunt declarationes de eo quod fieri, vel non fieri quis vult*¹². Nell’area culturale tedesca, ad opera dei giusnaturalisti prima e dei pandettisti poi, il processo di astrazione andò un po’ oltre, fino all’atto della volontà in quanto tale: si tratta del negozio giuridico (Rechtsgeschäft) o

⁸ Cfr. E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1974, 114, citato da C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 24.

⁹ Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, citato in C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 176.

¹⁰ Cfr. J. MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1993, 19 e 20.

¹¹ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 388.

¹² Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1957, 340. Nello stesso senso A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26, Sección Historia del Derecho Europeo, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2004, 202. Reperibile in <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552000002200003>.

della dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*). In virtù di ciò, il Codice civile tedesco del 1900 colloca quest'ultima [la dichiarazione di volontà] nel primo libro, chiamato *Allgemeiner Teil* o *Parte Generale*, negli articoli 116 e seguenti, comprendendo il contratto, il matrimonio e il testamento, erigendola a categoria ordinante del sistema di diritto civile¹³.

La filosofia alla base della categoria del negozio giuridico, come fissata dai giusnaturalisti tedeschi del XVIII secolo, e poi rielaborata dalla pandettistica della prima metà del XIX secolo, risiede nell'esaltazione della volontà dell'uomo, considerata come fattore generatore di qualsiasi modifica della realtà giuridica (il c.d. "*dogma dell'autonomia della volontà*"). Ossia, afferma Savigny, la manifestazione della «capacità naturale della persona di indurre mutazioni mediante atti di volontà»¹⁴, e, ribadisce Windscheid, espressione della forza creatrice della volontà¹⁵.

Il processo di astrazione, che in Francia si fermò con la codificazione della categoria generale del contratto, in Germania proseguì oltre il concetto di contratto. Se il contratto evoca, quanto meno, l'immagine di una duplicità di soggetti, e come riferimento economico, l'atto dello scambio, il negozio giuridico, che è concepibile come l'atto di un singolo individuo, realizza – nel modo più completo – l'unità del soggetto di diritto.

Tuttavia, al di là delle differenze che possono essere individuate tra il percorso francese e quello tedesco, che hanno portato rispettivamente alla promulgazione del Codice di Napoleone, nel 1804, e del Codice civile tedesco, nel 1900, è chiaro che entrambi rispondono allo stesso processo, implicante la strutturazione di una teoria generale (che si tratti di contratto o di negozio giuridico) e il loro fondamento è costituito dalla volontà del soggetto.

Anche la codificazione spagnola, da parte sua, si inserisce in quella categoria di processi di ricezione delle idee implicite nell'ideale razionalista e illuminista del progresso giuridico, inteso sulla base dell'adeguamento alle caratteristiche proprie di un sistema.

Questa ricerca delle linee guida del razionalismo già emerge nel Progetto di Codice redatto da Florencio García Goyena nel 1851 in relazione alla disciplina del contratto in generale affrontata nel Capitolo primo del Titolo V, che tratta dei contratti e obbligazioni in generale¹⁶. Proprio come Domat, García Goyena si basa sul diritto romano come «ragione scritta in materia di contratti», fatta eccezione per tutti quegli aspetti che non risultavano semplici ed equi per il fatto di non aver recepito il principio consensualistico.

Infine, risulta interessante verificare le modalità con cui venne affrontata

¹³ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 11.

¹⁴ Cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema di Diritto Romano attuale*, trad. it., Torino, 1900, 337.

¹⁵ *Ivi*, 13.

¹⁶ Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, t. 3, 3.

la questione della teoria generale del contratto nell'esperienza italiana.

Nel sistema del codice tedesco, il contratto in quanto tale non occupa una posizione centrale, ed è considerato come una particolare figura di negozio giuridico¹⁷. In Italia, invece, la categoria del negozio giuridico è rimasta di competenza esclusiva della dottrina, sia prima che dopo il codice 1942, il quale contempla, come categoria ordinante più astratta, quella del contratto, dedicando un intero titolo del quarto libro del codice, ai "*contratti in generale*". Detto titolo include vari istituti che traggono la loro origine dai contratti tipici, in particolare dal contratto di compravendita, che, per il suo carattere preponderante in un'economia di mercato, reca numerose norme che possono essere estese a tutti i contratti onerosi.

Il risultato è la valorizzazione dell'idea di contratto in generale, intesa come schema unitario tratto dai contratti speciali, il che conferisce all'articolo 1321 del Codice civile¹⁸ una rilevanza decisamente più ampia rispetto a quella vigente nel Codice napoleonico, nei codici che precedettero il processo politico dell'Unità d'Italia, o nel Codice civile italiano del 1865¹⁹, al punto che la figura del contratto in generale, esaltata dal legislatore della nuova codificazione del 1942, rappresenta una delle massime categorie ordinanti del sistema italiano, espressione legislativa che, secondo Rescigno, la dottrina riveste di solenne dignità²⁰.

In effetti, nonostante l'influenza del pensiero della pandettistica tedesca – evidenziato nelle opere di autori come Fadda, Bensa e Scialoja – il Codice civile italiano del 1942 non integra nella sua architettura la figura del negozio giuridico; tuttavia, nel codice del 1942 si osserva un rinascimento significativo della figura del contratto in generale²¹. Invece di partire da un concetto più ampio di quello del contratto, cioè da un concetto di genere rispetto alla figura del contratto, e di applicare al contratto

¹⁷ Cfr. L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 73, il quale afferma che la scienza giuridica tedesca si trova appena agli inizi per quanto concerne la teoria generale del contratto. Quest'affermazione viene fatta dall'autore nel 1977, anno della prima edizione della sua opera *Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat- u. Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg/Ts., Athenaeum.

¹⁸ La norma espressa: *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*.

¹⁹ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 394, in cui si menzionano come esempi di istituti caratteristici della compravendita, regolati nell'ambito del contratto in generale, la rescissione del contratto concluso in stato di necessità (art. 1448 CC), l'incidenza della possibilità sopravvenuta dell'oggetto (art. 1347 CC) o la determinazione dell'oggetto (art. 1349 CC); il trasferimento di una massa di cose (art. 1377 CC) o di una cosa determinata solo nel genere (art. 1378 CC). Viene inoltre segnalata l'incidenza che il processo di unificazione del Codice civile e del Codice di commercio ha avuto su questa generalizzazione dell'idea di contratto.

²⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *Premessa*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti*, Torino, 2006, XXVIII.

²¹ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 391.

la disciplina del negozio giuridico, il Codice civile italiano prescinde totalmente da tale genere onnicomprensivo e regola quella specie di negozio giuridico costituita dal contratto, stabilendo però, che i principi in materia contrattuale possono applicarsi, oltre che al contratto, a una categoria più generica, quella di atto giuridico di contenuto patrimoniale²².

Il lavoro del legislatore italiano del 1942, che dedica un intero titolo del libro IV del Codice civile ai “*contratti in generale*”, si è mosso nel senso di dotare questa categoria – intermedia tra la figura altamente astratta del negozio giuridico e le figure speciali dei contratti nominati – di una vitalità espansiva che non appare nei codici di matrice napoleonica²³.

Ciò spiega l’attenzione che la dottrina italiana ha dedicato alla figura del contratto in generale e al suo rapporto con la disciplina dei contratti nominati, posto che tali categorie non derivano da un mero atteggiamento speculativo, ma dal proprio diritto positivo.

I.1.4. *Fenomenologia della disciplina positiva del contratto*

L’esistenza di una teoria generale del contratto, ossia di un percorso discorsivo basato sul concetto di contratto in generale, trova il suo sostegno normativo nella sistematica dei nostri Codici civili, che separano la Parte Generale dalla Parte Speciale del diritto dei contratti²⁴.

L’osservazione “*cartografica*”²⁵ della sistematica dei principali Codici civili in relazione alla disciplina dei contratti mostra una costante: la normativa contiene una Parte Generale e una Parte Speciale.

La Parte Speciale regola i contratti in particolare, ossia ciascuna delle

²² Art. 1324. *Norme applicabili agli atti unilaterali. Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale* (1334, 1414).

²³ Tali sono, ad esempio, le norme che regolano la rescissione del contratto celebrato in stato di necessità (art. 1448 CC), quelle relative alla possibilità sopravvenuta dell’oggetto (art. 1347 CC); alla determinazione dell’oggetto (art. 1349 CC); trasferimento di una massa di cose o di una cosa determinate solo nel genere (artt. 1377 e 1378 CC); l’eccezione di inadempimento del contratto (art. 1460) e la questione relativa al cambio di condizioni patrimoniali dei contraenti (art. 1461 CC), spostate nella Parte Generale dall’ubicazione che originariamente avevano nel codice unitario del 1865 in sede di contratto di compravendita. Allo stesso modo la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 CC); il termine essenziale (art. 1457 CC); o la figura del contratto a favore di terzi (art. 1411) rappresentano schematizzazioni astratte di regole contenute nella compravendita o assicurazione.

²⁴ Lo stesso può dirsi di tutti i codici civili contemporanei. Certamente le norme relative alla teoria generale del contratto non sono presenti solo nella parte generale del diritto contrattuale. La teoria generale si nutre altresì di norme esistenti nella parte relativa alle obbligazioni in generale e, persino di norme ubicate nella parte speciale del diritto dei contratti.

²⁵ L’espressione è usata da Benedetti. Cfr. G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 645 ss.

varie specie o figure contrattuali: compravendita, permuta, donazione, locazione, ecc. La Parte Generale si presenta come una costruzione dottrinale, ma trova una giustificazione nel linguaggio legislativo²⁶ che è costruito in modo diverso a seconda dei codici.

La presentazione di una Parte Generale del diritto dei contratti è spesso legata alla presentazione generale del diritto delle obbligazioni. I Romani, che non svilupparono una teoria contrattuale, elaborarono piuttosto una teoria dell'obbligazione completa e fino ad ora non superata. Questo è il motivo per cui molti codici trattano la questione del contratto in generale nell'ambito di un'analisi complessiva dell'obbligazione.

Ebbene, al di là della diversità legislative, la verità è che la regolamentazione dei contratti viene effettuata su diversi livelli di astrazione, precisamente su due livelli, il che significa che, in un ipotetico caso concreto, vi sono due tipi o classi di norme con vocazione a governare la fattispecie concreta: quelle contenute nella Parte Generale, e quelle proprie della Parte Speciale.

La sistematica descritta determina un effetto peculiare: le norme di Parte Generale risultano applicabili a tutti i casi disciplinati anche dalle norme di Parte Speciale. Ad un concreto contratto di vendita saranno, quindi, applicabili le norme sulla compravendita che si trovano nella Parte Speciale, ma anche, necessariamente, le norme generali sui contratti.

A sua volta, le norme generali si applicano anche a quei contratti che non risultano inquadrabili in nessun tipo o figura contrattuale speciale, chiamati anche contratti *innominati*, posto che sono sì contratti, ma mancano di una denominazione speciale e questa è la ragione della loro importanza. L'articolo 1255 del Codice civile spagnolo prevede che «i contraenti possono stabilire i patti, clausole e condizioni che considerino opportuni, purché non siano in contrasto con la legge, la morale o l'ordine pubblico».

L'articolo 1260 del Codice civile uruguayano dispone che i contratti, abbiano o non una denominazione specifica, sono comunque soggetti agli stessi principi generali. Tale norma, a prima vista, sembra squisitamente inutile: per il giurista di questo secolo, è ovvio che deve esistere una regolamentazione generale del contratto, che si impone sulla disciplina dei vari contratti tipici, la quale, come norma speciale, troverà applicazione quando si verifichi il caso in essa previsto, per poi passare alla normativa generale. Tuttavia, la storia dimostra che l'idea e la disciplina dei contratti tipici precedettero nel tempo l'idea del contratto in generale. È quindi la storia che fornisce il senso di tale norma: nonostante le apparenze, è possibile sostenere che la disciplina generale sul contratto, e la teoria generale del contratto non sono sempre esistite; non costituiscono un fatto naturale, ma un prodotto culturale di una particolare epoca storica.

²⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Premessa*, cit., XXVIII.

In senso analogo, l'articolo 1323 del Codice civile italiano prevede che «Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo» (titolo II del libro IV del Codice civile, dal titolo “*Dei contratti in generale*”).

Disposizioni come quelle menzionate costituiscono il collante tra la Parte Generale e la Parte Speciale.

I.1.5. *Relazioni tra Parte Generale e Parte Speciale. La Parte Generale come nucleo centrale del diritto dei contratti*

Finora abbiamo fatto riferimento alla fenomenologia (o, come abbiamo detto, la “*mappatura*” o “*topografia*”)²⁷ delle norme di diritto positivo, che costituiscono proposizioni prescrittive.

La costruzione di un insieme di norme di diritto positivo, che configurano una Parte Generale, e dei rispettivi enunciati, unitamente alle norme e ai rispettivi enunciati riguardanti i contratti in particolare o Parte Speciale, pone il problema della definizione concettuale di entrambe le parti della teoria del contratto, dei confini di entrambe le definizioni e delle relazioni tra esse.

La Parte Generale del diritto contrattuale presenta una struttura tecnica che attinge a concetti basilari, pensati, primordialmente, in funzione delle attività comuni a tutti gli uomini, a tutto ciò che è comune denominatore dell'attività economica²⁸; come afferma Cian, la Parte Generale comprende l'insieme dei principi e regole che devono valere come elementi comuni di base, come tessuto connettivo per tutti i settori del diritto privato²⁹.

In senso generale, Allara³⁰ ha sottolineato che la materia contrattuale è suddivisa in due parti: la prima comprende la teoria generale del contratto, ossia i principi comuni ai vari tipi contrattuali, e la seconda include la teoria speciale, cioè, quei principi specifici che regolano le varie specie di contratto; da parte sua, Scognamiglio³¹ considera che le norme generali

²⁷ Cfr. G. BENEDETTI, *La categoria generale*, cit., 649.

²⁸ Cfr. N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del Trabajo*, t. I, 3ª ed., Messico, 1979, n. 41, 107, citato in C. MANGARELLI, *Aplicación supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2000, 22.

²⁹ Cfr. G. CIAN, *Il diritto civile come diritto privato comune*, in *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, 12 ss., citato in P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazione storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 629, nota 30.

³⁰ Cfr. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 50 ss.

³¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1352, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, cit. in E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 381.

relative al contratto si riferiscono a dati e conflitti di interesse che guardano alla struttura e funzione del contratto come categoria; mentre le norme speciali si caratterizzano per fare specifico riferimento alla struttura, alla funzione ed all'efficacia di una tipologia, per quanto ampia (ad esempio, la compravendita), di regolamentazione contrattuale.

In astratto, si può pensare che vi sia un rapporto di complementarità o di esclusione tra le due Parti.

Un settore della dottrina ritiene che ogni volta che esistano i presupposti di applicazione della Parte Speciale, sia questa che deve essere applicata, riservando alla Parte Generale una mera funzione sussidiaria. Pertanto, le norme generali non fungerebbero da "cornice", né si integrerebbero, in concorso o in combinazione con le norme della Parte Speciale, ma le sostituirebbero³². Posizione condivisa da Irti, che riduce il codice al ruolo di diritto residuale, incaricato di supplire alle lacune della Parte Speciale³³.

Messineo, invece, esprimendo una posizione che condividiamo, afferma che l'insieme delle norme che costituiscono la Parte Generale della disciplina contrattuale nei codici è autosufficiente. E ciò appare, in prima battuta, corretto, poiché, partendo dal carattere sistematico e chiuso che, con la codificazione, caratterizza la normativa dei codici, si presume che, anche laddove non esistessero le norme di Parte Speciale, le disposizioni codificate nella Parte Generale fornirebbero una disciplina sufficiente per risolvere tutti i problemi concreti che si pongono a coloro che devono applicare il diritto ai contratti. Ma questa autosufficienza – continua Messineo – è ammissibile sempreché prescinda dalla disciplina delle specifiche figure contrattuali. È necessario, quindi, specificare quale debba essere il rapporto sistematico tra le regole generali e quelle speciali.

Secondo Messineo, le norme della Parte Generale costituiscono la cornice di quelle contenute nella Parte Speciale, che sono proprie di ogni figura. Si tratta quindi di una coesistenza di norme, che si combinano tra loro ma non si escludono reciprocamente³⁴.

Le norme di Parte Generale sono suscettibili di essere applicate a ogni caso concreto, in concorso (e non in antitesi o esclusione) con le norme particolari della Parte Speciale, che sono concepite, secondo Messineo, *ratione materiae*³⁵.

³² Cfr. G. DE NOVA, *sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e Impresa*, 1988, n. 4.

³³ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 46-47. Tale questione si discute più in dettaglio *infra*, Parte Quarta.

³⁴ Cfr. F. MESSINEO, voce "Contratto", in *Enc. dir.*, Milano, 1961, t. X, 787.

³⁵ Cfr. ID., *Dottrina Generale del contratto*, Milano, 1946, 1 ss. Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 CC, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 16 ss. Come vedremo più avanti, lo stesso problema relazionale si porrà in occasione dell'applicazio-

Sarebbe quindi possibile descrivere il concetto di *contratto in generale* che si ritrova nella Parte Generale dei codici, come una sorta di stampo vuoto e uniforme, suscettibile di contenere le costanti formali del contratto stesso, nel quale può essere “*versato*” qualsiasi contenuto. Dalla Parte Generale emergerebbe, pertanto, il paradigma del contratto «formale, generale e costante».

Le norme della Parte Generale, secondo Messineo, hanno prevalentemente un carattere formale, si riferiscono alla struttura del contratto e tendono all'uniformità. Invece, le regole specifiche di ogni contratto tendono decisamente alla differenziazione. Le prime stabiliscono l'affinità in virtù della quale ogni singolo contratto può essere inquadrato nello schema generale di contratto; le seconde individuano le connotazioni caratteristiche che differenziano il contenuto di ciascun contratto dagli altri.

Ciò significa che la parte dedicata alla disciplina del contratto in generale, essendo normalmente priva di elementi di contenuto, costituisce espressione di elementi «strutturali», mantenendo un contenuto «vuoto» rispetto alla disciplina dei tipi contrattuali³⁶. Tuttavia, non si tratta di una parte puramente definitoria o descrittiva di concetti, priva di carattere normativo, possedendo, al contrario, una valenza normativa ed integrando la fonte normativa della disciplina di ogni specifico contratto.

Ne consegue che le norme di Parte Generale e quelle di Parte Speciale si compenetrano reciprocamente, in maniera tale che ciò che nelle prime può apparire più astratto, si specifica compenetrandosi naturalmente con le norme relative ai contratti in particolare.

Secondo la tesi di Messineo, le norme di Parte Generale non si contrappongono a quelle di Parte Speciale, rappresentando, invece, il minimo comune denominatore delle norme sui contratti in particolare.

Riassumendo, Messineo trae varie conclusioni:

1. per ottenere una completa disciplina di uno specifico contratto tipico, le norme di Parte Speciale devono essere integrate con quelle della Parte Generale, così realizzando un necessario lavoro di ricostruzione della disciplina. Ad esempio, la regolamentazione della locazione deve tenere presente simultaneamente le regole generali applicabili a tutti i contratti, le regole generali relative ai contratti bilaterali o sinallagmatici, quelle concernenti i contratti commutativi, i contratti di esecuzione continuata, ecc., e, infine,

ne delle norme di determinati sottosistemi speciali unitamente alle norme del Codice civile che rappresentano l'ambito di attuazione.

³⁶ La ricchezza della parte speciale del diritto contrattuale rispetto al suo contenuto normativo è ciò che la rende particolarmente utile nell'applicazione delle nozioni apportate dal nuovo diritto contrattuale e, in particolare, nell'applicazione del concetto di equilibrio normativo fatto proprio dalla legislazione sulle clausole abusive sia nell'ambito dei rapporti con i consumatori sia all'infuori di esso. cfr. *infra*, I.1.8.

quelle peculiari (ed esclusive) del contratto di locazione³⁷;

2. la disciplina generale serve a regolare i contratti atipici o innominati;

3. in particolare nel diritto italiano, e in tutti i diritti che non hanno previsto una normativa speciale per la categoria del negozio giuridico, le norme generali relative al contratto servono per interpretare altri atti giuridici non contrattuali (per esempio, atti giuridici unilaterali di carattere patrimoniale)³⁸.

È anche possibile sostenere che le norme “*topograficamente*” collocate nella Parte Speciale, benché riferite a un contratto nominato, siano estensibili anche ai contratti in generale o a contratti appartenenti a una determinata categoria generica³⁹. Ovverosia, la portata di una disposizione, o meglio del principio che può inferirsi da essa, non dipende esclusivamente dall’ubicazione sistematica della disposizione nella Parte Generale o in quella Speciale del diritto contrattuale, ma dal grado di astrazione o generalizzazione che presenta il menzionato principio.

I.1.6. *Il problema dei microsistemi normativi*

Oltre alla Parte Speciale, ci sono altri sistemi normativi vincolati alla Parte Generale.

In primo luogo, lo stesso Codice di Commercio, che suppone l’applicazione sussidiaria del Codice civile⁴⁰; in maniera analoga, altri codici, come quello tributario, rurale, delle acque, ecc., suppongono detta applicazione sussidiaria del Codice civile. Esistono altresì norme settoriali speciali, che sono promulgate *ratione materiae* e si applicano esclusivamente alle materie in esse regolate, come le leggi che regolano il diritto del lavoro, le società commerciali, i valori mobiliari, il fallimento, la contrattazione immobiliare in particolare per quanto riguarda gli alloggi residenziali, l’attività finanziaria, l’attività assicurativa e la miriade di leggi che costituisco-

³⁷ Come si vedrà nel prosieguo, il nuovo diritto contrattuale richiederà, a sua volta, e in sovrapposizione, la applicazione, da un lato, della normativa costituzionale e, dall’altro, della normativa speciale dei sottosistemi e microsistemi, come, ad esempio, la legislazione speciale relativa a locazioni di immobili urbani e rustici.

³⁸ Cfr. F. MESSINEO, voce “*Contratto*”, cit., 788.

³⁹ Ad esempio, certe norme stabilite dal legislatore nella parte speciale relativa al contratto di compravendita, come quelle relative alla facoltà del compratore di ritenere il prezzo in alcune circostanze, hanno una *vis* espansiva verso la parte generale, come espressione di un principio generale applicabile, non solo alla compravendita, ma a tutti i contratti bilaterali o sinallagmatici.

⁴⁰ Ad esempio, l’articolo 191 del Codice di Commercio uruguayano dispone: «Le prescrizioni di diritto civile sulla capacità dei contraenti, requisiti dei contratti, eccezioni che ne impediscono l’esecuzione e cause di annullamento o rescissione, sono applicabili ai contratti commerciali con le modificazioni e restrizioni stabilite nel presente Codice».

no le appendici dei Codici civili, le quali implicano, in misura più o meno immediata, l'applicazione sussidiaria del Codice civile sia nella sua Parte Generale che nella sua Parte Speciale, nella misura in cui risulti pertinente.

Esistono altresì norme speciali congiunturali e temporanee (ad esempio, le norme sulle locazioni in tempi di carenza di alloggi), che derivano dal c.d. dirigismo legislativo. Tali legislazioni spesso modificano gli elementi essenziali (termini e prezzi) nei contratti di locazioni di immobili urbani e rustici, stabiliscono la revisione dei contratti di locazione eccessivamente onerosi, creano uffici con competenze tecniche o periziali per stabilire il “prezzo giusto” nei contratti.

In tutti questi casi, la norma settoriale o speciale, che risulta incompatibile con le norme più generali del Codice civile, deroga ad esso nello specifico ambito settoriale.

In questo modo, troviamo principi di leggi settoriali o speciali che sono incompatibili con il codice. Ad esempio, le disposizioni normative sui rapporti con il consumatore che consentono a quest'ultimo di recedere unilateralmente sono eccezionali, poiché sono contrarie al principio di intangibilità del contratto, che, in linea di principio, non può essere risolto per volontà unilaterale. Il diritto di recesso – afferma Gamarra – è in radicale contrasto con il Codice civile. Se consideriamo che il Codice stabilisce il principio della forza vincolante del contratto, osserviamo che la legislazione sulle relazioni con i consumatori costituisce un'eccezione a questa regola per quanto riguarda il diritto del consumatore a recedere nel termine di cinque giorni dalla stipulazione del contratto. Ma la legge richiede che si tratti di vendite effettuate al di fuori di stabilimenti commerciali e che il recesso sia comunicato, mediante prova inconfutabile, al fornitore. Tutto ciò circoscrive l'eccezione, sottolineando l'importanza della normativa contenuta nel Codice civile, in particolare nella Parte Generale del Diritto Contrattuale⁴¹.

In questo senso, il termine *speciale* risulta equivoco, posto che, da un lato, la legge speciale può derogare la legge generale, ma, dall'altro, non può essere in contrasto con la legge generale, potendo solo comportare una specificazione dei suoi principi; non può introdurre eccezioni alle regole generali, ma può aggiungere un'ulteriore disciplina. Ad esempio, l'articolo 1 della legge uruguayana sui rapporti con i consumatori stabilisce, nel suo secondo paragrafo, che in tutte le questioni non previste dalla detta legge, si applicano le disposizioni del Codice civile.

La questione relativa al rapporto tra Parte Generale e Parte Speciale dei Codici civili, da un lato, e le normative settoriali, dall'altro, costituisce uno dei punti chiave del moderno diritto contrattuale. Pertanto, è possibile distinguere tra sistema, sottosistema e microsistema, nel senso che, mentre un sistema è un'organizzazione centrale di regole e principi guida

⁴¹ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, X, FCU, Montevideo, 2001, 31.

riguardanti un vasto oggetto giuridico generale, un sottosistema costituisce un ambito di regolamentazione speciale che mantiene con il primo un legame di connessione per compatibilità e, per questo, non arriva a possedere una completa autonomia, che, invece, presentano i cc.dd. microsistemi. Questi costituiscono ambiti regolatori relativi a uno specifico settore, rispetto al quale, e solo in relazione al quale, costituiscono un complesso organizzato, indipendente dal sistema centrale, da cui si distaccano perché contengono regole e principi diversi a causa della natura e del contenuto della materia regolata⁴². Resta inteso, tuttavia, che questa indipendenza non può mai essere completa, perché ci sono principi e regole di carattere generale che rendono unitario il sistema giuridico in quanto tale e che non tollerano eccezioni da parte della normativa propria dei microsistemi.

I.1.7. *Tipo e denominazione del contratto*

Il tipo contrattuale viene solitamente identificato con la figura dei contratti nominati nella Parte Speciale dei codici civili.

In realtà, il tipo non è altro che un modello, un concetto che può avere un grado maggiore o minore di astrazione o generalità. Tutti i concetti possono essere ordinati, in base al loro livello di astrazione, in generi e specie, partendo da un genere sommo, passando per generi e specie intermedie, fino a raggiungere le specie ultime⁴³.

Secondo tale impostazione, risulta evidente che i tipi contrattuali non sono costituiti solo dai contratti nominati, come, ad esempio compravendita, permuta, locazione, donazione, società. Da un lato, anche i generi o classi intermedie, come, ad esempio, il concetto di contratto principale o accessorio, unilaterale o bilaterale, di scambio o di credito, costituiscono tipi, ossia modelli dedotti dal diritto positivo fissato dal legislatore e hanno caratteristiche e regole proprie; dall'altro, i contratti nominati ammettono, in virtù della legislazione speciale, specificazioni posteriori; ad esempio, la compravendita può essere una vendita civile o commerciale, immobiliare, di valori mobiliari, ecc.

Procedendo dal genere sommo all'ultima specie, il primo tipo astratto generico è quello del *contratto in generale*; tale tipo non costituisce una specie di contratto nominato, ma presenta caratteristiche che lo distinguono da altri atti, come i negozi unilaterali, e che sono chiaramente contenuti nella legge che disciplina la figura del contratto in generale. Dunque, il contratto

⁴² Cfr. A. CAUMONT, *Sistema, subsistema y microsistema*, in *Derecho Civil*, in ADCU, t. XXXIX, FCU, Montevideo, 2009, 657.

⁴³ Come si vedrà più avanti, uno dei maggiori meriti dell'opera del gesuita Pedro de Oñate è stata l'applicazione della metodologia delle categorie aristoteliche alla materia contrattuale, costruendo, con riguardo ai contratti, l'Albero di Porfirio.

in generale è anche un tipo che – nell’ambito del presente punto tematico (relativo alla individuazione del concetto di contratto) – può essere considerato come il genere sommo.

Un altro tipo, più specifico, è il contratto bilaterale, che deve essere distinto dai contratti unilaterali, e che presenta caratteri specifici che connotano tutti i casi che rientrano nell’ambito della specie; un altro tipo, ancora più speciale, all’interno del genere contrattuale bilaterale, è il contratto di compravendita, che coincide con uno dei tipi nominati dalla legge; un altro tipo (o meglio, sottotipo), scendendo ancora di più nella specialità, è il contratto di compravendita immobiliare e poi quello di compravendita di immobile rustico, ecc. e così via fino ad arrivare ad un modello normativo che non ammette ulteriori specificazioni, e che costituirebbe la specie ultima. In tutti i casi, e non solo nel caso delle specie ultima, esistono norme fissate dal legislatore che si applicano ad ogni tipo o modello.

Come insegna Gamarra, può parlarsi di tipo sia quando parliamo del contratto di compravendita sia quando si tratti di stabilire se è un contratto reale, consensuale o solenne.

È corretto parlare del tipo *contratto reale*, così come si può parlare del tipo *contratto di compravendita* ⁴⁴.

Di conseguenza, sebbene esista una relazione tra le due nozioni di *tipo* e *nome* del contratto ⁴⁵ e siano generalmente utilizzate in modo indistinto, tra di esse, in effetti, una distinzione deve essere effettuata. Il nome contrattuale è il risultato di un processo storico di configurazione che fa riferimento alla funzione economica del contratto, allo schema astratto che rappresenta un modello di relazione economica tra le parti in funzione del raggiungimento di un fine o di una utilità pratica.

Il “*nome*” contrattuale si riferisce quindi a uno schema o modello o tipo costante di operazione economica, recepito in un corpo normativo nel corso di un processo storico.

Inutile aggiungere che, nella misura in cui detto processo storico sia ancora in atto, l’elenco dei contratti nominati continua a crescere a causa dell’incorporazione nell’ordinamento di nuovi tipi normativi, che rispondono all’evoluzione sociale ed economica di ogni nazione.

L’importanza della funzione dei tipi contrattuali nella teoria del contratto è stata evidenziata nel prolifico lavoro di Rodolfo Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi* ⁴⁶.

Secondo Sacco, i giudici tendono a cercare quelle regole di giustizia o

⁴⁴ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil*, cit., 14.

⁴⁵ Cfr. M. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, 31.

⁴⁶ Cfr. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 790.

di equilibrio, non tanto nella Parte Generale, ma soprattutto nella Parte Speciale del diritto contrattuale, e procedono, secondo ciò che Sacco chiama metodo tipologico, a comparare sempre il contratto concreto in esame, anche se atipico o innominato, con i tipi speciali disciplinati dalla legge.

Sacco riassume magistralmente i criteri logici utilizzati dai giudici nel processo decisionale. La giurisprudenza, di fronte a un contratto concreto, non appena risulti necessario stabilire la natura del contratto stesso, tenta in qualsiasi modo di ricondurre il caso di fatto a un tipo "*legale*", o, sussidiariamente, a un tipo "*giurisprudenziale*".

Dunque, il campo di applicazione di ogni contratto tipico tende ad ampliarsi per effetto dell'analogia. L'immagine che la lettura del codice suggerisce è quella di una vasta area continua come quella del delta di un fiume, ove gli isolotti rappresentano aree tipiche di regolamentazione, e la zona dei canali rappresenta i possibili contratti atipici o clausole che differiscono dalla regolamentazione dei tipi legali. Data l'irrelevanza che, ai fini della qualificazione, è attribuita alle clausole atipiche, possiamo osservare che gli isolotti si amplieranno per alluvione, superando i propri limiti originari per invadere crescenti porzioni dei canali, ossia l'area dei contratti atipici⁴⁷.

Peraltro, quest'espansione procede ancor più vigorosamente con l'aiuto di un ulteriore procedimento logico, che può essere descritto come segue. Quasi sempre, un contratto legalmente tipico (contratto speciale) produce effetti specifici propri dei contratti tipici: effetti propri della vendita, della locazione, del mandato, del contratto di appalto. Ciò consente alla giurisprudenza di scindere vari effetti elementari, per poi costruire la corrispondente figura contrattuale, ricomponendo l'unità globale, mediante la figura del contratto complesso o del contratto misto.

In sintesi, in questa prospettiva, i contratti innominati, misti e complessi tendono sempre ad essere ridotti ai contratti tipici secondo la regola della prevalenza. Sacco sostiene che il giudice non considera mai che un contratto atipico sia equidistante da due tipi, motivo per cui finisce sempre per riportarlo a uno di essi. Sacco giunge ad affermare che può risultare sorprendente, ma che, se si riflette bene, è il corollario del ragionamento: «non si è mai visto un contratto innominato in un'aula di giustizia!».

La tipizzazione sarebbe gratuita e inutile se non implicasse conseguenze, che sono evidenti e sono rappresentate, essenzialmente, dai cc.dd. *naturalia negotii*, cioè da tutti quegli effetti che, sebbene non direttamente dipendenti dalla volontà delle parti, sono conseguenti al tipo di contratto, purché le parti non l'abbiano escluso.

Ciò determina una sorta di finalismo, di valutazione orientata in maniera teleologica piuttosto che sillogistica, nella qualificazione del contratto. Il contratto è qualificato in un modo o in un altro, perché si desidera

⁴⁷ *Ibidem*, 793.

produrre un determinato effetto piuttosto che un altro, una certa responsabilità o garanzia⁴⁸.

Federico de Castro insegnava che ciò implica prestare particolare attenzione alla natura del contratto o di ogni tipo di contratto. La clausola limitativa che libera una parte contraente dalle obbligazioni essenziali del contratto è considerata contraria alla natura delle cose; quindi, nel caso in cui una delle parti debba assumere tutte le obbligazioni, non vi sarà nessuna compravendita, nessuna locazione, anche se così è stata denominata. È stata presa in considerazione anche la reciprocità degli interessi, a seconda del tipo di contratto⁴⁹.

Come si vedrà, il metodo tipologico è stato comunemente utilizzato dai precursori della teoria generale del contratto, per identificare i tipi di contratto e per individuare, in base alle loro caratteristiche principali, il significato e la disciplina dei contratti più complessi.

I.1.8. *Tipo di contratto, nome del contratto e operazione economica*

Si può sostenere che il metodo tipologico possa essere stato utile in un periodo storico in cui la contrattazione era più semplice, ma che non lo sia nei nostri giorni, quando nascono nuove modalità contrattuali, spesso ispirate ad esperienze straniere, trovandoci ogni giorno in presenza di gruppi di contratti collegati sempre più articolati, che rendono necessario l'utilizzo di strumenti interpretativi «che ci permettano di valutare, in tutta la loro globalità e complessità, la molteplicità e il conflitto degli interessi sottostanti all'atto di autonomia privata»⁵⁰.

La tendenza alla tipizzazione delle operazioni economiche, ossia la schematizzazione dell'«infinita diversità di modi volontari con cui gli uomini regolano tra loro le comunicazioni, il commercio, l'industria e i rapporti di lavoro, secondo le proprie necessità»⁵¹ negli schemi dei contratti nominati, è adeguata ad un contesto di società o modalità di produzione tradizionale. Non risulta, tuttavia, sufficiente in una società sviluppata.

È per questo che la più recente dottrina civilistica italiana, sotto l'influenza del pensiero di Enrico Gabrielli⁵² e seguendo l'orientamento di Giovanni Battista Ferri⁵³, ricorre con sempre maggior vigore al concetto di

⁴⁸ *Ibidem*, 800.

⁴⁹ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, in *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1982, 1063.

⁵⁰ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, I; E. GABRIELLI, (a cura di), *I contratti in generale*, 61.

⁵¹ Cfr. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, Paris, MDCCXIII, Livre Premier, Titre I, Section I, n. 3, 20.

⁵² Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto*, cit., 74.

⁵³ Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1963, *passim*.

operazione economica, che costituisce una lente di maggior precisione in grado di permettere allo spettatore una percezione più sottile degli interessi concreti intrecciati nell'atto di autonomia privata, e tale da rivelarsi particolarmente utile quando si tratta di fattispecie complesse, quali, per esempio, i cc.dd. contratti misti, o i contratti collegati, nonché quando si tratti di includere nella matrice analitica il contesto in cui il contratto viene concluso, l'attività di impresa, il funzionamento del mercato e il livello e la qualità di organizzazione della concorrenza.

Tuttavia, ricorrere a questo strumento ermeneutico più raffinato, ossia al concetto di operazione economica, e anche riconoscerlo come categoria ordinante e non meramente nominalistica del diritto contrattuale, non impedisce di ricorrere al (o tener presente il) metodo tipologico, posto che gli autori parlano non solo di "*tipo contrattuale*" così come legiferato, ma anche il "*tipo di operazione economica*" o "*tipo di prestazione*" che scaturisce dall'esame analitico della fattispecie concreta.

Tale metodo richiede flessibilità sufficiente per considerare non solo gli elementi presenti nel tipo contrattuale definito a livello normativo, ma anche altri derivati dalla prassi sociale ed economica, dagli usi e costumi e dalle circostanze del caso, che possono fornire all'interprete informazioni più precise sui caratteri dell'equilibrio di interessi costruito dalle parti nell'atto concreto di autonomia privata oggetto di analisi.

I.1.9. *La dialettica tra Parte Generale e Parte Speciale, chiave di volta del diritto contrattuale*

Le considerazioni precedenti costituiscono un motivo in più per incoraggiare l'interprete ad esaminare la tradizione storica delle teorie giuridiche sul contratto, e in particolare quella della Scolastica, ove troverà sicuramente un ricco percorso dottrinale sui tipi contrattuali speciali, che per molti secoli furono l'unico oggetto di studio da parte dei trattatisti.

Inoltre, dalle precedenti osservazioni emerge quello che potremmo chiamare "*enigma*" della teoria generale del contratto. Se è vero che i giudici non usano la figura del contratto innominato, cercando sempre di identificare la fattispecie concreta con una o più specie nominate, quale funzione svolge, quindi, la figura del contratto "*in generale*"?

La dogmatica del XIX secolo, facendo leva sulla figura generale del contratto, si è occupata principalmente del suo aspetto "*consensuale*", relegando in secondo piano la Parte Speciale, che contiene, più che un'affermazione del principio consensualistico, una descrizione di specifiche fattispecie relazionali ed una disciplina di esse considerata come equilibrata e giusta; tuttavia, nel XXI secolo, nel contesto di una vivace discussione sui concetti di equilibrio contrattuale e giustizia sostanziale nel contratto, la Parte Speciale è chiamata a condividere con la dottrina generale

del contratto il medesimo rango, generandosi tra la Parte Generale e la Parte Speciale, non una relazione di supremazia e subordinazione, ma un certo rapporto di dialogo, che consente un'adeguata applicazione del diritto sostanziale dei contratti alle fattispecie concrete.

Naturalmente, oggi metteremmo in discussione molti aspetti del discorso scolastico sui contratti in particolare. Tuttavia, il suo valore risiede nello sforzo di comprendere la natura dei vari contratti, in termini di *"equilibrio dei diritti e delle obbligazioni"* che ne derivano. In effetti, la teoria che gli scolastici hanno costruito permette di armonizzare la volontà delle parti con gli elementi naturali che derivano da ogni tipo particolare di contratto.

Collocare una transazione nel suo *"luogo naturale"* e verificarne gli effetti implica che, in ogni tipo contrattuale, l'equità e l'equilibrio sono valutati, non solo in relazione al valore economico delle prestazioni (oggi diremmo equilibrio economico), ma anche con riguardo alla regolamentazione giuridica che le parti plasmano nel contratto, nelle clausole dello stesso (il c.d. equilibrio normativo). È necessario conoscere la natura del contratto, la sua funzione, e da ciò deriva un certo equilibrio che costituisce il *"contenuto di giustizia"* del contratto.

Mentre la regolamentazione generale del diritto contrattuale propria del XIX secolo ha preso in considerazione l'equilibrio del contratto esclusivamente da un punto di vista formale, è chiaro che il dibattito più recente riguarda il problema dell'equilibrio sostanziale, forse non in relazione all'aspetto economico, ma certamente rispetto a quello normativo. Quando l'ordinamento richiede che il contratto presenti un equilibrio tra diritti e obbligazioni, può aspirare a godere della piena tutela dell'ordinamento solo quella regolamentazione di interessi che presenti detto equilibrio e che dovrà essere sempre confrontata con la disciplina del tipo contrattuale nominato che più si avvicina alla fattispecie concreta.

Il discernimento concettuale sugli elementi naturali del contratto nominato assume, pertanto, un ruolo principale nella teoria del contratto, che era stato perso nel corso del XIX secolo e oggi sembra essere un elemento utile per affrontare le nuove sfide del diritto contrattuale⁵⁴.

Calando tale questione in una dimensione storica, si potrà verificare che fino alle prime opere sistematiche del XVI e XVII secolo, la riflessione teorica sul contratto fu focalizzata sui tipi speciali nominati, perché la preoccupazione fondamentale dei teorici era rivolta all'equilibrio contrattuale e alla questione del prezzo giusto. La categoria generale di contratto appare come una costruzione nata proprio in quell'epoca. L'oggetto dell'analisi storica illuminerà il passaggio da un discorso sul contratto in particolare, vale a dire, sui vari tipi di contratto nominati, a un discorso sul contratto in ge-

⁵⁴ Un esempio può essere rinvenuto nell'art. 1 del *Progetto di Codice Europeo dell'Accademia dei Giusprivatisti di Pavia* e nel *Draft Common Frame of Reference* per il diritto delle obbligazioni europeo.

nerale, che va inevitabilmente di pari passo con l'unificazione e astrazione del soggetto di diritto e con la valorizzazione dell'autonomia della volontà.

I.2. *La teoria liberale del contratto e l'età della codificazione*

I.2.1. *Liberalismo, uguaglianza e codificazione*

Il processo di codificazione che si è verificato nel diritto civile continentale, sostanzialmente durante il XIX secolo, implica il tentativo, non solo di razionalizzare e sistematizzare le attività giuridiche, ma anche di inserire, nell'insieme di norme ordinanti della condotta sociale, alcuni punti di vista politico-sociali; si identificò il processo di codificazione con il tentativo di introdurre certi schemi e di infondere gli ideali di un tipo di vita liberale-borghese negli ordinamenti giuridici⁵⁵.

Alla base dell'idea del codice vi è, come noto, un principio fondamentale della civiltà moderna: il principio di uguaglianza, che si diffuse nell'Europa continentale a partire dalla Rivoluzione francese.

L'idea del codice nacque immediatamente dopo la rivoluzione: già la Costituzione del 1791 aveva annunciato ai francesi il programma di «un codice di leggi civili comuni a tutta la repubblica». La relazione tra il principio di uguaglianza e la codificazione del diritto è evidente. I cittadini, per essere uguali tra loro, devono essere soggetti alla stessa legge; e la legge, per essere uguale per tutti, deve essere formulata nei termini più generali e astratti: deve riferirsi, senza discriminazione, a chiunque, e, senza distinzione, a qualsiasi atto⁵⁶.

Díez Picazo traccia un parallelo con il sistema di pesi e misure, osservando che nel processo di codificazione, inteso come razionalizzazione, vi erano due linee che possono essere definite di perfezione quantitativa e qualitativa; la prima, consistente nella riduzione dell'insieme di messaggi in cui tradurre le norme di legge; la seconda, rappresentata dalla semplificazione del materiale normativo, rendendolo, altresì, accessibile al cittadino⁵⁷.

Il presupposto di questa costruzione è la concezione di un mondo continuo, omogeneo, che può essere pienamente spiegato a partire da un modello meccanicistico come quello di Leibnitz, Newton o Laplace, in cui tutti i soggetti sono teoricamente uguali, come monadi o atomi, che non presentano differenze formali tra loro, il che implica che tutti sono trattati nello

⁵⁵ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 181.

⁵⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 11.

⁵⁷ Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Codificación, descodificación, recodificación*, in *Anuario de derecho civil*, 45, 2, 1992, 473-484.

stesso modo, essendo irrilevanti le reali differenze tra gli agenti. Precisamente l'Antico Regime si basava su disuguaglianze, su diversi stati o classi, definiti formalmente: la nobiltà, il clero e la plebe. Nella concezione liberale, parlare di disuguaglianze tra individui diventa espressione inaccettabile.

Secondo Galgano, la strutturazione di due importanti Codici civili europei, il Codice civile francese e quello tedesco, in funzione di crescenti gradi di astrazione concettuale, ossia il contratto in generale nella codificazione francese e il negozio giuridico nella codificazione tedesca, risponde, in entrambi i casi, all'intenzione di consacrare, a livello legislativo, il principio di uguaglianza.

I.2.2. *Il concetto di contratto e l'autonomia della volontà*

È stato detto che la teoria generale del contratto va di pari passo con l'idea liberale, nel senso che, secondo detta teoria, la forza vincolante del contratto risiede essenzialmente nell'accordo delle volontà, che viene presentato come un elemento necessario e sufficiente a giustificare la protezione giuridica del negozio; la volontà possiede, nel mondo del diritto, un vero potere creativo. In questo senso, Windscheid affermava che l'atto giuridico è la manifestazione del potere creativo che appartiene alla volontà privata nel dominio giuridico. La persona ordina e il diritto fa proprio quell'ordine⁵⁸.

Così concepita, l'autonomia della volontà diventa una garanzia necessaria e sufficiente della giustizia contrattuale, dal momento che le persone non acconsentirebbero mai a un accordo destinato a produrre loro più perdite che benefici. Kant ha individuato nella volontà, non solo la fonte delle obbligazioni, ma anche la fonte per eccellenza, perché nessuno presta il suo consenso per celebrare un negozio che non soddisfi e non si adegui ai propri interessi⁵⁹.

Si tratta, quindi, di un'idea formale di giustizia, nel senso di Fouillé⁶⁰ (*qui dit contractuel, dit juste*), ottenuta mediante l'accordo di due volontà che considerano il patto come la forma più adatta di composizione dei loro interessi. O, come direbbe Gounot⁶¹ descrivendo questa concezione di contratto, *la seule tache du droit est d'assurer l'égalité des libertés en presence: tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soit par ailleurs le contenu*.

Il principio dell'autonomia della volontà, basato a sua volta sul princi-

⁵⁸ Citato in E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Parigi, 1912, 2, nota 1.

⁵⁹ Cfr. J. BLENGIO, *La autonomía de la voluntad y sus límites*, cit., 395 ss.

⁶⁰ Cfr. A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, 410.

⁶¹ Cfr. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie*, cit., 76.

prio di libertà, assume, di conseguenza, una portata assorbente. Il diritto contrattuale viene praticamente ridotto a *pacta sunt servanda*: l'accordo volontario è una fonte sufficiente della norma che deve essere osservata come la legge stessa.

La volontà individuale si troverà sì limitata, ma solo in funzione della libertà degli altri: non ha limiti intrinseci, ma solo estrinseci.

Come conseguenza di questa concezione tradizionale, non si avverte nella scienza giuridica una preoccupazione esplicita e sviluppata per i problemi teorici che comporta l'idea di giustizia contrattuale sostanziale; più precisamente il criterio di giustizia utilizzato in questa prospettiva è un concetto esclusivamente formale o procedurale.

La giustizia sostanziale degli scambi o dei contratti, l'equilibrio oggettivo tra le prestazioni, cessano di essere motivo di preoccupazione, o addirittura, costituiscono un argomento che è inteso anticipatamente come inaccessibile o di accesso non appropriato.

Blengio sottolinea che tali idee perdurano sostanzialmente in (almeno) buona parte della dottrina moderna⁶², che si limita ad affermare l'esistenza dell'autonomia privata, concepita come un ambito nel quale gli individui possono programmare ed eseguire azioni di carattere economico, come una sfera esclusiva ed escludente, nel cui seno possono auto-regolare i propri interessi tramite l'esercizio del potere normativo negoziale, cioè il potere di creare regole che costituiscono il contenuto del negozio.

Inoltre, Alfaro Águila Real afferma, nel suo studio sulle condizioni generali della contrattazione – che costituiscono precisamente uno dei temi posti in primo piano dal problema analizzato – che dalle norme del Codice civile spagnolo e, in particolare, dagli articoli 1255, 1293 e 1300 (che corrispondono approssimativamente agli articoli 1284, 1288 e 1277 del Codice civile uruguayano) è possibile giungere alla conclusione per cui i contratti non creano obbligazioni per la giustizia del loro contenuto ma perché sono stati liberamente concordati dalle parti⁶³.

Secondo Irti, il valore originale e fondamentale di questa cosmo-visione è costituito dall'individuo, dalla sua capacità di espandersi verso le cose esterne, correndo il rischio del successo o dell'insuccesso, e così inserendosi nella laboriosa continuità delle generazioni. È intorno all'individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, che si costruiscono le relazioni sociali; al diritto vengono chiesti strumenti in grado di offrire la garanzia più rigorosa dei valori dominanti e, quindi, di facilitare la piena attuazione delle opzioni individuali⁶⁴.

⁶²In questo senso, J. PEIRANO FACIO, *Curso de obligaciones*, Oficina de Apuntes CED, Montevideo, 1964, 125-126; E. CAFARO-S. CARNELLI, *Eficacia contractual*, Buenos Aires, 1989, 16 ss., citati da J. BLENGIO, *La autonomía de la voluntad y sus límites*, cit., 395 ss.

⁶³Cfr. *ibidem*.

⁶⁴Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., 21 e 22.

La teoria dell'autonomia della volontà costituisce la proiezione in termini giuridici di quest'idea centrale in campo economico: la libertà di iniziativa e il libero gioco dell'offerta e della domanda. Come insegna Caffera, la teoria del negozio giuridico è, in qualche modo, lo specchio concettuale del diritto privato per le teorie dell'economia classica⁶⁵.

Dalla sommatoria di contratti liberi, ossia di quelli nei quali l'autorità non è intervenuta, dal libero mercato, dal libero gioco della domanda e dell'offerta, nascerà il migliore di tutti i mondi possibili.

Rispetto al contratto, queste idee degli esponenti liberali francesi si cristallizzano effettivamente nel principio consensualistico, oggi generalmente ammesso, che afferma che il contratto è essenzialmente consenso; questo concetto fu incorporato nel diritto positivo dal codice napoleonico e dai codici civili che ad esso si ispirarono⁶⁶.

⁶⁵ G. CAFFERA, *El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia*, in *ADCU*, t. XXXI, FCU, Montevideo, 2001, 577.

⁶⁶ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 388.

CAPITOLO II

LA RETROSPETTIVA STORICA

SOMMARIO: II.1. Introduzione. – II.1.1. Storia dell'idea di contratto in generale. – II.1.2. La crisi della teoria classica (liberale) del contratto dal punto di vista epistemologico. – II.1.3. Le tappe nella storia dell'idea di contratto. – II.2. La “preistoria” della teoria generale del contratto. – II.2.1. L'idea del contratto in Grecia. – II.2.2. Il contratto in generale a Roma. – II.2.2.1. Le diverse concezioni del contratto. Il contratto *in fieri* e il contratto *in facto esse*. – II.2.2.2. Assenza di una teoria generale del contratto nel diritto romano. – II.2.3. L'idea di contratto in generale nel Medioevo. – II.2.3.1. Introduzione. Lo svolgimento dei temi contrattuali nella Prima Scolastica. – II.2.3.2. La teoria del contratto nella Prima Scolastica. – II.2.3.3. Il fondamento della forza vincolante del contratto. – II.2.3.4. Assenza di una teoria generale del contratto. – II.2.3.5. Il giusto prezzo. – II.2.3.6. Il dovere di informazione. – II.2.3.7. La teoria medievale dei *vestimenta*. – II.2.3.8. Funzionalità della teoria dei *vestimenta* nella tradizione scolastica. – II.2.3.9. La dottrina di François Connan. – II.3. La genealogia tradizionale della teoria generale del contratto. – II.3.1. La scuola giusnaturalista: Domat, Pothier. – II.3.1.1. Jean Domat (1625-1696). – II.3.1.2. Robert Pothier (1699-1772). – II.3.2. La genealogia tradizionale. – II.3.2.1. La riforma protestante. – II.3.2.2. La disciplina dell'oggetto del contratto in Grotius e Pufendorf. – II.3.2.3. Il versante della *common law*. – II.3.3. I limiti della genealogia tradizionale della teoria del contratto. – II.3.4. Pluralità di versanti della teoria generale del contratto. – II.3.5. L'interrogativo sulla possibilità di una diversa genealogia. II.4. Una genealogia diversa. La tradizione dei gesuiti della Seconda Scolastica. – II.4.1. La scoperta di una diversa genealogia. – II.4.2. Aspetti generali della Seconda Scolastica e della Scuola di Salamanca. – II.4.3. Precedenti immediati della Seconda Scolastica. – II.4.4. La Seconda Scolastica ispano-americana. – II.4.5. Il modello universitario di Salamanca e il suo trapianto in America. – II.5. Le somme e i manuali dei confessori. La prima generazione della Seconda Scolastica. – II.5.1. *De iustitia et iure* di Domingo de Soto (1494-1570). – II.5.2. Le opere di Martín de Azpilcueta (1492-1586). – II.5.3. Il *Tractatus de contractibus et negotiationibus* di Ludovicus Lopez (1535-1596). – II.5.4. Le opere di Antonio Gómez (+ 1561). – II.5.5. I *Commentaria Joannis Matienzo, regii senatoris in Cancellaria argentina Regni Peru, in librum quintum recollectionis legum Hispaniae (Mantua Carpentanae, MDCVII)* di Juan de Matienzo (1520-1579). – II.5.6. La *instrucción de mercaderes* di Luis Sarabia de la Calle (1544). – II.6. *La summa de tratos y contratos* di Tomás de Mercado (1523/30-1575). – II.6.1. Introduzione. – II.6.2. La finalità principalmente morale e pratica dell'opera. – II.6.3. Prevalenza della concezione oggettiva del contratto come equilibrio tra le prestazioni. – II.6.4. Sintesi. – II.6.5. Conclusione. – II.7. I tentativi di sistematizzazione. La seconda generazione della Seconda Scolastica. – II.7.1. Introduzione. – II.7.2. *L'arte de los contractos*, di Bartolomé de Albornoz (1571). – II.7.2.1. Aspetti generali. – II.7.2.2. Profilo consensualistico. – II.7.2.3. Allegoria storica sul contratto. – II.7.2.4. Il tentativo di sistematizzazione. – II.7.2.5.

Creditore e debitore, credito e debito. – II.7.2.6. La classificazione dei contratti. – II.7.2.7. Valutazione critica. – II.7.3. Il *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos* di Francisco García (1583). – II.7.3.1. Introduzione. – II.7.3.2. Valore metodologico. – II.7.3.3. Concetto di contratto. – II.7.3.4. La teoria generale del contratto in Francisco García. – II.7.3.5. Il metodo tassonomico in Francisco García. – II.7.4. L'impulso alla costruzione sistematica del contratto. – II.8. La teoria del contratto nella tradizione gesuita. – II.8.1. Aspetti generali. – II.8.2. Gli autori della Seconda Scolastica gesuita. – II.8.3. Il contesto socio-politico della scuola dei gesuiti sul contratto. – II.8.4. Il contesto filosofico e teologico. Tradizione e rinnovamento nella Seconda Scolastica gesuita. – II.8.4.1. Gli esercizi spirituali di San Ignacio de Loyola. La ratio studiorum. – II.8.4.2. La *Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis* di Luis de Molina. – II.8.4.3. *De legibus*, di Francisco Suárez. – II.8.4.4. Probabilismo gesuitico e promozione della libertà e della responsabilità umana. – II.8.4.5. Verso il riconoscimento di genealogie alternative del principio dell'autonomia della volontà. – II.8.5. Il discorso sul contratto in Luis de Molina. – II.8.5.1. Introduzione. – II.8.5.2. Conclusione. – II.8.6. Il contratto in generale in Leonardo Lessio. – II.8.6.1. La teoria della restituzione. – II.8.6.2. La definizione di contratto. – II.8.7. Juan de Lugo. – II.8.8. Altre fonti anteriori a Pedro de Oñate.

II.1. Introduzione

II.1.1. Storia dell'idea di contratto in generale

Come abbiamo affermato (più avanti si tratterà la questione più in dettaglio), lo sviluppo di un ragionamento sul contratto in generale – cioè, su un concetto astratto basato sul libero consenso delle parti, che comprende le varie specie contrattuali, siano essi contratti gratuiti o onerosi, contratti nominati come la compravendita, la permuta, la locazione, ecc., ovvero contratti innominati – non rappresenta patrimonio inveterato della riflessione giuridica. In particolare, non risale al diritto romano – culla indiscussa di tutto il nostro diritto civile e, in special modo, per quanto ci riguarda, del diritto delle obbligazioni – ma costituisce una costruzione piuttosto recente nella storia universale del pensiero sul contratto.

Ciò significa che, sebbene dal punto di vista logico, la Parte Generale del diritto dei contratti preceda necessariamente la Parte Speciale, cronologicamente non è stato così: la disciplina dei contratti in particolare e la teoria o riflessione su di essa, precedono storicamente la disciplina e la dottrina generale del contratto, e questa costituisce un prodotto storico concreto, incardinato in una specifica epoca storica.

Precisamente, intendiamo svolgere un lavoro di ricerca su tale processo storico che, partendo da un diritto (sia in senso normativo che in senso conoscitivo) come quello romano, fondamentalmente costruito in base a tipi di contratto speciali o particolari, continua nel Medioevo con una riflessione fondamentalmente orientata, anche, ai contratti in particolare, per

poi sfociare, durante l'Età moderna, in un discorso di tipo generale, da cui scaturiscono simultaneamente un insieme di norme di diritto positivo (la Parte Generale sul contratto nei Codici civili) e una dottrina sul contratto in generale, che coesisteranno con la normativa (la Parte Speciale del diritto contrattuale) e la corrispondente dottrina sui tipi particolari o speciali di contratto.

Per il giurista contemporaneo, non vi è dubbio che il fondamento dell'obbligazione contrattuale poggia sulla volontà del debitore, accettata dal creditore, e che il suo elemento costitutivo risieda nel consenso delle parti contraenti. Si tratta dell'assioma fondamentale della teoria liberale del contratto, che definisce il contratto come un accordo delle volontà produttivo di obbligazioni od altri effetti giuridici, considera il consenso come elemento necessario e sufficiente per creare il vincolo obbligatorio e individua l'essenza del contratto nell'autonomia della volontà. Questa concezione ci è stata presentata come l'unica possibile. Tuttavia, abbiamo affermato – ed ora lavoreremo per dimostrarlo – che la teoria del contratto può trasformarsi e in effetti si è trasformata; da ciò si deduce che non esiste una sola teoria del contratto o, almeno, che essa non è immutabile. Ciò porta ad un risveglio dell'interesse intellettuale verso le fonti precedenti a quelle che cristallizzarono la teoria classica o liberale del contratto, considerando che non è possibile una visione matura e critica della teoria del contratto senza un riferimento alle sue origini ed alla sua evoluzione storica.

Dando una rapida occhiata retrospettiva si può verificare l'esistenza di un periodo estremamente ampio durante il quale il contratto fu concepito in termini diversi da quelli propri della concezione sottesa alla teoria classica liberale.

La riflessione su questo tema risulta urgente, soprattutto considerando quanto affermato del professore cileno Eduardo Soto Kloss, secondo il quale l'idea che il contratto sia semplicemente ed unicamente un accordo di volontà non è affatto scontata, né corrisponde ad un'idea che sia o sia stata unica e incontrastata, e il consensualismo non è sempre esistito come spiegazione dell'idea di contratto, né ha rappresentato un concetto indiscusso; al contrario, se guardiamo alla storia del diritto, la concezione del contratto come accordo di volontà ci appare quasi come una parentesi all'interno dell'idea dominante fino ad ora, parentesi che forse si è già chiusa¹.

Il professor Soto Kloss basa la sua affermazione sul fatto che, se ritorniamo al diritto greco dell'Atene classica, notiamo che la costruzione aristotelica del *synallagma* ha poco o nulla a che vedere con questo consensualismo volontarista che appare – nella teoria classica liberale – come intrinseco alla nozione stessa di contratto. L'idea di base del contratto nel diritto greco è quella di «scambio di cose» tra gli uomini, per sopravvivere-

¹ Cfr. E. SOTO KLOSS, *La contratación administrativa; un retorno a las fuentes clásicas del contrato, entre otros*, in *Revista de Administración Pública*, 86 (2000), 570.

re, e scambio equo, regolato da ciò che è giusto (diritto, nel termine greco), correttivo o riparatore, che corregge o ripara lo squilibrio che produce l'ingiustizia nelle relazioni sociali umane.

In effetti, le spiegazioni relative al contratto che precedono la nascita del liberalismo, piuttosto che basarsi esclusivamente, o principalmente, sul consenso e sulla volontà, fanno, invece, propria un'altra formulazione, principalmente fondata sull'idea di scambio equilibrato di prestazioni. Nella concezione greca di Aristotele, nell'insegnamento stoico dell'antichità, nel pensiero romano dell'epoca bizantina, nella visione cristiana del mondo che ha prevalso in Europa durante il Medioevo, e persino nel pensiero giusnaturalista dell'Età moderna, l'idea di un equilibrio contrattuale oggettivo non era estraneo all'idea essenziale di contratto. Invece, nelle riflessioni aristotelico-tomiste, il prezzo giusto era considerato l'elemento principale del contratto.

Infatti, il diritto canonico, basato sul diritto romano, considerava il contratto da due punti di vista: il contratto *in fieri* e il contratto *in facto esse*. Il contratto *in fieri* è il contratto visto dal punto di vista del suo perfezionamento, che si esaurisce in un istante. Il contratto *in facto esse* è la relazione che nasce dal perfezionamento e che permane nel tempo. Si può dire che fino a buona parte dell'Età moderna, il pensiero giuridico sul contratto era incentrato sull'aspetto del contratto *in facto esse*, rimanendo nell'ombra il punto di vista del contratto *in fieri*, incentrato sul consenso, sull'accordo di volontà.

È con lo sviluppo delle teorie basate sull'autonomia della volontà, che il contratto viene ad essere considerato essenzialmente nel momento del suo perfezionamento, nel momento *in fieri*. L'equilibrio contrattuale sostanziale è sostituito dall'equilibrio formale. Il contratto è considerato sinonimo di libero consenso.

Si apre dunque una sfida: esplorare un orizzonte storico più ampio in relazione al concetto di contratto. Posto che il pensiero sull'essenza del contratto non è sempre stato lo stesso e che vi sono stati dei cambiamenti nei paradigmi dominanti, è conveniente, e perfino necessario, porsi una domanda: in che cosa consisteva quella visione del contratto precedente alla teoria classica liberale, e come si evolve per sfociare in quest'ultima? Si trattò di un'evoluzione progressiva o ci fu una qualche rottura nella concezione del contratto? Se è così: quando, come e perché si produsse un cambiamento fondamentale del paradigma?

In questo senso, ha ragione Blengio. In effetti, è possibile che un approccio completo al concetto di contratto nella congiuntura attuale, un pensiero maturo, non possa essere effettuato senza un riferimento significativo a quella tradizione, rispetto alla quale la concezione del XIX secolo rappresenta apparentemente una rottura. D'altra parte, fornire elementi per comprendere tale rottura può risultare rilevante.

Se non siamo consapevoli che qualcosa è nato, difficilmente capiremo

che può anche crescere, deteriorarsi e morire. Questo è precisamente ciò che alcune dottrine predicano con riguardo alla teoria generale del contratto e ciò che il presente lavoro tenta di verificare; affrontare, dunque, i problemi attuali, da una prospettiva storica.

Si tratta, forse, di acquisire consapevolezza del fatto che il contratto non è solo il contratto *in fieri*, ma anche il contratto *in facto esse*, e che entrambe le prospettive sono intrecciate in un movimento pendolare di predominanza alternativa.

II.1.2. *La crisi della teoria classica (liberale) del contratto dal punto di vista epistemologico*

È tipico delle idee classiche presentarsi come le uniche possibili. La circostanza della crisi della teoria liberale del contratto, che noi chiamiamo classica, conduce ad individuare un punto di partenza fertile dal punto di vista epistemologico: posto che "l'idea classica" non è l'unica, può variare, non esiste una sola idea di contratto; non c'è ragione per cui la teoria del contratto debba essere unica e non possa variare. Questo ci porta a considerare un oggetto di indagine: l'idea stessa di contratto e la sua metamorfosi nell'evoluzione storica.

Secondo Kuhn, il progresso della scienza non opera in maniera continua, ma piuttosto attraverso rivoluzioni, durante le quali si verificano cambiamenti radicali negli assiomi precedentemente accettati in modo pacifico dalla comunità di studiosi di una certa area della realtà². Non vi è motivo per cui non si possa dire lo stesso nel campo delle scienze sociali e del diritto. È quindi opportuno passare in rassegna gli approcci della metodologia giuridica e il loro impatto sull'idea di contratto, facendo riferimento alla metodologia della storia delle idee, alla storia delle idee giuridiche e, in particolare, alla storia dell'idea di contratto.

A questo punto è necessario distinguere, come afferma Arturo Ardao³, tra storia della filosofia e storia delle idee. La storia della filosofia è la storia del pensiero filosofico considerato nelle sue pure implicazioni dottrinali, che fa riferimento al significato strettamente filosofico delle idee, alla loro connessione, al loro adeguamento agli obiettivi specifici del filosofare; che non si disinteressa del tutto delle correlazioni del pensiero con la vita, ma che bada ad essa solo per chiarire situazioni particolari e in modo subordinato ed accessorio.

D'altro canto, la storia delle idee è la storia dei pensieri «nelle loro immediate implicazioni di storia generale», che ha senso come storia speci-

² Cfr. T.S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura económica, Messico, 1971.

³ Cfr. A. ARDAO, *Filosofía de lengua española, ensayos*, Alfa, Montevideo, 1963, 86 e 87.

fica di questo o quel tipo di idee: filosofiche, religiose, scientifiche, estetiche, pedagogiche, politiche, giuridiche, economiche e sociali.

Sarà così possibile osservare l'idea di contratto nella sua evoluzione vivente, concependola non *sub specie aeternitatis*, bensì da una prospettiva storica: ovvero, non come un concetto eterno e universale, bensì nato in un momento temporale determinato⁴. Si consideri inoltre che – come sostiene Soto Kloss – la visione dell'idea di contratto, nel diritto, si fonda su costruzioni teoriche che non sono opera esclusiva di giuristi, bensì di filosofi con preoccupazioni giuridiche, le cui idee furono fatte proprie dagli operatori del diritto⁵.

Secondo quanto affermato dal filosofo Francisco Romero, si tratta di una storia che registra riflessioni generali: di una storia di idee giuridiche.

A dire di Touchard⁶, le dottrine sono insieme di dogmi che guidano l'uomo nell'interpretazione dei fatti e nella direzione delle proprie condotte. Ciò ci ricorda che il ruolo delle cornici teoriche è sempre l'ordinamento della realtà finalizzato all'azione, azione in cui interferiscono interessi e condizionamenti. La rappresentazione di una realtà come immodificata e immodificabile rivela solitamente il suo carattere ideologico, nel senso di rappresentazione della realtà funzionale agli interessi dominanti. L'utilizzo ideologico del paradigma dell'autonomia della volontà genera inevitabilmente la convinzione (presentata persino come scientifica) che quella sia l'unica visione possibile del contratto.

Come ben ha evidenziato Gounot, in ogni concezione del diritto e del contratto è racchiusa una metafisica, o meglio, una teoria filosofica dell'autonomia e del contratto. Accade spesso che tale concezione non possieda consapevolezza di sé stessa e che molti giuristi la adottino senza esserne consapevoli.

Tuttavia, non vi è nulla di più pericoloso di una dottrina che ignora sé stessa⁷. E lo studio storico tende almeno a tenere a bada questo pericolo.

II.1.3. *Le tappe nella storia dell'idea di contratto*

Prendendo in prestito la terminologia di Wilhelm Dilthey⁸, potremmo parlare di «cosmovisioni» del contratto per riferirci a visioni generali del contratto congruenti con grandi visioni del mondo e dell'uomo. Riferendosi al diritto contrattuale negli Stati Uniti, Grant Gilmore⁹ parla delle

⁴ Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, 234.

⁵ Cfr. E. SOTO KLOSS, *La contratación administrativa*, cit., 569.

⁶ Cfr. J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques*, Tecnos, Madrid, 1970, 13.

⁷ Cfr. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, 11.

⁸ Cfr. W. DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*, Fondo de Cultura económica, Messico, 1949, *passim*.

⁹ Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, 19.

Ages of american law. Parafrasandolo, potremmo anche parlare di *Età dell'idea di contratto*. Secondo Gilmore, a proposito dell'idea di *consideration* nel diritto contrattuale, Langdell, Holmes e Williston incarnano il concetto liberale individualista. Tuttavia, tale concetto non rappresenta il risultato naturale del continuo sviluppo del diritto giurisprudenziale, implicando, al contrario, una brusca rottura con il passato, anche con il passato recente (*even with recent past*). Gli autori della teoria generale hanno fatto una selezione della giurisprudenza, qualificando i casi che non rientrano nelle categorie predefinite come *wrong cases*.

È proprio questo *recent past* – che secondo Gordley¹⁰ risulta assente (*is missing*) nell'attuale dottrina sul contratto – ciò che sarà oggetto della presente indagine.

Il professore uruguayano Cafferà¹¹, nel tentativo di costruire una sintesi, indica tre tappe nella storia della costruzione dell'idea di contratto.

La prima risale al diritto romano. In tale contesto, la caratteristica fondamentale è il numero chiuso di contratti, nonché il loro formalismo. È la forma che obbliga, non il consenso che sta dietro di essa. Come vedremo in dettaglio più avanti, il contratto consensuale a Roma non è altro che una figura in più in un panorama dominato da quattro diverse categorie, in tre delle quali predomina la forma: i contratti reali, in cui l'elemento essenziale è la consegna di una cosa; i contratti letterali (che vengono scritti nel libro di contabilità domestica del creditore); la *stipulatio*, un rituale di domande e risposte verbali tra presenti; e infine, i contratti consensuali, in cui il consenso, in effetti, obbliga al di là della forma; e che tuttavia sono circoscritti a solo quattro tipi nominati: la compravendita, il contratto di locazione, il mandato e la società¹²,

Secondo Cafferà, il grande salto nella storia dell'idea di contratto si verifica nella modernità, quando si impone l'idea che il consenso, cioè, la proposta fatta con l'intenzione di obbligarsi, accettata in qualsiasi forma, perfeziona il contratto e genera effetti giuridici vincolanti suscettibili di esecuzione forzata.

Infine, la terza tappa, il cui ciclo sembra non essere ancora esaurito, si ha nel XX secolo, con la distinzione tra contratti simmetrici (paritari) e asimmetrici, classificazione che si traduce inizialmente postulando il concetto di contratto per adesione, si consacra con l'approvazione delle leggi

¹⁰ Gordley segnala, riferendosi al fatto che ci si è dimenticati delle concezioni sul contratto precedenti la visione attuale che gli autori della Scuola di Salamanca seppero sintetizzare: *For three and a half centuries, ... one of the most important fact of Western legal history has been that something is missing*. Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins of the modern contract doctrine*, Oxford, 1991, 9.

¹¹ Cfr. G. CAFFERÀ, *Construcción y reconstrucción del contrato. Tres claves en el inicio de la modernidad y el presente*, in *Ruptura: una Revista de la Sociedad de Análisis Jurídico*, anno I, n. 2, FCU, Montevideo, 2011, 43-64.

¹² Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones*, cit., 236.

di protezione dei consumatori e si cristallizza nel recente Codice civile e commerciale argentino del 2014.

Sembrirebbe quindi che la teoria liberale classica, la teoria generale unitaria del contratto, che ha origine nella modernità, abbia completato il suo ciclo e che ci troviamo in una nuova era (post-moderna) nella storia del contratto; si tratta di «una parentesi» che, nella terminologia del professor Soto Kloss, sarebbe già chiusa.

Nella storia del contratto dei paesi di tradizione romanistica, si constata il prodursi di due gravi crisi dal VI secolo fino ad oggi: il salto al contratto consensuale nel XVII secolo e la rottura dell'unità originaria (mediante la distinzione tra contratti paritari e asimmetrici) nel XX secolo (nei giorni nostri).

Fernand Braudel¹³ distingueva diversi livelli di conoscenza storica: strutturale, congiunturale ed episodica. L'affermazione per cui ci sono state tre grandi epoche nella storia dell'idea di contratto risponde, senza dubbio, al piano strutturale. Se è vero che sono esistite tre epoche, appare realmente appropriato, in presenza di un salto nell'idea di contratto ai nostri giorni, approfondire in certa misura ciò che fu l'esperienza precedente alla crisi dell'idea di contratto, focalizzando l'attenzione sul passaggio da un'idea di contratto in cui non era chiaro il ruolo centrale del consenso, all'idea di contratto come consenso, che avvenne nel XVI e XVII secolo.

Siamo quindi invitati a un ripensamento critico della questione, che viene formulata sulla base del fallimento di un'idea unica di contratto, ad effettuare un lavoro storico, un viaggio nel passato, immergendoci nella cosmovisione precedente (in particolare, in quella immediatamente precedente) a quella tradizionale e nelle vicissitudini del cambio di paradigma verso l'attuale concezione (liberale). Non con un'intenzione storicistica, bensì con un'impostazione critica della teoria del contratto, ossia alla ricerca degli elementi essenziali mediante il confronto dei due paradigmi che si sono contrapposti nel passato, al fine di ottenere delle linee guida che possano fornire un orientamento nell'attuale situazione, che ipoteticamente rappresenta un nuovo cambio di paradigma.

Come abbiamo affermato, si può intravedere, in linea di massima, che il diritto romano, culla indiscussa del diritto privato occidentale, non costruì un'idea generale di contratto. L'idea che la teoria del contratto come la concepiamo oggi sia stata fondata a Roma e sia continuata senza soluzione di continuità fino al presente, passando semplicemente per Domat e Pothier fino al Codice civile francese e da allora fino ai giorni nostri, è erranea. Tale visione si caratterizza proprio perché omette di considerare la stori-

¹³ Questa sistematizzazione della storia costituì uno dei contributi più significativi di Fernand Braudel, dalla rivista *Annales, Histoire, Sciences sociales*, fondata in Francia nel 1929 da Marc Bloch e Lucien Febvre.

tà delle idee. È come se si facesse un enorme salto nel passato, dal nostro presente alla formulazione di Domat e da lì al diritto romano, come se nulla fosse accaduto in quest'intervallo.

Non è dunque vero che l'idea di contratto non sia cambiata, e che dal diritto romano, passando per Domat, fino ai giorni nostri, il contratto sia sempre stato concepito allo stesso modo, come un accordo di volontà, con effetti giuridici vincolanti. Al contrario, nonostante le citazioni che dimostrano che i Romani erano perfettamente consapevoli del ruolo chiave che occupa il consenso nelle dinamiche contrattuali, non troviamo nel diritto romano un'elaborazione paragonabile a una teoria del contratto come strumento basato essenzialmente sul consenso, nemmeno durante la fase medievale che definiamo scolastica, come dimostreremo con lo studio della c.d. teoria dei *vestimenta pactorum*¹⁴.

L'idea attuale di contratto nasce nell'Età Moderna, è consacrata nel codice di Napoleone e la ritroviamo nelle concezioni enunciate da Pothier e precedentemente da Domat.

Ma si trattò di un'invenzione di Domat?

Il nostro sforzo andrà nella direzione di identificare le fonti della tappa immediatamente precedente a Domat. Per concludere questa panoramica ci soffermeremo sullo studio dell'opera *De contractibus* di Pedro de Oñate, pubblicata nel 1646, che ci permetterà di analizzare un lavoro che può essere considerato a cavallo tra la concezione scolastica, aristotelico-tomista, di contratto, e la concezione sostanzialmente moderna, nell'ambito di un contesto morale.

In effetti, mentre la caratteristica propria delle opere di diritto contrattuale del periodo precedente è stata la preminente considerazione della finalità morali, nel trattato di Oñate, anche se il suo lavoro intellettuale ha ovviamente luogo nell'ambito di un finalità morale (propria della sua condizione di teologo, moralista, sacerdote e confessore), la teoria del contratto acquista un grado di perfezione e di autonomia giuridica rispetto al trattato morale, che permette di sostenere che rappresenti la nascita di una teoria giuridica del contratto in generale, dal momento che il suo studio non è (solo) un'opera di morale, bensì di diritto.

Tuttavia, quest'autonomia scientifica e tecnica, al di là delle critiche a cui – come ogni lavoro scientifico – può essere sottoposta l'opera di Oñate, non deriva dalla schematizzazione della filosofia morale e della teologia, venendo piuttosto formulata in parallelo ad essa.

Lo studio del sottile equilibrio tra la visione giuridica e quella teologica e morale, della loro reciproca autonomia e della loro interrelazione, della solidità logica e sistematica della teoria giuridica e della sua apertura verso il mondo morale e spirituale, ci permetterà di individuare un'origine inso-

¹⁴ Cfr. M. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, 69.

spettata della teoria generale del contratto, e in particolare di formulare la tesi secondo cui la teoria generale del contratto, come la conosciamo e la applichiamo oggi, è nata versando i contenuti del diritto romano, attraverso il diritto comune europeo, negli schemi della teologia; è stata la teologia a fornire l'ossatura della teoria generale del contratto come la conosciamo oggi, o, almeno, ne costituisce una delle linee genealogiche; non necessariamente l'unica, ma una di quelle che sono realmente esistite e che deve essere messa in luce tanto quanto le altre, come l'esperienza protestante, e successivamente il razionalismo o l'illuminismo.

Nel presente studio, faremo dunque riferimento, in primo luogo, alle concezioni di contratto presenti nell'Antichità; evidenzieremo poi le caratteristiche principali dei trattati medievali sui contratti e focalizzeremo l'attenzione sul periodo tra la seconda parte del XVI secolo e la prima parte del XVII secolo, per cercare di identificare il cambio di paradigma nonché i tentativi originali di costruire una teoria generale del contratto. Dagli studi effettuati risulta evidente che fu in quel momento, non prima, che nacque la teoria generale del contratto e si cristallizzò la concezione per cui il contratto è una specie del genere patto o accordo, coincidente con la visione consensualista.

II.2. La “preistoria” della teoria generale del contratto

II.2.1. L'idea del contratto in Grecia

Dato che le radici del pensiero occidentale si ritrovano principalmente in Grecia, è opportuno cominciare a investigare se esistono tracce dell'idea di contratto in generale nella civiltà ellenica.

Con le limitazioni derivanti dalla difficoltà di accesso alle fonti, si può affermare che, anche se la mentalità della Grecia antica, a differenza di quella latina, era molto più incline alla filosofia che al diritto, sono state trovate tracce del discorso sull'istituto contrattuale¹⁵. Tuttavia, secondo Wolff¹⁶, non si può dare per certo che il diritto greco, sin dai tempi antichi, considerasse il mero consenso come sufficiente per fondare un obbligo contrattuale. La compravendita, ad esempio, non ha mai costituito nella Grecia antica un atto obbligatorio in virtù del semplice accordo non eseguito dalle parti.

¹⁵ Così, ad esempio, in relazione alle garanzie reali nell'antica Grecia in occasione di contratti di mutuo, Cfr. J.V.A. FINE, *Horoi: Studies in Mortgage, real security, and land tenure in ancient Athens*, in *Hesperia Supplements*, 9, 1951, 46.

¹⁶ Cfr. H.J. WOLFF, *La structure de l'obligation contractuelle en droit grec*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 4^e série, 44^e année, Sirey, Paris, 1966, 37 ss.

Un patto non poteva, da solo, far nascere azioni a favore dell'acquirente o del venditore, in vista sia dell'esecuzione forzata che del risarcimento dei danni. D'altra parte, i contratti di locazione erano considerati contratti reali; e lo stesso potrebbe dirsi del contratto di società, dal momento che l'azione del socio era basata sulla perdita di un conferimento effettivamente effettuato dallo stesso.

Il termine *synallagma*, usato da Aristotele fondamentalmente nella sua *Etica Nicomachea*¹⁷, potrebbe indurre a pensare che il concetto attuale di contratto fosse già presente in Grecia. In effetti, i giuristi contemporanei sono abituati all'espressione *sinallagma*, come sinonimo di contratto bilaterale.

Tuttavia, l'espressione *synallagma*, ha, nell'opera di Aristotele, un significato che differisce radicalmente dal concetto consensuale di contratto. Nel Libro V dell'*Etica Nicomachea* Aristotele sviluppa la sua teoria della giustizia, parlando di giustizia particolare, che è divisa in giustizia distributiva e commutativa o correttiva. Il concetto di giustizia correttiva è legato ai beni, quando essi, precedentemente distribuiti tra gli uomini, soffrono, in termini di appartenenza a una persona in particolare o con riguardo alla loro stessa esistenza, un cambiamento essenziale, che può consistere in uno scambio volontario del bene con un'altra persona o in un atto dannoso. Questi atti tra gli uomini causano uno squilibrio della precedente posizione che tali soggetti occupavano rispetto ai beni coinvolti. In effetti, se il venditore consegna il bene, si verifica uno squilibrio fino a quando l'acquirente non paga il prezzo. Di modo che, se quest'ultimo non adempie la propria obbligazione, si produce uno squilibrio patrimoniale, che è ciò che obbliga giuridicamente al pagamento.

Pertanto, nella visione aristotelica, la forza vincolante, l'obbligo di adempiere le prestazioni scaturite dall'accordo, non deriva direttamente dal consenso contrattuale, ma dal fatto che una delle parti contraenti, ad esempio il venditore, che ha consegnato la cosa venduta, si sia impoverito rispetto all'acquirente inadempiente, che si arricchisce a spese del venditore, e ciò provoca uno squilibrio. Allo stesso modo, se un soggetto provoca una lesione fisica ad un altro individuo, si verifica uno squilibrio, un'anomalia, un disordine nella società civile, intesa come equilibrio armonico dei patrimoni dei suoi membri, fino a quando il danno non viene risarcito. Sono questi rapporti umani di anomalia o disordine ciò che Aristotele chiama *synallagmata*; un disordine che deve essere rimosso per ripristinare la situazione di equilibrio, mediante la giustizia correttiva, obbligando, negli esempi citati, l'acquirente a pagare il prezzo, e colui che ha provocato il danno a indennizzarlo¹⁸. Vi sono, quindi, *synallagmata* volontari (è il caso

¹⁷ Cfr. ARISTOTELE, *Morale a Nicomaco*, Buenos Aires, 1942, n. 4, *passim*.

¹⁸ Cfr. C. DESPOTOPOULOS, *Les concepts de juste et de justice selon Aristote*, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIV, Paris, 1969, 283 ss.

della compravendita inadempita da una delle parti) e involontari (è il caso della responsabilità extracontrattuale).

Ciò dimostra fino a che punto la concezione greca del contratto fosse lontana dalla concezione di contratto come consenso, come accordo di volontà, che si presenta attualmente come quasi “naturale”. Il concetto di *synallagmata* volontario è più vicino al quasi-contratto, ossia a un fatto volontario generatore di un’obbligazione, che al consenso come fonte di obbligazioni.

Una volta completato lo scambio contrattuale, ciascuna parte mantiene la propria posizione, l’equilibrio viene mantenuto, purché il contratto sia correttamente rispettato e vi sia un’uguaglianza oggettiva o proporzionalità tra le prestazioni. Altrimenti, esiste uno squilibrio che richiede una giustizia correttiva o commutativa, allo stesso modo di quando un soggetto causa un danno extracontrattuale ad un altro.

II.2.2. *Il contratto in generale a Roma*

II.2.2.1. *Le diverse concezioni del contratto. Il contratto in fieri e il contratto in facto esse*

Rogel Vide sottolinea che il diritto romano è importante, storicamente, come sistema concettuale piuttosto che come sistema normativo¹⁹.

Ebbene, per quanto riguarda il concetto generale di contratto, la conclusione tratta dalle affermazioni praticamente unanimi dei civilisti e degli storici del diritto è la seguente: da un lato, la teoria generale del contratto non esisteva come tale a Roma; e dall’altro, l’idea di contratto tra i romani era molto diversa da quella attuale, in quanto il principio del consensualismo non esisteva.

Tra i romani non esisteva un concetto di contratto come lo intendiamo oggi²⁰, né, conformemente allo spirito pratico che li guidava, una teoria generale del contratto²¹.

Fernández de Buján afferma che i giuristi romani classici non elaborarono una categoria generale e astratta che contenesse questa nozione giuridica; in ogni caso, identificavano il contratto con l’atto in virtù del quale si contraeva l’obbligazione, e non come un accordo di volontà con efficacia giuridica, produttiva di obbligazioni²².

Ciò può sembrare strano, posto che effettivamente il diritto romano ci ha fornito una quantità enorme di elementi per la teoria dell’obbligazione. A cominciare dall’opera di Cicerone, che tratta degli Uffici (vale a dire, i

¹⁹ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 173.

²⁰ Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones*, cit., 235.

²¹ Cfr. R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, 2004, 20.

²² Cfr. F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, Madrid, 2007, 114.

doveri o le obbligazioni), e in cui si afferma che l'onestà della vita consiste tutta nell'adempimento delle obbligazioni, e, naturalmente, quando esse derivano da un contratto, nell'adempire alla promessa fatta. Tuttavia, tale opera non costituisce un'analisi teorica sul carattere essenziale del consenso nell'ambito del contratto, tenuto conto che, come ribadito, il diritto positivo romano non ammetteva il principio consensualistico.

In effetti, nei diritti primitivi, l'accordo delle volontà non era ritenuto sufficiente a produrre obbligazioni ed era necessaria la realizzazione di un atto corrispondente a uno dei tipi ammessi per dedurre l'azione in giudizio²³. Melich Orsini²⁴ afferma, in maniera categorica, che il diritto romano non era giunto a formulare l'idea di contratto come categoria astratta e aperta; al contrario, solo gli accordi accompagnati da una forma tipica ammessa dallo *ius civile* permettevano l'esercizio dell'azione in giudizio. Il mero patto o *conventio* è stato identificato sin dai tempi più antichi con l'elemento volontario – su cui pone enfasi la dottrina moderna del contratto – e ciò ha probabilmente portato a credere che in esso potesse trovarsi l'origine del contratto, ma oggi sappiamo con certezza che a Roma non fu così. Si ritrova comunemente, nella dottrina specializzata, l'affermazione secondo cui nel primitivo diritto romano non veniva riconosciuto alla volontà il potere di creare, da sola, un vincolo obbligatorio. Affinché nascesse un *contractus*, era richiesto l'adempimento di simbolismi o forme speciali²⁵.

Díez Picazo e Gullón sottolineano che la concezione di contratto come fonte di obbligazioni in base al mero accordo o consenso delle parti è frutto di una lunga evoluzione storica, in cui si sono incrociate correnti di pensiero molto eterogenee. Tale concezione non appartiene certamente al diritto romano²⁶.

Secondo Messineo, il termine *contractus* (ellissi di *negotium contractum*) ha avuto, nel diritto romano classico – almeno secondo l'opinione prevalente – un significato completamente diverso da quello attuale, trasfuso nelle numerose legislazioni del “mondo civilizzato”. Il termine *contractus* indicava non tanto un accordo – ossia un fatto volontario che dà vita al vincolo obbligatorio – ma il vincolo obbligatorio in sé, considerato come fatto oggettivo.

La figura corrispondente al contratto moderno, in cui si attribuisce rilevanza all'elemento soggettivo (accordo, consenso) come condizione necessaria e sufficiente per la nascita di obbligazioni civili, ossia, eseguibili coattivamente, appare solo nell'epoca postclassica, e precisamente nel diritto giustiniano, e si chiama *pactum* (*pactio*) o *conventio*, ove, in effetti, si apprezza l'elemento del consenso; di modo che è il patto il vero antecedente

²³ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1987, 171.

²⁴ Cfr. J. MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, 1993, 20.

²⁵ *Ibidem*, 24.

²⁶ Cfr. L. DÍEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1994, 29.

del contratto moderno. Tuttavia, il patto inteso come istituto generatore di obbligazioni che possono essere eseguite forzosamente ha tardato ad affermarsi. Non è rara l'enunciazione del principio secondo il quale *nudum pactum obligationem non parit, o nudo pacto actio non oritur*, affermazioni in palese contrasto con il principio consensualistico.

È vero che già nel diritto romano classico esistevano contratti consensuali.

Se si osserva la classificazione dei contratti nel diritto romano, si constata che questa era basata sulle modalità di perfezionamento, e tali modalità determinavano quattro tipi di contratti: *ex re perficitur, ex verbis, ex litteris ed ex consensu*²⁷.

I contratti *re* si perfezionavano con la consegna della cosa. I contratti *verbis* con lo scambio di parole solenni, in particolare, con lo strumento della *stipulatio*, consistente in una domanda e una risposta pronunciate con certe formalità. I contratti *litteris* si perfezionavano con l'annotazione del negozio nei registri contabili dei cittadini romani. Infine, i contratti consensuali si perfezionavano mediante il semplice consenso.

Tuttavia, tale denominazione non stava tanto a indicare che l'essenza del contratto fosse il consenso, ma che tali contratti erano validi nonostante non fosse stata osservata la *datio* o altre forme particolari, posto che tali forme rappresentavano, in linea di principio, un elemento essenziale e indispensabile per la nascita del vincolo obbligatorio²⁸. Peraltro, si consideravano contratti consensuali – ossia quelli in cui il consenso obbligava senza ulteriori formalità – solo quattro tipi di contratti nominati: compravendita, locazione, società e mandato. Pertanto, si è aggiunto al carattere limitato dell'ambito consensualistico, la necessità che si trattasse di determinati contratti nominati. Ad esempio, il limitato consensualismo nel diritto romano si collocava nel contesto di un *numerus clausus* di tipi contrattuali, che si perfezionavano con il mero consenso. Tutto ciò differisce radicalmente dal diritto contrattuale moderno, caratterizzato dal principio consensualistico e dal *numerus apertus* in materia di contratti.

A chi non ha familiarità con la storia del diritto risulterà difficile concepire le infinite discussioni circa la permuta, la cui forza contrattuale obbligatoria oggi non può essere messa in discussione, ma che in tempi antichi, nel Medioevo, e anche nell'Età Moderna, fu oggetto di dibattito, posto che la permuta, sebbene fosse molto simile alla compravendita, non corrispondeva a nessuno dei quattro tipi nominati (compravendita, locazione, società e mandato) governati dal principio consensualistico²⁹.

²⁷ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 31.

²⁸ Cfr. F. MESSINEO, voce "Contratto", cit., 784.

²⁹ Per una trattazione della storia del contratto di permuta, si veda C. ROGEL VIDE, *Sobre la permuta y su utilidad*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, epoca III, anno 2010, n. 3, luglio-settembre, 532-534.

Non è che il diritto romano non riconoscesse la possibilità delle parti di regolare i propri interessi in una forma diversa da quella prevista per i contratti nominati, posto che la figura dei contratti innominati non era sconosciuta a Roma. Tuttavia, affinché tali accordi fossero giuridicamente vincolanti, era necessario che fossero adottati con la solennità della *stipulatio*³⁰.

Si potrebbe quindi affermare che risulta spiegabile che il concetto centrale del diritto privato patrimoniale a Roma fosse quello di obbligazione più che di contratto; obbligazione la cui nascita era associata a formalità di carattere fortemente solenne, e che fu oggetto di un progressivo ampliamento che mai le tolse quel carattere.

Se si analizzano con attenzione le definizioni generali di contratto attribuite ad autori romani, si vedrà come non venga chiaramente enunciato il principio consensualistico, almeno come elemento costituente l'asse portante di un discorso generale sul contratto.

Risulta molto interessante lo studio dell'idea formulata da Labeone, giurista romano costantemente citato in relazione alla definizione di contratto. Labeone definisce il contratto come *ultra citroque obligatio*, ossia come un'obbligazione reciproca. Come notato da Messineo, Labeone fa proprio il concetto per cui il contratto è «l'obbligazione assunta», il risultato costituito dall'obbligazione, il vincolo giuridico, non l'atto che lo origina; la visione moderna si concentrerà, invece, non sull'obbligazione, considerata come mero effetto, bensì sul consenso, considerato come causa delle obbligazioni. Labeone aggiunge che il *contractus* è ciò che i Greci chiamavano *synallagma* (*quod graeci synallagma vocant*), riprendendo la tradizione aristotelica che – come abbiamo visto precedentemente – considerava come nucleo del concetto di contratto la relazione e non la sua origine volontaria. Alla luce di quanto esposto, secondo l'opinione prevalente, nel diritto romano classico la nozione di *contractus* si riferiva alla relazione considerata in maniera oggettiva, ossia al vincolo in sé, e non all'accordo, ossia al patto che ne costituiva la fonte³¹.

Secondo Rescigno, il termine *contratto*, nelle fonti romane, si riferisce, più che alla manifestazione della volontà di uno dei contraenti e all'incontro delle volontà dichiarate, al vincolo che emerge dall'accordo (e persino a comportamenti non riconducibili allo schema consensuale). Con una terminologia aggiornata, sarebbe corretto dire che la parola insiste sulla relazione, piuttosto che sull'atto costitutivo di essa, e ancor meno intende esprimere la nascita del vincolo di autodeterminazione dei soggetti (l'idea di *Selbsbindung*, secondo un preciso vocabolo tedesco)³².

³⁰ M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 1989, 70.

³¹ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 385, e autori ivi citati.

³² Cfr. P. RESCIGNO, *Premessa*, in *Trattato dei contratti*, cit., I, XXIX.

In questo modo, il contratto come accordo (*in fieri*) non risulta così rilevante come il vincolo (*in facto esse*).

Da parte sua, Ulpiano definisce il consenso, *in idem placitum consensus*, ma riferendosi al patto, non al contratto. La nozione romana di *contractus* non parte dall'accordo. *Pactum* e *conventio* sono figure distinte dal *contractus*.

Inoltre, sostiene Soto Kloss, sia nel diritto classico, sia in quello giustiniano, il solo accordo di volontà non originava obbligazioni (civili), posto che non generava il diritto ad azioni, essendo necessario un altro tipo di attività o strumento affinché tale accordo potesse originare effetti giuridici: da qui la necessità di formalità, o della consegna della cosa, a seconda del tipo specifico di contratto; e se il caso dei cc.dd. *contractus consensus* differiva da quanto detto, ciò era dovuto al fatto che erano gli unici in cui si verificava uno scambio reciproco di beni o prestazioni³³.

In effetti, non si può negare che nel diritto romano il consenso fosse considerato come proprio dello strumento contrattuale. Già nell'epoca classica c'è una tendenza a identificare *contractus* e *conventio*. La prova di ciò, secondo Biondi, sarebbe:

1. la distinzione di Gaio, nelle sue istituzioni, tra obbligazione *ex contractu* ed *ex delicto*, che si basa sul fatto che il fondamento del contratto è il consenso;

2. l'espressione di Sisto Pedio, che si avvicina di più all'idea prevalente ai giorni nostri: ... *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat, nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* (D. 2.14.1.3.)³⁴.

Pedio ha chiaramente affermato che il consenso era richiesto in tutti i contratti, anche, ad esempio, in quelli conclusi mediante la *stipulatio*. Anche se venivano usate parole solenni, il consenso era comunque necessario³⁵. Tuttavia, non dice che il consenso sia – in linea di principio – sufficiente. Appare evidente l'idea secondo cui l'obbligazione contrattuale si fonda, al di là delle diversità (derivate dal carattere reale, verbale, solenne, ecc. del contratto), sul consenso, tanto che se non c'è consenso, non c'è nessun contratto né obbligazione. Nondimeno, quest'idea, che senz'altro deve essere stata presente, non fu sviluppata dalla giurisprudenza teorica romana. Non c'era teorizzazione su questo aspetto, ossia sull'esistenza del consenso in ogni relazione contrattuale. Pedio si limita a verificare che il consenso esiste in ogni contratto, senza costruire una teoria a riguardo.

³³ Cfr. E. SOTO KLOSS, *La contratación administrativa*, cit., 571.

³⁴ Cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, 1954, 215.

³⁵ Ciò nonostante, si discute in dottrina sulla portata di quest'affermazione di Pedio. Cfr. M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 74.

Specificando la nostra affermazione: non sosteniamo che a Roma il mero patto non producesse nessun effetto giuridico, posto che potevano esservi eccezioni, ma non generava azione (*pacta nuda actio non oritur*). Si ritrova qui il germe della teoria delle obbligazioni naturali che avrà un grande sviluppo nell'Età Moderna e cadrà in disuso nei nostri giorni. La verità è che il mero patto non dava diritto ad azioni civili.

Secondo Grosso, solo nell'epoca giustiniana apparve un concetto di contratto inteso come accordo, come patto che genera obbligazioni. Tuttavia, la nozione di contratto non veniva intesa in senso generale ed astratto, posto che, non trovando applicazione il principio consensualistico, non ogni accordo era, in linea di principio, in grado di creare obbligazioni, almeno civili, dal momento che non per tutti i patti vi era un'azione civile che ne assicurasse l'esecuzione forzata³⁶.

Il diritto romano aveva conosciuto i patti "nudi", in quanto privi di forma, pura e semplice espressione della volontà delle parti, ma aveva attribuito loro solo un'eccezione (cioè il diritto di neutralizzare una pretesa) e non un'azione (ossia il diritto di pretendere una prestazione). Questo principio, proprio della concezione antica del contratto, logicamente opposto a ciò che costituisce l'assioma indiscusso della teoria liberale (il contratto consiste nel patto, cioè nell'accordo delle volontà, e ciò non è solo necessario, ma in generale sufficiente a generare obbligazioni civili), è difeso e prevale durante tutto il Medioevo, attraverso tutte le vicissitudini della teoria dei *vestimenta pactorum*, fino al XVI secolo (come vedremo, la storiografia identifica François Connan come l'ultimo degli autori che si oppone al consensualismo).

Le indagini dimostrano come il principio *solus consensus obligat* avesse un'applicazione concreta in Europa solo a partire dal XVII secolo, come conseguenza delle proclamazioni teoriche giusnaturaliste, dato che, fino ad allora, era in vigore il sistema dei *vestimenta* medievali della forma o della *res*³⁷.

Secondo Galgano, per quanto legato alla funzione traslativa della proprietà che il diritto romano gli aveva assegnato, il contratto disciplinato nel Codice napoleonico dimostrerà una rottura rispetto alla concezione romanistica. Il contratto non sarà più, come era stato per i romani, un atto formale, capace di produrre effetti giuridici solo in virtù del suo *vestmentum*, cioè della sua "veste". Viene affermato il principio generale della libertà delle forme (ad eccezione della forma scritta richiesta per i contratti immobiliari); e gli effetti giuridici del contratto non erano più legati alle forme, ma alla volontà delle parti contraenti, finalizzata alla loro produzione. La rivoluzione che, sotto que-

³⁶ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1950, 87 ss.

³⁷ Cfr. P. CARLINI, *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 1989, 86.

sto aspetto, si compie con la codificazione francese del 1804 consistette – più precisamente – nell'attribuire anche un'azione, e non solo un'eccezione, al *pactum nudum*, e quindi nell'assegnare all'atto di volontà come tale quella funzione che il diritto romano assegnava al *vestimentum* del contratto³⁸.

In realtà, come vedremo più avanti, a questo riguardo – e lo stesso Galgano lo sottolinea – la soluzione del Codice napoleonico non fu affatto una rivoluzione. Al contrario, si può affermare che la storia del contratto nel Medioevo è la storia in cui si va consolidando lentamente il principio consensualistico, e nell'opera di Oñate, che risale al 1646 (che ha come punto di riferimento il diritto positivo dell'Ordinamento di Alcalá, secondo cui non è necessario il *vestimentum* affinché il *pactum nudum* produca effetti, inclusa l'azione civile) trova già, centocinquanta anni prima del Codice, la sua completa consacrazione³⁹.

II.2.2.2. Assenza di una teoria generale del contratto nel diritto romano

Rappresenta, dunque, un luogo comune tra gli specialisti, il fatto che i romani, pur avendo sviluppato una ricca conoscenza di varie figure contrattuali, non avessero una teoria generale del contratto. Sebbene il patto o *conventio* fosse tenuto in considerazione non era teorizzato di per sé come elemento essenziale del contratto.

Così, Hernandez Gil afferma che il diritto romano non elaborò un concetto generico di contratto; conobbe diverse figure contrattuali, caratterizzate sia per le finalità pratiche perseguite sia per i relativi requisiti formali⁴⁰.

Da parte sua, Gordley si riferisce alla frequente affermazione secondo cui i romani non avevano una teoria generale del contratto⁴¹. Svilupparono sì un diritto di contratti particolari, come la compravendita, la locazione, il pegno e la società, ognuno dei quali era retto da regole particolari elaborate *ad hoc*. Invece, non tentarono di spiegare in modo generale e sistematico i caratteri comuni dei contratti o le ragioni delle regole che erano loro applicabili. Questa è la ragione per cui la dottrina generale del contratto non ha la sua origine a Roma.

Come osservato dal professore cileno Eduardo Soto Kloss, se facciamo riferimento al diritto romano, vedremo che, data la sua struttura sostan-

³⁸ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 2.

³⁹ Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones*, cit., 237.

⁴⁰ Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *De la antigua a la nueva concepción del contrato*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, anno XVIII, n. 3-4, giugno-dicembre 1967, 514.

⁴¹ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 30, che cita le seguenti opere: A. WATSON, *The law of the ancient romans*, Dallas, 1970, 58; W. BUCKLAND et. al., *Roman law and common law*, Cambridge, 1952, 265; H. COING, *Europaisches privatrecht. Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Munich, 1985, 398.

zialmente procedimentale, non esiste una costruzione generale, teorica del contratto, in senso sostanziale; solo con Gaio, nelle sue *Institutiones*, si osserverà un abbozzo di tale costruzione.

Della stessa opinione è il Professor Alejandro Guzmán Brito⁴², che, ricercando le origini storiche della teoria generale del contratto, insiste sul fatto che il diritto romano, in nessuna delle sue epoche, conobbe qualcosa di simile a ciò che abbiamo descritto in precedenza come teoria generale, né del contratto (inteso nel senso di una convenzione generatrice di obblighi) né tanto meno dell'atto giuridico. I romani avevano solo dottrine particolari, che a volte applicavano a un determinato e concreto atto tipico, e così potremmo parlare di una dottrina della stipulazione, e, a volte, di un genere di atti tipici, quando alcuni di essi appaiono soggetti allo stesso regime giuridico, in maniera tale che può parlarsi, ad esempio, di dottrina dei contratti di buona fede. Occorre aggiungere che i giuristi romani non si occuparono di sistematizzare ulteriormente quelle che abbiamo denominato dottrine particolari, il cui grado di generalità, con riguardo all'esposizione, è qualcosa che possiamo effettivamente osservare, sebbene i romani non si preoccupassero di metterlo in risalto. Così, ad esempio, il gran numero di regole comuni alla compravendita e alla locazione, nonché ad altri rapporti di buona fede (come la società, il mandato, la tutela, e la *negotiorum gestio*) lungi dall'essere esposto in un'unica sede comune nei commentari di diritto civile o di diritto pretorile, appaiono ripetute e reiterate con riguardo a ogni particolare relazione contrattuale.

Nella nota 5, Guzmán Brito aggiunge:

«Un esempio sarà sufficiente. Come è noto, nel diritto romano il mandato, la compravendita e la locazione sono contratti consensuali. Esponendo la disciplina di ciascuno di questi tipi contrattuali, i giuristi, piuttosto che semplicemente ricordare il loro carattere consensuale, dando per scontato il significato di tale carattere, spiegano, in relazione ad ogni caso, tale caratteristica del contratto in commento, con tutte le relative conseguenze. Così Paolo, nel Libro 32 del suo commentario all'editto afferma che l'obbligazione del mandato si fonda sul consenso, e, per questa ragione, può stipularsi mediante un *nuntius*, per lettera o per mezzo di qualunque parola (dig. 17, 1, 1, pr-2). Da parte sua, Ulpiano, nel libro 33 del suo commentario *ad sabinum*, ossia di diritto civile, afferma che la compravendita è un diritto delle genti e per questo motivo si perfeziona con il consenso e può essere celebrato tra assenti, per mezzo di un nunzio e per lettera (dig. 18, 1, 7, 2). Infine, tornando a Paolo, questa volta nel libro 34 del suo commentario all'editto, afferma che il contratto di locazione, siccome rappresenta un diritto naturale e delle genti, non viene celebrato con parole solenni, bastando il consenso, come nella compravendita (D. 19.2.1). Ebbene, la ragione di questo procedimento reiterativo risiede nel fatto che i giuristi non dedicano alcuna parte dei loro commentari all'esposizione di una certa

⁴² Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general*, cit.

dottrina generale dei contratti consensuali alla quale potessero far riferimento nell'approccio ad ogni contratto in particolare».

Conclude affermando categoricamente che i giuristi romani non erano interessati a formulare definizioni generali e sistemi comuni di requisiti, elementi o effetti. Infatti, come è noto, l'opera più sistematica, di cui si ha notizia nell'ambito del diritto romano, sono senza dubbio, le *Institutiones*, di Gaio: si tratta di una sistematizzazione nella sua massima espressione, destinata a servire come libro di testo per gli studenti che iniziavano gli studi di diritto. Come scopo dichiarato, Gaio cerca di sistematizzare e soprattutto di ridurre e riassumere gli insegnamenti fondamentali nella materia, al fine di non sovraccaricare gli studenti con una grande quantità di precetti e di non scoraggiarli. Ma, sempre secondo Guzmán Brito, nemmeno Gaio osò formulare delle dottrine generali. Anche se utilizzò un ampio concetto unificante di *contractus*, in disaccordo con l'uso più limitato che di questa parola faceva la giurisprudenza classica collegata a Labeone, l'unica certezza è che non creò una teoria generale del contratto. Lo stesso si può dire di Giustiniano, che seguì da vicino la sistematizzazione espositiva di Gaio nelle sue stesse *Institutiones*.

Secondo Guzman Brito, l'ambito in cui vi sono reali prove, nel diritto romano, di un'esposizione sistematica relativa al contratto in generale, è quello delle stipulazioni, che ritroviamo sia nelle *Institutiones* di Gaio che nelle *Institutiones* di Giustiniano.

«Qui possiamo vedere una prima matrice di ciò che sarebbe stata nel futuro la dottrina generale del contratto, come la vediamo nel modello del codice francese, cosa che, se non sbaglio, finora ad oggi non è stata notata».

Tuttavia – continua Guzman Brito – è necessario insistere sul fatto che sia in Gaio che in Giustiniano, l'esposizione concerne esclusivamente la stipulazione, cioè, un atto particolare, tipico e concreto, anche se Gaio e lo stesso Giustiniano, lo hanno incluso nella categoria più generale di *contractus* che dà origine alle obbligazioni *verbis*.

Il titolo 18 del libro III delle *Institutiones* giustinianee presenta uno schema di classificazione delle stipulazioni e il titolo 19, che si occupa delle stipulazioni inutili, contiene diverse tematiche centrali della teoria generale del contratto: la questione delle anomalie dell'oggetto, la promessa del fatto altrui, che si considera invalida, la stipulazione a favore di terzi, considerata anch'essa invalida, l'incongruenza tra domanda e risposta, i motivi di incapacità per stipulare e promettere (mutismo, sordità, demenza e minor età), le anomalie nelle condizioni e nei termini, l'errore e la causa illecita o immorale.

Per Guzmán Brito, questa distribuzione,

«... in parte, ha ispirato la teoria generale moderna sulla struttura del contratto e dell'atto, come dimostra quest'analisi: capacità (e); volontà e consenso

(d), prive di vizi (k); oggetto lecito (a); causa lecita (l); rappresentazione (b, c, i, j); modalità: condizione (f, g, h,) e termine (m). L'ordine gaiano-giustiniano suggerì anche la necessità di classificare o dividere l'oggetto, cioè le stipulazioni (libro III, capitolo 18). Nella tradizione successiva la divisione o classificazione sarà applicata al contratto. In tutto ciò si prefigurano, dunque, i capitoli 1 (classi di contratti) e 2 (requisiti dell'atto-contratto) del titolo 3° del libro III del Codice civile francese ...».

Nel diritto romano osserviamo dunque generalizzazioni e astrazioni, ma in un senso diverso da quello attuale. Da un lato, alcune concettualizzazioni furono fatte fondamentalmente con finalità di semplificazione pedagogica (come è espressamente riconosciuto nello scopo delle Istituzioni). D'altra parte, si può parlare di un sistema nel diritto romano, posto che si trovano nelle fonti romane delle generalizzazioni e astrazioni, tenendo però presente che hanno carattere empirico e induttivo, collegate a principi che non sono assolutamente definitivi, costituendo piuttosto mere proposizioni di natura probabilistica, con finalità di applicazione a casi pratici. Nel sistema romano così concepito, i casi enunciati non sono concetti astratti, ma casi tipici, cioè casi reali e singolari, dai quali si può indurre l'enunciazione di regole applicabili, in linea di principio (non con certezza) a casi analoghi ⁴³.

Quindi, la nota fondamentale del diritto antico, che comprende il diritto romano e la prima scolastica medievale, fu la casistica. L'idea di un sistema (nel senso di insieme di proposizioni collegate da regole logiche di funzionamento necessario) nel diritto appartiene solo all'epoca moderna ⁴⁴.

Certamente appare logico che i contratti a Roma implicassero il consenso. Ciò che affermiamo è che non vi era nessuna chiarezza concettuale sul punto, che non esisteva una teoria generale unitaria e sistematica sul consenso nel contratto; sul suo ruolo, sui suoi caratteri, sulla sua formazione, sui suoi vizi, sulle categorie, sugli effetti e sulla risoluzione dello stesso. Gordley afferma che i romani non erano interessati alla costruzione di teorie generali basate su principi filosofici, ma all'analisi di problemi giuridici particolari. Gaio menziona il consenso solo come uno dei modi in cui una categoria speciale di contratti, i contratti consensuali, diventa obbligatoria ⁴⁵.

Roma ci ha lasciato un pensiero astratto su molti aspetti del diritto privato, ma non una teoria generale del contratto.

Un documento molto significativo in tal senso è il capitolo 17 del libro 50 del *Digesto*, ultimo della raccolta intitolata *De diversis regulis iuris antiqui*. In esso possiamo trovare l'enunciazione di oltre duecento principi generali con un livello molto alto di astrazione; molti di essi relativi

⁴³ Cfr. F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, cit., 543.

⁴⁴ Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., *passim*.

⁴⁵ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 32.

al diritto contrattuale⁴⁶. Tuttavia, non sono strutturati in un ordine sistematico, bensì riuniti nel libro finale senza alcun criterio classificatorio, e senza, ovviamente, essere organizzati attorno al tema del contratto in generale.

II.2.3. *L'idea di contratto in generale nel Medioevo*

II.2.3.1. *Introduzione. Lo svolgimento dei temi contrattuali nella Prima Scolastica*

Il punto di partenza della nostra analisi del periodo medievale sarà il pensiero scolastico contenuto nell'opera di San Tommaso. Ciò non significa ignorare il fatto che durante l'alto Medioevo si sviluppò un ampio dibattito intellettuale relativo a questioni contrattuali, che si potenziò enormemente con la "riscoperta" del *Corpus Juris Civilis* nel XII secolo e con la progressiva accumulazione delle *interpretationes* dei glossatori, postglossatori e commentatori. Ma il suo studio, per quanto superficiale, implicherebbe uno sforzo che non si giustifica alla luce dello scopo della nostra indagine, che consiste nell'esaminare le tappe anteriori al consolidamento della teoria classica di contratto (XVIII e XIX secolo)⁴⁷.

L'interesse per le fonti scolastiche della teoria del contratto non è comune tra i civilisti, e la loro analisi è un compito che è stato praticamente riservato agli storici del diritto. Tuttavia, si tratta di un tema che dovrebbe essere tenuto presente da ogni studioso della teoria del contratto, per svariate ragioni:

a. perché costituisce una scuola di pensiero giuridico con caratteristiche proprie e definite, nell'ambito della quale, nel corso di 500 anni, sono state poste le basi della teoria generale del contratto. Domat non parte dal nulla;

b. perché, considerata nel suo insieme, la Scolastica, e specialmente la c.d. Seconda Scolastica, si colloca in una fase cronologica che precede immediatamente la teoria classica del contratto. Da un lato, quest'ultima costituisce una reazione alle idee-forza della concezione scolastica, ma dall'altro, ne costituisce la sintesi;

c. perché curiosamente, anche se sono i suoi autori coloro che hanno dato origine alla teoria generale del contratto nel suo complesso, sono sta-

⁴⁶ Ad esempio: *Eius est nolle, qui potest velle*, Ulpianus 3 ad sab. Dig. 50.17.3; *Semper in obscuris quod minimum est sequimur*, Ulpianus 15 ad sab. Dig. 50.17.9; *Secundum naturam est commodum cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommodum*, Paulus 3 ad sab. Dig. 50.17.10; *Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest*, Pomponius 5 ad sab. Dig. 50.17.11; *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, Paulus 8 ad sab. Dig. 50.17.29, ecc.

⁴⁷ Per una trattazione della questione cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 30-68, e M. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función*, cit., 66 ss.

ti praticamente ignorati dalla dottrina civilistica. Gli autori attuali che spiegano la teoria generale del contratto non fanno alcun riferimento alla Scolastica iniziale o alla Seconda Scolastica;

d. perché la considerazione della teoria generale del contratto in una prospettiva storica, e il suo studio genetico, può aiutare a migliorarne la comprensione e dar risposta ai problemi derivati dalla già citata crisi della teoria classica del contratto.

II.2.3.2. *La teoria del contratto nella Prima Scolastica*

La Scolastica, come corrente di pensiero, si sviluppa in Europa agli inizi del secondo millennio dell'era cristiana e, in ambito giuridico, si concretizza nel XII secolo, presso le università di Bologna e Pavia, attraverso il lavoro dei glossatori, che commentano principalmente il *Corpus Iuris Civilis* di Giustiano. Acquisisce particolare importanza Pietro Lombardo, vescovo di Parigi, autore delle *Sententiae*, che costituiscono un materiale di riferimento obbligato per gli autori successivi.

Nel XIV secolo appare il contributo fondamentale di San Tommaso d'Aquino, il quale, per quanto qui interessa, si concretizza nel trattato denominato "*La Giustizia*", di netto taglio aristotelico. Come la maggior parte degli autori giuridici scolastici, San Tommaso tratta in dettaglio la giustizia commutativa, ma non in generale, bensì in relazione a due contratti fondamentali: la compravendita e il mutuo o prestito, rispetto ai quali la maggior parte degli sviluppi ruota intorno alla questione del giusto prezzo e del divieto di interessi classificati come usura.

Va notato che, insieme ai contributi dei domenicani come San Tommaso d'Aquino, risultano importanti le formulazioni sviluppate dai giuristi francescani, che hanno sempre studiato l'argomento, come di solito accadeva all'epoca, con riferimento particolare ai contratti di vendita e mutuo⁴⁸.

Ciò nondimeno, se, facendo un lavoro di astrazione, dovessimo riassumere il nucleo essenziale di questa dottrina con riguardo al contratto in generale, lo troveremmo nel principio aristotelico-tomista della giustizia commutativa (che è richiesta nei contratti), che esige che vi sia uguaglianza tra ciò che si dà e ciò che si riceve, ossia che nessuna delle parti si arricchisca a spese dell'altra, il che porta ad affrontare la teoria del giusto prezzo o dell'equilibrio nella contrattazione, idee che, come si può notare, sono di netto stampo aristotelico⁴⁹.

⁴⁸ Ad esempio, Pietro di Giovanni Olivi, autore di un trattato sulla compravendita e l'usura; come si osserva, sui contratti speciali non sul contratto in generale. A questo riguardo cfr. G. TODESCHINI, *Un trattato di economia politica francescana, Il "De emptioibus et venditionibus, de usuris, de restitutionis" di Pietro di Giovanni Olivi*, Istituto Storico Italiano per il Medioevo, Roma, 1980.

⁴⁹ Si veda il libro V dell'*Etica Nicomachea*, citato *supra*.

Il carattere fondamentale del paradigma scolastico della teoria del contratto è che la regola della contrattazione è governata dalla virtù della giustizia; esiste un prezzo giusto che deve essere rispettato; la contrattazione viene configurata dall'ordine etico e morale, non solo da quello economico e giuridico.

La formulazione che costituisce il paradigma della visione scolastica del contratto si trova nel trattato *"La Giustizia"* di San Tommaso d'Aquino, nella seconda parte della *Secunda Secundae* della *Summa Theologiae*, che contiene 70 quaestiones e 303 articoli. Quest'opera rappresenta una visione del mondo che contestualizza la prassi contrattuale come azione umana razionale, finalista e posta in una prospettiva morale. La tradizione tomista parte da una concezione del mondo esterno basata su un realismo conoscitivo, che presuppone che l'uomo possa stabilire le cause e raggiungere, mediante la ragione, la conoscenza della sostanza o natura delle cose; e parte altresì dalla considerazione dell'azione umana come fondata sul proprio carattere morale, ossia, inquadrata in un ordine spirituale governato da fini che conducono al bene o al male, che costruisce o distrugge, alla virtù o al vizio.

La prassi contrattuale, nella prospettiva filosofica che precede la Scolastica, era stata spesso disprezzata in quanto contraria alla perfezione e al bene spirituale. In alcune correnti di pensiero, l'interesse commerciale, considerato di per sé, viene presentato in opposizione ad una visione elevata dello spirito; l'interesse materiale è l'opposto di un percorso di scelta dei valori spirituali, e ciò è presente nel pensiero filosofico di tutte le epoche. Tale è, per esempio, la visione stoica, propria di Cicerone o Seneca, che relega la pratica commerciale a un secondo piano di perfezione, al di sotto delle pratiche disinteressate; nonché l'orientamento di alcuni Padri della Chiesa⁵⁰ che escludevano il commercio dalle vie di santità.

Gli scolastici, al contrario, portano avanti un processo di redenzione intellettuale e spirituale della pratica commerciale. La produzione e il commercio furono "riscattati" già a partire da Sant'Agostino, come mezzo per aumentare il benessere generale.

Un autore emblematico della Seconda Scolastica come Tomás de Mercado, nel primo capitolo della sua opera, affermava:

«I mercanti poi, in particolare, si fanno copitamente ricchi, non solo quanto a le sostanze esteriori, ma ancor quanto ai beni dell'animo; perche lavorando con diverse intentioni & osservando la differenza dei costumi, considerando etiandio il governo & la varia politia di molti popoli si fanno homini compiti, universali, praticchi & idonei a trattar qualunque negocio; si augmenta ancora in essi la prudenza, et la esperienza, per cui si governano poi benissimo in tutti i loro successi, tanto particolari, quanto generali; sono etiandio di

⁵⁰ Fondamentalmente San Giovanni Crisostomo.

gran giovamento a la propria patria per la notitia grande di tante cose, che hanno udito, & visto nelle loro pellegrinationi. Onde si sono visti alcuni, che di mercanti che erano, sono divenuti huomini eccellentissimi, che con la virtù e prudenza loro hanno in tempi pericolosi molte volte liberato la patria da gravi calamità; & hanno di piu fondato Città popolate, & ricche»⁵¹.

Tuttavia, è necessario che il commerciante non guardi al profitto come scopo ultimo, desiderandolo in modo smodato, dovendo sottoporlo alla ragione, che gli impone di considerare un ordine in cui esistono altri valori più elevati, al cui servizio sono posti i beni materiali. L'uso di contratti e scambi come mero strumento per ottenere un lucro, costituisce una pratica contraria alla salute delle anime. Di conseguenza, la variabile morale attraversa l'intera istituzione contrattuale e costituisce il *leit motiv* del trattamento che la Scolastica riserva alla nostra materia.

Si può dire che il filo conduttore della trattazione della questione del contratto in tutta la Scolastica – sia la prima che la c.d. Seconda Scolastica, che studieremo in dettaglio – derivi dalla presenza della fede cristiana, dalla credenza in una vita futura, e dalla necessità di preservare l'anima per quella vita futura astenendosi dal peccato.

Nella tradizione giudaico-cristiana, la storia dell'uomo altro non è che la storia di un patto tra Dio e l'Uomo, e in particolare la storia della violazione del patto da parte dell'Uomo, il quale, invece di riconoscere Dio come suo creatore, si fabbrica degli idoli, tra questi, fundamentalmente, il denaro (che è ottenuto proprio mediante contratti). La materia contrattuale appare quindi come un ambito particolarmente sensibile all'avarizia, e dunque, quando contratta, l'uomo deve farlo con giustizia, perché altrimenti compromette la salvezza della sua anima. Nella sua opera paradigmatica *Arte de los contratos*, che sarà oggetto di studio approfondito in seguito, Bartolomé de Albornoz esprimerà, in maniera categorica, che «In nessuna parte del diritto che non siano le frodi e gli inganni che si verificano nelle contrattazioni, il Diavolo troverà con certezza il proprio profitto». E Oñate, nel prologo del suo trattato, affermerà che i contratti rappresentano una consueta palestra di avarizia, che non è altro che la schiavitù dagli idoli ... *quia avaritia (idolorum servitus) cuius praecipua palestra contractus sunt* ...

Naturalmente, gli studi coinvolgono molte questioni tecniche e affrontano i problemi con prudenza, dal momento che la questione del contratto in sé non appartiene al campo della teologia o della morale, ma del diritto, e gli autori sono consapevoli che sono in gioco i vizi e le passioni degli uomini⁵². Ma lo sforzo di individuare la sostanza dell'istituto contrattuale,

⁵¹ Il frammento viene tratto testualmente della versione dell'opera di Tomás de Mercado in lingua italiana, *De negotii et contracti de mercanti, et de negotianti*, Brescia, 1591, 28.

⁵² Trascrivo l'introduzione di Oñate alla sua opera *De contractibus*: «intraprendo un

che è ciò che, in ultima analisi, finisce per generare un enorme patrimonio dottrinario che porta alla formulazione della teoria generale del contratto, trova la sua spiegazione storica originale nella ricerca di un criterio di correzione proprio della vita morale, in funzione della relazione con una realtà religiosa trascendente.

In effetti, secondo Gordley⁵³, la peculiarità principale dei trattati scolastici è che il contratto si inserisce in un orizzonte che comprende l'universo morale e la relazione trascendente dell'uomo con l'aldilà. Il contratto non è indifferente al bene e al male. Nel contratto a titolo gratuito, il criterio di liceità sarà la giustizia del motivo, e nel contratto bilaterale o oneroso, lo sarà l'equilibrio delle prestazioni. Tale criterio, che – come abbiamo visto – risale ad Aristotele, è assolutamente vigente fino a Domat e Pothier, che definisce la causa onerosa come equilibrio di prestazioni e la causa gratuita come originata da un motivo ragionevole e giusto, come la ricompensa di un servizio prestato o per mera liberalità: *«quelque motif raisonnable et juste, come un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien»*.

L'insegnamento principale (che deriva da Aristotele e San Tommaso) è che l'attività economica, che tende al lucro individuale e alla soddisfazione dei bisogni personali e familiari, è qualcosa di buono; ciò che è condannabile è lo smodato desiderio di profitto. Anche il profitto commerciale è positivo, perché è il fondamento della crescita economica e costituisce altresì la contropartita del rischio assunto dal commerciante per entrare nel mondo delle relazioni commerciali. Si tratta del principio per cui deve esserci giustizia negli affari e, se nei contratti onerosi qualcuno dà più di quanto riceve, si verifica un'ingiustizia e sorge un dovere di restituzione, che deve essere inteso in questo contesto.

II.2.3.3. Il fondamento della forza vincolante del contratto

Secondo il tomismo, la forza vincolante del contratto risiede non in questioni formali, bensì nelle virtù della fedeltà, della giustizia commutativa e della liberalità.

a. Fedeltà alla promessa

Per San Tommaso, tutte le promesse sono obbligatorie in virtù della fe-

lavoro sui contratti, vastissimo, difficilissimo e utilissimo. Vastissimo, perché contiene la materia dei contratti in generale e delle sue specie, che sono oltre 30 ... è come un mare immenso, o meglio un caos infinito, o delle sabbie mobili, o un oceano innavigabile, o una nube oscura, che nessun accademico (che sappiamo) ha mai osato attraversare completamente. Difficile, perché l'avarizia, la schiavitù degli idoli, della quale i contratti sono spesso strumento, desidera, per mezzo di essi, usurpare per sé il dominio delle cose ...».

⁵³ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 12.

deltà. Nella *quaestio* 88 della *Secunda Secundae* ⁵⁴, San Tommaso discute il tema del voto e della promessa. Ogni voto, secondo San Tommaso, implica una certa obbligazione di fare o di omettere qualcosa. Ma gli uomini si obbligano reciprocamente mediante promesse, e ogni promessa è un atto di ragione, potere di ordinare. Mediante la promessa, gli uomini ordinano ciò che devono fare per il bene degli altri. In tal modo, la promessa è concepita principalmente come un ordine razionale che qualcuno si obbliga a seguire nell'interesse di un'altra persona.

Secondo San Tommaso, la promessa serve dunque a stabilire un ordine, conferisce un diritto a colui che riceve la promessa.

La promessa non esiste senza una dichiarazione di volontà: le promesse da uomo a uomo non possono essere fatte se non mediante parole o altri segni esterni. La promessa consiste nella manifestazione effettuata per mezzo di certi segni. Questa manifestazione o enunciazione è un atto di ragione che paragona il segno alla cosa significata; ogni rappresentazione consiste in una comparazione, ed il farla appartiene propriamente alla ragione.

La promessa, a sua volta, deriva dal proposito di fare qualcosa. E lo scopo, da parte sua, richiede una deliberazione preventiva: è quindi un atto di volontà intenzionale. Pertanto, il voto richiede necessariamente: prima, la deliberazione; secondo, lo scopo della volontà; infine, la promessa, che è ciò che costituisce l'essenza del voto.

L'atto morale si caratterizza per due elementi: il suo oggetto e il suo fine, poiché il fine è l'oggetto della volontà, ed è il primo motore degli atti morali. Tuttavia, affinché questa manifestazione o enunciazione sia un atto morale, deve essere volontaria e dipendente dall'intenzione con cui opera la volontà.

Da tutto ciò si può dedurre che il fondamento della forza obbligatoria del contratto non risiede tanto nell'accordo delle volontà, quanto piuttosto nella promessa di colui che la esegue ⁵⁵.

L'inadempimento della promessa è un attentato contro la propria identità.

b. *La virtù della liberalità*

Siamo abituati a concepire la liberalità come l'intenzione di arricchire un'altra persona a nostre spese. La visione aristotelico-tomista era molto più complessa ed esigente, dal momento che la liberalità doveva essere congruente con il bene morale.

⁵⁴ Come si è detto, San Tommaso sviluppa il suo trattato "La Giustizia" all'interno della Seconda Sezione della Seconda Parte della Somma Teologica (conosciuta come *Secunda Secundae*).

⁵⁵ Ciò conferisce ampia portata alla promessa unilaterale e all'obbligatorietà della proposta o offerta al pubblico che, come vedremo, è propria dei regimi di protezione del consumatore.

c. *La giustizia commutativa*

L'idea corrente è che il contratto sia un incontro delle volontà. La tradizione scolastica, seguendo Aristotele, non escludeva l'incontro delle volontà, ma richiedeva un modello di uguaglianza che, in seguito, la teoria classica del contratto avrebbe smesso di considerare, riducendosi alla questione procedurale della formazione dell'accordo privo di vizi del consenso⁵⁶.

II.2.3.4. *Assenza di una teoria generale del contratto*

Tuttavia, nella *Somma Teologica*, nella seconda sezione della seconda parte (nota come *Secunda Secundae*) che contiene il trattato "*La Giustizia*", non troviamo nulla che possa assomigliare a una teoria generale del contratto.

Da un lato, il discorso tomista è più ampio di una teoria del contratto. Nella questione 62, San Tommaso discute la restituzione, che è sempre dovuta quando si viola la giustizia commutativa; come in Aristotele, il problema della giustizia commutativa interessa certamente gli scambi contrattuali, ma non si esaurisce in essi. Potremmo assimilarla al concetto moderno di responsabilità, che può implicare sia una situazione contrattuale, nel qual caso avremo l'obbligo di risarcire i danni derivati dalla violazione, sia una situazione extracontrattuale. Molti trattati della Seconda Scolastica, tra cui quello eccellente di Leonardo Lessio, che analizzeremo, hanno scelto questo punto di vista, focalizzando il discorso sulla restituzione, cioè sulla riparazione del danno, sia esso contrattuale o extracontrattuale.

Dall'altro lato, le altre due questioni della *secunda secundae* della *Somma Teologica*, legate al tema dei contratti, espresse nei numeri 77 e 78, trattano, nella forma abituale dell'epoca, due contratti in particolare: il contratto di compravendita e il contratto di prestito, come era normale nei trattati scolastici, in particolare da un punto di vista morale, considerando i peccati di cui ci si poteva macchiare nelle commutazioni o scambi volontari⁵⁷.

Così, nella questione 77 sulla compravendita, San Tommaso si pone diverse domande su cosa possa trasformare una compravendita in un atto ingiusto, sia in termini di prezzo sia per ciò che concerne il bene. San Tom-

⁵⁶ Uno degli aspetti per i quali l'opera di Oñate è di particolare interesse è che il concetto di giustizia che utilizza è diverso dal concetto di giustizia commutativa comune nelle opere degli autori della Prima Scolastica. Come si vedrà, Oñate definisce il contratto come il patto che obbliga alla giustizia commutativa. Ma definendo la giustizia commutativa, non attinge al concetto aristotelico-tomista dell'uguaglianza tra prestazioni, bensì ad un concetto formale: l'obbligazione in giustizia è quella intesa come precettiva, in contrapposizione ad altri modi di esprimere un comportamento futuro o obbligatorio.

⁵⁷ SAN TOMMASO D'AQUINO, *Suma de Teología*, III, Parte II, II (a), Madrid, 1990, 593-607.

maso tratta i problemi del giusto prezzo e dell'obbligazione di dichiarare i vizi o difetti della cosa venduta.

La questione 77 della *seconda secundae*, nel contesto dello studio delle ingiustizie, riguarda specificamente la frode commerciale, in particolare, nel contratto di compravendita: *De fraudulentia quae committitur in emptionibus et venditionibus*. San Tommaso aggiunge che le questioni relative alle ingiustizie che si commettono negli altri contratti non differiscono dalla questione relativa ai furti e alle rapine. Da ciò si deduce che, sebbene esistano delle linee guida generali che devono osservare le parti in occasione della contrattazione, non viene sviluppato un *corpus* di dottrine specifiche sui contratti e ancor meno sul contratto in generale. In relazione al contratto di compravendita, vengono studiati due aspetti. In primo luogo, la questione del prezzo giusto; in secondo luogo, la questione della frode in commercio, ossia quella relativa ai difetti della cosa venduta ed alle informazioni che il venditore deve fornire all'acquirente al momento della vendita.

D'altro canto, nella questione 78 sul prestito ad interesse, il Santo si chiede se sia lecito, in caso di prestito di denaro, che il creditore riceva più di quanto prestato, sostenendo la tesi della illiceità di qualsiasi somma ricevuta oltre il capitale (*ultra sortem*).

Di conseguenza, dal punto di vista della nostra ricerca, possiamo concludere, alla luce di questo capolavoro della Prima Scolastica, che il trattato "*La Giustizia*" di San Tommaso d'Aquino non contiene uno studio specifico sul contratto in generale.

II.2.3.5. *Il giusto prezzo*

Il fulcro dell'analisi di tutti gli autori scolastici sul contratto è incentrato sul problema del giusto prezzo.

Il riesame di questo materiale risulta importante perché la visione liberale del contratto, non solo ha ignorato questi sviluppi dottrinali, ma li ha virtualmente squalificati sulla base del fatto che non esiste un "prezzo giusto", perché tale categoria sarebbe qualcosa di intrinseco alla cosa, un'essenza *noumenica*, non conoscibile dall'uomo. Ognuno potrebbe avere un'idea differente di ciò che è il prezzo giusto di ogni cosa, di modo che la sicurezza e la libertà della contrattazione scomparirebbero per dare luogo alla tirannia del burocrate che fisserebbe arbitrariamente ciò che considera "prezzo giusto". Ebbene, questa concezione del giusto prezzo, anche se sostenuta da qualche autore scolastico isolato, è generalmente falsa e non concorda con il pensiero della corrente scolastica in tutte le sue epoche e manifestazioni.

Probabilmente si può affermare che il primo ad esprimere un'idea chiara al riguardo fu Sant'Agostino, che riflette sul fatto che la fonte del prezzo non è la qualità intrinseca della cosa, ma la necessità e l'utilità comune. Se dovessimo stabilire il prezzo di una cosa in funzione della sua qualità in-

trinseca, una mosca dovrebbe essere più costosa di un diamante, perché una mosca è un essere vivente e come tale è più perfetta e superiore a una cosa inanimata, in una scala che nessuno potrebbe discutere⁵⁸. Tuttavia, nessuno dubita del fatto che il prezzo di un diamante sia superiore a quello di una mosca. Perché? Perché intervengono l'utilità, la necessità o la valutazione che effettuano gli uomini. Però – e qui troviamo un'altra idea fondamentale – la stima del valore di una cosa ha due sfaccettature: una soggettiva e una oggettiva. La valutazione soggettiva rappresenta il bisogno individuale che ognuno ha di una cosa. È ciò che spiega il fatto che un soggetto stipuli un accordo con un altro per ottenerla. Tale prospettiva soggettiva non spiega, invece, il prezzo giusto. Dato, quest'ultimo, che viene fissato in base ad una valutazione comune, alla *communis aestimatio*, al prezzo comune di mercato, che non è né un'entità arcana e in conoscibile, né l'esperienza soggettiva e individuale del compratore, ma una realtà sociale, ossia la valutazione che il mercato fa del valore di una cosa in un determinato luogo e momento.

Secondo gli scolastici, tale prezzo giusto è storico, variabile e, inoltre, approssimativo, non potendo essere stabilito con precisione ed oscillando tra un minimo e un massimo. La sua stima, in alcuni casi, ad esempio, quando si parla di mercati più o meno organizzati, viene effettuata in modo abbastanza preciso, e il prezzo di acquisto o di vendita di un certo prodotto sul mercato può essere conosciuto di giorno in giorno, e persino in ogni momento della giornata. In altri casi, non esiste un mercato organizzato, ma ciò non significa che non sia possibile accedere alla determinazione del prezzo giusto; esso dipenderà dal giudizio dei periti od esperti del mondo degli affari, che conoscono il mercato e sono in grado di fissare il prezzo, con un margine di imprecisione, naturalmente, ma ciò non esclude la possibilità della sua determinazione finale; allo stesso modo, l'indeterminatezza del "termine ragionevole" non implica che non se ne possa fissare uno, che certamente potrà variare entro certi parametri, ma che, alla fine, sarà stabilito dal giudice nell'ambito di tali parametri; in maniera analoga accade con la determinazione del "danno morale", la cui fissazione esatta sarebbe eternamente discutibile; circostanza, tuttavia, che non ne impedisce il pacifico riconoscimento e l'applicazione⁵⁹.

La distinzione tra il giusto prezzo legale e naturale è un luogo comune tra gli scolastici. Si parla del primo quando l'autorità pubblica fissa il prezzo. La fissazione amministrativa del prezzo di determinati beni e ser-

⁵⁸ Cfr. SANT'AGOSTINO, *La città di Dio*, Libro XI, Capitolo XVI. Reperibile in <https://www.augustinus.it>.

⁵⁹ Una delle critiche più comuni alle teorie che tentano di recuperare il concetto di giusto prezzo o equilibrio nella contrattazione consiste nelle difficoltà che verrebbero prodotte, nel commercio giuridico, dall'alternativa di sottoporre le transazioni a revisione secondo il giudizio di terzi.

vizi non è qualcosa di insolito nelle nostre esperienze. Se l'autorità pubblica stabilisce un prezzo, quello che non vi si adegua risulta ingiusto. Il giusto prezzo naturale trova, nella Scolastica, diversi fondamenti, ma secondo l'opinione maggioritaria, è quello stabilito dal mercato, dal libero gioco della domanda e dell'offerta, e certamente può essere stabilito solo con carattere approssimativo, distinguendosi tra un giusto prezzo naturale *pío*, medio e rigoroso. In effetti, la riflessione scolastica si stava muovendo verso una concezione che teneva conto del mercato, ovvero dell'offerta e della domanda quali elementi inevitabili nella determinazione del giusto prezzo⁶⁰.

Tuttavia, il paradigma contrattuale è incentrato sul giusto prezzo, sull'equilibrio commutativo. Tomás de Mercado affermerà che «chi non riconosce in un contratto ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, non sa nulla di esso». In questo modo, la questione del giusto prezzo è trattata nella Scolastica sul presupposto che esiste un giusto prezzo oggettivo, il quale, sebbene sia sensibile a diverse variabili economiche, si differenzia dalla determinazione soggettiva e individuale delle parti. Pertanto, il giudice potrà, nel caso concreto, valutare che il prezzo concordato sia maggiore o minore del quello *giusto*, sia legale che naturale. Per questa ragione, risulterà giustificato l'intervento esterno di un terzo, il giudice, al fine di modificare quegli elementi del contratto che violino l'equilibrio contrattuale.

II.2.3.6. *Il dovere di informazione*

Il secondo dei capitoli in cui è racchiusa la concezione tomistica del contratto si riferisce al dovere di lealtà, verità e informazione.

Il venditore deve informare l'acquirente dei vizi o dei difetti occulti. Le Sacre Scritture condannano ampiamente le frodi commerciali, consistenti nel tacere i difetti della merce, o nell'usare regoli o bilance truccate.

Tuttavia, il trattato sulla Giustizia di San Tommaso prevede qualcosa di più della mera regola morale. L'esempio più chiaro emerge dalla sua trattazione a proposito dei vizi o dei difetti della cosa venduta. Il venditore è obbligato a informare l'acquirente dei difetti che non sono evidenti. Ma se si tratta di difetti manifesti, il venditore può tacere, perché parlarne in modo specifico potrebbe portare l'acquirente a ridurre eccessivamente il prezzo. Il venditore può legittimamente perseguire i propri interessi, mantenendo il silenzio sui difetti della cosa venduta (*potest licite venditor indemnitati suae consulere, vitium rei retinendo*).

La trattazione di questa questione del dovere di informazione precontrattuale viene affrontato inizialmente, nel diritto antico, nel *De officiis* di

⁶⁰ Cfr. O. POPESCU, *Aspectos analíticos de la doctrina del justo precio de Juan de Matienzo (1520-1579)*, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad di Malaga, n. 25, 1993, 73-106.

Cicerone, a proposito della parabola del mercante di Rodi ⁶¹. Il saggio romano analizza il problema discutendo del rapporto tra l'utilità o vantaggio, e l'onestà, o giustizia, e pone il caso dell'uomo onesto che importa da Alessandria a Rodi un grosso carico di grano in un momento in cui gli abitanti dell'isola greca affrontano ristrettezze ed il prezzo di mercato è alto; supponiamo anche che quest'uomo sappia che alcuni mercanti sono partiti anche da Alessandria, avendo visto passare le loro navi cariche di grano in rotta verso Rodi. Dovrà riferire tale circostanza agli isolani o piuttosto non parlare con loro e ottenere il prezzo più alto possibile per la propria merce?

Cicerone cita le opinioni opposte di Diogene di Babilonia e del suo discepolo Antipatro. Antipatro sosteneva che il venditore doveva informare pienamente il compratore in maniera tale che quest'ultimo non avesse dubbi su quanto il venditore sapesse. Diogene, invece, affermava che il venditore non era obbligato a dichiarare tutti i difetti della sua merce, dal momento che nessuno è obbligato a dare consigli agli altri.

Quest'ultimo fu l'orientamento prevalente nella Scolastica a partire dall'opinione di San Tommaso nel suo trattato "*La Giustizia*", che si trova nella *seconda secundae* della Somma Teologica. Nella questione 77, ove San Tommaso studia il tema della giustizia nel contratto di compravendita e, in particolare, analizza l'obbligo di informazione nell'articolo tre, domandandosi se il venditore sia tenuto a rivelare i difetti della cosa venduta, si trovano alcune conclusioni che anche oggi possono risultare utili.

In primo luogo, si stabilisce che è sempre illecito porre qualcuno in una situazione di pericolo o di danno.

In questo modo,

«... il venditore che offre una cosa in vendita pone l'acquirente, proprio per questo fatto, in una situazione di danno o pericolo se, offrendogli un oggetto difettoso, a causa di quei difetti, può causargli danni o rischi. Si produce un danno, infatti, se, a causa di tale vizio, la merce che viene acquistata risulta essere di minor valore, ma il venditore non abbassa il suo prezzo nonostante il difetto. Si verifica una situazione di pericolo se, a causa di tale difetto, l'uso della cosa diventa difficile o dannoso; per esempio, se si vende un cavallo zoppo come cavallo da corsa, o una casa in rovina come solida, o un alimento marcio o avvelenato come alimento sano. Di conseguenza, se tali difetti sono occulti e il venditore non li rivela, la vendita sarà illecita e fraudolenta e il venditore sarà obbligato a riparare il danno».

Tuttavia,

«... se il difetto è manifesto, come, per esempio, nel caso di un cavallo sguercio o quando l'uso della cosa, sebbene non risulti utile al venditore, può risultare utile ad altri, e, al contempo, il venditore pratica uno sconto sul prez-

⁶¹ Cfr. M.T. CICERONE, *De officiis*, Libro III, Capitolo XII.

zo in proporzione al difetto, il venditore non è obbligato a dichiarare il difetto della cosa, perché forse l'acquirente vorrebbe che, a causa di tale difetto, gli fosse applicato uno sconto maggiore di quello che dovrebbe applicarsi. Pertanto, il venditore può legittimamente proteggere il suo interesse, serbandosi il silenzio sul vizio della cosa».

In tal modo, sebbene il venditore sia obbligato a prevenire il danno che l'acquirente può subire, non è tenuto a esagerare i difetti della cosa venduta, poiché l'acquirente interagisce anche per garantire i propri interessi e deve essere stabilito un equilibrio tra entrambe le parti.

Il discernimento di questa situazione è chiaramente espresso nella seguente frase:

«... non è necessario che un uomo presti sempre il suo aiuto o consiglio al prossimo per raggiungere qualunque fine, posto che tale aiuto risulta necessario solo in qualche caso specifico; per esempio, quando una persona sia affidata alle cure di un'altra persona o quando qualcuno non possa essere soccorso da un'altra persona».

In tal modo, se tentassimo una generalizzazione della dottrina di San Tommaso, si potrebbe dire che la regola generale è che nessuno è obbligato a consigliare un altro, a condividere informazioni, a meno che l'altro non si trovi in una situazione di inferiorità, ossia che si tratti di un soggetto "debole" in senso giuridico.

Questa questione sarà analizzata nelle opere di diversi autori scolastici del Medioevo e dell'Età Moderna⁶².

II.2.3.7. *La teoria medievale dei vestimenta*

Nel diritto romano, specialmente nel periodo classico, benché fosse chiaro che la volontà o il consenso delle parti era l'essenza dell'accordo (*in idem placitum consensus*), la forza vincolante del contratto risiedeva piuttosto in considerazioni formali, collegate a riti sacramentali e persino ad una visione religiosa del diritto.

La costruzione della moderna nozione di contratto inizia, lentamente ma progressivamente, con il diritto intermedio. Benché i glossatori continuassero ad affermare che il *pactum nudum* non generava vincoli obbligatori, il principio consensualistico cominciò ad affermarsi su più fronti.

La teorizzazione del contratto si apre laboriosamente un varco nel Medioevo europeo, da quando, nell'XI secolo, si "riscoprirono" i manoscritti del *Digesto* e le prime corporazioni universitarie iniziarono a riflettere si-

⁶² Per una trattazione completa della questione, cfr. W. DECOCK-J. HALLEBEEK, *Precontractual duties to inform in early Modern scholasticism*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 78, 2010, 89-133.

stematicamente sul denso materiale giuridico creato ai tempi dell'Impero Romano e ancora formalmente vigente in vaste aree dell'Europa⁶³, sistematizzato nel Digesto o *Pandectae*. Prima nello *Studium* di Pavia e poi a Bologna con Irnerio e i glossatori, tra i quali Azzone ed Acursio, autore della Glossa ordinaria; poi con l'analisi dei commentatori Bartolo e Baldo, caratterizzata da una maggiore astrazione derivante dall'influenza aristotelica⁶⁴.

La descrizione dettagliata e la piena comprensione del processo di lenta accumulazione dei glossatori, postglossatori e commentatori richiederebbero uno sforzo enorme.

Tuttavia, ai fini della nostra ricerca, è sufficiente alludere alla c.d. teoria dei *vestimenta*. Sebbene sia ovviamente un insieme di idee che non presenta alcuna applicabilità oggi, crediamo che sia utile riferirsi, almeno superficialmente, ad essa, opera dei glossatori e commentatori⁶⁵, dato che costituisce un diretto antecedente delle proposte consensualiste del XVII secolo.

Secondo Birocchi, viene attribuita al Piacentino [ca. 1182] la paternità della sistematizzazione della teoria dei *vestimenta pactorum*⁶⁶. La teoria dei *vestimenta* si basa sulla distinzione tra il "nudo patto" e la "veste". Ciò determina una categorizzazione di carattere generale, che implica focalizzare l'attenzione sull'elemento del consenso, poiché il nudo patto altro non è che il mero consenso delle parti. Ora, questo patto nudo non conferiva alcuna azione civile, ma solo un'eccezione. Affinché il consenso desse luogo all'azione civile, era richiesta una "veste", ossia qualcosa di annesso, estraneo, esterno al patto nudo, che si aggiungeva ad esso e ne determinava la tutelabilità da parte del diritto.

Da questo punto di vista, le vesti che conferivano al patto l'azione civile, nel diritto romano, erano inizialmente quattro.

In primo luogo i contratti *verbis*, nei quali venivano usate parole speciali, cioè le formule solenni della *stipulatio*⁶⁷. È frequente l'insegnamento per cui nel diritto romano classico viene attribuita azione civile solo ai patti "vestiti", cioè quelli in cui è intervenuta la *stipulatio*, una sequenza di domande e risposte (*sponsio*).

Anche i contratti *litteris*, che erano costituiti da un meccanismo di ap-

⁶³ Le Pandette rimasero vigenti in ampie zone del territorio tedesco fino all'entrata in vigore del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nel 1900.

⁶⁴ Per uno studio dettagliato, cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit.

⁶⁵ Cfr. M. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función*, cit., 400.

⁶⁶ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 50. Nello stesso senso, J. ROUSSEAU, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le Droit Classique de l'Eglise*, 1933, 83.

⁶⁷ Sostiene COCH ROURA citando BIONDI (*Contratto e stipulatio*, 270 ss.) che la *stipulatio* è la chiave e pietra angolare del sistema contrattuale romano. La sua tesi *La forma estipulatoria, una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto* è reperibile all'indirizzo web <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7674/tncr.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

punti contabili nei libri dei cittadini romani, generavano azioni civili.

Successivamente, si cominciò a riconoscere azione anche ai contratti *reali*; non esisteva una *stipulatio*, ma interveniva la consegna della cosa e si riconosceva l'azione di restituzione a favore di una delle parti contraenti.

Infine, lo sviluppo del commercio ha imposto di ammettere la forza obbligatoria dei contratti *consensuali*, che sono essenziali nelle relazioni tra commercianti di regioni molto diverse dell'Orbe romano. I contratti consensuali derivano non dalla legge civile, ma dal diritto delle genti. Tale diritto (origine della *lex mercatoria*, cioè del diritto del commercio internazionale) ammette come obbligatori alcuni tipi contrattuali che costituiscono gli strumenti basilari degli scambi: la compravendita, il mandato, la società e la locazione. In questi contratti, la forza vincolante non deriva da una considerazione formale, ma dal tipo (causa), cioè dal nome. Sono contratti nominati, hanno un *nome*, che è ciò che conferisce loro forza vincolante.

Progressivamente vennero incluse altre "vesti". La connessione con un altro contratto "vestito" (*adhaerentia contractus*), il principio di esecuzione, o l'adempimento volontario da parte di una delle parti contraenti (*interventio rei*), il privilegio del diritto, ecc.

II.2.3.8. Funzionalità della teoria dei vestimenta nella tradizione scolastica

Ritorniamo alla tesi secondo cui il *nome* del contratto costituisce una "veste". Da ciò deriva il fatto che determinati contratti nominati (compravendita, locazione, società, mandato) conferiscano un'azione civile.

Secondo l'impostazione di Biondi, al contrario di quanto accaduto nel diritto romano classico, caratterizzato dal formalismo, è durante il periodo giustiniano che il diritto – e in particolare il diritto contrattuale – si compenetra con i valori morali cristiani, il che renderà successivamente possibile lo sviluppo del paradigma scolastico. Nell'ambito di questi valori, assume un posto di rilievo il concetto che l'uomo non è proprietario, ma amministratore di ricchezza, e dovrebbe farne un uso moderato e prudente, orientato non già all'accumulazione smisurata, ma a fini superiori, di carattere fondamentalmente spirituale, e concretamente alla salvezza dell'anima⁶⁸.

Questo controllo morale della contrattazione può essere considerato il motore del pensiero sul contratto nella fase post-giustiniana, durante tutta l'epoca scolastica medievale, e – come abbiamo anticipato – rappresenta il contesto storico concreto in cui matura la teoria generale del contratto. La riflessione sul contratto viene svolta fondamentalmente dai teologi moralisti, ed è finalizzata ad evitare il peccato dell'usura, intesa in senso assai ampio, includendo l'usura creditizia e l'usura reale, figura questa che comprende tutte le ipotesi di arricchimento ingiusto negli scambi, che,

⁶⁸ Cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 207 ss.

nello statico mondo medievale, deriverà fondamentalmente da due varianti: la compravendita pattuita a prezzi ingiusti e il prestito di denaro con interessi. Il controllo a cui era sottoposta la contrattazione determinò che l'usuraio, o in generale, l'uomo d'affari che cercava profitti smodati, ricorresse frequentemente alla simulazione e alla dissimulazione, coniando formule complesse, grazie alle quali il profitto indebito rimaneva occulto. Da qui la sfiducia ed il timore diffusi dei trattatisti per il libero accordo innominato e la loro predilezione per gli schemi contrattuali semplici, tipici e la straordinaria vitalità mostrata dalla teoria dei *vestimenta pactorum*.

I contratti innominati erano visti con diffidenza proprio a causa di quella capacità di nascondere un contesto di usura. Si temeva che uno schema privo di diritti e obblighi nascondesse una disuguaglianza tra le prestazioni, determinando la violazione della regola che imponeva l'equivalenza e il giusto prezzo, così come il divieto di usura, sia creditizia che reale. Pertanto, i contratti innominati non avevano forza vincolante fino all'inizio dell'esecuzione (*interventio rei*), a meno che non fossero accompagnati da una stipulazione formale che, chiarendo i diritti e gli obblighi delle parti, eliminasse il rischio dell'usura occulta o dissimulata⁶⁹.

Si può dire che fu il problema della forza giuridica del contratto innominato, nel quadro di una preoccupazione per la prevenzione dell'ingiustizia morale, ciò che diede impulso alla costruzione di una teoria generale del contratto. Gli sforzi di sistematizzazione sono sempre diretti a far luce sull'oscurità – per usare il detto di Orazio nella sua *Ars Poetica*, *ex fumo, dare lucem* –; diremmo oggi, a evidenziare la realtà dell'operazione economica sottostante. Quest'idea si ritrova chiaramente nelle spiegazioni di Oñate, il quale – sebbene si dichiari forte sostenitore del consensualismo – afferma che i contratti nominati sono contratti nobili, molto noti e conosciuti, i quali, non contenti del nome volgare e comune di “contratto”, riceveranno un *nomen* importante, acquisendo la nomenclatura di un tipo contrattuale, che non si adatta ad altre fattispecie.

Così come tra gli uomini, quelli volgari, sconosciuti e plebei non hanno un nome nobile e distinto, venendo, invece, chiamati genericamente “uomini”, ai contratti nominati viene attribuito un nome più distinto e nobile, non comune e volgare⁷⁰.

Ciò che ci preme sottolineare con riguardo alla vigenza di questa teoria dei *vestimenta pactorum* è che, in quel contesto, il consenso non era in generale elemento sufficiente per dare forza giuridica al contratto. Lo era solo se le parti utilizzavano i contratti nominati.

⁶⁹ Come abbiamo sottolineato, sebbene la compravendita sia considerata come contratto generatore di obbligazioni civili, non lo era, all'inizio, la permuta. In questo senso, cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 31.

⁷⁰ Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, Romae, 1646, Tractatus I, Disp. II, S. I, n. 91.

Il *nome* del contratto rappresentava una “veste” sufficiente affinché il diritto concedesse forza vincolante al consenso delle parti, posto che il *nome* implicava un *tipo* di contratto previsto dal diritto e, pertanto, uno strumento di composizione di interessi, considerato equilibrato, e con una regolamentazione prevista dalla legge⁷¹.

Il contratto innominato continuava a essere inidoneo a generare un’azione. In primo luogo, perché in esso, a differenza di quello tipico, non è chiara la volontà delle parti, a meno che la stessa venga espressa con chiarezza nel testo. Il contratto nominato rappresentava un modello di diritti e obbligazioni stabiliti dall’ordinamento preesistente, mentre in quello innominato il contenuto dipendeva unicamente da quanto pattuito. Questo è il motivo per cui il requisito della stipulazione viene spiegato in termini di precisa determinazione dei diritti e delle obbligazioni.

Mentre ogni contratto nominato tutelava il creditore con un’azione nominata (*actio empti*, *actio venditi*, *actio mandati directa*, *contraria*, ecc.), il contratto innominato poteva essere eseguito forzosamente per mezzo dell’azione generica *praescriptis verbis*, che richiedeva l’espressa menzione nel testo del contratto di tutti i dettagli dell’esecuzione.

E in secondo luogo, perché il contratto innominato si era rivelato uno strumento che propiziava le pratiche usuarie, ossia tutti quegli abusi che comportavano un arricchimento di una delle parti a discapito dell’altra.

II.2.3.9. La dottrina di François Connan

Il principio consensualistico ed il superamento della teoria delle “vesti” si affermano progressivamente durante tutto il Medioevo. Tuttavia, una dimostrazione della vitalità della teoria dei *vestimenta pactorum* e della sopravvivenza della stessa fino al XVI secolo, è costituito dall’opera di François Connan, *Commentariorum juris civilis libri decem*⁷², del 1553. Connan è uno degli ultimi autori che difese la teoria dei *vestimenta pactorum*. Gli autori posteriori lo criticano e adottano una prospettiva consensualistica; tuttavia, nonostante l’abbandono generalizzato della teoria dei *vestimenta* e l’adozione del consensualismo, risulta significativo il fatto che tutti gli autori del XVI e XVII secolo si sentono in obbligo di discutere le idee sistematizzate dal giurista francese.

Connan nasce nel 1508 e muore nel 1551. Secondo Birocchi, la sua opera è la prima importante elaborazione di stampo sistematico, realizzata se-

⁷¹ Non è difficile vedere in questo ragionamento il germe dell’idea di *equilibrio normativo* incorporata nell’attuale legislazione sulle clausole abusive nei contratti per adesione.

⁷² Cfr. F. CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri decem*, Neapoli, 1724.

condo il gusto umanista⁷³. La dottrina di Connan attribuiva un ruolo centrale al sinallagma, considerato come causa dell'obbligazione, ma fondamentalmente sosteneva l'inefficacia del patto non "vestito" per lo meno nell'ambito del diritto naturale. È certamente l'ultimo autore medievale a farlo, ed è stato criticato duramente da Grotius, di cui è immediato predecessore.

Il suo rifiuto è dovuto allo spazio limitato che Connan attribuiva all'accordo, in un momento in cui in Francia, in Spagna ed in Germania veniva messo da parte il principio secondo cui il semplice accordo non produceva obbligazioni. Diesselhorst sostiene che la ragione del rifiuto era la sua separazione dalla dottrina, sia della Seconda Scolastica che del Giusnaturalismo e dal carattere soggettivo-morale del valore della promessa⁷⁴.

In altri termini, sulla base della documentazione dell'opera di Connan, possiamo affermare che è proprio attorno alla metà del XVI secolo che il principio consensualistico potrà liberarsi del pesante fardello costituito dalla teoria dei *vestimenta pactorum*. Gli autori dei secoli XVI e XVII, anche se unanimi nel concludere in questo senso, dedicheranno ancora un grande sforzo per descrivere la teoria dei *vestimenta*, e per affermare l'idea per cui il mero patto produce azione, almeno nel diritto naturale.

È riconosciuto che un autore emblematico, riguardo alla nascita del principio consensualistico fu Hugo Grotius. Alejandro Guzmán Brito afferma che il punto di partenza di Grotius è il dibattito che intavola con il giurista francese del XVI secolo François Connan, a proposito della seguente questione: le promesse hanno forza vincolante in virtù del diritto civile, tesi rifiutata da Connan, e che, invece, Grotius vuole affermare. È a questo proposito che l'olandese distingue tra promesse perfette e imperfette, secondo il criterio della direzione della volontà; di modo che quando una persona fa una promessa perfetta, ossia manifesta una volontà o l'intenzione di obbligarsi, e non un mero desiderio o proposito di dare o fare qualcosa ad un altro, rimane obbligato in virtù di quanto dichiarato⁷⁵.

La forza vincolante deriverà dallo scambio di promessa e accettazione e queste si manifesteranno quando si esprimerà l'intenzione di obbligarsi.

A partire da ciò, la forza vincolante del contratto non verrà più fatta dipendere da una "veste", da un *quid* estraneo al consenso, bensì dall'analisi del consenso stesso, al fine di verificare fino a che punto sia esistita una «intenzione di obbligarsi».

Come vedremo, Oñate, in tempi contemporanei [a Grotius], adotta esattamente questo punto di vista.

⁷³ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 97.

⁷⁴ *Ivi*, 111, nota 43.

⁷⁵ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general*, cit.

II.3. La genealogia tradizionale della teoria generale del contratto

II.3.1. La scuola giusnaturalista: Domat, Pothier

Come abbiamo visto, il diritto romano aveva sviluppato figure specifiche di contratti e le loro particolari regole, separate le une dalle altre, senza cogliere il legame tra le diverse tipologie, e senza evidenziarne gli eventuali tratti comuni o analoghi, seguendo un approccio che Messineo ha descritto come *atomistico* ⁷⁶.

Nemmeno nel Medioevo possiamo trovare opere che possano essere considerate come antecedenti di una trattazione del contratto in generale. Come abbiamo visto, l'opera scolastica per eccellenza, il trattato sulla Giustizia di San Tommaso d'Aquino, si occupa fondamentalmente di contratti in particolare, concretamente della compravendita e del mutuo. Come analizzeremo più avanti, grazie allo studio dettagliato delle diverse fonti medievali e rinascimentali, si può affermare che è caratteristico del pensiero giuridico privatistico di quel tempo non occuparsi del contratto in generale, ma di figure speciali quali la compravendita ed il prestito.

Con particolare riferimento alla Castilla – sebbene il diritto positivo castigliano, con l'Ordinamento di Alcalà avesse accolto precocemente il principio consensualistico ⁷⁷ – Álvarez Cora afferma che non esiste, nella fonte fondamentale del diritto contrattuale castigliano, rappresentata dalle *Partidas*, una teoria generale del contratto, nonostante l'esistenza di frammenti di una teoria generale delle obbligazioni che fondamentalmente ruota attorno ai problemi del pagamento. C'è una teoria dei contratti, al plurale. Esiste una tipologia dei contratti e la "chirurgia" di ognuno di essi ⁷⁸.

Richiamando l'autorevolezza di Messineo, possiamo affermare che la teoria generale del contratto, che implica la nozione di contratto considerato come tale, ossia come uno schema puramente strutturale, costituisce un risultato della modernità. È solo con la modernità che appare la teoria generale del contratto, ed è con la modernità che la disciplina del contratto presenta un sistema dualistico: da un lato, una Parte Generale, e dall'altro, una Parte Speciale.

Dove si trova, concretamente, l'origine di questa formulazione dualistica è qualcosa che non risulta chiaro negli autori che hanno trattato l'argomento; tuttavia, si ammette pacificamente che l'idea di contratto in generale, come patto che origina obbligazioni, e la teoria generale del contrat-

⁷⁶ Cfr. F. MESSINEO, voce "Contratto", cit., 785.

⁷⁷ Cfr. R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, cit., 40.

⁷⁸ Cfr. E. ÁLVAREZ CORA, *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Fundación Beneficencia et Peritia iuris, 2005, 15.

to, secondo uno schema generale di natura logica, siano già presenti nelle opere di Domat e Pothier⁷⁹.

II.3.1.1. Jean Domat (1625-1696)

Rogel Vide sottolinea che la progressiva introduzione del giusnaturalismo razionalista nel campo del diritto positivo ebbe luogo, fondamentalmente, grazie a tre grandi giuristi francesi: Domat (1625-1696), D'Aguesseau (1668-1751) – che conosceva Domat ed era legatario del suo pensiero, nonché insegnante e amico di Pothier – e Pothier (1699-1772), comunemente chiamato padre del Code Civil⁸⁰.

Domat tratta la questione del contratto in generale nella sua opera *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*, nel “trattato delle leggi”, capitolo XVI. Prevede un titolo preliminare sulle leggi, un titolo II sulle persone e un titolo III sulle cose, e di seguito, due parti, una sulle obbligazioni e l'altra sulle successioni.

Ciò che interessa Domat è il diritto romano come *ratio scripta*; più precisamente, come *ragione*. Domat si riferisce al diritto romano come la ragione organizzata dalla filosofia, sin dall'epoca di Cicerone, attraverso i secoli. Su questa base, Domat propone di scartare quelle parti della costruzione giuridica romana che contraddicono la ragione, distinguendo due tipi di regole: quelle che sono in accordo con la natura e quelle che sono il semplice riflesso dell'impronta di una civiltà decaduta. È necessario separare l'uno dall'altro, e il criterio sarà la ragione naturale. La congruenza tra l'opera di Domat e il Codice civile francese, ossia la ragione per la quale ha rappresentato una fonte privilegiata per i codificatori, risiede nella sua architettura e nella sua finalità: tutte le materie del diritto civile, presentano, tra loro, nel lavoro di Domat, un ordine semplice e naturale, che, riunendole in un unico corpo, ne facilita la visione complessiva e consente di cogliere in un attimo il posto occupato da ognuna⁸¹.

Domat ordina chiaramente un sistema di diritto contrattuale. Lo organizza a partire dalla sua concezione cristiana giansenista, ponendo la morale al centro del diritto dei contratti e stabilendo i principi fondamentali da cui si deduce tutto il resto; si tratta delle leggi civili nel loro ordine naturale, che saranno considerate, per lungo tempo, come un monumento della ragione. Il principio e il fondamento di questa costruzione sono i comandamenti della fede cristiana, l'amore verso Dio e l'amore per il prossimo⁸².

Sebbene si tratti di una citazione piuttosto estesa, è impossibile non

⁷⁹ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 387.

⁸⁰ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 186.

⁸¹ *Ivi*, 188.

⁸² Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 31.

trascrivere il seguente frammento del capitolo I del “Trattato delle leggi” di Domat:

«Dio ha creato l'uomo per sé stesso e gli ha dato una ragione per conoscerlo e una volontà per amarlo ...

La prima legge è quella che comanda di amare il bene supremo [che è Dio]. In questa prima legge, trovano un fondamento e un principio tutte le altre ... [Una seconda] legge obbliga [tutti] a unirsi e ad amarsi l'un l'altro. I legami che uniscono gli uomini nella società sono conseguenza del fatto che l'uomo sia destinato ad attuare queste due prime leggi, che rappresentano la fonte di tutte le altre.

Sebbene lo spirito di queste leggi fondamentali sia poco osservato, non cessa, per questo, di esistere e di obbligare tutti alla sua osservanza. Le leggi esistenti per l'organizzazione della società, anche nello stato in cui le vediamo, non sono altro che conseguenze delle prime due.

Per giudicare lo spirito e l'uso delle leggi che mantengono la società nello stato attuale, è necessario fissare una struttura, basata su quelle prime due leggi, al fine di scoprire tutte le altre e le loro reciproche relazioni ...

Dio ha creato l'uomo per mezzo di un inesplicabile legame tra spirito e materia.

E ha applicato l'uomo a diversi lavori ... l'uomo è destinato a lavorare per sua stessa natura, così come, persino nello stato primitivo di innocenza, Dio gli aveva ordinato.

Da qui nascono le obbligazioni ... la prima nasce dal legame naturale del matrimonio e della nascita tra padre e figli; ... la seconda abbraccia tutte quelle relazioni che uniscono alcune persone ad altre, e che si formano in vari modi, sia con i diversi mezzi utilizzati per comunicare tra loro dati relativi al proprio lavoro, industria, mestieri e favori, sia valendosi di quelli riguardanti l'utilizzo delle cose, in cui sono comprese le varie applicazioni delle arti e professioni di qualsiasi tipo, e tutto ciò che contribuisce a unire le persone in base alle diverse esigenze di vita, ora mediante scambi gratuiti, ora mediante il commercio ...

Le obbligazioni sono volontarie o involontarie, poiché, supposta la libertà dell'uomo, ci sono quelle in cui l'uomo si obbliga, per sua propria volontà, tuttavia, siccome interviene anche l'ordine divino, ve ne sono altre in cui è Dio colui che fa sorgere l'obbligazione, senza che l'uomo abbia la possibilità di evitarlo. Ciò nondimeno, sia che dipendano dalla volontà umana o che siano indipendenti da essa nella loro origine, in entrambi i casi l'uomo opera con piena volontà e la sua condotta presenta sempre due caratteri, quello della dipendenza da Dio, i cui disegni è obbligato a seguire, e l'altro relativo alla sua libertà, che entra anche nella preveggenza divina. Per questa ragione, tutti questi tipi di obbligazioni sono proporzionati alla natura dell'uomo e alla sua condizione in questa vita.

... Dio non impone agli uomini ... [le] ... obbligazioni ... con un fine diverso da quello di impegnarli sempre più nell'esercizio dell'amore reciproco, e i vari doveri prescritti da quelle, non sono altro che i diversi effetti che questo amore dovrebbe produrre in differenti situazioni e circostanze. Quindi, in ge-

nerale, le regole che ordinano di dare a ogni persona ciò che è suo, di non nuocere a nessuno, di essere sempre fedeli e sinceri, ecc., non fanno altro che prescrivere gli effetti dell'amore reciproco; questo consiste nel volere il bene e renderlo effettivo, ed è evidente che non amiamo coloro a cui facciamo del male, o verso i quali non manteniamo la fedeltà e la sincerità dovute⁸³.

... lo spirito di queste regole non è altro che l'ordine dell'amore che dobbiamo gli uni agli altri ...

Queste riflessioni sono state qui presentate per affermare che, poiché la seconda legge è il principio e lo spirito di tutte quelle regole riguardanti le obbligazioni, sia generali che speciali, non è sufficiente sapere, come già sanno i più barbari, che è necessario dare a ciascuno ciò che è suo, che nessuno deve essere danneggiato, che bisogna essere fedeli e sinceri, e altre regole simili; occorre, inoltre, verificare quale sia lo spirito [di tali regole] e riconoscere in quella seconda legge l'origine della loro certezza, per dare loro tutta l'estensione che devono avere, posto che frequentemente si nota come, per mancanza di tale considerazione, molti giudici che considerano tali regole alla stregua di leggi politiche, senza penetrare il loro spirito, che racchiude un principio fecondo di giustizia, applicabile a molti casi, non attribuiscono loro l'estensione che meritano, e tollerano infedeltà e ingiustizie che non smetterebbero di punire, se lo spirito di detta seconda legge, origine delle altre, venisse osservato come norma».

La strutturazione di un sistema contrattuale opera in Domat, nello stesso modo che in tutti gli autori dell'epoca, sia di matrice protestante che di matrice cattolica, sulla base di un'idea morale: seguire il piano di Dio per costruire il mondo.

E si nota in modo particolare che viene posta la questione della relazione tra la libertà dell'uomo e l'ordine imposto da Dio; tema che scuoteva l'Europa dell'epoca, promuovendo i conflitti di religione che determinarono la Riforma e la Controriforma, ed al quale ci riferiremo in dettaglio più avanti.

È chiaro che Domat intende delineare un sistema totalmente coerente, basato su principi unici che devono servire come spirito per l'interpretazione delle regole particolari che disciplinano le obbligazioni civili e in particolare i contratti.

Domat sistematizza la materia contrattuale all'interno del più ampio ambito delle obbligazioni (come farà anche Pothier), una via seguita dai Codici civili moderni, distinguendo così le obbligazioni derivanti da accordi (Libro Primo) dalle obbligazioni che sorgono senza accordo (Libro Secondo). Quindi presenta un terzo libro sulle obbligazioni accessorie e un quarto libro sulle obbligazioni che riducono, modificano o estinguono quelle principali.

Il libro sui contratti (*les engagements volontaires et mutuels par les conventions*) contiene un titolo primo, sui contratti "in generale", che nell'edi-

⁸³ Cfr. J. DOMAT, *Les lois civiles*, cit., 21.

zione del 1713 è trattato da pagina 19 a 32. Il titolo secondo si riferisce, invece, al contratto di compravendita in particolare.

Il titolo primo, sul contratto in generale, contiene 6 sezioni:

1. La natura dei contratti e il modo si formano.
2. I principi che dipendono dalla natura dei contratti e le regole per interpretarli.
3. Le obbligazioni che nascono naturalmente dai contratti, siano esse espresse o meno.
4. I diversi tipi di patti che possono essere aggiunti ai contratti e, in particolare, le condizioni.
5. I contratti nulli *ab origine*.
6. La risoluzione dei contratti che non sono nulli.

Domat inizia il suo discorso sul contratto in generale, sostenendo che, poiché ci sono molti principi e molte regole che sono comuni a tutte le sue specie, l'ordine richiede – invece di ripeterle nella trattazione di ciascuna di esse – che siano raccolte e trattate unitariamente. Domat afferma che vi sono 4 tipi di accordo (inteso dall'autore come sinonimo di contratto). In effetti, dice Domat, coloro che contrattano, ovvero si danno reciprocamente una cosa in cambio di un'altra, come nella compravendita o nella permuta; oppure fanno qualcosa l'uno per l'altro, come quando uno si incarica degli affari dell'altro; oppure, l'uno fa e l'altro dà, come quando si presta un lavoro in cambio di un prezzo; o, ancora, si fa o si dà, senza che l'altro faccia o dia qualcosa, come quando qualcuno si incarica gratuitamente degli affari di qualcun altro o fa una donazione.

Ebbene – continua Domat, nei primi tre tipi di accordo si pratica un affare in cui nulla è gratuito e *«l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre»*. Questo succede – aggiunge – anche nei contratti in cui solo una parte sembra obbligata, come nel prestito di denaro, perché:

«... l'obligation de celui que emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention».

E conclude:

«ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants, a toujours sa cause de la part de l'autre [cosicché] l'obligation serait nulle, si, dans la vérité, elle était sans cause».

Nelle donazioni e negli altri contratti in cui solo una parte dà o fa:

«... l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, come un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien».

Di conseguenza, conclude:

«ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien».

Al di là delle riserve che questo passaggio suscita in Guzmán Brito – che lo qualifica come teoria oscura e imprecisa (anche nella propria lingua), nata da un pessimo adattamento di alcuni testi romani interpretati alla luce delle dottrine medievali sui patti “vestiti” – la verità è che questa teoria, che sistematizza tutti i contratti in gratuiti e onerosi, sarà fatta propria da Pothier. Domat schematizza brillantemente i principi generali che regoleranno la materia contrattuale e tale schema sarà adottato da Pothier.

Nella sezione II, Domat descrive i «principi che ispirano la natura dei contratti e le regole per interpretarli», e la sezione III contiene le regole «che si seguono naturalmente nei contratti, anche quando non sono espresse».

Queste regole sono l'antecedente degli articoli dei nostri codici che costituiscono le norme dispositive del diritto contrattuale. Ad esempio, nel numero I, Domat afferma che i contratti obbligano non solo a ciò che in essi è espresso, ma anche a tutto ciò che la natura del contratto richiede e a tutte le conseguenze che l'equità, le leggi e gli usi attribuiscono all'obbligazione assunta. Ad esempio, l'obbligo dell'associato di occuparsi degli affari comuni, l'obbligo del comodatario di conservare la cosa o l'obbligo del venditore di garantire ciò che ha venduto.

D'altra parte, stabilisce che nessuno è responsabile per il caso fortuito, descrive norme sulle condizioni, sulle nullità, ecc.

La lettura di Domat può fornirci i precedenti di quasi tutti gli articoli della Parte Generale sul contratto dei nostri Codici civili.

II.3.1.2. Robert Pothier (1699-1772)

Tuttavia, il contenuto del lavoro di Domat non è nemmeno una teoria generale o una dottrina del contratto, articolata come tale. Guzmán Brito sostiene che Pothier risulta essere il sistematizzatore definitivo, o quasi, della teoria generale del contratto. Questa, tuttavia, è presentata da Pothier all'interno di una teoria generale delle obbligazioni, come indica il titolo stesso dell'opera, *Traité des obligations*⁸⁴.

Pothier offrirà la seguente definizione:

«... un contrat est une espèce de convention ... une convention o un pacte (car ce sont synonymes), est le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour résoudre un précédent, ou le modifier, de là il suit que dans notre droit, on ne doit point définir le contrat comme le défi-

⁸⁴ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general*, cit.

nissent les interprètes du droit romain, Conventio nomen habens a iure civili, vel causam; mais qu'on le doit définir une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre a lui donner quelque chose, ou a faire ou ne pas faire quelque chose»⁸⁵.

L'affermazione iniziale dell'autore è che esistono tre requisiti essenziali dell'obbligazione: che esista una causa da cui nasce; alcune persone tra cui si stabilisca; e una cosa che ne costituisca l'oggetto. Le cause dell'obbligazione sono il contratto, il quasi-contratto, il delitto e il quasi-delitto; a volte l'equità e la legge. In primo luogo, Pothier si propone di trattare il contratto, procedendo nel seguente ordine: (i) che cos'è un contratto; la sua differenza con la promessa e quali figure se ne differenziano; (ii) categorie di contratto; (iii) vizi generali che possono essere trovati nei contratti; (iv) persone che non possono contrarre; (v) che cosa può costituire oggetto dei contratti; (vi) i suoi effetti; (vii) la sua interpretazione; (viii) il giuramento che di solito accompagna i contratti.

Secondo Guzmán Brito, con Pothier abbiamo la prima esposizione chiara e strettamente giuridica di una teoria generale del contratto, non contaminata dai filosofismi che erano presenti nelle ricostruzioni dei suoi predecessori. Ciò spiega come i codificatori francesi abbiano potuto limitarsi a trasfondere, in brevi articoli, questa dottrina, che in questo modo venne fissata a livello legislativo, ampliandosi con il codice stesso.

Peraltro, Pothier rivela anche il suo lato giansenista quando ordina di aderire ai principi di buona fede, sincerità e fedeltà come conseguenza del grande principio dell'amore per il prossimo, che è il principio fondamentale del diritto naturale che obbliga ad acconsentire a tutto ciò che, senza causare alcun danno, possa soddisfare il prossimo⁸⁶.

È anche vero che il codice di Napoleone contiene vari compromessi e tra questi, quello che si verifica tra il razionalismo e il giansenismo moralista di Pothier. Tuttavia, è condivisibile l'affermazione che la corrente giusnaturalista moderna sarà in esso quella prevalente⁸⁷.

II.3.2. *La genealogia tradizionale*

II.3.2.1. *La riforma protestante*

Sintetizzata brevemente la teoria generale del contratto secondo Domat e Pothier, proseguendo alla ricerca delle sue origini, è necessario rivolgere lo

⁸⁵ Cfr. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, Part. I, Chap. I, Sect. I, arts. 1 e 3. Abbiamo utilizzato l'edizione del *Traité des obligations* del 1824, pubblicata sotto la direzione di M. Dupin.

⁸⁶ Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 32.

⁸⁷ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 193.

sguardo, nei modi generalmente seguiti, verso la Scuola di diritto naturale del nord Europa, principalmente verso Hugo Grotius e Samuel Pufendorf.

In effetti, la dottrina più diffusa afferma che le categorie ordinanti il moderno diritto civile sono frutto di un'elaborazione iniziata, tra il XVI e il XVII secolo, dai giusnaturalisti francesi come Domat e Pothier, olandesi come Grotius, tedeschi come Pufendorf, e completata nel XIX secolo dai pandettisti tedeschi, artefici del c.d. diritto romano moderno, in una Germania che ancora non conosceva la codificazione civile e in cui ancora si osservava il diritto romano, adattato dai giuristi alle necessità del loro tempo⁸⁸.

Rappresenta un luogo comune il fatto che il principio consensualistico risalga a Domat, Grotius e ai giusnaturalisti protestanti.

Rogel Vide insegna che con la Riforma si ruppe l'unità religiosa e con essa l'idea di comunità cristiana⁸⁹. Secondo Arnaud, la libertà di pensiero propria dei paesi a maggioranza protestante costituì una condizione essenziale per la creazione intellettuale. Nel contesto riformato, gli autori espulsi dai paesi intolleranti potevano aderire senza paura al razionalismo, al secolarismo, all'individualismo, condizioni considerate da Arnaud essenziali per l'evoluzione del diritto. È così che si ritrovano, nel secolo XVII, i giansenisti, i protestanti francesi e, nel secolo XVIII, molti pensatori atei o semplici deisti, che costruiscono l'idea di diritto naturale moderno in opposizione al diritto divino, segnando una tappa essenziale della secolarizzazione del diritto. Secondo Arnaud, Grotius e Pufendorf hanno fatto propri i tre principi fondamentali della Scuola di diritto naturale: portare il metodo razionalista nel campo del diritto; separare il diritto naturale dalla teologia e fondare il diritto naturale sulla natura umana⁹⁰.

Il pensiero protestante attribuisce un ruolo molto importante alla relazione individuale dell'uomo con Dio; dalle origini agostiniane di Lutero, la spiritualità protestante trova la radice della salvezza nella grazia di Dio, e non nei meriti propri dell'uomo che, corrotto dal peccato, non è in grado di trovare da solo la via della salvezza. La ragione umana – che nella tradizione tomista costituiva un cammino utile per giungere alla conoscenza di Dio – viene messa in discussione: l'uomo non può conoscere la verità senza l'aiuto di Dio, attraverso la rivelazione.

In Francia, le idee protestanti hanno un impatto sulla materia della nostra ricerca fondamentalmente mediante il giansenismo. Il Movimento di Port Royal – di cui Pascal è un esponente di spicco – ha un impatto importante sulle figure chiave del consolidamento del diritto civile moderno: Domat e Pothier.

Secondo Arnaud, la matrice giansenista parte dall'impotenza della ragio-

⁸⁸ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 5.

⁸⁹ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 180.

⁹⁰ Cfr. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, LGDJ, Paris, 1969, 10.

ne nel conoscere il giusto, che può essere apprezzato solo mediante la Rivelazione. La giustizia non è un dato della natura, potendo essere scoperta solo con l'aiuto di Dio nonché – aggiunge – osservando gli usi che rappresentano l'adempimento concreto della volontà di Dio. Il diritto stabilito dagli usi costituisce la base della giustizia, completata dalla ragione⁹¹.

Le idee gianseniste in Francia costituiscono l'origine di un moralismo cristiano più indipendente che, a giudizio di Carbonnier, farà sentire la sua influenza sul *Code*. Secondo questo autore, citato da Rogel Vide, nell'ambito dell'ideologia del *Code* occorre distinguere due fonti. Da un lato, l'individualismo, che viene, certamente, della filosofia illuminista. Dall'altro, il moralismo, che si ritiene essere di origine giansenista. Moralismo cristiano, ma di un cristianesimo indipendente, che deriva dalle idee di Pothier – che era giansenista – delle quali si rinvencono certi tratti nel codice: disgusto per il gioco, il traffico e persino la fortuna mobiliare; l'importante ruolo dato al giudice in alcuni istituti, come il termine di grazia, la nullità del contratto per violazione dei buoni costumi; il giudice del codice, in contrasto con ciò che la Rivoluzione aveva sognato, sarà un giudice potente, di matrice giansenista, basato sull'ideale biblico del giudice di equità⁹².

In maniera astratta e generica possono forse essere rintracciate nel pensiero degli autori citati tutte le caratteristiche dei movimenti religiosi che danno luogo alla Riforma e alla Controriforma; risulta, invece, più complessa, la valutazione dell'incidenza dei grandi orientamenti religiosi e spirituali sui loro testi concreti. Si dice che il protestantesimo si fonda sulla Grazia Divina, ma non nega i meriti umani; si dice che il giansenismo diffida della ragione e si basa sulla rivelazione, pur non negando, ovviamente, l'importanza della ragione umana, come indicato all'inizio dell'opera di Domat, che tenta di recuperare dal diritto romano ciò che risponde alla ragione naturale; ma definisce la ragione naturale come quella che si fonda sul Principio e Fondamento: amore per Dio e amore verso il prossimo. Nessuno desiste, dunque, dall'impiegare la ragione, nessuno nega l'importanza della Grazia Divina, nessuno rifiuta totalmente gli usi o la legge positiva. Durante il XVII e XVIII secolo le discussioni teologiche portarono sangue nei fiumi d'Europa, ma non perché fosse impossibile un dialogo intellettuale tra le diverse posizioni, bensì a causa degli interessi politici ed economici sottostanti.

Nel corso di questo studio, proveremo ad individuare in che termini questa complessa discussione religiosa abbia contribuito alla costruzione di quest'oggetto articolato, ossia la teoria generale del contratto.

⁹¹ *Ivi*, 16.

⁹² Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 184.

II.3.2.2. La disciplina dell'oggetto del contratto in Grotius e Pufendorf

La concezione del contratto basata sul consenso è associata al nome di Hugo Grotius (1583-1645)⁹³. Già nel XVI secolo Grotius aveva definito il contratto come «l'atto volontario con cui una persona promette qualcosa ad un'altra con l'intenzione che quest'ultima accetti e possa quindi acquisire un diritto contro il promittente»⁹⁴.

La dottrina di Grotius sul contratto in generale è contenuta nel libro II della sua opera *De iure belli ac pacis* (1625) e in particolare nei capitoli 11, sulle promesse, 12, sui contratti, 13 sui giuramenti, e 14, che si occupa delle promesse, contratti e giuramenti fatti dai sovrani.

Come abbiamo visto, il punto di partenza di Grotius è la critica alla teoria dei *vestimenta* fatta propria da François Connan. Costituiva, del resto, un luogo comune in quell'epoca partire dall'opposizione al giurista francese. Il principio consensualistico viene affermandosi a partire dalla critica alla teoria dei *vestimenta*; Grotius afferma che tale teoria è contraria alla natura, che consente sia di trasferire la proprietà sia di creare obbligazioni, mediante il semplice consenso, senza necessità di *vestimenta*, formalità o altri accessori.

Come vedremo, la medesima opinione sarà espressa da Oñate.

Per costruire la sua teoria contrattuale consensualistica Grotius descrive tre gradi di enunciati che il dichiarante può effettuare sulla sua condotta futura. Nel primo afferma che persevererà nella volontà, ma ciò non implica che non possa cambiare idea; nel secondo, dichiara che si obbliga, ma senza la volontà di conferire un diritto ad un altro; e nel terzo - ed è l'unico che costituisce una proposta di contratto - dichiara di obbligarsi con la volontà di conferire un diritto ad un altro. La stessa disquisizione la ritroveremo in Oñate.

Affinché la volontà sia un fondamento sufficiente, colui che promette deve avere uso della ragione ed essere libero da violenza o errore. Tale volontà del promittente dovrà essere accettata; prima dell'accettazione, la promessa può essere revocata. Alla fine, Grotius discute alcuni altri aspetti, come la promessa fatta da un terzo.

Evidentemente, Grotius fornisce una definizione consensualista di contratto, il che è meritorio. Tuttavia, egli si limita a formulare affermazioni molto generali e sintetiche. Parte da una definizione - senza alcuna critica - in base alla quale il contratto è un atto umano diretto all'utilità degli altri. Propone immediatamente una classificazione dei contratti che si distinguono in gratuiti e onerosi, tipici e atipici, esprimendo chiaramente la sua posizione nel senso che tutti i contratti, abbiano o meno un nome, so-

⁹³ Cfr. R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, cit., 41.

⁹⁴ Cfr. G. AUGE, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, 99 ss., cit. in J. MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, cit., 19.

no obbligatori per il diritto naturale. Descrive i contratti associativi e i contratti misti che contengono parte di un contratto oneroso e parte di un contratto gratuito (si tratta del *negotium mixtum cum donatione*).

Inoltre, considera il requisito dell'uguaglianza nei contratti, seguendo la tradizione aristotelico-tomista, indicando che nel caso in cui non sia osservata tale uguaglianza (la disuguaglianza, seguendo il diritto romano, dev'essere importante), si genera un pregiudizio ad una delle parti contraenti che le conferisce un diritto al risarcimento. Passa poi a prendere in esame il requisito dell'informazione. I contratti avvicinano le parti, il che obbliga i contraenti a dichiarare i vizi della cosa.

Successivamente, sempre seguendo la concezione aristotelico-tomista di contratto come equilibrio, Grotius fa alcune disquisizioni sul prezzo giusto, indicando che esso si basa in generale, sull'opinione o sul desiderio, ma non individuale, bensì generale (*communis aestimatio*), per stabilire il quale vengono presi in considerazione i lavori e le spese dei commercianti, l'abbondanza o la carenza di acquirenti e venditori, di denaro e di merci, nonché le caratteristiche speciali della cosa, il danno emergente e il lucro cessante. Fa quindi riferimento ai negozi aventi ad oggetto beni fungibili, al contratto di locazione, al rischio e pericolo nella compravendita, al contratto di assicurazione, al contratto di società, che, per essere giusto, richiede la proporzione, di modo che un socio non possa percepire un profitto senza esporsi alle perdite.

Ciò che si è descritto è trattato da Grotius in una ventina di pagine.

Da quanto esposto risulta evidente che nell'opera del giusnaturalista olandese, sebbene venga chiaramente fissato il principio consensualistico, costituendo, peraltro, un'eccellente sintesi degli elementi strutturali ed essenziali del contratto, non esiste nulla di lontanamente paragonabile allo sviluppo di una teoria generale del contratto. Piuttosto, i capitoli XI e XII contengono affermazioni isolate sul contratto, che non mostrano né una chiara connessione né un ordine tra loro.

Anche Samuel Pufendorf (1632-1694) elabora una dottrina sui patti e le promesse nella sua opera intitolata *De jure naturae et gentium* (1672)⁹⁵. Secondo Guzmán Brito, tale dottrina dipende, a sua volta, da quella di Hugo Grotius, che cita costantemente; tuttavia, Pufendorf la sviluppa ulteriormente. In effetti, ciò che Grotius tratta in un capitolo, Pufendorf lo sviluppa in tre. Si tratta del libro III, capitolo 6: *De consensu circa promissa et pacta adhibendo*; capitolo 7: *De materia promissorum et pactorum*; a tali capitoli possiamo aggiungere il capitolo 8: *De conditionibus promissionum*. Nel capitolo 6, sul consenso, Pufendorf esamina le modalità con

⁹⁵ Abbiamo utilizzato l'edizione tradotta in francese dal latino da Jean Barbeyrac, intitolata "*Le droit de la nature et des gens, ou système general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*", chez la veuve de Pierre de Coup, Amsterdam, 1734.

cui può essere manifestato, sia espresse che tacite. Segue il tema della capacità assoluta, denominata *usus rationis*, e la sua esclusione nei bambini piccoli e nei dementi e una discussione sull'incapacità relativa dei minori. Analizza altresì i vizi del consenso: errore, dolo e violenza. Il capitolo 7 tratta i diversi aspetti dell'oggetto (materia), che non deve essere impossibile, né illecito. Pufendorf conclude il capitolo analizzando la promessa a favore di terzi e la promessa del fatto altrui.

L'autore dedica il capitolo 8 al tema dei modi: condizione, luogo e termine. È vero che, con Grotius e Pufendorf, fu sostanzialmente tracciato lo schema di una dottrina generale dei patti e delle promesse. Tuttavia – a nostro avviso – non risale a tali autori l'origine di un pensiero sul contratto in generale che possa aspirare ad essere considerato come una vera teoria generale del contratto.

Per Guzmán Brito, era necessario liberarlo dal filosofismo con cui i giusnaturalisti erano soliti avvolgere concetti e figure del diritto romano, obiettivo che fu raggiunto nell'opera di Robert Joseph Pothier (1699-1772), nel suo *Traité des obligations* (1761). Con lui, le nozioni recuperarono il loro profilo dogmatico-giuridico. Le fonti di Pothier sono, prima di tutto, il diritto romano, nonché Grotius e Pufendorf. Nel mezzo si trova, tuttavia, la figura di Jean Domat (1625-1696) e la sua opera *Les lois civil dans leur ordre naturel* (1689), la cui importanza risiede, ai fini della presente ricerca, nella strutturazione della sua teoria della causa, che Pothier adottò.

Tale opinione è condivisa dal professor Soto Kloss, secondo il quale il concetto attuale di contratto nasce con la c.d. scuola di diritto naturale razionalista, momento in cui appare con intensità senza eguali l'idea consensualista come archetipo del contratto. Il pensiero di Grotius, la cui influenza non solo fu immensa ma anche quasi immediata nel suo tempo, diede origine, in buona misura, a quella visione del diritto come costruzione teorica razionale, basata su principi dedotti della ragione, che si sviluppò nell'ambito germanico protestante (Althusius, Helsingor, Wolff) e che, con Kant, caratterizzerà l'intera corrente dell'idealismo tedesco fino ai nostri giorni.

Soto Kloss aggiunge, senza paura di sbagliare, che tutta la costruzione di Grotius poggia, soprattutto, sull'idea di contratto come un «vincolo concorde di volontà» e sul principio fondamentale *pacta sunt servanda*. Ciò dimostra il fondamento specificamente consensualistico dell'attività contrattuale, che si concretizzerà, secoli dopo (con Domat e Pothier), nel Codice civile francese stesso e nella concezione germanica, che ritengono requisito essenziale del contratto – considerato come specie del genere atto giuridico – l'incontro delle volontà di due o più persone destinato a produrre effetti giuridici che regolano le relazioni nate da detto accordo; l'autonomia della volontà viene dunque a costituire una caratteristica fondamentale del diritto civile stesso.

Questo professore cileno conclude che tale concezione non ha niente a

che vedere con il concetto di contratto esistente prima del XVII e XVIII secolo; che la posizione del consensualismo individualista è figlia diretta dell'individualismo e volontarismo nominalista che sconvolge le radici stesse del diritto, e che ha dato origine a una teoria generale del diritto contraddistinta dai caratteri del giusnaturalismo razionalista di stampo protestante, che può portare, con ugual facilità, a un liberalismo insensibile all'umano (ove predomina la volontà dell'individuo) ovvero a un collettivismo totalitario (in cui predomina la volontà dello Stato)⁹⁶.

Da parte nostra, analizzando la questione in modo critico, crediamo che, pur dovendosi tener in considerazione l'eredità di Hugo Grotius, sia necessario sottolineare come l'autore olandese, sia con riguardo alle promesse che ai contratti, fosse lontano dal fondare una teoria generale. Al di là del fatto che contiene nozioni generali, legate all'idea di consensualismo e alla natura obbligatoria delle promesse, dalla mera enunciazione dei capitoli e dalla breve descrizione del loro contenuto si deduce che non può essere attribuita a Grotius la formulazione completa di una teoria generale del contratto. Le formulazioni relative al contratto mancano di ogni approfondimento e analisi critica, e questo perché l'intenzione di Grotius era quella di poter disporre di uno strumento concettuale per affrontare l'argomento che lo interessava, ossia la questione del diritto internazionale.

La sua opera non è un trattato sui contratti, bensì sul diritto internazionale pubblico, sul diritto della guerra e della pace, *De iure belli ac pacis*; la radice comune delle parole "patto" e "pace" ha portato a trattare il tema del libero consenso come preparazione all'analisi del diritto internazionale; una teoria sul contratto in generale che fosse minimamente sviluppata avrebbe richiesto, per lo meno, che l'autore le dedicatesse un'opera specifica e non due o tre capitoli di un lavoro destinato ad analizzare un oggetto totalmente estraneo ad essa.

II.3.2.3. *Il versante della common law*

Infine, aggiungiamo che può essere escluso che la comparsa della teoria generale del contratto si sia verificata prima nell'ambito della *common law* che nell'ambito del diritto civile continentale. Ciò risulta comprensibile a causa della natura casistica e giurisprudenziale della *common law*. Secondo un'opinione generalizzata, sebbene il diritto contrattuale affondi le sue radici nel Medioevo britannico, i principi generali del diritto contrattuale costituiscono una creazione del XVIII e XIX secolo. Secondo Grant Gilmore, fino alla seconda metà del XIX secolo, nessun giurista anglo-americano aveva postulato l'esistenza di qualcosa che potesse essere definito come teoria generale del contratto. È l'opera di Christopher Columbus Langdell, *Casebook on contract law*, pubblicata nel 1871, e soprattutto il *Summa-*

⁹⁶ Cfr. E. SOTO KLOSS, *La contratación administrativa*, cit., 572 e 573.

ry of the law of contracts, pubblicato come appendice nell'edizione del 1880, la prima in cui viene postulata l'esistenza di un diritto generale applicabile alla materia contrattuale, idea che si cristallizza nel libro di Holmes, *The common law*, del 1881, e che raggiunge una formulazione classica solo con il libro di Williston *On contracts* del 1920. Gilmore sottolinea che le corti di *common law* risolsero i litigi in materia contrattuale nel corso di tutti i secoli precedenti senza il supporto di nulla che potesse essere chiamato teoria generale del contratto⁹⁷.

II.3.3. I limiti della genealogia tradizionale della teoria del contratto

L'analisi socioeconomica tradizionale delle origini del capitalismo ha preferito le fonti di stampo protestante. È nota l'ipotesi di Max Weber⁹⁸ che vincola l'etica protestante, l'ascetismo intra-mondano del lavoro e delle professioni, consapevolmente e religiosamente fondati, con l'origine dello spirito del capitalismo. Se dovessimo trasferire questa idea dalla storia dell'economia alla storia del diritto, dedurremmo facilmente che l'origine della teoria dell'autonomia della volontà, nella misura in cui rappresenta la traduzione del liberalismo capitalista, dovrebbe essere ritrovata fondamentalmente negli autori protestanti e non nelle file dei trattatisti cattolici.

In effetti, molti storici hanno visto nel cattolicesimo un freno allo sviluppo del capitalismo, e, di conseguenza, hanno spiegato il declino economico dell'impero spagnolo rispetto ai paesi del Nord Europa. Precisamente, secondo Feenstra, la tradizione scientifica di matrice protestante ha contribuito ad emarginare il pensiero cattolico sull'economia ed il diritto privato facente capo alla scuola spagnola del XVI secolo⁹⁹; Hans Thieme giunge ad affermare che le citazioni di autori cattolici della c.d. Scuola di Salamanca, presenti nell'opera originale di Grotius, furono eliminate dalle edizioni successive¹⁰⁰.

Tuttavia, storici dell'economia del calibro di Sombart, hanno rilevato come l'importanza della dottrina cattolica nello sviluppo della borghesia non sia affatto trascurabile. Ciò si spiega secondo Sombart, per l'importanza della ragione nella filosofia morale cattolica secondo l'insegnamento di San Tommaso d'Aquino. Si tratta dell'idea per cui i poteri dell'anima devono sottomettersi all'imperio della ragione, il che risulta congruente con lo spirito del capitalismo e – specialmente in certi luoghi, come nel centro

⁹⁷ Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, cit., 5, 6 e nota 2.

⁹⁸ Cfr. M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, 2012.

⁹⁹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 205.

¹⁰⁰ Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous, les juristes, devons a la seconde scolastique espagnole?*, in P. GROSSI (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio*, Milano, 1973, 9.

del penisola italiana – ha generato focolai di un suo intenso sviluppo¹⁰¹.

Da parte sua, H.M. Robertson sostenne che i gesuiti favorirono lo spirito d'impresa, la libertà di speculare e l'espansione del commercio come beneficio sociale, aggiungendo che non è difficile giungere alla conclusione per cui la religione che ha favorito lo spirito del capitalismo è stata quella gesuita e non quella calvinista¹⁰².

Considerando la forte discussione tra giansenisti e gesuiti di cui le *Lettere Provinciali* di Pascal forniscono un resoconto, confermiamo che ogni posizione contiene parte della verità, e che l'intolleranza e l'opposizione radicale possono essere spiegati solo in base a considerazioni sottostanti ad interessi politici o economici. Ma ciò che non può essere negato è l'enorme collezione di trattati accumulata dagli autori della Scuola di Salamanca, molti di essi risalenti ad un periodo precedente a Grotius, Pufendorf, Domat e, naturalmente, Pothier, che partendo dall'idea consensualista, sono giunti a formulare un discorso sul contratto in generale. È su di essi che focalizzeremo l'analisi.

II.3.4. *Pluralità di versanti della teoria generale del contratto*

Rescigno sostiene che il passaggio alla concezione moderna del contratto, riflessa nella definizione del Codice civile italiano vigente (articolo 1321) che lo concepisce come «accordo di due o più parti», si è svolto lentamente, sotto l'influenza di fattori localizzabili in tempi diversi e provenienti da radici culturali differenti. Tra queste tradizioni, Rescigno menziona: (i) la dottrina del diritto canonico che esprimeva il principio – morale, prima che giuridico – della necessaria fedeltà ai patti; (ii) la concezione delle scuole di diritto naturale e in seguito l'esaltazione illuminista della ragione, entrambe portate a riconoscere il primato della libertà individuale e l'idoneità della volontà a costituire vincoli personali, a volte sottolineando l'analogia tra la forza del contratto privato e il fondamento dell'organizzazione della *civitas* nel "contratto sociale"; e (iii) l'evoluzione del diritto commerciale e quindi la crescente esigenza, nella classe dei mercanti, di modi rapidi e semplici, privi di formalità, per instaurare e sviluppare relazioni¹⁰³.

La stessa idea è espressa da Díez Picazo e Gullón. Tali autori spagnoli segnalano che l'apertura totale verso la concezione moderna del contratto si verifica quando la volontà umana è considerata come asse portante dell'obbligazione; se qualcuno è obbligato, è perché ha voluto obbligarsi. E

¹⁰¹ Cfr. W. SOMBART, *El burgués*, Buenos Aires, 1953, 227-240.

¹⁰² Cfr. H.M. ROBERTSON, *Aspects of the rise of economic individualism: a criticism of Max Weber and his school*, citato in A. CHAFUEN, *Economía y ética*, Madrid, 1991, 32.

¹⁰³ Cfr. P. RESCIGNO, *Premessa*, in *Trattato dei contratti*, I, cit., XXIX. Nello stesso senso, I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones*, cit., 237.

questo accade a causa dell'influenza di molteplici fattori, tra cui meritano di esserne segnalati tre, come più significativi. In primo luogo, la dottrina dei canonisti, che probabilmente, per una serie di motivi religiosi – la condanna del peccato, della menzogna – affermano il dovere di fedeltà alla parola data e, di conseguenza, il dovere di osservare i patti.

In secondo luogo, le esigenze pratiche del traffico commerciale, contrario alla tipizzazione contrattuale romana e alle sue inutili formalità, che portarono al suo declino, e favorevole al principio per cui solo il consenso obbliga, che fu sancito nel diritto spagnolo, nel 1348, nella legge unica del titolo XVI dell'Ordinamento di Alcalá.

Ma la più forte corrente di pensiero che Díez Picazo e Gullón considerano operante in questa materia è la scuola di diritto naturale razionalista e le idee dell'illuminismo, che concepisce l'uomo come essere libero, non soggetto per sua natura ad una volontà diversa dalla propria. È il primato dell'individualismo giuridico, che concepisce la società come costituita da individui le cui relazioni devono avere una base volontaria o, in altre parole, essere basate su accordi o patti ¹⁰⁴.

Da parte sua, Fernández de Buján ritiene che la configurazione e la definizione della categoria del contratto sia il risultato di un'elaborazione lenta e progressiva della scienza giuridica, che, con il supporto delle fonti romane, la sviluppò in tempi e scuole diverse, tra cui menziona le formulazioni della dottrina canonistica medievale circa il dovere di rispetto e fedeltà alla parola data; il volontarismo giuridico difeso dal pensiero della tarda Scolastica, rivolto alla protezione di interessi e bisogni del traffico giuridico, e le formulazioni dogmatiche della scuola di diritto naturale come conseguenza della sua esaltazione della libertà dell'individuo e il primato della libertà umana come modo di ordinare la propria vita nelle relazioni con il prossimo ¹⁰⁵.

Anche Galgano concorda sul fatto che i fattori che determinarono l'affermarsi del principio consensualistico si produssero progressivamente, a partire dal Medioevo, nel campo degli usi commerciali, nella c.d. *lex mercatoria*, per far fronte alle esigenze di sviluppo del traffico e della celerità della contrattazione ¹⁰⁶. Unitamente alla necessità dell'equilibrio, si sviluppa un'etica della sicurezza della contrattazione ¹⁰⁷.

Tuttavia, Galgano richiama l'attenzione sul fatto che le indicazioni sulle fonti dell'idea di contratto contenute nelle opere di Domat e Pothier sono necessariamente incomplete e nessuna di loro segue un itinerario preciso mediante il quale si giunga all'idea di *convention*, fornita da Domat e

¹⁰⁴ Cfr. L. DÍEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., 30.

¹⁰⁵ Cfr. F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, cit., 114.

¹⁰⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 3.

¹⁰⁷ Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 35.

Pothier e trasfusa nel codice napoleonico (o di accordo, secondo l'espressione impiegata dal legislatore italiano, sia nel codice post-unitario, nell'articolo 1098, sia nell'attuale codice del 1942, nell'articolo 1321)¹⁰⁸.

Ciò risulta con evidenza se si tiene conto che, a differenza degli autori della Seconda Scolastica, né Domat né Pothier erano prodighi nell'indicare le fonti.

Peraltro, focalizzando l'attenzione sul processo mediante il quale, a partire da un diritto basato sulla disciplina e teoria dei contratti tipici, nasce un diritto fondato sul contratto in generale, e tentando di ottenere informazioni su tale processo, Messineo conclude che gli storici del diritto non sono stati prodighi nei risultati¹⁰⁹.

Afferma che siamo giunti a conoscere il punto di partenza e il punto di arrivo di questa evoluzione, che è di contenuto strutturale e che fu presumibilmente parallela a quella relativa all'efficacia del contratto e degli elementi che lo costituiscono; ma ammette che non sappiamo come e perché, a un certo momento, in Domat e in Pothier, i cc.dd. progenitori del Codice civile francese, appaiono inaspettatamente regole che si riferiscono ad elementi costanti e comuni a tutti i contratti, di modo che, unitamente alle varie figure di contratti speciali, e logicamente prima di essi, appare e acquisisce diritto di cittadinanza la figura del contratto come categoria generale, il contratto per eccellenza, facendo così astrazione di tutto il contenuto.

II.3.5. *L'interrogativo sulla possibilità di una diversa genealogia*

In maniera analoga agli autori anteriormente citati, Messineo afferma che il concetto generale di contratto si evolve nel diritto intermedio verso il significato moderno del termine, partendo dalla concezione soggettivista del diritto giustiniano, sebbene all'epoca ancora incerta, grazie all'influenza di tre fattori. Da un lato, la predicazione dei canonisti, che sostengono anche nel limitato ambito del diritto canonico e per ragioni etico-religiose (ove si osserva il parallelismo tra il contratto e il suo adempimento, la virtù e il peccato), la piena validità del "nudo patto" con piena indipendenza dell'osservanza di forme, fondato sulla vigenza della *fides* e del rispetto alla parola data (*pacta sunt servanda*). Messineo sottolinea che questa rappresenta una prima reazione contro l'antico formalismo¹¹⁰.

D'altra parte, afferma che si può verificare l'influenza dei commercianti, che sostengono il principio consensualistico allo scopo di liberare il

¹⁰⁸ Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 3.

¹⁰⁹ Cfr. F. MESSINEO, voce "Contratto", cit., 785 ss.

¹¹⁰ *Ivi*, 785, con citazione di P. FEDELE, *L'influenza del diritto canonico sulla dottrina dei contratti*, in *Annali Macerata*, 1937, 115 ss.

traffico commerciale dagli ostacoli imposti dalle solennità del diritto antico.

Per altro verso, cita la dottrina del diritto naturale, che si rafforza nei secoli XVI e XVII, nel periodo dell'Illuminismo, e che proclama la libertà dell'individuo e l'autonomia della volontà, come una giustificazione necessaria, ma anche sufficiente della forza giuridica dell'obbligazione¹¹¹.

Messineo sottolinea che risulta evidente che la figura del contratto in generale emerge con chiarezza negli scritti di Domat e Pothier, ma si lamenta del fatto che gli storici non spiegano la figura del contratto come paradigma, che appare in Domat e Pothier come un'irruzione imprevista, così da far pensare che tale figura costituisce, nell'opera dei due ricordati giuristi francesi, uno sviluppo dogmatico e normativo originale, certamente di portata molto ampia, di cui possiamo verificare la propagazione a innumerevoli Codici civili moderni per tutto il XIX secolo. Dunque, la figura del contratto come categoria generale offrirà il punto di partenza da cui la pandettistica tedesca del secolo XIX elaborerà, andando oltre nello stesso procedimento di astrazione, la figura del negozio giuridico, in cui il contratto è inserito come figura logicamente subordinata¹¹².

Messineo ritiene che sia legittimo pensare che quel risultato sia stato l'effetto di un procedimento di astrazione; ma confessa di non conoscere nessuno che spieghi per quali ragioni o occasioni o precedenti, ciò sia stato possibile.

Alla luce delle affermazioni di Messineo, che risalgono a metà del XX secolo (l'edizione dell'Enciclopedia del diritto che utilizziamo, nell'ambito della quale a Messineo è stata assegnata la voce "contratto", è del 1961), risultano pienamente giustificati un tentativo di ricerca e uno sguardo alternativo alle fonti della teoria generale del contratto immediatamente precedenti a Domat e Pothier.

L'ipotesi di lavoro, volta a prendere in considerazione l'insegnamento della Scuola di Salamanca e la tradizione dei gesuiti, e in particolare, il suo ramo ispano-americano e l'opera di Pedro de Oñate, può essere una risposta a quella domanda scientifica irrisolta che formula Messineo. Potrebbe essere utile ampliare l'orizzonte intellettuale volgendo lo sguardo alla dottrina più accreditata da almeno cinquant'anni.

È il riferimento alla Scuola di Salamanca e in particolare alla tradizione gesuita nell'ambito della teoria del contratto, ciò che, a nostro avviso, fornisce la veste teorica sufficiente alla configurazione della teoria generale del contratto, basata sul principio della libertà umana. È lì ove – per usare le parole di Messineo – è possibile collocare le condizioni che resero possibile la nascita della teoria generale del contratto. Su questa linea verranno studiati gli antecedenti della Seconda Scolastica, e si farà riferimento alle ope-

¹¹¹ Cfr. F. MESSINEO, voce "Contratto", cit., 785.

¹¹² *Ivi*, 786.

re di Luis de Molina¹¹³ e di Leonardo Lessio. Successivamente, il nucleo dell'analisi sarà incentrato sull'opera di Pedro de Oñate – che riprende la tradizione della scolastica sulla giustizia contrattuale, ma non la pone in termini di equilibrio oggettivo delle prestazioni contrattuali, ma giustamente in termini di rispetto della volontà privata e del principio di stabilità dei traffici (*pacta sunt servanda*) – il quale interviene come una cerniera tra la visione scolastica e la visione liberale del contratto.

L'opera di Pedro de Oñate sul contratto in generale, che senza dubbio contiene una completa teoria generale del contratto, costituisce una testimonianza risalente a un periodo precedente a Domat e Pothier. Quando fu pubblicata l'opera di Pedro de Oñate, nel 1646, Domat aveva solo 21 anni e Pothier non era ancora nato. Sebbene le relazioni degli scritti di Oñate con i padri del codice francese non siano state oggetto di dimostrazione, l'opera costituisce chiaramente un'elaborazione che presenta chiare radici dottrinali in Molina, Lessio e gli altri esponenti della tradizione gesuita.

II.4. *Una genealogia diversa. La tradizione dei gesuiti della Seconda Scolastica*

II.4.1. *La scoperta di una diversa genealogia*

Si è sempre affermato che l'origine della teoria del contratto si trova nei ragionamenti sviluppati dai teorici del diritto naturale del Nord Europa e in particolare da Hugo Grotius e Samuel Pufendorf. Il capitolo della Seconda Scolastica rimane nella penombra alla generalità delle storie del diritto privato.

Senza negare l'importanza del lavoro di Grotius e Pufendorf, si sono venute accumulando molte testimonianze di ricercatori nel senso – del resto ovvio – che questi autori non partono dal nulla, ma attingono alla precedente tradizione scolastica, e si è rilevato come tali autori siano stati notevolmente influenzati dagli sviluppi della Scuola di Salamanca e, ancor più in particolare, dagli autori gesuiti che li hanno immediatamente preceduti nel tempo: Luis de Molina e Leonardo Lessio. Secondo Gordley, la scuola di diritto naturale, anche se si pone in contrasto con le autorità ecclesiastiche dell'epoca, in definitiva, è ancora basata sulla visione del mondo aristotelica-tomista più di ogni altra disciplina, con la particolarità

¹¹³ L'influenza di Luis de Molina negli scritti di Grotius viene chiaramente evidenziata in A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general*, cit. Da parte sua, Arnaud indica come fonti di Grotius vari esponenti della Scuola di Salamanca: Vitoria, Covarrubias, Gabriel Vázquez, Ayala, Suárez e Fernando Vázquez. Cfr. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales*, cit., 11.

che affronta temi ormai scomparsi dalla cronaca, il che è fonte di contraddizioni nella teoria attuale¹¹⁴.

Tra le linee genealogiche dell'attuale dottrina generale del contratto, un esame panoramico mostra l'esistenza di una ricca tradizione di studi sul contratto che partecipa di una fase del pensiero denominata Seconda Scolastica.

In effetti, con indipendenza dalla linea genetica che risale al giusnaturalismo razionalista di stampo protestante fino a Grotius, o di altre, la nostra tesi, come abbiamo segnalato all'inizio, si propone di dimostrare in maniera precisa che esiste una linea genetica secondo cui la teoria generale del contratto è un prodotto dell'Età moderna che parte dalla metodologia aristotelico-tomista, trova un inizio nella Scolastica di San Tommaso, si nutre del ricco processo di apertura umanista del XVI e XVII secolo e ha il suo compimento con la Seconda o Tarda Scolastica spagnola, mediante la formulazione degli autori della Scuola di Salamanca e specialmente dei gesuiti secondo la loro particolare spiritualità e visione dell'uomo e del mondo.

La storiografia comincia a riconoscere questa corrente e a darle la rilevanza che merita. Nella sua opera pubblicata nel 1957, lo storico tedesco Franz Wieacker ha sostenuto che il diritto naturale razionalista tedesco non può essere compreso senza conoscere i suoi fondamenti in Olanda e, a sua volta, tali capisaldi non possono essere spiegati senza i giuristi spagnoli della fine del XVI secolo¹¹⁵; e nel 1967, riconobbe nuovamente il ruolo fondamentale della Seconda Scolastica nella seconda edizione della sua *Storia del diritto privato dell'età Moderna*¹¹⁶. Nel 1972, Robert Feenstra fece lo stesso per quanto riguarda l'ingiustificato arricchimento¹¹⁷. Nel 1973, Paolo Grossi organizzò un convegno a Firenze in occasione del quale Hans Thieme affermò che ci sono momenti nella storia del diritto in cui certi meriti non sono riconosciuti, e questo è il caso della Seconda Scolastica¹¹⁸. Nello stesso convegno, Michel Villey affermò che esiste un consenso generale sul fatto che la Scuola di diritto naturale sia in debito con la Seconda Scolastica spagnola¹¹⁹.

Nella stessa direzione, nel 1979, Paolo Cappellini scrisse sull'importan-

¹¹⁴ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 6.

¹¹⁵ Cfr. F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la edad moderna*, Madrid, 1957, 6.

¹¹⁶ Cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 266, 270-1, 291, 293-7.

¹¹⁷ Cfr. R. FEENSTRA, *L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause*, in P. GROSSI (a cura di), *La seconda scolastica*, cit., 377.

¹¹⁸ Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous*, cit., 7 ss.

¹¹⁹ Cfr. M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, in P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica*, cit., 68.

za delle opere dei gesuiti nella formazione di una teoria generale del contratto¹²⁰. Nel 1988, Birocchi¹²¹ commentando il lavoro di Nanz sulle origini del concetto generale di contratto, fa riferimento a Molina e Lessio¹²².

Non risulta, dunque, arbitrario identificare gli autori della tradizione gesuita come una parte fondamentale di un sistema dottrinale che, pur avendo sperimentato mutazioni importanti, continua ad essere vigente.

È chiaro, infine, che su questo processo ha inciso la scoperta dell'America, con la conseguenza, non solo dell'incorporazione delle abbondanti risorse prodotte in quel continente nelle dinamiche dei mercati europei, ma della rivoluzione derivata dall'apparizione di un intero continente (e il continente, naturalmente, implica il contenuto) che non era previsto nella concezione del mondo degli europei.

La funzione chiave che spettò alla Spagna in quel processo rende totalmente ragionevole l'affermazione per cui gli interpreti spagnoli hanno avuto un ruolo fondamentale nella costruzione di questo concetto generale di contratto, dal momento che furono coloro che sperimentarono più da vicino e tentarono di interpretare razionalmente le questioni sorte dall'emergere di un nuovo Mondo con il quale proliferarono (tra le altre cose) le relazioni commerciali.

Secondo Birocchi, è nel secolo XVI che nasce il problema del contratto come paradigma nell'ambito di tutto il diritto continentale europeo, che presenta come elementi comuni la diffusa esigenza di uno spazio per la libertà contrattuale al fine di favorire la circolazione dei beni e l'articolazione degli affari¹²³. Si comprende come la categoria della libertà abbia assunto un ruolo fondamentale e l'approfondita esperienza e riflessione dei gesuiti sulla libertà li collocarono probabilmente in una posizione privilegiata per concepire il contratto, come lo farebbe il mondo moderno, generando una riflessione su di esso che assumerebbe il rango di teoria generale del contratto.

In questo quadro, alla fine del XVI secolo e fondamentalmente all'inizio del XVII secolo – quindi, prima di Domat – esistono molteplici contributi di interpreti ispanici e americani alla teoria generale del contratto, che progressivamente superarono i trattati fino a quel momento pubblicati (i quali, come crediamo di aver dimostrato, hanno sofferto la mancanza di una teoria sviluppata del contratto in generale).

Una caratteristica particolare di questi studi – che iniziano a sollevare

¹²⁰ Cfr. P. CAPPELLINI, *Schemi contrattuali e cultura teologico-giuridica nella seconda scolastica, verso una teoria generale*, Thesis, Università di Firenze, 1978/79; ID., *Sulla formazione del moderno concetto di "dottrina generale del diritto"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 10, 1981, 323 ss.

¹²¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, 1988.

¹²² Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 6.

¹²³ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 26.

timidamente il problema del contratto in generale, per culminare in un'opera come quella di Pedro de Oñate, che sviluppò ampiamente il tema – è che non si collocano in un ambito spaziale esclusivamente europeo, includendo anche la riflessione di autori legati alle istituzioni accademiche del Nuovo Mondo. Si tratta, quindi, come intuì Marzal¹²⁴, di una scuola di pensiero che ha origine in Spagna, ma che matura in America, il che conferisce un carattere particolare allo studio della stessa.

D'altra parte – è vero – non si tratta di opere esclusive dei gesuiti; ma nelle opere degli autori della Compagnia di Gesù abbiamo trovato il materiale più significativo.

In questo modo, la scelta dell'opera di Pedro de Oñate, un gesuita che sviluppa la sua attività accademica nel Nuovo Mondo, è corretta non solo per la bontà intrinseca dell'opera, bensì per il fatto di rappresentare una corrente caratterizzata da una linea di pensiero che risulta essere determinante nella formazione della teoria generale del contratto.

II.4.2. *Aspetti generali della Seconda Scolastica e della Scuola di Salamanca*

In generale, la storiografia intende per Seconda Scolastica l'importante movimento di rinnovamento culturale che si verifica nei secoli XVI e XVII¹²⁵.

Risulta, invece, più difficile definire con precisione il sintagma "Scuola di Salamanca". In effetti, un primo problema che non possiamo approfondire ma che risulta essenziale sottolineare è che non tutti gli storici sono d'accordo su cosa dovrebbe intendersi per Scuola di Salamanca. Forse non stiamo parlando di un orientamento dottrinale univoco, ma di varie correnti ben differenziate tra loro.

Gli storici dell'economia¹²⁶ la riferiscono in particolare a Francisco de Vitoria (1492-1546), ai suoi colleghi e discepoli, sia nel campo dell'economia che nelle altre discipline a cui dedicarono ampiamente i loro sforzi.

Tra i contemporanei di Vitoria, ricordiamo Domingo de Soto (1494-1560) e Martín de Azpilcueta (1492-1586); il loro lavoro fu ripreso dal discepolo di quest'ultimo, Diego de Covarrubias (1512-1577), e anche dai gesuiti, tra i quali vi sono Luis de Molina (1535-1600), Francisco Suarez (1548-1617) e Juan de Lugo (1583-1600). Il nome di Luis de Molina è as-

¹²⁴ Cfr. A. MARZAL FUENTES, *El orden internacional público en la reflexión jurídica de Vitoria*, in *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (3), 2004, 117-146, nota 2. Tratto da dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3703843.

¹²⁵ Cfr. P. GROSSI (a cura di), *La seconda scolastica*, cit., 1.

¹²⁶ Cfr. M. GRICE-HUTCHINSON, *Early economic thought in Spain, 1177-1740*; R. DE ROOVER, *Economic thought, ancient and medieval thought*, citati in A. CHAFUEN, *Economía y ética*, cit., 30.

sociato a quello del domenicano Domingo Báñez (1528-1604), dato che tra loro vi fu un dibattito teologico che scosse la chiesa del XVI secolo, chiamato *polemica de auxiliis*, non esente da influenze sulla questione della teoria generale del contratto, come sarà spiegato più avanti¹²⁷. In questo gruppo si includono i professori dell'Università di Valencia che furono attivi nella decade del 1570: Bartolomé de Albornoz, Francisco García e Miguel Salón¹²⁸.

A quest'elenco, Popescu propone di aggiungere i nomi di molti autori che scrivono dalle cattedre delle neonate università americane: Bartolomé de las Casas, Tomás de Mercado e Bartolomé de Albornoz o Frías de Albornoz, che viaggiarono fino alla Nuova Spagna (quest'ultimo è conosciuto come il "padre dei giureconsulti messicani"), Luis o Ludovicus López, Juan de Matienzo, Pedro de Oñate e Domingo Muriel, chiamato anche Ciriaco Morelli¹²⁹.

Insieme a grandi canonisti come Martín de Azpilcueta, noto come "il dottor navarrese", e lo stesso Diego de Covarrubias, conosciuto come "il Bartolo spagnolo", troviamo i commentatori di formazione romanistica come Gregorio López e Antonio Gómez; giusnaturalisti sui generis come Fernando Vázquez; autori – laici o ecclesiastici – di trattati sui contratti commerciali che hanno vissuto direttamente l'esperienza del commercio tra la Spagna e le Indie (Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz, Francisco García, Ludovicus López); e con proposte teologiche, a partire dagli insegnamenti di Francisco de Vitoria, sui problemi che ha comportato la scoperta di territori, risorse economiche e culture nelle Indie, come Bartolomé de las Casas.

Secondo Birocchi, questi approcci sono orientati in due grandi direzioni: la questione delle relazioni politiche, con l'elaborazione di nuove teorie politiche e la questione dell'individuo rispetto alla sua libertà personale, proprietà e regolamentazione degli scambi commerciali¹³⁰.

Gli autori della Seconda Scolastica agiscono in un complesso contesto politico, sociale, economico e religioso; tuttavia, è generalmente accettato che una caratteristica del movimento sia il ritorno al tomismo (posto in discussione dal nominalismo di Ockham e Scoto), visto come un atteggiamento necessitato. I suoi autori erano contrari al nominalismo in filosofia, al protestantesimo in religione e all'assolutismo in politica. Il luteranesimo e il calvinismo proclamavano l'impossibilità per l'uomo di fare qualcosa di buono. Il tomismo, al contrario, faceva affidamento sulla ragione naturale.

Un altro problema che tormentava gli autori dell'epoca era la questione

¹²⁷ Cfr. *infra*, II.8.4.

¹²⁸ Cfr. M. GRICE-HUTCHINSON, *The school of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory, 1544-1605*, Oxford, 1952, 27.

¹²⁹ Cfr. O. POPESCU, *Latin american scholastics*, cit., 564 e 565.

¹³⁰ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 206.

degli *universali*. Birocchi riassume così la questione: mentre i realisti (o *antiqui*) sostenevano che i concetti universali (ad esempio, l'*uomo*, inteso come essenza e forma della specie umana) erano provvisti di sostanza propria e partecipavano della realtà fisica, i nominalisti (o moderni, nel XIV secolo identificati con i seguaci di Ockam) consideravano le idee generali prive di sostanza e piuttosto un mero nome, posto che l'unica cosa esistente in natura erano gli individui. Gli autori della scuola di Salamanca affermano il superamento dell'antinomia tra la *via antiqua* realistica e *via moderna* nominalista¹³¹.

Il contributo delle opere di questi autori è stato importante in relazione alla scienza economica; la circostanza dell'ingresso in Spagna di ingenti quantità di metalli preziosi dal Nuovo Mondo, e l'apertura di questo gigantesco nuovo mercato che coinvolse il processo di colonizzazione, determinò, per la Spagna peninsulare, significative conseguenze economiche e monetarie, a fronte delle quali gli accademici spagnoli, molti dei quali erano titolari di talune delle settanta cattedre della potente Università di Salamanca, faticarono a trovare spiegazioni. Agli accademici di Salamanca non sfuggì che l'abbondanza o la carenza di denaro (*copia & inopia pecuniam*) e l'abbondanza o scarsità della merce (*copia & inopia mercem*) determinavano variazioni nei prezzi e che erano rinvenibili regolarità negli equilibri e squilibri macroeconomici.

Gli storici dell'economia segnalano che può essere attribuita alla Scuola di Salamanca l'invenzione della teoria quantitativa del denaro, così come la teoria della parità del potere d'acquisto della moneta, che successivamente guidarono gli sviluppi della scienza economica classica¹³².

Ebbene, i caratteri della Scuola di Salamanca eccedono chiaramente il campo dell'economia, includendo un'importante produzione in relazione alle tematiche della giustizia e del diritto e, in particolare, a quella dei contratti. Tuttavia, nonostante l'importanza quantitativa e qualitativa che caratterizzò questi lavori, non esiste una significativa bibliografia riferita al pensiero degli autori di questa scuola in relazione ai contratti¹³³.

Riteniamo che nella Scuola di Salamanca, così definita, anche considerando le diversità negli studi e un'evoluzione nelle concezioni – d'altra parte logica se consideriamo che Francisco de Vitoria è nato nel 1492, e Ciriaco Morelli, ultimo esponente della scuola che prenderemo in considerazione,

¹³¹ *Ivi*, 208.

¹³² Cfr. M. GRICE-HUTCHINSON, *The school of Salamanca*, cit., XII e specialmente 51 ss.

¹³³ Il punto viene trattato in J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit.; anche in F. WIEACKER, *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, in P. GROSSI (a cura di), *La seconda scolastica*, cit. Parimenti citato da I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 203 ss. e P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di "dottrina generale del diritto"*, cit., 323 ss.

muore nel 1795, il che implica un periodo di quasi tre secoli¹³⁴ –, si trova un bagaglio di informazioni sulla teoria generale del contratto di tale entità che non può essere ignorato da una visione storica che voglia comprendere un panorama integrale della materia.

Anche se è attribuito a Francisco de Vitoria (autore della famosa *Relectio de indis recenter inventis*) e ai suoi discepoli Domingo de Soto e Diego de Covarrubias l'essere stati i fondatori della Scuola di Salamanca, che era impegnata nel combinare la filosofia aristotelica-tomista con i materiali del diritto romano, secondo Gordley, il lavoro iniziato da questi domenicani culminò nel lavoro di Luis de Molina (1535-1600) e Leonardo Lessio (1554-1623), che riorganizzarono dettagliatamente il diritto romano in tutta la sua estensione e complessità, analizzandolo alla luce del concetto aristotelico-tomista della virtù della giustizia.

La tesi a mio giudizio centrale, che Gordley si propone di dimostrare nella sua opera *The philosophical origins of the modern contract doctrine*, sta nel fatto che l'origine della moderna dottrina delle istituzioni fondamentali come la proprietà, il contratto e la responsabilità extracontrattuale ha luogo nel XVI e XVII secolo, quando un gruppo relativamente piccolo di teologi e giuristi con base in Spagna si propose di riconciliare i testi romani con la tradizione greco-aristotelica, la teologia e la filosofia morale di San Tommaso d'Aquino.

Gordley sostiene che l'opera dei gesuiti, anche se si inserisce nel più ampio contesto della Scolastica e specialmente della Seconda Scolastica, rappresenta un tale grado di perfezione e complessità che può essere qualificata niente di più e niente di meno che come tappa classica, di modo che i concetti fondamentali e le dottrine di diritto privato, che ci risultano familiari, costituiscono una semplificazione o volgarizzazione della sintesi che i gesuiti giunsero a formulare. Il valore specifico degli autori gesuiti nella materia consiste nel fatto che rappresentarono, nel momento culminante, la perfezione classica di questa visione aristotelico-tomistica del contratto, realizzando una completa unione del rigore della filosofia aristotelica, della morale cristiana, e del tecnicismo della diritto romano, formulato nel Corpus Iuris Civilis e continuato con la glossa e la post-glossa.

La Seconda Scolastica si basa sulla Prima. San Tommaso riesce, nel XIII secolo, ad elaborare una sintesi tra aristotelismo e tradizione cristiana. Nello stesso periodo, venivano "riscoperti" il Corpus Iuris Civilis di Giustiniano e in particolare il Digesto, coincidendo con l'inizio dell'insegnamento universitario del diritto a Pavia e Bologna, che costituisce la continuazione della Scuola Palatina di Aquisgrana (origine dell'Università di Montpellier, una delle più antiche d'Europa). Tuttavia, secondo Gordley, una vera sintesi non fu raggiunta se non alla fine del Medioevo, secoli XVI

¹³⁴ G. FURLONG-S.J. CARDIFF, *Domingo Muriel*, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 1934, 19.

e XVII, quando i giuristi teologici approdaronο a un grado di perfezione che raggiunse le caratteristiche del classicismo. Il risultato del loro lavoro fu una teoria aristotelico-tomista nella concezione e romanistica nel dettaglio. In altri termini, fornirono al materiale romano gran parte del carattere sistematico di cui era privo. Per Gordley, nelle opere di Molina e Lessio, la sintesi divenne così completa che entrambe possono essere considerate come trattati di filosofia aristotelico-tomista applicata al diritto romano, o come trattati di diritto romano organizzati secondo i principi aristotelico-tomisti.

Ci sono prove del fatto che le dottrine della Scuola di Salamanca furono riprese nel XVII e XVIII secolo dai cc.dd. giuristi di diritto naturale: Grotius, Pufendorf e Barbeyrac, Domat e Pothier. A loro volta, Domat e soprattutto Pothier furono la fonte diretta del codice di Napoleone. A partire da quel momento, i francesi della scuola dell'esegesi non fecero altro che cercare di interpretare il codice. Da parte loro, i giuristi tedeschi, basandosi sulle dottrine del secolo precedente, crearono nel XIX un sistema elaborato che servì come base per il BGB del 1900.

Invece di trovare il senso del diritto contrattuale moderno ricorrendo alla filosofia morale kantiana o utilitaristica¹³⁵, ci viene suggerito di rivedere la teoria moderna del contratto nella sua struttura originale aristotelico-tomista, posto che, privato di ciò che si crede essere il suo contesto filosofico morale originale, l'attuale diritto contrattuale non può che affogare e morire¹³⁶.

In definitiva, Gordley sostiene che il diritto patrimoniale occidentale è basato sul diritto romano sistematizzato nelle pandette, versato nello stampo della concezione aristotelico-tomista. Questa matrice è universale e ha quindi la virtù di consentire un dialogo tra i grandi sistemi giuridici dell'Occidente: la *common law* e la *civil law*.

Da quando la concezione aristotelico-tomista è entrata in crisi, è passata molta acqua sotto i ponti. È forse giunto il momento di cercare una nuova sintesi che tenga conto non di una sola tappa dell'evoluzione delle istituzioni giuridiche, ma che ne cerchi le radici per proporre una critica che soddisfi i bisogni del tempo presente, in cui osserviamo intuitivamente che la questione della giustizia e dell'ingiustizia assume un significato superiore, e non ci sentiamo intellettualmente preparati per organizzare un quadro concettuale che funga da supporto alle controversie ed ai conflitti attuali.

Risulta condivisibile l'affermazione secondo cui alla fine del XIX secolo, la teoria dell'autonomia della volontà è entrata in crisi e, sebbene la produzione dottrinale sia stata molto feconda, non sembra che sia stata

¹³⁵ Cfr. C. FRIED, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford, 2015, 17.

¹³⁶ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 230-248.

elaborata una nuova sintesi valida. Evidentemente, oggi non pretendiamo di stabilire un concetto esatto e universalmente vero di giustizia contrattuale. La verità non può essere imposta da una formula autoritaria. Ma questo non può impedire alla scienza di avanzare verso una conoscenza – almeno relativa – dei valori trascendenti. Duemilacinquecento anni di riflessione filosofica ed etica devono fornire un servizio per risolvere – anche in maniera relativa e limitata – la questione dell'equilibrio tra libertà e giustizia.

Tuttavia, l'aspetto che ci interessa focalizzare è se le opere dei gesuiti della Seconda Scolastica, oltre alla sintesi, rappresentarono una rottura con la tradizione scolastica.

La tesi che sosteniamo va piuttosto nella direzione che, più che rappresentare un momento di sintesi e perfezione classica della scolastica, come propone Gordley, le opere della Seconda Scolastica, e in particolare, l'emblematico lavoro di Oñate, costituiscono un momento di rottura che prefigura i tempi a venire, e ciò spiega la ragione per cui il lavoro dei gesuiti possa servire da ossatura della teoria generale del contratto. La proposta di uno studio speciale e approfondito dell'opera di Oñate permetterà di vedere come in essa si propone il recupero della tradizione scolastica, ma alla luce dell'umanesimo rinascimentale che – a differenza dell'idea tradizionale – pone la soggettività umana al centro della scena antropologica e soprattutto giuridica, teorizzando il libero consenso come elemento essenziale del contratto e costruendo, attorno ad esso, una reale teoria generale del contratto.

Negli ultimi tempi, molti accademici hanno provato a dissotterrare tesori nascosti di esperienze storiche riguardo il diritto contrattuale, al fine di stabilire i fondamenti di una teoria generale del contratto rinnovata e rinforzata. In particolare, è stato assegnato all'esperienza della Seconda Scolastica il merito di essere stata allo stesso tempo la culla e il futuro della teoria del contratto, sia nella *Civil Law* che nella *Common Law*¹³⁷.

Questi autori generalmente sono affascinati dal trattamento intellettuale e pratico del diritto contrattuale da parte degli autori della Seconda Scolastica, e in particolare dei gesuiti, così vasto, esteso e stimolante. Si tratta di un sistema che fu contemporaneo, ma anche alternativo all'umanesimo giuridico, l'*Usus modernus pandectarum*, e il diritto naturale protestante, che mira ad adattare il pensiero giuridico tradizionale alle sfide dell'Età Moderna, combinando una solida conoscenza del diritto romano e canonico, con tradizioni filosofiche e usi¹³⁸.

Nel quarto capitolo della sua opera sulla categoria generale di contratto, Birocchi fa riferimento alle scuole iberiche di teologia e diritto, e afferma

¹³⁷ Cfr. J. GORDLEY, *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford, 2006; W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 77 (2009), 423-458.

¹³⁸ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 424.

che gli studi degli accademici spagnoli del *Siglo de oro* ebbe una straordinaria fortuna editoriale, di portata europea. Le opere di Molina sono citate in Germania; da parte sua, Grotius riconosce ispirazione in Fernando Vázquez e vi sono opinioni che collegano Althusio alla dottrina della Scuola di Salamanca¹³⁹. Recentemente il fenomeno è stato ripreso da ricercatori tedeschi e olandesi (Thieme, Reibstein, Feenstra) e italiani (Paolo Grossi).

La spiegazione sta, forse, nella ricchezza e nel potere della monarchia di Carlo V e Filippo II, insieme al ruolo della chiesa, sia in ambito politico che intellettuale, e al ruolo rilevante spettante agli accademici spagnoli nella consulenza e nei consigli all'autorità, sia politica che ecclesiastica, in Europa e nel Nuovo Mondo. Questo sviluppo inizia a rallentare verso la metà del secolo XVII, in linea con il declino del potere della monarchia spagnola e con gli effetti della Riforma protestante.

Tuttavia, al di là dell'aspetto politico, la forza di un orientamento culturale risiede nella sua capacità di offrire risposte non necessariamente legate all'ambiente e alle condizioni culturali che lo hanno creato.

II.4.3. Precedenti immediati della Seconda Scolastica

Biocchi indica tre autori di riferimento la cui considerazione è costante nelle opere della Seconda Scolastica: Juan Gerson (1363-1429) e Conrado de Summenhart (1455-1502 circa), che furono autori di trattati *de contractibus*, e Silvestro Mazzolini da Prierio (1460-1527 circa), che compose la *Summa Sylvestrina*.

Seguendo il profilo delle opere scolastiche sulle tematiche contrattuali, la caratteristica di esse sta nel fatto che sono state scritte per rispondere ad esigenze morali. Contengono dottrine giuridiche suscettibili di essere conosciute e utilizzate con finalità morali, tanto che nel proemio, il teologo sentiva il dovere di spiegare perché si occupava di contratti¹⁴⁰.

Il fatto è che, per evitare le insidie insite nel commercio e negli strumenti contrattuali – che avevano quale finalità quella di ottenere il massimo profitto – e provvedere alla salvezza delle anime, evitando di incorrere nella pratica dell'usura, si predicava, in primo luogo, la necessità di conoscere la funzione del contratto, che cos'è il contratto e pertanto addentrarsi nelle sue principali specie. Il cammino della conoscenza, la metodologia scientifica,

¹³⁹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 204. Hans Thieme si sforza di contare le citazioni che contiene l'opera di Grotius relative agli autori della Scuola di Salamanca: Vitoria, 56; Covarrubias, 53; Soto e Vázquez, 30. Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous*, cit., 9.

¹⁴⁰ Cfr. J. GERSON., *de contractibus*, parte prima, n. 1, *Oeuvres complètes*, IX, Paris, 1973, 386: «*contractuum bonitatem aut malitiam doctrinaliter investigare volentibus necesse est, imprimis cognoscere quid nominis et quid rei; quid scilicet sit contractus, et de contractuum speciebus. Tradit hoc Aristoteles esse primum et proprium in omni disciplina seu scientia, quoniam ignorantur terminos, de facili paralogizantur*».

imponessa di partire dalla nozione generale e astratta di contratto, per poi passare alle specie. La conoscenza era dunque necessaria per uno scopo morale. La ricerca di un concetto unitario e astratto era, quindi, determinato da un'esigenza religiosa e culturale, piuttosto che tecnico-giuridica¹⁴¹.

Gerson definiva il contratto come *commutatio civilis legitima*, ove la *commutatio* indicava la relazione di scambio; *civilis* si riferiva alla differenza specifica, per cui lo scambio entra in considerazione sotto l'aspetto giuridico e non morale; e *legitima* richiedeva l'osservanza della legge. Inoltre, le specie contrattuali venivano identificate in funzione dell'oggetto della *commutatio*, che poteva fare riferimento al dominio (come nella vendita) o all'uso (come nel contratto di locazione) e ciascuna di queste specie veniva suddivisa in base ad un'analisi più dettagliata dei meccanismi di scambio.

Si rileva che il contratto veniva considerato esclusivamente dal punto di vista oggettivo. Ciò che importava era la struttura dello scambio creato (contratto *in facto esse*). La sua protezione da parte dell'ordinamento giuridico era giustificata dai vantaggi sociali che derivavano dai trasferimenti della proprietà e dall'uso delle cose. Ciò a cui il teologo era interessato era comprendere il contratto nella sua funzione obiettiva come strumento predisposto dall'ordinamento al fine di rendere possibili e sicure certe operazioni commerciali dal punto di vista della salvezza delle anime.

L'analisi non s'incentra sull'accordo (contratto *in fieri*), elemento che si apprezza considerando le circostanze concrete del caso.

Sebbene l'idea generale di Gerson fosse la libertà, l'interpretazione del contratto nelle sue circostanze particolari, infinitamente varie, risulta orientata a dirigere e promuovere l'equità, considerando le circostanze specifiche del caso¹⁴². Ossia, l'analisi si focalizza sull'intenzione delle parti, interpretata in funzione delle circostanze concrete, per evitare la pratica dell'usura; ma nel suo insieme viene delineata una visione oggettiva e strutturale del contratto come strumento di scambio e fonte di obbligazioni; come operazione economica e giuridica, piuttosto che come strumento della volontà delle parti contraenti di regolare i propri interessi¹⁴³.

D'altro canto, Birocchi menziona come precedente della Seconda Scolastica il *Septitertitum opus de contractibus* (1500), altre volte pubblicato come *Tractatus de contractibus licitis atque illicitis*, di Conrado de Summenhart. Birocchi ritiene che sia un'opera di chiusura di un genere di trattati sui contratti sospettati di usura, che racchiude i suggerimenti della cultura umanistica e le tensioni derivanti dallo sviluppo del mondo commerciale¹⁴⁴.

Secondo Birocchi, il trattato è opera di un teologo, scritto con uno scopo extra-giuridico, ma a causa del suo linguaggio era paragonabile – quan-

¹⁴¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 211.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ivi*, 213.

¹⁴⁴ *Ivi*, 215.

do non utilizzabile – nel mondo del diritto. È una proposta teologica dotata, in maniera robusta, di argomentazioni giuridiche.

Summenhart così definiva il contratto:

«... *actus qui est re, litteris, verbis vel consensu celebratus, quo transfertur res de uno in alium quo ad aliquale dominium, vel usum, vel etiam aliam speciem iuris supra deffintivi, vel si debens transferre non transferat, obligatio succedit ad interesse. (de contractibus licitis atque illicitis tractatus, tract. I, quaest. XVI, 50)*».

Possiamo riscattare l'idea per cui il contratto deriva dall'atto umano. Però si rileva la sopravvivenza della teoria dei *vestimenta*, perché il contratto non è concepito come apertamente vincolato al consenso, ma è definito esclusivamente mediante i classici modi di perfezionamento propri del diritto romano. Infine, nella *Summa Summarum* o *Summa Sylvestrina* di Silvestro Mazzolini da Prierio (1460-1527 circa) si definisce il contratto come segue: ... *ultro citroque, idest hincinde, vel ex utraque parte obligatio ex voluntate partium surgens* ¹⁴⁵.

Secondo Birocchi, è importante notare che, per questo autore, la sostanza del contratto non sta tanto nella relazione obbligatoria, bensì nell'accordo di volontà qualificata da quella particolare conseguenza che è il sorgere delle obbligazioni ¹⁴⁶.

Tuttavia, basta uno sguardo per verificare che la *Summa Sylvestrina* non può neanche lontanamente aspirare ad essere considerata un rudimento della teoria generale del contratto basata sul consenso. Formalmente, costituisce un glossario o meglio ancora, un dizionario di termini rilevanti per la cura delle anime, in cui la voce "contratto" viene trattata in un paio di pagine.

II.4.4. La Seconda Scolastica ispano-americana

Abbiamo sostenuto che nell'ambito di una ricerca sulle origini della teoria generale del contratto, non è sufficiente il riferimento alla scuola del diritto naturale del nord Europa, fondamentalmente costituita dall'opera di Grotius e Pufendorf. Come dimostreremo, risulta ugualmente se non più rilevante, dal punto di vista della quantità e qualità degli studi, la tradizione scolastica e, in particolare, la tarda Scolastica ispano-americana e gesuita, nel cui seno fioriscono opere sul contratto in generale che sono veramente degne di essere riscoperte.

In effetti, nei territori americani dipendenti dalla corona spagnola, il diritto applicato a partire dalla scoperta dell'America – e le concezioni

¹⁴⁵ S. PRIERATE, *Summae Sylvestrinae, quae summa summarum merito nuncupatur*, Pars Prima, Apud Fabium & Agustinus Zopinos Fratres, Venetiis, MDLXXXI, 159.

¹⁴⁶ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 221.

giuridiche che si diffusero – presentava quella stessa base giusnaturalista, di stampo tomistico, che riconosce Dio come promulgatore della legge eterna e che considera la legge naturale come partecipazione dell'uomo, ammettendo la realtà di un diritto naturale di origine divina e superiore al diritto positivo; concezione ampiamente accettata in Spagna¹⁴⁷.

Gli accademici spagnoli, sia dalla Penisola che dalle Indie, sono coloro che si trovano nella posizione migliore per osservare il nuovo e sorprendente fenomeno di incorporazione nel commercio mondiale di ingenti ricchezze estratte in America. L'estrazione e commercializzazione di grandi quantità di oro e argento produsse enormi squilibri nell'economia spagnola. La Spagna diventò il canale mediante il quale le ricchezze americane venivano trasferite in Europa, inserendosi pienamente nel circuito commerciale e bancario europeo, il che determinò che a partire dall'esperienza americana la sua economia si facesse convulsa e la sua società si trasformasse. Risulta paradigmatico il caso di Tomás de Mercado, che scrive a partire dalle sue annotazioni sulla realtà commerciale e finanziaria di Siviglia, luogo di entrata in Europa dei metalli preziosi americani e di uscita della merce europea verso l'America.

Fu così che l'ordine giuridico ispano-indiano venne a formarsi in un contesto rilevante. E fu proprio in quel contesto che Tau Anzoátegui scoprì un'antinomia che governa il passaggio da una concezione di contratto propria dell'antichità, ad una concezione moderna. Per questo autore, le nozioni di casuistica (o casistica) e di «sistema riassunto», le credenze ed idee che palpitano al di sotto della legislazione, della giurisprudenza teorica o dell'attività giudiziale, danno vita e rendono peculiare l'ordine giuridico ispano-indiano e ne stimolano la trasformazione. E il cambio dall'antichità alla modernità rappresenta il passaggio da un paradigma ad un altro¹⁴⁸. Dei tre livelli storici teorizzati da Fernand Braudel – episodico, congiunturale e strutturale –, non vi è dubbio che la tematica oggetto della presente ricerca appartiene all'ultimo, che abbraccia secoli interi.

II.4.5. *Il modello universitario di Salamanca e il suo trapianto in America*

Questo modello europeo di educazione giuridica, risalente al basso Medioevo, si basava sullo studio dei testi di diritto civile romano e di diritto canonico, con particolare applicazione del Digesto e del Codice per il primo, e del Decreto e delle Decretali per il secondo. In una recente ricerca,

¹⁴⁷ Cfr. J.M. CASTÁN VÁSQUEZ, *Las bases iusnaturalistas del Derecho Privado hispanoamericano*, in *Actas de las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*, Córdoba, 14 a 19 de septiembre de 1998, Córdoba, 2001, 330.

¹⁴⁸ Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., 10.

Kagan ha evidenziando la fase di apogeo delle università castigliane nel XVI secolo, durante il quale fu offerto un modello educativo a tutta Europa, caratterizzandosi per aver fornito una formazione ai giuristi che costituirono il pilastro fondamentale della monarchia degli austriaci¹⁴⁹.

Lo schema pedagogico di Salamanca distingueva tre fasi: la lettura di un testo sacro, i dubbi, difficoltà o questioni che sorgevano intorno ad esso, e le conclusioni o giudizi. Ciò implicava uno studio diretto di importanti testi sacri, mediante l'esegesi o il commento fatto oralmente dal professore su ogni passaggio¹⁵⁰.

Una delle migliori testimonianze è offerta da Bermúdez de Pedraza nella sua *Arte legal* del 1612, ove elencò i libri che si utilizzavano. Tra gli autori di testi di diritto civile i primi citati erano Bartolo e Baldo. Per quanto riguarda il diritto castigliano menzionava le glosse di Gregorio López, i commentari di Juan de Matienzo sul libro quinto della *Recopilación* e quelli di Antonio Gómez sulle *leyes de Toro*. Bermúdez suggeriva di unire le "*Partidas*" e un vocabolario giuridico. Consigliava al giovane di leggere, prima di andare in classe, «le leggi o canoni molto lentamente, uno, due, tre volte, finché non li capisse e li applicasse a un caso», facendo ricorso alla glossa per una migliore comprensione e per trovare lì i testi concordanti e quelli in contrasto tra loro. La lettura si faceva in latino e secondo gli statuti salamantini del 1561, in cattedra non si parlava la lingua romanza «eccetto i riferimenti ad alcune leggi del Regno o per fare degli esempi».

Per l'apprendimento, a Salamanca, nel XVI secolo, lo studente veniva introdotto alla conoscenza dei grandi corpi giuridici e giurisprudenziali, per poi essere "addestrato" ad analizzare i problemi e a formulare argomentazioni. Faceva da sfondo il caso, fosse esso ipotetico o reale¹⁵¹.

Ne deriva la ferma impressione per cui l'insegnamento era rivolto a formare lo studente nella conoscenza di testi giuridici ed opere giurisprudenziali, sulla base della premessa per cui il diritto è l'arte problematica di decidere i casi che si presentano. Il tema della casistica nell'insegnamento deve essere collocato al di fuori dell'area strettamente giuridica, comprendendo studi teologici di notevole importanza nel mondo ispanico e forse, in particolare, in America.

Nell'ambito di tale disciplina raggiunse una forza crescente la corrente filosofico-morale conosciuta come probabilismo, riconducibile specialmente ai gesuiti, che avrebbe portato alla configurazione di una morale casistica. Questo modello fu replicato nell'America coloniale. José María Castán spiega che la dottrina giusnaturalista spagnola, "trapiantata" in America, costituirà, dalla metà del XVI secolo, la base della formazione dei

¹⁴⁹ Cfr. *ivi*, 233.

¹⁵⁰ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1964, I, 308 e H. COING, *Historia*, 31, cit. in V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., 233.

¹⁵¹ Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., 236.

primi giuristi delle Indie, mutando successivamente verso il Seicento e poi verso l'Illuminismo¹⁵².

A differenza di quanto successo nelle colonie di altre potenze, che non poterono giovare di una politica decentralizzata dalla metropoli in materia di educazione universitaria, l'insegnamento del diritto in America latina cominciò molto presto, seguendo la linea delle facoltà spagnole. Pochi anni dopo la Scoperta, a Santo Domingo nacque un centro universitario con sede nel convento che i domenicani fondarono sull'isola nel 1510; nel 1551 la Corona spagnola, seguendo le disposizioni dettate in epoca precedente, diede vita alle università di San Marcos de Lima ed quella del Messico, università pubbliche americane che avrebbero seguito un unico modello: l'Università di Salamanca¹⁵³.

Le università del Messico e di Lima rappresentano propriamente il trapianto del modello di Salamanca nel Nuovo Mondo. A loro volta, costituirono il prototipo delle altre università latino-americane, conservando una posizione gerarchica superiore per la loro posizione nelle sedi di governo e per propri titoli. Le altre università, in effetti, seguirono il modello messicano e di Lima: Bogotá, Guatemala, Charcas, Caracas, L'Avana, Santo Domingo e Santiago del Cile. I laureati a Salamanca, Valladolid e, in misura minore, ad Alcalá de Henares erano i più ricercati per occupare i posti importanti nel governo e nell'amministrazione della giustizia.

Nei primi anni del XVII secolo venne fondata l'Università di Cordoba, nell'attuale Repubblica Argentina, ove svolse un ruolo rilevante l'allora provinciale dei gesuiti della Paraquaria, Pedro de Oñate, autore del trattato *De contractibus*. Posto che il ruolo dei gesuiti fu molto significativo nella direzione delle università latino-americane fino alla loro espulsione nel 1767, si tratta di un aspetto che merita di essere studiato appositamente per stabilire l'esatta relazione tra l'insegnamento di detta dottrina e la sua applicazione pratica, nonché le sue eventuali peculiarità ispano-americane e la sua sopravvivenza dopo l'espulsione¹⁵⁴.

In relazione alla tematica del contratto, numerosi documenti danno conto di un pensiero molto strutturato elaborato dagli accademici spagnoli trasferitisi nelle neonate Università americane. Considerando il problema da un punto di vista globale, si può dire che una parte molto importante dei processi di nascita e consolidamento della teoria generale del contratto ha luogo nell'ambito dell'istituzione universitaria ispano-americana. Lo studio dell'opera di Pedro de Oñate permetterà di recuperare, in particolare, un lavoro di dottrina e forse di studio utilizzato sia nelle cattedre civilistiche di Lima, sia nell'università di Cordoba, ove l'autore ricoprì diversi ruoli.

¹⁵² Cfr. J.M. CASTÁN VÁSQUEZ, *Las bases iusnaturalistas*, cit., 332.

¹⁵³ *Ivi*, 331.

¹⁵⁴ Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., 243.

II.5. *Le somme e i manuali dei confessori. La prima generazione della Seconda Scolastica*

Come abbiamo visto ¹⁵⁵, è generalmente noto come Seconda Scolastica il movimento intellettuale generato, all'inizio del secolo XVI, dalla riflessione dei Domenicani che accompagnarono lo sviluppo dell'Università di Parigi e, in particolare, da Francisco de Vitoria e da Pierre Crockaert, i quali sostennero un rifiuto del nominalismo allora in voga secondo l'insegnamento di William of Ockham, e una rivalutazione del realismo tomista ¹⁵⁶.

Occupandosi della forma in cui viene affrontata la tematica del contratto, Birocchi insegna che è possibile identificare una prima generazione di autori della Seconda Scolastica. Al di là della trattazione di temi contrattuali, è caratteristica comune a questi autori il fatto di non considerare il consenso come chiara essenza del contratto, e di non formulare una teoria generale del contratto.

Come in tutte le opere di scolastica, il loro scopo era fondamentalmente morale. Recuperarono l'eredità della corrente stoica della filosofia romana e, in particolare, quella di Cicerone nella sua opera *De officiis* ¹⁵⁷.

Più specificamente, sono ispirati da una finalità pastorale: servire da guida per i confessori, e anche per i parrocchiani che si occupano di questioni commerciali. In tutti i casi, troviamo sviluppi parziali sul contratto e sulle questioni contrattuali in compendi di teologia e filosofia morale destinati a coloro che si dedicavano alla cura delle anime ¹⁵⁸.

Come al solito, la compravendita e l'usura sono i temi centrali, dal momento che la questione che più preoccupa i teologi è sapere se, mediante tali contratti, il penitente ha commesso qualche ingiustizia che costituisce il peccato; e tale verifica non è possibile senza una conoscenza giuridica di come si struttura il negozio.

Secondo Ambrosetti ¹⁵⁹, nel campo del diritto privato, la Seconda Scolastica operò soprattutto al servizio dell'interiorità umana; il suo insegnamento era rivolto all'ambito interiore, al c.d. foro della coscienza.

Tuttavia, sebbene incidentalmente, all'inizio o alla fine, e benché non venga svolto un approfondimento ampio e dettagliato, le opere contengono riferimenti rudimentali all'idea generale di contratto e alle sue classifica-

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, II.4.2.

¹⁵⁶ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 69.

¹⁵⁷ Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 30.

¹⁵⁸ Risulta significativo il titolo dell'opera di MARTINI BONACINAE: *Compendium absolutissimum omnibus curam animarum gerentibus apprime utile*. (Sumptibus Iacobi & Petri Prost, Lugduni, MDCXXXIV).

¹⁵⁹ G. AMBROSETTI, *Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica*, in P. GROSSI (a cura di), *La seconda scolastica*, cit., 52.

zioni, indicando l'esistenza di un discorso sul contratto in generale. Per questa ragione, è possibile affermare che abbiamo scoperto uno spazio ove la teologia dialogava naturalmente con il diritto.

Esamineremo brevemente alcuni di questi lavori.

II.5.1. De iustitia et iure di Domingo de Soto (1494-1570)

La prima edizione di *De iustitia et iure* risale al 1553-54¹⁶⁰. La tematica del contratto è considerata nell'ambito del più ampio tema della giustizia, con un'impostazione tomistica. Come abbiamo visto, nella *Secunda Secundae*, San Tommaso allude alla violazione dell'uguaglianza (*aequalitas*) nella vendita e al problema dell'usura; e tratta altresì il tema del giuramento e della promessa.

In altre parole, nell'opera di Domingo de Soto, la trattazione del tema del contratto in generale non costituisce un elemento centrale. La questione del contratto viene trattata incidentalmente nell'ambito della problematica generale del dominio e del suo trasferimento¹⁶¹. D'altra parte, quando l'autore si riferisce più specificamente al contratto, si focalizza sulle sue figure particolari¹⁶² e sempre con la preoccupazione della giustizia commutativa.

De Soto affronta il problema generale del contratto basandosi sulle conclusioni di Summenhart. La trattazione del contratto in generale è piuttosto limitata, quasi a modo di premessa per lo studio del contratto di compravendita¹⁶³.

L'interesse centrale del teologo è determinare quando il contratto di compravendita sia illecito, per non essere stato pattuito un prezzo giusto, e lo stesso interesse viene mostrato in relazione agli altri contratti speciali di cui tratta.

Il genere contratto è definito come: *actio inter duos & ex qua utrinque obligatio nascitur*. In primo luogo, si osserva che l'accordo in sé non si identifica con il contratto e, in secondo luogo, quest'ultimo deve essere inteso come un *actus iustitiae, utraque colligantis partem*, ossia come atto in cui il

¹⁶⁰ Abbiamo esaminato quella del 1582: *Fratri dominici soto, Segobiensis theologi, Ordinis praedicatorum. Caesarea maiestati a sacris confessionibus, Salmantini professoris, Libri decem, De iustitia et iure. Nunc postremo post omnes omnium editiones summo studio, fide, exactaque diligentia recogniti. Quibus recens accessit Liber Octavus de Iuramento & adiuratione. Septimo nimirum in Sexto reiecto. Cum gemino Indice, altero Quaestionum & articulorum, altero rerum & sententiarum insignium, eoque longe locupletissimo*. Lugduni, Apud Bartholomeum Honoratum, MDLXXXII.

¹⁶¹ Liber Quartus, *De preambulis ad iustitiam commutativam, nempe de dominio ac restitutione, quaestiones sibi sumit septem*, 99 ss. Specialmente la *Quaestio quinta, de translatione dominiorum*, 109-115.

¹⁶² *Liber sextus, disceptat de usuris & contractibus, ac de cambiis quaestiones distractus tredecim*, 180 v-217 v. qui tratta del mutuo, compravendita, censo, società e cambio.

¹⁶³ Cfr. I. BIROCCI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 224.

rapporto tra le parti si esprime come una relazione di giustizia. Nuovamente, siamo di fronte alla concezione aristotelica, che l'autore ha fatto propria, in maniera coerente, fino alle estreme conseguenze. Posto che il contratto è un atto di giustizia, si concretizza in un'operazione al termine della quale viene stabilito un equilibrio oggettivo tra sacrifici e vantaggi delle parti. Ciò implica criticare la tradizionale suddivisione del contratto (proprio, improprio e improprissimo), e fondamentalmente negare che la donazione, così come la semplice promessa, costituisca un contratto.

La donazione non è vista come un contratto; invece, erano considerati tali il comodato, il deposito e il prestito, perché alla dazione della cosa faceva seguito l'obbligazione restitutoria, che costituisce un atto di giustizia commutativa.

Si tratta, quindi, di una concezione lontana dal consensualismo, basata sulla giustizia oggettiva, che costituisce il centro dell'ordinamento sistematico della materia, indipendentemente dal diritto positivo. Al di là di altre considerazioni, è possibile affermare che l'opera di Domingo de Soto, che ha richiamato l'attenzione della dottrina ¹⁶⁴, non costituisce una pietra miliare nella storia della teoria generale del contratto.

II.5.2. *Le opere di Martín de Azpilcueta (1492-1586)*

L'ecclesiastico Martín de Azpilcueta nacque nel 1492 in Navarra, da lì il soprannome di "dottor navarro". All'università di Alcalá studiò "arti liberali" e teologia. Nel 1510 andò a Tolosa per studiare "entrambi i diritti". Fu professore a Tolosa e a Cahors dal 1518 fino al 1523. Fu titolare di diverse cattedre a Salamanca dal 1524 al 1537. Fu poi docente a Coimbra fino al suo pensionamento nel 1553. Fu nominato consulente canonico e teologo da Papa Pio V. Fissò a Roma la sua residenza definitiva fino alla morte avvenuta nel 1586.

In molte delle sue opere, quali *Manual de confesores y penitentes* (la cui *editio princeps* risale al 1552), *Comentario resolutorio de cambios* (1556) e *Comentario resolutorio de usuras* (1565), questo autore effettua un'analisi approfondita delle tematiche contrattuali, ma in nessuna di esse delinea una teoria generale del contratto. Come risulta dal titolo stesso delle opere, prevale la finalità morale e pastorale e le considerazioni svolte si riferiscono a specifici contratti. Tratta, ad esempio, del contratto di "cambio", ossia, la permuta di denaro in cambio di denaro, fattispecie di grande importanza in quell'epoca a partire dallo sviluppo del commercio e delle fiere, e del prestito di denaro. È caratteristico di quest'opera l'utilizzo del-

¹⁶⁴ Come esempio di questo interesse possiamo menzionare le *Primeras jornadas internacionales dedicadas a Domingo de Soto. De iustitia et iure en el siglo de oro. Perspectivas de análisis*, Campus Universitario de la Pontificia Universidad Católica argentina (Buenos aires, 4, 5 e 6 settembre 2006). Vedi anche D.G., ALIOTO, *La justicia de los contratos*, cit., 171-187.

la classificazione del contratto come strumento di moralizzazione. Si avverte una forte avversità nei confronti dei contratti atipici. Azpilcueta nel suo *Comentario resolutorio de cambios*, afferma che i contratti nominati e leciti sono «giusti e santi» se vi è uguaglianza tra le prestazioni ¹⁶⁵.

II.5.3. *Il Tractatus de contractibus et negotiationibus di Ludovicus Lopez (1535-1596)*

Luis Lopez fu un domenicano che insegnò nella decade del 1570 a Nueva Granada (Colombia) e in Messico. Ci ha lasciato il suo *Tractatus de contractibus et negotiationibus* (Lugduni, ex officina Iuntarum, 1594). Secondo Birocchi, il suo lavoro presenta le caratteristiche che stiamo evidenziando. La trattazione giuridica della tematica contrattuale viene fatta in connessione a una finalità fondamentalmente teologico-morale, a causa dello sviluppo del commercio, nella particolare congiuntura della scoperta, della conquista e colonizzazione dell'America e della proliferazione degli affari tra i mercanti americani, che acquistavano merci in Spagna, e commercianti spagnoli, che li vendevano a cambio di moneta coniata con l'abbondante metallo prezioso proveniente dalle Ande, e, a loro volta, si integravano nella corrente commerciale europea, connettendosi con i nascenti centri industriali e commerciali, principalmente delle Fiandre e del nord Italia.

L'opera di Luis López condivide le caratteristiche di quelle precedentemente descritte nel senso di essere orientata verso un'analisi delle figure contrattuali, mancando un approccio e uno sviluppo della teoria generale del contratto. La teorizzazione sul contratto in generale si sviluppa in apertura dell'opera, in poco più di due pagine, ove viene proposta una definizione di contratto a partire dalla critica dei concetti di Summenhart e Soto: *contractus est plurium consensus legitimus super aliqua re convenientium, obligationem aliquam in utraque parte contrahentium, vel in una tantum gignens*, proponendo in seguito una brevissima esposizione dei requisiti necessari del contratto come categoria astratta ¹⁶⁶.

II.5.4. *Le opere di Antonio Gómez († 1561)*

Antonio Gómez trattò il tema dei contratti nella sua qualità di civilista. Gli dobbiamo due opere: *Commentaria ad Leges Tauri* (1555) e *Commenta-*

¹⁶⁵ Cfr. M. DE AZPILCUETA, *Comentario resolutorio de usuras y Comentario resolutorio de cambios, con introduzione e testo critico di Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes e Luciano Pereña*, in *Corpus Hispanorum de Pace*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1965.

¹⁶⁶ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 238, nota 121.

riorum variaumque resolutionum iuris civilis communis et regii tomi tres (1572).

Nel Proemio di quest'ultimo lavoro, Gómez dichiara l'intenzione di affrontare la materia contrattuale in quindici capitoli in modo da poter comprendere la questione nella forma più semplice, concentrata e sintetica. Gli viene attribuito un importante ruolo nel processo di concettualizzazione del contratto come incontro di volontà, proposizione che si fonda sulle disposizioni dell'Ordinamento di Alcalá, vigente nel Regno di Castiglia: *intentio volentis se obligare attenditur & consideratur, & non alia perfectior forma vel solennitas a iure communi requisita in contractu*. Lavora sull'idea di *stipulatio* del diritto romano, considerata come un "vestito" del nudo patto, nell'ambito della teoria dei *vestimenta pactorum*.

Tuttavia, sebbene la sua impostazione sia chiaramente consensualista, non si può affermare che nella sua opera siano contenute le basi della teoria generale del contratto.

Prima di tutto, dal titolo stesso *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis* si ricava che si tratta di un manuale casistico piuttosto che di un trattato organizzato e sistematico. Inoltre, dei quindici capitoli dell'opera, solo uno, il primo, si riferisce a un tema generale del contratto: *De personis qui possunt contrahere, vel non*, materia alla cui trattazione l'autore dedica sette pagine. Il secondo capitolo è già specificamente dedicato al contratto di compravendita, e i successivi ai vari contratti nominati, o ad aspetti specifici come la qualità dei contratti o la restituzione a favore dei minori.

II.5.5. *I Commentaria Joannis Matienzo, regii senatoris in Cancellaria argentina Regni Peru, in librum quintum recollectionis legum Hispaniae (Mantua Carpentanae, MDCVII) di Juan de Matienzo (1520-1579)*

Nemmeno questo libro, che fu utilizzato come opera di riferimento nell'insegnamento del diritto contrattuale in America¹⁶⁷, è strutturato secondo un modello di approccio sistematico. Segue il formato dei commentari basso medievali, analizzando in lingua latina il testo del Libro quinto delle "Partidas", a cui l'autore si riferisce come Libro quinto della "Collezione delle leggi di Spagna" e che contiene la materia relativa alle obbligazioni.

Le tematiche contrattuali sono trattate nel Titolo undicesimo, sulle "*las ventas y compras y retractos del tanto por tanto de patrimonio o de abolen-go*" e nel Titolo sedicesimo, che tratta «i contratti, le obbligazioni, le fideiussioni, i debiti e la cessione di beni effettuate dai debitori».

Qui, ad esempio, Matienzo commenta la nota legge II, promulgata dal re Alfonso X ad Alcalá nel 1348, secondo cui

¹⁶⁷ Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., 236.

«... sembra che se qualcuno volesse obbligarsi verso un altro mediante promissione, o in virtù di qualsiasi contratto, o in altro modo, fosse tenuto ad adempiere l'obbligazione assunta, e non potesse eccepire che non si era proceduto a stipulazione, che significa promessa con una certa solennità di diritto, né potesse eccepire che si era trattato di un contratto o obbligazione tra assenti, o che non era stato concluso avanti un notaio, o che l'obbligazione era stata assunta nei confronti di altro soggetto privato a nome di altri, tra assenti, o che l'altra parte si era obbligata a dare o fare un'altra cosa: ordiniamo che sia adempiuta detta obbligazione e contratto che sia stato concluso in qualsiasi modo che denoti che un soggetto si è voluto obbligare nei confronti di un altro».

Questo testo è scomposto in sette parti, dando origine ad altrettante glosse, e così anche con riguardo alle altre leggi del Libro quinto delle "Partidas".

Il metodo utilizzato è chiaramente quello della glossa o del commentario, di modo che nemmeno in quest'autore può trovarsi una qualche costruzione assimilabile a una teoria generale del contratto.

II.5.6. *La instrucción de mercaderes di Luis Sarabia de la Calle (1544)*

L'opera di questo accademico, i cui precisi dati biografici sono sconosciuti¹⁶⁸, è stata oggetto di numerosi studi di morale ed economia¹⁶⁹. L'intenzione dell'autore è, come quella di tutti i referenti dell'epoca, fornire ai commercianti le regole base per la contrattazione senza compromettere la salute dell'anima. La chiave per farlo, secondo la sua visione, sta nel fissare la giusta controprestazione in tutti i contratti. Sarabia elabora in particolare il concetto di giusto prezzo, considerandolo quello che comunemente si pratica, in contanti, nel luogo e nel tempo del contratto, tenendo conto delle particolari circostanze relative alla modalità di vendita e acquisto, dell'abbondanza di denaro, del numero elevato di acquirenti e venditori e del profitto che ne può derivare, ad arbitrio del buon uomo, escludendo ogni inganno e malizia.

Sebbene sia considerato come uno degli autori che chiaramente anticipano le idee proprie della teoria quantitativa del denaro, l'opera tratta i soliti temi della compravendita, permuta e usura, e non affronta sistematicamente le questioni proprie della teoria generale del contratto.

¹⁶⁸ P. RIUZ DE ALDA, *Introducción a Instrucción de mercaderes del doctor Luis Sarabia de la Calle*, Madrid, 1949, XIII.

¹⁶⁹ Si veda in particolare J. HUERTADESOTO, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, 2011, 70 ss., e dello stesso autore *La teoría bancaria en la Escuela de Salamanca*, pubblicato in internet all'indirizzo <https://www.clublibertaddigital.com/ilustracion-liberal/11/la-teoria-bancaria-en-la-escuela-de-salamanca-jesus-huerta-de-soto.html>.

II.6. *La summa de tratos y contratos di Tomás de Mercado (1523/30-1575)*

II.6.1. *Introduzione*

Faremo ora riferimento dettagliato alla *Suma de tratos y contratos* (edito in lingua spagnola a Siviglia nel 1571, e in lingua italiana a Brescia nel 1591) di Tomás de Mercado¹⁷⁰. Si tratta di un'opera emblematica che descrive chiaramente il pensiero scolastico riguardo al contratto. Seguendo le caratteristiche delle opere degli autori della prima generazione della Seconda Scolastica, sebbene risulti di interesse dal punto di vista giuridico, quella di Mercado è caratterizzata da un forte orientamento pratico-morale. L'autore aveva praticato il commercio prima di prendere i voti. Non contiene una riflessione completa sulla materia contrattuale, benché siano presenti riferimenti a concetti generali¹⁷¹.

L'opera fu scritta esplicitamente per chiarire i problemi di coscienza che sorgevano in relazione agli affari commerciali in occasione dell'amministrazione del sacramento della Penitenza. Assume una connotazione pratica, in quanto è diretta agli operatori commerciali e del diritto, nonché ai confessori, ed è redatta in spagnolo, circostanza non comune a quell'epoca.

Le ragioni del nostro interesse per l'opera sono varie.

In primo luogo, essa presenta un alto livello dialettico. In secondo luogo, rappresenta il caso di un professore europeo (spagnolo) vissuto in America per molti anni, ove fu professore all'Università del Messico; il che ne fa un esponente della c.d. Seconda Scolastica ispano-americana. In terzo luogo, Mercado dimostra una conoscenza dettagliata e precisa degli accordi in materia finanziaria, cambiaria, monetaria e bancaria del secolo XVI, che gli derivava dall'aver vissuto non solo in Spagna ma anche in Messico. È un'opera che fu tenuta in considerazione dagli economisti, in relazione, per esempio, alla teoria dei prezzi¹⁷². In quarto luogo, rappresenta perfettamente la posizione della Scuola di Salamanca, trattando la teoria giuridica non con un'imposizione meramente formalista, ma con una preoccupazione per una giustizia sostanziale.

È pure chiaro che il lavoro di Mercado non contiene una teoria generale del contratto. Anche quando si propone una trattazione ordinata, non viene proposta un'analisi scientifica e sistematica.

¹⁷⁰ T. MERCADO, *Suma de tratos y contratos*, cit.

¹⁷¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 234.

¹⁷² Cfr. R. DE ROOVER, *Scholastic economics. Survival and lasting Influence from the Sixteenth Century to Adam Smith*, 1955, citato in I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 234, nota 107.

«La mia preoccupazione principale fu sempre tenere davanti agli occhi il talento e la condizione della gente a cui mostravo, spiegando ogni punto e contratto, solo ciò che bastava, non tutto ciò che per ornamento e bellezza poteva raccontarsi dell'opera. Anche se mi immagino che, facendo in questo modo, ne sia uscita una dottrina piuttosto brutta e nuda. Perché l'unica essenza della verità – visto che, trattandosi di verità, è di per sé bellissima – non sembra tale al nostro occhio pigro, se non si mette un po' di colore ed eleganza e la si veste di argomentazioni e ragioni, con alcuni tocchi di antichità. Inoltre, ho pensato che vestita di tutti i suoi abiti, che sono l'efficacia delle ragioni su cui poggia, e l'autorità degli accademici che la affermano, ingombrirebbe tanto con la sua corpulenza, che non sarebbero sufficienti due tomi per contenere tutta la materia in quest'opera. Così facendo, l'opera, pur acquistando il titolo di perfetta e "seduttrice", perderebbe la sua utilità e frusterebbe il nostro intento di dimostrare a molte persone che, senza conoscere le leggi divine ed umane, si addentrano temerariamente nella fitta oscurità dei contratti. Perché non esiste mercante che possa affrontare una lezione così lunga. Specialmente perché molte cause che possono presentarsi sono di difficile comprensione per colui che sia privo di conoscenze di filosofia morale ove si trovano i principi e fondamenti, che costituiscono il presupposto necessario, per comprendere scientificamente le conclusioni che qui vengono dedotte.

Vi sono autori così innamorati delle belle parole, che pur di esprimere le proprie ragioni con dei bei termini e per far funzionare la frase, taglieranno a metà una verità sostanziale o la spiegheranno in modo confuso.

... perché in un'opera non vi è nulla di più necessario che farsi comprendere da coloro ai quali è destinata».

Mercado si propone, dunque, di confezionare «un compendio, in uno stile semplice, dei contratti che in questi Regni e nelle Indie (America) si concludono con maggior frequenza, ossia i contratti di società, compravendita e permuta», ossia tre contratti tipici, e non certo di procedere a una trattazione del contratto in generale, e nemmeno di tutte le figure contrattuali conosciute, studiando, in particolare, solo questi tipi contrattuali.

Tuttavia, si deve considerare che lo studio dei contratti nominati viene fatto in modo che le conclusioni che ne derivano possano essere utilizzate, non solo per essere applicate, in maniera lineare, ai tipi studiati, ma anche per consentire di discernere e "sezionare" i contratti più complessi, che si presentano nella pratica commerciale e che generano un maggior rischio di ingiustizia ed usura.

«... siccome il mio intento principale è quello di istruire diligentemente un mercante con riguardo a tutto ciò che con la sua intelligenza può comprendere sulle le regole, non si è potuta evitare nessuna di queste quattro parti in cui si suddivide. Posto che i mercanti e i banchieri interagiscono continuamente nei loro contratti, al buon commerciante non è più sufficiente praticare il commercio e vendere, dovendo anche cambiare monete per poter avere a disposizione il denaro che gli è ampiamente necessario. E in tutto ciò si mescolano

così tante forme di usura, dissimulate e manifeste, che è risultato opportuno istruire il mercante, spiegandogli tutti questi contratti, ossia l'acquisto, la vendita, il cambio e l'usura affinché conosca la retta via della sua arte e ne eviti e rifiuti i passi insidiosi».

Pertanto, l'opera rivela, da un lato, un grande valore analitico e rappresenta, dall'altro, un chiaro tentativo di fissare alcuni principi generali di diritto contrattuale, che consentano di affrontare l'infinita prassi commerciale a partire da una riflessione teorica giuridico-filosofica sul contratto e sull'"arte" di contrattare e commerciare. Questa riflessione è contenuta nel libro II, *"dell'arte e dei modi dei mercanti"*, e in particolare nel capitolo II.

Nel capitolo V riafferma questo disegno sistematico, esprimendo che:

«... il diritto di tutti questi contratti è racchiuso in pochissime regole; ma sono così universali e la materia è così ampia, che si applicano in duemila modi. Per cui è assai importante capire la prassi degli affari. La teologia morale è realmente filosofia morale, la quale si giova enormemente (secondo Aristotele) dell'esperienza ... questa scienza è come le leggi e la medicina, ove non basta solo la teoria, essendo indispensabile la pratica. Così vediamo che dopo quattro anni di studio a Salamanca, chi vuole uscire dalla facoltà realmente formato, se ne va per un paio d'anni nelle cancellerie ad apprendere la pratica».

II.6.2. *La finalità principalmente morale e pratica dell'opera*

Lo scopo di queste somme su accordi e contratti è sempre legato all'aspetto morale.

In primo luogo, evidenzierò la filosofia con cui Tomás de Mercado effettua l'analisi della tematica contrattuale; filosofia che costituisce un tratto comune a tutti gli autori della Scuola di Salamanca. Questi interpreti non sono interessati a svolgere un'analisi giuridica in una prospettiva puramente scientifica, bensì lo fanno con uno scopo morale, quello di aiutare i commercianti a discernere il giusto e l'ingiusto dei loro contratti per la salvezza delle anime.

Afferma Mercado:

«... così come la medicina non si accontenta di mantenere la salute, dimostrando giustamente di voler riacquistare la salute già persa, allo stesso modo è necessario mostrare come si possa restituire forza e vigore alla coscienza del mercante che si ammalia durante l'esecuzione dei propri affari, con i duemila eccessi che si è soliti commettere. La malattia fisica consiste nella sproporzione degli umori, quella spirituale nella trasgressione e violazione della giustizia, e nel danneggiare i soggetti con cui si tratta, la cui unica medicina è la restituzione».

E aggiunge:

«... ho sempre considerato una grave mancanza il fatto che una congregazione di commercianti come questa [Siviglia] a Burgos, Medina, Lisbona, non abbia definito da qualche Università di teologi, che cosa sia lecito e cosa sia illecito negli affari maggiormente praticati dai commercianti, affinché essi non commettano errori nelle pratiche principali e più comuni, dal momento che in alcuni affari particolari non avranno l'illuminazione di questa guida. Nonostante ciò risulti realmente necessario, così come dettato dalla ragione naturale, non mi pare che questo Consolato [di Siviglia] sia stato in ciò sollecito. Ebbene, a mio giudizio, non credo che esista maggiore angoscia per un uomo che occuparsi, per tutta la vita, di ciò che non capisce. Perché naturalmente l'uomo vuole sapere, e quello che più desidera conoscere è ciò con cui tratta più spesso. E non sapere in un affare ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, significa non capirne niente»¹⁷³.

Di seguito vengono trascritti altri passaggi da cui risulta il chiaro scopo morale e pastorale dell'autore.

«Capitolo III. Del grado che possiede l'arte del commerciante nelle cose morali.

Esistono due mali molto gravi e perniciosi ... che sono legati a questo accordo. Il primo, una profonda dimenticanza di Dio e delle cose spirituali. Perché lo spirito è così occupato dal traffico e dal clamore che finisce per essere totalmente distratto e fuori di sé. Il secondo, che deriva dal primo, consiste nel fatto che si commettono e frequentano molti vizi. Perché un uomo privo di Dio (che è solo bontà) non può non ricevere e non essere pieno di molta malizia ...

Una sola cosa oserei dire, e va detta brevemente, e persino consigliata a chiunque voglia ascoltarla: se non fosse un mercante in tutti gli ambiti, ma solo in un più ristretto ambito, o esportasse alle Indie, o importasse dalle Fiandre o dal Levante, o si dedicasse all'agricoltura, vivrebbe più tranquillo e avrebbe meno occasioni di peccare».

Come si può vedere, Mercado condivide il pensiero comune dei teologi-moralisti-giuristi del suo tempo: la salvezza dell'anima richiede la giustizia nei contratti, ed è più facile sapere cosa è giusto e cosa è ingiusto nei contratti conosciuti, nei contratti nominati, negli accordi semplici, piuttosto che negli affari complessi. È ovvio che questo modo di pensare non genera un ambiente incline allo sviluppo della libertà negoziale, del consensualismo e della piena accettazione dell'efficacia dei contratti atipici.

II.6.3. *Prevalenza della concezione oggettiva del contratto come equilibrio tra le prestazioni*

Appare chiaro, nel discorso di Mercado, che la questione contrattuale si analizza dal punto di vista del vincolo e dell'equivalenza obiettiva delle

¹⁷³ Quanto tra parentesi quadre è nostro.

prestazioni oggetto dell'obbligazione assunta, e non del problema del consenso e della volontà. La conoscenza scientifica del contratto richiederà la determinazione dell'equazione contrattuale, in modo che qualsiasi contratto sbilanciato genererà un'ingiustizia riprovevole dal punto di vista morale.

D'accordo con i principi fissati dalla Scolastica tradizionale e nel trattato sulla Giustizia di San Tommaso, Mercado sostiene che in ogni contratto si avverterà la necessità di mantenere l'uguaglianza come requisito affinché l'atto sia moralmente lecito. La concezione contrattuale aristotelico-tomista viene perfettamente riconosciuta in questi passaggi del Libro primo introduttivo.

«Dovendosi affrontare in quest'opera tutti i contratti umani in generale e in particolare, eccetto il matrimonio ... non solo con riguardo alla prassi e allo stile, ma soprattutto con riguardo alla giustizia ed equità con cui devono essere celebrati, è opportuno che i mercanti conoscano il principio fondamentale, da cui derivano molte condizioni, molte regole e distinzioni, richieste dai contratti e dai noi poste. Non dubito del fatto che leggendo queste risoluzioni, alcuni (o per fortuna molti) vogliano capire da dove nascono, per i mercanti, tante obbligazioni, come quelle che qui spieghiamo. E chi li obbliga a trattare a queste condizioni, essendo uomini liberi. A tal fine, ho pensato che fosse assai opportuno spiegare qui le cause di tutte queste regole, i fondamenti principali di questa giustizia che insegneremo ... non obblighiamo nessuno con la nostra sola autorità, o volontà, bensì in forza di un'altra volontà, di livello superiore, efficace e potente per obbligare tutti gli uomini, che è quella di Dio, della natura, della chiesa o della repubblica ...».

Risulta dunque evidente che, nel momento chiave in cui Mercado si chiede quale sia il fondamento della forza vincolante del contratto, non si riferisce alla volontà individuale od all'accordo, ma sempre a fonti eteronome: la legge di Dio, della natura, della chiesa e della repubblica. È chiaro che il fondamento consensualista non viene ritrovato nel trattato di Mercado.

Ciò che spiega viene completato dalla visione tipicamente scolastica della giustizia contrattuale, che parte dal concetto di giustizia commutativa come equivalenza oggettiva tra le prestazioni, tra il valore della cosa e il prezzo pagato per essa.

Prosegue l'autore:

«... tre sono i precetti o parti del diritto: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere ...

È opportuno sapere come vivendo e trattando con molte persone nelle vendite, acquisti, prestiti e scambi, la persona possa evitare di arrecare danno a qualcuno. Certamente dando a ciascuno (come si dice) ciò che è suo, ossia, ciò che gli appartiene, ed è conveniente, sia esso il denaro o l'onore. Secondo quanto affermano i teologi, saper dare a ciascuno ciò che è suo, perché è opportuno e giusto secondo diritto significa praticare l'uguaglianza. San Tommaso (che è il

nostro principe) afferma che è proprio della giustizia applicare l'uguaglianza nei contratti fra uomini. E uguaglianza è adattare due cose dissimili. Come un cavallo e cento ducati, essenzialmente molto diversi, finiscono per avere il medesimo valore (essere uguali) se [il cavallo] li vale [cento ducati]. In questo modo si dà a ciascuno ciò che gli appartiene con uguaglianza, a colui che compra, il suo cavallo, a chi vende, il denaro equivalente al valore del cavallo ... in tal maniera, compratore e venditore si trovano in una situazione di uguaglianza. Se gli si desse di meno, il venditore si troverebbe in una condizione di disuguaglianza, perché non riceverebbe un valore pari a quanto ha dato ... il che è disuguaglianza e si chiama ingiustizia. In tal modo il contratto, per essere giusto, richiede uguaglianza, non con riguardo alle persone che sono parte del contratto (che possono e sono solite essere molto diverse) ma rispetto alle cose oggetto del contratto, che devono essere uguali, non in natura, bensì nel valore e nella stima.

... è sufficiente in ogni contratto scoprire la sua disuguaglianza, per mostrarne l'ingiustizia. ...

E ... parlando chiaramente, l'unica cosa che resta da fare in tutta l'opera, è individualizzare tale regola così suprema. Mediante tale regola, viene insegnato semplicemente a trattare gli uni con gli altri senza danneggiarsi.

[La] giustizia commutativa viene esercitata, e risplende, principalmente nei contratti celebrati dagli uomini gli uni con gli altri. E sono così tanti [i contratti] che non tutti hanno già un nome. Alcuni sono giunti ad avere un nome, altri, fino ad ora, non l'hanno avuto. Così è molto celebre, tra gli accademici, la distinzione tra contratti nominati e quelli che non hanno una propria denominazione ... e questi ultimi non sono pochi. Anche se penso che, se non hanno un nome, è perché non sono ora così frequenti e utilizzati come quelli tipici, impiegati in maniera molto diffusa e continua. Di essi è sufficiente che trattiamo nel presente capitolo, esemplificando e dimostrando che la liceità e la giustizia degli stessi risiede nell'uguaglianza tra le prestazioni, ossia nel fatto che il valore di un bene equivalga al prezzo per il quale è scambiato. Sono, invece, illeciti quelli diseguali, quelli ove manca tale equivalenza».

Mercado procede, dunque, ad effettuare una sintesi del suo pensiero, che non è altro se non il pensiero scolastico sul contratto: la giustizia in tutti i contratti è l'uguaglianza che deve essere sempre in essi presente.

È facile individuare nel paragrafo trascritto una concezione di contratto considerato come equilibrio oggettivo. Inoltre, il contratto, come atto di giustizia, consiste in un equilibrio e ciò che c'è da sapere sul contratto è in cosa consiste questo equilibrio. Chi non sa ciò che è giusto o ingiusto in un contratto – afferma Mercado – non sa niente di esso. Quando parleremo del concetto di giustizia contrattuale nell'opera Oñate torneremo su questo punto.

II.6.4. *Sintesi*

In breve: sebbene Mercado non esponga una chiara posizione consensualista né si proponga di elaborare un trattato sui contratti, ma piuttosto un manuale pratico, la sua preoccupazione lo spinge a uno sforzo di sintesi che contribuisce notevolmente alla definizione di concetti generali, così collocandosi tra i predecessori della teoria generale del contratto.

II.6.5. *Conclusione*

Questa tradizione di discussione sulla giustizia sostanziale nei contratti, che una volta risultava così fondamentale, oggi è praticamente sconosciuta. Come ci viene presentata la storia dell'istituto contrattuale nel diritto civile continentale? I manuali e persino i trattati di storia del diritto privato nonché le note di tipo storico che, in genere, riassumono gli sviluppi del diritto contrattuale, generalmente si riferiscono al diritto romano, omettono ogni menzione del periodo medievale e della prima Età moderna, per poi riferirsi agli autori della scuola di diritto naturale mediante un mero riferimento a Grotius e Pufendorf.

Dalla scuola di diritto naturale si passa all'opera di Domat e poi a Pothier, quindi si inquadrano i lavori preparatori Codice Napoleone, che raccoglie più di due terzi delle formulazioni di Pothier, poi la scuola dell'esegesi, e da lì si passa agli autori del tardo XIX secolo e del XX secolo.

Possiamo dunque dar ragione a Federico de Castro quando si riferiva ad una concezione di contratto "tradizionale", precedente a quella liberale e molto diversa da questa. È necessario riprendere quella tradizione e affermare la relatività e la mutevolezza dell'idea generale del contratto.

Tuttavia, occorre continuare l'analisi e prestare attenzione al momento in cui quest'idea generale di contratto ha iniziato a cambiare fino ad avere il significato che, secondo i giuristi, ha assunto attualmente. Questa transizione, rispetto al concetto di contratto, si verifica, con la seconda generazione della Seconda Scolastica.

II.7. *I tentativi di sistematizzazione. La seconda generazione della Seconda Scolastica*

II.7.1. *Introduzione*

Secondo Birocchi, con le opere di Bartolomé de Albornoz e di Francisco García appare una seconda generazione della Seconda Scolastica, caratterizzata da vari e più chiari tentativi di sistematizzazione della materia

contrattuale, che vanno oltre i timidi abbozzi contenuti in un'opera come quella di Tomás de Mercado ¹⁷⁴.

Unitamente all'emergere di una nuova antropologia e all'elaborazione di grandi apparati concettuali, alla fine del XVI secolo, e principalmente nel XVII secolo, appare la categoria generale di contratto. Questo è il terreno prediletto delle dottrine spagnole, le cui riflessioni partono da una legislazione nazionale consensualista che si separa dal formalismo dello *ius* civile. Al centro, la definizione, imperniata sul consenso delle parti contrattuali; nella definizione, il contratto si caratterizza per la sua appartenenza ad un genere, identificato nella concorde volontà, prescindendosi dall'aspetto specifico della sua giuridicità: il fatto di essere un *actus iustitiae* ¹⁷⁵.

La disquisizione si riferisce principalmente al soggetto, che è considerato dal punto di vista della volontà, ossia come un'astrazione. Non come un individuo con un particolare status, come il mercante, ma come una persona astratta, slegata da qualunque comunità di appartenenza che non sia l'ordinamento generale.

Inizia a svilupparsi un modello astratto di contratto, attorno a due poli: la persona e la causa, e la considerazione del soggetto privato e il suo vincolo con l'ordinamento ¹⁷⁶.

L'elaborazione di un modello di contratto astratto va di pari passo con un processo di liberazione della persona, «socializzato» e razionalizzato mediante la causa ¹⁷⁷. Villey si riferisce a questo processo come la *deformazione* del concetto di causa, precedentemente basata sulla cosa in sé e sull'eguaglianza tra una cosa e un'altra, per poi basarsi, durante l'Età Moderna, sulla nozione di contratto-accordo ¹⁷⁸.

Quando analizzeremo l'opera di Oñate, sarà possibile verificare in che misura il suo lavoro poggia su un concetto soggettivo di causa.

Quindi esamineremo in dettaglio il contributo delle opere di Bartolomé de Albornoz e Francisco García alla teoria generale del contratto.

II.7.2. *L'arte de los contractos di Bartolomé de Albornoz (1571)*

II.7.2.1. *Aspetti generali*

Bartolomé de Albornoz è un altro esponente di ciò che potrebbe essere denominata Seconda Scolastica ispano-americana, precedentemente men-

¹⁷⁴ Cfr. I. BIROCCI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 231.

¹⁷⁵ *Ivi*, 298.

¹⁷⁶ *Ivi*, 300.

¹⁷⁷ Cfr. M. VILLEY, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, in *Sur les notions du contrat*, "Archives de philosophie du droit", XII, Paris, 1968, 3-4 e 8.

¹⁷⁸ Cfr. ID., *Contre l'humanisme juridique*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 13, 1968, 199.

zionata. Nacque a Talavera, in Spagna. Studiò a Salamanca, e fu discepolo di Diego de Covarrubias.

Lavorò presso l'Università del Messico, sin dalla sua fondazione nel 1553. Ricoprì la cattedra di diritto civile dal 12 luglio 1553, data in cui tenne la sua lezione inaugurale. Fu definito "il padre dei giureconsulti messicani". Fu autore di varie opere: *De los linajes de España*; *Tratado de la conversión y debelación de los indios*, opera che fu adottata dal tribunale dell'Inquisizione; gli viene inoltre attribuito il *Tratado de los orígenes de las casas de lonja y contratación de Nueva España*, dedicato ai Consolati dei mercanti fondati tra il 1550 e il 1580.

La sua opera sulla nostra materia è l'"Arte dei Contratti", stampata a Valencia nel 1573 da Pedro de Huete¹⁷⁹. Non si conoscono edizioni successive dell'opera e si pensa alla possibilità che sia stata censurata¹⁸⁰. Si tratta di uno studio che dovrebbe essere menzionato come rudimento della teoria generale del contratto. Il testo fu scritto in occasione del suo ritorno in Spagna, tra il 1570 e il 1571 (vi sono infatti riferimenti alla seconda edizione dell'opera di Mercado, che risale al 1571). Come nel caso del Mercado, la lingua impiegata è il castigliano.

La maggior parte dell'opera è dedicata al tema dell'usura e dei contratti commerciali. Ancora una volta è presente l'idea che il compito del giurista sia quello di mettere la sua arte al servizio della coscienza (libro I, Prologo). Tuttavia, è un civilista che vuole esplicitamente organizzare la materia secondo l'arte – termine usato in senso ciceroniano, per indicare le linee guida per la redazione del complesso diritto vigente secondo un ordine, basato sulla ragione naturale. La dottrina, per scelta, non è citata.

Come nella pressoché totalità delle opere di questo tipo, lo sviluppo e le argomentazioni sono giuridiche, ma con una finalità morale e pastorale. Ciò emerge dal seguente passaggio¹⁸¹:

«... il maggior titolo che possiedo è essere il più giovane degli studenti e discepoli dei miei Signori e Maestri legislatori, il cui compito principale, come ho detto nel primo libro, è quello di trattare i casi di coscienza e mostrarne gli eventuali errori, e di essi, come veri medici, è necessario chiedere e cercare il rimedio, proprio perché, così come il soggetto privo di logica non può scoprire gli Elenchi sofistici o la mancanza di sillogismo, così non potrà conoscere la falsa medicina colui che non sia un buon medico.

¹⁷⁹ Abbiamo proceduto a trascrivere l'originale però adeguando il testo alle regole vigenti di ortografia e grammatica e adeguando la punteggiatura al fine di mettere in risalto i significati, a nostro avviso, più rilevanti.

¹⁸⁰ Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit., 461 ss. Tuttavia, il nome di Albornoz non figura ne *l'Índice último de los libros prohibidos y mandados expurgar para todos los reinos y señoríos del católico Rey de España el Señor don Carlos IV*, Stampa di Antonio Sanchá, 1790.

¹⁸¹ Le citazioni che vengono fatte di seguito sono tratte dal Prologo del libro I.

Quindi, il caso di coscienza con riguardo a un contratto: potrà mostrarlo il teologo che non sa nemmeno redigere un contratto né sa di cosa si compone, né sa ricondurlo ai suoi primi principi?».

Seguendo il profilo degli autori della Seconda Scolastica, Albornoz è un teologo-giurista, che affronta la questione del contratto a partire dal ministero pastorale in funzione di un compito pratico: la guarigione delle anime e l'amministrazione del sacramento della Confessione.

Nel merito, non sembra irragionevole affermare che esiste un collegamento tra la prassi dei confessori d'Età moderna e l'origine della teoria generale del contratto.

II.7.2.2. *Profilo consensualistico*

Albornoz offre una definizione generale del contratto¹⁸² in questi termini: ... obbligazione di una parte verso l'altra: si chiama così perché due distinte volontà vanno a convergere verso un consenso.

In qualunque contratto dobbiamo prestare attenzione a tre elementi sostanziali di questa obbligazione naturale, ovverosia, le parti contraenti, i beni oggetto dell'obbligazione e le modalità con cui si contrae, perché ognuno di essi può rendere invalido il contratto.

Si deduce dalla definizione la necessità del consenso delle parti, perché se le parti non prestano il consenso, non possono stipulare un contratto né obbligarsi.

Risulta esplicito e chiaro il riferimento alla volontà delle parti. Esisteva un fondamento di diritto positivo, perché l'ordinamento di Alcalá del 1348 imponeva, nel regno di Castiglia, il valore obbligatorio della promessa senza le formalità della *stipulatio*, e quella norma era stata reiterata nella nuova raccolta promulgata da Filippo II, pochi anni prima della pubblicazione dell'*Arte dei contratti*.

A differenza di Mercado, che non sottolineava l'accordo volontario, nella concezione di Albornoz il ruolo centrale è giocato dal consenso: si afferma che il contratto è il consenso delle parti contraenti. Dal consenso delle parti, che convengono sull'oggetto della prestazione, sorge l'obbligazione, definita come il diritto passivo, derivata dal contratto; la stessa risoluzione consensuale, definita come operazione contraria al contratto, ha la sua base non nel dissenso, ma in un nuovo consenso.

II.7.2.3. *Allegoria storica sul contratto*

Risulta interessante la disquisizione di Albornoz sull'origine storica del contratto.

¹⁸² Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 231.

«Gli antichi fingevano che Anfione, Tebano e Orfeo di Tracia, fossero così grandi musicisti, che bastò Anfione per costruire, solo con la sua viola, le mura di Tebe, trasportando così le pietre che, con la forza della musica, posizionava dove voleva. Lo stesso dicono di Orfeo, che portava dietro di sé gli alberi, le bestie e tutto ciò che ascoltasce la sua musica, per far uscire dall'Inferno sua moglie Euridice. Queste storie, che normalmente possiedono, sotto l'aspetto esteriore, un significato diverso da quello che mostrano, ci fanno capire l'eccellenza di quei grandi filosofi, che furono i primi coloni delle loro patrie, che erano piene di uomini rozzi e bestiali, i quali non erano diversi dalle pietre senza senso, né delle piante, o bestie che hanno solo l'istinto di conservazione di quel corpo materiale che Dio ha dato loro. Però lo stesso Dio che non abbandona mai colui che non vuole sentirne la mancanza, e, anche se lo volesse, la sua bontà è così tanta, che ci chiama sempre ad essere i migliori e provvede continuamente, quando vi sia la necessità, e alleva uomini dotati di notevole comprensione, ai quali comunica più della sua saggezza e perfezione affinché essi la comunichino ad altri. Tali furono i filosofi Anfione e Orfeo, che con il notevole ingegno che Dio diede loro, conobbero l'imperfezione dei loro concittadini e poco a poco li resero civili con la loro buona dottrina e ingegno, finché permisero loro di essere in grado di conoscere i propri difetti e di valersi delle cose mediante le quali potevano porvi rimedio. E ciò consisteva nell'ubbidire agli anziani, e nessuno era più giusto di colui che più sapeva, così fu ubbidito Anfione dai tebani e, dai monti ove vivevano li raccolse per formare un corpo politico (che significa una città) dove ciascuno dava al prossimo ciò di cui non aveva bisogno e si riforniva di ciò che gli mancava. Questa fu la musica, che è concordia e consonanza (non di archi morti, ma di anime viventi) con cui Anfione raccolse le pietre, che erano uomini barbari e privi di coscienza come le pietre, e con esse costruì il muro di Tebe, che è la città, perché le mura e in generale ciò che chiamiamo città, non consiste di bastioni e torri, recinti o barbacane, bensì negli uomini che lo popolano. Lo stesso fece Orfeo in Tracia, che con il suo ingegno portò alla concordia e alla vita in comune tutti quei barbari e li tirò fuori dalle caverne dove vivevano come bestie, per costruire una città e uno spazio di vita in comune e ciò fu definito "tirar fuori Euridice dall'inferno", che significa "giustizia ampia". Perché la giustizia estende le popolazioni, così come la sua mancanza le restringe e disfa. Lo stesso scrive Vitruvio con riguardo a una fonte, nel regno di Caria, che si diceva avesse il potere di addolcire gli uomini e di effeminarli e afferma che l'origine di questa favola deve ricondursi al fatto che anticamente i Cari e i Lelegi che popolavano quella terra erano uomini bestiali, gente di montagna, che abitavano nelle caverne sotto terra e negli anfratti delle rocce, che, come le bestie, non avevano altre case né l'ingegno per costruirle. E a quella fonte giunse un vec-

chio straniero, che montò un banco con le cose portate dall'estero, e siccome quei barbari andavano lì a prendere l'acqua, iniziarono a contrattare con il vecchio, e poco a poco si resero conto della propria barbarie, e iniziarono a gradire ciò che portava e consigliava loro, fino a quando giunsero a conoscere la perfezione dello stare insieme e la bestialità che li caratterizzava, e poi tutti si misero d'accordo e popolarono quella città, che in seguito divenne la capitale di tutto il regno di Caria, dove la regina Artemisia fece edificare, per suo marito, il re Mausolo, il più famoso sepolcro che sia esistito, che fu considerato una delle sette meraviglie del mondo, ragion per cui tutti i sepolcri sontuosi si chiamano Mausolei. Questa fu la natura di quella fonte, e questa fu la musica di Anfione e Orfeo, che è la giustizia, i cui ministri e sacerdoti sono i giuristi, che insegnano, come, dove e tra chi, devono essere fatti i contratti».

II.7.2.4. *Il tentativo di sistematizzazione*

Dal punto di vista metodologico, l'opera contiene un rudimentale tentativo di organizzazione. Risulta, quindi, opportuno esaminarne il contenuto, per poi poter confrontare il livello di sistematizzazione a cui arriva Albornoz, con quello raggiunto dagli autori successivi.

Nel prologo si legge:

«Ora tratterò le caratteristiche generali e comuni dei contratti, quali sono i principi universali che governano tutti i contratti, quelli personali, reali, e misti, senza conoscere i quali, non si possono comprendere bene le caratteristiche particolari di ciascun contratto» (libro I, Prologo).

Si riconosce, dunque, in Albornoz un esplicito tentativo di studiare ogni contratto analiticamente, ma sempre in rapporto con gli altri, con i quali viene intessuta un'idea generale, sempre guidato dall'interesse morale, e in particolare dall'obiettivo di fornire ai ministri del sacramento della Confessione orientamenti o regole che andassero oltre la casistica per giungere all'elaborazione di un certo schema generale.

«... Spero che qualunque confessore che abbia una comprensione media, sebbene non sia istruito, possa esercitare in maniera soddisfacente il suo ufficio, con un grado di perfezione superiore a come lo hanno svolto, fino ad ora, gli uomini istruiti, caricati di *Somme*, *Manuali* e *Confessionali*, in cui le cose non sono trattate secondo un'arte e un metodo universali, ma da singoli individui. E chi non ci crede, faccia riferimento all'esperienza a cui io stesso mi riferisco».

Persino Albornoz, come altri autori dell'epoca, riferisce di essere il primo ad elaborare una sistematizzazione dei contratti:

«Se dicessi di essere stato io il primo a sistematizzare quest'arte e metodo universale grazie al quale si può conoscere l'approvazione e disapprovazione degli stessi [contratti], forse non mentirei, almeno rispetto ai filosofi Gentili e Cristiani, così come Greci e Latini, di cui abbiamo oggi gli scritti, e nemmeno nei teologi che ho letto l'ho vista o trovata [una sistematizzazione], nonostante abbia esaminato tutti quelli che ho trovato, con la diligenza che mi è stata possibile ...».

Sebbene l'affermazione di Albornoz non costituisca una prova inconfutabile, rappresenta indubbiamente un indizio della veridicità della nostra tesi, nel senso che prima del XVI secolo non è dato rinvenire una trattazione sistematica della materia contrattuale.

Inoltre, Albornoz segnala che la disciplina dei contratti deriva fondamentalmente dal diritto naturale o delle genti.

«Se, da un lato, la materia delle ultime volontà di cui si tratta più avanti, è più sottile e più elevata rispetto alla materia dei contratti, non si può negare che quest'ultima è più comune, più praticabile e persino più naturale per l'uomo ...

E per questo dissi che è più naturale questa materia piuttosto che quella successoria, perché, anche se è naturale per l'uomo lasciare ciò che ha quando muore, notiamo che il diritto civile ha, in questo ambito, più giurisdizione rispetto al diritto naturale, nello stabilire che il testamento abbia molti testimoni, che si faccia a una certa età, che il testamento che non sia fatto con i requisiti previsti non sia valido, e tutto il resto che il Diritto dispone. E ogni Popolo ha i propri costumi in questo ambito, e ci sono molti che non sanno nemmeno cosa sia un testamento.

Al contrario, non conosciamo nessuno che non abbia contrattato per comprare, vendere, permutare, affittare e dare in deposito, o stipulato altri contratti, con maggiore e minore livello di perfezione a seconda dell'ingegno di ogni gente.

I nostri Castigliani, quando scoprirono gli indiani d'America, con il baratto (che chiamavano "*rescate*", ossia soccorso) fecero le proprie contrattazioni, e poterono entrare, dando pettini, sonagli e specchi, in cambio del cibo di cui abbisognavano, nonché dando altre cose che gli indiani non conoscevano. Questa stessa maniera di procedere è stata adottata con gli abitanti della Florida, e attualmente con i popoli delle isole dei Bacallaos, ove ricevono pesce, che tali isole hanno in abbondanza, a cambio di altre cose da barattare che portano da qui, fino a riempire le loro navi di quel pesce che danno loro a cambio di altre cose. Lo stesso viene fatto dai portoghesi con tutti i neri di Etiopia e in questo modo entrarono in India orientale, ove si usa la moneta e i metalli valgono il loro prezzo. Lo stesso fu fatto in Cina. Nella terra che chiamiamo Nuova Spagna fino al Guatemala, c'erano le fave di cacao invece delle monete, che sono come piccole mandorle che i suoi abitanti mangiano, e con cui si preparano certe bevande, e queste venivano utilizzate come merce generale di baratto con qualsiasi altra cosa, quasi rappresentavano delle monete, come se si trattasse di contratto di compravendita.

Ho fatto un breve riferimento a ciò che si pratica nelle parti del mondo, di cui oggi abbiamo notizia, per dimostrare come questo gruppo di contratti sia il più naturale per il genere umano, e, ovunque si vada, si impiega nello stesso modo, tra genti che non si capiscono mediante la lingua ma con i gesti. E siccome è il più naturale, è il più immutabile e meno soggetto a cambiamenti e alterazioni che, invece, hanno caratterizzato le altre aree del diritto civile perché l'ordinamento giudiziario dell'Italia non è uguale a quello spagnolo, e in Spagna è molto diverso da quello della Catalogna, dell'Aragona ed entrambi sono assai differenti da quello della Castiglia, e in Castiglia è molto diverso da una zona all'altra, in una vi è il foro di Sepulveda, in un'altra quello di Cuenca, Cáceres ha un proprio foro. Nei tribunali si pagano decimi per l'esecuzione, in un altro luogo non si pagano. A Puerto Real il criminale è al sicuro nella piazza, in un altro posto, a solo due leghe, è al sicuro nella chiesa. Ieri non si poteva far uscire dal regno di Navarra il delinquente che in Castiglia avesse commesso un crimine, oggi lo fanno uscire dal Portogallo che è un regno diverso, in maniera tale che il luogo e il tempo fanno variare tutte le aree del diritto civile; chiamo diritto civile, anche se è del Regno, tutto ciò che è stato introdotto dal Diritto Positivo. Ma i contratti, siccome sono diritto delle genti, in tutte le popolazioni, tempi e luoghi sono e sono sempre stati gli stessi nella sostanza, poiché nella qualità ci può essere qualche cambiamento, ma nella sua essenza non può esservi.

Questa è la materia oggetto di questo libro, della quale – approfondendola per portare a compimento la dimostrazione che precedentemente mi sono proposto – dico in sintesi che ogni contratto consiste di due estremi; quello dell'obbligato che si obbliga, che si chiama debitore e l'altro, ossia quello del soggetto verso cui ci si obbliga, che si chiama creditore, in modo tale che non può esservi contratto con un solo soggetto, il che non avviene con riguardo alle altre cose di cui abbiamo trattato, perché un uomo che pesca, o caccia, o trova un tesoro, ne acquisisce il possesso e diventa un vero signore da solo senza l'intervento di un altro soggetto, cosa che non avviene nei contratti, in cui ci sono necessariamente due estremi, e ciò è reso evidente da quella particella CON, che in latino e nelle lingue romanze significa *insieme*. E non possono esservi unioni, se non tra cose diverse, come vedremo più avanti nell'analizzare i tratti comuni dei contratti».

II.7.2.5. Creditore e debitore, credito e debito

Nel tentativo di realizzare l'annunciata sistematizzazione, Albornoz presenta dunque uno schema sommamente astratto di creditore e debitore; mettendo a confronto l'obbligazione con il suo opposto; ma invece di chiamare l'opposto dell'obbligazione come diritto di credito, lo chiama azione, cosa che diede origine a una disquisizione che sembra erronea, perché confonde il diritto di credito (categoria sostanziale) con l'azione (categoria processuale).

II.7.2.6. *La classificazione dei contratti*

Albornoz tenta inoltre una classificazione dei contratti che risulta estremamente primitiva e perfino incongruente.

Di seguito viene trascritta la parte in cui egli tenta una classificazione, che è il segmento della sua opera che più si avvicina a una teoria generale o approccio sistematico. È un tentativo di schematizzazione logica, simile a quello che sarà effettuato da Francisco García.

Ciò che appare significativo è il suo uso dello schema logico dei contrari, subcontrari, e alterni, da cui dipendono due variabili: il carattere gratuito od oneroso del contratto e quello della definitività o meno dello scambio.

«I [contratti] principali sono la donazione e la compravendita, ... questi due contratti saranno la materia di questo libro, perché sono i padri di tutti gli altri, che da essi dipendono nell'ordine che ora vedremo. Presuppongo che naturalmente, e in diritto, due cose possono essere contrarie in due modi diversi: o semplicemente contrarie, o Ripugnanti (denominate dai logici contraddittorie). Si definiscono ripugnanti quelle per cui l'esistenza di una esclude l'altra, come la Morte e la Vita. Contrarie sono quelle cose che non possono stare insieme, ma tra loro vi è una certa convergenza e possono essere entrambe false, ma non entrambe vere, come se uno dicesse: tutti gli uomini sono delinquenti, e un altro dicesse: nessun uomo è un delinquente. Queste due proposizioni sono tra loro contrarie, perché non possono essere entrambe vere, e non possono dire, allo stesso tempo, la verità coloro che le affermano; piuttosto, possono essere false entrambe. ... E consiste in questo, capire la Permutazione di tutti i contratti, ... dico che la donazione e la vendita, sono due contratti tra loro contrari, ma non ripugnanti perché non si distruggono a vicenda: se contratto con una persona, e non gli do un libro che mi chiede, non per questo può dirsi che sia una vendita, perché posso prestarglielo, affinché lo utilizzi per quindici giorni e me lo restituisca una volta trascorso questo periodo di tempo. Questo è un contratto, non vi è dubbio salvo sul tipo contrattuale, non è una donazione nemmeno una vendita, quindi la donazione e la vendita non sono ripugnanti, perché se lo fossero, non essendo una donazione, dovrebbe essere una vendita, di modo che sono contrari, e da ciò ne consegue che, posto che sono diversi in tutto il resto, devono avere qualcosa in comune, ossia il genere, perché entrambi sono contratti e hanno in comune il trasferimento della proprietà della cosa oggetto del contratto, da un contraente all'altro, ... da questa convergenza universale dei contratti più risalenti, ne deriva che, a metà strada, devono esserci altri contratti; che partecipano della natura di uno di essi, e questi servono come trampolini per passare da un contrario all'altro, come succede coi colori: il bianco ha i suoi colori particolari; passando, grado per grado, da un colore all'altro fino ad imbattersi nei colori legati al nero.

E passando attraverso tali colori ciò che prima era perfettamente bianco diventa perfettamente nero. Concluderò con un solo esempio molto tangibile. Nella Musica ci sono quattro voci ordinarie, che sono il contrabbasso, e l'opposto di questo è il soprano, il tenore e il contralto sono, invece, voci intermedie, e il

tenore è soggetto al contrabbasso e il contralto al soprano, non possiamo negare che il soprano e il contrabbasso siano due cose contrarie; perché il compito del primo è salire e quello del secondo è scendere, queste due voci hanno in comune il fatto di essere voci, ossia il genere. E il fatto di non essere soprano, non significa che sia un contrabbasso, perché potrebbe essere tenore, che non è né l'uno né l'altro. In tal modo si giunge alla conclusione che il soprano e il contrabbasso sono contrari, e non ripugnanti; affinché il soprano giunga ad essere contrabbasso, non può non passare attraverso le voci ad essa sottoposte e attraverso quelle sottoposte al contrabbasso, e passando attraverso di esse fino al contrabbasso, in maniera tale che il soprano scenda ad essere contralto, per poi scendere a essere tenore, che è sottoposto al contrabbasso, e da lì diventi contrabbasso.

E nello stesso ordine il contralto può salire per essere soprano. Applicando ciò ai nostri contratti, dico che chiunque debba giudicare tra contratti, si trova nell'impossibilità di farlo se non conosce la natura non solo di ciascuno di essi, ma anche di quelli che sono subordinati rispetto ai principali e non sa quali sono e tra quali contratti sia ammesso o negato un certo transito. Questo è stato il mio tentativo in questo prologo (nel quale tratto l'aspetto comune a tutti i contratti reali), e in ciò che rimane di questo libro cercherò principalmente di mostrare il contratto principale e i suoi subordinati, e come nelle combinazioni di due contratti si passi da uno all'altro; di modo che, colui che conosce ciò, potrà, azzardatamente ma anche esattamente, pronunciare tutto ciò che gli venga chiesto in merito a qualunque contratto, secondo l'arte e le regole universali, anche se non ha studiato quale sia lecito, né quale sia illecito, perché ciò risulta di per sé evidente (senza bisogno di un altro maestro).

Chi, invece, non conosce ciò, anche se si rompesse la testa per molti anni, studiando somme, manuali e trattati, non potrebbe giungere a conoscerlo, e le sue conoscenze non le avrà ottenute grazie all'arte, bensì per tentativi, ricordandosi, in quell'autore che ho letto, che era un caso di coscienza. E ora tra questi due, la differenza che c'è tra i medici empirici (che sono romanzieri dell'esperienza) e quelli razionali che sono coloro che conoscono secondo l'arte, che il medico di esperienza non sa dire altro se non: "ho visto applicare tale unguento per un dolore alla gamba e fu curata", se vede un'altra persona con un dolore nella stessa zona e glielo applica, può essere che il dolore raddoppi, perché non sapeva se quel dolore, che fu curato con il primo unguento, dipendesse dal calore o dal freddo e guarisse con sostanze calde, e se adesso questo dolore dipende dal calore e gli applica lo stesso unguento di sostanze calde, raddoppierà, il che non lo rende un medico razionale, che guarda e sa riconoscere da dove proviene il dolore ed applica il rimedio corretto. Si sarà stufato con questa divagazione dalla materia alla quale ora torno per applicare tutto ciò che ho detto. Dico che i due contratti principali esistenti nel diritto civile sono la donazione e la vendita e a questi due si riducono tutti gli altri, in posizione subordinata ...».

Evidentemente esiste una pretesa di pensiero sistematico, retto dalle regole della logica, che non avevamo trovato in Mercado.

II.7.2.7. Valutazione critica

Altra questione è stabilire se Albornoz raggiunse il suo obiettivo di lasciarci un discorso coerente e utile sul contratto, che possa essere considerato come l'origine di una teoria generale.

Secondo Birocchi, non può esistere in Albornoz uno sviluppo della teoria generale del contratto, posto che il giurista non solo non crea un'opera speculativa, dichiarando – come fece Mercado – di volersi occupare delle forme di contrattazione concretamente utilizzate nella pratica, ma afferma di poter dimostrare che non ne potevano esserne altre, ragion per cui, il principio consensualistico, inizialmente sostenuto, non si concretizza nell'ammissione generalizzata della forza vincolante dei contratti innominati.

In effetti, dopo aver presentato una sistematizzazione dei contratti nominati, aggiunge in un altro paragrafo:

«... questi sono tutti i contratti che possono esserci nel mondo, e così, come penso che nessuno (non importa quanto geniale) possa dimostrarmi che esiste un altro contratto, né immaginarne uno che non ricada in uno dei tipi sopra esposti, oso affermare che ho portato a termine la coraggiosa promessa fatta prima, di dimostrare che non possono esserci altri contratti al di là di quelli indicati in questo libro, la cui utilità, torno a dire, servirà non solo per non usare trucchi e per conoscere quelli che altri vorrebbero utilizzare ...».

Il tentativo sistematico non è, quindi, accompagnato da una generale accettazione del principio consensualistico, nel senso dell'ammissione generalizzata della piena validità giuridica dei contratti atipici. Si osserva, a questo punto, in Albornoz un pensiero tipologico, molto comune nel diritto medievale. Per lui, solo i contratti nominati sono moralmente validi, posto che le combinazioni comunemente portano alla frode e all'usura.

Albornoz ribadisce la sua idea per cui i contratti si riducono a quelli nominati.

«Nei libri prima di questo abbiamo esaminato tutti i titoli universali, mediante i quali ogni uomo può disporre di ciò che possiede o acquisire ciò che non ha. In questo libro (secondo quanto da me promesso nei precedenti) mi addentrerò nei titoli particolari, mediante i quali si può acquisire o trasferire la signoria e il possesso di ciò che viene contrattato dagli uomini, ragion per cui ho intitolato l'intero libro *dei contratti*. Perché in questo libro (con l'aiuto di Dio) verrà trattato in generale e in particolare, qualsiasi contratto che gli uomini possono concludere; e a dimostrazione di ciò (che nessuno può negare), vedremo come non esiste, né può esistere né può essere immaginata nella vita dell'uomo, una specie di contratti diversa da quelli che saranno qui esaminati¹⁸³.

¹⁸³ Questa negazione della validità dei contratti innominati è fortemente contestata da Oñate. T. I – Disp. II – S. I – n. 89.

Materia di grande importanza, non solo per la vita comune, la quale consiste nella contrattazione tra gli uni e gli altri, ma soprattutto per non perdere la vita eterna per cui siamo cresciuti. Perché non vi è altra area del diritto in cui sia così certo il profitto del Diavolo, come nelle frodi e negli inganni che vi sono nella contrattazione, i quali sono tanto più dannosi, quanto più nascosti».

Come si vede, il motivo della sfiducia nei confronti dei contratti innominati risiede sempre nel fatto che lo scostamento dai modelli tipici e semplici può sempre nascondere il peccato dell'avarizia e dell'ingiustizia.

Questa conclusione restrittiva sarà fortemente criticata dalla dottrina immediatamente posteriore¹⁸⁴. Ci troviamo davanti, soprattutto con riguardo a questo punto, a un'opinione divergente da quella di Oñate, che non condanna in assoluto i contratti innominati, critica duramente la posizione di Albornoz e sostiene che la tesi di questo secondo cui i contratti atipici sono sempre atti immorali, si scontra con la storia del diritto privato¹⁸⁵. Se Albornoz tenta di abbozzare un pensiero sistematico, ma non riesce a concettualizzare un modello di contrattazione aperto, Oñate combinerà con successo un pensiero sistematico tendente alla classificazione dei contratti in base alla rispettiva natura, con una concezione aperta del contratto basata sulla libertà, costituendo il vero antecedente della visione moderna del contratto.

II.7.3. *Il Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos di Francisco García (1583)*

II.7.3.1. *Introduzione*

Come abbiamo indicato, prima del XVI secolo, quando scrivevano Molina, Lessio ed altri autori della Seconda Scolastica, ci furono studi importanti sui contratti, però questi venivano sempre analizzati in particolare (ad esempio la vendita e l'usura), non in generale. Ciò, con l'eccezione, che sarà puntualmente studiata, del trattato di Francisco García, il quale, tuttavia, è lontano dal raggiungere il livello strutturale proprio della teoria generale di Oñate.

Marjorie Grice-Hutchinson afferma che, negli anni Settanta del Cinquecento, nacque a Valencia un gruppo interessante di economisti le cui idee erano basate su quelle della Scuola di Salamanca, e cita Miguel

¹⁸⁴ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 233.

¹⁸⁵ Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, T. I – Disp. II – S. I – n. 89: «*Sed prima statim fronte se nobis opponit Albernocius, lib. 2 de arte contract. Tit. 18, ubi acriter invehitur inveteres Iurisconsultos, & DD omnes, & negat esse innominatos aliquos contractus: sed temere prorsus contra omnes scribentes, & tex expressos, & contra ipsius rei evidentiam, ut ex dicendis constabit: quare delirium eius omnes irrident*».

Salón, Bartolomé de Albornoz e Francisco García, che viene definito come «talentuoso economista»¹⁸⁶.

Il libro di Francisco García, edito a Valencia nel 1583, è intitolato *Tratato utilissimo e molto generale di tutti i contratti che negli affari umani vengono solitamente utilizzati*. L'opera è stata recentemente presentata e analizzata da Horacio Rodríguez Penelas¹⁸⁷.

II.7.3.2. Valore metodologico

Rodríguez Penelas afferma che il libro di Francisco García presenta diversi punti che lo rendono un'opera di grande valore intellettuale:

A. in relazione ad altri scritti di questo tenore, l'estesa opera di Francisco García focalizza l'attenzione sulla divisione e l'analisi dei diversi modi in cui gli accordi e i contratti umani possono essere formalizzati, al fine di far luce sugli elementi che li integrano e che risultano rilevanti per la loro qualificazione funzionale e morale. Ha, pertanto, un carattere più organico e sistematico rispetto ad altre opere precedenti (Azpilcueta, Mercado o Albornoz);

B. pur non trattandosi di mera casistica, non si può però affermare che sia una sistematizzazione astratta o formale, posto che viene effettuata sulla base di una profonda conoscenza delle forme vigenti nella società spagnola del secolo XVI, considerando gli elementi essenziali che le definiscono; riesce ad elaborare, in questo modo, una teoria delle forme di scambio che trascende in parte le limitazioni temporali accidentali. L'immagine che ci offre della Spagna del XVI secolo è viva, dinamica, interna; e disegna un quadro dei costumi di grande interesse storico;

C. allo stesso tempo, essendo scritta in castigliano – come nel caso di Mercado e Albornoz, una delle sue finalità consisteva nel rendere accessibile ai cittadini i contenuti che necessariamente sono coinvolti negli scambi – riflette uno stile non eccessivamente accademico, sebbene preciso in termini economico-giuridici e di importante valore filologico.

Secondo Rodríguez Penelas, il metodo utilizzato da Francisco García è fenomenologico. Attraverso l'astrazione, si focalizza ogni contratto e si cerca di determinarne l'essenza, per poi definire la giustizia o ingiustizia offerta dalle sue forme e applicazioni concrete.

Come Albornoz, che sosteneva di essere il primo ad aver progettato un ordine per la trattazione della materia contrattuale secondo le regole della logica formale, materia che, secondo lui, fino ad allora, era stata studiata

¹⁸⁶ Cfr. M. GRICE-HUTCHINSON, *The school of Salamanca*, cit., 46.

¹⁸⁷ H. RODRÍGUEZ PENELAS, *Ética y sistemática del contrato en el Siglo de Oro. La obra de Francisco García en su contexto jurídico-moral*, Euns, Pamplona, 2007, 32 ss.

solo in maniera empirica e casistica, García pretende persino di essere il primo a tracciare le linee di una teoria generale del contratto.

II.7.3.3. *Concetto di contratto*

La concezione del contratto in Francisco García implica continuità con la tradizione scolastica che ne privilegiava l'aspetto oggettivo. L'autore sottolinea l'importanza di determinare chiaramente la natura di ciascun contratto, posto che essa definisce di che tipo di contratto si tratti, sempre con lo scopo di determinare la sua liceità o illiceità. A questo proposito sottolinea:

«... diciamo che la natura di un contratto non dipende dell'intenzione delle parti contraenti, nel senso che abbia quella, o sia della specie che, i contraenti vogliono o fingono di volere».

E poi aggiunge:

«Il contratto che ha una certa natura e non un'altra, che sia di una specie piuttosto che di un'altra, dipende non dall'intenzione e volontà delle parti contraenti, ma dalle qualità e condizioni con cui sarà pattuito».

In queste parole si può identificare una concezione di contratto con una carica inferiore di soggettività, più in sintonia con la natura dell'operazione¹⁸⁸.

Pur essendo sempre orientato a risolvere i casi di coscienza che si presentano nella pratica del commercio, l'autore appare animato dall'esigenza di proporre una trattazione completa della materia contrattuale, seguendo la scienza e l'arte; criticava apertamente l'opera di Albornoz, di cui metteva in discussione la competenza come giurista, e in particolare quella di un giurista capace di risalire ai primi principi¹⁸⁹. Definiva il contratto come «consenso legittimo di molti, che, insieme, convengono su una certa cosa, dal consenso dei quali nasce, per una od entrambe le parti, una obbligazione». Identificava tre elementi necessari per la validità del contratto: il consenso, la sua legittimità e il suo scopo, volto a creare obbligazioni tra le parti o almeno in capo ad una di esse¹⁹⁰.

Criticava la dottrina di Soto perché questi negava il carattere di contratto alla donazione, in base al fatto che si trattava di un atto di liberalità e non di giustizia, e, dunque, poiché, con questo criterio, sarebbero stati esclusi dall'elenco dei contratti anche il mutuo e il comodato; tutti questi contratti implicano una liberalità iniziale, ma danno origine ad obbliga-

¹⁸⁸ *Ibidem*, 72.

¹⁸⁹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 235.

¹⁹⁰ *Ivi*, 236.

zioni una volta perfezionati. La stessa critica sarà fatta da Oñate, gettando le basi della teoria generale del contratto.

II.7.3.4. *La teoria generale del contratto in Francisco García*

Dal punto di vista della storia del pensiero sulla teoria generale del contratto, l'opera di Francisco García presenta un interesse speciale. Da un lato, e a prima vista, mantiene il formato utilizzato dagli autori delle somme nello studio della tematica, privilegiando l'analisi dei contratti in particolare, soprattutto, la vendita e l'usura.

Tuttavia, contiene due importanti elementi di progresso verso la teoria generale del contratto.

In primo luogo, nei capitoli 10 e 11, García sviluppa un'interessante posizione a proposito della responsabilità contrattuale in generale, dissertando sul danno emergente ed il lucro cessante nei contratti. Ciò implica una visione generale, sebbene non riguardo al contratto, bensì all'inadempimento contrattuale in generale.

Inoltre, contiene un pensiero allo stesso tempo aperto e sistematico. García afferma nel prologo:

«... i lettori troveranno questa materia ridotta a scienza e arte con un buon ordine e metodo. E non ho utilizzato questo metodo solo nell'organizzare e ordinare i contratti tra di loro, ma anche nel trattare ciascuno di essi; perché con riguardo a ciascuno di essi si trattano tre aspetti secondo il loro rispettivo ordine. Il primo, qual è la sua natura e sostanza; il secondo, quali sono le obbligazioni di ciascuno dei contraenti in virtù di tale contratto ed efficacia di quest'ultimo. E queste [le obbligazioni] non le troverai qui ammucciate e mischiate tra loro, come avviene nelle somme, bensì ben distinte tra loro, ed ordinate così chiaramente che la seconda nasce dalla prima o fa seguito alla stessa e la terza dalla seconda e la quarta dalla terza, e così via, mantenendo l'ordine richiesto dalla dottrina e dalle leggi dell'arte e della scienza. Il terzo aspetto coinvolto è dedicato a suddividere il contratto nelle sue diverse specie e modi, aggiungendo, per maggior chiarezza una tabella, nella quale sono contenute, per un'immediata comprensione, tutte queste specie e modi, in maniera tale che possano rimanere impressi nella memoria»

Tuttavia, il piano sistematico annunciato nel Prologo non viene poi sviluppato nell'opera; García affronta un capitolo 1, che tratta della definizione e divisione del contratto, in sole sei pagine (considerando l'edizione di Eunsu), per poi passare immediatamente, nel capitolo 2, al contratto di deposito e poi agli altri contratti nominati.

Fatte salve le considerazioni relative all'inadempimento, è solo nel capitolo 21, ultimo dell'opera, ove García riassume il tema «della convergenza e differenza che tutti i contratti primari e principali presentano tra loro» e presenta la tabella a cui si era riferito nel Prologo.

«Per concludere tutta questa materia contrattuale, ci manca una sola verifica che consiste nel determinare alcuni elementi che sono necessari per avere maggiori informazioni sui contratti.

Dobbiamo trattare, principalmente, dei tratti in comune e delle differenze che tutti i contratti principali e primari presentano tra loro, e della contrarietà tra loro, imitando Porfirio, che, dopo aver affrontato tutti i predicabili, e ognuno in maniera separata, alla fine descrisse i punti in comune e le differenze che vi erano tra essi, affinché fosse meglio compresa, in questa maniera, la natura di ciascuno.

Per quanto riguarda il primo, si noti che la donazione e la vendita sono i più rilevanti tra tutti i contratti ... sono contratti principali, a cui sono riconducibili quasi tutti gli altri, ciascuno nel suo ordine e categoria. E così la donazione è a capo e rappresenta la misura di tutti i contratti ad essa subordinati e soggetti, e la vendita è a capo e rappresenta la misura di tutti quei contratti che sono ad essa soggetti e subordinati ...

Esistono due categorie di contratti: una è quella della donazione, e l'altra quella della vendita. Pertanto, ci sono due categorie di contratti o due ordini. La prima è costituita dalla donazione insieme ai contratti ad essa subordinati. La seconda è costituita dalla vendita con i suoi contratti subalterni. La donazione ha, come contratti subalterni, il prestito-mutuo, e il prestito-comodato. La vendita ha, come contratti subordinati, la permuta e la locazione. E anche se la donazione, con i suoi contratti subalterni, e la vendita, con i propri, presentano una grande vicinanza e affinità, l'intera categoria della donazione è contraria a quella della vendita; e ogni contratto di una categoria, è contrario a ogni contratto dell'altra. La donazione e la vendita sono come estremi opposti. I contratti subalterni dell'una e dell'altra categoria sono come medi contrari, tra i quali, alcuni si avvicinano di più alla natura di un estremo, mentre altri, più alla natura dell'altro; ciò lo vediamo nella contrarietà tra bianco e nero, e più chiaramente nella contrarietà tra le quattro voci della musica quali: soprano, contralto, tenore e contrabbasso. Il soprano e il contrabbasso sono voci estreme, due estremi opposti; il contralto e il tenore sono come due medi contrari, dei quali il contralto è una voce che si avvicina di più alla natura del soprano e il tenore è una voce che si avvicina di più alla natura del contrabbasso. Allo stesso modo, la donazione e la vendita sono estremi opposti; il mutuo e il comodato, da una parte, e la permuta e la locazione, dall'altra, sono medi opposti, di cui i primi due sono più vicini alla natura della donazione, e gli altri due alla natura della vendita. Tutto ciò viene chiaramente mostrato nella figura a pagina XX.

Questi sei contratti sono come elementi di molti altri.

Più avanti faremo notare che con questi sei contratti si formano gli altri, o molti di essi, come i quattro elementi si uniscono per creare le altre cose naturali composte. Perché, come le cose naturali composte si risolvono nei quattro elementi, così gli altri contratti, o molti di essi, sono riconducibili a uno od alcuni di questi. Ne consegue che, per comprendere la qualità e la natura di molti contratti, è necessario studiare con molta diligenza a quale di questi sei siano riconducibili, perché la loro qualità e natura dipenderà dalla natura e qualità di quel contratto a cui sono riconducibili. Allo stesso modo diciamo che le

cose composte sono di quella qualità e natura proprie dell'elemento predominante in cui si risolvono. E siccome l'abilità nell'intendere questi contratti di difficile comprensione è una cosa importantissima e ancor più necessaria al fine di giudicare, senza errore, la giustizia degli stessi, faremo qui alcuni esempi di questa materia.

... E finalmente abbiamo trattato, a mio avviso e giudizio, se non mi sbaglio, di tutte quelle cose che, in questa materia, potrebbero rientrare nell'ambito della scienza e dell'arte, per escludere le cose che sono incerte e indeterminate ... Queste ultime, essendo infinite, incerte e indeterminate, non possono essere incluse nell'ambito della scienza. È così tanta l'avidità degli uomini e così grande la sete di beneficiarsi quando stipulano un contratto, che, anche quando, per sua natura e qualità, non hanno il diritto di avvantaggiarsi, pur di ottenere un beneficio, inventano e aggiungono tali patti e condizioni, che lo rendono forzato e "preso per i capelli", fino a procurare a sé stessi un grande vantaggio, a scapito dell'altra parte.

Ho ben chiaro e oso dire che chi conosce bene la natura e le proprietà di ciascun contratto, come qui viene spiegato, può facilmente indovinare e sapere, quando il patto aggiunto accidentalmente, sia lecito o illecito, perché rende, a sua volta, lecito o illecito il contratto a cui è aggiunto, spostandolo da specie ad un'altra, da una qualità ad un'altra ... Ho già detto all'inizio che era mia intenzione, in quest'opera, ridurre la materia contrattuale a scienza e arte, e spiegare separatamente, con ordine e chiarezza ciò che gli autori delle somme scrissero senza arte e ordine, in maniera "ammucchiata", e, a volte, in modo confuso e con poca chiarezza»¹⁹¹.

Si percepisce evidentemente, sul solco tracciato da Albornoz, uno sviluppo della teoria generale del contratto, forse il germe di ciò che sarebbe stata in seguito la sistematica e dogmatica giuridica del XIX secolo. Tuttavia, non risulta svincolata dalla sua matrice tipologica, che si colloca nell'impalcatura teorica come chiave certa per cogliere la giustizia o l'ingiustizia del contratto, quintessenza dell'arte secondo Tomás de Mercado e Bartolomé de Albornoz, determinata dalla necessità morale.

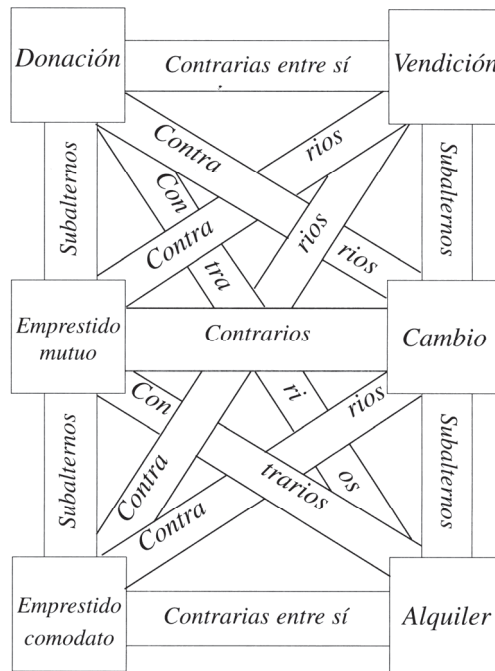
Rodríguez Penelas ha analizzato l'importanza di questa classificazione sistematica nell'ambito della storia delle teorie sul contratto¹⁹².

Secondo il parere di Francisco García, una prima questione attiene ai criteri per ordinare i contratti in un quadro logico. Da un lato, un criterio è quello della natura dell'oggetto della prestazione, che può essere una cosa specifica o generica. L'altro criterio consiste nell'esistenza o meno di una controprestazione.

Dalla combinazione di tali criteri, García elabora un quadro schematico.

¹⁹¹ GARCÍA, Francisco, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos*, 1583, Collección de pensamiento medieval y renacentista, EUNSA, Pamplona, 2003, 541-545.

¹⁹² RODRÍGUEZ PENELAS, Horacio, *Ibidem*.



Rodríguez Penelas analizza in dettaglio le relazioni logiche tra i concetti, poiché alcuni di loro sono contrari e altri subalterni¹⁹³.

La donazione è a capo dei contratti gratuiti, nei quali non esiste una controprestazione. Il prestito-mutuo e il prestito-comodato sono concetti subalterni rispetto alla donazione.

A sua volta, la compravendita è a capo dei contratti onerosi, in cui esiste una controprestazione. Lo scambio o permuta e la locazione sono contratti subalterni alla compravendita.

Tutti i contratti di tipo gratuito sono contrari a quelli di carattere oneroso.

Quindi la donazione è contraria alla compravendita, poiché in quest'ultima vi è una controprestazione che manca nella donazione, ed è anche contraria agli altri contratti onerosi, ossia la permuta e la locazione.

La compravendita è contraria a tutti i contratti gratuiti (donazione, mutuo e comodato).

La compravendita e la donazione, da un lato, e il comodato e la locazione, dall'altro, sono contratti tra loro contrari.

Il mutuo e la locazione sono anch'essi contrari tra loro, perché uno è gratuito e l'altro è oneroso.

¹⁹³ RODRÍGUEZ PENELAS, Horacio, cit., 85 e 86.

II.7.3.5. *Il metodo tassonomico di Francisco García*

Ebbene, per effettuare una corretta analisi della liceità di un contratto, García propone una procedura basata sulla considerazione della sua natura per determinarne la specie. È necessario, in primo luogo, accertare se la cosa viene consegnata in maniera gratuita o onerosa, il che definisce a quale categoria appartiene il contratto, per poi verificare che cosa viene trasmesso e definire di quale contratto si tratta. Questo procedimento risponde a una visione oggettivista e realista della tematica contrattuale, perché basato sulla natura del contratto, per definirlo con precisione ed essere in grado di determinare quali sono le condizioni in cui viene lecitamente stipulato e quando, invece, mette a rischio la giustizia.

È di particolare interesse verificare che il metodo tassonomico sarà quello utilizzato per procedere all'analisi del valore giuridico di tutti i contratti, anche quelli innominati¹⁹⁴; così García fa un passo avanti rispetto ad Alborno, ammettendo in linea di principio il consensualismo.

García fornisce anche la prova di come i concetti teorici sistematizzati saranno usati per la risoluzione di casi di carattere complesso o combinato, sempre con lo scopo di indagare la liceità od illiceità del negozio giuridico in termini di giustizia commutativa, intesa come equivalenza delle prestazioni.

Riportiamo la trascrizione interessante e descrittiva della risoluzione di due casi di contratti complessi. Uno relativo all'allevamento del bestiame; e l'altro, estremamente sofisticato, chiamato *bestreta* dai valenciani. Si vedrà chiaramente come García, dopo aver descritto il contratto, lo analizza, separandone le parti, sulla base della tipologia, precedentemente fissata, dei contratti nominati, studiando quindi l'equilibrio che risulta tra i diritti e le obbligazioni delle parti.

«C'è un contratto molto usato tra le persone che hanno il bestiame, che può così descriversi: un proprietario di bestiame dà cento capi di bestiame a un pastore, pattuendo che il pastore presti il suo lavoro, consistente nel pascolo e nella custodia del bestiame; a ciò si aggiunge la pattuizione per cui deve essere sempre mantenuto il numero di capi di bestiame consegnati (100), sostituendo eventualmente gli animali deceduti con i nuovi nati; alla fine dell'anno, tutti i frutti dell'allevamento – eccetto i capi di bestiame necessari a rimpiazzare eventuali capi deceduti e a mantenere il numero di capi inizialmente consegnati – sarà diviso tra il proprietario e il pastore in parti uguali. Spesso ci si chiede se questo contratto fatto con tali patti e condizioni sia lecito. Colui che deve giudicare, senza errori e con molta certezza, la rettitudine di questo contratto, prima di tutto dovrà indovinare e chiarire di che contratto, tra quelli proposti, si tratti: se è una vendita, una permuta, una locazione ...

¹⁹⁴ Sull'importanza del método tipologico nella teoria generale del contratto, in relazione alla questione dell'equilibrio contrattuale, si veda *supra*, 1.9.

Una volta intesa, in questa maniera, la qualità e la natura del contratto, si comprenderà facilmente la rettitudine dello stesso; la quale consiste nello stabilire se il pastore riceve una remunerazione sufficiente per il suo lavoro – remunerazione consistente nella metà dei frutti del bestiame alla fine di ogni anno, dopo aver sottratto i capi necessari a reintegrare il numero totale di capi di bestiame inizialmente consegnati (cento). È bene notare che qui interviene un contratto aleatorio, il quale solitamente si mescola a molti contratti, in virtù del quale due contraenti si espongono alla fortuna di trarre un profitto ovvero al rischio di perdere, in relazione alla remunerazione dovuta al pastore. Il proprietario del bestiame si espone a questo pericolo: se fossero molti i frutti o il profitto derivante dal bestiame, metà dei quali ha un valore superiore a quanto meriti il pastore per il suo lavoro, il pastore riceverà un salario maggiore rispetto a quello che otterrebbe in altro modo. Per altro verso, il proprietario del bestiame si espone a questa fortuna: che essendo scarsi i frutti e ricevendo solo la metà, il pastore riceva meno di quello che merita per il suo lavoro.

Anche il pastore si espone al pericolo di ricevere una remunerazione inferiore a quella che il suo lavoro merita secondo giustizia, se risulta essere scarso il frutto e profitto del bestiame. Al contempo si espone alla fortuna che sia maggiore il salario rispetto a quanto meriti il suo lavoro, nel caso in cui il frutto e il profitto del bestiame sia elevato.

Questo e altri contratti simili potrebbero provocare una certa ingiustizia se una delle parti contraenti non si esponesse, come l'altra, al rischio di perdere e alla fortuna di trarne profitto, considerati i patti contrattuali, in modo che una delle parti avesse la certezza del guadagno, e l'altra della perdita. In questo caso, sarebbe un contratto illecito.

Molti altri contratti, simili a questo sono conclusi nella repubblica, e sono contratti di pura locazione [d'opera], e spesso non si può stabilire facilmente il loro carattere ingiusto, per non comprenderne a monte la qualità e la natura ... uno mette i soldi e l'altro il suo lavoro ... in tale tipo di contratti, è necessario essere abili per conoscerne la rettitudine, verificando se il salario indicato sia commisurato al lavoro e all'incarico della persona la cui opera è oggetto di locazione, e se i patti del contratto, che riguardano l'importo del salario, siano tali per cui entrambi i contraenti sono esposti al rischio di perdere e alla fortuna di guadagnare, nel modo in cui abbiamo detto sopra ...».

Viene poi esaminato un altro caso.

«Nella città di Valencia ho visto usare un certo accordo, nella seguente maniera: un signore si accorda con un fornaio affinché gli fornisca, per tutto l'anno, il pane di cui ha bisogno nella sua casa. Le obbligazioni, in questo contratto, sono due, rispetto al fornaio. La prima per cui, per ogni *cahíz* [unità di misura] di grano, deve fornire tredici *arrobas* [unità di misura] di buon pane, ben cotto e saporito, e, se il pane non presenta tali caratteristiche, il signore può comprare del pane di uguali caratteristiche da un altro panettiere a spese del fornaio inadempiente. La seconda consiste nel fatto che detto fornaio deve offrire il *cahíz* di grano secondo il valore che ha, a Castellón de la Plana, al tempo della raccolta. Questo paese si trova a nove leghe da Valencia, ove di solito il gra-

no, al momento del raccolto, è economico, da un lato, perché ce n'è in abbondanza e dall'altro perché non è così buono come il grano coltivato in altre zone. In capo al signore ci sono tre obbligazioni. La prima per cui deve dare al fornaio, come acconto, duecento o trecento scudi, i quali, ripartiti su dodici mesi, verranno dedotti dall'importo dovuto ogni mese. La seconda per cui ogni giorno deve dare tre bolle di consegna, così che possano essere prelevati dal magazzino o deposito tre sacchi di grano al giorno per il loro commercio, posto che il panettiere, secondo lo statuto della città, non può prelevare, per suo conto, più di un sacco al giorno. La terza obbligazione consiste nel fatto che il signore deve dare al fornaio una licenza per prelevare da Castellón dal Plana, o da un'altra parte del regno, quattrocento o seicento *cahíces* di grano per il suo commercio. Il fornaio vuole questa licenza perché i panettieri non possono comprare in altri luoghi che non siano il magazzino o deposito comune della città, perché, in questo modo, si persegue il bene comune della terra.

Chiediamoci se questo contratto, accompagnato da tali patti, sia lecito. Per giudicare la sua rettitudine, è necessario, in primo luogo, tracciarne la anatomia, così da districarlo poco a poco. Identifico in esso tre contratti, tutti confusi e mischiati. Il primo è la locazione [d'opera], in virtù del quale il fornaio viene incaricato di impastare il pane di cui la controparte ha bisogno, ogni anno, per la sua casa. Il secondo è un contratto di compravendita, mediante il quale il fornaio si obbliga a vendere all'altro tutto il grano che sarà necessario durante l'anno, a un prezzo fissato secondo il valore del *cahíz* a Castellón de la Plana nel momento del raccolto. Il terzo è un contratto di mutuo, in relazione a quella quantità di denaro che viene pagata in acconto al fornaio, posto che anticipare una somma equivale a prestarla.

Conosciuta, dunque, la natura di questo contratto, passiamo a esaminarne le parti, e verifichiamo se sia giusto o ingiusto. ... Rispetto alla locazione d'opera è chiaramente ingiusto, perché non viene dato al panettiere un compenso adeguato al suo lavoro, perché questo compenso è ciò rimane, dopo aver trasformato ogni *cahíz* di grano in tredici *arobas* di pane buono, come abbiamo detto prima. È evidente (come testimoniano i fornai) che, tolte dette tredici *arobas* di buon pane, normalmente non può restare altro che della crusca, e alcuni fornai dicono che quella quantità di grano non è nemmeno sufficiente per fare tredici *arobas*. Rispetto alla vendita è manifestamente assai ingiusto, perché, visto che il grano viene comprato a Valencia, il prezzo giusto di questo acquisto sarebbe quello fissato in base al valore che il grano ha, in questa stessa città, al momento di concludere e perfezionare la vendita, e non quello fissato in base al valore che aveva a Castellón de la Plana al momento del raccolto, prezzo che solitamente è inferiore a quello applicato a Valencia. Esiste un altro elemento da cui risulta quest'ingiustizia e consiste nel fatto che il grano venduto dal fornaio e da cui devono essere ricavate tredici *arobas* di pane, non proviene da Castellón de la Plana, ma da una zona migliore, perché con il grano di Castellón non poteva farsi un pane così buono, come quello pattuito nel contratto, e nonostante ciò, vogliono che il prezzo sia pari al valore stabilito a Castellón.

Per rimediare al fatto che il prezzo di questi due contratti sia così ridotto, l'altra parte assume, su richiesta del fornaio, tre obbligazioni: la prima è l'an-

ticipo di duecento o trecento ducati, la seconda consiste nelle tre bolle di consegna che deve consegnare ogni giorno e la terza è la licenza per prelevare centinaia di *cahices* di grano. Con riguardo alla prima, non è lecito, per mezzo di essa, supplire alla mancanza di un prezzo giusto, perché, come mutuo, deve essere fatto con garbo e senza alcun interesse, e quindi tale prestito non può essere effettuato con lo scopo di supplire a tale mancanza.

Per quanto riguarda le altre due obbligazioni, con esse si supplisce abbondantemente alla mancanza del giusto prezzo, perché a detta di esperti nell'arte della panetteria, tali prestazioni risultano di così grande utilità per il fornaio che da esse trae guadagni e profitti superiori a ciò che perde nella locazione d'opera e nella vendita. Di modo che con questi due contrappesi si giustifica la mancanza di prezzo e l'ingiustizia di questo contratto. ... e io dico che non è illecito, perché ciò che gli viene tolto e di cui viene defraudato nella locazione e nell'acquisto del grano, lo recupera in altro modo anche se, a parere di alcuni, con danno al bene comune. E così il signore potrebbe essere obbligato a indennizzare il danno recato, a causa sua, al bene comune, ma non a detto fornaio ...».

Dalla dettagliata descrizione fatta da García risulta, in primo luogo, l'impiego del metodo tipologico. L'autore fa l'"anatomia" del contratto, separando i vari patti combinati nella struttura del negozio complesso e identificando in esso tre contratti, «tutti confusi e mischiati», vale a dire locazione d'opera, compravendita e prestito.

In secondo luogo, delinea gli equilibri insiti in ognuno di questi contratti nominati, e identifica che in due di essi, la locazione d'opera e la compravendita, non vi è equilibrio, non si mantiene un'equivalenza tra il valore del servizio o del bene e il prezzo corrispondente.

Tuttavia, alla fine, García conclude che il contratto è giusto, poiché nel caso concreto, lo squilibrio esistente nei primi due contratti viene compensato dal beneficio che si ottiene nel terzo.

Secondo Birocchi, questa dottrina di García manteneva un equilibrio tra gli aspetti oggettivi, derivati dai parametri della giustizia naturale e gli aspetti individuali insiti nella volontarietà dell'azione, derivata dal carattere innominato e concreto del patto.

García fornisce un contributo fondamentale per quanto riguarda la classificazione dei contratti. Non solo rispetto alla classificazione generale dei contratti a titolo oneroso e gratuito, ma anche riguardo alla creazione di una complessa rete di schemi teorici, ordinati per consentire la classificazione di un contratto complesso in uno schema predeterminato, di cui veniva studiata la natura. Si trattava di disaggregare gli elementi che si combinavano nella pratica per esaminare gli eventuali aspetti usurari che potevano essere coinvolti nel caso concreto. Più avanti, esamineremo quest'aspetto in Domat¹⁹⁵.

Sarà presente anche nel lavoro di Lessio, che farà una dissertazione sul

¹⁹⁵ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 238.

contractus trinus, cioè un contratto combinato di società, assicurazione e compravendita, analizzandolo dal punto di vista della sua giustizia, ma con una raffinata tecnica analitica¹⁹⁶.

Questa metodologia degli autori della Seconda Scolastica risulta sorprendentemente attuale. È quella che si ritrova nel giudizio di abusività delle clausole incorporate nelle condizioni generali di contratti, che richiede, in primo luogo, una considerazione in astratto del contenuto delle clausole, che può portare a concludere nel senso che possiedono carattere abusivo o vessatorio, ma poi, anche una considerazione in concreto, per valutare se all'abusività inizialmente rilevata non possa essere posto rimedio mediante un'altra condizione contrattuale, così ripristinandone l'equilibrio¹⁹⁷.

In sintesi, l'opera di Francisco García risulta estremamente significativa nell'ambito della storia della teoria generale del contratto, perché in essa troviamo una concezione aperta di contratto, combinata con una vocazione alla trattazione sistematica, sebbene non si tratti di una vera e completa teoria generale del contratto. Fatte salve le sue riflessioni sull'inadempimento contenute nei capitoli 10 e 11, che implicano una visione generale del contratto, la sua teorizzazione formale riguardo al contratto in generale, anche se molto preziosa, è trattata solo in uno dei 21 capitoli della sua opera.

II.7.4. *L'impulso alla costruzione sistematica del contratto*

Secondo Birocchi, è solo dopo la guerra dei Cent'anni (1337-1453) che si creano le condizioni per la diffusione dell'interesse verso gli studi umanistici, con l'opera di unificazione dello stato francese sotto Carlo VII e Luigi XI.

L'umanesimo implica una mentalità che valorizza lo studio dell'antico passato mediante la filologia. Secondo Birocchi, questa concezione sistematica si trova, in maniera paradigmatica, nel testo di François Douaren (1509-1559)¹⁹⁸. L'opera contiene il manifesto umanista in relazione al Diritto romano, ai giuristi medievali e all'esigenza di fare ordine, di redigere il diritto secondo un metodo.

Nella sua prospettiva era sciocco memorizzare i volumi degli interpreti; ciò che contava era piuttosto prepararsi mediante i principi univer-

¹⁹⁶ W. DECOCK, *In Defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus*, October 17, 2012, B. Van Hofstraeten & W. Decock (eds.), *History of Companies and Company law in the early Modern Period* (tentative title), *Iuris Scripta Historica*, Brussels, Royal Flemish Academy Press, 2013; Max Planck Institute for European Legal History Research Paper series n. 2012-04, reperibile in ssrn (<http://ssrn.com/abstract=2162908>).

¹⁹⁷ A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, ESI, Napoli, 2000.

¹⁹⁸ F. DOUAREN, *Epistola ad Andrea Gillartum de ratione docendi, discendique iuris conscripta, opera omnia*, Lugduni, apud G. Rovilium, 1554.

sali (*theoremata universalia*) con i quali era possibile giudicare i casi concreti *ex aequo et bono*. Il compito prioritario era munirsi di una visione complessiva, per la quale il punto di partenza erano le Istituzioni, con la loro tripartizione (persone, cose, azioni), anche se contemplava la possibilità di riversare il Digesto in tabelle¹⁹⁹.

Il tema della necessità di una spiegazione sistematica e ordinata della materia costituirà un *topos* costante nel XVI secolo e così in seguito. Non era sufficiente la visione analitica, essendo necessario l'ordinamento, procedendo dai principi universali alle *singularia*. Bisognava descrivere ciò che era disposto in maniera dispersa e disordinata secondo categorie generali, e distribuire la materia secondo le definizioni e divisioni richieste dall'arte. Così le infinite specificazioni sarebbero state ricondotte a pochi generi, per comprendere meglio il tutto, fondamentalmente perché era controproducente fermarsi alle *singularia* che non rientravano in nessun precetto generale, né potevano essere rinchiuse in un metodo espositivo²⁰⁰.

Al centro del discorso fa ingresso il tema del metodo e della disposizione del diritto secondo un'arte, della natura del diritto e della capacità di redigerlo scientificamente.

Come abbiamo potuto verificare, questo cammino verso la considerazione sistematica del contratto va facendosi strada per tutto il XVI secolo.

I grandi trattati *de iustitia et iure* dei teologi della Seconda Scolastica costituiranno la forma letteraria che esprimerà, sia nella forma esteriore, sia nello spirito e nei contenuti, la teorizzazione astratta del contratto, superando definitivamente il genere delle somme dei confessori²⁰¹.

È in quei trattati che si può rinvenire una "genealogia" o "etnologia" alternativa della teoria generale del contratto.

II.8. La teoria del contratto nella tradizione gesuita

II.8.1. Aspetti generali

Come si può concludere dallo studio dedicato alla retrospettiva storica delle idee sul contratto in generale, il concetto di contratto basato sull'autonomia della volontà, proprio del liberal-illuminismo, costituì una

¹⁹⁹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 107.

²⁰⁰ *Ibidem*, 108.

²⁰¹ P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, n.s., I, (1966), citato in I. BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la natura contractus*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 19, Giuffrè, Milano, 1990, 243 ss.

mutazione rispetto al concetto di contratto che era stato impiegato nell'antichità.

In qualche modo, la domanda a cui dobbiamo ancora rispondere è relativa al momento preciso e alle caratteristiche di quella mutazione; ossia, è necessario determinare lo specifico tracciato della genealogia della concezione di contratto basata sull'autonomia della volontà.

In questo senso, abbiamo identificato una genealogia che abbiamo chiamato *tradizionale*, per spiegare che è quella che si trova di solito nei trattati e nei manuali sui contratti: la genealogia tradizionale è quella che collega la Parte Generale del Contratto che abbiamo trovato nel codice di Napoleone, con Pothier e con Domat, nonché con gli autori del diritto naturale del Nord Europa protestante.

Riteniamo, tuttavia, che sia possibile rilevare, accanto ad essa, una genealogia alternativa, che identifica la Seconda Scolastica – e, in particolare, la tradizione gesuita – come l'origine di quella che possiamo denominare teoria generale del contratto fondata sull'autonomia della volontà.

In questo senso, il paradosso più interessante è che la Seconda Scolastica, espressa fundamentalmente dagli autori della Scuola di Salamanca, e in particolare dagli accademici gesuiti, continuatrice e sistematizzatrice, da un lato, del pensiero scolastico, manifesta, allo stesso tempo, una rottura con tale tradizione; si può affermare che l'ossatura della teoria generale del contratto nella sua versione attuale, di stile liberale, che giustamente ha il suo nucleo sistematico nell'idea di contratto come patto, come accordo di volontà, è già presente alla fine della Seconda Scolastica, e può essere ritrovato nelle opere degli autori gesuiti e nello specifico nel libro di Pedro de Oñate.

Ciò ci porta alla necessità di approfondire questa tradizione della tarda Scolastica – fundamentalmente spagnola e ispano-americana – e questa rottura del paradigma, e porre come ipotesi che, al di là degli sviluppi protestanti nord-europei, la rottura del modello scolastico aristotelico-tomista e la virata verso una concezione essenzialmente volontaristica e consensualista del contratto e, parallelamente, l'origine della teoria generale del contratto, sistematizzata in un ampio schema razionale così come fu concepito dal XVIII secolo, devono riconoscere la propria fonte nell'umanesimo gesuitico della Seconda Scolastica, non meno che nella Scuola protestante di diritto naturale.

Secondo Luce Giard²⁰², il patrimonio culturale e spirituale accumulato dai gesuiti durante un periodo di 500 anni si concretizza in una tradizione umanista che sta strutturando una propria identità corporativa intorno a tre pilastri:

²⁰² Cfr. L. GIARD, *Los primeros tiempos de la Compañía de Jesús: del proyecto inicial al ingreso en la enseñanza*, in F.X. DUMORTIER-L. GIARD-J.P. LAURENT-A. ROMANO-M. ROTSEART-N. STANDAERT, *Tradición jesuita, espiritualidad, misión*, Namur-Montevideo, 2003, 11 ss.

- a. disegno universale (scala universale);
- b. spiritualità di impegno nel mondo;
- c. predilezione del lavoro intellettuale ed acquisizione del sapere, ossia il «dovere di intelligenza».

È in quell'umanesimo gesuitico ove è possibile trovare un ricco deposito di idee e valori e un'eccellente tradizione intellettuale che – al di là dell'ovvia circostanza di considerare la siderale differenza tra i contesti, quello corrente e quello in cui si formò quella tradizione intellettuale – non dovrebbe essere dimenticata, potendo, invece, essere portata alla luce, anche al fine di servire come fonte di ispirazione per il dibattito sui problemi attuali della teoria del contratto²⁰³.

Stiamo parlando di un umanesimo radicale, che si colloca come fondamento dell'intera teoria del contratto, come si nota nella categorica espressione di Antonio Gómez: *in quolibet actu vel negotio, in primis quaerendum est de personae*, in qualsiasi atto o negozio, innanzitutto, bisogna indagare la persona²⁰⁴.

Parlare della tradizione gesuita in materia di teoria del contratto costituisce una affermazione che, a prima vista, appare stravagante, perché, attualmente, manca una presenza dottrinarie gesuita nel campo del diritto contrattuale²⁰⁵.

D'altra parte, è necessario tener conto del divieto esistente nelle costituzioni della Compagnia di occupare cattedre nelle facoltà di diritto²⁰⁶.

Tuttavia, non appena si inizia ad approfondire, bisogna avvertire che in tempi prossimi alle origini della Compagnia proliferò il numero di gesuiti che dedicarono enormi sforzi alla trattatistica civilistica, e che esiste una voluminosa opera letteraria in cui viene plasmato il pensiero teorico giuridico dei padri della c.d. Prima Compagnia, cioè quella precedente alla sua dissoluzione ad opera del breve di Papa Clemente XIV nel

²⁰³ Sull'incidenza dell'umanesimo nel diritto privato, cfr. M. VILLEY, *Préface historique*, cit., 3-4 e 8, che si riferisce a questo processo come *deformazione* del concetto di causa, precedentemente basata sulla cosa in sé, e sull'uguaglianza tra cosa e cosa e poi, nel Rinascimento, basata piuttosto sulla nozione di contratto-accordo (*Contre l'humanisme juridique*, cit., 199), e afferma un pensiero aristotelico-tomista, in contrasto con il nominalismo di Ockham, il quale afferma che l'umanesimo nella sua applicazione del diritto produsse un danno (302, nota 88).

²⁰⁴ Cfr. D.A. GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii, tomis tribus distributa, editio novissima*, Typis Petri Marin, Matriti, MDCCLXXX, 425.

²⁰⁵ L'opera di diritto più recente che conosciamo è quella del gesuita, L. TAPPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teorico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, della quale abbiamo avuto accesso a un'edizione tradotta in spagnolo e pubblicata a Madrid nel 1866, che non contiene un dibattito sul contratto.

²⁰⁶ Cfr. *Monumenta Historica Societatis Iesu, Constituciones*, 3, 191; W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 429.

1773. Nel *Dizionario storico della Compagnia di Gesù*²⁰⁷ si afferma che il contributo gesuita allo sviluppo delle scienze giuridiche può essere considerato in relazione a cinque aspetti: I. Filosofia del diritto naturale e della giurisprudenza. II. Diritto canonico. III. Diritto civile e costituzionale. IV. Diritto penale e V. Diritto internazionale. Per quanto riguarda la materia del diritto civile, si dice che i gesuiti hanno fornito importanti contributi, e si afferma – sebbene si debba avvertire sin d’ora che i gesuiti non fecero parte dei tribunali come giudici, né praticarono l’avvocatura, né esiste una tradizione gesuita di occupare cattedre di diritto civile nelle università – che ci furono gesuiti che furono professori di diritto romano e di diritto civile e abbiamo a disposizione solidi contributi che provengono dai gesuiti, preoccupati soprattutto di stabilire principi di base, morali e giuridici, che dovevano governare la pratica giuridica. Come i loro predecessori, erano principalmente filosofi dell’etica o teologi, che scrivevano di diritto nella misura in cui esso “sfiorava” gli insegnamenti di morale o teologia. Pertanto, erano meno interessati alle forme tecniche per mezzo delle quali questi principi dovevano essere applicati alla società civile. Tuttavia, secondo gli editori del citato dizionario, il valore degli autori gesuiti non si riduce al campo della morale, poiché – nonostante fossero principalmente interessati alla moralità e alla giustizia, piuttosto che agli aspetti tecnici della legislazione civile – nel campo del diritto privato, i gesuiti hanno dato un contributo notevole da cui è sorto il moderno diritto comune d’Europa. Esempi importanti che vengono menzionati sono i trattati *de iustitia et iure* di Luis de Molina e del cardinale Juan de Lugo. Questi trattati descrivevano in maniera magistrale i problemi legali del diritto privato: contratti di compravendita, mutui e prestiti, leggi successorie, proprietà, ecc. A questi problemi, i gesuiti proposero soluzioni che presto divennero patrimonio del diritto comune e come tali cominciarono a far parte delle strutture giuridiche degli stati moderni d’Europa. Questi teologi-giuristi possedevano una profonda conoscenza dei loro tempi e il loro umanesimo cristiano permetteva loro di fornire soluzioni accettabili a molti problemi giuridici.

Queste affermazioni convergono nel senso che, all’inizio della storia della Compagnia di Gesù, studiosi gesuiti collaborarono alla costruzione di un’armatura concettuale che nelle sue linee generali continua a essere vigente ed è quella che gli avvocati di tutti i paesi occidentali applicano nella prassi quotidiana; e allo stesso tempo, svilupparono la capacità di discernere la giustizia e moralità negli accordi e nei contratti, dedicando a ciò la tutta la loro vita o buona parte di essa, come si può

²⁰⁷ Cfr. C. O’NEILL-J.M. DOMÍNGUEZ, voce “Derecho Civil”, in *Diccionario histórico de la Compañía de Jesús: biográfico-temático*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001, II, 1085 ss.

dedurre dal volume e dal grado di approfondimento dei trattati che scrissero²⁰⁸.

II.8.2. *Gli autori della Seconda Scolastica gesuita*

Questo metodo di trattare il diritto contrattuale trova la sua fonte remota nella tradizione aristotelico-tomista e scolastica, che veniva insegnata presso l'Università di Parigi, quando Sant'Ignacio de Loyola e i suoi compagni frequentarono le lezioni. Mathew Ory e John Benoit, discepoli di Francisco de Vitoria, furono professori di Ignacio e dei suoi compagni²⁰⁹. Osserva Luce Giard che, a Parigi, il piccolo gruppo dei primi gesuiti poté beneficiare del rinnovamento tomista, sviluppato sin dai tempi di Petrus Crockaert (Pietro da Bruxelles, morto nel 1514) attorno al convento domenicano di Saint Jacques, continuato ed ampliato dai suoi migliori allievi, in particolare Francisco de Vitoria e Domingo de Soto, che giocheranno un ruolo chiave nella fioritura della Seconda Scolastica in Spagna, notoriamente presso l'Università di Salamanca (da cui provengono ottime adesioni alla Compagnia, a cominciare da Francisco de Toledo, primo gesuita ad essere cardinale)²¹⁰.

Tra i primi gesuiti che si formano all'Università di Parigi vi è Francisco Suarez, che fa incursione nella tematica giuridica con la famosa opera *De legibus*. Fu discepolo diretto di Vitoria e professore, a sua volta, di Pedro de Oñate.

Ma i nomi più noti, in una prospettiva civilistica, sono quelli di Luis de Molina, Juan de Lugo e Leonardo Lessio, che scrivono alla fine del secolo XVI e agli inizi del XVII. Molina, professore a Coimbra ed Evora, anche se è meglio conosciuto per la sua *Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis*, ha scritto un trattato, *De iustitia e iure*, stampato a Cuenca nel 1593, 1597 e 1600, che secondo gli editori del Dizionario storico della Compagnia di Gesù contiene «forse il meglio che sia mai stato scritto su contratti e crimini».

Molina, fermamente impegnato nelle questioni che agitavano il suo tempo, fu accusato di eresia e fu assolutamente polemico. Leonardo Lessio, pubblica ad Anversa nel 1605 il suo trattato *De iustitia e iure*, dove fa «un'ana-

²⁰⁸ Nel secolo XVII, molti gesuiti, animati dal loro desiderio di diffondere il Vangelo, fornirono i fondamenti di scoperte scientifiche e tecniche. Forse il migliore esempio è quello della "Lanterna Magica", inventata come sistema audiovisivo per dare supporto didattico alla predicazione religiosa da parte dell'erudito tedesco Athanasius Kircher, che nel 1646, nel suo libro *Ars Magna Lucis et Umbrae*, fissò i fondamenti del cinema moderno.

²⁰⁹ R. VIDE GARCÍA VILLOSLADA, *La universidad de París durante los estudios de Francisco de Vitoria*, coll. *Analecta Gregoriana* 14, Roma, 1938.

²¹⁰ Cfr. L. GIARD, *Los primeros tiempos*, cit., 25.

lisi molto acuta del sistema» con affermazioni che «rivelano la specificità della filosofia gesuita»²¹¹.

Sia la dottrina di Molina che quella di Lessio sono oggi oggetto di riesame e rivalutazione. Al di là delle critiche, si tende a considerarle come opere trascendentali nella storia del pensiero giuridico ed economico. È bene avvertire che la teoria del giusto prezzo nei contratti, dell'offerta e della domanda, della frode commerciale, dell'usura e interessi, del cambio, delle banche e della moneta, del deposito bancario, della moneta scritturale, ecc. è stata trattata con un approfondimento tale che tendiamo a pensare che le figure mitiche del pensiero liberale (Adam Smith, David Ricardo) siano in realtà debitrice di questi grandi pensatori²¹².

Insieme a Lessio e Molina, dobbiamo menzionare Juan de Lugo, che pubblica il suo *De Iustitia e iure* e *De contractibus* tra il 1642 e il 1652; la sua dottrina sui contratti è considerata dagli editori del Dizionario storico come magistrale, per la sua «importante concezione della giustizia come valore, sulla cui uguaglianza o proporzionalità non bisogna insistere troppo, piuttosto occorre insistere nell'identificazione dei criteri di valore che devono essere presi in considerazione per stabilire la vera equivalenza armonica tra i termini concreti di qualsiasi relazione giuridica».

Molina, Lessio e Lugo sono contemporanei della Scuola di Salamanca, che, tra l'altro, è composta anche da altri giuristi di notevole rilievo, fondamentalmente appartenenti all'ordine dei predicatori (tra gli altri, Domingo de Soto e Diego de Covarrubias)²¹³. Alcuni di questi autori scrivono dalle loro cattedre nelle Università americane di recente fondazione, e ci hanno lasciato copiosi studi sulle leggi civili e in particolare sui contratti²¹⁴.

All'inizio del XVII secolo, la già consolidata Compagnia di Gesù dà un contributo fondamentale alla colonizzazione ed evangelizzazione del continente americano. Conseguentemente, con la decisione della Compagnia di prestare particolare attenzione alla cultura e all'istruzione, molti illustri gesuiti si trasferiscono nel Nuovo Mondo per collaborare all'insegnamento

²¹¹ Cfr. C. O'NEILL-J.M. DOMÍNGUEZ, voce "*Derecho Civil*", cit., 1089.

²¹² Al riguardo possono consultarsi i lavori di B. DEMPSEY, S.J.: *Just price in a functional economy*, *American Economic Review*, sett. 1935 e F. BELDA, S.J., *Ética de la creación de créditos*, in *Pensamiento, Revista de investigación e información filosófica*, Universidad Pontificia Comillas, 19, n. 73, gen-mar 1963, 53-92, così come i commentari più recenti di J. HUERTADESOTO, *Dinero, crédito bancario*, cit., 70 ss., e di L. BAECK, *The Legal and Scholastic Roots of Leonardus Lessius's Economic Thought*. Leuven: KUL. Faculty of Economic and Applied Economic Science Center for Economic Studies, 1999.

²¹³ Possono consultarsi i lavori editi a cura di LOWRY e GORDON in *Ancient and medieval economic ideas and concepts of social justice*, Leiden, 1998, e in particolare quello di F. GÓMEZ CAMACHO, *Later scholastics, spanish economic thought*, cit. Si veda inoltre, ID., *Economía y filosofía moral, síntesis*, Madrid, 1998.

²¹⁴ Su questa derivazione dalla scolastica in America, cfr. O. POPESCU, *Aspectos analíticos*, cit.

ed alla creazione intellettuale nelle università e nei collegi universitari fondati in Messico, Chiapas, Nuova Granada, Perù, Charcas e Córdoba.

Tra tutti questi accademici, deve essere segnalata, con riferimento all'oggetto del presente lavoro, l'opera di Pedro de Oñate. Questo eminente gesuita, secondo provinciale del Paraguay e co-fondatore dell'Università di Córdoba, è l'autore che abbiamo studiato in maniera più specifica. Grazie alla ricerca di Oreste Popescu²¹⁵, è stato possibile scoprire che Oñate scrisse un trattato *de contractibus*, edito a Roma nel 1646, i cui tre volumi hanno un totale di 3.586 pagine a due colonne.

Questo sapiente, che fu in grado di elaborare un trattato sui contratti di questa portata, aveva sicuramente una concezione della società civile che sarebbe interessante – e persino necessario – riscattare nell'attuale congiuntura sociale, economica e politica. Pedro de Oñate fu incaricato, alla fine del XVI secolo, dell'organizzazione delle prime riduzioni gesuite (la popolazione di Juli, sulle rive del lago Titicaca, composta da circa 15.000 indiani Aymara). Nella sua qualità di provinciale del Paraguay – provincia gesuita con sede nella città di Córdoba, che includeva gli attuali territori di Argentina, Paraguay ed Uruguay – progettò e mise in funzione, all'inizio del XVII secolo, riduzioni largamente riconosciute come modello di organizzazione giusta e solidale. Questo grande amministratore e organizzatore fu anche fondatore di vari collegi dell'Università di Cordoba, il che rende ancora più interessante lo studio della sua vita e del suo lavoro.

Un secolo e mezzo dopo, appare l'opera di Domingo Muriel, *Rudimenta iuris naturae et gentium*²¹⁶, che si occupa dell'analisi giuridica dei principali contratti nominati. Muriel fu l'ultimo provinciale del Paraguay prima dell'espulsione dei gesuiti e la dissoluzione della Compagnia. Il suo lavoro teorico è gravido di un impegno concreto per la difesa delle Missioni Gesuite, che all'epoca dell'espulsione furono distrutte dai poteri costituiti.

Alcune intuizioni intellettuali hanno iniziato a volgere il loro sguardo verso questo periodo, pieno di fermento, di nascita della modernità. Il ricorso alle fonti di pensiero dell'umanesimo moderno costituisce uno strumento valido – insieme ad altri – per affrontare le sfide della teoria del contratto nel XXI secolo.

II.8.3. Il contesto socio-politico della scuola dei gesuiti sul contratto

Secondo Decock, i voluminosi trattati sulla Giustizia e il Diritto (*de iustitia et iure*), tipici della fine del XVI secolo e dell'inizio del XVII, risulta-

²¹⁵ Cfr. O. POPESCU, *Aportaciones a la económica indiana*, Universidad Católica Argentina, 1995.

²¹⁶ C. MORELLI, *Rudimenta iuris naturae et gentium*, Venetiis, 1791 (in copertina si indica lo pseudonimo: MURIEL Domingo), trad. Luciano Abeille, Universidad Nacional de la Plata, Buenos Aires, 1911.

no “magicamente” elusivi. In effetti, oggi è difficile comprendere le ragioni che portarono questi teologi a dedicare la loro vita alla ricerca del diritto, in particolare con riguardo a quello civile e contrattuale, costruendo giganteschi trattati di migliaia di pagine la cui lettura e comprensione completa risultano praticamente impossibili per un contemporaneo, e persino per un accademico. D'altra parte, il fatto che siano stati scritti in latino riduce ulteriormente la possibilità di capirne il pieno significato. Inoltre, come suggerisce Decock, il concetto di diritto che si ritrova in questi trattati non è il concetto di diritto esclusivamente positivo predominante ai nostri giorni. I teorici della Seconda Scolastica impiegano un concetto più complesso di diritto, di carattere dualistico: la loro prospettiva è rivolta, in modo permanente, non solo al diritto positivo, ma anche al diritto naturale²¹⁷.

Decock cerca di dare una spiegazione delle ragioni per cui così tanti maestri gesuiti si dedicarono alla materia giuridica e, in particolare, al diritto civile e contrattuale²¹⁸. Sottolinea che la tarda Scolastica costituisce un movimento riformatore allo stesso tempo teologico e giuridico, che dominò la penisola iberica e le relative colonie, e che proietta i suoi caratteri sul giusnaturalismo del XVII e XVIII secolo. Il contesto di questo sviluppo è il conflitto tra la Riforma e la Controriforma, che mostra una Chiesa Cattolica sulla difensiva, contro i poteri secolari sempre più audaci che rivendicano ambiti precedentemente riservati ai poteri ecclesiastici.

L'indirizzo che venne seguito a partire dal Concilio di Trento con riguardo al sacramento della Penitenza, severamente messo in discussione dalla Riforma, diede vita a una politica di rafforzamento di un'istituzione che genera un tribunale: *forum poenitentiale*, *forum internum*, *forum conscientiae*. Questo foro è di carattere mondiale. Disse Juan de Valero: «Il giudice di un tribunale esterno, laico, non può emettere la sua sentenza fuori dal suo territorio; mentre il prete può confessare le sue pecore in qualsiasi parte del mondo»²¹⁹.

Ci viene così presentata l'immagine di una corte onnipotente, avanti alla quale compare un soggetto che si autoincrimina, che teme l'esistenza

²¹⁷ Come si vedrà nella terza parte del presente lavoro, l'attuale diritto contrattuale presenta come caratteristica la pluralità delle fonti e la necessità dell'interprete di possedere uno strumento per ordinarne l'applicazione. Il diritto medioevale e rinascimentale ci presenta un modello di pluralità di fonti e di utilizzo dello stesso.

²¹⁸ Cfr. W. DECOCK, *La transformation de la culture juridique occidentale dans le premier "tribunal mondial"*, in B. COPPEIN-F. STEVENS-L. WAELEKENS (a cura di), *Modernisme, tradition et acculturation juridique. Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit tenues à Louvain*, 28 maggio-1° giugno 2008. Koninklijke vlaamse academie, Brussel, 125-135.

²¹⁹ J. VALERO, *Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet et conscientiae, sententiae*, n. 1, typis Emmanuellis Rodriguez, Valldemosa, 1616, 323.

di una legge naturale che limiti la propria libertà di azione, che è presieduto da un direttore di coscienza, il quale, a sua volta, ha diritto di giudicare in modo metodico e preciso e, a questo fine, ha bisogno di manuali e trattati che stabiliscano regole ed interpretazioni applicabili.

A coloro che, come noi, vivono nell'ambito della cultura giuridica contemporanea, risulta difficile concepire l'esistenza di una corte con siffatte caratteristiche. Con riguardo alle corti e tribunali, la nostra esperienza giuridica si riduce a quella dei tribunali statali, o al massimo, arbitrali, in cui un terzo imparziale risolve il conflitto di interessi, tra due soggetti, nel foro esterno, non in quello della coscienza.

D'altra parte, noi concepiamo la giurisdizione morale, in maniera piuttosto separata dello stretto campo del diritto.

I tribunali della Controriforma tridentina si trovano, se così si può dire, a metà strada tra il diritto esterno e la morale. Sono tribunali che applicano il diritto naturale; non il diritto positivo, né la morale. Il miglior esempio è costituito dall'obbligazione di restituzione che deve essere adempiuta affinché si possa concedere l'assoluzione nell'ambito della coscienza. Il ripristino dell'equilibrio danneggiato in ambito patrimoniale è considerato un prerequisito affinché il confessore possa assolvere dal peccato. Da parte sua, l'obbligo restitutorio può essere inteso in vari modi. In senso stretto, è la restituzione della cosa ricevuta che deve essere ridata al suo proprietario (restituzione in ragione della cosa ricevuta, *ratione rei acceptae*); ma si può anche parlare di restituzione a causa di un'ingiusta ricezione (*ratione injustae acceptionis*); e in un senso più ampio, è inteso come pagamento di un debito, poiché non pagando quanto dovuto, il debitore sta privando il creditore di ciò che è suo, e in questo senso, deve restituire.

Decock conclude che, contrariamente alla nostra esperienza giuridica, che comprende un unico livello di tribunali – ossia quello statale – nel XVII secolo vi sono una pluralità di livelli in competizione tra loro. È quindi la pratica di elaborare un discorso teorico di natura giuridica, ma destinato alla pastorale, alla cura delle anime, alla pratica del sacramento della Penitenza, ciò che muove i grandi autori della Scuola gesuita verso la costruzione di ampi trattati di *iustitia et iure* e *de contractibus*. È su richiesta di questo tribunale interno o foro di coscienza che ha luogo la sintesi delle tradizioni conoscitive e normative, di cui è composto il pensiero giuridico moderno, sorgendo quindi la necessità di criteri orientativi che costituiscono la culla della moderna teoria generale del contratto.

Ovviamente, la preoccupazione fondamentale è di tipo morale: definire chiaramente una regola di condotta che, in linea di principio, sarà giudicata nel foro della coscienza. È da quella prospettiva che la visione oggettiva del diritto e del contratto, concepito nell'Antichità come equilibrio oggettivo tra prestazioni, vira verso una prospettiva soggettiva. La giustizia passa dall'essere considerata qualcosa di esterno, la *res iustae, id quod est iustum*, così come la concepiva San Tommaso, ad essere qualcosa di interno, l'atto giu-

sto, ciò che è dovuto, ciò che è conforme alla regola di condotta²²⁰.

La Scolastica di tradizione tomista concepiva la coscienza come quell'aspetto della ragione pratica che permetteva all'uomo di applicare ai casi concreti i principi generali che l'altra faccia della ragione pratica, cioè la *sinderesi*, aveva percepito nella sua verità teorica. Questa concezione aveva bisogno di teologi esperti, che dovevano guidare la coscienza dell'individuo nella determinazione dei principi generali e nella loro applicazione a casi specifici. È in questo contesto che gli autori della Controriforma, con la finalità di istituire un organismo giuridico di regolamentazione delle questioni che dovrebbero rientrare nella giurisdizione dei tribunali del foro di coscienza, elaborano i primi sviluppi organici della teoria generale del contratto.

Certamente, questa caratteristica generale non è invariabilmente presente in tutti gli autori di quell'epoca. Al contrario, come abbiamo visto in relazione alla prima generazione della Seconda Scolastica, inizialmente le opere tendono a una presentazione di tipo casistico, e la preoccupazione teorica di arrivare ad elaborare un ordine e un sistema è piuttosto embrionale. Anche tra gli autori gesuiti che si occupano di questioni morali e di cura delle anime, molti di loro impiegano un metodo totalmente casistico. Dimosteremo ciò rivolgendo uno sguardo alle fonti citate da Pedro de Oñate – molte delle quali si riferiscono ai suoi propri Compagni – da cui risulta che, fino alla sua opera del 1646, non si rinviene un discorso qualificabile come teoria generale del contratto.

Da una certa prospettiva, la teologia morale elaborata dai gesuiti nel XVII secolo era governata dalla casistica. Per rispondere a tutte le domande poste da i parrochiani cattolici, i gesuiti costruirono enormi raccolte e repertori di soluzioni per problemi specifici di coscienza. Uno dei migliori esempi di questo tipo di repertori casistici è il *Liber theologiae moralis* di Antonio Escobar e Mendoza²²¹.

Quest'approccio sarà fortemente criticato dai detrattori della Compagnia nel XVII secolo. La casistica gesuita, organizzata in maniera totalmente dogmatica partendo dalle definizioni di un gruppo di ventiquattro accademici²²²,

²²⁰ Cfr. M. VILLEY, *La promotion de la loi*, cit., 53 ss.

²²¹ Cfr. A. ESCOBAR Y MENDOZA, *Liber theologiae moralis, viginti & quatuor Societatis Iesu Doctoribus referatus*, Apud Haered. Ionaë, Gautherin, Lugduni, MDCXLVI.

²²² All'inizio della sua opera Escobar y Mendoza allude a questo gruppo di ventiquattro accademici: «*Consident lectores vigintiquatuor Jesuitoe, seniores quidem non ætate solum, sed scientia, videlicet, Sanctius, Azorius, Toletus, Henriquez, Lessius, Rebellas, Coninch, Avila, Reginaldus, Filliucius, Salas, Hurtado de Mendoza, Gaspar Hurtado, Laymanus, atque Lugo, Franciscus, et Joannes, sanguine ac sapientia germani (hunc virtutes et sapientia ad sacræ romanæ ecclesiæ Principatum evexerunt,) Becanus, Fagundez, Granados, Castro Palaus, Gordonus, Baldellus, Saa, ac Moeratus. Legunt et Præpositus, Tannerus, Bellarminus, Grethserus, Turrianus, uterque Polanceus, Busæus, Fernandez de Cordova, et alii, si, Alcasare authore, numerus ille vigintiquatuor seniorum officii est*».

fu aspramente criticata e persino ridicolizzata da Blas Pascal nelle sue Lettere Provinciali ²²³.

L'approccio casistico è molto impegnativo, ma crea le condizioni per la cristallizzazione dello schema generale. Viene preparata l'organizzazione di una vera "scuola" ²²⁴. Alcuni autori riescono a prescindere dal metodo casistico. Ad esempio, con il maestro gesuita Leonardo Lessio, abbiamo la definizione astratta e generale di diritto oggettivo e soggettivo, la definizione del diritto di proprietà e dei diritti reali, la responsabilità per atto illecito extracontrattuale, e il diritto contrattuale. I principi generali sono stabiliti fondamentale per una futura teoria generale del contratto (capitoli 17 e 18), come la teoria della proposta e dell'accettazione e la trattazione sistematica dei vizi della volontà.

Tale impostazione generale si presenta in forma eccellente, senza dubbio, nell'opera di Oñate. Sebbene, procedendosi a un'analisi "microscopica" potrebbe concludersi che l'opera di Oñate tratta centinaia di questioni secondo lo schema casistico della domanda e della risposta, da un punto di vista "macroscopico" si rileva che l'autore è capace di ordinare il coacervo di questioni e dibattiti in un tutto coerente, il che implica non solo l'ordine generale delle questioni, ma anche i dovuti discorsi esplicativi e chiarificatori.

Anche secondo Gordley, le successive teorie contrattuali, come quelle formulate dai giusnaturalisti del XVII e XVIII secolo (Grotius, Pufendorf, Domat, Pothier) costituiscono in molti casi una semplificazione della ricchezza intellettuale prodotta da quegli autori della Seconda Scolastica. Tesi originale, che non si trova nei manuali di storia del diritto, ma che ora l'autore generalizza a tutto il campo del diritto privato ²²⁵.

Se è possibile tracciare una linea genealogica della teoria generale del contratto, che parte dei nostri Codici civili, risale a Pothier e a Domat, da lì a Grozio, e da questo alla Seconda Scolastica spagnola, non è impossibile concludere che la nostra teoria generale del contratto nasce nei confessionali della Controriforma.

II.8.4. *Il contesto filosofico e teologico. Tradizione e rinnovamento nella Seconda Scolastica gesuita*

Entriamo in un tema centrale della nostra dissertazione. Ovviamente, i gesuiti della Scuola di Salamanca si iscrivono in una tradizione filosofica,

²²³ Cfr. specialmente la Lettera Quinta.

²²⁴ Nel *Liber theologiae moralis* di Antonio de Escobar y Mendoza S.J., esempio tipico del metodo casistico, desumibile dal fatto che l'opera è costruita come insieme di relazioni tra domande e risposte, vengono trattati i temi del contratto nell'ambito della rubrica "*Praxis circa praefata in societatis iesu schola*".

²²⁵ Cfr. J. GORDLEY, *Foundations of private law, property, tort, contract, unjust enrichment*, cit.

antropologica, teologica e giuridica. È sufficiente constatare, nei loro trattati, la presenza di numerose citazioni delle opere degli accademici scolastici che li precedettero.

Tuttavia, la questione della libertà umana assume nella scuola gesuita un'importanza speciale e nuova, che servirà da nucleo centrale per la sua teoria generale del contratto.

II.8.4.1. *Gli esercizi spirituali di San Ignacio de Loyola. La ratio studiorum*

Si riconosce la Compagnia di Gesù per l'impronta datale dal fondatore, Ignacio de Loyola. Pur dovendosi ammettere che i documenti principali relativi alla fase di istituzione della Compagnia sono le *Constitutiones* e la *Ratio studiorum*, l'elemento più caratteristico della spiritualità gesuita emerge senza dubbio dagli *Esercizi Spirituali*. Negli *Esercizi*, capolavoro di Ignacio de Loyola, l'esercitante è soggetto e protagonista di un processo tendente al raggiungimento di un rapporto personale con Dio per conoscere la sua volontà e ordinare la propria vita secondo la volontà divina. A questo fine, egli deve liberarsi da ogni condizionamento ed essere disposto ad accettare liberamente un destino che non gli è imposto.

L'assoluto rispetto della libertà personale di colui che riceve gli esercizi è chiaramente visibile nel Prologo, nelle «*Annotazioni per avere qualche idea degli esercizi spirituali che seguono e per aiutare sia chi deve darli sia chi deve riceverli*» in particolare, nell'annotazione 15.a, San Ignacio ammonisce severamente chi dà gli esercizi:

«Chi dà gli esercizi non deve spingere chi li riceve a povertà né a promessa più che ai loro contrari, né a uno stato o modo di vivere piuttosto che a un altro perché ..., invece durante gli esercizi spirituali, nei quali si ricerca la volontà di Dio, è più opportuno e molto meglio che sia lo stesso Creatore e Signore a comunicare con l'anima devota, abbracciandola nel suo amore e alla sua lode, e disponendola alla via nella quale potrà meglio servirlo in futuro. Di modo che chi non propenda né si inclini verso l'una o l'altra parte; ma, stando nel mezzo, come una bilancia, lasci immediatamente operare il Creatore con la creatura e la creatura con il suo Creatore e Signore»²²⁶.

Vi è di più. Una discussione centrale all'epoca della Riforma e della Controriforma è – lo vedremo nel prossimo punto – la dialettica tra la grazia divina e la libertà umana. Come sottolinea Ott, tutte le controversie riguardo la dottrina della grazia hanno il loro punto di partenza nel mistero insondabile dell'intima cooperazione e ingranaggio tra la virtù divina e la libertà umana²²⁷.

In questo senso, San Ignacio insegna:

²²⁶ Cfr. SAN IGNACIO DE LOYOLA, *Obras completas*, Madrid, 1982, 210.

²²⁷ Cfr. L. OTT, *Manual de teología dogmática*, Barcelona, 1964, 342.

«... non dovremmo parlare così a lungo chiedendo la grazia, che si generi veleno, per togliere la libertà. Così che di fede e di grazia si può parlare ... ma in modo che, soprattutto nei nostri tempi così perniciosi, le opere e il libero arbitrio non ricevano alcun detrimento e vengano presi in considerazione»²²⁸.

In contrapposizione all'idea protestante di predestinazione, la promozione dell'uomo mediante il rispetto della sua libertà, e l'affermazione della sua azione e della sua responsabilità, è quindi un dato essenziale del progetto spirituale ignaziano, e come tale può essere riconosciuto nelle opere degli autori successivi della Compagnia.

Questa stessa linea di pensiero è ciò che guida la *Ratio Studiorum*, documento che fissa le linee pedagogiche negli istituti educativi gesuiti sulla base della premessa per cui il centro dell'attività educativa è lo studente e il processo di apprendimento richiede il suo coinvolgimento attivo.

La classe gesuita *della Ratio* è ordinata in tre tempi: pre-lezione, riflessione e ripetizione. Il professore in classe agisce come il direttore degli esercizi, ispirato dal principio per cui «non il molto sapere sazia e soddisfa l'anima, ma il sentire e gustare le cose internamente». Pertanto, l'insegnante non deve dichiarare tutto il senso della materia, ma solo sottolineare i punti principali, lasciando allo studente il compito di elaborare le fonti da solo sotto la direzione di un docente²²⁹.

II.8.4.2. *La Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis di Luis de Molina*

Uno dei capitoli più intricati della teologia è costituito dal dibattito sull'interazione tra la grazia divina e la libertà umana, la c.d. *polemica de auxiliis*. Un'opera che risulta significativa per comprendere la centralità dell'idea di libertà nel rapporto dell'Uomo con Dio, e che funge da cornice per lo sviluppo di una concezione del contratto basata sul libero arbitrio, è la *Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis*, di Luis de Molina (1535-1600), che contiene un'ampia riflessione sul problema del rapporto tra la libertà dell'uomo e la grazia di Dio. Non va dimenticato, d'altra parte, che Molina è uno degli autori chiave nella riflessione astratta e generale sul contratto, che si ritrova nel suo *De iustitia e iure libri decem*.

L'opera *Concordia liberi arbitrii* affronta uno dei problemi più difficili nel campo della teologia. Essa propone un modo complesso di spiegare la conciliazione tra il potere divino e la sua conoscenza degli eventi futuri, e la libertà dell'uomo.

Non essendo necessario riprodurre qui i termini di tale polemica, è sufficiente segnalare che nell'opera di Luis de Molina la questione della li-

²²⁸ Cfr. SAN IGNACIO DE LOYOLA, *Obras*, cit., 289.

²²⁹ Cfr. C. DE CORES, *El modo nuestro de entender y de enseñar el Derecho Civil*, in *Otra forma de comprender el Derecho*. Cuaderno de Trabajo, Universidad Iberoamericana, Mexico, 2004, 123.

bertà viene considerata essenziale per la stessa definizione di essere umano. Dio, come causa prima, crea l'universo secondo un piano e tutto ciò che è stato creato è organizzato secondo questo piano, destinato, definitivamente, al bene, secondo la divina provvidenza. Tuttavia, una volta creato, l'universo è governato dalle sue stesse leggi; non dipende in maniera permanente dall'intervento divino arbitrario, come avveniva nella mitologia greca. La tesi teologica centrale nella *Concordia liberi arbitrii* è che Dio, come causa prima, crea il mondo e l'Uomo; poi le cause seconde si sviluppano senza l'intervento diretto di Dio, anche se tutto tende ad adempiere il bene secondo la divina provvidenza.

Ebbene: la grazia divina non può essere effettiva senza la libera accettazione da parte dell'uomo. Nel contesto del piano, Dio crea l'uomo e lo dota di libertà. Affinché possa essere affermato che l'uomo è veramente libero, è necessario che il creatore si auto-limiti in termini di possibilità di agire nella catena delle cause seconde, perché se Dio agisse in modo permanente per alterare i capricci della storia, l'uomo non sarebbe veramente protagonista.

L'incarnazione di Dio e il suo inserimento nella storia umana, che costituisce il centro dell'esperienza cristiana, non si realizza in un contesto di divina conquista e sottomissione, bensì in un paradossale contesto di manifestazione (Epifania) di umiltà e debolezza.

Quest'idea centrale è affrontata da San Paolo nella sua epistola ai Filippesi (capitolo 2 versetti da 6 a 8) nei seguenti termini:

«Cristo, che era di condizione divina, non considerò questa uguaglianza con Dio come qualcosa che doveva custodire gelosamente: al contrario, si annientò, assumendo le condizioni di servitore diventando simile agli uomini. E presentandosi con un aspetto umano, si umiliò fino ad accettare, per obbedienza, la morte e la morte sulla croce!».

La figura classica della nascita di Gesù a Betlemme dà conto di un Dio fatto uomo che non impone il suo messaggio con la forza, ma fa una chiamata sottile la cui accettazione dipende della libera decisione dell'uomo. Da ciò risulta che si tratta di una posizione dottrinale che dà un rilievo specifico e molto importante all'iniziativa e alla libertà umana; o, in altri termini, è una posizione dottrinale che poggia sulla libertà della persona.

Ciò implica che i processi umani – e per quanto qui interessa, i processi politici e sociali, così come quelli economici (tra essi le contrattazioni)²³⁰ – acquisiscono una certa autonomia. Così anche l'Uomo, creato da Dio come causa prima, si configura come un agente libero, e, nella sfera politica, nella sua dimensione sociale, cioè come popolo, è considerato

²³⁰ Cfr. M. GRICE-HUTCHINSON, *The school of Salamanca*, cit., 46.

il titolare del potere di decidere la propria forma di governo. La sovranità appartiene al popolo, e il popolo delega il potere politico al governante. Tutto proviene da Dio in modo mediato, ma, in maniera immediata, la legittimità del governo proviene direttamente dal popolo, senza mediazione diretta di Dio.

II.8.4.3. De legibus di Francisco Suárez

Ritroviamo la stessa matrice nell'opera di Francisco Suarez (1548-1617). In larga misura, il concetto di diritto nelle opere della Seconda Scolastica deriva dal trattato sulle leggi di questo autore²³¹; e nella sua introduzione troviamo una delle chiavi per spiegare la dedizione degli autori gesuiti ai temi giuridici.

Nel *De legibus*, di Suarez, troviamo la stessa linea di pensiero riconoscibile nella *Concordia liberi arbitrii* di Luis de Molina, affrontata però dal punto di vista politico. In un momento iniziale o originale, Dio conferisce il suo potere al sovrano, che è il popolo. Dunque, il sovrano delega il potere al governo, che detta le leggi. Anche se il legislatore deve ispirarsi al diritto naturale e divino, il processo di produzione legislativa acquisisce relativa autonomia. Si va creando un quadro di libera azione dall'essere umano, in maniera tale che viene incoraggiata l'auto-responsabilità.

Secondo Decock, Suarez propone un nuovo modello di relazione tra la Chiesa e lo Stato che risponde alla complessa situazione politico-religiosa d'Europa. A tal scopo, viene articolata la causa prima con le cause seconde o derivate. La legge, come tutto ciò che viene creato, proviene da Dio come causa prima. Ma il potere politico non è direttamente orchestrato da Dio, posto che l'autorità viene stabilita mediante un processo puramente umano e naturale. Il potere di Dio è conferito al popolo nel suo complesso. È solo in un secondo momento, ma non più come azione diretta di Dio, che quel potere politico è conferito dal popolo all'autorità legittimamente costituita.

La funzione della Chiesa nella sua relazione con lo Stato non sarà quella di dirigere, ma di consigliare e guidare riguardo ai principi del diritto naturale – che è un'opera umana, derivata da Dio ma non direttamente – che devono orientare il Diritto Positivo elaborato dall'autorità legittimamente costituita dal popolo, depositario del potere che emana da Dio ma solo in ultima istanza.

I precetti del diritto naturale obbligano in coscienza. Pertanto, la funzione del teologo è quella di consigliare l'autorità e gli individui, per la salute delle anime, su tutti i problemi pratici; il che impegna i consiglieri a formarsi in maniera solida e ad avere una conoscenza completa e ordinata della materia oggetto di consiglio. È per questo che i gesuiti utilizzano tut-

²³¹ Cfr. F. SUÁREZ, *De legibus*, estudio preliminar y edición crítica bilingüe por L. Pereña y V. Abril, CSIC, Madrid, 1974.

ti gli strumenti per risolvere i problemi correlati con il capitalismo emergente, il potere crescente degli stati nazionali, e delle confessioni protestanti, la scoperta dell'America e del commercio internazionale, ecc.; strumenti che vanno dalla filosofia aristotelica, passando per il diritto comune, fino alla teologia scolastica, e raccolgono la tradizione del diritto naturale cattolico risalente al risveglio della filosofia tomista nelle università di tutta Europa, e nell'Università di Salamanca, in particolare, con la tradizione domenicana del convento di San Esteban, con Francisco de Vitoria (1486-1546) e Domingo di Soto (1495-1560)²³².

II.8.4.4. *Probabilismo gesuitico e promozione della libertà e della responsabilità umana*

Un altro aspetto che contribuisce alla concezione che individua l'essenza del contratto – come ogni azione umana – nella libertà, è il principio metodologico del probabilismo²³³, di cui fecero ampio uso i gesuiti. L'idea di probabilismo rende possibile sostenere che esiste più di una soluzione corretta, il che estende anche l'ambito dell'agire lecito dell'uomo, promuovendo la sua libertà e responsabilità.

La dottrina gesuita del probabilismo sosteneva che è sufficiente la probabilità di correzione, superando la dottrina del *probabiliorismo*, che richiedeva, per la bontà morale di un atto, che fosse seguita l'opinione più probabile²³⁴.

La dottrina filosofico-teologico-morale del probabilismo influenzò le dottrine del diritto civile proposte dai maestri gesuiti. Seguendo l'adagio *in pari causa, melior est condition possidentis*, i gesuiti sostenevano che in coscienza, l'uomo ha un fermo diritto al possesso della sua libertà. Siccome l'onere della prova grava sull'attore, chiunque desideri turbare il possesso della libertà dell'uomo deve dimostrare la sua causa.

Un'idea centrale nella dottrina gesuita è la cura e la promozione dell'individuo stesso, stimolando le sue facoltà e la sua libertà e responsabilità, che gli permette di avere libertà d'azione, dovendo assumere i meriti e le sanzioni che sono conseguenza della sua condotta.

Secondo Decock, l'origine della libertà contrattuale deriva proprio dalla riflessione gesuita sulla relazione tra Dio e l'uomo. L'uomo è un essere naturale creato a immagine di Dio e dotato di intelligenza e volontà, con il potere di dominare il mondo. Questo potere è chiamato dominio, di cui la proprietà è solo una parte (*dominium proprietatis*), poiché include anche il dominio della giurisdizione (*dominium jurisdictionis*). Il dominio con-

²³² Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 428.

²³³ Cfr. *supra* I.3.4. in fine.

²³⁴ F. GÓMEZ CAMACHO, *Economía y filosofía moral*, cit., e ID., *Luis de Molina y la metodología de la ley natural*, in *Miscelánea Comillas*, vol. 43, n. 82, 1985, 155-194.

tiene il diritto di disposizione in senso molto ampio. Secondo i gesuiti, l'uomo ha un diritto di proprietà non solo sui propri beni, ma anche sulle proprie azioni. La volontà umana è padrona delle sue azioni.

Tutti i beni, che possono aumentare o diminuire mediante il lavoro e l'industria, sono inclusi nel dominio. Esso è responsabilità dell'uomo, le cui azioni non sono determinate da un ordine divino, potendo scegliere liberamente tra diverse possibilità.

I gesuiti, come educatori e consiglieri, avevano quale obiettivo principale, quello di stimolare lo zelo mediante il lavoro, sia in classe sia fuori dall'aula. Uno strumento fu l'incentivo dell'onore e della fama (ecco perché Lessius considera onore e fama come beni suscettibili di essere danneggiati come i beni materiali)²³⁵.

Allo stesso modo, emerge la dedizione dei gesuiti nel lodare il duro lavoro e la prudenza, il che costituisce un elemento che potrebbe aver influito sulla liberalizzazione del capitalismo commerciale. Ciò rende lecito, in linea di principio, il traffico commerciale.

Si tratta in definitiva di una filosofia contraria al paternalismo.

Posto che l'uomo è padrone, sovrano delle proprie scelte e piani d'azione, la volontà umana agisce come legislatore privato che è in grado di imporsi mediante il contratto, come se si trattasse di una legge personale.

Certamente, l'idea della parte contraente che si obbliga mediante la sua legge personale, nonché l'idea per cui il contratto contiene il consenso, ossia la manifestazione della volontà di entrambi i contraenti, non appartiene al patrimonio dei gesuiti. È un'idea corrente nel Digesto (50,17, 23), nelle Decretali di Bonifacio VIII (VI, 5, 13, 85), ripresa da Domat e consacrata – tra molti altri testi – nell'articolo 1134 del Codice civile francese. Tuttavia, gli autori gesuiti trattarono tale idea secondo un particolare sviluppo discorsivo.

Al di là della loro capacità di ordinare la casistica materiale ereditata dal diritto romano, secondo gli schemi logico-razionali propri della tradizione aristotelico-tomista, rilevata da Gordley, gli autori gesuiti sono apprezzati soprattutto per la capacità di fornire una spiegazione alla nascita del principio della libertà contrattuale (*libertas contractuum*, espressione che figura testualmente in Lessius)²³⁶.

Distaccandosi dalla tradizione civilistica, che fino ad allora continuava a negare che i patti nudi dessero luogo ad un'azione civile, l'avvicinamento al diritto contrattuale da parte della teologia morale gesuita radicalizza l'approccio consensualista anticipato dal diritto canonico. E neppure si esigeva l'espressione della causa, che era propria del diritto canonico, affermando che la prova è propria dei fori esterni e non di quello della coscienza. In quest'ultimo ambito, l'unica fonte di obbligazione è il mutuo

²³⁵ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 436.

²³⁶ Cfr. L. LESSIUS, *De iustitia e iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpiae, 1621, lib. 2, cap. 17, dubb. 6, n. 43, 203.

consenso. Secondo Lessio, «*Omnis contractus, etiam nudus, sponte libere-que factus, si contrayentes sint habiles, parit obligationem naturales seu in foro conscientiae, ita ut parte invita non possis rescindere, nisi iure positivo sit irritus vel detur irritandi potestas*»²³⁷.

Oñate, occupandosi della causa efficiente del contratto, sottolineerà che solo il soggetto può essere la causa efficiente del contratto; solo la sua volontà. Mentre nei discorsi di Mercado o di García, la causa, come fatto di natura oggettiva del contratto, faceva sentire il suo peso, nella prospettiva volontaristica di Oñate l'unica causa efficiente del contratto è la volontà: «*de personis tantum dicemus quae possunt esse causae efficiente contractuum*»²³⁸.

C'è chi, come Bergfeld, sostiene che la Seconda Scolastica effettuò una traduzione, in campo giuridico, delle idee correnti a favore della libertà contrattuale²³⁹. Di conseguenza, la caratteristica, che può essere apprezzata negli autori gesuiti, è che svilupparono una teoria del contratto e della promessa, non solo trascendendo dalle figure contrattuali speciali e abbozzando un'idea generale, ma elaborando quella figura di contratto in generale incentrata sulla libertà, sul consensualismo e sull'idea dell'individuo come legislatore privato. L'idiosincrasia di questa dottrina sorprendentemente liberale può essere adeguatamente spiegata solo nel contesto della sua visione teologica dell'azione umana e di una descrizione dei tribunali avanti ai quali vengono giudicati i casi concreti²⁴⁰.

Mediante la trasformazione del diritto romano-canonico, sulla scia della tradizione accademica di Salamanca, i gesuiti elaborarono un sistema di teologia morale orientato alla liberazione dell'individuo da obbligazioni esterne al foro della coscienza. La visione dell'uomo come padrone dei suoi beni e delle sue azioni implica la possibilità di obbligarsi nell'ambito di azioni scelte liberamente, nell'interazione con altre persone per lo scambio di beni e servizi (*libertas contractuum*). Molti elementi delle dottrine liberali e individualistiche contenute nel Codice civile francese sono presenti negli accademici del XVI secolo e XVII, e ancor più nei trattati gesuiti sul contratto.

Si può dire, quindi, che la Seconda Scolastica gesuita costituisce, allo stesso tempo, l'esito della Scolastica e la sua distruzione, e conduce direttamente alla teoria generale del contratto classica.

È vero che ci sono differenze importanti. I gesuiti, come altri scolastici prima di loro, misero molta più enfasi sull'equilibrio contrattuale e sulla giustizia rispetto a quella che avrebbero voluto i volontaristi del secolo XIX. Inoltre, la finalità dei gesuiti era quella di facilitare il cammino degli uomini verso la salvezza delle loro anime, liberandole da oneri e obbligazio-

²³⁷ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 446.

²³⁸ Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, Tomus I, Tractatus II de causis, disputatio 4, *de causa efficiente contractibus in genere*.

²³⁹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 219.

²⁴⁰ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 426.

ni troppo pesanti e demoralizzanti. I codici nazionali, al contrario, cercano di fornire ai cittadini un minimo codice di condotta.

Tuttavia, è possibile affermare, in conclusione, che la struttura dell'attuale scienza del diritto contrattuale mantiene un parallelo coerente con le costruzioni degli autori gesuiti del XVI e XVII secolo. Condivide con le attuali concezioni di tipo umanista, la considerazione dell'Uomo situato al centro della creazione, dotato di ragione e sensibilità, titolare del potere su tutte le cose create.

Il passaggio dalla Prima alla Seconda Scolastica può essere compreso visivamente comparando l'illustrazione dei frontespizi delle opere di Tomás de Mercado (1569) e Leonardo Lessio (1621).





La prima immagine, espressiva di una concezione morale repressiva e punitiva, che indica ai contraenti il pericolo che la contrattazione comporta per la vita spirituale, illustra il monito «l'ascia è già nella radice».

La seconda, che funge da copertina del libro di Lessio – ed opera del suo connazionale Rubens –, rivela una visione più complessa e articolata, tipica dell'umanesimo rinascimentale e barocco, stile artistico generalmente associato alla visione gesuita della libertà e del cammino umano,

non rettilineo ma pieno di curve, che ascende dalle passioni più basse che imprigionano lo spirito, fino ai vertici della virtù ²⁴¹.

È in questo contesto culturale che osserviamo la nascita della teoria generale del contratto.

II.8.4.5. *Verso il riconoscimento di genealogie alternative del principio dell'autonomia della volontà*

Esiste un importante parallelo tra queste dottrine e le concezioni contrattualiste della scuola giusnaturalista nel nord Europa. Viene generalmente ammessa l'influenza nel pensiero di Grotius degli autori della Scuola di Salamanca, come lo stesso Vitoria, Covarrubias, Soto e Vázquez ²⁴². Può inoltre essere citato Lenaert Leys (Leonardus Lessius, 1554-1623), che nacque vicino ad Anversa, fu professore di teologia morale presso il Collegio dei Gesuiti di Lovanio tra il 1585 e il 1600, e rappresentò un ponte tra il pensiero teologico e giuridico spagnolo del XVI secolo, e la tradizione giuridica del diritto naturale del nord dell'Europa del XVII secolo ²⁴³. Come già indicato, Birocchi ricorda che gli studi degli accademici spagnoli del *Secolo d'oro* ebbero una straordinaria fortuna editoriale, di portata europea. Le opere di Luis de Molina (1535-1600) sono citate in Germania; da parte sua, Hugo Grotius riconosce di ispirarsi a Fernando Vázquez e ci sono orientamenti che collegano Althusius con la dottrina della Scuola di Salamanca ²⁴⁴.

Recentemente il fenomeno è stato rilevato dai ricercatori tedeschi, olandesi (Thieume, Reibstein, Feenstra) e italiani (Paolo Grossi).

Non è difficile trovare una somiglianza, quanto alle conseguenze pratiche, tra la distinzione tra causa prima e causa seconda, di Molina e Suarez, e l'ipotesi di Grotius sulla non esistenza di Dio. Sappiamo che Grotius, senza negare l'esistenza di Dio, si propose di costruire un diritto naturale per mezzo della ragione, prescindendo da un ricorso diretto al diritto divino. La dottrina del giurista olandese circa l'autonomia del diritto naturale non implica la negazione dell'esistenza di Dio o di un ordine divino. Tuttavia, in Grotius si può chiaramente rilevare l'idea per cui, sebbene egli consideri che il fondamento supremo del diritto si trova in Dio, afferma che se anche Dio non esistesse, o non si prendesse cura degli uomini, il diritto naturale non smetterebbe di avere un valore.

Quest'idea è associata alla c.d. secolarizzazione del diritto naturale.

²⁴¹ R. KUTI CAMACHO, *Barroco jesuita, teología de los afectos y educación estética en el siglo XVII novohispano*, in *Revista de Filosofía*, Maracaibo, Venezuela, n. 55, 2007, 1, 55-83.

²⁴² Come già abbiamo indicato Hans Thieume si preoccupa di contare le citazioni contenute nell'opera di Grotius relative agli autori della Scuola di Salamanca: Vitoria, 56; Covarrubias, 53; Soto y Vázquez, 30. Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous*, cit., 9.

²⁴³ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 426, nota 10.

²⁴⁴ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 204.

Ma in realtà, può anche essere visto come il riconoscimento del fatto che il diritto è governato dalle sue stesse leggi, riconoscibili dalla ragione umana, che dipendono da atti liberi dell'uomo, idea rispetto alla quale c'è una perfetta coincidenza con le dottrine di Suarez, Molina e Lessio. La questione dell'origine divina del diritto, così come dell'intero universo, si allontana, come questione filosofica o teologica, dalla questione della scienza o conoscenza del diritto. Sarà quindi possibile parlare di un diritto naturale "secolarizzato", ossia, la cui impalcatura concettuale non dipende direttamente da un atto di fede in Dio. È possibile, a partire da Grotius, concepire un diritto pubblico e privato secolarizzato, laicizzato²⁴⁵. Si dice che, fino a Grotius, la "costruzione giuridica" poggiava sulla "legge naturale", sull'affermazione dell'ordine provvidenziale determinato da Dio e imposto agli uomini e alle società. Da quel momento, non c'è più un ordine divino o una legge provvidenziale. Gli esseri umani sono concepiti come entità autonome, senza una volontà superiore che si imponga loro.

Tuttavia, la negazione dell'esistenza di Dio non fa parte del discorso di Grotius, così come la subordinazione della ragione alla fede non integra il discorso di Molina e Suárez.

Il discorso laicista radicale percorre la strada volta a negare l'esistenza di Dio e di quell'atto creativo della sfera della causa prima, contrapponendo la fede in Dio alla fede nell'uomo. Viene così affermato che una concezione del diritto fondata sulla credenza in Dio, che implica il passaggio dal diritto divino passando per il diritto naturale fino a giungere al diritto positivo, è propria di una società tradizionale, basata sulla inesistenza della libertà religiosa, ed è incompatibile con la società moderna, laica e pluralista, che non riconosce validità ufficiale a nessuna confessione.

Castán Vázquez sottolinea che per tutto il XVII e XVIII secolo si sviluppò in Europa la corrente del giusnaturalismo razionalista che condusse all'elaborazione di codici completi di diritto naturale presentati come l'unico diritto valido, secondo la ragione, per tutti i popoli, postulando un diritto non più fondato su Dio. Citando Vallet de Goytisolo e Hernández Gil, osserva un'antitesi tra la concezione razionalista e quella tradizionale. La diffusione dell'ideologia razionalista condusse «in politica, all'evoluzione e in diritto al positivismo giuridico», e comportò che le nozioni di legge e Diritto sarebbero divenute, sostituendosi a Dio, i pilastri su cui sarebbe stata ricostruita la visione del mondo²⁴⁶.

Tuttavia, il discorso escludente non sembra necessario, e ciò appare con evidenza dal confronto tra la versione protestante e l'elaborazione della scuola gesuita.

Da un lato, il primo atto creatore non fu escluso né nel discorso di Grotius, fondatore della scuola di diritto naturale, né da Domat o da Pothier,

²⁴⁵ Cfr. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie*, cit., 34.

²⁴⁶ Cfr. J.M. CASTÁN VÁSQUEZ, *Las bases iusnaturalistas*, cit., 334.

ed ancor meno, come è ovvio, nel discorso dei padri gesuiti che servirono loro da ispirazione e fondamento.

Dall'altro, sia Grotius che Domat e Pothier, e i primi padri gesuiti, affermano che i rapporti sociali e giuridici hanno le proprie dinamiche, e che, in ogni caso, può essere ammessa un'ispirazione, ma non una determinazione da parte di Dio, posto che sarebbe incompatibile con la libertà dell'uomo. L'intervento di Dio è suggerimento, invito, ispirazione. Il Messia di Dio non forzerà mai l'uomo, ma rispetterà sempre la sua libertà: «non spezzerà una canna incrinata, non spegnerà il lucignolo fumante»²⁴⁷.

Nel merito, come vedremo più avanti, è possibile affermare, per mano degli autori della Seconda Scolastica gesuita, che l'atteggiamento del credente, non solo non è incompatibile con l'affermazione più radicale della libertà umana, ma, al contrario, ne costituisce l'assioma più caratteristico.

In Molina, Lessio e Oñate, il fondamento del contratto poggerà radicalmente sul libero consenso, non meno che in qualsiasi autore del razionalismo protestante o laico.

Secondo Birocchi è facile trovare la somiglianza tra Oñate e Grotius. Oñate non conosceva il capolavoro del grande olandese, mai citato, poiché le citazioni di Oñate si fermano intorno al 1630. In ogni caso, è possibile tracciare un parallelo tra questi due autori contemporanei, posto che le matrici sono in qualche modo comuni ad entrambi, matrici che poggiano specificamente sulle categorie della scienza giuridica iberica e sulla cultura della Seconda Scolastica²⁴⁸.

Si può dire allora che gli orientamenti sul contratto propri dell'Età Moderna, sia laici che religiosi (protestanti, giansenisti o cattolici), hanno una caratteristica comune: il rifiuto della determinazione dell'uomo, e la correlativa affermazione della sua libertà. Solo che nel caso della corrente laica, l'allontanamento dall'origine divina dell'uomo, della società, del diritto e del contratto implicherà la rottura o negazione di tale origine; e nel caso della corrente religiosa, non vi sarà tale negazione, anzi al contrario, vi sarà la sua affermazione, la quale, tuttavia, non sarà più considerata direttamente correlata al discorso teorico sul contratto, il quale si governerà autonomamente grazie alla sua coerenza, come conseguenza dell'azione di soggetti liberi. Questo aspetto, che costituisce un carattere essenziale della dottrina gesuita sul contratto, e che – è possibile affermare – che è tutt'oggi vigente, implica che il discorso scientifico di coloro che sono portatori di una visione trascendente potrà – come discorso scientifico – coincidere ed essere pienamente condiviso con la scuola laica del diritto naturale o addirittura con posizioni positiviste.

In ogni caso, la sua specificità risiede nel postulare che lo spirito della

²⁴⁷ Isaia, 42,3.

²⁴⁸ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 286.

legge (lo stesso spirito che appare nei titoli preliminari come risorsa per determinare il significato applicativo della legge) proviene da Dio. Su questo punto coinciderà con la corrente protestante, come emerge in maniera chiara nell'opera di Domat, e si allontanerà dagli orientamenti laicisti.

Tuttavia, in ultima analisi, si deduce che in questa prospettiva, coloro che si professano credenti potranno dialogare sul diritto e sulla scienza del diritto con coloro che non lo sono, sulla base di un discorso razionale che sarà loro comune, perché in entrambi i casi sarà basato su un comune denominatore: il valore della libertà umana; riconosciuta, in un caso, a partire dalla rottura con la tradizione scolastica precedente e, nell'altro, a partire da un'evoluzione che, senza rinnegare la tradizione, propone anche un punto di partenza autonomo, basato sul discorso razionale.

Le conclusioni a cui siamo giunti riguardo a Grotius rivestono, a nostro giudizio, notevole importanza, perché Grotius è la fonte diretta della concezione di Domat, il quale riconosce chiaramente l'ordine del diritto divino, ma, indipendentemente da esso, elabora l'ordine naturale delle leggi basato sulla ragione umana. E la costruzione di Domat, come sappiamo, è – attraverso Pothier – fonte diretta del Codice civile francese e, tramite esso, di tutti i nostri Codici civili.

II.8.5. *Il discorso sul contratto in Luis de Molina*

II.8.5.1. *Introduzione*

Dobbiamo ora affrontare l'opera di Molina dal punto di vista specifico della teoria generale del contratto. La finalità del riferimento all'opera di Molina è quella di permetterne il confronto con quella di Lessio e di Oñate, nell'esclusivo tentativo di sistematizzare le informazioni sui pensatori gesuiti che hanno approfondito l'idea del contratto dal punto di vista astratto e generale.

La riflessione di Luis de Molina riguardo al tema dei contratti fa parte della sua enorme opera, *I sei libri sulla Giustizia e il Diritto*²⁴⁹. Il volume I del tomo II include le dispute da 252 a 575. Tuttavia, la trattazione delle questioni sul contratto in generale è contenuta solo nelle dispute da 252 a 261. La disputa 262 inizia già con la trattazione della donazione, sebbene alcune delle successive dispute, relative alla promessa, possono assumere una portata generale.

Risulta molto significativo e rafforza la nostra posizione sull'importanza degli studi dei gesuiti in materia di contratto, il fatto che, nell'approccio all'origine storica della teoria generale del contratto, il professore cileno

²⁴⁹ Cfr. L. MOLINA, *Los seis libros de la justicia y el derecho. Traducción, estudio preliminar y notas de Manuel Fraga Iribarne*, II, vol. 1, Biblioteca de Clásicos Jurídicos, pubblicata dalla Facultad de derecho di Madrid sotto la direzione dell'illustrissimo Sr. D. Eloy Montero y Gutiérrez, Decano della Facoltà e accademico, Madrid, 1953.

Alejandro Guzmán Brito propone «di fare un grande salto» partendo dal diritto romano fino a giungere a Luis de Molina (1535-1600) e al suo trattato *De iustitia et jure* pubblicato tra il 1593 e il 1609, del quale prende in esame soprattutto la parte *De contractibus*, contenuta nel volume II, che apparve nel 1597, e che, secondo il professore, «costituisce la prima formulazione moderna di una dottrina sul contratto, potenzialmente in grado di convertirsi in generale ...»²⁵⁰. Questa formulazione di Molina segue lo schema giustiniano delle stipulazioni.

Guzmán Brito afferma che Molina formulò una dottrina del contratto con il potenziale di diventare generale, perché, in realtà, egli parla delle *promissiones*, che è la denominazione che utilizza per riferirsi alle stipulazioni. E intende la *promissio* come una specie particolare di *contractus*, propriamente una donazione; il che non era così nel diritto romano. In quest'ultimo, una stipulazione poteva, infatti, avere una causa onerosa, come quando si promette il prezzo di una compravendita già celebrata o si promette un importo, precedentemente ricevuto in prestito, come facciamo oggi con i pagherò cambiari ed altri strumenti di credito. In questo modo, confondendo la promessa con la donazione, Molina appare ancor più restrittivo di Giustiniano (e Gaio). Tuttavia, storicamente la sua esposizione è di notevole importanza perché ispirerà direttamente Grotius, dal quale nascerà la dottrina moderna²⁵¹.

Il professore cileno ha rilevato che le prime dispute del trattato *De contractibus* sono di carattere generale, sottolineando le seguenti:

La disputa 252: che tratta di «Cosa sono patto e contratto e delle obbligazioni civili e naturali» (*Pactum et contractum quid sint et de obligatione civili et naturali*); ossia, è dedicata a ciò che potremmo chiamare il concetto o la definizione di contratto.

Disputa 253: «Dei contratti nominati e innominati» (*De contractibus nominatis et innominatis*).

Disputa 254: «Quali contratti sono perfezionati solo con la parola, quali per iscritto e quali mediante l'opera» (*Qui contractus solo consensu, qui solo verbo, qui scriptura et qui opere compleantur*).

Disputa 259: «Contratti di buona fede e di stretto Diritto e altre suddivisioni dei contratti» (*Contractus, qui bonae fidei et qui stricti juris et de aliis contractibus divisionibus*).

Disputa 261, rubricata: «Chi può stipulare contratti» (*Qui possint contractus celebrare*), in generale si riferisce a ciò che oggi chiamiamo la capacità di agire, e si tratta degli impuberi, minori, dementi, prodighi, ecc.

²⁵⁰ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la teoría general*, cit.

²⁵¹ Come si vedrà quando tratteremo la questione della stipulazione in Oñate, quest'autore non è d'accordo con Molina; fornisce un concetto molto più attuale di consenso contrattuale e solennità.

A partire dalla disputa 262 Molina abbandona la generalità dei contratti ed inizia a trattare le *promissiones*. Il suo primo problema è come si forma l'atto promissorio, ciò che oggi corrisponde alla dottrina della formazione del consenso, così:

Disputa 262: «La promessa differisce dallo scopo, del doppio genere di promesse e simultaneamente delle virtù della verità e della fedeltà» (*Promissio differt a proposito et de duplice promissionum genere ac simul de virtutibus veritatis ac fidelitatis*)²⁵².

Disputa 263: «La promessa non può essere revocata liberamente prima della accettazione e se ciò avviene per sua natura o in virtù del diritto positivo» (*Promissio ante acceptationem revocari ne libere possit et utrum ex sua natura id habeat an ex positivo jure*).

Disputa 264: «Da chi può essere accettata la promessa e fino a quando vale quella fatta da un assente» (*Promissio a quo acceptari possit et quousque absenti facta valeat*).

La disputa 267: «Affinché la promessa o stipulazione abbia effetti obbligatori, quanta deliberazione e spontaneità deve possedere» (*Promissio aut stipulatio ut obliget quantum deliberationis et spontanei habere debeat*), esamina la questione della libertà del consenso promissorio e della forza vincolante, in parte corrispondente, quindi, a ciò che chiamiamo vizi della volontà.

Le dispute 268 e 269 esaminano la questione della mancanza dell'oggetto. La disputa 268: «Se sono valide la promessa o stipulazione aventi ad oggetto una cosa incerta, il fatto di un terzo, una cosa sacra o pubblica e un uomo libero» (*Promissio aut stipulatio de re incerta, de facto alieno, de re sacra aut publica et de homine libero, an valida sit*).

La disputa 269: «Se vale la promessa di una cosa che esiste solo nella speranza. E chi assume il rischio del perimento della cosa promessa» (*Promissio rei, qui solum est in spe, an valeat. Et cui res promissa pereat*).

Nella disputa 271: «Della promessa di una cosa impossibile, illecita o contraria ai buoni costumi» (*De promissione rei impossibilis, illicita aut idcirco contra bonos mores, quod occasionem praeberet ruinae et quid si haec ultima juramento confirmetur*) ci troviamo innanzi alle questioni concernenti l'illiceità dell'oggetto.

Come si può vedere, Molina, abituato al peculiare metodo scolastico, espone, pertanto, praticamente tutti i temi che costituiscono la dottrina generale del contratto, sebbene sia ancora riferita alle *promissiones* (che, d'altra parte, per lui, erano contratti), e lo fa ispirandosi allo schema gaiano-giustiniano delle stipulazioni, come dimostra la comparazione.

²⁵² La trattazione che fa Oñate del tema è più completa. Ci pare particolarmente significativa la disquisizione di Oñate sui cinque modi in cui può essere esteriorizzata una promessa.

La posizione del professore cileno corrobora la nostra affermazione per cui tra le *Istitutiones* di Giustiniano e l'opera di Molina, risalente al XVII secolo, non si ritrova alcuna opera che possa aspirare a costituire una teoria generale del contratto.

Tuttavia, se osserviamo l'ordine di grandezza con cui Molina discute il contratto in generale, in relazione alla trattazione di vari contratti speciali, non si percepisce in lui un cambiamento sostanziale rispetto al modello degli autori precedenti.

Dopo le dispute sul contratto in generale e sulla promessa si può osservare il seguente ordine:

- Disputa 294, comodato
- 299, mutuo e usura
- 336, compravendita
- 381, censo
- 396, permuta e scambio
- 411, società
- 422, società coniugale
- 444, enfiteusi
- 486, locazione
- 505 e 506, locazione di servizi
- 507, contratto di assicurazione
- 508, scommessa
- 509, contratto aleatorio
- 510, gioco
- 522, deposito e sequestro
- 528, pegno e ipoteca
- 539, della fideiussione
- 548 del mandato
- 553, della gestione di affari altrui
- 555, di altri quasi-contratti
- 556, della transazione e della composizione [di controversie]

559 alla fine: novazione, delegazione, compensazione, altre modalità di estinzione delle obbligazioni, il pagamento, l'imputazione di pagamento, la dazione in pagamento, la reclusione per debiti, la cessione di beni, la ripetizione dell'indebito, la *restitutio in integrum*.

Da quanto esposto, si può facilmente dedurre che, in relazione alla questione della teoria generale del contratto, la struttura dell'opera di Molina non differisce molto dalle altre opere precedenti e contemporanee sull'argomento che abbiamo analizzato. La maggior parte del suo lavoro è dedicata all'analisi dei singoli contratti; le considerazioni generali costituiscono una parte relativamente breve dell'opera.

L'aspetto quantitativo non deve essere trascurato. Osserviamo che, su un totale di oltre trecento dispute dedicate alla materia contrattuale, lo studio

sul contratto in generale, ossia svincolato dalle figure particolari, è contenuto solo nelle dispute da 252 a 261, oltre ad alcune considerazioni successive sulla promessa.

Contando le pagine nell'edizione della traduzione di Manuel Fraga Iribarne, si può notare che la riflessione sul contratto in generale va da pagina 197 a pagina 285 (88 pagine).

Oñate, invece, dedicherà 687 pagine del tomo I al contratto in generale, e sicuramente il giurista contemporaneo riconoscerà nel suo lavoro un approccio più esaustivo. Inoltre, comparando i caratteri tipografici, la sproporzione diventa ancora più rilevante. Nell'edizione dell'opera di Molina del 1614 (r. p. Ludivici Molinae primarii quondam in eborensi academia theologiae professoris e societati iesu, *De iustitia et iure Tomus Secundus, De contractibus*, Moguntiae, excudebat Balthasar lippius, Sumptibus, Hernan-ni Mylii Bircem, anno MDCXIV, cum privilegio), con dei caratteri tipografici paragonabili all'edizione di Oñate (1646), la trattazione generale del contratto, ossia le dispute da 252 a 261, comprende solo 18 pagine a cui si aggiungono, in ogni caso, una decina di pagine relative alla materia della promessa, stipulazione e consenso. Pertanto, la dimensione e la disposizione della trattazione sul contratto in generale in Molina non differisce delle altre fonti impiegate da Oñate (Rebellus, Salón, Bonacina, Azor, ecc.).

Nella comparazione del grado di approfondimento della trattazione del tema contrattuale, occorre aggiungere che l'argomento che tratta Molina in generale non è specificamente il contratto; la sua opera si occupa di tutte le questioni relative alla Giustizia e al Diritto. Come molti altri trattati dell'epoca, de *iustitia et iure*, si avvicina di più ad un'opera di Filosofia del Diritto, che non a un trattato sui contratti.

D'altra parte, certamente, è presente una trattazione minuziosa dei contratti in particolare, fondamentalmente con l'usuale scopo pastorale. Tuttavia, come si preoccupa di sottolineare Oñate, la verità è che, in tema di teoria generale del contratto «poco lasciò Luis de Molina» (*pauca nobis reliquerit*)²⁵³.

Peraltro, a nostro giudizio, la concezione di Molina per cui la stipulazione sarebbe un tipo di contratto nominato, rappresenta un pensiero più rudimentale rispetto a quello di Oñate, che concepisce la stipulazione come una forma generale di espressione del consenso (che attualmente identificheremmo con la questione della solennità) e, di conseguenza, come un aspetto centrale alla teoria generale del contratto.

Molina non si sbarazza del metodo casistico che caratterizza la prima generazione della Secondo Scolastica. Già nella terza pagina della sua dissertazione sul contratto, Molina si immerge nell'analisi del caso dell'evizione della cosa donata, questione a cui dedica lo stesso spazio dedicato all'introduzione del tema sul contratto in generale.

²⁵³ Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, cit., Exordio, n. 6.

Infine, nella disputa 262, Molina afferma che «di seguito tratteremo i contratti in particolare, cominciando con la donazione, che è un contratto gratuito». Come abbiamo indicato, in questa disputa, ove si occupa della promessa, e in altre successive, l'autore studierà anche alcuni temi generali sui contratti, fondamentalmente riguardo al problema del consenso.

Tuttavia, l'accuratezza della trattazione risente del fatto che tali temi generali non vengono debitamente suddivisi in capitoli e articolati in una Parte Generale del contratto, come invece accade nell'opera di Oñate. Ad esempio, in questa disputa, al n. 3, Molina distingue le promesse «che solo producono l'obbligazione di adempiere a ciò che è stato promesso, in base a una certa onestà morale, ma non secondo giustizia; mentre ce ne sono altre che producono anche un obbligazione di giustizia».

Occorre sottolineare la differenza nella trattazione di quest'aspetto tra Molina e Oñate.

La distinzione tra obbligazione di onestà, moralità, veridicità e fedeltà, da un lato, e obbligazione di giustizia, dall'altra, che è chiaramente e dettagliatamente definita in Oñate, dove il carattere della giuridicità si distingue nitidamente dall'ordine morale, si trova in Molina in forma più rudimentale. Molina si limita a distinguere tra la promessa che obbliga solo in virtù dell'onestà morale e sociale e promessa che obbliga secondo giustizia:

«[Questa] obbliga secondo giustizia e quindi, di per sé, con una colpa mortale, e la sua trasgressione produce non solo l'obbligazione di risarcire i danni causati, ma anche quella di restituire la stessa cosa promessa, perché ciò è dovuto in giustizia per il solo fatto di prometterla, concedendosi nel foro esterno azione per reclamare l'adempimento di tale promessa accettata (n. 11)».

Oñate, invece, parallelamente a Grotius, distinguerà cinque modalità di enunciazione della promessa e quella disquisizione risulta così centrale nella sua teoria, che conclude con la definizione di obbligazione secondo giustizia, che è quella che obbliga, in base alla comune intenzione delle parti che sia eseguita forzosamente. La giuridicità del patto sarà fondata, in Oñate, sull'intenzione, in ambito soggettivo, coincidendo quest'approccio con la posizione di Grotius.

II.8.5.2. *Conclusione*

A quali conclusioni possiamo pervenire da questo breve riferimento alla dottrina di Molina riguardo al contratto in generale?

È vero che ci sono riferimenti alla questione del contratto in generale, che partono dalla definizione di contratto di Labeone e dalle definizioni di Summenhart e Silvestro Prierio: il contratto, propriamente inteso, è concepito come il patto che origina obbligazioni di entrambe le parti. Pertanto, Molina negava che la promessa accettata (che generava obbligazioni solo di una parte) fosse un contratto in senso proprio. Di seguito, l'autore trat-

ta la distinzione tra contratti nominati e innominati e tra patti “vestiti” e patti nudi, per circa una cinquantina di pagine²⁵⁴.

Molina studia la contraddizione tra due punti. Da un lato, la legislazione del Regno di Castiglia (l’ordinamento di Alcalá del 1348) che conferiva efficacia civile obbligatoria al patto nudo. Dall’altro, la teoria medievale dei *vestimenta pactorum*, secondo la quale era richiesta la *estipulatio* affinché un patto nudo avesse efficacia civile obbligatoria. La trattazione della questione soffre in termini di ambiguità tra i concetti di promessa, proposta e contratto (considerato come accordo)²⁵⁵.

Si occupa del problema della definizione di contratto (in senso proprio, improprio e molto improprio); dei contratti nominati e innominati; della teoria dei *vestimenta* e della promessa ed accettazione, per poi analizzare immediatamente il tema della donazione. Si è diffusa l’idea per cui l’opera di Molina avrebbe sofferto di una mancanza di ordine logico e coerenza, ma le imponenti ricerche degli ultimi decenni lo negano, sebbene in essa venga ravvisata una certa oscurità²⁵⁶.

Per altro verso, la verità è che Molina, in maniera esplicita, non vuole soffermarsi sulla questione generale, manifestando la sua preferenza per la trattazione casistica e per la conoscenza specifica degli affari e della pratica del commercio.

Dal punto di vista dell’origine della teoria generale del contratto, non può quindi esserne considerato il fondatore, sebbene ne sia stato un importante precursore, essendo citato spesso da Oñate.

Come sarà dimostrato dall’analisi dettagliata dell’opera di Oñate, aveva ragione quest’ultimo quando, nell’indicare le sue proprie fonti, considera Molina come il più grande trattatista, sebbene aggiunga: «sul contratto in generale, poco ci ha lasciato»²⁵⁷.

II.8.6. *Il contratto in generale in Leonardo Lessio*

II.8.6.1. *La teoria della restituzione*

Così come abbiamo fatto con riguardo all’opera di Molina, faremo riferimento al lavoro di Leonardo Lessio, con l’esclusiva finalità di tentare di valutare i suoi insegnamenti sul tema del contratto in generale.

Leonardo Lessio ci ha lasciato in eredità, nell’ambito della materia con-

²⁵⁴ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 258.

²⁵⁵ *Ivi*, 263.

²⁵⁶ Cfr. F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo*, 114, citato in I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 255 nota 171.

²⁵⁷ «*Optime omnium Molina trac. 2 de iustitia a disp. 252 quamvis de contract. in genere pauca nobis reliquerit*». Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, Tomus Primus, Tractatus Primus, Exordio, n. 6.

trattuale, una sezione del libro II della sua opera intitolata *De iustitia et iure ceterisq. Virtutibus Cardinalibus Libri Quatuor*²⁵⁸. Così come nel caso di Molina, non si tratta, quindi, di un'analisi sui contratti, bensì su tutte le tematiche di giustizia e diritto.

La prospettiva che appare nell'opera di Lessio – che, d'altra parte, è molto coerente con lo scopo morale e pastorale che guida tutti i trattatisti che si sono occupati di *Iustitia et iure* – non è quella del contratto, ma della responsabilità.

In effetti, Lessio si occupa del contratto a proposito delle *iniuriae*, modalità questa che lo distingue dai suoi colleghi Molina e Oñate. Il libro II su *Giustizia e Diritto* contiene, già a pagina 74, un capitolo VII, *De iniuria et restitutione in genere*, che sviluppa le idee classiche di San Tommaso sulla restituzione. Le riflessioni elaborate da San Tommaso nel suo trattato sulla Giustizia, insieme all'elaborazione di Lessio nel suo trattato *De iustitia et iure*, costituiscono i primi sviluppi che conosciamo in materia di responsabilità civile.

Dopo lo studio di diversi tipi di *iniuriae*, inizia una sezione terza, sui contratti, che va dalla pagina 195 alla pagina 216. Di seguito Lessio, sulla linea di Molina, tratta il tema della *promessa* e della *donazione*, fino a pagina 236, ove inizia la trattazione dei *testamenti* e dei *legati*, per poi proseguire con l'analisi dei contratti nominati. Da ciò risulta che il discorso sul contratto in generale sia di una discreta estensione, simile a quella che caratterizza l'opera di Molina, e notevolmente più ridotta rispetto all'estensione del discorso di Oñate.

Come abbiamo indicato, la prospettiva da cui Lessio analizza il tema contrattuale è quello dell'inadempimento e della responsabilità.

Nell'esordio della sezione terza sui contratti, fa la seguente affermazione:

«Nella sezione precedente abbiamo parlato delle offese ai beni dell'anima e del corpo, e in generale dell'ingiustizia nei beni esterni e della necessaria restituzione; ora segue il trattato su alcuni modi speciali di ingiustizia, che si verificano nelle cose esteriori mediante vari contratti. Innanzitutto, tratteremo i contratti in generale, e poi quelli speciali in particolare».

L'idea di Lessio è quindi quella di trattare il contratto in generale, ma esclusivamente dal punto di vista del danno che può essere prodotto mediante il contratto, cosa che Lessio fa nel capitolo 17, che contiene 11 *du-bitationes*.

Questa impostazione, che considera la restituzione un argomento cen-

²⁵⁸ Utilizziamo la versione pubblicata ad Anversa nel 1621. Cfr. L. LESSIUS, *De iustitia et iure ceterisq. Virtutibus Cardinalibus Libri Quatuor*, Ad 2.2 D. Thomae a quaest. 47 usque ad q. 171. Auctore Leonardo Lessio ex Societati Iesu, S. Th. in Academia Lovaniensi Professore. Editio quinta actor et castigatior, cum appendice de Monte Pietatis, Antwerpiae, ex officina plantiniana, apud Balthasarem Moretum et Viduam io. Moretti et Io. Mursium, MDCXXI.

trale, appare terribilmente attuale. Il tema dell'unità della responsabilità civile, nonché della persistente validità o dell'obsolescenza della classica distinzione tra responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, occupa un ampio spazio nel dibattito accademico contemporaneo. Ma raramente si nota che il tema della restituzione, che ha la sua origine in Aristotele, attraversa tutto il Medioevo e l'Età Moderna fino a giungere alla sintesi della Seconda Scolastica²⁵⁹, in questo caso, grazie alla penna di Lessio.

II.8.6.2. La definizione di contratto

Nel primo dubbio, Lessio cerca di definire cosa sia il contratto, seguendo la solita domanda: *quid sit pactum, quid sit contractum*?

Si ritiene che il metodo scolastico abbia una eccessiva stima per l'autorità. Ma ciò non impedì agli autori della Seconda Scolastica di sviluppare una propria visione sul consensualismo e sul fondamento della forza vincolante del contratto.

I nostri autori – Lessio e poi anche Oñate – cominciano la trattazione del tema ripassando le definizioni degli altri autori, dimostrando, in primo luogo, un ampio dominio dello stato dell'arte e facendo un inventario dei risultati accademici precedenti, per poi affrontare i problemi dottrinali mediante i propri sviluppi²⁶⁰.

Ad esempio, Lessio cita la definizione di contratto di Labeone come *synallagma* o obbligazione reciproca; ma poi amplia la definizione per includere anche i contratti unilaterali e conclude identificando la nozione di contratto con quella di patto: *Nos nomine contractus utimur hic ample, ut idem sit quod pactum et comprehendat contractus gratuitos, qui sunt veluti semi contractus*.

Di conseguenza, ogni patto, definito da Lessio come espressione e incontro di volontà mutuamente accettate, ossia la "convenzione", nel senso romano della parola, in cui viene sottolineato l'elemento dell'accettazione, è considerato suscettibile di esecuzione. La donazione diviene obbligatoria con l'accettazione.

Come al solito, Lessio rivede l'idea medievale dei *vestimenta* ed elenca sei categorie. Però insiste sulla natura obbligatoria dei contratti innominati come questione di diritto naturale, lasciandosi alle spalle la dottrina civilista dei *vestimenta*. E prova a dimostrare come dal punto di vista del diritto naturale la distinzione tra contratti di stretto Diritto e di buona fede non abbia senso²⁶¹.

Nello stesso modo procede alla trattazione della nullità relativa per do-

²⁵⁹ Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous*, cit., 14.

²⁶⁰ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 441.

²⁶¹ *Ivi*, 443.

lo o *vis*, in base alla considerazione per cui il contratto non è assolutamente non voluto, e per questo non è assolutamente nullo, bensì nullo a beneficio della persona ingannata o forzata, suscettibile di essere azionata avanti ai tribunali di equità. Ma se la parte ingannata o forzata vuole eseguire il contratto, non viene richiesto un nuovo consenso da parte della persona che ha esercitato l'inganno o la violenza.

Per quanto riguarda l'esecutorietà dei patti nudi, Lessio è sostenitore, anche in contrasto con l'autorità di grandi interpreti dell'epoca (Alciato, 1492-1550 e Connan, 1508-1551), della loro forza vincolante.

Lessio studia la relazione tra contratto e obbligazione, considerando che in alcune accezioni per contratto s'intende l'obbligazione reciproca, così come fu definito dal Labeone. Tuttavia, si affretta a sostenere che definire il contratto come obbligazione presta immediatamente il fianco a due critiche. In primo luogo, si confonde il contratto, che è la causa, con l'obbligazione, che è l'effetto. Come vedremo nel prossimo capitolo, Oñate affronta magistralmente tale obiezione, distinguendo tra contratto considerato *in fieri*, e contratto considerato *in facto esse*. In secondo luogo, Lessio solleva la seguente questione: se la definizione di contratto spetta solo ai contratti bilaterali e se i contratti unilaterali sono veramente contratti. La posizione di Lessio, sebbene sia a favore di una concezione ampia, che include i contratti unilaterali, non è, così come accade con l'insegnamento di Molina, così chiara e argomentata come quella di Oñate.

Risulta quindi evidente l'elemento fondamentale della trattazione del tema del contratto in generale in Lessio, e la conclusione, per quanto concerne il contratto in generale, non può essere molto diversa da quello formulata rispetto a Molina.

Le caratteristiche dell'opera di Lessio sono, dunque, un chiaro consensualismo, ma limitato, e un'analisi della categoria generale del contratto che risulta formulata e strutturata, ma non sviluppata come un ambito di trattazione autonomo della problematica dei contratti in particolare.

II.8.7. *Juan de Lugo*

Prima di terminare la trattazione dei predecessori dell'opera *De contractibus* di Pedro de Oñate – trattazione che effettuiamo, come abbiamo indicato, non per analizzarli, ma al fine di confrontarli con l'opera di Oñate solo rispetto alla questione della formulazione della teoria generale del contratto, è necessario fare riferimento, almeno brevemente, a una terza opera monumentale sull'argomento, scritta dal cardinale Juan de Lugo e Quiroga (1583-1660).

Juan de Lugo ha scritto un'opera voluminosa raccolta in otto tomi dal titolo *Disputationes Scholasticae et morales*, della quale abbiamo analizzato un'edizione francese (apud Ludovicum Vives, Bibliopolam editorem, via vulgo dicta Delambre, 9, MDCCCLXIX), nel cui volume sesto viene trat-

tata la questione *de iustitia et iure*. L'edizione principe sarebbe datata 1642. A pagina 599 dell'edizione del 1869 inizia la seconda parte del volume, che contiene il *tractatus "De contractibus in genere et in specie"*. La questione dei contratti in generale è contenuta nella disputa XXII, da pagina 599 a pagina 744 (ovvero, in cento quarantacinque pagine).

Ne consegue che questa questione viene trattata con un livello di dettaglio che lo colloca tra gli autori dell'epoca che possono essere considerati come creatori di una vera teoria generale.

I temi trattati sono i seguenti:

DEI CONTRATTI IN GENERALE E DELLE OBBLIGAZIONI CHE NE DERIVANO

Che cos'è il contratto e in che cosa differisce dal patto?

Sui vari contratti e suddivisioni dei patti.

In che modo si perfezionano i contratti e se l'accettazione conosciuta dall'altra parte è necessaria per la sua efficacia.

Se il consenso interno sia assolutamente necessario per la forza vincolante e l'obbligazione del contratto.

Quale obbligazione nasce dal patto nudo e in che modo i contraenti possono esercitare il diritto di recesso.

Quando l'errore e il dolo viziano il contratto.

Se e in che modo il timore vizia il contratto.

Se e in che modo il contratto di per sé difettoso può essere confermato mediante giuramento.

Se il contratto senza la solennità del diritto è valido.

Chi può validamente celebrare il contratto.

Quali beni possono formare oggetto di un contratto valido.

Quando e quale restituzione *in integrum* spetta in forza di un contratto valido.

Se, e in che modo, è valido il contratto sottoposto a condizione.

Se il contratto sottoposto a condizione futura sia valido, una volta apposta la condizione, senza il nuovo consenso delle parti contraenti.

Se la pena derivante dal contratto deve essere applicata in coscienza a fronte della condanna del Giudice.

Come si può osservare, l'opera di Lugo contiene un'elaborazione sul contratto in generale, di portata più generosa rispetto ai suoi predecessori. Tuttavia, non raggiunge la sostanza dell'opera di Oñate; inoltre, anche se è contemporanea alla pubblicazione dell'opera di Oñate – la sua prima edizione appare a Lione, nel 1642 –, è assai improbabile che Oñate la possa aver conosciuta, tenuto conto che morì nel 1646, contemporaneamente alla pubblicazione del tomo primo del suo *Tractatus de contractibus*.

D'altra parte, l'estensione del lavoro di Oñate sul contratto in generale, è cinque volte quella di Lugo sullo stesso tema, ragion per cui abbiamo capito che dilungarci nell'analisi dell'opera di quest'ultimo, risulterebbe spro-

positata rispetto all'obiettivo per cui abbiamo fatto riferimento a fonti precedenti ad Oñate.

Concluderemo che, al di là di aver fornito contributi significativi alla teoria generale del contratto, né Molina, né Lessio, né Lugo (anche se il lavoro di quest'ultimo è forse il più importante per quanto riguarda il tema del contratto in generale) hanno elaborato un'opera del calibro di quella di Oñate.

II.8.8. *Altre fonti anteriori a Pedro de Oñate*

Il significativo merito dell'opera di Oñate, *De contractibus*, e in particolare il primo dei suoi tre tomi, "*de contractibus in genere*", che vogliamo specificamente evidenziare, è il suo contributo alla teoria generale del contratto, fino al punto di poter affermare che prima di lui, gli studi scritti analizzavano sempre aspetti parziali dei contratti in particolare, ma non formularono una teoria generale. A tal fine, abbiamo analizzato con una certa attenzione le opere di Molina e Lessio, e ci siamo riferiti all'opera di Lugo.

A sua volta, con l'obiettivo di completare la dimostrazione della nostra tesi, abbiamo cercato di accedere ad altre fonti citate esplicitamente da Oñate, per esaminare fino a che punto, in alcuna o alcune di esse, sia stata sviluppata monograficamente la questione della teoria generale del contratto.

Procediamo quindi ad una breve descrizione delle altre fonti menzionate da Oñate in materia di contratti, le quali dimostrano la sua affermazione per cui «l'immenso mare» dei contratti, che egli vuole analizzare esaustivamente, non era stato, fino ad allora, esplorato da nessun accademico. Ne trascriviamo i frontespizi e ne indichiamo sommariamente il contenuto²⁶².

1

MARTINI BONACINAE MEDIOLANENSIS
S. THEOLOGIAE ET I.V.D.
COMITIS PALATINI
ET UTRISQUE SIGNATURAE REFRENDARI APOSTOLICI
OPERUM DE MORALI THEOLOGIA ET OMNIBUS
CONSCIENTIAE NODIS
TOMUS SECUNDUS,
Quo de legibus, deque decalogi & ecclesiae Praeceptis,
itemque de restitutione & contractibus accurate differitur.

²⁶² Tutti gli esemplari esaminati si trovano nella Biblioteca dell'Università Cattolica di Lovaino (Leuven-Belgio).

ANTUERPIAE,
apud IOANNEM MEURSIUM.
anno MDCXXXII

Cum gratia & Privilegio

Il libro di Bonacina contiene 566 pagine oltre agli indici. Il volume consultato include anche il terzo tomo (*De Censuris omnibus Ecclesiasticis in particulari*) (312 pagine più gli indici).

Dal punto di vista della materia, contiene:

Un *tractatus de legibus* (pagg. 1 a 283)

Un *tractatus de restitutionibus*, che, a sua volta, contiene:

Disputa I: della restituzione in generale.

Disputa II: della restituzione in particolare.

Disputa III: dei contratti (da 376 a 563). Qui è contenuta una *Quaestio I, de contractibus in genere* (da 376 a 392), seguita dall'analisi della compravendita e degli altri contratti, di modo che la questione sul contratto in generale, formalmente parlando, è trattata in 16 pagine.

Neppure si osserva un trattamento sistematico del contratto nella sua opera:

COMPENDIUM ABSOLUTISSIMUM,
omnibus curam animarum gerentibus apprime utile,

Sumptibus Iacobi & Petri Prost,

Lugduni,

MDCXXXIV

in cui vengono trattati diversi argomenti di teoria generale del contratto, senza ordine, in meno di dieci pagine.

2

R.P. IOSEPHI GIBALINI, E SOCIETATE IESU THEOLOGI,
DE UNIVERSA RERUM HUMANARUM NEGOTIATIONE,
TRACTATIO SCIENTIFICA,

utrique foro perutilis, es iure naturali,
ecclesiastico, cvili, romano & Gallico.

In qua negotiorum humanorum aequitas per omnes negotiationis causas, materias, formas universales ac singulares contractuum, commerciorum, atque ... (sinnalagmaton?) diversa genera, ex iisque ortas obligationes, scientifice & solide explicatur, humanarum scientiarum & artium rectus ac pravus usus demonstratur, signulorum stuatuum, officiorum ac munerum rationes, atque adeo universae oeconomicae & politicae traduntur.

Tomus primus

Lugduni

Sumptib. Philippi Borde, Laurentii Arnaud,
Petri Borde & Guilielmi Barbier

MDCLXIII

Cum privilegio regis

Gibalini elabora la sua opera in due tomi voluminosi, il primo di 668 pagine e il secondo di 718 (oltre agli indici). Ovviamente propone un'analisi dei negozi usando un metodo razionale, offrendo una visione globale. Ma il suo fine specifico è quello di procedere all'analisi dei negozi in particolare, piuttosto che elaborare una teoria generale del contratto.

Nel primo tomo include tre libri.

Il primo, sulla natura e sulla causa dei negozi. Nell'ambito della causa tratta la causa finale, la causa efficiente e la questione delle negoziazioni. Per ciò che concerne il contenuto studia la merce, con un capitolo dedicato alle misure e ai pesi della merce.

Il secondo, sul commercio marittimo, il mercato e il denaro.

Il terzo libro, che è quello che potrebbe interessarci in relazione alla storia della teoria generale del contratto, sulla forma delle trattative umane, ove si trattano:

Capitolo 1, De pactis & contractibus (453-502)

Contiene vari articoli su questioni generali:

articolo 1. Quid sit pactum, quid contractus, & quotuplex.

articolo 2. De causa efficiente pacti, & contractus.

articolo 3. Consectaria de personis pascientibus, & contrahentibus.

articolo 4. De materia & forma pacti, atque contractus.

articolo 5. De effectu pacti, obligatione & actione.

articolo 6. Regulae universales de obligatione pactorum.

articolo 7. Consectaria ex proximis regulis.

articolo 8. De loco & tempore pacti, atque contractus celebrando.

articolo 9. De probatione pacti, & contractus.

Capitolo 2

De praecipuis pactorum & contractuum qualitatibus (da 503 a 582).

Capitolo 3, De pactionibus & contractibus invalidis, eorumque validatione, sive confirmatione (586-620)

Capitolo 4, De dissolutione pactorum & contractuum (da 625 a 665).

L'autore fa qualche disquisizione sul *pacto* e sulla differenza con il contratto, come molti scrittori dell'epoca, ma non sviluppa una teoria generale del contratto.

3

IOANNE AZORIO
LORCITANO, S.J.

INSTITUTIONUM MORALIUM IN QUIBUS UNIVERSAE
QUAESTIONES AD CONSCIENTIAM RECTE AUT PRAVE
FACTORUM PERTINENTES, BREVITER TRACTANTUR.
LUGDUNI, SUMPTIBUS HORATII CARDON

MDCII

Cum privilegio regis

Azorio sviluppa l'opera in tre tomi.

Il primo, di 1346 pagine (più gli indici), tratta in generale degli atti umani, della loro bontà e malvagità, degli stati dell'anima, del peccato, della legge divina, naturale e di diversi precetti (Nel libro LXIV tratta i precetti di equità e carità obbligatori tra i cittadini, i precetti di alienazione e vendita, di mutuo, pegno, locazione e trasporto, e deposito).

Nel terzo tomo tratta i seguenti argomenti: nel primo libro, della Giustizia e del Diritto; nel secondo libro, del quinto comandamento; nel terzo libro, del sesto comandamento; nel quarto libro, del settimo comandamento; nel quinto libro, dei delitti da cui deriva l'obbligo di restituzione in particolare.

Nel sesto libro, affronta la questione dei contratti in generale (pagine 395 e 427). Quindi tratta di vari contratti alle pagine da 429 a 827.

L'opera presenta, pertanto, il profilo dei trattati di quell'epoca. La parte sostanziale dei contratti è dedicata ai contratti in particolare (quasi 400 pagine) mentre la trattazione del contratto in generale occupa 32 pagine scarse.

4

IOANNIS DE SALAS GUMELIENSIS, E SOCIETATE IESU, IN
ACADEMIA SALMANTICENSI PHILOSOPHIA AC SACRA
THEOLOGIAE QUONDAM PROFESSORIS.

COMMENTARII IN SECUNDAM SECUNDAE D. THOMAE
DE CONTRACTIBUS
SIVE
TRACTATUS QUINQUE

De emptione et venditione

De usuris

De Censibus

De Cambiis

Le Ludo

Nunc primum in lucem emissi cum indicibus necessariis.

Lugduni, Sumptibus Horatii Cardon, MDCXVII

Cum privilegio regis

Como si osserva dal titolo, l'opera di Sales è chiaramente priva di una parte generale del contratto salvo una minima disquisizione iniziale a proposito della compravendita.

5

FERNANDO REBELLO, S.J. LUSITANO

Lamecensis Dioecesis in celebri Eborensi Academia Sacrae
Theologiae Professore & Cancellario.

OPUS DE OBLIGATIONIBUS IUSTITIAE,
RELIGIONIS ET CHARITATIS.

nunc primum typis mandatum, & I.U. doctoribus
& confessariis perutile & periucundum.

Ad R.P.P. Claudium Acquaviva eiusdem societatis iesu
Praepositum generalem, Cum indice rerum et sententiarum copiosissimo.

Cum privilegio regis

Lugduni, MCVIII

Il libro di Rebello ha una Prima Parte sulle obbligazioni in giustizia, composta da Quattro libri.

Libro I: De praeludiis iustitiae, ubi de iniustitiae & iure in comune, de consuetudine, de ratione interpretandi ius scriptum, de dominio, possessione, servitute, & aliis iuribus affinibus.

Libro II: De rebus restituendis a Possessore tam malae, quam bonae fidei & ceteris ad generalem restituendi rationem pertinentibus.

Libro III: De iniuriis electionum & oppositionum, & de obligationibus ex delicto, videlicet stupro, adulterio, homicidio ac furto consurgentibus.

Libro IV: De restitutione famae & honoris.

E una seconda parte, sugli obblighi in giustizia «ex contractu, e quasi ex contractu», con diciotto libri: il libro I, de contractibus in commune, e altri 17 libri sui contratti speciali.

Il primo libro è un'opera molto generale sul diritto, che include una teoria del diritto in generale, pubblico e privato, della legge, dell'interpretazione, del dominio.

Il secondo libro parla della restituzione in generale seguendo San Tommaso. A causa della cosa ricevuta, o dell'ingiusta detenzione della cosa.

Il quarto libro parla della restituzione della fama e degli onori secondo lo stile di Lessio.

La seconda parte tratta le obbligazioni in Giustizia, derivanti dal contratto e dal quasi-contratto in 18 libri.

Solo il libro primo parla del contratto in generale e contiene le seguenti questioni:

Quaestio I, Quid & quotuplex sit contractus, & quasi contractus?

Quaestio II, Utrum in contractibus bonae fidei obligatio sit extendenda: in contractibus vero stricti iuris restringenda?

Quaestio III, Utrum fas sit resilire a contractu altera parte repugnante?

Quaestio IV, de tempore ac loco adimplendi contractus, & iuridica eius probatione.

Quaestio V, De causis ex quibus contractus irriti sunt, aut rescindi possunt.

Quaestio VI, de dolo, sive fraude infirmante contractus.

Quaestio VII, Quo pacto ex parte rerum contractus infirmetur?

Quaestio VIII, de contractibus ex parte contrahentium vitiosis.

Quaestio IX, Utrum contractus secundum iura invalidi per iuramentum confirmari valeant.

Quaestio X, Quanta ex culpa ratione contractus, vel quasi contractus restituendi obligatio consurgat?

Come si rileva, esiste un'organizzazione della teoria generale del contratto però non come materia esclusiva dell'opera, inserendosi invece nell'ambito di un lavoro molto più ampio sul diritto in generale.

6

MICHAELE BARTOLOMEO SALON
VALENTINO AUGUSTINIANO

COMMENTARIORUM IN DISPUTATIONEM DE IUSTITIA,
QUAM HABET DIVUS THOMAS SECUNDA SECTIONE,
SECUNDA PARTIS SVAE SUMMA THEOLOGICAE:

In quibus quid aequum, vel iniquum sit, et qua ratione ad aequitatem & iustitiam reducendum in omnibus negociis, & actionibus, tam publicis, quam privatis, tam Ecclesiasticis, quam secularibus, tam capitalibus, quam civilibus. Et in omnibus universorum hominum contractibus, & commerciis copiose explicatur.

Ex sacris litteris, summorum pontif. et sacrorum concil. sanctionibus, utriusq. iuris, & civilis & canonici, ac privatis cuiusque regni legibus, & statutis, sanctorum Patrum testimoniis, & omnium fere Teologorum, ac Canonistarum, tam veterum, quam recentiorum, quorum studia huic argumento utilia esse potuerunt, sententiis & doctrinis.

Tomus primus

MICHAELE BARTOLOMEO SALON VALENTINO AUGUSTINIANO

Ingenuarum artium, ac sacrae theologiae doctore,
& d. Tho. Inflorentissima Valentinorum Academia publico interprete.

Venetiis, MDXCII,

Apud Damianum Zenarium.

Tomus secundus

De contractibus et commerciis humanis disputationum in quo miro ordine, et singulari methodo, copiosius uberiusque quam ab ullo unquam hactenus de hac tam utili materie scriptum disputatumque est.

A fratre Michaelae Salon ordinis D. Augustini

Doctore eruditissimo simulac profundissimo.

La opera di Salon non tratta specialmente i contratti bensì in generale il tema della giustizia. Il primo tomo si compone di 531 pagine, mentre il secondo di 703. Il secondo si riferisce alla materia contrattuale.

Contiene i seguenti capitoli:

Quid sit contractus, et quotuplex.

Quotuplex sit contractus?

Cur in explicanda iniustitia quae in contractibus accidere potest, a contractu emptionis initium sumat d. thom.

Quid sit emptio et venditio.

Cur in hac quaest. utatur d. tho. nomine fraudulentiae, cum in praecedentibus semper sit usus nomine iniustitiae.

Come si può notare, propone solo due o tre questioni legate alla teoria generale e passa immediatamente a trattare la compravendita seguendo San Tommaso.

Biocchi passa in rassegna le opere del secolo XVII citate da Oñate, menzionando le seguenti:

Mantica, *Vaticanae lucubrationes*, 1609;

Pichardus Vinuesa, *Commentariorum in tres libros Institutionum*, 1600;

Bonacina, *De Contractibus*, 1620;

Comitoli, *Doctrina de contractu*, 1615;

Rebellus, *Opus de obligationibus iustitiae*, 1608;

Lessius, *De iustitia et iure ceterisq. Virtutibus Cardinalibus Libri Quatuor*, 1605.

Come si rileva, non abbiamo potuto aver accesso a tutte le opere citate. Tuttavia, a nostro giudizio, nessuna delle opere consultate può competere con quella di Oñate dal punto di vista dell'organizzazione di una teoria generale del contratto.

Infine, occorre ricordare che Oñate menziona Molina, di cui afferma che lasciò poco sul contratto in generale e che gli accademici precedenti scrissero molto però *sparsim*.

All'inizio della sua opera, Oñate affermerà che nessun accademico da

lui conosciuto (*nemo doctoris, quod sciam*), è riuscito a trattare in maniera esaustiva la materia contrattuale, cosa che egli si propone. Abbiamo già visto che tale tipo di asseverazione non è infrequente nei prologhi dei sommistì come Albornoz o García. Tuttavia, si potrà verificare che l'opera di Oñate supera le precedenti.

CAPITOLO III

IL “*DE CONTRACTIBUS IN GENERE*” DI PEDRO DE OÑATE

SOMMARIO: III.1. Introduzione. – III.1.1. Note biografiche su Pedro de Oñate. – III.1.2. L’opera. – III.1.3. Considerazioni preliminari. – III.1.4. Il problema della traduzione. – III.2. Piano dell’opera. – III.3. Questioni metodologiche. – III.3.1. Due finalità, giuridica e morale: lo stesso metodo. – III.3.2. Completezza dell’opera. – III.3.3. La questione della forma del contratto. – III.3.4. La questione specifica della teoria generale del contratto. – III.3.5. Metodologia scolastica. – III.3.6. Genere e specie. L’albero di Porfirio. – III.3.6.1. Il genere. – III.3.6.2. La specie. – III.3.7. Lo schema dei “*Predicamentum contractuum*”. – III.4. Il concetto di contratto in generale. – III.4.1. Concetto di contratto in generale. – III.4.2. Definizione del contratto. – III.4.3. Contratto in senso proprio e improprio. – III.4.4. Concetto e natura del contratto in senso proprio. Le *auctoritates* di Pedro de Oñate. – III.4.5. Definizione di Conrado de Summenhart. – III.4.6. Definizione di Comitulus. – III.4.7. Definizione di Gerson. – III.4.8. Definizione di Labeone. – III.4.9. Contratto *in fieri* e contratto *in facto esse*. – III.4.10. Utilità scientifica della distinzione tra contratto *in fieri* e contratto *in facto esse*. – III.4.11. Definizione del contratto *in fieri* e *in facto esse* per genere prossimo e differenza specifica. – III.4.12. La sintesi di Pedro de Oñate. – III.4.13. Il patto: genere prossimo del contratto. – III.4.14. L’obbligazione in giustizia quale peculiarità del contratto. – III.4.15. *Observa quinque modis*. Il perfezionamento di un’obbligazione di giustizia. – III.4.16. Differenze e prossimità con il tradizionale concetto di giustizia commutativa. – III.5. *De libero consensu in contractibus requisito*. – III.5.1. La questione della libertà. – III.5.2. Il principio consensualistico. – III.5.3. La stipulazione: funzione ed importanza nell’ambito di una teoria della solennità. – III.5.4. Libertà. Proprietà. Contratto. Manifesto volontarista. – III.6. Forma del contratto e autonomia della volontà. – III.6.1. La forma come categoria aristotelica e la sua applicazione al diritto. – III.6.2. Consenso come forma del contratto *in fieri*. – III.6.3. L’obbligazione come forma del contratto *in facto esse*. – III.6.4. Le parole e la forma di contratto. – III.6.5. La manifestazione come *conditio sine qua non*.

III.1. Introduzione

Posto che studiamo l’origine della nozione attuale e della teoria del contratto, fondamentalmente mettendo a fuoco ciò che abbiamo chiamato *genealogia alternativa* a quella tradizionalmente impiegata, vi sono varie ragio-

ni per cui affrontare lo studio specifico dell'opera *De contractibus* di Oñate e, soprattutto, del suo tomo I sul contratto in generale.

Tra le opere della Seconda Scolastica, Decock mette in evidenza «lo squisito trattato in quattro volumi *De contractibus* dello spagnolo Pedro de Oñate (1568-1646), sulla teoria generale del contratto, sui contratti gratuiti e sui contratti onerosi, che ci ricorda che la scienza del diritto dei gesuiti riguarda un ambito molto più ampio di quello dei temi ecclesiastici»¹.

Anche Birocchi parla di questo libro, pubblicato nel 1646, sebbene la sua data sia posteriore al periodo studiato dall'autore, che è il XVI secolo, affermando categoricamente che si tratta di un'opera «emblematica», che può essere considerata come «il prodotto più completo della scolastica in tema di contratti»².

Da parte sua, Paolo Cappellini, analizzando la nascita della categoria del contratto in generale, passa dalle formulazioni di Grotius sulla promessa in generale alle fonti della Scuola di Salamanca, e in particolare, agli scritti di Molina e Lessio; si riferisce anche all'opera di Juan de Lugo, per poi focalizzare l'attenzione sul lavoro di Pedro de Oñate, che, secondo l'autore, contiene chiaramente elementi della teoria generale del contratto, quali l'inclusione dei contratti gratuiti nell'ambito del concetto generale di contratto, l'inserimento dei temi generali della promessa e dei vizi della volontà, fino a raggiungere uno schema molto ampio, che Cappellini abbozza ed i cui elementi di novità – afferma – «certamente meriterebbero un'indagine più approfondita»³.

Di recente, si è riferito a tale opera, mettendola in risalto, Wim Decock⁴.

Si rileva chiaramente che lo sforzo di penetrare nell'opera di Oñate può risultare interessante a chiunque sia incuriosito dalle origini storiche della teoria generale del contratto. Costituisce un'opportunità per analizzare un lavoro sui contratti in generale nel contesto della Seconda Scolastica gestita dal punto di vista teologico e filosofico, con tutta la ricchezza che ciò comporta per la comprensione del fondamento e della costruzione del diritto contrattuale.

Lo studio particolare della teoria generale del contratto in Oñate risulta, inoltre, essere rilevante in base diverse e specifiche considerazioni.

In primo luogo, secondo l'opinione dell'erudito professore argentino Oreste Popescu, si tratta di uno degli autori che ha apportato i maggiori con-

¹ Cfr. W. DECOCK, *Jesuit freedom of contract*, cit., 430.

² Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 271.

³ Cfr. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di "dottrina generale del diritto"*, cit., 344.

⁴ Cfr. W. DECOCK, *Theologians and Contract Law: the Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden, 2013.

tributi alla teoria economica⁵. Tuttavia, al di là degli studi sopra citati, non esiste un'analisi approfondita dell'opera di Oñate dal punto di vista giuridico.

Riteniamo che costituisca un utile contributo, senza pregiudizio per le precedenti teorizzazioni, dimostrare che Oñate sviluppò sistematicamente la teoria generale del contratto con un livello di dettaglio decisamente superiore a quello dei suoi predecessori.

È la teoria generale del contratto, la considerazione scientifica del contratto in generale (*De contractibus in genere*, titolo del primo tomo della sua opera in tre tomi) ciò che porta a riconoscere nell'opera di Oñate una pietra miliare. Egli stesso sostiene che diversi autori prima di lui trattarono la teoria del contratto, e in maniera superiore a tutti, Molina, ma quest'ultimo, con riguardo al contratto in generale (*De contractibus in genere*) «ci ha lasciato poco»: (*Optime omnium Molina trac 2 de iustitia a disp. 252 quamvis del contratto. In genere pauca nobis reliquit*)⁶.

Oreste Popescu richiama l'attenzione sulla mole dell'opera in generale (3600 pagine), che costituisce un lavoro molto laborioso. Ma è la teoria generale del contratto in Oñate, ciò che, dal punto di vista non solo quantitativo, ma anche qualitativo, supera ampiamente le trattazioni precedenti, che, come noto, dal punto di vista della teoria generale, sono scarse.

Oñate dedica l'intero primo volume della sua opera (circa 700 pagine, oltre agli indici) esclusivamente alla teoria generale del contratto. Se si aggiunge la classificazione del contratto presente nel tomo secondo (sui contratti gratuiti) e le considerazioni sul prezzo nei contratti onerosi, vengono facilmente superate le 1000 pagine sulla teoria generale del contratto, il che praticamente costituisce il doppio del più esteso degli studi precedenti su questo stesso tema. Solo nella scuola francese dell'esegesi e nella scuola dogmatica tedesca troveremo sviluppi di tale portata.

Come parte del lavoro di ricerca, abbiamo tentato di comparare il volume di questo lavoro con altre opere coeve ad esso e confermiamo che l'opera di Oñate supera quelle della stessa epoca e anche quelle successive.

Inoltre, rappresenta una visione molto matura del processo di sistematizzazione della scienza giuridica che non sembra essere stata sufficientemente presa in considerazione dalla storiografia giuridica.

D'altra parte, questa concezione contiene sì elementi propri della scolastica, ma anche elementi che precorrono la teoria dell'autonomia della volontà. La teoria del giusto prezzo è presente, ma con indubbi riferimenti alla meccanica del mercato. La concezione del contratto come relazione (contratto *in facto esse*) è inevitabilmente accompagnata dalla concezione del contratto come accordo, come consenso, come incontro di volontà (contratto *in fieri*).

⁵ Cfr. O. POPESCU, *Latin american scholastics*, cit., 567.

⁶ Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, Tomus Primus, Tractatus Primus, Disputatio I, n. 6.

III.1.1. Note biografiche su Pedro de Oñate

I dettagli biografici più minuziosi su Pedro de Oñate si trovano nell'opera di Birocchi, in cui si legge che Oñate nacque a Valladolid nel 1567 ed entrò nella Compagnia di Gesù nel 1586; studiò arti e teologia a Madrid, e vi sono testimonianze del fatto che fu allievo di Francisco Suarez ⁷.

Forse questo legame con il noto gesuita potrebbe spiegare la chiara tendenza umanista e liberale nella sua concezione del fenomeno contrattuale, aspetto che è già stato sottolineato esaminando le concezioni di Luis de Molina, nella sua *Concordia liberi arbitrii*, di Francisco Suarez, nel suo *De legibus*, e di Pedro de Oñate, nel suo *De contractibus*, ovvero il trittico fondamentale di un'antropologia giuridica gesuita fondata sulla libertà.

Nel 1592 Oñate viene destinato al Perù, dove è descritto, nelle *Monumenta Peruana* (1592-1595), come persona con un'istruzione superiore alla media e con qualità intellettuali forse più adatte alla vita europea che alla vita americana. È Maestro dei novizi a Lima, inoltre, predica tra gli indigeni, esercita come prefetto spirituale nel *Colegio de la Paz* (1602) e apparentemente continua i suoi studi di teologia mentre sviluppa l'attività missionaria.

Grazie ai riferimenti dei suoi biografi raccolti da Vicente Sierra ⁸, si può verificare che Oñate fu molto attivo in America (Lima, Juli, nell'attuale Bolivia, Paraguay).

Nel periodo 1615-1623 fu nominato Provinciale del Paraguay, all'epoca della costituzione delle famose *reducciones*, e assunse, al contempo, un ruolo importante nell'avvio dell'Università di Cordoba, essendo l'autore degli statuti della stessa. Risulta che nel 1622 Oñate firmò un contratto con il vescovo di Buenos Aires, Pedro de Carranza, per la fondazione di un seminario per l'educazione dei candidati al sacerdozio, sebbene, anche in precedenza, vi siano notizie dell'impulso di Oñate per la trasformazione delle semplici residenze in collegi, ed il Collegio di Cordoba era il più frequentato ed era caratterizzato da una varietà di insegnamenti.

Gli statuti dell'Università di Cordoba sono modellati sulla base di quelli dell'Ateneo di Lima, a loro volta basati su quelli dell'Università di Salamanca, caratteristica comune alle Università coloniali ispano-americane.

L'autore fu poi professore di diritto contrattuale a Cordoba, presso l'università fondata dai gesuiti (tra i quali vi era proprio lui stesso).

Oñate era circondato da un alone di fama per la sua grande conoscenza giuridica, per la quale veniva consultato dagli avvocati e dai ministri togati della Corte Reale di Lima, ove trascorse gli ultimi vent'anni della sua vita.

Lo storico argentino Vicente Osvaldo Cutolo sostiene che il trattato *De*

⁷ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 271 ss.

⁸ Cfr. V. SIERRA, *Historia de la Argentina, 1600-1700*, Editorial Científica Argentina, Buenos Aires, 4ª ed., lug. 1981, 590.

contractibus di Oñate sia la prima opera di diritto scritta nell'Argentina del XVII secolo⁹. Al di là del fatto che quest'espressione si riferisce a un'epoca – il XVII secolo – in cui ovviamente la Repubblica argentina non esisteva come tale, si può recuperare l'idea per cui il lavoro di Oñate fu scritto in quella regione del mondo che conosciamo come il Cono meridionale d'America e rivendicarne i meriti costituisce un dovere per la storia dei suoi popoli.

Ritengo che questa affermazione – che, secondo Birocchi, lascia il lettore, in qualche modo, perplesso – possa essere considerata valida anche in riferimento ai paesi di detta regione, dal momento che, se è vero che è possibile sostenere che Oñate scrisse il suo lavoro – o buona parte di esso – a Córdoba, e anche che forse fu il primo professore di diritto contrattuale, è altrettanto vero che Oñate occupava l'incarico di Provinciale gesuita del Paraguay, una provincia che includeva, oltre al Paraguay, parte del territorio dell'Argentina, il sud del Brasile e tutto il territorio dell'Uruguay. Si può sostenere che Oñate sia stato il primo professore di diritto civile e contratti in questa regione americana. Per quanto riguarda l'Uruguay, va notato che l'Università di Córdoba fu, per molti anni, l'università più vicina nonché punto di riferimento universitario obbligato, così come la scuola del codificatore civile uruguayano, Tristán Narvaja.

È vero che l'opera di Oñate non sarebbe stata molto diversa se fosse stata scritta in Europa, posto che non contiene riferimenti specifici all'esperienza americana¹⁰. Ma ciò è spiegabile poiché, a partire dal 1513, in molte occasioni, il diritto di Castiglia fu trapiantato senza indugi in America e così le stesse norme venivano applicate su entrambe le sponde dell'Atlantico¹¹.

Al di là della sua validità in entrambi gli emisferi, l'opera di Oñate rappresenta un merito dell'accademia americana.

III.1.2. *L'opera*

Si tratta di un'opera e di un autore che in generale sono sconosciuti. A lui si sono riferiti, in maniera occasionale, attenti cultori della storia del diritto.

Viene spontaneo interrogarsi sulla finalità per cui fu scritto questo trattato e soprattutto la ragione per cui fu scritto uno studio così completo sui

⁹ V. O. CUTOLO, *La primera obra de derecho escrita en la Argentina del siglo XVII*, citato in O. POPESCU, *Studies in the History of Latin American Economic Thought*, Routledge, 1997, 281.

¹⁰ Uno dei pochi esempi in questo senso emerge dalla definizione di denaro che fornisce Oñate in occasione dello studio sul prezzo nel contratto di compravendita, nel senso di oggetti a cui convenzionalmente si attribuisce un valore per fungere come mezzo di scambio, fornendo come esempio la circolazione di pezzi di tela nella regione del Paraguay: *ego vidi frequentissime in paraquario tractu lintea bombycina & saccarum & alia pro pecunia usurpanti*. Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus*, Tomus III, tractatus 21, De emptione et venditione, Disputatio 62, Sectio III, n. 47.

¹¹ J.M. CASTÁN VÁSQUEZ, *El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano*, in ADC, gennaio-marzo, 1982, 8.

contratti nel Cono meridionale d'America.

Il fatto è che alla fine del XVI secolo l'estrazione di metalli preziosi dalle miniere del Perù e della Bolivia raggiunse il suo apice; ciò generò un enorme commercio e una conseguente litigiosità. Questi territori furono sede di varie Corti Reali e non è irragionevole pensare che vi fu una direttiva dei superiori gesuiti nel senso di dotare il complesso mondo giudiziario americano, e come abbiamo visto, fondamentalmente i confessori, di testi che facessero luce sugli aspetti giuridici e soprattutto morali degli affari.

Secondo Birocchi, in un'occasione Oñate si rivolge a un lettore generico, il che suggerisce che il destinatario non sia il pubblico di una scuola o di un'aula universitaria, impressione che, secondo l'autore, viene confermato leggendo il proemio del trattato.

A mio giudizio, l'affermazione è discutibile per il frequente impiego del verbo nella seconda persona singolare, come se si dirigesse a una platea.

Così nel trattato I, disp. II, sez. I, n. 99:

«Non ti sembri che questa divisione sia inutile, bensì estremamente utile; i legislatori e gli accademici discussero abbondantemente su quali fossero i contratti nominati e quali quelli innominati. E tra essi vengono individuate sei differenze, che ho ricavato da molte osservazioni di vari diritti e accademici, e affido alla tua diligente memoria».

Così anche in alcuni paragrafi come il seguente, ubicato all'inizio del tomo II:

«Certamente i molti scrittori di oggi che si propongono di spiegare le materie da essi trattate secondo un deciso metodo scolastico, sono i più accreditati. La cui dedizione apprezzo molto e provo a imitare nella materia contrattuale che ho accettato di spiegare».

O anche il paragrafo contenuto nel trattato II, disp. VI, sez. I, n. 19:

«... la cui regola è necessario osservare diligentemente e affidare a memoria: non fallisce mai in nessun caso, il che è un segno evidente del fatto che questa è l'essenza e la forma del contratto».

Queste espressioni rivelano – secondo me inequivocabilmente – che Oñate scrisse il libro come materiale per i corsi di una cattedra universitaria di diritto contrattuale.

Il carattere giuridico dell'opera contrasta con la formazione teologica dell'autore, così come con le occupazioni pastorali in cui fu impegnato per tutta la sua vita attiva.

Il trattato *De contractibus* risulta imponente, a un primo esame, per il suo volume; sembra di stampo tradizionale per il metodo espositivo, che era scolastico, sviluppato come presentazione dettagliata delle tesi, delle obiezioni e delle conclusioni.

L'autore riteneva che, per comprendere la materia, bisognasse penetrare nella sua natura. Non si avverte un abuso nell'impiego delle citazioni, chiaramente individualizzate ed esposte in modo ordinato ed essenziale. Non fu un ripetitore, bensì un sistematizzatore attento alle nuove mentalità e in grado di usare, in maniera duttile, la propria formazione filosofica nell'imponente costruzione concettuale proposta. Non si tratta di una mera sintesi ragionata di elaborazioni precedenti. L'attenzione viene focalizzata sull'analisi linguistica dei termini, mai pedante, ma puntuale ed essenziale, nella quale Oñate usa la sua formazione *in artibus* per esigenze di trattazione giuridica (es: l'analisi del termine *forma*). Secondo Clavero¹² la costruzione di Oñate costituì una novità, benché il materiale impiegato non lo fosse. Rispetto ai profili della teoria economica contenuti nell'opera di Oñate, spiccano una teoria monetaria e una sulla formazione dei prezzi e il mercato¹³.

L'opera di Oñate *De contractibus* si divide in tre tomi; il primo, sul contratto in generale; il secondo, sui contratti speciali gratuiti; il terzo sui contratti speciali onerosi.

I tomi si dividono in trattati, i trattati in dispute, le dispute in sezioni e le sezioni in numeri.

INDICE DELL'OPERA *DE CONTRACTIBUS* DI PEDRO DE OÑATE

INDEX TRACTATVVM, QVI IN TOTO HOC OPERE de Contractibus tam in genere, quam in specie continentur.

In Primo Tomo.

1. De natura, & diuisionibus Contractus.
2. De causis Contractus.
3. De effectibus.
4. De qualitatibus Contractuum.
5. De pactis adiectis, & reliquis accidentibus.
6. De fine, & dissolutione Contractus.
7. De quasi Contractibus, & distractibus.

In Secundo Tomo.

8. De quatuor Contractibus sacris.
9. De promissione, & stipulatione.
10. De donatione in genere, & speciebus eius.
11. De dote.
12. De commodato.
13. De mandato.
14. De procuratoribus.
15. De officijs, & mandatis.
16. De negotiorum gestione.
17. De tutelis, & curis.

18. De fideiussoribus.
19. De Contractibus depositi.
20. De pignore, & hypotheca.

In Tertio Tomo.

21. De emptione, & venditione.
22. De censibus maxime Hispanis.
23. De simoniae contractu nullo.
24. De cambijs.
25. De permutationis Contractu.
26. De transactionis Contractu.
27. De compromissis.
28. De Contractu societatis.
29. De mutuo.
30. De vfuris.
31. De emphyteusis Contractu.
32. De feudis.
33. De vfufuctu, vfui, & habitatione.
34. De feruitutibus rusticis, & vrbis.
35. De locatione, & conductione.
36. De quatuor fortunæ Contractibus; affecuratione, ipfonione, sortibus, & maxime de ludo.

¹² B. CLAUERO SALVADOR, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, 1991, 122.

¹³ Cfr. O. POPESCU, *El pensamiento económico en la Escolástica Hispanoamericana*, in *Cuadernos de ciencias económicas y empresariales*, Universidad de Málaga, 22, 1992, 11-35.

In considerazione dello speciale oggetto della presente indagine, ossia l'origine della teoria generale del contratto, abbiamo focalizzato l'attenzione fondamentalmente sul primo tomo, che tratta precisamente, nella sua totalità, del contratto in generale. Eccezionalmente menzioneremo testi di altri tomi dell'opera che si riferiscono a concetti propri della teoria generale.

Come si può vedere, lo studio delle questioni generali sul contratto che Oñate effettua nel tomo I, *De contractibus in genere*, viene svolto in sette trattati, su un totale di trentasei che contiene tutta l'opera: il primo sulla natura e le suddivisioni del contratto, il secondo sulle cause, il terzo sugli effetti, il quarto sulle qualità del contratto, il quinto circa gli elementi accidentali del contratto, il sesto sul fine del contratto e il settimo sul quasi-contratto e sulla risoluzione.

La mera menzione delle parti in cui l'opera è suddivisa mostra come l'autore affronti, in modo equilibrato ed esauriente, la teoria del contratto, da un punto di vista astratto e sistematico, incorporando una Parte Generale nel tomo primo e una Parte Speciale negli altri due.

Il volume del libro impedisce che possa essere fatta, in questa sede, un'analisi esaustiva e che possa essere descritto il contenuto integrale del tomo primo, sul contratto in generale, il quale, come indicato, occupa oltre 700 pagine.

Dovendosi scegliere un criterio di selezione, quello adottato è consistito nella ricerca di quegli sviluppi che possono dimostrare che l'opera di Oñate contiene una formulazione paragonabile a quella che oggi conosciamo come teoria generale del contratto, riconoscibile come tale da un giurista del XXI secolo.

Abbiamo dedicato la massima attenzione ai primi trattati del tomo I e, in particolare, a quello che si riferisce alla natura, essenza e classificazione dei contratti, nonché alle loro cause ed effetti, che di per sé costituiscono il nucleo della teoria generale e rivelano più esattamente la dottrina dell'autore.

III.1.3. *Considerazioni preliminari*

La presentazione che facciamo dell'opera di Oñate può risultare utile al giurista contemporaneo con varie avvertenze e precauzioni.

La prima e più ovvia è di stare attenti al problema dell'anacronismo. La lettura di un autore del XVII secolo nel XXI secolo richiede che vengano prese in considerazione le differenze sostanziali tra i rispettivi contesti di ogni tipo: epistemologico, economico, sociale, culturale, ecc. In ambito giuridico, ci separa, niente di più, niente di meno, che la circostanza per cui all'epoca di Oñate non esistevano Codici civili.

La seconda è tener conto del fatto che qui non viene effettuata una traduzione e completa presentazione dell'opera; e ciò per la semplice ragione

che sarebbe quasi impossibile, nell'epoca attuale, dedicare il tempo necessario alla traduzione di oltre 3500 pagine del lavoro di Oñate. È per questo che abbiamo proceduto avvicinandoci progressivamente all'opera per poter selezionare le parti su cui lavorare.

In questo senso, abbiamo cercato di limitare l'oggetto alla sola presentazione della questione della teoria generale del contratto, escludendo tutto il lavoro sui contratti in particolare, che, in realtà, dal punto di vista quantitativo, rappresenta la maggior parte del lavoro di Oñate.

Anche se ciò comporta indubbiamente la perdita di informazioni importanti – posto che alcune idee centrali dell'autore sul contratto in generale possono essere trattate, non in sede di teoria generale, ma quando si affrontano le tematiche speciali – presenta l'indubbio vantaggio di ridurre il materiale di studio, da 3500 a circa 700 pagine.

In concreto, in almeno due casi abbiamo rilevato aspetti rilevanti per la teoria generale nei tomi secondo e terzo, e di essi abbiamo dato conto. Uno, per quanto riguarda la metodologia di analisi che implica la classificazione dei contratti, che è espressa nel tomo II sui contratti gratuiti, che abbiamo inserito nel capitolo generale sulla metodologia. L'altro, relativo al prezzo nel contratto di compravendita, che viene trattato nel tomo III sui contratti onerosi e che abbiamo ritenuto opportuno analizzare in relazione al concetto di Oñate sulla giustizia commutativa, nella definizione generale di contratto.

Tuttavia, è logico pensare che se l'autore avesse considerato importante un'idea, l'avrebbe trattata nella Parte Generale dell'opera, ragion per cui l'analisi della stessa dovrebbe essere considerata – in linea di principio – sufficiente per fornire una nozione, per lo meno, primaria sulle sue idee fondamentali.

Secondo la sistematica di Oñate, i tomi si suddividono in trattati. Il tomo I sul contratto in generale è composto da sette trattati.

Come abbiamo indicato, ogni trattato è diviso in dispute, e le dispute in sezioni e le sezioni in numeri.

Per l'identificazione dei passaggi citati, è stata utilizzata la segue nomenclatura:

tomo: la parola completa (tomo);

trattato: "t." (es.: t. I significa trattato I). Tutti i riferimenti ai trattati sono fatti a quelli inclusi nel tomo I, se non diversamente indicato;

disputa: "d." o "disp." L'ordine delle dispute è correlativo in tutta l'opera. Così il tomo I termina con la disputa 23 del trattato VII sulla risoluzione, e il tomo II inizia con il trattato VIII, disputa 24;

sezione: "s.";

numero: "n.".

III.1.4. *Il problema della traduzione*

Il lavoro di ricerca è stato effettuato su un *facsimile* dell'unica edizione conosciuta del *Tractatus de contractibus* di Pedro de Oñate, custodito nel dipartimento di Storia del diritto medioevale e moderno dell'Università degli Studi di Milano, scritto in latino e, anche se ho lavorato su alcuni indizi, non sono a conoscenza di alcuna traduzione.

La difficoltà di procedere alla traduzione è stata enorme, il che ha inevitabilmente comportato che decidessi di intraprendere il cammino da solo. Ciò rende doverosa una spiegazione per illustrare la metodologia seguita ed indicare i limiti del lavoro.

L'idoneità di chi scrive a procedere alla traduzione dell'opera di Oñate è conseguenza della preparazione ricevuta dalla Prof. Sara Álvarez Catalá de Lasowski, responsabile del corso di latino presso la Facoltà di Lettere e Filosofia e Scienze dell'Educazione dell'Università della Repubblica di Uruguay, dipendente dalla Cattedra del Prof. Vicente Cicalese, secondo le linee guida metodologiche contenute in un piccolo manuale chiamato *Nuestro viejo latín*, seconda edizione, Montevideo, 1987.

Nel prologo di quest'opera, redatto dal suo stesso autore, si legge quanto segue:

«Le circostanze vollero che, quando fu creata la Facoltà di Lettere e Filosofia e Scienze dell'Università di Montevideo nel 1946, ci occupassimo dell'insegnamento del latino. Ci proponemmo di esaminare attentamente metodi e teorie con lo scopo di trasformare l'apprendimento del latino in un lavoro gradevole e ragionevolmente breve, senza comprometterne la serietà. Oggi possiamo offrire ai nostri colleghi latinoamericani una soluzione al problema del latino che consideriamo provata e soddisfacente.

Questa soluzione si basa su due principi.

Possiamo conseguire di parlare e scrivere correttamente in latino solo dopo molti anni di studi aridi e intensi.

Parlare e scrivere correttamente in latino è un lusso intellettuale assolutamente estraneo a qualsiasi finalità socialmente feconda e culturalmente importante.

Ciò che importa è tradurre il latino, per poter leggere, sia gli scrittori romani, sia l'immenso repertorio accumulato nei dieci secoli di Medioevo, nonché la ricca produzione in latino dell'età moderna.

Abbiamo, dunque, eliminato radicalmente tutto lo scoraggiante coacervo di regole, eccezioni e precisioni morfologiche, sintattiche e stilistiche il cui dominio è essenziale per scrivere o parlare Latino, ma non per tradurlo.

L'immensa mole della grammatica latina viene così ridotta allo schema delle declinazioni nella semplice formulazione delle loro [particelle] finali – per altro verso, presenti in moltissimi latinismi attuali e in vocaboli castigliani che le conservano inequivocabilmente – e all'impiego della coniugazione latina così simile alla nostra».

Ho quindi impiegato per tradurre, usando le parole dello stesso Cicalese, «solo le conoscenze grammaticali imprescindibili affinché uno studente universitario o di livello equivalente possa tradurre il latino».

Per mitigare o giustificare questi severi limiti alla mia adeguatezza come traduttore, valgano due considerazioni. In primo luogo, il fatto che conosco il tema del *Tractatus de contractibus* di Pedro de Oñate, il che, in molti casi, mi ha permesso di intuire il significato dei passaggi in maniera sufficientemente orientata; in secondo luogo, il senso pratico: la difficoltà nell'ottenere una traduzione perfetta dal punto di vista grammaticale avrebbe impedito ciò che lo stesso Cicalese proponeva: il recupero, per le generazioni attuali, di una tradizione umanista «che ha forgiato la lingua e la letteratura, il carattere e la cultura ancestrale dei nostri popoli».

In questo senso, è innegabile che ci siamo trovati, nel corso del lavoro di traduzione, davanti a passaggi più chiari ed aree più oscure. Delucidarli in maniera completa avrebbe senso solo nell'ambito di una traduzione totale dell'opera, compito che eccede di gran lunga le nostre possibilità e forse anche l'utilità ai fini di una visione generale della stessa. Invece, il recupero di quei passaggi che risultano chiari è sufficiente, a mio giudizio, a spiegare il pensiero dell'autore e a suggerire al giurista del XXI secolo una visione differente che costruisca, come voleva Blengio, «un'antropologia più ricca rispetto a quella che abbiamo ereditato dai nostri predecessori».

III.2. *Piano dell'opera*

Come già detto, abbiamo selezionato solo quegli aspetti che si sono rivelati imprescindibili per evidenziare la concezione di contratto in generale in Oñate, e dimostrare che quest'ultimo propone una teoria generale del contratto completa e completamente strutturata.

In primo luogo, tratteremo ciò che abbiamo chiamato "questioni metodologiche". Sarebbe assurdo pensare che un'opera di svariate migliaia di pagine come quella di Oñate non segua un criterio guida dal punto di vista metodologico, e certamente non è questo il caso. Per qualunque ricercatore che voglia dare scientificità al proprio lavoro, la considerazione metodologica è prioritaria e fondamentale. Oñate non elude la questione, trattandola in diversi punti dell'opera che evidenzieremo nel presente capitolo. La scoperta di quei criteri metodologici permette di comprendere l'opera nel suo reale significato e di collocarla, in qualche modo, nell'ambito delle scuole del pensiero giuridico.

Nel secondo capitolo analizzeremo il concetto di contratto in generale nell'opera di Oñate. È qui che inizierà propriamente la trattazione del tema e dove descriveremo soprattutto la forma in cui Oñate procede per raggiungere una definizione critica, ragionata e circostanziata. Oñate parte

da varie definizioni fornite da antichi giureconsulti o accademici che lo precedettero, procede alla loro analisi critica ed estrae gli elementi che, scartandone alcuni e tenendone altri, gli permettono di costruire una propria definizione. Mostrando l'importanza della questione metodologica, Oñate esige che la definizione sia data in base al genere prossimo e alla differenza specifica.

Il terzo capitolo contiene, forse, la più preziosa delle scoperte. In effetti, abbiamo iniziato la ricerca sulla base di un'ipotesi: il concetto di contratto che abbiamo oggi e la definizione per cui il contratto è l'accordo produttivo di obbligazioni, non sono sempre stati validi. Crediamo di aver dimostrato che nell'antichità, nel Medioevo e fino alla Seconda Scolastica – che, secondo Gordley, costituisce la sistematizzazione della dottrina precedente sul contratto – l'idea di scambio equilibrato era più importante rispetto all'aspetto consensuale tipico della definizione moderna. E, infatti, abbiamo potuto verificare che fino alla concezione medievale del contratto, il consensualismo non esisteva come principio generale e prevaleva l'idea dell'equilibrio commutativo. Ricordando Tomás de Mercado: «chi non sa, in un contratto, ciò che è giusto e ciò che è il suo contrario, non sa niente di esso»¹⁴.

La domanda è sorta spontanea: quando si è passati da una concezione di contratto all'altra?

Pensavamo di trovare la risposta in qualche autore del XVIII o XIX secolo, per di più di orientamento liberale e positivista. Tuttavia, la prova *ante oculos* dimostra che, prima degli autori dell'Illuminismo e dell'Esegesi, la teoria di un autore gesuita del XVII secolo contiene un nucleo così chiaro di consensualismo che lo converte nel precursore e persino fondatore del concetto moderno di contratto.

Questa concezione per cui il contratto è essenzialmente un accordo che produce obbligazioni, non costituisce, in Oñate, una scoperta prodotta dell'improvvisazione od un discorso superficiale, poggiando, invece, su fondamenta ampie e solide. Nella nostra ipotesi, fu il carattere centrale della libertà umana nella visione gesuita ciò che fornì un terreno fertile affinché coloro che approfondirono la teoria del contratto (come è noto, diversi gesuiti della prima Compagnia lo avevano fatto: Molina, Lessio, Lugo, Muriel, ecc.) concludessero che il nucleo centrale del contratto, considerato come categoria generale, è il libero consenso delle parti.

Per evitare di dilungarsi oltremodo su questa tesi, i capitoli successivi contengono semplicemente la menzione dei temi trattati, al fine di accreditare la completezza dell'analisi eseguita da Oñate.

Occorre enfatizzare la trascendenza teorica della sistematizzazione della materia effettuata da Oñate, che studia prima il contratto in generale, e poi, rispettivamente, in due volumi successivi e separati, i contratti gratui-

¹⁴ Cfr. *supra*, II.6.1.

ti ed onerosi. Tale classificazione, che oggi è assolutamente comune, non era tale nell'antico diritto contrattuale, che ragionava al di fuori dei canoni del consensualismo. In effetti, come abbiamo già visto, concepire la donazione come un contratto e metterla a capo di un'intera classe o categoria contrattuale di primo livello, determinante la bipartizione della materia in due tomi, quello relativo ai contratti gratuiti e quello relativo ai contratti onerosi, significava superare la teoria dei *vestimenta* e collocare il consenso al centro della visione del contratto¹⁵.

Il quarto capitolo riguarda la classificazione dei contratti. Come abbiamo dimostrato, la dottrina medievale e quella dell'Età moderna fecero significativi sforzi al fine di sistematizzare il diritto contrattuale. Il desiderio di ordine e sistematizzazione si osserva inizialmente in Tomás de Mercado e più chiaramente in Bartolomé de Albornoz e Francisco García, che applicano gli schemi logici alla classificazione dei contratti. Nell'opera di Oñate, la qualità del sistema classificatorio è superiore. E la dimostrazione è racchiusa nell'albero concettuale che Oñate chiama "*Praedicamentum contractuum*", che commenteremo più avanti, nel quale si ordinano, dal genere più remoto di accordo (*conventio generalissime*), fino alle specie infime costituite dai contratti conosciuti, specie che, come afferma Oñate, sono «più di 30». Un'altra prova della solidità scientifica del lavoro di Oñate.

Aggiungiamo in un quinto capitolo, solo un'informazione relativa alla causa del contratto. La trattazione di essa è di grande interesse, perché Oñate ha applicato alla questione della causa del contratto lo schema aristotelico. Causa efficiente del contratto sarà l'attività del soggetto che acconsente; quindi, come causa efficiente, Oñate analizza chi può contrarre, studiando il problema che oggi giorno qualificheremmo come capacità di contrarre. Ciò dimostra il profilo volontarista, soggettivista e consensualista dell'opera di Oñate.

Causa finale del contratto sarà la produzione di obbligazioni e il «trasferimento del dominio» che si produce mediante l'adempimento dell'obbligazione. Questa sarà la causa finale che oggi chiameremmo oggettiva, costante in tutti i contratti; ai fini dell'analisi causale, Oñate prescindere, dunque, dallo scopo ultimo delle parti contraenti, da ciò che oggi chiameremmo il motivo, che può essere rilevante per una lettura morale, ma indifferente a fini della questione giuridica. Oñate quindi distingue chiaramente il *finis operis* dal *finis operantis*; il fine della prestazione dal fine di colui che effettua la prestazione. Il fine di chi realizza la prestazione si identifica con il motivo, contingente, mutevole, soggettivo, che evidentemente è presente nella contrattazione ed è rilevante nell'ambito del foro interno e della moralità, ma non da un punto di vista giuridico. Il fine della prestazione è la causa

¹⁵ Cfr. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di "dottrina generale del diritto"*, cit., 344.

necessaria derivante dal patto, permanente, costante, oggettiva, che si riferisce al tipo o modello di scambio tra prestazioni. Così nel T. I – D. 1 – S. IV – n. 40, Oñate afferma «... Posto che sia essa una vendita, una donazione o una locazione o qualsiasi altra causa del contratto ...».

In questa maniera, nel trattare della causa, Oñate ne coniuga la visione obiettiva (causa finale) con il soggettivismo proprio della visione umanista (causa efficiente).

Speriamo che dalla lettura e dal commento dei frammenti selezionati, risulti chiaramente dimostrato che nell'opera di Oñate troviamo un lavoro che, tenuto conto dell'epoca in cui fu compiuto e dell'estensione e grado di approfondimento raggiunto, può essere considerato – salvo che la ricerca storico-dogmatica dimostri il contrario – l'origine della moderna teoria generale del contratto.

III.3. *Questioni metodologiche*

Come abbiamo indicato, prima di esplorare la materia contrattuale propriamente detta, risulta rilevante presentare alcune considerazioni metodologiche che fa Oñate, sia nel Trattato I del Tomo I che (*de natura & divisionibus contractus*) in altre parti della sua opera, in particolare nell'esordio del tomo II sui contratti a titolo gratuito, e nel trattato VIII, dove nella disputa 24, sezione I, al numero 6, fornisce e spiega lo schema di classificazione di tutti i contratti (*Datur contractuum omnium praedamentum seu categoria*).

In un'epoca in cui viene sviluppata vigorosamente la teoria della scienza – si pensi all'opera coeva *Discorso sul Metodo*, di Descartes, la cui *editio princeps* è del 1637 – non risulta privo di interesse recuperare testi in cui l'autore esplicita le proprie scelte metodologiche.

III.3.1. *Due finalità, giuridica e morale: lo stesso metodo*

Come abbiamo già sottolineato, le opere dei giuristi teologi perseguono una finalità di natura religiosa e morale, che viene, in particolare, riferita all'ambito del sacramento della Confessione. È una buona spiegazione quella formulata da Decock e citata precedentemente¹⁶. Nel contesto della Controriforma, dopo il Concilio di Trento, la Chiesa cattolica si attribuisce un ruolo da protagonista nel giudicare le azioni umane nell'ambito del foro della coscienza.

Lo scopo morale dell'opera di Oñate appare chiaramente in questo numero dell'esordio del tomo I:

¹⁶ Cfr. *supra*, II.8.3.

«n. 2. ... l'avarizia (schiavitù degli idoli), della quale i contratti sono una palestra particolare, vuole usurpare per sé, mediante essi, il dominio di tutte le cose, intricandoli in labirinti mediante ogni tipo di arte, trappole e segreti; e se qualcuno volesse districarli, lo forzerebbe con mille arti a danneggiare ed ingannare».

Questo preambolo suona familiare. È compito del confessore consigliare e amministrare correttamente il sacramento della Penitenza. Per questo deve essere in grado di analizzare e comprendere le negoziazioni commerciali, non solo quelle semplici e correnti, ma anche, e soprattutto, quelle complesse, ossia quelle in cui è più compromessa la salute dell'anima, nel caso in cui vi sia un'ingiustizia che meriti la condanna eterna.

Pertanto, per svolgere correttamente il loro lavoro, è necessario che i confessori sviluppino una conoscenza chiara della materia giuridica. Dunque, con indipendenza della sua finalità morale e confessionale, l'opera ha un carattere squisitamente giuridico. In materia di contratti, intesi come materia di confessione, ciò che importa non è solo la realtà fattuale, bensì la realtà giuridica, ossia, l'effetto propriamente giuridico.

E ciò implica andare oltre il riconoscimento – come ha fatto la dottrina più attenta – dell'importanza che ha, nella genealogia della teoria generale del contratto, il principio consensualistico tradizionalmente ammesso dal diritto canonico. Stiamo parlando, non di una regola vigente solo riguardo alle relazioni patrimoniali dei soggetti sottoposti al potere dei tribunali ecclesiastici, bensì dell'azione della Chiesa rispetto ai suoi fedeli, la quale comprende tutto l'ambito delle attività commerciali in senso ampio, del quotidiano commercio della vita in tutte le sue manifestazioni, ossia, l'ambito della contrattazione.

Ovviamente, si tratta di un aspetto della genealogia della teoria generale del contratto che finora non è stato evidenziato.

Queste idee vengono ribadite nelle seguenti considerazioni.

«Tomo I, esordio, n. 3. Certamente questa materia è realmente necessaria per i teologi, specialmente per quelli che ascoltano le confessioni; beneficia gli esperti in *entrambi i diritti*, è utile ai giudici ed a tutti coloro che amministrano la giustizia, è sommamente auspicabile per i mercanti e ancor più proficua per l'infimo volgo degli uomini, perché, per qualunque cosa, vengono stipulati e adempiuti contratti, senza i quali non è possibile passare per questa vita. Per questo, dedico il mio lavoro, industria e perizia, che considero esigua, a interpretarla e comprenderla».

Pertanto, emerge in Oñate l'inquietudine di trattare il tema contrattuale, servendo, da un lato, ai confessori, ma dall'altro, anche direttamente agli avvocati e ai giudici, e persino al comune cittadino. Come abbiamo visto, quest'impiego dello studio del diritto al servizio della cura delle anime costituì una nota caratteristica di tutta la Scolastica, come si verificò coi

manuali dei confessori, ad esempio, con il *Comentario resolutorio de cambios*, di Martín de Azpilcueta, il *Tratado utilísimo* di Francisco García o la *Suma de tratos y contratos* di Tomás de Mercado. Tuttavia, gli autori hanno sempre capito che era conveniente che i loro insegnamenti non rimanessero circoscritti alla cerchia dei teologi. Si ricorderà il desiderio di Mercado che gli stessi mercanti avessero una conoscenza – quanto meno generale – delle principali questioni giuridiche relative ai contratti, «affinché nei principali e più comuni contratti non commettessero errori». Pertanto, la fissazione di una teoria del contratto servirà ad avvocati e giudici così come a confessori e penitenti. Solo che Mercado tenta di fornire un manuale, una sintesi, un'opera di divulgazione. Il lavoro di Oñate, invece, costituisce un trattato e sviluppa una teoria realmente coerente.

Stiamo evidentemente parlando della stessa teoria generale del contratto; che, nel caso dei confessori, era necessaria affinché esercitassero il loro ministero correttamente; e nel caso degli avvocati e dei giudici, lo era per applicare il diritto nel rispettivo ambito professionale.

Pertanto, quest'analisi soddisfa la pretesa di Antonio Marzal: analizzare la visione che la teologia ha del diritto e viceversa¹⁷.

Nel discorso che si osserva nell'opera di Oñate non si rileva un'invasione della teologia nel diritto, bensì un prendere in prestito, da parte del diritto, del metodo di analisi della teologia; o detto in altri termini, dell'applicazione dell'apparato razionale e intellettuale della teologia, cioè della logica e filosofia così come operano nell'ambito della teologia, per la sistematizzazione della questione giuridica del contratto. Il metodo, elemento essenziale, segno costitutivo formale della scienza, viene quindi preso dalla teologia e applicato al diritto contrattuale come oggetto autonomo di conoscenza.

Ciò che apporta la tradizione gesuita, e in particolare l'opera di Oñate, è la trattazione della questione metodologica. L'autore trasferisce il metodo della filosofia e della teologia fondamentale e dogmatica (un chiaro esempio di ciò è il parallelismo tra il contratto e il sacramento) alla materia strettamente giuridica dei contratti, nel senso di organizzare la materia secondo l'ordine proprio della filosofia morale e della teologia sacramentale.

Non sfugge a nessuno l'importanza del contratto nella tradizione teologica ebraico-cristiana. L'Alleanza, la Nuova Alleanza, la Redenzione, sono pietre miliari di una tradizione religiosa che concepisce la relazione tra Dio e l'Uomo mediante patti, in cui due parti dichiarano la loro intenzione di obbligarsi. Il fulcro di quell'esperienza religiosa è costituito dalla creazione del mondo e dell'uomo, da parte di Dio, come soggetto libero e dalle promesse fatte da Dio al suo "Popolo Eletto". In effetti, poiché Dio ha creato l'Uomo a sua immagine e lo ha dotato di libertà, non può soggiogarlo, ob-

¹⁷ Cfr. *supra*, Prologo.

bligandosi, invece, nei rapporti con esso, mediante accordi. La storia della religione è stata, a sua volta, la storia degli inadempimenti o dell'infedeltà del "Popolo Eletto" ai patti stipulati con Dio, e delle correlative reazioni di questo, sempre pronto al perdono e ad una "Nuova Alleanza".

Non è difficile comprendere come in tutto questo relazionarsi tra Dio e l'Uomo sia presente l'idea di patto e contratto, che Oñate considera un tema speciale di riflessione.

Oñate considera il contratto come un atto umano volontario, ragion per cui è comune nell'opera la similitudine contratto-peccato, cosa che porta a considerare e ad applicare il formato di analisi dell'atto che si compie in sede teologica. Oñate non confonde l'ambito giuridico con quello morale, ma analizza il contratto nello stesso modo in cui il confessore analizza l'atto del penitente, posto che, prima di valutare la sua bontà o malizia morale, deve verificare se si tratta di un atto umano volontario e se produce o meno effetti giuridici. Ciò lo porta ad approfondire la questione della volontà e dell'intenzione dell'agente e costituisce un germe della teoria del negozio giuridico, che, essendo trattato in modo formale ed astratto, assume i contorni della teoria generale. Assistiamo quindi ad una impostazione che si presenta allo stesso tempo come una teoria generale e come teoria il cui aspetto centrale è costituito dalla questione della libertà umana e dell'autonomia della volontà, nonché dalle relazioni tra esseri liberi che assumono impegni.

Aggiunge Oñate:

«Tomo I, esordio, n. 6. Ho certamente imitato autori affermati, che in questo modo dibattono in generale sui sacramenti, sulla censura, e che, poi, più comodamente e facilmente, discendono alle specie singolari».

Oñate, quindi, cercando di costruire la teoria generale del contratto, imita ciò che i teologi hanno fatto riguardo ai sacramenti. Di conseguenza, si può ritenere provato che – almeno in questa linea genealogica – all'inizio della teoria generale del contratto, gli autori trovarono ispirazione nella teologia e in particolare nella teoria dei sacramenti.

La questione fondamentale della teologia sacramentale è la relazione tra la grazia di Dio e la libertà dell'uomo. Utilizzando come matrice la teoria dei sacramenti, Oñate, nel formulare una teoria del contratto generale ed astratta, seguendo una caratteristica tipica della Compagnia di Gesù – che considera come pietra angolare nella relazione dell'uomo con Dio, la questione della libertà – identifica il contratto come atto umano libero mediante il quale l'agente assume una responsabilità e trasforma la libertà nel centro del contratto; ragion per cui non si richiede molto altro per affermare che siamo in presenza di un rudimento della teoria dell'autonomia della volontà.

Come si vedrà dettagliatamente, quando si commenterà il capitolo inti-

tolato *De libero consensu in contractibus requisito*, la libertà gioca un ruolo centrale nella teoria del contratto di Oñate. Ciò si nota chiaramente nelle sue considerazioni sul matrimonio, che costituisce un esempio di atto umano molto simile al contratto e i cui sviluppi teorici (in particolare quelli di Tomás Sánchez de Avila) devono avere influenzato e di fatto influenzarono – come emerge dai molteplici parallelismi tra il matrimonio (sacramento) e il contratto che Oñate effettua – la teoria generale da lui elaborata.

In sintesi¹⁸, crediamo che non sia azzardato affermare che una linea genealogica della teoria generale del contratto, molto simile a quella che proviene dal pensiero della Riforma protestante e giansenista di Domat e Pothier, arriva fino ai confessionali della Controriforma cattolica. Si tratta di linee che, al di là delle sfumature, coincidono nel sottolineare che l'origine dell'Uomo si trova in un atto creatore di Dio, evidenziando, allo stesso tempo, la libertà di cui è portatore l'uomo e l'autonomia del commercio, il che si sintetizza nella necessità di inserire l'attività contrattuale, di per sé libera e autonoma, nel quadro di un orizzonte trascendente, ossia, facendo dialogare la dimensione immanente del commercio con la dimensione trascendente dell'esperienza religiosa.

III.3.2. *Completezza dell'opera*

Poiché parliamo di un periodo in cui gli autori di testi giuridici iniziano a preoccuparsi del carattere sistematico delle proprie ricostruzioni¹⁹, osserviamo che l'intento sistematico è chiaramente presente anche nell'esordio del tomo I dell'opera di Oñate, ove si afferma:

«Intraprendo un'opera vastissima, difficilissima, utilissima sui contratti. Dico vastissima, perché contiene la materia dei contratti in generale e le sue specie, che sono più di 30, come più avanti illustreremo in maniera chiara e dettagliata. Ogni specie richiede un'estensione adeguata, se la si tratta degnamente, al fine di prendere in esame e godere di quanto hanno scritto molti accademici. Perché questo è un abisso immenso, o piuttosto un caos infinito, o delle sabbie mobili, o un mare non navigabile, una nube oscura, che nessun accademico (che sia noto) è riuscito ad attraversare completamente».

Tuttavia, ciò a cui aspira Oñate differisce sostanzialmente dall'obiettivo di Mercado, che sebbene finga di basarsi su un ordine, vuole fissare solo i

¹⁸ Cfr. *supra*, I.8.3.

¹⁹ Possiamo citare come esempio le opere di Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz e Francisco García, che iniziano con una considerazione sulla necessità di una trattazione ordinata della questione contrattuale e con una critica verso le opere che si sono limitate a trattare questioni casistiche..

principi fondamentali affinché non esistano deviazioni di condotta. Come abbiamo visto, Mercado diceva:

«ho sempre considerato una grave mancanza il fatto che una congregazione di commercianti come questa [Siviglia] a Burgos, Medina, Lisbona, non abbia definito da qualche Università di teologi che cosa sia lecito e cosa sia illecito negli affari maggiormente praticati dai commercianti, affinché non commettano errori nelle pratiche principali e più comuni, dal momento che in alcuni affari particolari non avranno l'illuminazione di questa guida».

Invece, la portata della pretesa scientifica di Oñate è diversa. Si propone di esaurire la materia, di attraversare completamente il campo dei contratti, quell'«abisso immenso, caos infinito, sabbie mobili, mare non navigabile, nube oscura» – metafore appartenenti alla *Metamorfosi* di Ovidio – prendendo in considerazione, degnamente, tutti i problemi. Ciò spiega la ponderosità dell'opera e giustifica l'affermazione che il genere letterario dei sommist è ben diverso da quello dei trattatisti *de iustitia et iure*²⁰.

Esaminando le opere degli autori che figurano come fonti di Oñate sembra possibile confermare la sua diagnosi. «Nessun accademico che si conosca (alla data in cui Oñate scrive) ha attraversato completamente la materia dei contratti».

Afferma Oñate:

«Tomo I, Esordio, n. 6. Sarebbe infinito dettagliare tutti gli accademici che si occupano di contratti, sia in generale che in particolare: diamo a ciascuno il proprio posto. Per ora è sufficiente parlare dei libri propriamente sui contratti in generale (Conrado, Juan García, Ludovico Lopez), di ciò che Mercado ha scritto sui contratti, e di ciò che vi ha scritto Antonio Gómez ... il migliore di tutti è stato Molina nel trattato 2 sulla giustizia e il diritto, anche se sul contratto in generale ci ha lasciato poco. Coloro che lo imitarono, Lessio, Fillucio, Reginaldo, Rebello, Bonacina, e infine Navarra, Covarrubias, Antonio Gómez e Gutiérrez hanno scritto molto, ma in maniera dispersa. ... e molti altri».

Secondo il nostro trattatista, nessun autore a lui precedente aveva sviluppato la teoria generale del contratto. Oñate tratta il tema dei contratti in generale in tutto il primo tomo (circa 800 pagine). Rispetto ai volumi dedicati alla teoria generale del contratto da altri autori (Mercado, García, Molina, Lessio, Domat, Grotius, Pufendorf, Navarra, ecc.)²¹, quello dedicato a questa materia da Oñate è enorme.

L'affermazione di Oñate non è stata falsata dagli studi che abbiamo realizzato a proposito di questa tesi.

Come si ricorderà, l'affermazione che non vi erano studi precedenti de-

²⁰ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 219.

²¹ Cfr. altre fonti nel capitolo I Fonti di Oñate.

gni di essere considerati come trattazioni sistematiche è comune agli autori dell'epoca che scrivevano sulla tematica contrattuale. Lo dissero anche Bartolomé de Albornoz e Francisco García²². Ciò rende più plausibile la nostra ipotesi che la fine del XVI secolo rappresenta l'epoca in cui ebbe origine la teoria generale del contratto.

Tuttavia, specialmente nell'ambito dei contratti in generale, è chiaro che nessun accademico (citato da Oñate o da noi conosciuto) ha affrontato i problemi in maniera così globale ed esaustiva come ha fatto Oñate. È per questo che nella prospettiva erudita di Birocchi, l'opera viene descritta come «emblematica».

III.3.3. *La questione della forma del contratto*

Abbiamo affermato che Oñate può costruire il gigantesco edificio della teoria generale del contratto perché utilizza le categorie della teologia e filosofia (metafisica) per esporre la materia contrattuale. Ciò si osserva soprattutto nella parte in cui Oñate si occupa della forma del contratto. Forma, in senso metafisico, di elementi che rappresentano l'essenza di una cosa, la sua sostanza, che fanno sì che sia quella cosa e non un'altra.

A questo punto affronta il conflitto di interessi tra il teologo, il moralista e il giurista, e dato che il pubblico a cui è l'opera è destinata, è anche composto da giuristi, si sforza di presentare il problema in modo semplice. Tuttavia, sono la filosofia e la logica ciò che permette di definire il concetto di contratto, la sua essenza formale.

T. II – D. VI – S. I – n. 5. «Forse si penserà che questa questione sia poco utile ai giuristi, perché essi aspirano solamente alla pratica e all'interpretazione della legge; e poco trattano delle questioni metafisiche. Ma certamente, siccome la forma (di cui parliamo) dà sostanza al contratto, e ne è elemento costitutivo, e lo distingue da altre cose, in nessun modo questa questione può essere rinviata, in particolare, dal teologo. Ci preoccupiamo, tuttavia, di trattarla in modo che tutti possano facilmente comprenderla».

La natura del fenomeno giuridico è trattata a proposito della forma del contratto, nel T. II – D. VI – S. I – n. 16.

«... occorre notare che queste obbligazioni, che hanno origine in ogni contratto, costituiscono un vincolo e, come il contratto *in facto esse*, hanno ad oggetto qualche diritto al trasferimento del dominio, o parte di esso, della cosa, che è convenuta nel contratto. E costituiscono un'entità, non fisica e naturale, ma piuttosto un'entità morale, così come la malizia del peccato, il dottorato, il monachesimo, il matrimonio, e il dominio delle cose e altri diritti. Se costitui-

²² Cfr. *supra*, II.7.2.4 e II.7.3.4.

scano anche entità reali, o ragioni formali, o denominazioni estrinseche, è una domanda totalmente metafisica che ignoreremo. E qualunque cosa dica la disputa I, li. 2. n. 7 di Sanctius, è più probabile che [l'obbligazione] sia considerata come un'entità di ragione. Perché anche se risulta da atti reali della nostra volontà, presuppone un atto e qualche cosa di ragione, e non viene effettuata per una produzione vera e reale, bensì per un risultato, in un certo qual modo, morale, e dipende dalla libera volontà e arbitrio dell'uomo, e non modifica il soggetto, e quando è accidentale, non è né quantità né qualità, né si ritiene che possa essere una relazione reale, o che possa avere movimento, il che è comune a molte altre cose morali. Al contrario, senza che muti il soggetto, per la mera mutazione estrinseca di tempo, o luogo, o volontà di un altro, o per il verificarsi di una condizione, può prodursi o estinguersi e di conseguenza estinguere il contratto in facto esse, ossia renderlo nullo e invalido».

A nostro giudizio, la visione di Oñate è fondamentalmente concettualista e, si potrebbe dire, nominalista. L'interprete non si trova, al contrario dello scienziato della natura, davanti a entità reali, bensì a entità di ragione o concettuali.

Oñate sembra accennare alla polemica degli universali, che scosse il Medioevo, confrontandosi con teorie realistiche e nominaliste. Questa questione non sembra preoccupare molto Oñate, il quale afferma che non ne tratterà qui, poiché la considera una questione squisitamente metafisica. Al contrario, la sua preoccupazione è rivolta al diritto. Anche se sembra inclinarsi verso una posizione nominalista, intendendo che è «più probabile» che le entità concettuali non abbiano una realtà, essendo piuttosto entità di ragione, si limita ad affermare la natura razionale e concettuale di ciò che stiamo trattando.

La finalità dei suoi sviluppi teorici è quella di servire come fondamento delle decisioni del confessore nel foro della coscienza, ma sarà anche utile all'avvocato e al giudice in entrambi i diritti, ai professionisti del commercio e a tutti gli uomini, nella prospettiva della salvezza delle anime. Lo scopo è uguale a quello dei sommisti, ma lo strumento concreto è la costruzione di una dottrina o teoria generale, che si nutre della tradizione filosofica aristotelico-tomista e della teoria dei sacramenti, e alla quale l'autore deve aver dedicato diversi anni del suo ministero.

Da quanto esposto ricaviamo una prima conclusione: è possibile riconoscere come origine storica (certamente non l'unica, ma chiaramente verificabile) della teoria generale del contratto, la logica, la filosofia morale e la teologia fondamentale e specialmente dogmatica contenuta nel *Trattato dei sacramenti*. L'ossatura concettuale che permette di erigere una teoria generale del contratto riconosce la sua matrice nella teoria dell'atto umano che filosofi, teologi e moralisti utilizzavano perfettamente.

In questo modo, a prescindere da questa finalità morale dell'opera, è importante notare l'enfasi posta da Oñate. In effetti, il luogo comune nella trattazione della questione del contratto nel Medioevo, era la giustizia

contrattuale; quel tema è qui presente, perché Oñate menziona espressamente l'avidità come una particolare palestra dei contratti. Tuttavia, sembra che possa insinuarsi che Oñate pone come problema principale dei contratti quello delle confusioni che generano, della difficoltà di adempimento, che possono derivare non solo dalla condotta del creditore che potrebbe esigere una prestazione sproporzionata, ma anche da quella del debitore che intenda eludere l'adempimento delle sue obbligazioni mediante trappole e inganni. In definitiva, l'elemento centrale è la corretta esecuzione o adempimento del contratto secondo i patti assunti, ossia, ciò che oggi chiamiamo esecuzione del contratto in buona fede.

Nell'opera di Oñate, l'asse sembra spostarsi dalla questione dell'equilibrio delle prestazioni – tema centrale nelle opere degli autori della scolastica, inclusa la Seconda Scolastica – verso ciò che si Oñate chiamerà, definitivamente, «obbligazione in giustizia», obbligazione essenzialmente naturale, che obbliga in coscienza e che consiste nella corretta esecuzione della prestazione promessa, ma il cui significato non evoca tanto l'equilibrio tra le prestazioni, bensì l'intenzione di creare una prescrizione coercibile, accompagnata poi dal suo corretto adempimento.

L'equità nella contrattazione si manifesterà, nella visione di Oñate, non tanto mediante la realizzazione dell'equilibrio oggettivo degli interessi in gioco nella stessa, bensì osservando gli impegni assunti e mantenendo un atteggiamento di reciproca fiducia²³.

Il tratto distintivo dell'opera di Oñate sembra essere che il fatto che la questione della giustizia commutativa, che è il *leitmotiv* della trattazione del tema contrattuale da parte della scolastica, viene osservata attraverso un particolare prisma, che si è evoluto rispetto a visione tradizionale. Non inizia ponendo enfasi sull'equivalenza oggettiva, sull'uguaglianza tra cosa e cosa – che rappresenta la giustizia del contratto secondo un autore come Mercado (ad esempio, il prezzo giusto nella vendita); Oñate orienta, piuttosto, la visione della giustizia commutativa nella forza vincolante del contratto che le parti si rappresentano, e nell'adempimento delle prescrizioni contrattuali.

Per altro verso, l'insegnamento di Oñate non costituisce una situazione di rottura radicale con la tradizione. In primo luogo, perché la trattazione dell'equivalenza tra prestazioni non occupa un posto inferiore nell'opera di Oñate, come vedremo in relazione alla questione del giusto prezzo nel contratto di compravendita. In secondo luogo, perché l'adempimento della promessa, della parola data era considerata, già all'epoca di Aristotele per poi essere ripresa da San Tommaso, come virtù, la virtù della fedeltà.

Ma qui la giustizia è vista in un senso più formale e giuridico: nel senso di forza vincolante derivata dal patto convenuto con l'intenzione di creare obbligazioni, il che, opportunamente, porterà Oñate a separare chiara-

²³ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 277.

te l'obbligazione *ex iustitia* dell'obbligazione *ex honestate* o *ex fidelitate*. Questo aspetto centrale si ritrova in Grotius a partire dalla sua distinzione tra promesse perfette e imperfette²⁴. La giustizia resta riferita all'effetto giuridico del contratto, il che avvicina la visione della teoria del contratto alla modernità. Si osserva che l'ambito della moralità non determina linearmente quello giuridico, come riteneva il tradizionale approccio scolastico.

L'obbligazione in giustizia passa a essere considerata come un'obbligazione giuridica, non morale, e Oñate è attento a distinguerle. L'obbligazione morale (in coscienza) consiste nell'adempiere l'obbligazione giuridica. Questo è un modo particolare di coordinare i campi della morale e del diritto, che nel lavoro del gesuita trova un solido fondamento.

III.3.4. *La questione specifica della teoria generale del contratto*

Per costruire un apparato concettuale, Oñate parte dall'osservazione empirica. Il punto di partenza sperimentale del discorso scientifico emerge chiaramente da queste sue parole:

«L'esistenza del contratto è resa evidente dall'esperienza. Ogni scienza presuppone l'esistenza del suo oggetto; a maggiore ragione, supponiamo i contratti, che ovviamente vediamo stipulare davanti ai nostri occhi con le compravendite, le locazioni, i comodati, depositi, pegni e molte altre figure contrattuali»²⁵.

Rispetto a questa osservazione, Oñate mira a fissare una dottrina generale del contratto. La ragione, che indica nel n° 6 dell'introduzione del tomo primo sui contratti in generale, per cui intraprende il lavoro di costruire una teoria generale del contratto, è di tipo metodologico: «Affinché, all'interno dell'opera, non vengano continuamente ripetuti precetti».

È meglio, per la coerenza del discorso, affrontare le questioni generali solo una volta, e non trattarle di nuovo quando si studiano le varie specie particolari, poiché aumenta il rischio di contraddizioni di cui risentirebbe l'ordine generale del trattato. Gaio aveva fatto lo stesso nelle sue *Institutiones*, guidato dalla stessa *ratio in rem scripta* che fece propria Domat quindici secoli dopo, nelle *Les lois civiles*, sostenendo che, siccome esistono molti principi e molte regole comuni a tutte le fattispecie contrattuali,

²⁴ Cfr. *supra*, II.3.2.2., La genealogia tradizionale.

²⁵ «*Contractuum existentia experientia patet. Cum autem omnis scientia de suo obiecto supponat an sit, hoc multo potiori ratione de contractibus supponimus, quippe quos passim ante oculos in emptionibus, locationibus, commodatis, depositis, pignoribus & sexcentis aliis negotiationibus exercere videmus*». P. DE OÑATE, *De contractibus*, Tomus Primus De contractibus in genere. Tractatus I. De natura & divisionibus contractus. Disputatio I. De natura & essentia contractus, n. 8.

l'ordine esige che, invece di ripeterli continuamente nel trattare ciascuna specie, siano tutti riuniti nel medesimo luogo, ragione che ha fatto sì che si iniziasse a trattare dei contratti con un primo libro sui contratti in generale.

L'idea di ordine è chiaramente presente nel seguente paragrafo:

«Tomo I, Esordio, n. 4. Avanti, dunque, sotto i felici auspici di Dio onnipotente e della Vergine Madre di Dio, confidando nei quali, intraprendo quest'impresa e divido questo lavoro in tre tomi. Questo, ossia il primo, conterrà il trattato sui contratti in generale. Il secondo, quello sui contratti gratuiti. Il terzo, quello sui contratti onerosi; ciascuno diviso in trattati. Ogni tomo lo divido in trattati, i trattati in dispute, le dispute in sezioni, e le sezioni in numeri, per agire con metodo e chiarezza, impegnandomi sommamente e lavorando in tutta l'opera».

III.3.5. *Metodologia scolastica*

Come abbiamo detto, risulta, in maniera evidente, nell'origine dell'opera, la preoccupazione per il metodo ed il ricorso a quello scolastico.

Nell'esordio della disputa I, "sulla natura ed essenza del contratto" si legge quanto segue.

Tomo I, Esordio, n. 7. «È proprio della scienza conoscere la natura delle cose. Questa nozione dev'essere anteposta in ogni materia, ciò significa precisamente conoscere le cose, capirne la natura, che propriamente sperimenti, affinché si possano discernere facilmente i mezzi per trarre tutte le conclusioni, le proprietà degli effetti e le cause nonché gli elementi accidentali e qualità».

È chiaro che Oñate ricorre ripetutamente alla tradizione aristotelica:

T. I – D. 1 – S. I – n. 1. «Posto che, secondo il precetto del Filosofo, le cose equivocate devono essere divise prima di essere definite, si fornirà la definizione di contratto in senso proprio e più comunemente accettata, che è materia e argomento di quasi tutta quest'opera, affrontata in questo preambolo per eliminare l'equivoco, onde evitare di lavorare, in maniera erronea, in tutta l'opera, nel frattempo spieghiamo detta divisione».

La definizione o concettualizzazione del contratto e la suddivisione dei contratti costituiscono i due argomenti che vengono affrontati all'inizio di qualunque trattazione attuale della teoria generale del contratto. In linea con la tradizione aristotelica, la questione della definizione del concetto di contratto si converte pertanto nell'elemento iniziale della teoria.

III.3.6. *Genere e specie. L'albero di Porfirio*

Caratteristico di Oñate è lo sforzo dedicato a fornire – partendo dalla critica delle precedenti definizioni descrittive – una definizione sintetica basata su due poli: il genere e la specie.

Nella tradizione aristotelica, si riteneva che la definizione secondo il genere prossimo e la differenza specifica, avesse la capacità di esprimere la sostanza di una cosa. Nel rifarsi a tale tradizione, allo stesso modo di Francisco García nel capitolo 21 del suo *Trattato utilissimo*²⁶, Oñate rievoca il c.d. Albero di Porfirio.

Porfirio è l'autore di un'opera ben nota ai logici, chiamata *Isagoge*, che significa *Introduzione* in greco. L'importanza di questo lavoro è straordinaria. L'opera fu scritta per aiutare a comprendere la dottrina delle categorie di Aristotele, e distingue cinque concetti: genere, specie, differenza, proprio e accidente, che sono necessari per la formulazione delle definizioni, così come per la divisione e la dimostrazione, che sono le parti del discorso scientifico secondo Aristotele.

Ogni enunciato o predicato può essere formulato con riguardo, sia ad un individuo concreto, che ad un concetto astratto e universale. I predicati su individui concreti non permettono la generalizzazione propria del pensiero scientifico. I concetti universali, invece, ammettono un'applicazione generale e costituiscono lo strumento del discorso scientifico. Da qui l'importanza di ordinare i concetti astratti in base alle loro reciproche relazioni, il che viene conseguito mediante la teoria delle categorie. Ciò darà luogo alla tavola sul *Praedicamentum contractuum* che si trova nel tomo II, sui contratti gratuiti, disputa 24, che rappresenta una vera perla del pensiero civilista.

Analizzeremo di seguito, in particolare, il gioco dei generi e specie, che Oñate utilizza per definire il contratto nel quadro di una teoria generale.

III.3.6.1. *Il genere*

Come abbiamo indicato, alcuni predicati sono formulati in relazione a un singolo soggetto, ossia un individuo, per esempio “Socrate”; questi predicati si riferiscono a casi concreti, non costituiscono astrazioni.

Altri, invece, si riferiscono a vari soggetti, ma non definiti in concreto, bensì in astratto, e si tratta del genere e della specie. Un esempio di genere è quello “animale”, un esempio di specie è l’“uomo”.

Nella *Isagoge*, il genere è definito, in un senso molto specifico, come «ciò che si predica di varie realtà che differiscono per specie, in ciò che si riferisce all'essenza».

Il discorso scientifico è costituito da predicati su generi e specie.

²⁶ Cfr. *supra*, II.7.3.4.

I generi sono diversi dai predicabili di un singolo individuo concreto, perché sono predicabili di vari soggetti, secondo la loro distinzione e comprensione astratte; e differiscono anche dalle specie – che sono, anch'esse, concetti astratti e predicabili di diversi soggetti – per il fatto che le specie sono predicabili di vari soggetti che non differiscono per specie, ma per numero, ossia per la loro concreta individualità: “uomo”, infatti, essendo una specie, si predica di “Socrate” e “Platone”, i quali si differenziano reciprocamente non per specie, ma per numero, ossia per la loro identità concreta.

La considerazione della differenza tra due esseri concreti, visti dal punto di vista del numero, non rientra nell'ambito della scienza, perché non genera predicati formati da concetti astratti e universali.

Invece, generi e specie sono concetti astratti, e le differenze tra le diverse specie generano predicati generali, che sono idonei ad integrare conoscenze scientifiche. “Animale”, essendo un genere, viene predicato dell'“uomo”, del “bue”, del “cavallo”, i quali differiscono tra loro non solo per numero, ma anche per specie.

III.3.6.2. *La specie*

È chiamata specie ciò che è subordinato al genere, relativamente all'essenza. Oppure «la specie è ciò che si predica di varie realtà differenti per numero, relativamente all'essenza».

Questa definizione, tuttavia, è propria solo della c.d. “Specie infima”. In ogni categorizzazione sono presenti i “generi sommi” ad un estremo, e le “specie infime” all'altro. Tra il genere sommo e le specie infime ci sono i termini intermedi. Il genere sommo è quello al di sopra del quale non può esserci altro genere superiore, mentre la specie infima è quella al di sotto della quale non vi è nessuna specie inferiore, ma solo individui concreti distinguibili per numero; sono termini intermedi tra il genere sommo e la specie infima, gli altri concetti che sono, allo stesso tempo, genere e specie, ovviamente in relazione a soggetti diversi.

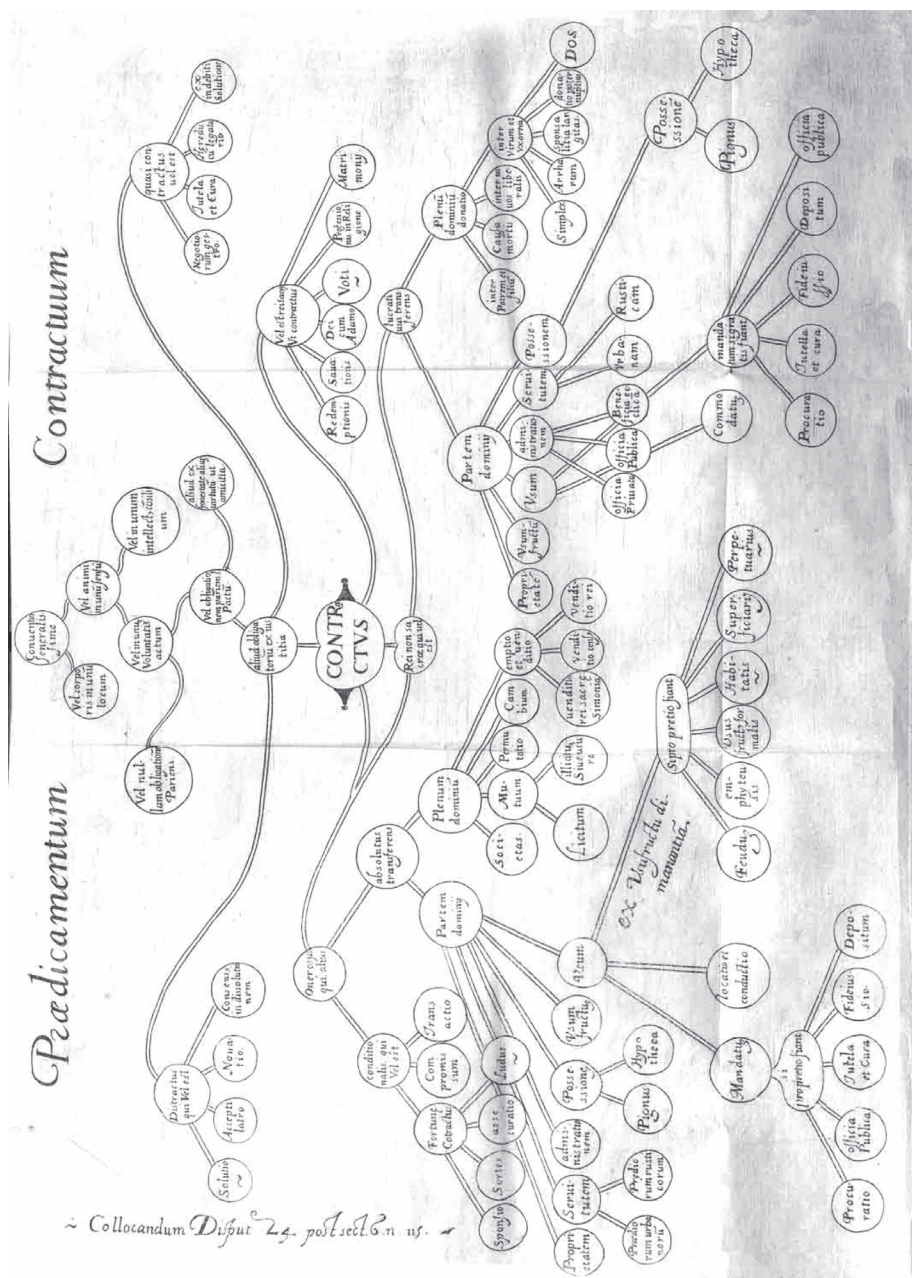
Le caratteristiche del genere sono sempre predicate della specie. Le caratteristiche di tutti i termini superiori sono predicate di quelle inferiori; ma non viceversa.

Nella disputa 24 consta un'immagine degna di menzione, ove si rileva l'applicazione di questi concetti al tema di contrattuale.

Se si pensa in termini generali, non si vede quale differenza vi sia tra l'albero di Oñate sui contratti e la piramide dei concetti della giurisprudenza dei pandettisti.

Nel T. I, D. I, S. III, n. 26, Oñate richiederà che la definizione di contratto si fondi sul genere prossimo e la differenza specifica.

III.3.7. *Lo schema dei “Predicamentum contractuum”*



Il confronto di questo schema con quello di Francisco García – identificato dalla storiografia²⁷ come una pietra miliare nel processo di sistematizzazione della teoria del contratto – consente di rilevare, non solo una maggiore complessità, bensì l'inquadramento dell'istituto contrattuale in uno schema amplissimo, che – seguendo la concezione di Ulpiano (*conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens*) – parte dall'"accordo in generale", ossia dall'affermazione secondo cui il contratto appartiene al genere "accordo", ossia che essenzialmente è un "accordo", per poi derivare da esso tutte le specie di contratto secondo il relativo livello di astrazione.

Passiamo ora alla trascrizione dell'esordio del tomo secondo sui contratti gratuiti, che contiene considerazioni generali sulla classificazione dei contratti a cui più avanti faremo riferimento. Nell'esordio di quel tomo, che tratta i contratti a titolo gratuito, Oñate applica l'albero di Porfirio alla classificazione dei contratti.

«Coloro che si occupano di trasmettere (insegnare) una certa disciplina con metodo e ragione non si accontentano di trasmettere il loro genere supremo, essendo invece necessario, al fine di acquisire una conoscenza approfondita, che indaghino e discutano i loro generi intermedi e tutte le specie fino all'ultima e indivisibile (athomam).

Ebbene, per questo, Aristotele, massimo dei filosofi, ordinò dieci predicamenti, e in ciascuno di essi, iniziando dal genere supremo, attraverso i generi intermedi, giunse fino alle specie infime, per insegnarci che se vogliamo comprendere la nozione di qualunque cosa, dobbiamo partire dal genere supremo, seguire il percorso passando per la specie intermedia fino ad arrivare a quelle infime, metodo che deve essere impiegato anche nella nostra disputa e riconoscimento.

Seguendo questo criterio, avendo dissertato nella prima parte di quest'opera sui contratti in generale e sulla loro natura, suddivisioni, cause, elementi accidentali ed effetti, ora mi limito ai generi intermedi e tutti i tipi di contratto che devono essere spiegati, fino agli ultimi e minimi contratti, in modo che, nonostante la mia debolezza, tutto sia compreso. Affinché nella materia contrattuale, non si smetta di fare nulla di ciò che può essere fatto o che sia desiderabile.

Tento, dunque, in questa prima disputa di questo tomo, che è la 24, di ordinare tutto il predicamento sui contratti, analizzando, in relazione a ciascuno tipo particolare, la specie, il genere, non solo immediato ma anche mediato fino al supremo, a cui appartiene e che lo caratterizza.

E nessuno pensi che nella materia morale, specialmente in relazione ad entrambi i diritti, quello canonico e quello civile, ciò sia superfluo o inutile; né giudichi queste questioni come metafisiche o superstiziose; certamente rispetto alle controversie della teologia scolastica potrebbe porsi la stessa obiezione errata; e ancor più, si potrebbe applicare agli stessi digesti di diritto dell'Imperatore Giustiniano.

Riguardo al diritto civile (precedente a Giustiniano) e con ragione, si poteva

²⁷ Cfr. H. RODRÍGUEZ PENELAS, *Ética y sistemática del contrato*, cit.

perfettamente sollevare la stessa obiezione erronea, verso chi, da quel caos rozzo e indistricabile di tante miriadi di antiche leggi, riuscì, al fine di non offuscare o rinchiudere l'ingegno degli studenti, a mettere un titolo a tutto, per separare con chiarezza, ordine e distinzione, tutto ciò che con ampia dedizione preoccupò i supremi e sapientissimi uomini e che ora risulta con chiarezza.

Nessuno può negare che questa serie del predicamento, questo ordine, questa distinzione, contiene tutto il necessario per la conoscenza dei casi. E coloro che si preoccupano di ciò che mancò a Giustiniano e agli antichi scrittori e che nei loro desideri impiegano o promuovono, devono essere elogiati.

Nuovamente, nessuno pensi che sia impossibile; se, in effetti, partendo dalle sacre scritture e dagli antichi dottori, senza alcun ordine scolastico, ma confusamente, e quando gli interpreti ne avevano l'occasione, non fu impossibile alla teologia scolastica tornare a quell'ordine e chiarezza che vediamo e di cui godiamo tutti: perché non riconosciamo lo stesso, in maniera simile, del vasto e confuso mare del diritto?

Il che certamente propongono oggi molti scrittori nelle materie che cercano di spiegare con il metodo scolastico, in maniera decisa, principalmente gli scrittori più accreditati. La cui dedizione lodo sommamente e cerco di imitare nella materia dei contratti che ho accettato di spiegare. Pertanto, così sia».

Ancora una volta, è chiaro che Oñate utilizzerà il metodo della filosofia e teologia scolastica, che conosce perfettamente, per attraversare, in maniera ordinata, l'immenso mare del diritto contrattuale.

III.4. Il concetto di contratto in generale

III.4.1. Concetto di contratto in generale

Oñate dedica particolare attenzione alla rigorosa costruzione della categoria generale del contratto. La riflessione è così profonda, che egli solleva la questione dell'esistenza in concreto di un contratto in generale, ossia di «un contratto e basta», che partecipa solo del genere sommo del contratto, senza rientrare in nessuna delle specie subalterne, concludendo che, in forza del principio di libertà e della forza giuridica del consenso, ciò sarebbe possibile. Ciò costituisce praticamente una rivoluzione in una scienza giuridica che, tradizionalmente, si era occupata maggiormente delle figure contrattuali speciali.

III.4.2. Definizione del contratto

Seguendo la tradizione scientifica aristotelica, Oñate esige che la definizione dell'oggetto sia l'ideale per catturarne l'essenza. Conoscere la definizione implica conoscere l'essenza, conoscerne le passioni, le cause, gli

effetti e le conclusioni, e la sua trattazione scientifica passerà attraverso l'argomentazione e il sillogismo.

T. I – D. 1 – S. III – n. 12. «Considerando ciò che dicono il principe dei filosofi, Aristotele, e il principe dei retori, Cicerone, nel lib. I del *De officiis*, usando queste parole: “tuttavia, nell'avvicinarsi a qualsiasi scienza è necessario iniziare dalla definizione”, risulta appropriato che in questo trattato ricerchiamo, in maniera molto diligente, la vera e originale definizione di contratto.

Ciò conferma ... l'uso dello stesso diritto, nel quale quasi tutti i titoli iniziano con la definizione. Esploriamo quindi la definizione di contratto nei dottori, chiedendo la definizione in diritto, in modo che, una volta trovata, possiamo conoscere l'essenza della cosa stessa, dimostrare le sue passioni, conoscerne le cause e gli effetti e trarre tutte le conclusioni rilevanti per i nostri contratti che devono essere dimostrate».

La definizione moderna di contratto è quella di “*accordo o convenzione che produce obbligazioni*”. Non c'è nessun riferimento all'uguaglianza materiale, allo scambio basato su ciò che è giusto, bensì solo all'aspetto formale: consenso libero e produzione di obbligazioni. A questa definizione arriverà precisamente Oñate e il carattere scientifico del suo lavoro risulta manifesto non appena l'autore giunge a quella definizione, non prima di aver esaminato le definizioni fornite, prima di lui, dai dottori, ed aver proceduto ad effettuare le relative critiche. Oñate segue, in maniera prolissa, il metodo scolastico, consistente nel comprendere le posizioni dei dottori e nella critica dialettica di questi, per proporre, solo alla fine, la sua, definendo quindi il contratto proprio, improprio e molto improprio.

Distinguere i vari significati di un concetto è tipicamente aristotelico. Nel sommario della sezione I, vengono fissati i punti dell'analisi che ruotano attorno alla suddivisione del contratto in senso lato, che a sua volta comprende il contratto in senso proprio, il quasi-contratto e la risoluzione consensuale dello stesso (mutuo dissenso).

III.4.3. Contratto in senso proprio e improprio

Secondo Aristotele, le cose equivoche devono essere prima divise e poi definite (*aequivoca prius sunt dividenda quam definenda*)²⁸.

Seguendo questa regola aristotelica, Oñate opera, previamente, una tri-

²⁸ Risulta assai significativa la frase con cui Oñate culmina un'interessante disquisizione sui diversi significati che si possono attribuire al termine promessa: T. I – D. III – S. III – n. 46. ... «hai visto quante accezioni del termine si possono distinguere e a quanta confusione ciò induce, quanto oscurità si infonde nelle scienze, l'ignoranza della distinzione tra le accezioni dei termini?». Ciò chiama l'attenzione sul lavoro dell'interprete, chiamato a liberare, nei testi giuridici, le parole esistenti dalla loro polisemia. Cfr. G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Milano, 2010.

pla suddivisione del contratto in contratto in senso proprio, quasi-contratto e mutuo dissenso, riprendendo una metodologia di approccio al tema che era stata seguita dalla dottrina medievale. Prima di procedere alla definizione, se la questione è ambigua, bisogna dividere.

Il contratto è definito come un atto di volontà delle parti contraenti produttivo di obbligazioni. Nel quasi-contratto manca il consenso (*definitio per defectum consensus*); nella risoluzione consensuale manca l'obbligazione (*definitio per defectum obligationis*)²⁹.

Va sottolineato che, come Molina e Lessio avevano insegnato – nelle accezioni di contratto, amplissimo, improprio e proprio, il centro è la volontà. La volontà è ciò che interessa ai teologi per giudicarne il carattere morale. È a partire da lì che la volontà inizia a essere posta al centro dell'attenzione del discorso sul negozio giuridico.

Il quasi-contratto e la risoluzione vengono trattati da Oñate quando l'autore esprime chiaramente lo scopo morale dell'opera. Evidentemente, Oñate, in ultima istanza, è interessato al contratto come atto umano volontario suscettibile – posteriormente – di qualificazione morale. In questo senso, il contratto è integrato in una categoria più ampia, che è, in primo luogo, l'accordo, e, in senso più ampio, la dichiarazione di volontà, bilaterale, nel caso del contratto e della risoluzione, e unilaterale, nel quasi-contratto (vedremo di seguito lo schema dei predicamenti sui contratti seguendo l'albero di Porfirio nella disputa 24).

In sintesi, prima di fornire la definizione di contratto in senso proprio, Oñate colloca nel più ampio ambito del "patto", che include anche il quasi-contratto e la risoluzione convenzionale, il concetto di contratto in senso proprio, che comprende sia quelli onerosi che quelli gratuiti, di contratto in senso molto proprio che comprende solo quelli onerosi.

III.4.4. *Concetto e natura del contratto in senso proprio. Le auctoritates di Pedro de Oñate*

Dopo questa prima disquisizione, entriamo nella definizione di contratto in senso proprio o stretto: accordo generatore di obbligazioni. Comincia l'argomento centrale della trattazione intellettuale della questione. Oñate inizia con una lunga analisi critica delle definizioni di altri dottori, che culmina con lo scartarle tutte e con la formulazione della propria definizione di contratto (cfr. sez. III, n. 26).

Questo inizio della trattazione del contratto si inserisce nella più pura tradizione scolastica, che richiede di partire dallo stato dell'arte e della scienza attuale, citando e trascrivendo le definizioni date, in precedenza,

²⁹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 279; D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, Santa Fe, 2006, 63 ss.

dai dottori, e procedere alla loro analisi critica. La metodologia della costruzione della definizione del contratto in generale segue i canoni della scolastica. Si rilevano gli insegnamenti dei dottori, e si effettua un giudizio critico di ciascuna delle definizioni, per giungere alla propria formulazione.

Riguardo al contratto in senso proprio, Oñate sviluppa un processo di formulazione della definizione basata sulle proposte di Gerson, Summenhart, Comitulus e Labeone³⁰.

La definizione di Gerson è criticata perché non spiega il *definitum*, include solo i contratti a prestazioni corrispettive e, nell'affermare che si tratta di scambi legittimi, non tiene conto del fatto che i contratti sono strumenti esistenti avanti alle *leges civiles omnes*. Quella di Summenhart, perché è ridondante, si riferisce agli elementi accidentali e alle specie e non al genere contratto. Quella di Comitulus viene rifiutata perché il contratto non si riferisce all'utilità pubblica, bensì privata.

Oñate comprende che non può essere utilizzata nella sua interezza, nemmeno la definizione di Labeone, l'antico giureconsulto romano, che, però, operò una distinzione fondamentale tra *contractus in fieri* e *contractus in facto* (o rispettivamente attuale e abituale), a seconda che il contratto fosse considerato come un atto di volontà tendente a produrre l'obbligazione, o come atto già perfezionato (il quale, in quest'ultima prospettiva, si identificava con l'obbligazione creata). Posto che era focalizzata sull'obbligazione (bilaterale) prodotta dal consenso, la definizione di Labeone si riferiva solo al contratto abituale o *in facto esse*, e solo in quest'ultima accezione poteva essere considerata valida. Tuttavia, per quanto concerne una definizione sostanziale (quidditativa) per genere e differenza specifica, del contratto attuale, né Labeone né altri autori l'hanno fornita³¹.

Oñate finisce dando la sua definizione: *contractus est pactum obligans ex iustitia commutativa*, che secondo Oñate coincide con quella di Lessio: *conventio duorum obligationem saltem in alterutro*, e con quella di Silvestro.

Vediamo in dettaglio i frammenti più significativi del testo.

III.4.5. Definizione di Conrado de Summenhart

In primo luogo, Oñate procede a criticare la definizione di contratto in generale data da Conrado de Summenhart.

T. I – D. 1 – S. III – n. 13. «Conrado definisce il contratto come segue: è l'atto stipulato per iscritto, verbalmente o mediante il consenso, per mezzo del quale una cosa viene trasferita da una parte all'altra, sia essa il dominio attua-

³⁰ Le opera di Jean Gerson e Conradus Summenhart vengono identificate da Cappellini come principali punti di riferimento della Seconda Scolastica in materiale di contratti. Cfr. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di "dottrina generale del diritto"*, cit., 339.

³¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 280.

le, o l'uso o qualsiasi altra specie di dominio; o deve essere trasferita, in modo che se non viene trasferita, ne consegue l'obbligazione di pagare gli interessi³². Questa definizione è giustamente critica da Comitulus in quanto ridondante e prolissa, discendente alle specie e basata su elementi accidentali».

La critica di Oñate a questa definizione risulta fondamentale, poiché da essa scaturirà la valutazione di ciò che, a suo avviso, deve contenere e di ciò che non deve contenere una definizione scolastica. Fondamentalmente, la critica concerne il fatto che la definizione di Summenhart non focalizza l'essenza del concetto che vorrebbe definire e, piuttosto, come vedremo, avrebbe dovuto essere determinata secondo il genere prossimo e la differenza specifica.

III.4.6. Definizione di Comitulus

T. I – D. 1 – S. 3 – n. 14. «Però lo stesso Comitulus ci porta la sua definizione, che non è migliore e più provata, che dice: "il contratto consiste almeno in due volontà, provocante e provocata, che si incontrano rispetto ad una cosa per il dominio della ragione, il legittimo consenso ad agire o non agire, dichiarata mediante qualche segno esterno; e istituita per il bene del genere umano".

Questa definizione è più ampia rispetto a un'altra, ripresa dello stesso Comitulus, e contiene molti elementi accidentali ed estrinseci. Ovviamente Comitulus ritiene che qualsiasi definizione debba dipendere dal genere delle cause, e quindi lo definisce [il contratto] secondo la causa efficiente e finale; le quali sono estrinseche e non hanno alcun posto nella definizione essenziale; allo stesso modo non necessariamente entrano nella definizione la materia e la forma fisica, perché la definizione più importante (quello che stiamo cercando) non viene data in funzione della materia e delle forme fisiche, bensì in base al genere e alle differenze metafisiche. Alla fine, sbaglia anche Comitulus; perché il fine delle parti contraenti non è un bene pubblico (che si riferisce alla giustizia legale) bensì l'utilità privata, che si riferisce alla giustizia commutativa».

Oñate procede nella definizione del contratto mediante il metodo dialettico. Rimprovera alla definizione di Comitolo il fatto di contenere elementi accidentali, tra i quali, ad esempio, il riferimento alla circostanza che la dichiarazione debba essere manifestata mediante qualche segno esteriore. Su tale specifico aspetto, peraltro, Oñate tornerà più avanti, affermando sì la necessità di segni esteriori, ma attribuendo loro la qualità di condizioni *sine qua non*, e non quella d'aspetti essenziali del concetto. Nel contempo, nella sua definizione entrano in gioco le cause formale, materiale, efficiente e finale.

³² Evidentemente, si riferisce alla responsabilità per danni nel caso di inadempimento.

D'altra parte, questo paragrafo rivela un aspetto molto importante del pensiero di Oñate. Il contratto è istituito per la tutela della volontà individuale, non della volontà collettiva o sociale. L'autore, infatti, sottolinea il carattere individuale della giustizia commutativa che, a differenza della giustizia legale, ha come oggetto l'utilità privata e non quella pubblica³³. Senza negare il carattere prolisso della definizione, Oñate negava dunque che il contratto si riferisse al bene comune della *civitas*, sostenendo, invece, che costituisse uno strumento di utilità privata³⁴; affermazione importante per il suo carattere categorico, che superava la concezione che, sin dall'epoca dei commentatori, si aveva del concetto di utilità pubblica, comprendendo l'utilità degli individui all'interno della comunità³⁵.

Secondo Biocchi, sarebbe certamente esagerato vedere già espressa in questo riferimento alla *utilitas* privata che fa Oñate, la concezione completamente umanizzata della naturalità del commercio, che più tardi sarà espressa in un passaggio delle Lezioni di Glasgow di Adam Smith (del 29 marzo 1763):

«... questa divisione del lavoro non è l'effetto di un disegno umano cosciente, bensì la conseguenza necessaria di una disposizione naturale peculiare dell'uomo, ossia la predisposizione ai traffici, alla contrattazione, allo scambio».

Tuttavia, Biocchi sottolinea la concordanza tra i fondamenti della teoria contrattuale esposta da Oñate, e quelli che, alcuni decenni più tardi, saranno fatti propri da Jean Domat nella sua sistematizzazione, il che confermerebbe la tesi della genealogia alternativa che stiamo sostenendo³⁶.

III.4.7. Definizione di Gerson

T. I – D. 1 – S. III – n. 15. «Meno si separa dalla vera definizione Gerson, dicendo: "il contratto è uno scambio legittimo, ossia fatto osservando le leggi". [Ma] questa definizione non soddisfa, perché non spiega quanto definito, non

³³ Cfr. I. BIROCCI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 277. Nella nota 19 si rileva la critica di Oñate nei confronti di Comitulus (1544/45-1626), autore della *Doctrina de contractu universo, ad scientiae método revocato*, Lugduni, Horatius Cardon, 1615, pars I cap. IV n. 10, 11 e pars II cap. i n. 2, 55, che aveva proposto la seguente definizione: *contractus est minimum duarum voluntatum, provocantis et provocatae, quae dominio rationis et rei praeditae sint, legitima consensio ad rem aliquam agendam, vel non agendam, externo aliquot signo declarata, atque civitatum et humani generis bonum instituta*.

³⁴ Il problema è stato discusso contemporaneamente, passando dal concetto di causa contrattuale come finalità o funzione economica e sociale all'idea di causa concreta, che allude alla funzione economica individuale. Nella dottrina italiana, si passa dalla posizione di Emilio Betti a quella di Giovanni Batista Ferri. v. per tutti E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, FCU, Montevideo, 2009, 1, 38 ss.

³⁵ Cfr. I. BIROCCI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 277, nota 19.

³⁶ *Ivi*, 278.

include i contratti che non sono bilaterali e perché i contratti esistevano prima di ogni legge civile; pertanto non erano scambi legittimi».

Anche questa definizione non è accettabile per Oñate, perché concepisce il contratto solo in quanto bilaterale, cosa che non concorda con la sua teoria, che include, nell'ambito della definizione generica di contratto, i contratti gratuiti, a cui dedicherà un tomo intero.

III.4.8. *Definizione di Labeone*

T. I – D. 1 – S. III – n. 17. «La quarta definizione da verificare è quella che ci ha lasciato Labeone: "il contratto è l'obbligazione reciproca". La gran parte dei giuristi e dei teologi accademici, sulla scorta dell'autorità del diritto e delle *auctoritates* ... si riferiscono ad essa spiegandola così: è un patto da cui deriva l'obbligazione reciproca. Non è la definizione formale di Labeone, ma la interpreta in modo efficace. Lessio è d'accordo».

T. I – D. 1 – S. III – n. 18. «Ma nota che in molti luoghi, secondo i predetti dottori, soprattutto, Comitulus, Molina, Lessio e S. Fausto e Filliucius, e Rebelus nei luoghi di seguito menzionati, la definizione prevista può essere criticata riguardo a tre aspetti. In primo luogo, non è fornita in base al genere e alla lata differenza. Secondo, tale definizione non viene data in base alla formalità e all'essenzialità del contratto, ma in base ai suoi effetti. Terzo, non definisce tutti i contratti, e non include quelli gratuiti, ma solo quelli onerosi».

Ovviamente la definizione di Labeone non sarà accettata da Oñate, perché si riferisce solo all'effetto del contratto, o al contratto considerato *in facto esse*.

III.4.9. *Contratto in fieri e contratto in facto esse*

Di seguito Oñate mette alla prova la propria definizione di contratto, che è totalmente coincidente con quella moderna. Egli ritiene che una vera definizione non possa che darsi con riguardo all'essenza, e questa è data dall'elemento formale, ossia da quello che rende una cosa ciò che è: la sua causa formale.

«Considerando le definizioni date dall'autorità del diritto e l'opinione comune, io giudico e dirimo le controversie tra i dottori con l'appropriata distinzione che segue».

Nell'esordio della disputa VI, dove si discute della forma, come causa formale del contratto, la forma è definita come «ciò che dà essenza alla cosa e costituisce il contratto nel suo essere e lo distingue dalle altre cose; ed è così che parlano i filosofi e i teologi; ed è una accezione molto appropriata

di forma, ed è estremamente utile per comprendere i contratti ...».

Oñate cerca allora di fornire una definizione formale ed essenziale di contratto.

Al fine di analizzare le definizioni degli altri dottori ed elaborare la propria secondo i canoni metodologici che si autoimpone, Oñate deve prima distinguere tra due visioni del contratto.

Si tratta di una distinzione fondamentale: la distinzione tra contratto *in fieri* e contratto *in facto esse*, che per Oñate è facile da utilizzare, essendo uno strumento comune nell'analisi della teoria sacramentale del matrimonio che prese in prestito da un altro gesuita, Tomás Sánchez de Ávila.

Il contratto *in fieri* è concepito come consenso (*consensus*). Il contratto *in facto esse*, come l'obbligazione stessa (*ipsa obligatio*).

Oñate considera, dunque, i contratti da due punti di vista: *in fieri* e *in facto esse*, e fa coincidere il concetto di contratto con quello di obbligazione, ma considerandolo come contratto *in facto esse*. Ora, si obietterà che l'obbligazione non è il contratto, bensì un suo effetto. Oñate risponde: è il suo effetto, considerando il contratto come contratto *in fieri*.

In questo modo, Oñate raggiunge l'unità del concetto di contratto ed elimina la dualità che è stata fonte di innumerevoli equivoci e controversie, specialmente quando si tratta dell'oggetto del contratto, della sua risoluzione, del termine, ecc. Ma soprattutto, attraverso tale distinzione, egli riesce a sintetizzare, nel concetto unitario di contratto, da un lato il fatto di aver contratto, aspetto tradizionalmente considerato centrale, e dall'altro, l'aspetto del consenso, che assume un aspetto nuovo e una vigorosa espressione. Ossia, unisce le visioni oggettiva e soggettiva del contratto. In tal modo, a partire da Oñate, il contratto considerato *in fieri* può essere semplicemente definito, nella sua essenza, come consenso. E si comprende come la definizione Oñatiana possa essere scientificamente considerata come il certificato di nascita del consensualismo contrattuale.

Il contratto considerato *in facto esse* focalizza il fatto del contratto come vincolo giuridico, in cui il centro non sono il consenso e la volontà, bensì la relazione giuridica che ha ad oggetto lo scambio di beni, aspetto su cui tradizionalmente aveva fatto leva il diritto antico, generando la teoria dell'equilibrio delle prestazioni e il giusto prezzo. Questa prima considerazione del contratto *in facto esse* è abbastanza coincidente con la visione tradizionale che risale al *synallagma* greco e si consolida nel diritto romano. Il contratto contiene il consenso, ma consiste essenzialmente nel risultato, l'obbligazione, il vincolo, nel «fatto di aver contratto». Il consenso determinerà (o meno) il risultato obbligatorio. Nella concezione greca, romano classica e persino nella continuazione medievale, il centro dell'attenzione era il fatto di aver contratto, il contratto *in facto esse*.

Oñate aggiunge che, oltre alla prospettiva del contratto *in facto esse*, che è «il fatto di aver contratto», cioè l'obbligazione, vi è il contratto considerato

in fieri, ed è qui che emerge chiaramente il consenso come l'essenza del contratto, con una forza che – crediamo – non si era vista prima.

Si veda il ragionamento di Oñate:

«(I contratti sono considerati in due modi: *in fieri* e *in facto esse*). (Il contratto *in fieri* è il consenso all'obbligazione; *in facto esse* è la stessa obbligazione). (Il contratto è valido, quando produce obbligazioni; nullo, quando non le produce). (L'obbligazione è costitutiva del contratto *in facto esse*). Si dà prova con l'esempio del matrimonio e delle professioni religiose *in fieri* e *in facto esse*. ... il matrimonio nasce certamente dal consenso delle parti contraenti; tuttavia, una volta passato lo stesso consenso istantaneo, il contratto di matrimonio si estingue? Certamente il matrimonio rimane, ma ordinariamente; Perché permane ordinariamente? Perché permane l'obbligazione e il vincolo tra i coniugi, affinché siano praticati durante tutta la vita; allo stesso modo nella professione religiosa ... Un esempio molto appropriato è quello del peccato attuale e abituale: attuale è il consenso, abituale sono l'obbligazione e il delitto. Da ciò si conclude che la definizione di Labeone può essere preservata, ma solo per contratti in senso molto proprio e solo per i contratti abituali».

Troviamo ancora l'ispirazione della scienza teologica per affrontare le questioni del contratto: peccato attuale e abituale. Si tratta ovviamente del crocevia tra teologia e diritto di cui parlava Marzal³⁷.

Visti, così, il contratto *in fieri* e il contratto *in facto esse*, risulta chiarito il problema dell'oggetto del contratto e di quello dell'obbligazione; dell'estinzione del contratto e di quella dell'obbligazione, del termine del contratto e di quello dell'obbligazione, dell'efficacia del contratto e dell'efficacia dell'obbligazione. Ma soprattutto, assume autonomia ed un proprio profilo il concetto di contratto *in fieri*, ossia quello di contratto come consenso delle parti, come opera essenziale della volontà di soggetti liberi.

Il segno costitutivo formale o elemento o requisito essenziale differirà quindi a seconda che si consideri il contratto come *in fieri* o *in facto esse*.

T. I – D. 1 – S. III – n. 20. «In terzo luogo, occorre notare qualcosa di molto importante, che i contratti possono essere considerati in due modi. Primo, *in fieri*, ossia, in fatto, o come produzione di obbligazioni, che viene formalmente stipulato mediante il consenso, o atto di volontà, con il quale le parti contraenti vogliono e intendono produrre obbligazioni o (il che è lo stesso) vogliono obbligarsi».

T. I – D. 1 – S. III – n. 21. «In secondo luogo, possono essere considerati *in facto esse* (come dicono i filosofi) o già perfezionati, come dicono gli esperti del diritto, e nel loro essere abituale, e così il contratto è l'obbligazione stessa, generata dal consenso e contratta, la quale è denominata, come qualunque movimen-

³⁷ Cfr. *supra*, III.3.1.

to e azione, per il termine e tutta la produzione, per la cosa prodotta. Il cui tratto più evidente è che si dice che il contratto permane anche quando il consenso e l'accordo delle parti sono già stati espressi e la ritrattazione non è lecita, nella misura in cui l'obbligazione, nata da esso, persiste: e, infine, si dice che il contratto finisce quando si estingue l'obbligazione che da esso è stata generata».

T. I – D. 1 – S. III – n. 23. «Perché il segno costitutivo formale, come affermano i filosofi e i teologi, è quello per cui, se posto, la cosa esiste, e se rimosso, essa cessa di esistere; si afferma quindi che l'obbligazione è costitutiva del contratto formale, non *in fieri*, ma *in facto esse*. Perché, come Baldo dice elegantemente ... i contratti sono stati introdotti per l'obbligazione e l'obbligazione per l'esecuzione, e l'esecuzione per i fini ultimi».

Oñate propone, come miglior esempio, quello del matrimonio *in fieri* e *in facto esse*, il che dimostra l'importanza del patrimonio comune di pensiero generato nella chiesa a proposito del matrimonio, dei suoi elementi essenziali, dei suoi effetti, della sua nullità, ecc., ai fini della strutturazione della teoria generale del contratto. Ugualmente con riguardo alla vita religiosa, considerandone la professione come atto contrattuale tra il religioso e Dio o tra il religioso e la Comunità. Ricordiamo sempre l'idea di determinare la relazione tra teologia e diritto: la visione della teologia sul diritto e quella del diritto sulla teologia.

Questa complessa concezione, che rende possibile comprendere il contratto da due punti di vista, come consenso, e anche, simultaneamente, come vincolo giuridico derivante dal consenso, permette ad Oñate di ammettere la definizione del Labeone, ma esclusivamente come contratto *in facto esse* e come contratto bilaterale.

T. I – D. 1 – S. III – n. 25. «Dico quindi che dovrebbe essere mantenuta ed approvata la definizione che del contratto dà Labeone, ma intendendola nel senso che essa non definisce il contratto propriamente detto e così come è comunemente accettato - ed in tutta quest'opera di questo trattiamo -, ma in senso stretto, ossia allusivo ai soli contratti onerosi. E secondariamente deve comprendersi come essa non definisca il contratto attuale, e *in fieri*, ma quello abituale, e *in facto esse*, che è la stessa obbligazione prodotta dal consenso».

In questo modo, la definizione di Oñate opera come una cerniera tra le antiche definizioni oggettiviste del contratto e le moderne concezioni soggettive dello stesso come consenso, come incontro di volontà.

III.4.10. *Utilità scientifica della distinzione tra contratto in fieri e contratto in facto esse*

Questa suddivisione, a nostro avviso, è estremamente utile, anche nella prassi corrente, ma, per quanto ne sappiamo, non è riconosciuta come

tale nella dottrina contemporanea. In effetti, siamo abituati ad analizzare le innumerevoli difficoltà che deve superare la dottrina, in sede di teoria dell'oggetto del contratto, per distinguere tra contratto e obbligazione. Si dice che l'oggetto del contratto sono le obbligazioni, che l'oggetto di queste ultime sono le prestazioni e che l'oggetto delle prestazioni sono le cose materiali, o la loro utilità. Si dà così luogo a ciò che Gamarra ha denominato un gioco di «scatole cinesi»³⁸, in un processo nominalistico di progressiva concentrazione concettuale, che genera una polisemia del termine oggetto e, con essa, l'ambiguità ed equivocità caratterizzanti la teoria dell'oggetto del contratto (secondo Pothier, l'oggetto del contratto è l'oggetto dell'obbligazione)³⁹.

La distinzione tra contratto *in fieri* e *in facto esse* permette di coniugare l'aspetto oggettivo (obbligazione, vincolo giuridico) con l'aspetto soggettivo (consenso) e risolvere il problema dell'efficacia contrattuale, come risulta dal seguente argomento:

T. I – D. 1 – S. V – n. 74. «Rimane uno scrupolo: in che modo l'obbligazione può essere l'essenza del contratto, quando ne costituisce l'effetto. A ciò può risponderci (così sopra) che è l'essenza del contratto abituale, non di quello attuale. Ma la risposta (anche se vera) non soddisfa, perché noi definiamo il contratto attuale, di cui affermiamo che l'essenza è l'obbligazione della giustizia commutativa. In secondo luogo, si può rispondere che non è la stessa obbligazione attuale, ma l'ordinamento dell'oggetto della stessa ad essere l'essenza del contratto, ed essere in grado di produrla; perché il termine nella definizione non si riferisce all'atto, ma all'attitudine. Ma nemmeno questa risposta soddisfa, perché il diritto e i dottori intendono che secondo la predetta definizione se il contratto è valido, sempre e attualmente produce obbligazioni. Si dice quindi che l'obbligazione attuale è l'essenza dei contratti validi, perché il contratto, formalmente, non è altro che la produzione di obbligazioni con il consenso e l'accordo delle parti; e infine la produzione non può esistere senza il suo prodotto, ossia, l'obbligazione. Perché o non è un contratto, perché non produce obbligazioni, o se è un contratto, deve attualmente produrre obbligazioni».

Nella nostra epoca, Federico de Castro ha percepito l'importanza metodologica di distinguere, in relazione al contratto, tra il negozio giuridico e il vincolo negoziale, riconoscendo l'origine della distinzione negli antichi canonisti riguardo al matrimonio e, soprattutto, nella *Disputationum de Sancto Matrimonio* pubblicata da Tomás Sanchez nel 1602, alla quale si ispira direttamente Oñate per elaborare la sua idea di contratto. Ciò implica che deve distinguersi tra il contratto come *causa efficiens* e il vincolo, ovvero il complesso risultato che il contratto produce; e che, allo stesso

³⁸ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, FCU, Montevideo, 1972, XIV, 135.

³⁹ Cfr. E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, cit., II, 9 ss.

modo, deve distinguersi tra il negozio giuridico e la relazione negoziale a cui quello dà luogo⁴⁰.

III.4.11. *Definizione del contratto in fieri e in facto esse per genere prossimo e differenza specifica*

Fino a qui Oñate ha preparato il terreno per la definizione, ma non l'ha ancora fornita. Sono stati inventariati, considerati, analizzati e criticati i lavori dei *doctores*; quindi si può dire che abbiamo conosciuto lo stato dell'arte. D'ora innanzi, Oñate impiega il metodo aristotelico di definizione: genere prossimo e differenza specifica. In particolare, egli richiede che la definizione del contratto venga fatta in base al genere prossimo e alla differenza specifica. Un elemento della definizione si riferirà al genere: consenso delle parti contraenti; e un altro si riferirà alla differenza specifica: generazione di un'obbligazione, che sarà poi caratterizzata come un'obbligazione di giustizia commutativa.

T. I – D. 1 – S. I – n. 4. «Ora arriviamo alle parti della scomposizione. Il contratto propriamente detto è quello per cui, mediante il vero consenso degli stessi contraenti e proprietari delle cose che vengono scambiate, nasce e viene contratta l'obbligazione. Pertanto, il contratto vero e proprio richiede due cose: in primo luogo, che esista il consenso delle stesse parti contraenti, riguardo alle cose, di loro proprietà, che si contrattano; secondo, che sia assunta e nasca un'obbligazione, risultante dallo stesso consenso, e che essa non sia estinta. E così è per i contratti d'acquisto, vendita, nelle locazione e conduzione, per la donazione, il comodato, il deposito, il mandato, il mutuo, l'enfiteusi ed i feudi, e altri; e così consideriamo il contratto in tutta quest'opera, tranne quando parliamo espressamente di quasi-contratto o della risoluzione».

Questa definizione sarà lo strumento principale per instaurare un sistema contrattuale totalmente aperto rispetto alla volontà dei contraenti; una volontà tendenzialmente libera dai limiti, sempre che si estrinsechi nell'ambito della liceità. Allo stesso tempo essa si riferisce alla finalità del negozio, cioè alla sua causa. In questo modo, viene delineato per la prima volta un sistema, criticamente fondato, di libertà contrattuale o, in altri termini, un sistema di autonomia privata, che, fondamentalmente, si manifesta nella possibilità di formulare contratti sulla base di uno schema libero, che poi avrebbe dato luogo all'analisi della sua liceità mediante il controllo della causa, effettuato *ex post facto*⁴¹, ma anche in maniera separata da considerazioni riservate al campo della moralità.

⁴⁰ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1997, 34.

⁴¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 304.

III.4.12. La sintesi di Pedro de Oñate

Definito il genere prossimo, resta solo da aggiungere la differenza specifica. *Patto obbligatorio* è la definizione moderna di contratto. Oñate vi aggiunge l'elemento dell'obbligazione *in giustizia*, che è ciò che dobbiamo analizzare per vedere se egli si allontana o meno da questa definizione.

T. I – D. 1 – S. III – n. 26. «Poiché, quindi, secondo quanto è stato detto, né da Labeone, né da qualsiasi altro dottore menzionato è stata data la definizione vera ed essenziale per genere e differenza del contratto attuale; alla fine, mi viene chiesto di fornirla per risolvere la questione. Dico quindi che essa è la seguente: "il contratto è il patto che *obbliga in virtù della giustizia commutativa*". Questa definizione rimuove i difetti delle altre, ed è data in base al vero genere ed alla differenza, e spetta sia al contratto oneroso che gratuito, e non è fornita in base all'effetto, bensì in virtù dell'elemento essenziale del contratto. Essa inoltre coincide con la definizione data da Lessio».

T. I – D. 1 – S. 3 – n. 27. «Ho detto che questa definizione rimuove il difetto della definizione di Labeone, perché è data mediante il genere e la differenza, e comprende anche il contratto gratuito, e non è data in base agli effetti, ma per le formalità; sebbene venga fatta menzione degli effetti dell'obbligazione, l'obbligazione non è solo l'effetto, ma anche l'oggetto formale dell'atto, prodotto dal consenso, e il patto, che è il contratto formalmente; e sebbene l'obbligazione sia il termine formale del contratto *in facto esse*, è l'effetto del contratto *in fieri*; ciò nonostante, l'obbligazione è formalissimamente il contratto, perché l'obbligazione non è altro che il suo effetto. Ho detto che è data per genere e differenza; perché il vero genere del contratto è il patto, come vedremo nella prossima sezione, e la differenza è che questo patto obbliga in virtù della giustizia commutativa. Spetta al contratto gratuito, perché ogni contratto gratuito obbliga *in giustizia*, unilateralmente. Pertanto, questa definizione di contratto deve essere mantenuta perché costitutiva dei principi fondamentali della materia».

Ritengo che la definizione di Oñate contenga tutti gli elementi inclusi nella definizione di contratto che troviamo nei nostri trattati e manuali.

Egli organizza tre livelli di astrazione.

Seguendo Ulpiano nel Digesto, Libro II, Titolo 14, *De pactis*, 1.3, che citerà più volte, Oñate distingue, in primo luogo, la convenzione, che è l'accordo in un senso molto generale, il *verbum generale*, il genere sommo, che comprende sia il convenire fisicamente in un luogo, che il farlo razionalmente, in un giudizio intellettuale, o volitivamente, in un accordo od in un patto.

In un secondo livello di astrazione, l'accordo è inteso come incontro di volontà. Solo questo è un patto e agisce come genere (o specie) intermedio.

Ed è, a sua volta, il genere immediato o prossimo del contratto, terzo livello di astrazione, che appartiene al genere patto e presenta come differenza specifica la nascita di obbligazioni in virtù della giustizia commutativa.

T. I – D. 1 – S. IV – n. 33. «In secondo luogo, nota che il termine “conventio” è più ampio del termine patto e rappresenta il suo vero genere; e così la definizione di patto può essere data in base al genere, cioè la *conventio*. ... “convenzione è una parola generale adatta a tutto, per mezzo della quale le parti acconsentono ai negozi per cui contrattano o si transigono».

III.4.13. *Il patto: genere prossimo del contratto*

Seguendo il metodo consistente nel definire il genere, Oñate continua a lavorare attorno al genere prossimo del contratto, cioè il patto, per poi affrontare le difficoltà di spiegare la differenza specifica, ossia la caratteristica di generare obbligazioni eseguibili o coercibili.

T. I – D. 1 – S. IV – n. 28. «Abbiamo detto, nella nostra definizione, che il contratto è il patto che obbliga in virtù della giustizia commutativa, essendo il patto il genere, e obbligare in giustizia, la differenza».

T. I – D. 1 – S. IV – n. 29. «In primo luogo, il patto è il genere in tutti i contratti. È provato ... perché convenzione è una parola generale adatta a tutto, adatta ai negozi per i quali si contratta o transige ...».

T. I – D. 1 – S. IV – n. 30. «Patto o accordo è il consenso di due o più rispetto alla stessa cosa. Nello stesso modo lo definiva Ulpiano ... dicendo che il patto è il consenso e la convenzione di due: le cui due definizioni, come diceva bene Molina, si spiegano a vicenda. Le cui definizioni di patto sono accolte da tutti i dottori nel proprio luogo e anche l'accademia dell'universalità dei teologi approva con merito. Pertanto, si dice che si pattuisce o si celebra il patto, quando si conviene di comune accordo di fare la stessa cosa».

Il genere sommo *convenzione* può essere compreso in una pluralità di significati. In primo luogo, come convenzione in senso fisico. Convenire viene da *cum venire*, ossia il fatto di andare insieme in un certo luogo (fisico). Secondo l'autore, seguendo lo stesso Ulpiano nel Digesto, Libro II, Titolo 14, *De pactis*, 1.3, il concetto è applicabile in senso metaforico.

Proseguendo nelle specificazioni, Oñate si riferisce all'accordo non meramente fisico o corporale, ma all'accordo o convenzione intellettuale.

T. I – D. 1 – S. IV – n. 35 «Allo stesso modo le convenzioni rispetto a una frase sono veramente convenzioni e movimenti dell'animo e dell'intelletto nello stesso senso. In questo modo, due persone possono mettersi d'accordo su un qualunque enunciato, per esempio, un enunciato scientifico, o nel designare un oggetto con la stessa parola, generando una convenzione scientifica o linguistica. Ci sarà così un accordo o una convenzione, ma non un patto».

T. I – D. 1 – S. IV – n. 35. «... tuttavia non possono essere chiamate patto in nessun modo, perché i patti non sono convenzioni né per il movimento di luo-

go, né mossi dall'intelletto in una stessa frase, ma mossi dalla volontà rispetto allo stesso oggetto voluto».

Così la volontà, costituendo l'essenza stessa del patto o accordo, genere prossimo del contratto, viene collocata al centro della teoria del contratto.

T. I – D. 1 – S. IV – n. 36. «... e per spiegare ciò, la definizione di patto contiene quella di convenzione, perché a volte il consenso è la convenzione dell'intelletto di due o più rispetto alla stessa frase; ma si aggiunge che è l'accordo, l'unica cosa che si attribuisce alla volontà; e così la glossa, ... spiega la parola *placitus consensus*, come consenso spontaneo di diverse volontà. Pertanto, poiché la convenzione è essenziale al patto, e le convenzioni riguardo al luogo e all'intelletto non sono patti, ne consegue che la convenzione sembra un concetto più ampio rispetto a quello di patto, e costituisce il vero genere rispetto a quest'ultimo».

A questo punto, Oñate fa un passo avanti nella specificazione. Il patto, l'accordo di volontà, è il genere prossimo del contratto, ma contiene, oltre al contratto, altre specie che presentano differenze specifiche tra di loro.

T. I – D. 1 – S. IV – n. 37. «... il concetto di patto è più ampio di quello di contratto, perché ci sono molti patti che non sono contratti; ... se accettiamo di andare simultaneamente in un campo o di ascoltare la messa, sarà un patto, perché è un accordo di volontà, ma non sarà un contratto, perché non intendiamo obbligarci. Allo stesso modo se due persone ... si obbligano solo per gratitudine, liberalità e amicizia, ma non per la giustizia, sarà un patto, ma non un contratto, perché il contratto esige l'obbligazione in giustizia, come verrà chiarito nella sezione successiva. E quindi, il patto è un concetto superiore al contratto, e [include] molti altri patti, che non sono contratti; e quanto si predica su molti patti, sarà sempre vero per il contratto, ed è un vero e genuino genere per il contratto; e quindi il la definizione, da lui data, è legittima».

Il trattato I sulla natura e le suddivisioni (*de natura & divisionibus*) del contratto, e la sua prima disputa concerne la natura ed essenza del contratto.

Risponde alla costante domanda scolastica: *quod sit contractus?*

Secondo Oñate questa definizione soddisfa i requisiti della logica, così come i contenuti specificatamente richiesti dalla scienza giuridica. Comprende tutti i contratti (non solo quelli onerosi, ma anche gratuiti), non è fornita in base agli effetti, bensì è data dagli elementi sostanziali, ed è data dal genere (il patto) e della differenza specifica (effetto obbligatorio derivato dalla giustizia commutativa). Questa definizione servirà da collegamento tra la Parte Generale e la Parte Speciale⁴².

⁴² Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 281.

Si noti il risultato della metodologia utilizzata da Oñate che applica il formato dei predicamenti di Aristotele alla materia contrattuale. Ordinando i concetti per genere e specie, e indagando sul fatto che il contratto appartiene al genere dei patti, l'autore conclude che tutto ciò che è predicato dei patti sarà applicabile al contratto. In questo modo, si osserva chiaramente l'intenzione concettualista, che rientra negli obiettivi di qualunque scienza, di trovare una conoscenza astratta universalmente applicabile a una determinata categoria.

III.4.14. *L'obbligazione in giustizia quale peculiarità del contratto*

Definito il genere prossimo, il passo successivo nella definizione "legittima" o *germana & quidditativa* consiste nel trovare la differenza specifica. Essa sarà trovata nella generazione dell'obbligazione di giustizia commutativa.

È questo il punto in cui l'opera di Oñate fa un salto dall'antichità alla modernità; ove si smette di guardare la questione della giustizia come veniva tradizionalmente fatto nella scolastica, per focalizzare l'attenzione su un altro aspetto. Se ci fossimo basati sui precedenti, ci saremmo dovuti aspettare che, quando parla di obbligazione di giustizia, Oñate si riferisse all'uguaglianza aristotelico-tomista tra cosa a cosa. Nella tradizione aristotelico-tomista è l'uguaglianza tra cosa e cosa ciò che rende giusto il contratto, come afferma espressamente San Tommaso all'inizio della questione 77 del suo trattato "la Giustizia": ciò che è stato stabilito per l'utilità comune non dovrebbe comportare un onere maggiore per uno piuttosto che un altro. Ed è per questo che le parti devono istituire il contratto secondo l'uguaglianza tra cosa e cosa, *secundum aequalitatem rei*.

In maniera evidente, Mercado affermava che «la giustizia in tutti i contratti, è l'uguaglianza, che deve essere in essi osservata»⁴³.

Senza dubbio questo concetto di giustizia è presente anche in Oñate, e immediatamente verrà trascritto un passaggio che ne è testimonianza.

Tuttavia, ciò che abbiamo avanti ai nostri occhi nella definizione della differenza specifica del contratto è diverso: obbligazione di giustizia sarà quella che, nell'intenzione delle parti, si considera come compulsiva, o direttiva.

Il significato di giustizia in Oñate sembra assumere due volti. Da un lato, quello che coincide con la visione tradizionale: la giustizia commutativa come uguaglianza e equivalenza tra le prestazioni. Essa deriva dall'origine dei contratti nel diritto naturale (Tomo I, Esordio, n 9.) e determina che le prestazioni debbano essere equilibrate e che, in caso contrario, si proceda alla restituzione. Questa è l'idea tomista tradizionale. Ma qui vie-

⁴³ Cfr. *supra*, II.6.3.

ne aggiunto con molta forza un altro concetto di giustizia, che si riferisce all'adempimento dei patti per rispetto della norma creata dalla volontà.

Per Oñate qual è il fondamento della giuridicità del contratto? L'obbligazione di giustizia commutativa. Ma in cosa consiste la giustizia commutativa? Secondo Oñate, non nell'equivalenza delle prestazioni, bensì nel carattere giuridico dell'obbligazione. A sua volta, il carattere giuridico si forma con l'intenzione delle parti di generare un vincolo con la *vis directiva*, ossia con carattere precettivo. In realtà, l'elemento essenziale della giustizia commutativa non sarà tanto la coercibilità stessa dell'obbligazione, perché la coercibilità è propria del diritto civile ma non del diritto naturale, bensì l'intenzione di obbligarsi mediante un vincolo nel foro esterno, conferendo ad un altro un diritto. È quindi l'intenzione di obbligarsi in giustizia ciò che definisce in modo specifico il contratto. L'obbligazione di giustizia richiede che le parti contemplino la possibilità di esecuzione forzata, o almeno la protezione dell'ordinamento per la ritenzione di ciò che è stato pagato.

In effetti, poi Oñate discute se l'obbligazione che deriva dal contratto deve essere civile o può essere meramente naturale, concludendo che può trattarsi di mera obbligazione naturale. Potrebbe obiettarsi che, siccome l'obbligazione può essere naturale, e questa manca di forza coercitiva, l'obbligazione naturale non possiede il requisito di obbligare secondo giustizia, e questo è così se per obbligazione di giustizia si intende semplicemente obbligazione civile (cioè, dotata di coercibilità). Ma nella concezione di Oñate, sì è previsto il requisito per cui deve esistere l'intenzione di obbligarsi in giustizia, perché l'essenziale di ciò è obbligarsi in modo precettivo, ossia, con l'intenzione di conferire ad un altro un diritto nella giurisdizione esterna. In generale, quest'obbligazione sarà non solo naturale ma civile, perché in linea di principio il diritto positivo proteggerà ogni obbligazione naturale che emerge dal contratto, dato che è conveniente per la Repubblica; sebbene sia possibile che poi il diritto positivo non tuteli un'obbligazione naturale attribuendole carattere coercitivo, in qualche caso puntuale, per alcuna fondata ragione. E anche perché l'ordinamento tutela anche, con *vis coactiva*, il diritto di chi ha ricevuto qualcosa in virtù di un'obbligazione naturale, di ritenerla.

Questo concetto di intenzione di obbligarsi era già presente in Molina, e arriverà ai nostri giorni come il nucleo della definizione di proposta contrattuale (dichiarazione di una delle parti nel senso che vuole costituire un'obbligazione nei confronti di un'altra, art. 1262 c.c.), passando per le definizioni di Grotius, Pufendorf e Wolff⁴⁴. Ciò che colpisce è il rivoluzionario concetto di giustizia commutativa, che viene fatto coincidere con l'intenzione delle parti di generare un vincolo dotato in definitiva di precettività.

Quindi, in sintesi, si fa poggiare il contratto sulla volontà e si fa dipen-

⁴⁴ Cfr. J. GORDLEY, *The philosophical origins*, cit., 75.

dere la giuridicità dall'intenzione di obbligarsi con vigore giuridico.

Cerchiamo ora di studiare il problema della volontà di obbligarsi. Come sottolineato da Birocchi, Oñate si ferma sul concetto di *intentio*, la cui tipologia segue un modello che si trova nella tradizione giuridica, in cinque categorie: le prime due implicano un'attitudine meramente discorsiva ed enunciativa, non dispositiva; la terza e la quarta implicano di adempiere una certa prestazione, ma per fedeltà, amicizia o gratitudine (*ex honestate*), non per giustizia. Solo la quinta categoria, che si riferiva all'accordo di volontà tendente a costituire un'obbligazione *ex iustitia*, interessa la sfera del diritto⁴⁵.

Vediamo i testi di Oñate.

III.4.15. *Observe quinque modis. Il perfezionamento di un'obbligazione di giustizia*

Oñate non si accontenta di fornire la definizione di contratto. Come esperto professore universitario, spiega in profondità a cosa si riferisce quando parla dell'obbligazione di giustizia, descrivendo cinque intenzioni che l'oratore può avere secondo lo stile di Grotius, che distingue tra promesse perfette e imperfette.

T. I – D. 1 – S. V – n. 63. «Affinché possa comprendere cos'è questa intenzione di obbligarsi, osserva cinque modi e intenzioni che posso avere quando pronuncio le parole "ti darò un cavallo domani; o dopo un mese, o tra cento anni, o andrò a sentire la messa". Innanzitutto, in forma enunciativa, come se la mia intenzione fosse solo quella di proferirle, cosa che considero vera ed esistente ...».

T. I – D. 1 – S. V – n. 64. «E ciò origina solo un'obbligazione di veridicità, ossia l'obbligazione di non dichiararla se non vedo la realtà in quel modo; in caso contrario mentirei, perché mentire significa andare contro la mente. Il secondo modo in cui posso pronunciare le parole è anch'esso enunciativo, non intendendo obbligarmi a dare un cavallo, ma solo significando e dichiarando il proposito che ho di darlo o di ascoltare la messa; sia che creda vero il futuro sia in caso contrario; e questo modo di proferire le parole obbliga tanto quanta intenzione si abbia ... ed un ottimo esempio è quello del penitente, che dichiara al confessore che non persevererà nel peccato, usando le parole che ha l'intenzione e il proposito, quindi vero ed efficace, che se uno ha, si confessa bene, ma che, tuttavia, non implica che si verificherà nel futuro. Quindi può succedere che il confessore gli creda e che poi il penitente stesso non adempia al suo proposito, e tuttavia, la confessione è valida, producendo l'effetto della grazia, come è noto».

⁴⁵ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 284.

T. I – D. 1 – S. V – n. 65. «In terzo luogo, posso pronunciare le parole obbligandomi nei confronti di un altro a dare mediante una proposizione vera: ti darò un cavallo, ascolterò la messa, ma non per giustizia, bensì per fedeltà, come se affermassi che, in nome della mia fede, ti darò il cavallo. Ciò che noi ispanici diciamo "in nome della fede di un uomo buono, o come uomo onesto" e, dunque, sarò obbligato a prestare quanto promesso a Pietro, ma non per la giustizia, ma per la fedeltà, non sia mai che lo inganni e perché ho promesso in buona fede; e questa è una vera promessa, perché si ordina a un altro, ed è vincolato alla sua promessa; così come le due precedenti non sono promesse ... Tuttavia, questa promessa obbliga solo in base alla fedeltà».

T. I – D. 1 – S. V – n. 66. «In quarto luogo, può essere che la mia intenzione sia obbligarmi mediante le parole verso mio figlio o un mio consanguineo per pietà, o verso il povero per la misericordia nell'elemosina, o verso il benefattore per gratitudine, o verso l'amico per amicizia, o per liberalità o per un'altra causa. O verso il prossimo per carità, e solo per onestà morale, e non per la propria e rigorosa obbligazione di giustizia commutativa. In quinto luogo, può esservi l'intenzione di colui che proferisce le parole e dell'accettante, di obbligarsi secondo giustizia e per obbligazione assoluta, pena peccato mortale (se la materia fosse adatta) e con l'obbligazione di restituzione, e così potendo essere obbligato ad adempiere l'obbligazione da parte della forza esterna del giudice».

T. I – D. 1 – S. V – n. 67. «Solo in virtù di questa quinta intenzione, così spiegata, si celebra il contratto ... perché solo questa è quella che si chiama, in maniera assoluta, obbligazione, che genera un'obbligazione assoluta, e anche un'azione nel foro esterno, che obbliga alla restituzione, e che, nel foro esterno, aggiunge la sua forza coercitiva e compulsiva e nei diritti, negli atti pubblici e nel commercio degli uomini si chiama obbligazione, e tanto dal lato dello stipulante come dell'accettante genera azione ed eccezione civile, e altri diritti che saranno spiegati. La prima e la seconda delle intenzioni dichiarate non creano un contratto, perché sono parole enunciative, che non inducono nessuna obbligazione, eccetto quella generale di dire la verità o ciò che si crede che sia la verità. Nel primo significato, di azione futura; nel secondo, di proposito presente: e questo è ciò che sostengono il diritto e i dottori sia riguardo ai testamenti, sia rispetto ai contratti e qualsiasi altra disposizione; le parole enunciative non creano un'obbligazione, ... e queste parole enunciative, che sono anche chiamate narrative, si contrappongono alle quelle dispositive.

... la quarta intenzione intendo che non produce il contratto, perché sebbene contenga una promessa e induca un'obbligazione, tuttavia, non induce un'obbligazione di giustizia e assoluta, ma solo per fedeltà e gratitudine, ecc., ciò che è conosciuto ovunque dai giuristi e teologi con il nome generico di obbligazione di onestà o decenza».

Il concetto di contratto è quindi limitato al negozio che conferisce obbligazione civile nel foro esterno. Non è che il concetto di obbligazione naturale debba essere disatteso, posto che, come vedremo, in linea di principio, ogni obbligazione civile contiene l'obbligazione naturale. Però si cir-

coscrive la materia contrattuale alla sfera strettamente giuridica delle obbligazioni esterne.

È a partire dalla realtà giuridica che Oñate considera gli aspetti morali. In primo luogo, bisogna stabilire quando giuridicamente esiste un contratto, per poi considerare l'obbligazione naturale che si trova racchiusa nell'obbligazione civile.

Secondo Stoffel-Munck, la forza vincolante del contratto è di per sé concepita come un dovere morale; è uno dei veicoli mediante i quali il campo morale penetra l'ambito contrattuale. *Pacta sunt servanda* è un precetto morale; che ordina di mantenere la fede giurata, di essere fedeli a sé stessi, alla propria parola ⁴⁶.

III.4.16. *Differenze e prossimità con il tradizionale concetto di giustizia commutativa*

Come abbiamo sottolineato, si nota che il nucleo della giustizia commutativa secondo Oñate differisce molto dal concetto di giustizia contrattuale in autori precedenti. Confrontiamola per esempio con quella di Tomás de Mercado. Il centro dell'attenzione in materia contrattuale in Mercado era esclusivamente l'equivalenza tra le prestazioni, *aequalitatem rei*. In Oñate, invece, pur senza dimenticare di considerare l'equilibrio delle prestazioni, l'essenziale è definito attorno alla volontà e al consenso, e l'esecutività dell'obbligazione che ne deriva. È presente una teoria contrattuale che si avvicina notevolmente all'autonomia della volontà.

Come abbiamo indicato, ciò non significa che l'idea di giustizia tradizionale, di uguaglianza tra una cosa e un'altra, il senso di equivalenza oggettiva nel contratto non sia presente in Oñate. Ciò si deduce dalla trattazione del tema del giusto prezzo, che Oñate effettua nel Volume III, Trattato XXI, Disputa LXIII della sua opera, sui contratti onerosi, in relazione al contratto di compravendita e, in particolare, a proposito del prezzo delle cose vendibili.

Vediamo le idee che esprime Oñate nell'esordio.

«Abbiamo detto che l'oggetto di questo contratto è costituito, dal punto di vista del venditore, dalle cose vendibili, o merce, il cui dominio è trasferito all'acquirente; e da quello del compratore, il prezzo della merce, il cui dominio è trasferito parallelamente al venditore; abbiamo già parlato della merce, ... parliamo ora del prezzo, perché tutta la giustizia di questo contratto consiste nell'uguaglianza tra la cosa e il prezzo. Di modo che la merce e il suo valore siano equivalenti. Ho tentato, dunque, di spiegare il prezzo giusto in questa disputa.

Sezione I. Che cos'è il prezzo delle cose vendibili?

Prima di parlare delle suddivisioni del prezzo, dobbiamo definire il prezzo

⁴⁶ Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 29.

in generale, anche se in nessun modo troviamo una definizione nei dottori. Si parla di prezzo in senso molto lato, e in senso stretto; il primo eccede il nostro scopo e la materia della compravendita, di cui trattiamo, e si trova in tutte le cose, sia materiali che spirituali, e non lo è altro che la stima del valore di qualsiasi cosa.

La stima è il retto giudizio sulle cose, che conferiamo ad una cosa rispetto ad un'altra, quasi come il fedele della bilancia, con cui pesiamo una cosa rispetto ad un'altra, e posponiamo o preferiamo o equipariamo una cosa secondo il suo merito e la sua dignità. Così come chi in due piatti soppesa il peso e l'importanza delle cose, per conoscerne il prezzo e il peso, antepone o postpone o equipara il suo peso con quello di altre, che hanno un valore equivalente; quindi noi, in base al nostro giudizio, anteponiamo, posponiamo o equipariamo una cosa ad un'altra; e il giudizio con cui lo stimiamo è il prezzo al quale otteniamo la cosa, e in questo modo ci sono tanti prezzi per le cose, come giudizi sulla cosa, sia degli uomini, sia degli angeli sia di Dio. Con questa differenza: che il giudizio di Dio nella stima delle cose è sempre vero, sempre equitativo; il nostro giudizio e metro di valutazione, misura e prezzo degli uomini è fallace e bugiardo, perché i figli degli uomini nelle questioni commerciali sono bugiardi.

Quindi la giustizia commutativa consiste soprattutto nella retta ponderazione delle cose misurabili secondo il prezzo, in modo che non si dà né un prezzo superiore né inferiore, bensì assolutamente uguale, al suo peso. Così la giustizia universale, che racchiude tutte le virtù, consiste nella vera stima di esse, affinché, pesando tutte le cose con una vera bilancia e con piatti uguali, non le stimiamo né più né meno, ma in maniera uguale, che è ciò che è preferibile per la ragione retta, in modo che preferiamo ciò che secondo la ragione giusta è preferibile, e rimandiamo ciò che è rimandabile e equipariamo le cose che sono uguali. Così il grande Agostino disse in maniera molto acuta e benedetta: "Vive in modo giusto e santo colui che stima integralmente tutte le cose, al fine della carità, per non volere di più ciò che si dovrebbe volere di meno, né volere di meno ciò che si dovrebbe volere di più, né volere allo stesso modo ciò che si deve volere di più o di meno". Ho qui per te una regola assai provata, affinché valuti tutte le cose in base alla loro dignità, coltivi la giustizia e cerchi la santità».

Non c'è spazio per equivoci. Ci sono parti dell'opera di Oñate che transitano per i tradizionali percorsi della teologia e filosofia morale. Sin dalla tradizione stoica, passando attraverso tutta la storia cristiana, la chiave della «retta via» dantesca è la corretta valutazione delle cose, e il prezzo nella compravendita non è separato da quella prospettiva morale.

In sede di compravendita, viene, quindi ripreso il discorso medievale sull'uguaglianza tra cosa e cosa, sulla proporzionalità oggettiva tra le prestazioni, l'equilibrio tra i valori della cosa e del denaro che si paga per essa. Tuttavia, la questione della valutazione volontaria e libera dalle parti non è assente, come vedremo immediatamente.

Come si ricorda, la tradizione scolastica distingueva tra prezzo legale o prefissato, e il prezzo naturale, alla fine risultante del gioco equilibrato di

domanda e offerta. A continuazione, Oñate aggiungerà una nuova categoria, quella del prezzo convenzionale.

«7. Per trattare in maniera sufficiente la questione, il prezzo è di tre classi, ossia legale, naturale e convenzionale. ...

Dunque, tutti trattano espressamente del prezzo legale e naturale, ossia quel prezzo a cui è consuetudine vendere le cose nella repubblica. Pertanto, se in essa, in alcuna occasione, non vi è la consuetudine di vendere alcune cose, si praticherà il prezzo convenzionale, ossia, quello convenuto ragionevolmente da compratore e venditore, come spieghiamo di seguito.

In tal modo il prezzo legale è quello fissato dalla repubblica, il prezzo naturale rappresenta la valutazione comune nella repubblica, e, in realtà, il prezzo convenzionale è quello convenuto da acquirente e venditore; e così intesa, questa suddivisione è adeguata e di essa trattano tutti i Dottori. ...

Il prezzo legale è quello fissato dalla legge del Principe o della repubblica o da qualche magistrato che abbia il potere di farlo; e così è comunemente chiamato tassa. Questo prezzo è indivisibile; ... “il compratore sempre intende acquistare a un prezzo inferiore, e il venditore, al contrario, vendere a un prezzo più elevato” ... “non esiste persona che non voglia comprare a un prezzo economico e che non voglia vendere a un prezzo caro”.

Posto che è molto difficile commisurare il valore delle cose al prezzo, affinché cessino le frodi e gli inganni e che non ci siano giudizi fraudolenti nelle compravendite di acquirenti e venditori o nel consueto giudizio volgare nella repubblica, nel quale, tuttavia, l'errore e l'avidità possono essere facilmente nascosti, per evitare questi dolori e frodi, i principi e i magistrati sono soliti stabilire prezzi fissi e determinati, che tutti giudicano come molto equi. E questo è il prezzo legale ed è indivisibile, secondo Molina ...».

Il concetto oggettivo dell'equivalenza delle prestazioni non è, quindi, assente nell'opera di Oñate. Ma quel concetto tradizionale di giustizia commutativa si integra con un altro concetto, quello della giustizia che emerge dal patto liberamente convenuto.

Oñate sembra distinguere, dal punto di vista pratico, chiaramente, due mercati. Quello delle cose che è abitudine vendere, nel qual caso è applicabile il prezzo legale e naturale, e quello delle cose che non formano un mercato di operazioni correnti, nel qual caso, in linea di principio, il prezzo giusto, è quello convenzionale, dove si riepande il libero ambito della volontà, con una formula molto ampia, praticamente coincidente con il concetto corrente.

Oñate presta particolare attenzione a questo “prezzo convenzionale”, che costituisce nella sua teoria una nuova categoria separata da quelle tradizionali del prezzo legale e naturale. Ed è intorno al concetto di prezzo convenzionale che si rileva il rispetto di Oñate verso la volontà delle parti.

«196. Rimane la seconda parte della sezione, che tratta quando il prezzo volgare o naturale concorre con il prezzo convenzionale. Non ho trovato nessuna trattazione di ciò da parte dei Dottori, perché non distinguono il prezzo

convenzionale del volgo o derivato dall'uso; su ciò ragioniamo che, quando nella repubblica esistono alcune cose squisite e molto preziose, non c'è un prezzo legale fissato dal principe, né volgare o corrente, perché le cose sono rare, e non c'è consuetudine di comprarle e venderle, dipendendo, invece, da molte circostanze particolari, come accade con i cavalli, i dipinti, i gioielli, le case e le proprietà, entra in gioco il prezzo convenzionale in difetto di quello legale e naturale, che è stabilito dall'accordo delle parti. Accordo che, al fine di trovare il giusto prezzo, deve essere fatto in maniera tanto più attenta, quanto più difficile sia trovarlo. Ciò è ottenuto mediante un'attenta ponderazione e considerazione di tutte le circostanze che determinano il prezzo e le regole date, affinché non ci si sbagli sul prezzo giusto, con danno di coscienza e obbligazione di restituzione. Per fare ciò in maniera corretta, consigliamo i dottori nonché i prudenti e timorati ed esperti.

In questo modo il prezzo convenzionale ha un ambito tanto più ampio e un maggior arbitrio quanto meno il prezzo sia fissato dal principe o dal volgo e quanto più varie e ignote siano le cose da valutare».

Ad ogni modo, anche in quest'ambito, questa libertà non è concepita senza restrizioni; si ritiene orientata dalla ragione. Oñate si cura di affermare che la libertà delle parti è illimitata rispetto alla formazione del prezzo, anche nei casi di prezzo convenzionale.

Tuttavia, in pratica, finisce per riconoscere un ambito ampio, una grande estensione e un ampio arbitrio alla volontà delle parti: Tomus III, Tractatus 21, Disputatio 63, n. 26 ... *pretium conventionale suos limits habet laxos & amplissimos* (...).

In sintesi, il concetto di giustizia commutativa sarà espresso in Oñate con una formula che consta di due parti. All'inizio della sua opera, nel numero 10 della Disputa 1 del Tomo 1, riporta Oñate:

«... supposta la divisione delle cose, fece immediatamente ingresso il diritto naturale, ordinando che l'equità fosse servita; non solo affinché tu non faccia ciò che non vuoi che sia fatto a te, ma anche affinché fosse servita l'uguaglianza tra cosa e cosa, come prescrive la giustizia commutativa, e fosse risarcita mediante la restituzione nel caso in cui fosse violata, e ordinando che fosse mantenuta grande fede nei patti concordati e che i trasgressori fossero repressi con sanzioni adeguate».

L'imperativo della giustizia commutativa – *quam iustitia commutativa praescribit* – passa ad essere concepito non solo come equilibrio tra le prestazioni – *servetur aequalitas rei ad rem* – ma come legame vincolante generato dal libero consenso – *pacta conventa servari magna fide praecipiens* – che deve essere adempiuto perché è giusto che sia adempiuto.

III.5. De libero consensu in contractibus requisito

III.5.1. *La questione della libertà*

Come abbiamo visto, il consenso, sebbene non sia stato preso in considerazione nell'antichità come elemento essenziale nella costruzione del contratto come concetto generale, è stato sempre legato all'idea di contratto. Ciò si osserva nel conosciuto passaggio di Ulpiano nel Digesto, con citazione di Sesto Pedio: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se consensionem, sive re, sive verbis fiat, nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* (D. 2.14.1.3.).

Ciò che rappresenta un contributo peculiare del pensiero gesuita, che trova in Oñate un'eccellente espressione, è che, come conseguenza di aver definito il contratto come consenso o patto, si apre un'ampia riflessione sulla questione della libertà.

La trattazione della questione della libertà contrattuale implica un approfondimento che forse supera tutto ciò che era stato scritto in precedenza, e costituisce un vero manifesto personalista, ove si può collocare l'origine della teoria dell'autonomia della volontà. Si tratta, a nostro giudizio, di una disputa essenziale nel trattato di Oñate.

Nell'esordio della disputa III *De libero consensu in contractibus requisito*, afferma Oñate:

«Abbiamo detto nella definizione che il contratto deve essere un patto; e abbiamo definito il patto, secondo la sentenza di Labeone, ... come il consenso di due o più nella stessa cosa; da cui si evince evidentemente che il contratto non può esistere tra meno di due persone, e che il libero consenso richiede almeno due volontà. Pertanto, è di questo libero consenso richiesto nei contratti che parleremo in questa disputa. E la prima cosa è il numero di persone e volontà che devono concorrere nel contratto. Poi, se queste volontà sono la stipulazione, la *pollicitatio*, la promessa e accettazione, e in che modo ciascuna di esse concorre al contratto. ... inoltre, se queste volontà devono essere libere, ossia, deliberate e libere, sia rispetto all'intelletto, all'errore e all'inganno; sia rispetto alla volontà, alla violenza e al timore. Perché spiegano al massimo l'intera natura del contratto, e conducono soprattutto alla pratica».

III.5.2. *Il principio consensualistico*

Oñate si mostra decisamente a favore del principio consensualistico, superando la vecchia teoria dei *vestimenta*, propria del diritto civile, che attribuiva forza vincolante solo a quei contratti che sfoggiavano l'accessorio delle vesti.

T. I – D. II – S. IV – n. 139. «Certamente il diritto canonico giudicò meglio e più prudentemente, che ogni contratto è perfezionato con il solo consenso delle parti; e che il consenso (libero e onesto e immune da qualunque forza, paura e inganno) produce non solo obbligazioni naturali, ma anche civili; l'obbligazione civile aderisce sempre a quella naturale, promuovendola e corroborandola; ... Cosa c'è di più congruente con la fede umana, che ciò che viene da essi concordato, sia adempiuto? ... non vi è nulla di così naturale, come servire la pace e osservare equità ...».

Come si può osservare, Oñate parla di equità non a proposito dell'equilibrio tra il valore delle prestazioni, bensì dell'adempimento del contratto, del carattere naturale della sua forza vincolante, fondata sulla volontà delle parti.

T. I – D. II – S. IV – n. 140. «Realmente nel diritto di Castiglia, è proprio vero che ogni esigenza di *traditio*, forma scritta e stipulazione⁴⁷ fu respinta: perché nella legge 3 dell'Ordinamento tit. 8 fu espressamente sancito che in questo regno, tutti i contratti e gli accordi sono validi e producono non solo obblighi naturali, ma anche civili, in esso consta che se un contraente volesse obbligarsi nei confronti di un altro, in qualsiasi modo, non sarebbe necessaria nessuna *traditio*, forma scritta o stipulazione ... "Se qualcuno ha voluto obbligarsi nei confronti di un altro mediante promessa o qualche contratto o in altra maniera, sarà tenuto adempiere ciò a cui si è obbligato: e non può sollevare un'eccezione, che non sia stata stipulata; il che significa promessa con una certa solennità di diritto; o che il contratto o l'obbligazione fu assunta tra assenti, o che non fu stipulata avanti a un notaio pubblico; o che fu assunta nei confronti di un'altra persona privata, in nome di terzi tra assenti; o che qualcuno si obbligò a dare altro o fare qualcosa. Ordiniamo che sia adempiuta detta obbligazione e contratto, concluso in qualunque modo, da cui risulti che una parte ha voluto obbligarsi nei confronti dell'altra". Si considera una legge assai prudente, che amputa in un colpo solo tutte le trappole, le frodi e gli inganni nel diritto comune che derivavano dall'esigenza della *traditio*, degli atti scritti e soprattutto delle stipulazioni, ove tutti i mercanti stanno attenti alle scuse per inganni e frodi, e non ai contratti e accordi convenuti ...».

Oñate si riferisce a questo principio del consensualismo sia nel diritto naturale, sia nel diritto canonico, così come nel diritto del Regno di Castiglia. Nel suo elogio al diritto spagnolo, Oñate lascia intravedere la sua inequivocabile antropologia incentrata sulla libertà dell'uomo; l'uomo libero deve contrattare liberamente, e l'autorità pubblica non può sempre sorvegliarlo, come risulta da un diritto che non ammette la piena efficacia giuridica del patto nudo. La diffidenza verso il patto nudo costituì un luogo comune pensando al contratto nel Medioevo, per il timore verso l'usura

⁴⁷ Si riferisce evidentemente alla teoria dei *vestimenta*.

evidente o nascosta. Quella sfiducia è criticata come superstiziosa e sostituita da un principio di fiducia nella libertà.

T. I – D. II – S. V – n. 166. «La sesta conclusione è che i patti nudi nel regno di Castiglia facciano sorgere azioni e obbligazioni civili ... a cui la legge naturale, la legge canonica e la legge spagnola assolutamente acconsentono; e così innumerevoli difficoltà, frodi, litigi e abusi sono eliminati dalla disposizione di legge e dalla sua chiarezza; e in maniera assai prudente viene ripristinata la libertà delle parti contraenti, che, quando e come vogliono, intendano obbligarsi; ciò sarà ratificato in entrambi i fori su cui convengono, e sarà osservato in maniera sacra e inviolabile. Perché il diritto canonico e il diritto spagnolo correggono il diritto comune, concedendo ai patti nudi tutte le azioni e obbligazioni civili, che erano negate dal diritto comune».

È interessante notare che il fondamento pratico fornito da Oñate per difendere il principio del consensualismo è lo stesso che forniva la dottrina opposta per respingerlo. In effetti, il principio che si oppone al consensualismo, in sintesi, afferma che il patto nudo non dà azione per reclamare forzosamente l'adempimento. La logica era quella di evitare la moltiplicazione di cause giudiziali (*ne lite multiplicaretur*) che è esattamente la stessa spiegazione che utilizza Oñate per supportare la soluzione opposta⁴⁸.

Ma dal punto di vista teorico, risulta sorprendente il rispetto verso la libertà delle parti, ancor più tenendo conto delle seguenti considerazioni. Questa ubicazione del consenso al centro della teoria del contratto è ribadita da un passaggio che mette in evidenza l'influenza dell'umanesimo sull'opera di Oñate.

T. I – D. 1 – S. V – n. 62. «... non rientra nell'ambito del potere di nessun Giudice o Principe, Re, o Papa, poter obbligare mediante contratto senza il consenso. Ognuno di loro e *a fortiori* Dio, potrà obbligare alla stessa cosa a cui si obbligano i contraenti; ma l'obbligazione contrattuale non esisterà senza il consenso dei contraenti; perché il contratto richiede essenzialmente l'intenzione di obbligarsi. Affinché gli uomini usino e godano delle loro cose, si richiede che il dominio delle cose e le parti del dominio dipendano dalla loro volontà, così che, se vogliono, possono trasferire il dominio o una delle sue parti, possono obbligarsi e ricevere obbligazioni, o accettarle, e questo è contrattare; perché i contratti dipendono dalla libera volontà e dal consenso dei contraenti e dall'intenzione di obbligarsi. Da dove proviene la proposizione: l'atto non opera al di là delle intenzioni dell'agente. Quindi dove mancano il consenso e l'intenzione di obbligarsi, non solo il contratto non è obbligatorio ma non è un contratto».

Il contratto è dunque concepito, nel modo più radicale, come atto umano intenzionale, volontario e libero. Né il Re né il Papa hanno il potere di

⁴⁸ Da ciò risulta chiaramente la futilità dell'argomentazione, salvo che si disponga di una statistica.

sostituire il libero consenso dell'uomo. Possono obbligare i loro sudditi, ma non per contratto; dovranno ricorrere a un'altra fonte di obbligazioni, perché certamente il contratto non è l'unica; ma non potranno dire che i loro sudditi siano obbligati in virtù di contratto.

Tuttavia, il manifesto consensualista va oltre. L'argomentazione fornita da Oñate, di particolare valore, perché proveniva da un esperto teologo, include l'affermazione – che può essere dedotta comodamente dal suo discorso – per cui perfino Dio, nella sua onnipotenza, non può sostituire la volontà dell'uomo per concludere un contratto, e ciò in virtù del fatto che creò l'uomo con libertà, e che il contratto è un atto umano libero.

Proprio come il Giudice o il Principe, il Re o il Papa, anche Dio può obbligare l'uomo; ma non per contratto, senza il suo consenso. L'obbligazione contrattuale non esisterà senza il consenso delle parti contraenti.

Alla base del contratto, vi è quindi, in maniera esclusiva ed escludente, l'azione dell'uomo libero, reso libero dallo stesso Dio per l'amministrazione del mondo; e posto che la contrattazione non è nient'altro che la manifestazione della libertà dell'uomo di disporre, in primo luogo, della proprietà e, in secondo luogo, delle proprie azioni, essa opera nell'ambito completamente autonomo dell'intenzione dell'agente, in cui l'uomo è l'unico soggetto e l'unico responsabile. Dio può obbligare l'uomo, perché è onnipotente, ma non può obbligarlo per contratto senza la sua volontà, perché il contratto è l'atto dell'uomo libero, e Dio non può andare contro l'essenza delle cose.

È un mistero centrale della Fede cristiana che si accompagna alla gerarchizzazione dell'autonomia della volontà, nei cui i simboli convergono l'orientamento cattolico e quello protestante.

Così Domat, paladino del versante protestante, presenta un profilo radicalmente consensualista, ma fonda il diritto contrattuale anche nella creazione del mondo e dell'uomo da parte di Dio, nella fondamentale fratellanza di tutti gli uomini e nel mandato di amministrare il mondo, che converte tutti gli uomini in fratelli bisognosi l'uno dell'altro.

D'altra parte, l'origine della corrente dottrinale cattolica dell'autonomia della volontà, a nostro giudizio, risale a Suárez nel suo *De legibus*, a Molina nella sua *Concordia liberi abritrii*, e ancora prima, all'opera di Ignacio de Loyola. È che il tema della libertà umana è centrale nella spiritualità ignaziana: risulta essere il *topos* da cui i gesuiti analizzano il contratto, e il frammento che abbiamo analizzato sembra confermarlo.

L'argomentazione continua *a fortiori*, ragionando Oñate in negativo piuttosto che in maniera affermativa.

T. I – Disp. III – S. I – n. 17. «Nessun diritto, o potestà Regia o Pontificia può permettere, che senza la volontà dell'altro contraente e il suo consenso, si concludano contratti solo con una volontà. Al contrario, nemmeno il potere divino. Certamente Dio, o il Papa o il Re potrebbe far sì, con la sua volontà as-

soluta, che si producano gli stessi effetti che deriverebbero da un contratto, per esempio, che la proprietà di una casa sia trasferita in forza della sua volontà assoluta; o che si paghi il prezzo che deve essere corrisposto per la vendita, senza la volontà del venditore o dell'acquirente. Ma non possono far sì che si produca una vendita o acquisto, o un vero contratto; perché non possono cambiare la natura e l'essenza delle cose; e le due volontà dei contraenti costituiscono l'essenza e la definizione del contratto. Né potrebbero far sì che un contratto nullo, per mancanza di volontà dell'altro contraente, sia valido, supplendo con il suo potere assoluto al difetto della volontà, ad esempio, nel matrimonio o nella professione religiosa nulla per difetto della volontà; perché la volontà e il consenso dei coniugi e dei religiosi e di qualunque altro contraente, rappresentano l'essenza del contratto e sono la sua causa formale, a cui nemmeno dio può supplire; ...».

Risulta chiarissimo e persino pedagogicamente spiegato il fondamento della libertà contrattuale, e la conseguenza, che è che il consenso non è niente di meno, niente di più, che la causa formale del contratto, ossia, ciò che costituisce la sua essenza, l'elemento necessario e sufficiente per l'esistenza del contratto. Che cos'altro è l'autonomia della volontà nella sua presentazione più classica?

Nel T. II – D. IV – S. I – n. 7, Oñate esprime anche l'essenzialità del consenso, affermando che mediante la violenza si può rubare e mediante l'inganno, ingannare, ma non creare diritti.

III.5.3. *La stipulazione: funzione ed importanza nell'ambito di una teoria della solennità*

I ragionamenti che sono stati fin qui esposti vengono completati dalle spiegazioni di Oñate sulla funzione della stipulazione nel diritto romano: far luce sull'intenzione, ossia, sull'aspetto soggettivo, che è sempre difficile da determinare. In effetti, tradizionalmente, la formula della *stipulatio* era il *signum iuridicum ac certissimum* dell'intenzione di obbligarsi. Ma era solo un esempio, anche se particolarmente rilevante, nella vita giuridica. Posto che il contratto è una proiezione della libertà – e specialmente della libertà di obbligarsi mediante un atto di volontà⁴⁹ – non era possibile limitare i segni esterni da cui dedurre tale volontà; qualsiasi circostanza poteva essere usata a tale scopo dall'interprete⁵⁰.

⁴⁹ «The promise principle, which in this book I argue is the moral basis of contract law, is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before». Cfr. C. FRIED, *Contract as Promise*, cit., 1.

⁵⁰ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 285 (nota 46: «*sancitum expresse est in hoc regno contractus & pacta omnia valere, & obligationem non solum naturalem, sed etiam civilem producere, in quibus constat unum contrahentium se voluisse alteri obligare, quomodocumque id constet*»). Tract. I, disp. II, sect. IV, n. 140, 34).

T. I – D. I – S. V – n. 68. «Già puoi capire dove si originano le stipulazioni civili e romane in tutto il diritto molto celebre e molto usato ... Anche gli imperatori notarono che le parole del contratto possono essere pronunciate secondo cinque significati e intenzioni predette, e solo nel quinto si conclude il contratto, le cui obbligazioni naturali sono protette dal diritto con le sue obbligazioni e ausilio civile, come risulta quando i contraenti proferiscono certe parole, con l'intenzione di obbligarsi e celebrare un contratto, e richiedono stipulazione e precedente interrogazione, volendo obbligare l'altro».

T. I – D. I – S. V – n. 69. «E la loro risposta, che [la *stipulatio*] vale così tanto come segno giuridico, rendendo certissima la predetta intenzione di obbligarsi, e di voler celebrare il contratto; le quali [le parole], una volta poste, presumono il contratto e l'obbligazione; se mancano, non presumono il contratto e l'obbligazione: e così non sorgono obbligazioni o azioni civili, né il diritto impartisce la sua forza e ausilio; come confermeremo quando discuteremo della *stipulatio*».

In questo modo, viene formulata una teoria della solennità, definita come una forma di espressione del consenso, che è applicabile a qualsiasi contratto. Con questa posizione, Oñate contraddirà Molina, che considerava la *stipulatio* come un contratto nominato. Oñate capisce perfettamente che la forma solenne non è un tipo contrattuale, ma una forma astratta, applicabile al consenso in qualsiasi contratto.

È a proposito della stipulazione che Oñate propone una teoria dettata dalla solennità.

T. I – D. III – S. III – n. 50. «La stipulazione è celeberrima nel diritto civile; ... la stipulazione non è del diritto naturale, o del diritto delle genti, ma del diritto civile, inventata dai Romani; alla quale, quindi, molti facevano riferimento e nella quale confidavano. La stipulazione è stata inventata (come ho detto) per confermare i contratti e i patti nudi; perché siccome le parole [possono essere comprese] in più sensi, enunciativo o promissivo, e possono non significare l'intenzione di obbligarsi in giustizia, come si richiede nei contratti, fu inventata la *stipulatio* mediante parole solenni, e, dunque, i contraenti, i testimoni e i giudici si assicuravano che esistesse l'intenzione di obbligarsi secondo la giustizia commutativa. Perché le parole significavano questo per l'interrogazione, e soprattutto perché la formula che si aggiungeva per imposizione della repubblica e della legge significava obbligazione secondo giustizia. Ove i contratti celebrati mediante *stipulatio* asseveravano l'obbligazione. I contratti che si concludevano senza *stipulatio* erano chiamati patti nudi, non avevano forza obbligatoria, in ogni caso non civilmente».

La trattazione che fa Oñate della *stipulatio* dice molto della sua teoria del contratto. È particolarmente rilevante la sua discussione con Molina, che sosteneva che la stipulazione trasforma il contratto in nominato. Oñate esprime il suo disaccordo, distinguendo tra causa e formalità. La causa è il contenuto del contratto, la sua funzione, la sua utilità come strumento

specifico di scambio, e per questo, il diritto le conferisce un nome specifico. La stipulazione è una forma vuota, è una mera formalità nel modo di dichiarare la volontà. È il germe della teoria dell'atto solenne.

T. I – D. III – S. III – n. 51. «Consiste quindi, nell'interrogazione che provoca la promessa, con parole legittime e solenni della stessa legge, e nella congrua risposta all'interrogazione. Parole con cui, d'altra parte, la stipulazione viene totalmente perfezionata, il che è stabilito nel *De verb. obligationibus*, in questo modo: "Prometti? Lo prometto. Ti obblighi? Mi obbligo. Darai? Darò. Lo farai? Lo farò". Se non fossero state aggiunte [tali parole], formalmente, non sarebbe sorta un'obbligazione da questa stipulazione ... riguardo a questa stipulazione, ... i dottori differiscono. Prima di tutto, non è un contratto specifico, passando, invece, attraverso tutti i contratti, sia nominati che innominati; perché è un modo di contrarre mediante l'iniziale interrogazione verbale seguita dalla risposta di colui che acconsente; ciò può essere aggiunto a qualsiasi contratto, gratuito o oneroso, tipico o atipico.

Ma ... non piace quello che dice Alexander, e Molina disp. 253, ossia che, mediante la stipulazione, i contratti innominati si convertono in nominati; la stipulazione, in realtà, può ricorrere in qualsiasi contratto, secondo la sua natura, ed è un modo accidentale di celebrare il contratto, e non può convertire il contratto in nominato, posto che, per il fatto di procedersi a *stipulatio*, non otterrà un nome proprio e ogni qual volta venga impiegata la stipulazione, ciò non renderà il contratto nominato; perché la stipulazione non è un nome specifico, bensì un genere, come la *permutación*, la transazione e altri di cui abbiamo detto sopra non essere contratti nominati secondo Bartolo ... e la maggior parte dei dottori. In realtà, non solo è un nome di genere subalterno (che sarebbe sufficiente) ma anche generalissimo, spettando ad ogni contratto, che può essere celebrato, non solo mediante il semplice consenso o la *traditio* della cosa, ma anche mediante stipulazione. Ma forse gli autori citati non volevano questo; ma piuttosto che i patti nudi, che secondo il diritto delle genti spesso citato, non danno luogo ad obbligazioni o azioni civili, mediante la stipulazione si "vestono" e acquistano forza, affinché producano obbligazioni e azioni; e così sono già obbligatori, e si trasformano in contratti – il che è molto vero – ma innominati».

È una tipica disquisizione rinascimentale, che parte del patrimonio culturale intriso della teoria dei *vestimenta*. Una delle vesti del patto era la *stipulatio*; mediante la stipulazione, il patto passava a concedere un'azione civile per l'adempimento; un'altra veste era il nome del contratto; se si trattava di compravendita, mandato, locazione o società, il contratto conferiva l'azione; no, in caso contrario. La stipulazione, quindi, non si colloca al livello della nomenclatura contrattuale, che si riferisce all'operazione economica sottostante, bensì al livello della forma di manifestazione della volontà.

Sembra preferibile, quindi, in una prospettiva contemporanea, la tesi di Oñate, dal momento che distingue chiaramente ciò che è la forma come

elemento di manifestazione del consenso, da ciò che è il nome o tipo di contratto, cioè l'operazione economica sottostante.

III.5.4. *Libertà. Proprietà. Contratto. Manifesto volontarista*

La teoria del contratto di Oñate si inserisce nell'ambito della visione del mondo della filosofia e teologia gesuita, congruente con la prospettiva umanista, che pone l'uomo al centro della creazione. Dio crea l'uomo libero e responsabile. Rispetto a ciò che dice dell'economia, ciò implica che l'amministrazione del mondo spetti all'uomo, non in un formato determinato da forze irresistibili, ma nel contesto di un'azione umana libera, di una prassi. Quell'amministrazione comporta atti di disposizione dei beni, che vengono acquistati, entrando nel proprio patrimonio, e che sono venduti, mediante atti di disposizione al centro dei quali vi è la propria volontà. L'uomo diventa il centro, la sua attività parte dall'esistenza di un diritto soggettivo, che consiste nella facoltà di disporre dei propri beni. È la posizione di Francisco Suarez e Luis de Molina. Il contratto è concepito, in quella cornice, come strumento di disposizione per eccellenza, che si svolge in due fasi: la produzione dell'obbligazione, e l'acquisizione, mediante l'adempimento.

T. II – D. IV – S. I – n. 7. «Prima conclusione. Il fine intrinseco immediato in qualsiasi contratto è quello di costituire o produrre obbligazioni mediante il contratto, o obbligarsi con sé stessi e verso un altro con il quale si contratta. Questa conclusione si comprende nei suoi stessi termini (la sostanza dell'obbligazione ...) ... e il motivo è che l'obbligazione è un'azione fondamentalmente umana e morale, collocata liberamente nella nostra volontà, che non si produce, né esiste, se non per coloro che la vogliono e desiderano, ed è un onere molto rilevante, che non è giusto che assuma nessun uomo libero e naturale, a meno che egli stesso lo voglia e desideri, o si obblighi in base a un delitto, o in forza di una legge della repubblica per grande necessità. Altrimenti il nome non sarebbe padrone e arbitro delle sue cose, se si potesse obbligare il proprietario delle cose a trasferire il dominio o parte di esso ad altri, senza la sua volontà e intenzione. Al contrario, l'obbligazione è un'entità fondamentalmente morale e della ragione, che solo può essere prodotta e costituita da una volontà libera (così come il peccato e l'atto onesto e virtuoso), e nessuna forza può costituirlo se non colui che vuole e ha intenzione. Da ciò deriva che i ladri, rapitori, nemici, imbrogliatori, truffatori e chiunque infligga violenza, possono portarci via le cose; ma non possono creare o rimuovere obbligazioni o il diritto di proprietà delle cose, se non quando il contraente vuole e intende obbligarsi e trasferire il dominio».

T. II – D. IV – S. I – n. 8. «Il fine mediato di qualsiasi contratto, ossia, intrinseco e necessario, deve essere la traslazione del dominio. ... in qualsiasi cosa di cui si trasferisce il dominio, è necessario che concorra l'affetto (cioè l'intenzione) di ciascuna delle parti contraenti; posto che sia nella vendita, che nella donazione, trasporto, o in qualsiasi altra causa del contratto, non può prodursi l'effetto

senza lo spirito (ossia l'intenzione) con il quale entrambi acconsentono ..., dire che l'uomo è padrone delle cose significa che può trasferire il loro dominio a un altro se vuole; nessuno può essere obbligato a trasferire se non lo desidera e non ne ha l'intenzione; il che può avvenire mediante un contratto gratuito o oneroso; le obbligazioni e il dominio sono il fine dell'opera».

Non c'è dunque trasferimento del dominio senza l'atto della volontà. Il contratto è così concepito come strumento per trasferire il dominio per mezzo della volontà.

III.6. *Forma del contratto e autonomia della volontà*

Un'altra angolazione da cui rileviamo il concetto per cui la volontà costituisce la vera essenza del contratto è l'analisi fatta da Oñate sulla causa del contratto e, in particolare, sulla causa formale del contratto.

La metodologia di analisi scientifica che impiega Oñate implica la determinazione dell'essenza del contratto. In questo senso, si focalizza l'attenzione sulla questione della causa del contratto. È bene ricordare che, secondo la tradizione aristotelica, ci sono quattro tipi di cause, schema concettuale che Oñate applica al contratto. Oñate lavora sull'essenza del contratto nel secondo trattato sulle cause, e in particolare, sulla causa formale, che viene analizzata in dettaglio nella disputa VI.

È noto che Aristotele considerava quattro tipi di cause: materiale, formale, efficiente e finale. Nell'esordio della disputa VI, Oñate discorre sulla forma del contratto e la definisce come segue: l'ultima di tutte le cause nell'esecuzione; perché le cause si trovano nell'ordine in cui l'agente si muove per arrivare al fine e s'introduce la forma nella materia di cui si dispone; tuttavia, è la prima nell'intenzione, perché a ciò tendono tutte le cause, affinché inducano la forma nella materia; anche perché la forma è ciò che dà essenza alle cose, costituendo le relative specie, e le distingue dalle altre, e così, agli occhi degli uomini, la cosa è conosciuta per la sua forma.

III.6.1. *La forma come categoria aristotelica e la sua applicazione al diritto*

Il concetto di forma è importante nell'educazione del giurista, e Oñate spiega chiaramente le diverse accezioni del termine, il che risulta estremamente utile. Citando il Filosofo, ricorda che le cose equivocate devono essere differenziate prima di essere suddivise; pertanto è necessario definire le questioni sulla forma. La forma del contratto deve essere conosciuta dai giuristi, ed anteposta a tutto il resto in questa materia, ed è intesa in tre accezioni.

Innanzitutto, si chiama forma del contratto ciò che dà essenza alla cosa e costituisce il contratto nella sua essenza e lo distingue da altre cose; e così parlano della forma i filosofi e i teologi; ed è un'accezione assai appropriata di forma ed è molto utile per capire i contratti e quindi ne parleremo in primo luogo.

In secondo luogo, frequentemente si definiscono come forma di contratto, nell'uso consueto della parola, le parole solenni, che nel diritto antico erano richieste affinché il contratto avesse valore (specialmente nelle stipulazioni) ... di modo che in ogni contratto sono richieste le parole, o la scrittura, o i segni; e di questo trattiamo, perché per la prassi è molto illustrativa.

Terzo, negli atti e nelle convenzioni del contratto, nei quali solitamente intervengono diversi patti tra i contraenti; a volte si dice che richiedono la forma, altre volte no; e quest'accezione è anche abbastanza frequente.

Di seguito, Oñate, facendo riferimento alla prima delle accezioni indicate, cerca di definire la causa formale del contratto nel senso di identificare ciò che costituisce la sua essenza, e, a tal scopo, analizza diversi elementi che possono essere forma. Il pubblico oggettivo è quello dei giuristi, per i quali si sforza di presentare il problema in forma semplice.

T. II – D. VI – S. I – n. 5. Si considererà forse che questa questione è poco utile per i giuristi, perché essi aspirano totalmente alla pratica e all'interpretazione della legge; e poco trattano di questioni metafisiche. Ma certamente, siccome la forma (di cui parliamo) dà essenza al contratto, e ne è costitutiva, e lo distingue da altre cose, in nessun modo tale questione può essere rinviata, in particolare per l'uomo teologo. Ci preoccupiamo, tuttavia, di trattarla in maniera tale che tutti possano facilmente comprenderla. Negli accordi contrattuali concorrono molte cose, rispetto alle quali possiamo chiederci se rappresentano la forma di essi.

T. II – D. VI – S. I – n. 6. In primo luogo, concorre il consenso delle parti contraenti, requisito che è richiesto dalla stessa definizione di patto e contratto.

T. II – D. VI – S. I – n. 7. In secondo luogo, le parole, mediante le quali il consenso si manifesta e assume significato e senza le quali il contratto non può essere concluso.

T. II – D. VI – S. I – n. 8. In terzo luogo, l'obbligazione, che tutti i contratti fanno nascere secondo la definizione di contratto, che è un patto obbligatorio.

Quarto, la scrittura o lo strumento, che contiene la testimonianza dello stesso contratto, che si dice sia requisito del contratto.

Quinto, la forma della stipulazione, che in precedenza era richiesta pro forma, ed oggi esiste ancora nel caso in cui le parti lo convengano.

Sesto, alcuni patti che i dottori dicono che sono richiesti pro forma, compaiano o meno nell'atto contrattuale.

Settimo, in ogni contratto concorrono l'azione e l'eccezione, che hanno origine in ogni contratto, così come l'obbligazione e si dice che con essi permangono e si estinguono. E in tutto ciò è necessario separare il grano dalla paglia,

ossia escludere quelle questioni che non presentano nessuna difficoltà. In effetti, ne escludiamo facilmente quattro che non concernono la forma, ...

T. II – D. VI – S. I – n. 9. Escludiamo, in primo luogo, la questione delle formule di stipulazione, così obsolete, che, tuttavia, continuano ad esistere nel diritto civile; quelle che – come abbiamo avvisato nel proemio di questa disputa – sono intese come forma del contratto in senso equivoco, perché sono sempre elementi accidentali del contratto, come precisato a suo luogo.

E per la stessa ragione escludiamo i patti che vengono aggiunti pro forma, anch'essi definiti equivoci e accidentali, e si dice che si aggiungono ai contratti, non nella loro essenza, perché non può essere forma essenziale e costitutiva del contratto (di cui parliamo) ciò che non appartiene alla sua stessa natura.

Terzo, escludiamo la scrittura, che è richiesta per fornire testimonianza e prova, e in nessun modo rappresenta l'essenza e la forma del contratto; anche se a volte sia richiesta per la forma, come indicato di seguito.

In quarto luogo, escludo le azioni e le eccezioni. Perché sono posteriori all'obbligazione; ... l'obbligazione è madre dell'azione ... e l'azione è madre dell'eccezione; perché se si attribuisce un'azione all'attore, molte più eccezioni sono attribuite al reo.

Pertanto, tutti i dubbi sulla forma del contratto si riducono a tre argomenti restanti. Il consenso, le parole e l'obbligazione, dovendosi risolvere la seguente questione: se integrano la forma del contratto.

A questo punto, Oñate ricorda la distinzione tra contratto *in fieri* e *in facto esse*, che tanta notorietà scientifica diede all'autore. Considera il consenso come forma del contratto, e in particolare, del contratto *in fieri*.

T. II – D. VI – S. I – n. 10. Su questa questione della forma propriamente detta del contratto, si possono trovare tre opinioni. La prima per cui la forma del contratto è il consenso stesso delle parti contraenti, che ... dov'essere inteso come consenso rispetto all'obbligazione liberamente accettata; e così si prova.

Primo, perché sia il patto che il contratto sono il consenso di due o più persone; e il contratto è essenzialmente un patto ed essenzialmente consenso. E il consenso rispetto alla stessa obbligazione di giustizia rappresenta tutta l'essenza del contratto e tutta la sua definizione, come abbiamo visto sopra; quindi è la vera forma del contratto.

Secondo, è la forma ciò che costituisce il contratto, che, una volta posta, dà origine al contratto, e quando viene rimossa, lo estingue. Così, dato il consenso libero rispetto alla stessa obbligazione di giustizia, esiste il contratto; e rimosso, non esiste; quindi questo consenso è la forma del contratto.

In terzo luogo, le parole non possono essere la forma del contratto; perché servono solo per la prova; né l'obbligazione, perché è posteriore al contratto e al suo effetto; pertanto, rimane solo il consenso, come è stato spiegato, come forma del contratto.

Quarto, la contrattazione è attuale, così come risulta dalla stessa voce ...

Però l'azione non è vista come qualcosa di diverso dal consenso delle stesse parti contraenti, che sono vere azioni della nostra volontà; pertanto la forma

del contratto è lo stesso consenso dei contraenti e questa opinione l'hanno espressa tutti coloro che dicono che il consenso nell'obbligazione di giustizia rappresenta l'ultima, unica e specifica differenza costitutiva del contratto di cui si tratta sopra nella Disput. I, Sez. 2 e 3.

III.6.2. *Consenso come forma del contratto* in fieri

T. II – D. VI – S. I – n. 19. «E da ciò ricaviamo una regola molto aperta, fissata per sapere quando il contratto è nullo, e quando è valido; sia quando è in corso, sia quando si estingue: tutti i contratti sono validi quando l'obbligazione e il vincolo nascono da essi; e nulli, quando non nascono; durano finché persevera l'obbligazione da essi generata; si estinguono, quando l'obbligazione si estingue e il vincolo si dissolve. Le cui regole devi osservare diligentemente e affidare alla memoria: non sbaglia mai, in nessun caso, ciò che è segno evidente del fatto che questa è l'essenza e forma del contratto».

T. II – D. VI – S. I – n. 20. «Seconda conclusione: il contratto in fieri formalmente, o quanto alla forma, propriamente in fieri, consiste nella produzione morale della predetta obbligazione previsto e nel vincolo, che è ed è prodotto o risulta dal legittimo consenso delle parti contraenti. Ciò deriva manifestamente dalla conclusione precedente.

Pertanto, se il contratto *in facto esse* è vincolo, o formalmente, obbligazione; il contratto in fieri sarà la produzione dell'obbligazione, o atto di consenso dei contraenti, perché, e con formalità, produce l'obbligazione e il suo vincolo».

III.6.3. *L'obbligazione come forma del contratto* in facto esse

L'autore ripropone il parallelismo tra matrimonio e professione, da un lato, e contratto, dall'altro, però considerato non *in fieri* ma *in facto esse*.

T. II – DISP. VI – S. I – n. 15. ... «l'obbligazione, che si trova in tutti i contratti e che costituisce l'essenza del contratto (come abbiamo visto sopra) realmente si chiama ed è vincolo e obbligazione ... Pertanto, quando i dottori si riferiscono al matrimonio, e gli altri contratti in facto esse, parlano di vincoli di diritto, dell'obbligazione; rimangono, rispettivamente obbligati, i coniugi al matrimonio, i monaci alla professione e qualsiasi contraente a qualsiasi contratto e nei contratti gratuiti, uno solo si obbliga nei confronti dell'altro. Come prova di ciò, il contratto nullo non genera obbligazioni; e il contratto valido genera obbligazioni; e il contratto dura fintantoché permangono queste obbligazioni e il vincolo di diritto; e il contratto finisce e si estingue, quando queste obbligazioni e vincoli terminano e si estinguono, per intervenuto pagamento, per accettazione, o con qualsiasi altro modo di estinzione».

T. II – D. VI – S. I – n. 17. «... la forma propria del contratto *in facto esse*, come permane dopo essere stato concluso, non è un altro che il vincolo morale, o l'obbligazione morale, alla quale entrambi i contraenti si obbligano reci-

procamente, se il contratto fosse mutuo, o solo uno nei confronti dell'altro, se non fosse mutuo, a pagare o dare qualcosa: ... il contratto rimane, anche dopo il suo inizio; ma non permane formalmente per il consenso, che cessa: né per le parole, che trascorrono anch'esse; pertanto, ciò che rimane come forma è l'obbligazione e il vincolo».

In sintesi, la causa formale *in fieri* è il consenso, che è un fatto reale, e la causa formale del contratto *in facto esse* è l'obbligazione, che ha una natura non fattuale o reale, ma una natura che, secondo Oñate, è più probabilmente razionale. Questa è un'applicazione della teoria del probabilismo, che, avanti a questioni metafisiche esprime ciò che è più probabile, perché la certezza non può essere raggiunta.

T. II – D. VI – S. I – n. 21. «E nota che non diciamo che la sola essenza del contratto sia l'obbligazione; ma diciamo che ciò che è formalmente contratto sono gli atti di consenso dei contraenti, che determinano o producono, come risultato o produzione morale, il vincolo e l'obbligazione; materialmente, in realtà, sono gli stessi atti dei contraenti, sufficientemente espressi, mediante i quali si obbligano reciprocamente; ...».

Non può esserci un'espressione più chiara del consensualismo. Il consenso delle parti costituisce la forma del contratto, nel senso che è ciò che costituisce la sua essenza, ciò che fa che il contratto esista, che sia quello che è.

T. II – D. VI – S. I – n. 26. «... le obbligazioni non sono propriamente l'effetto del contratto, bensì il suo termine formale; perché il contratto è azione di consenso, che produce un effetto metaforicamente, come l'atto del peccato per malizia. Viene, pertanto, chiamato effetto contrattuale come modo di dire, piuttosto usato, ma improprio; così come tutti i termini prodotti dall'azione sono chiamati effetti dell'azione; o quelli che fanno l'azione, e quindi si può dire che la malizia del peccato è effetto del peccato; ma la malizia è, più correttamente, il suo termine formale; poiché è un atto peccaminoso.

Alla quarta rispondo che nel contratto ci sono due azioni; una, propriamente fisica e naturale, che è l'azione immanente dell'intelletto e della volontà umana del consenso di entrambe le parti contraenti; azione che non è la forma del contratto, bensì la sua materia. Un'altra è l'azione metaforica e morale, che è la produzione di obbligazioni e vincoli reciproci; o dell'altro contraente, e questa non è azione naturale e fisica, ma morale ...».

Partendo, quindi, dall'ordine fattuale e dal consenso reale, che è la materia del contratto, Oñate passerà – ipoteticamente, riconoscendolo come la soluzione più probabile – al mondo razionale e metaforico, giuridico, al “deve essere”, al piano normativo, ponendo, su quel piano, il consenso come produttivo di obbligazioni nel campo giuridico, ossia come forma o causa formale del contratto *in fieri*.

III.6.4. *Le parole e la forma di contratto*

Di seguito Oñate analizza se le parole possono essere considerate forma del contratto, ossia se costituiscano la sua essenza, facendo sì che il contratto sia ciò che è. Si ragiona in sede di teoria del contratto, in parallelo alla teoria dei sacramenti. Oñate ricorre nuovamente al metodo scolastico consistente nel formulare enunciati per poi discuterli in modo critico.

T. II – D. VI – S. I – n. 11. «La seconda opinione è che le parole dei contraenti sono la forma del contratto; così come le parole dei sacramenti che, si dice, ne costituiscono la forma. Si filosofeggia sui contratti e sui sacramenti. Rispetto a questi ultimi, il Concilio fiorentino e tridentino dà Fede del fatto che le parole formano i sacramenti; soprattutto nel contratto di matrimonio, che è anche un sacramento. ... così nel sacramento della penitenza, per esempio, le parole sono forma; l'atto e il vero consenso sono materia dei sacramenti.

Quindi, nei contratti il consenso è la materia del contratto; le parole, veramente, che esprimono e significano consenso, sono la forma del contratto; in effetti, nei matrimoni risulta che ... le parole sono la loro forma; e non troviamo nessuna ragione idonea a differenziare il matrimonio, che è un vero contratto, degli altri contratti; quindi anche rispetto ad essi le parole saranno la forma del contratto; specialmente quando Cristo stesso ha elevato il contratto di matrimonio, senza cambiare nulla, per essere un sacramento.

Secondo perché è la forma del contratto, che, quando si produce, perfeziona il contratto, e quando viene rimosso, lo annulla; ma visto che le parole, che significano consenso, perfezionano il contratto e, una volta tolte, lo rimuovono, lo eliminano, pertanto sono forma.

Terzo, il consenso non può essere forma, perché sono atti interni; e il contratto è veramente un atto umano esterno, obbligatorio nel foro esterno; e tra gli stessi contraenti, come atto conosciuto e voluto, celebrato reciprocamente; l'obbligazione è un quid interno; e invisibile, quindi le parole sono l'essenza e la forma del contratto il cui consenso e obbligazione non sono, in nessun modo sensibili, e sono sconosciuti.

In quarto luogo, è assolutamente impossibile (anche per la potenza assoluta di Dio) che il contraente accetti la promessa (ciò che è essenzialmente richiesto per il contratto, come abbiamo visto) in modo diverso dall'utilizzo di parole o di altri segni, mediante i quali accetta la promessa dell'altra parte contraente; perché l'accettazione si riferisce essenzialmente alla promessa di uno conosciuto da un altro, e la presuppone; pertanto, la dichiarazione di consenso e la promessa sono l'essenza del contratto, e questo viene celebrato mediante parole, che quindi sono forma del contratto».

Enunciata l'ipotesi, Oñate si dedica a discuterla. Nuovamente si distingue tra contratto *in fieri* e *in facto esse*.

T. II – D. VI – S. I – n. 13. «Per decidere la questione, avvertiamo che possiamo parlare del contratto in due sensi. Primo, in fieri, secondo in facto esse.

Una è al forma del contratto in fieri; l'altra, in facto esse, come appare manifestamente nel matrimonio e nella professione religiosa; per cui gli sposi, dopo aver celebrato il matrimonio, rimangono sposati per sempre; e i religiosi, dopo l'inizio della professione: ... in modo simile succede nel peccato, nel dottorato, nella legge, nel voto e in altre entità morali; che hanno una forma in fieri, e un'altra in facto esse; perché di loro rimane qualche effetto, o qualche prodotto dell'azione; o temporaneamente, o in maniera perpetua».

Oñate passa a distinguere il contratto dal sacramento.

«In secondo luogo, bisogna avvisare che sono molto diverse le ragioni del sacramento e del contratto rispetto a questa questione; se le parole fanno parte della loro essenza o della loro forma; i sacramenti appartengono essenzialmente al genere dei segni; perché, secondo la definizione dei sacramenti lasciata da Agostino e ricevuta da tutti i teologi, sono segni delle cose sacre. Invece, in realtà il contratto (come abbiamo visto sopra e di per sé è evidente) non appartiene al genere dei segni, sacri o profani, ma al genere dei patti, ossia uno strumento efficace e immediato per la produzione di obbligazioni ...».

Di conseguenza, sebbene Oñate, come abbiamo visto, si sia ispirato alla teologia sacramentale per organizzare la sua teoria generale di contratto, in merito alla questione se le parole siano o meno forma di contratto, in maniera coerente con il suo metodo, propone una distinzione, dal momento che il sacramento e il contratto appartengono a due generi diversi; per ciò, conclude che le parole, sebbene la teologia sacramentale le consideri come forma del sacramento, non possono essere considerate forma del contratto, che continua ad essere attribuita al consenso.

T. II – D. VI – S. I – n. 22. «Terza conclusione, le parole e altri segni, mediante i quali si esprime il consenso, non costituiscono l'essenza o la forma del contratto. ... il consenso dei contraenti, precisamente in fieri, è materia del contratto in fieri (come è evidente), quindi le parole non sono materia, né forma del contratto, ma segni con cui si esprime, e *conditio sine qua non*, affinché il contratto possa essere compreso, perfezionato ed eseguito. Secondo, perché le parole, intese esattamente, non hanno alcuna forza per produrre l'obbligazione del contratto (come succede con le parole pronunciate da un pappagallo, un lattante, o un furioso, o un soggetto addormentato, o colui a cui sia interdetta l'amministrazione dei suoi beni) e forniscono al contratto unicamente il fatto di significare il consenso e la volontà dei contraenti, che è la materia e la forma del contratto; e servono anche come prova; al contrario, il vero consenso dei contraenti, ossia gli atti di volontà degli stessi, che sono padroni e arbitri delle proprie cose, hanno molta forza ed efficacia, e l'obbligazione è ciò che formalmente vincola il debitore; quindi le parole non sono materia, o forma del contratto, lo è, invece, la volontà di obbligarsi dei contraenti».

III.6.5. *La manifestazione come conditio sine qua non*

Dopo aver scartato, dunque, che le parole siano l'essenza del contratto, nella sezione II, Oñate continua ad analizzare se vi sia la necessità di un segno esterno che manifesti il consenso, ammettendo che tali segni sono necessari.

T. II – D. VI – S. I – n. 36. «... se non fosse per alcuni segni mediante i quali si manifesta il consenso dei contraenti, non risulterebbe il consenso degli stessi, al fine di poter esigere reciprocamente l'adempimento delle obbligazioni e il trasferimento del dominio, nemmeno agli occhi della chiesa (che non giudica l'occulto) si vedrebbe che un contratto è stato concluso; né avanti ai giudici forensi, per obbligare le parti contraenti a rispettare la fiducia nel contratto; né avanti ai testimoni, per fornire testimonianza dello stesso contratto; e dei patti in esso inclusi; quindi, i contratti sarebbero inutili e inefficaci, se non fosse perché, mediante le parole o altri segni, si manifestano in una forma sufficiente; quindi, sono assolutamente necessari alcuni segni. In quarto luogo, ancora più efficace. L'accettazione è assolutamente necessaria in ogni contratto, come si è chiaramente spiegato anteriormente; ma questa accettazione, a ragione dell'accettazione, non può essere compresa se non quando consti una promessa di un altro, di volersi obbligare nei miei confronti; però la promessa di un altro nei miei confronti, naturalmente non può constare, se non mediante parole o segni; pertanto, qualche segno, mediante il quale venga sufficientemente manifestato il consenso, è necessariamente richiesto per il contratto da celebrare, e così questa conclusione è difesa da Soto ...

... l'efficacia del contratto non sta nelle parole, bensì nel consenso libero delle parti contraenti, ed esso è speciale; non implica che le parole siano inutili o non necessarie; abbiamo già dichiarato quanto siano necessarie e perché i contraenti non possono contrarre senza di esse.

... in questa sezione non resta che spiegare che in ogni contratto è necessario qualche segno che manifesti il consenso in forma sufficiente».

Le idee che abbiamo esposto sono state corroborate dall'argomentazione di Oñate sulla causa del contratto. Nell'esordio del secondo trattato sulle cause, l'autore afferma:

«... anche se alcuni dottori definiscono come causa efficiente gli atti della nostra volontà, opinione a favore della quale si inclina San Tommaso, sostenendo che il consenso dei contraenti è la causa efficiente del contratto; secondo noi, è molto più retto e veritiero considerare gli atti delle parti contraenti e il loro consenso come l'essenza stessa del contratto; come risulta chiaramente dalla definizione di contratto e di patto sviluppata precedentemente».

Come si può vedere, nella teoria del contratto di Oñate, la volontà assume una funzione centrale, non nel senso ovvio nel quale era stata fino ad allora intesa la famosa enunciazione di Pedio. Non si dice solamente che il

consenso è necessario per il contratto; ma quel consenso, in senso fattuale, è la sostanza o materia del contratto; e in senso metaforico, razionale o giuridico, è la sua forma; non semplicemente uno degli elementi che, insieme ad altri, è stato in grado di dar vita all'obbligazione contrattuale⁵¹.

Inoltre, la volontà è ciò che costituisce, nei suoi due piani, fattuale e metaforico, la sostanza e la forma del contratto. L'espressione esteriore sarà la *conditio sine qua non*, ma non l'essenza stessa del contratto.

Questa doppia considerazione penetra nel Codice Napoleone e nei codici da esso ispirati, posto che, da un lato, il contratto è definito come consenso (convenzione), ma dall'altro, il consenso è semplicemente definito come uno dei requisiti essenziali.

Criticando l'opinione secondo cui il consenso era la causa efficiente del contratto, Oñate sosteneva che quello ne era piuttosto la sua *ipsissima essentia*. Di quale ulteriore prova abbiamo bisogno circa la sua fede consensualista e del fatto che la definizione di contratto come consenso e la teoria dell'autonomia della volontà trovano in questo gesuita un solido punto di partenza?

⁵¹ Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 287, nota 50.

CAPITOLO IV

UN RIEPILOGO

SOMMARIO: IV.1. La “preistoria” della teoria generale del contratto. – IV.2. L’origine storica della teoria generale del contratto.

Come abbiamo sostenuto, la teoria generale del contratto non è indipendente della storia; nasce, concretamente, con lo sviluppo del consensualismo, che si è imposto solo nei secoli XVI e XVII, come conseguenza delle posizioni sia della scuola giusnaturalista protestante del nord Europa, che della tradizione dottorale cattolica spagnola espressa dalla c.d. Scuola di Salamanca, nell’ambito della quale si distinguono il pensiero gesuita e la c.d. Seconda Scolastica ispano-americana, che apre la strada all’opera di Pedro de Oñate.

Abbiamo ripercorso il passato della teoria generale del contratto, che, a nostro giudizio, inizia con il movimento intellettuale che culmina nella codificazione, momento in cui viene elaborata ed è propriamente costituita la teoria della Parte Generale sui contratti, che si trova in tutti i nostri Codici civili.

Ora ne riassumeremo le tappe principali.

IV.1. *La “preistoria” della teoria generale del contratto*

Nella misura in cui ci si concentra sullo studio delle origini del concetto di contratto in generale, vale a dire della categoria e della teoria generale del contratto, è evidente che la concezione dell’idea generica di contratto come convenzione o accordo di volontà – produttrice per sé stessa degli effetti giuridici che devono sorgere a partire da quella concorde manifestazione di volontà – non appartiene, in quanto tale, al diritto dell’antichità.

Non vi è dubbio che, almeno a partire dagli scritti aristotelici, così come sono sviluppati nel libro V della Giustizia nell’*Etica Nicomachea*, il concetto di *synallagma* includesse sia gli scambi volontari (*synallagmata ekousion*) sia quelli involontari (*sinallagmata akousion*); il *synallagma*, quindi, non alludeva all’incontro delle volontà, ma solo alla relazione di squili-

brio tra due patrimoni che reclamava restituzione. Tale situazione poteva verificarsi in un contesto convenzionale, quando veniva concluso un contratto e una delle parti aveva adempiuto mentre l'altra no; oppure in un contesto extracontrattuale, come nel caso di delitto e quasi-delitto.

Nemmeno nella Roma classica, a nostro avviso, troviamo l'idea netta per cui il contratto sia una convenzione generatrice di effetti giuridici. La definizione di Labeone, per cui il contratto è la *ultra citroque obligatio*, vale a dire l'obbligazione reciproca, oltre ad includere unicamente i contratti bilaterali, lasciando fuori quelli unilaterali – il che dimostra che non alludeva allo stesso concetto di contratto che attualmente utilizziamo – definisce il contratto non tanto in funzione della causa efficiente, cioè l'accordo delle volontà, bensì dell'effetto, ossia l'obbligazione vincolante.

Conclusione che risulta rafforzata se si considera la seconda parte della definizione labeoniana: «*quod graeci synallagma vocant*». Il contratto latino, pertanto, in questa definizione, non è altro che il *synallagma* greco; e il *synallagma* greco non solo non è focalizzato sulla volontà, ma, di per sé, non ha nulla a che vedere con la volontà, dal momento che ci sono *synallagmata* volontari e involontari.

Posto che Labeone definisce il contratto come «ciò che i greci chiamano *synallagma*», esiste tra la concettualizzazione greca e quella latina una chiara continuità concettuale.

È vero che, più tardi, Gaio sistematizza le fonti delle obbligazioni, distinguendo il contratto dal delitto e anche, naturalmente, dal quasi-contratto, il che significa considerare il contratto come fonte dell'obbligazione, e quindi, svincolarlo dall'obbligazione, dal momento che ne è la fonte; come afferma Alioto, Gaio trasforma l'approccio alla materia contrattuale, non concentrandosi, in prima battuta, sulle obbligazioni contratte, bensì sull'atto giuridico che le origina e includendo nel concetto di contratto non solo quelli bilaterali, ma anche quelli unilaterali e *synallagmatici* imperfetti¹.

È anche vero che Ulpiano ha definito con precisione il concetto di patto (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*), riconoscendo la sua portata generale:

«... la parola convenzione è generale, appartenente a tutte le cose rispetto alle quali acconsentono coloro che trattano tra loro per contrarre o transigere un negozio; perché così come si dice che “convengono” coloro che si recano al medesimo luogo provenendo da luoghi diversi e si riuniscono, allo stesso modo “convengono” coloro che per diverse motivazioni dell'animo, consentono a qualcosa di unico, cioè, concorrono nella stessa opinione ... la parola convenzione è così generale che ... non c'è nessun contratto, nessun obbligazione che

¹ Cfr. D.G. ALIOTO, *La justicia de los contratos*, cit., 34.

non abbia convenzione, contratta re o verbis, dunque la stipulazione, che è fatta con le parole, se non contiene il consenso, è nulla»².

Il passaggio di Ulpiano raccoglie le espressioni di Sesto Pedio, che aveva chiaramente visualizzato la componente volontaria insita in ogni contratto (*nullum est contractus nullum obligationis quae non habeat in se consensionem*).

Tuttavia, i Romani non erano governati dalla regola consensualistica, secondo la quale, in linea di principio, il mero accordo delle volontà dà luogo alla nascita di obbligazioni civili. In effetti, i quattro tipi di contratti che generavano l'azione erano i contratti che si perfezionavano mediante la consegna della cosa, nei contratti *re*, per l'esistenza di una contabilità, nei contratti *litteris*, dichiarando il consenso mediante la forma solenne della stipulazione, nei contratti *verbis* e mediante il nome contrattuale di compravendita, locazione, società o mandato nei contratti che si perfezionano *consensu* (a cui posteriormente vennero aggiunti altri elementi, come l'inizio dell'esecuzione, la natura accessoria del contratto ad un altro contratto "vestito", o una norma espressa di diritto). Gli altri contratti innominati non generavano obbligazioni civili, ma semplicemente eccezioni, ossia, non erano dotati di forza giuridica vincolante.

La situazione non cambia durante il periodo giustiniano.

Sebbene, durante il Medioevo, il diritto canonico – che costituì, a partire dalla dissoluzione del sistema politico e giuridico dell'Impero Romano, la spina dorsale del diritto privato – affermasse insistentemente che l'accordo delle volontà doveva essere adempiuto non solo nel foro della coscienza, ma anche nel foro esterno (*pacta, quantumque nuda, sunt servanda*); e l'Ordinamento di Alcalá del 1348 avesse consacrato molto precocemente, nel diritto castigliano, il principio consensualistico («... sia valida l'obbligazione o il contratto che sia stato fatto in qualsiasi modo da cui risulti che qualcuno ha voluto obbligarsi nei confronti di un altro, o stipulare, con lui, un contratto»); tuttavia, nel XVI secolo continuava a prevalere la teoria dei *vestimenta* e veniva combattuta vigorosamente l'affermazione del principio per cui il consenso, di per sé, potesse generare effetti giuridici.

Una dimostrazione della vitalità della teoria dei *vestimenta*, e della sua sopravvivenza fino al XVI secolo, è l'opera di François Connan: *"Commentariorum juris civilis libri decem"*, del 1553. Tuttavia, questo giurista francese è uno degli ultimi autori a difendere la teoria delle "vesti"; dopo di lui, gli autori la criticheranno ed adotteranno una prospettiva consensualista; tuttavia, nonostante l'abbandono generalizzato della teoria dei *vestimenta* e l'adozione del consensualismo, è significativo che la generalità degli autori del XVI e XVII secolo, incluso lo stesso Grotius,

² Cfr. Digesto, 2.14.1.1-3.

si sentano obbligati a discutere le idee sistematizzate da Connan.

Durante tutta questa lunga fase, che potremmo definire “preistoria” della teoria generale del contratto, l'accento era posto sul vincolo, non sul consenso. Seguendo l'orientamento aristotelico-tomista, la principale preoccupazione giuridica ed etica, ossia la questione della correzione, è stata studiata, non tanto in termini di libertà del consenso, bensì in termini di giustizia dell'equazione economica contrattuale. Il contratto giusto era quello in cui le prestazioni erano equivalenti, in cui veniva pagato il giusto prezzo, e le obbligazioni implicavano oneri analoghi. Il contratto che non generava un vincolo con prestazioni equivalenti era considerato ingiusto e generava, in diritto, il rimedio della restituzione, che permetteva al giudice di rivedere l'equazione e restituire alla parte danneggiata la quantità oggetto di perdita, in funzione del criterio di uguaglianza tra cosa e cosa, spina dorsale della giustizia commutativa. Risultano significative le espressioni usate da Tomás de Mercado, domenicano del XVI secolo, secondo cui chi non riconosce in un contratto, ciò che è giusto e ciò che è il suo contrario, non ne sa nulla, e che è proprio della giustizia portare uguaglianza nei contratti umani³.

Appare ovvio che, fintantoché non esisteva un principio riconosciuto per cui ogni accordo di volontà, ogni convenzione liberamente stipulata era – in linea di principio – obbligatoria, non aveva troppo senso elaborare una teoria generale che organizzasse la conoscenza di una serie di predicati attorno a tale idea; e solo a partire dalla nascita, sviluppo e consolidamento del principio consensualistico avrebbe potuto affermarsi una teoria generale del contratto.

IV.2. *L'origine storica della teoria generale del contratto*

L'idea che il consenso delle parti sia esso stesso suscettibile di generare effetti giuridici vincolanti si apre faticosamente il cammino durante il Medioevo manifestandosi in tempi più recenti grazie agli sviluppi della modernità, in particolare di pari passo con vari fenomeni: da un lato, la dottrina dei canonisti, che configurano l'idea dell'inadempimento contrattuale come peccato; d'altro, lo sviluppo del commercio che accompagna l'Età moderna⁴; nonché, secondo la storiografia tradizionale, il pensiero della scuola di diritto naturale promosso dalla Riforma protestante, i cui principali esponenti erano Grotius, Pufendorf e Wolff.

Risulta evidente che un fondamento simile può essere trovato nel discor-

³ Cfr. *supra*, II.6.1 e II.6.3.

⁴ Cfr. L. DÍEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., 30.

so della Controriforma cattolica, personalizzata nella scuola di Salamanca, che si sviluppò sia in Europa (ove spiccarono i nomi dei gesuiti Luis de Molina, Juan de Lugo e Leonardo Lessio) sia nella nostra Ispano-America, a partire dai rudimenti che si trovano nelle opere dei domenicani Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz e Francisco García, passando per i trattati *de iustitia et iure* di Luis de Molina, Leonardo Lessio e Juan de Lugo, fino a trovare la formulazione di una teoria generale del contratto molto completa, per la prima volta, in forma emblematica, nell'opera *De contractibus*, del gesuita spagnolo Pedro de Oñate, professore a Lima e Córdoba, e in particolare, nel volume I, "*de contractibus in genere*", pubblicato a Roma, nel 1646, che abbiamo studiato in dettaglio⁵.

Anche se questa corrente di pensiero associata alla Scuola di Salamanca non è la più citata dalla storiografia convenzionale, nondimeno – a nostro giudizio – è la più ricca quanto a trattazione analitica di tutte le questioni relative all'idea di contratto in generale. Tra le categorie fondamentali che la Scuola di Salamanca ci ha lasciato, si può menzionare la stessa definizione di contratto, prodotto di una disquisizione che si trova all'inizio di tutti i trattati e che risulta paradigmatica in Oñate; la distinzione tra contratto *in fieri*, che enfatizza la fase del consenso, e il contratto *in facto esse*, che focalizza il vincolo obbligatorio; le classificazioni del contratto, in base all'esistenza del consenso, come genere consistente nel patto che produce obbligazioni, e specie diverse, onerose o gratuite, caratterizzate da differenze specifiche, tutto all'interno di un albero concettuale di astrazione progressiva; l'utilizzo di una pluralità di fonti, coniugando la questione dell'obbligazione civile, nel foro esterno, con l'obbligazione naturale, che vincola nel foro della coscienza; e il compromesso tra il riconoscimento della necessità di equilibrio tra prestazioni e la concezione per cui la forza vincolante del contratto, la sua giuridicità, si basa sul libero consenso delle parti, coniugando, in questa maniera, giustizia, libertà e responsabilità.

La conclusione principale che sembra emergere dallo studio degli autori della Seconda Scolastica gesuita è che la questione della libertà assume, per la prima volta, un'importanza speciale. Al di là della loro capacità di riuscire a ordinare la casistica materiale lasciata dal diritto romano secondo gli schemi logico-razionali della tradizione aristotelico-tomista, negli autori gesuiti, si rileva particolarmente la capacità di fornire una spiegazione alla "fioritura" del principio della libertà contrattuale (*libertas contractuum*, espressione del gesuita Leonardo Lessio)⁶.

⁵L'espressione "*emblematica*" è tratta da Birocchi, secondo il quale quest'opera può essere considerata come il prodotto più completo della Scolastica sul tema contrattuale. Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 271.

⁶Cfr. L. LESSIUS, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpiae, 1621, lib. 2, cap. 17, dubit. 6, n. 43, 203.

La questione della libertà dell'uomo e della sua relazione con la grazia di Dio è un problema che agita l'Europa nel XVI secolo. Questa polemica è al centro della divisione religiosa che attraversa la cristianità e che oppone le forze della Riforma protestante e quelle della Controriforma cattolica. E così, come è possibile che la centralità di questo problema abbia ispirato gli autori della scuola nordeuropea di diritto naturale per formulare un'idea di contratto basato sul consenso libero, è ovvio che lo stesso sia accaduto nell'esperienza degli autori della Controriforma cattolica, e in particolare in quella dei gesuiti, che assistettero, molto da vicino, allo scisma tridentino⁷.

Dal punto di vista della teoria del contratto, la conseguenza necessaria di queste teorie culmina in un sorprendente rispetto per la libertà delle parti. Questa collocazione del libero consenso al centro della teoria del contratto può essere sintetizzata nel ragionamento che mette in evidenza l'influenza di questo umanesimo teologico nell'opera di Oñate: «... non è potestà di nessun giudice o principe, né del re, né del Papa poter obbligare mediante contratto senza il consenso. Ognuno di loro, e *a fortiori* Dio, potrà obbligare alla stessa cosa a cui si obbligano le parti contraenti; ma l'obbligazione contrattuale non esisterà senza il consenso dei contraenti; perché il contratto richiede essenzialmente l'intenzione di obbligarsi»⁸.

Il contratto è quindi concepito, nel modo più radicale, come libero consenso. Né il re né il Papa hanno il potere di sostituire il libero consenso dell'uomo. Possono obbligare i loro sudditi, ma non mediante contratto. Dovranno rivolgersi a un'altra fonte di obbligazioni, perché certamente il contratto non è l'unica; ma non possono legittimarsi invocando il consenso dei loro sudditi. L'argomentazione fornita da Oñate include l'affermazione per cui persino Dio, nella sua onnipotenza, non può sostituire la volontà dell'uomo per fare un contratto, perché creò l'uomo con la libertà, e il contratto è un atto libero.

Sicuramente, l'origine della dottrina risale a un momento precedente a Suarez nel suo *De legibus*, e a Molina nella sua *Concordia liberi abitrii*, e alla stessa opera di Ignacio de Loyola e degli altri suoi compagni fondatori della Compagnia di Gesù, come Diego de Laínez, i quali affermano che a partire da quella esperienza fondatrice degli *Esercizi spirituali*, credettero profondamente nell'autonomia religiosa dell'uomo, ricevuta da un Dio che voleva concedere un anelito di libertà alla sua creatura⁹. A partire da queste premesse la giustizia commutativa sarà intesa, non solo come equili-

⁷ Su questo specifico aspetto cfr. A. ALBURQUERQUE (a cura di), *En el corazón de la Reforma. "Recuerdos espirituales" del beato Pedro Fabro S.J., Introducción, traducción y comentarios de Antonio Albuquerque S.J.*, Bilbao-Cantabria, 2000.

⁸ T. I – D. 1 – S. V – n. 62.

⁹ Cfr. J. GARCÍA DE CASTRO VALDÉS, Presidente de la Comisión "V Centenario de Diego Laínez", *Volver a Laínez*, Lunes, 15 de Octubre 2012, ABC, Madrid, 58.

brio oggettivo tra le prestazioni, ma anche come forza vincolante dei patti liberamente consentiti. Il tema della libertà umana, che appare centrale nella spiritualità ignaziana, risulta dunque essere il *topos* da cui i gesuiti analizzano l'essenza del contratto e si presenta inscindibilmente legata alle origini della teoria del contratto come figura generale.

CAPITOLO V

SINOSSI DEI PROBLEMI ATTUALI DEL DIRITTO CONTRATTUALE

SOMMARIO: V.1. La critica della teoria generale del negozio giuridico e del contratto. – V.2. Costituzionalizzazione del diritto contrattuale. – V.3. Codificazione e decodificazione. – V.4. Il frazionamento della teoria generale unitaria del contratto. – V.5. La tendenza alla ricodificazione. Verso una nuova teoria generale del contratto. – V.6. La teoria generale del contratto nel Codice civile e commerciale della Repubblica argentina del 2014. – V.6.1. Introduzione. – V.6.2. La teoria generale del contratto. La sua importanza dogmatica nel Progetto Preliminare e progressi nella sua strutturazione. – V.6.3. L'evoluzione tra il 1998 e il 2012. – V.6.4. Lo schema del nuovo codice.

Gli ultimi 25 anni sono stati molto significativi ai fini della conformazione delle idee sul contratto.

Sintetizzando, si può affermare che in questo periodo abbiamo assistito alla critica dell'idea della volontà come fondamento della forza vincolante del contratto; all'esperienza della decodificazione e ricodificazione del diritto contrattuale e della frammentazione, oltre che alla rivalutazione dell'unità della teoria generale del contratto. Tenteremo di spiegare brevemente questo processo nelle pagine che seguono, per proporre, alla fine, delle riflessioni sull'attualità delle concezioni della Scuola di Salamanca.

V.1. La critica della teoria generale del negozio giuridico e del contratto

La crisi dell'idea liberale di uguaglianza formale – dell'idea per cui tutti gli individui sono uguali e hanno le stesse facoltà al momento di concludere un contratto – innescò, a partire dalla metà del secolo XIX, la messa in discussione dell'idea di negozio giuridico e dell'idea, ad essa subordinata, di contratto in generale. Ciò che si imputa a tali idee è che l'astrazione che le caratterizza, coprendo, con un concetto unico e indifferenziato, un campo molto vasto della prassi giuridica, serve – piuttosto che come strumen-

to scientifico di spiegazione e ordinamento razionale della realtà – come strumento di legittimazione ideologica di un regime giuridico che, non tenendo conto delle disparità e asimmetrie esistenti nella realtà, genera, in fin dei conti, un trasferimento ingiusto di risorse economiche dai contraenti di settori sociali più deboli, a favore dei più potenti.

Carbonnier non esitò ad affermare che la nostra teoria generale del contratto e, *a fortiori*, la nostra teoria generale dell'obbligazione, hanno inevitabilmente mascherato la diversità che esiste nel mondo reale e ritardato i progressi nello studio della materia¹. La critica più importante che è stata fatta, dunque, alla teoria generale del negozio giuridico e alla teoria generale del contratto è che, a causa del loro estremo grado di astrazione, finiscono per perdere di vista, fino a eliminare, ogni possibile riferimento alla vera relazione economica e sociale sottostante².

In effetti, come insegna Gamarra, il paradigma del contratto nella dottrina generale, oltre ad essere astratto, è unitario. L'unità e l'astrazione del contratto in generale hanno come conseguenza l'uguaglianza formale, chiamata criticamente «uguaglianza dei diseguali», e l'unità del soggetto³.

La messa in discussione della radice epistemologica della concezione liberal-positivista si basa sul fatto che si presenta come scientifica, ma è ideologica; nel senso che adatta la realtà a seconda di determinati interessi. Secondo Friedman, citato da Gilmore⁴, la teoria generale rinuncia deliberatamente al particolare in nome di una determinata politica sociale. In questo modo, nasconde ciò che costituirebbe la corretta rappresentazione della realtà, fornendo una visione distorta o deformata della stessa⁵.

D'altra parte, il fatto che l'autonomia della volontà sia stata eretta a paradigma della teoria generale del contratto, ha congelato, in qualche maniera, la sua evoluzione, ha ostacolato l'affermazione delle teorie che sostenevano un ideale di giustizia diverso ed ha operato come un vero codice di lettura del diritto contrattuale che funzionava da filtro rispetto alle idee in contrasto con il dogma. Blengio conclude che la dottrina dell'autonomia della volontà, che ha imperato in maniera praticamente indiscussa per molto tempo, ha funzionato come una sorta di sovrastruttura ideologica dell'ordinamento giuridico, determinando il prevalere dell'idea per cui il diritto dovrebbe principalmente occuparsi del processo di creazione del contratto piuttosto che del suo contenuto; e ciò si è tradotto in una concezione essenzialmente formale del diritto, che spiega la ragione per cui, af-

¹ Cfr. J. CARBONNIR, *Flexible droit*, in *LGDJ*, Paris, 1992, 285.

² Cfr. F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, 11, 13.

³ Cfr. J. GAMARRA, *Neoconstitucionalismo. Código y ley especial*, FCU, Montevideo, 2012.

⁴ Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, 7, 16.

⁵ Questo è il concetto proprio di ideologia nel pensiero di Karl Marx: visione invertita della realtà come succede con l'immagine di oggetti fisici che si inverte nella retina, come indica nelle sue opere *Introduzione alla Critica dell'economia politica e l'ideologia tedesca*.

finché il contratto voluto fosse considerato giusto, era sufficiente una volontà libera⁶.

Si è parlato di una notoria crisi della categoria del negozio giuridico, destinato, secondo Galgano, a «tramontare», in declino insieme al mito, che aveva costituito la sua ragione ispiratrice, dell'unità del soggetto giuridico, e insieme all'illusione dell'uguaglianza formale del diritto⁷. È evidente, per questo autore, che «questa filosofia che esalta la volontà individuale ... è, in certa misura, una filosofia simulata, non sincera. La volontà creatrice, esaltata dalla filosofia del negozio giuridico, è la volontà della classe sociale che dirige il processo storico: l'esaltazione della volontà, come unica causa efficiente del cambiamento giuridico, sostiene la borghesia commerciante nel suo progetto di appropriazione delle risorse»⁸.

Come sottolinea Raiser, i teorici della pandettistica si allontanarono dalla realtà sociale, perfezionando, con virtuosismo, i procedimenti di astrazione con cui la giurisprudenza romana trasformava le figure giuridiche in entità concettuali di un universo autonomo⁹.

Sistematizzando gli argomenti contro la categoria generale del negozio giuridico, López de Zavalía¹⁰ afferma che, per i detrattori del concetto tecnico, si tratterebbe solo di un genere grammaticale, ma non di un genere concettuale¹¹ nel cui ambito si riducano ad unità una serie di figure specifiche, perché – argomentano i detrattori – non c'è niente in comune tra quelle figure che permetta di praticare una *reductio ad unum*. Non esiste, dunque, un'essenza, natura o essere comune a tutte loro. Per questa ragione, riguardo all'uso del termine, si preoccupano di chiarire espressamente che «si tratta di grammatica e non di filosofia».

Questa critica della teoria generale del negozio giuridico si è propagata rapidamente verso la teoria generale del contratto; è ben noto il riferimento all'espressione «morte del contratto» di Grant Gilmore¹². Secondo questo autore, la giurisprudenza, nell'interpretazione del contratto, si allontana, ogni volta di più, dagli standard risultanti da quanto pattuito dalle parti, appoggiandosi progressivamente su clausole generali e idee predo-

⁶ Cfr. J. BLENGIO, *Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Segunda parte*, in *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, tomo XXXIII, FCU, Montevideo, 2003, 481 ss.

⁷ Cfr. F. GALGANO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1992, o *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, 7.

⁸ *Ivi*, 39-42.

⁹ Cfr. L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 74.

¹⁰ Cfr. R. LÓPEZ DE ZAVALÍA, RICARDO, *En torno al pretendido crepúsculo del negocio jurídico*, lavoro presentato al Primo Congresso Internazionale di diritto privato e Terzo Congresso Iberoamericano di diritto Civile, che si tenne il 19 e 21 ottobre 2005 in omaggio ai professori Luis Moisset de Espanés, Félix Trigo Represas e Fernando Justo López de Zavalía.

¹¹ Per questo cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, t. I, Cedam, Padova, 1999, n. 11, 48, giunge ad affermare che si tratta di un concetto analogico, ma non di un concetto logico.

¹² Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, cit.

minanti nella realtà sociale. È la stessa idea formulata da autori come Savatier, Buen Lozano, Carbonnier, ecc.¹³.

V.2. *Costituzionalizzazione del diritto contrattuale*

Dalla seconda metà del XX secolo, il diritto contrattuale è colpito da un altro attacco. In concomitanza con la perdita di centralità del Codice civile a causa della comparsa di svariati statuti speciali – fondamentalmente, della legislazione consumieristica – le norme costituzionali, una volta considerate nel loro aspetto esclusivamente programmatico e di applicazione relegata a circostanze eccezionali, cominciano ad essere applicate direttamente nei conflitti intersoggettivi coinvolti nei rapporti contrattuali. Entra nell'orizzonte applicativo del diritto privato un insieme di norme, costituite da un cumulo di principi e valori costituzionali superiori, che determinano la comparsa dello "Stato costituzionale".

La dottrina fa riferimento ad una prima tappa che si qualifica come "Stato legalista", in contrapposizione a quella che verrà successivamente, denominata "Stato costituzionale". Nella prima, la costituzione disciplina solo l'organizzazione dello Stato e le relazioni verticali tra Stato e cittadini, ma le sue norme non sono percepite come direttamente applicabili alle relazioni tra individui. La legge, in senso formale, occupa una posizione centrale; si trova e si fa giustizia mediante la legge.

Influisce anche il progresso dell'approccio sociale del diritto delle obbligazioni e lo sviluppo dei diritti umani o diritti fondamentali della persona, che di solito sono riconosciuti espressamente o tacitamente non solo nelle costituzioni, ma negli strumenti di diritto internazionale, con lo sviluppo del c.d. "Blocco dei diritti umani", di forza imperativa, che supera gli schemi delle norme legislative interne, richiedendo che la conciliazione e l'armonia dei fini individuali e sociali si realizzi sulla base del riconoscimento, del rispetto e rango preferenziale che, nella gerarchia dei valori, spettano alla persona umana, inequivocabilmente riconosciuti nelle costituzioni contemporanee e nei trattati internazionali.

V.3. *Codificazione e decodificazione*

La formulazione della teoria generale del contratto, ossia la costruzione del contratto come concetto generale, astratto – comprensivo, nella sua astrazione, dei modelli o tipi e sottotipi di contratti speciali – avvenne in

¹³ Per tutti si veda A. ALTERINI, *La autonomía de la voluntad*, in *de Derecho Civil*, Buenos Aires, 2007, 158.

concomitanza con la teoria liberale del contratto; idea generale che, come è noto, parte dal concetto di contratto come patto obbligatorio; ossia, come consenso, come un incontro di volontà, che genera obbligazioni. Quell'idea generale di contratto venne cristallizzata nei codici, che rappresentavano un momento di sintesi e di unità sistematica.

Secondo Irti, nel decennio degli anni '70 del XX secolo, quella teoria generale del contratto, cristallizzata all'epoca della codificazione, cedette il passo alla decodificazione, guidata dalla proliferazione di norme speciali e caratterizzata da una «tendenza centrifuga»¹⁴, che influenzò naturalmente l'unità e la sistematicità della teoria generale del contratto.

La progressiva irruzione di leggi speciali come fonti sempre più rilevanti del diritto contrattuale generò un processo di decodificazione; cioè, la proliferazione, ai margini di un Codice civile in ritirata, di "microsistemi", che si appropriarono di intere materie, precedentemente regolate dal codice, determinando un impoverimento del suo contenuto; il risultato fu un quadro di progressiva frammentazione che rese meno vitale la figura del contratto in generale e determinò la perdita di centralità del Codice civile¹⁵.

Il processo fu potenziato dall'emergere di norme relative alle nuove figure imposte dalla dinamica commerciale, normalmente importate da altri ordinamenti più dinamici, come quelli di matrice anglosassone, creatori di figure contrattuali innovative e complesse, come il *leasing*¹⁶, il *factoring*, le nuove garanzie reali, i fedecommessi, o atti di destinazione, ecc.

Hernández Gil ha affermato che una delle caratteristiche del nuovo diritto contrattuale è la rottura dell'uniformità del significato di contratto; ha inoltre aggiunto che continuiamo a parlare di contratto come se ci riferissimo a qualcosa che è sempre uniformemente uguale, nonostante, insieme al contratto del Codice civile, sia apparsa una vasta area di legislazione speciale che progressivamente ha incorporato nella sua regolamentazione un ambito sempre più ampio di relazioni di convivenza¹⁷. La proposta di Hernández Gil era volta separare la teoria generale del contratto in due settori: uno, in cui predominerebbe la volontà sulla norma o, detto in altre parole, la norma si tradurrebbe in una concessione di libertà entro certi limiti; e un altro in cui la norma si sovrapporrebbe a la volontà.

In Italia, De Nova sollevò la necessità teorica di articolare la voce *con-*

¹⁴ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. La versione spagnola è del 1992, *La edad de la descodificación*, traduzione di Luis Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona, 1992, 44.

¹⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 9 ss.

¹⁶ Cfr. J. BLENGIO, *Leasing. Problemas del trasplante de figuras del common law. Naturaleza y régimen jurídico. Contrato y operación económica*, in ADCU, XXV, 437.

¹⁷ Cfr. A. HERDANDEZ GIL, *De la antigua a la nueva concepción del contrato*. Abbiamo utilizzato la versione pubblicata in Uruguay, nella *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, luglio-dicembre 1967, Montevideo, 1967, 511-521.

tratto in varie parti, ciascuna destinata a una categoria contrattuale¹⁸.

Alla stessa conclusione giunse Roppo, secondo cui gli anni Novanta furono i «dieci anni che scossero il contratto»¹⁹. Secondo questo autore, il diritto dei rapporti di consumo ha portato nuova linfa al diritto contrattuale, ma al prezzo di una marcata frammentazione del sistema stesso. Tradizionalmente il sistema del diritto contrattuale era strutturato in base a un'articolazione binaria: una Parte Generale, dedicata al contratto come tale, non qualificato in termini di tipo; e una Parte Speciale, dedicata ai singoli tipi contrattuali. Ebbene, per questi autori, il diritto dei rapporti contrattuali con i consumatori non costituisce né una Parte Generale né una Parte Speciale; è un terzo elemento che penetra entrambe, lacerandole e creando, al loro interno, nicchie normative separate; per esempio, la particolare disciplina delle clausole abusive, nella Parte Generale; la particolare disciplina delle garanzie di conformità, all'interno della disciplina speciale del tipo compravendita²⁰.

Nella visione di Rescigno, il diritto contrattuale può essere attualmente descritto come una piramide, in cui si contrappongono due segmenti: quello superiore, dei contratti conclusi da persone e gruppi depositari potere economico, e quello inferiore, costituito dai contratti quotidiani dell'uomo comune²¹.

Zeno-Zencovich e Mancaloni sostengono che la comparsa dei contratti coi consumatori e il loro consolidamento come categoria generale erano inevitabilmente chiamati a porre il problema dei loro rapporti con il diritto residuo – ossia, con il diritto generale del contratto – e della sistematizzazione del diritto dei contratti in una categoria unitaria o duale²².

Nella dottrina spagnola è anche presente la percezione di un processo che potrebbe portare alla frammentazione della teoria generale, fino al punto di parlare di una teoria del contratto secondo lo schema codificato e di una teoria del contratto in cui una delle parti è il consumatore o utente, portando gli interpreti a misurarsi con due teorie contrattuali²³.

¹⁸ Cfr. G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e Impresa*, 1988, n. 4, 327 ss.

¹⁹ Cfr. V. ROPPO, *Dieci anni che sconvolsero il contratto*, in *Il contratto, Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, IX.

²⁰ Cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* Relazione tenuta al XXII Congresso dell'associazione per gli scambi tra giuristi italiani e tedeschi, Berlino, 10-12 ottobre 2008, in *Il corriere giuridico*, 2, 2009, 280-281.

²¹ Cfr. P. RESGNIGNO, *Premessa*, in RESCIGNO-GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, LIII-LIV.

²² Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH-A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, in F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazione storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 583.

²³ Cfr. M. YZQUIERDO TOLSADA-I. NAVARRO MENDIZÁBAL-M.D.P. ACOSTA MÉRIDA, *Derecho del consumo, Manuales básicos*, Madrid, 2005, 35.

V.4. Il frazionamento della teoria generale unitaria del contratto

In un articolo pubblicato nell'*Anuario de Derecho Civil* del 1993²⁴, Díez Picazo sottolineava che, negli anni immediatamente successivi alla grande crisi del 1929, i necessari interventi delle autorità governative produssero figure anomale dal punto di vista della concezione tradizionale del contratto, cosa che motivò il suo interesse per la questione, che si concretizzò in un articolo pubblicato nell'*Anuario de Derecho Civil* del 1954, epoca in cui – come abbiamo appena visto – numerose voci annunciavano la crisi, il declino e persino la morte del contratto. Nel suo articolo del 1993, Díez Picazo, disponendo già di un'ampia prospettiva, sollevava il dubbio se ci trovassimo o meno di fronte a una “nuova dottrina generale del contratto».

Anche nella dottrina italiana, alcuni giuristi misero vivacemente in discussione la concezione di una teoria generale del contratto, come disciplina idonea a regolare il contratto come figura unitaria, sostenendo che ci sono troppe differenze tra contratti tra imprese, contratti con i consumatori, contratti tra privati, contratti collettivi e contratti con l'Amministrazione Pubblica, perché si possa parlare di una figura unitaria chiamata contratto.

L'idea più chiara del «frazionamento» della teoria generale, a mio avviso, è stata espressa da De Nova già nel 1988. In un articolo pubblicato sulla rivista *Contratto e Impresa*, egli afferma l'esistenza di dubbi sul fatto che potesse discutersi utilmente del contratto come figura generale, e che la risposta negativa trovava nella dottrina di quegli anni sempre più ampio consenso. L'autore ritenne che le differenze tra contratti tra imprese, contratti con i consumatori, contratti tra privati, contratti collettivi e contratti con l'Amministrazione Pubblica fossero troppo grandi per poter essere trattate unitariamente. Da ciò risultava la necessità teorica di articolare la voce *contratto* in varie parti, ognuna di esse destinata a una categoria contrattuale; e se ne ricavava questa conclusione:

«... la parte generale del contratto non può più essere considerata come la disciplina di una figura unitaria; ... la relazione lineare tra parte generale del contratto e parte speciale, che si legge nell'art. 1323 c.c., non ha mai risposto al diritto positivo, e oggi ancor meno, di fronte ad un'indubbia frammentazione della figura del contratto e un'evidente tendenza centrifuga verso la disciplina dei contratti in particolare, sempre più lontana dalla disciplina generale»²⁵.

Ne risulta quindi che la relazione tra Parte Generale e Parte Speciale dei contratti – che secondo Messineo, che scrisse intorno alla metà del XX se-

²⁴ Cfr. L. DíEZ PICAZO, *¿Una nueva doctrina general del contrato?*, in *Anuario de Derecho Civil*, 46, n. 4, 1993, 1706.

²⁵ Cfr. G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale*, cit., 327 ss.

colo, era armonica, in quanto la prima esprimeva il concetto di una disciplina applicabile a tutti contratti, in concorso con la seconda – appare, alla fine del secolo, distorta, da un lato, dall'insieme dei principi costituzionali con vocazione di applicazione immediata; e dall'altra, dalle nuove discipline settoriali, che contribuiscono fundamentalmente a creare contraddizioni, deroghe ed eccezioni alla Parte Generale, come quelle relative alla legislazione sul diritto dei consumatori; la funzione della Parte Generale rimane residuale²⁶.

La tesi della frammentazione sostiene che non esiste più una teoria generale unitaria del contratto che, a partire dalla sistematica del Codice civile, eserciti serenamente il potere sulle relazioni economiche quotidiane della gente, che è ormai lontana l'epoca in cui la dogmatica civilista poteva fingere che la sua costruzione scientifica non presentasse nessuna fessura. Quindi, l'illusione ideologica dell'eguaglianza formale e dell'unità del soggetto giuridico dovette cedere alla critica per cui, a fronte di questa uguaglianza formale, esisteva una disuguaglianza reale²⁷. Il negozio giuridico unitario, nonché il soggetto del diritto generico, costituiva, per la critica, un mito che mascherava la diversità della realtà²⁸. Questa crisi della teoria generale del negozio giuridico, rapidamente propagatasi verso la teoria generale del contratto diede origine alla menzionata espressione «morte del contratto»²⁹, o declino del contratto, idea utilizzata da molti autori³⁰.

Si è detto che viviamo in un periodo di «decodificazione», provocata dalla proliferazione di norme speciali, che induce a parlare di una «tendenza centrifuga»³¹, che naturalmente attenta all'unità e sistematicità della teoria generale del contratto.

La maestà del codice, che inizialmente non fu intaccata dalla proliferazione, insieme ai Codici civili, delle discipline settoriali, finì per risentire dalla regolamentazione delle relazioni con i consumatori. Nella seconda metà del XX secolo, in Europa, questa tendenza centrifuga si accentuò e, nel suo ultimo decennio, pare aver raggiunto il culmine con l'approvazione delle direttive europee sul diritto dei consumatori, finalizzate a rendere effettivo il mercato comune e il loro recepimento negli ordinamenti giuridici europei, nonché per l'influenza che, sia le direttive che le specifiche leggi di recepimento, hanno avuto sul diritto delle relazioni con i consumatori in altri paesi e, in particolare, in America Latina.

Questa nuova normativa, sempre orientata – in funzione del noto pro-

²⁶ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 403.

²⁷ Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 7.

²⁸ Cfr. J. CARBONNIR, *Flexible droit*, cit., 285.

²⁹ Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, cit.

³⁰ Si veda per tutti A. ALTERINI, *La autonomía de la voluntad*, cit., 158.

³¹ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., *passim*.

cesso di globalizzazione delle economie – a un funzionamento più fluido dei mercati, obbliga l'interprete a misurarsi con un fenomeno sconosciuto. Mentre nel passato, le normative speciali del settore hanno sempre riconosciuto il dominio del Codice civile, rivendicando per sé solo la regolamentazione di un ambito parziale e ristretto, il diritto delle relazioni con i consumatori ha, nella situazione attuale, aspirazioni differenti. Mira ad essere ispiratore di un nuovo diritto contrattuale, cambiando i caratteri principali del paradigma caratteristico del Codice civile, che era organizzato attorno al primato dell'autonomia della volontà e fondando un diritto applicabile a qualsiasi relazione giuridica in cui vi sia una parte debole e un'altra forte dal punto di vista negoziale.

A fronte di questa crisi progressiva dell'idea di contratto, i civilisti hanno avvertito che il contratto tra imprese non è assimilabile al contratto tra il consumatore e il professionista, che esistono troppe differenze che separano il contratto tra imprese – e, a loro volta, tra grandi imprese tra loro o con piccole imprese – dai contratti tra persone fisiche, tra loro o con imprese; a loro volta tali contratti differiscono dai contratti collettivi e dai contratti con la Pubblica Amministrazione; una cosa sono i contratti negoziati e altra i contratti per adesione, ove il consenso è «minimo», bastando la mera accettazione³².

Il modello del contratto unico, basato in modo omogeneo e uniforme sull'autonomia della volontà, sarebbe dunque giunto al suo declino, in favore di una dualità di modelli.

Come vedremo in seguito, queste idee hanno avuto un impatto decisivo sulle concezioni degli autori del nuovo Codice civile e commerciale dello stato argentino che accolgono esplicitamente la teoria della frammentazione del diritto contrattuale e costruiscono una teoria non unitaria, ma dualista, del contratto.

V.5. La tendenza alla ricodificazione. Verso una nuova teoria generale del contratto

La decodificazione ha implicato concrete innovazioni che hanno comportato un'evoluzione verso un diritto, da un lato, maggiormente adattato alla realtà e, dall'altro, più aperto al conseguimento dell'ideale di giustizia.

Tuttavia, ciò ha creato anche problemi significativi al diritto contrattuale.

Innanzitutto, per definizione, tutta la legislazione settoriale è, per sua natura, variegata e confusa. Il Codice civile rappresentava la risposta

³² Cfr. J. GAMARRA, *Neoconstitucionalismo*, cit.

all'esigenza di semplicità e chiarezza; l'aggiunta di una ipertrofica legislazione speciale moltiplica i problemi e determina che il diritto privato cessi di essere trasparente e diventi opaco.

Come sostenne acutamente il giurista argentino Atilio Alterini, nella realtà normativa colpita dalla decodificazione, il Codice civile risulta essere stato convertito nell'«eccetera del sistema»; un sistema il cui nucleo è individuabile negli statuti particolari, il che ne produce una sorta di «balcanizzazione»³³.

Inoltre, la legislazione settoriale è generalmente difettosa: non è stata pensata con la mentalità del codice, e ancor meno, del Codice civile, con la pretesa di realizzare un'opera sistematica e durevole. Ciò ha comportato una perdita di qualità della legislazione, e un'insicurezza nella contrattazione.

D'altra parte, la legislazione settoriale è spesso un prodotto di processi sociali e politici in cui gli interessi settoriali ottengono dei vantaggi a scapito dell'interesse generale. Il significato di giustizia generalmente accettato, formulato da John Rawls, è precisamente quello per cui le soluzioni normative devono essere adottate con un «velo di ignoranza», partendo da una posizione generale e astratta, e non da una posizione sociale determinata. Invece, la normativa di settore è attorniata dalle azioni delle *lobbies*, dai gruppi di pressione ed elementi di potere che nelle democrazie «aperte» cercano di ottenere vantaggi e benefici per i propri interessi, riuscendo spesso a distorcere le soluzioni legislative più adatte alla protezione dei consumatori.

È questo il motivo per cui si auspica insistentemente la ricodificazione del diritto privato, e si rivalutano le vituperate idee del Codice civile e della categoria generale del contratto. Esiste una tendenza a reincorporare norme settoriali nei codici, dando luogo alla c.d. «novellazione», o almeno a codificare il diritto settoriale, rivendicando il valore del Codice civile (al di là delle sue esigenze di riforma o aggiornamento) rispetto alla costituzione e alle leggi di settore³⁴.

Nonostante la persistente impronta, in una certa parte della dottrina civilistica, dell'idea che Natalino Irti ha definito «decodificazione», oggi si parla piuttosto di ricodificazione. Avvallando l'idea del lavoro di retrospettione che abbiamo intrapreso, García Cantero sostiene che disponiamo già di una prospettiva storica sufficiente per affermare che non si codifica per sempre e che, paradossalmente, i codici, dal giorno successivo a quello della loro promulgazione, iniziano ad invecchiare, acutizzandosi tale fenomeno inesorabilmente a fronte della rapida evoluzione delle circo-

³³ Cfr. A. ALTERINI, *Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno*, in *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, n. 2 (extr.), 1994, 283-295.

³⁴ Cfr. H. CORRAL TALCIANI, *La descodificación del derecho civil en Chile*, in A. GUZMÁN BRITO (a cura di), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, 2007, 641-651.

stanze tecnologiche, politiche, sociali ed economiche di ogni paese³⁵.

La tendenza alla ricodificazione va di pari passo con il processo di ricostruzione di una nuova idea che spieghi la trasformazione del concetto di contratto, molto diverso da quello che ci ha lasciato la corrente liberale illuminista. In virtù di ciò, la ricodificazione non può costituire semplicemente una ripetizione della codificazione ed implicare una reiterazione dei suoi errori e limiti. Allo stesso modo, la ricostruzione della teoria generale del contratto.

Sorgono, quindi, le domande: come ricodificare? come sarà il nuovo diritto contrattuale? la codificazione del XXI secolo, come supererà le critiche che hanno eroso il prestigio dei codici ottocenteschi? Rispondere non è facile, ma la comunità dei giuristi si è sforzata di trovare alcuni criteri orientatori.

In primo luogo, è certo che il significato di una ricodificazione implicherà, oltre al tradizionale utilizzo del coordinamento tra la Parte Generale e la Parte Speciale del codice, l'incorporazione della prospettiva costituzionale e della legislazione settoriale, riferendosi fundamentalmente alle relazioni con i consumatori.

Riprendendo le parole di Alterini, la funzione del Codice civile e della teoria generale del contratto nel nuovo diritto contrattuale sarà, quindi, quella di contenere il nucleo dei significati dell'intero sistema e servire come lingua universale (Esperanto) per comprendere il sistema integralmente e armonicamente, ordinando in tal modo il guazzabuglio di «testi che si sovrappongono, vengono modificati e abrogati e che finiscono per essere, non tanto “regole di libertà”, ma piuttosto la rete dalla quale la libertà sembra essere soffocata» (Risolía)³⁶. Per questo motivo il giurista argentino ritiene necessario che, per la regolamentazione generale del contratto, debba determinarsi un ordine gerarchico che controlli la concorrenza delle norme del Codice civile con quelle delle leggi speciali. Alterini suggerisce quest'ordine: 1° le norme di ordine pubblico del Codice civile; 2° le norme imperative della legge speciale; 3° le norme imperative del Codice civile; 4° l'autonomia della volontà; 5° le norme suppletive della legge speciale; 6° le norme suppletive del Codice civile.

La teoria generale del contratto deve assumere un nuovo valore, che superi la critica dell'astrazione formale, con l'obiettivo di contenere non solo la Parte Generale e quella Speciale del diritto contrattuale, ma anche il prisma dei principi costituzionali e i criteri di coordinamento con le normative settoriali, suscettibili di includere la diversità degli interessi e delle posizioni in gioco.

La ricodificazione non può evitare il problema del coordinamento tra il

³⁵ Cfr. G. GARCÍA CANTERO, *Desde Sudamérica recomiendan como modelo el Código europeo de Contratos (de Pavia a Tucumán, y ... regreso)*, in *Revista Jurídica del Notariado*, n. 78, aprile-giugno 2011, 539 ss.

³⁶ Cfr. A. ALTERINI, *Bases para armar la teoría*, cit., 283-295.

diritto generale del contratto e il diritto dei consumatori e, più genericamente, tra il Codice civile e soprattutto la Parte Generale sul contratto, e le normative speciali, sia la Parte Speciale dello stesso codice, sia i sottosistemi o microsistemi in materie che toccano il diritto privato.

V.6. *La teoria generale del contratto nel Codice civile e commerciale della Repubblica argentina del 2014*

V.6.1. *Introduzione*

La questione della frammentazione della Parte Generale del contratto, e dalla teoria generale del contratto, appare centrale nel nuovo Codice civile e commerciale della Nazione Argentina, che il 1° ottobre 2014 è stato approvato come legge n. 26.994 dall'onorevole Congresso della Nazione.

La Commissione che si occupò della redazione del Codice, composta da Ricardo Lorenzetti, Aida Kemelmajer ed Elena Highton, seguendo le idee di Atilio Alterini, sposò la concezione di Irti, secondo il quale la seconda metà del XX secolo è stata «l'età della decodificazione»³⁷, affrontando il problema – tipico del nuovo diritto contrattuale – del frazionamento della Parte Generale del contratto.

V.6.2. *La teoria generale del contratto. La sua importanza dogmatica nel Progetto Preliminare e progressi nella sua strutturazione*

Le dichiarazioni fatte dagli autori del progetto preliminare del Codice nel documento che ne spiega i “Fondamenti”, nonché il contenuto della disciplina positiva del contratto in generale da loro proposta, collocano la teoria generale del contratto in un luogo centrale dal punto di vista sistematico.

Nel “Progetto Preliminare” si è tentato – e in certa misura, riteniamo che si sia ottenuto – di risolvere i problemi principali che si stavano accumulando riguardo alla teoria generale del contratto fin dalla sua origine, che gli autori identificano chiaramente nell'apparizione del contratto per adesione, che opera già alla fine del XIX secolo, e nell'emergere di normative settoriali sulle relazioni con i consumatori, a partire dalla seconda metà del XX secolo.

In cosa consisteva questa proposta innovativa? Nel dividere la disciplina del contratto in generale in due titoli: il titolo II, sui “Contratti in Generale” e il titolo III, sui “Contratti con i consumatori”, o piuttosto, sui principi generali della contrattazione con i consumatori.

³⁷ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit.

Si propone, dunque, di ordinare la teoria generale del contratto non in forma unitaria, bensì in forma dualista, collocando i contratti con i consumatori, non ad un livello inferiore rispetto alla categoria del contratto in generale, bensì insieme ad esso, come una specie diversa, appartenente eventualmente a un genere comune, il quale, tuttavia, non può più essere costituito dal contratto in generale come categoria unitaria, poiché questo [il contratto in generale] è concepito come una delle specie, allo stesso livello del contratto con i consumatori.

V.6.3. *L'evoluzione tra il 1998 e il 2012*

Quando prende in considerazione la questione della disciplina della figura generale di contratto, la Commissione formula esplicitamente il problema della regolazione del «tipo generale di contratto». E si muove in due direzioni. Una già consolidata, che consiste nell'unificazione della disciplina dei contratti civili e commerciali. Un'altra, innovativa, che cerca di risolvere – nell'ambito del Codice civile – ciò che considera l'aspetto più controverso, ossia la disciplina dei contratti dei consumatori e il suo grado di estensione.

L'aspetto che riteniamo più interessante di questo nuovo Codice civile argentino è la considerazione di una teoria generale del contratto dualista, e non unitaria, basata sulla distinzione tra contratti paritari e contratti con i consumatori, con una situazione intermedia (di importanza centrale) costituita dai contratti per adesione o predisposti, che non influisce, nella presentazione formale del progetto preliminare, sulla natura duplice della categoria del contratto in generale.

In questo senso è opportuno dar conto dell'evoluzione che ha interessato la dottrina argentina.

Nelle sue *Bases* del 1998, il professor Atilio Alterini era partito della necessità di riconoscere, in contratti discrezionali, la libertà negoziale, ricordando che la formulazione dell'articolo 1134 del Codice civile francese («*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*») orientò la disciplina del contratto nell'ambito dell'autonomia della volontà.

Allo stesso tempo, Alterini riteneva che dovesse essere trattata adeguatamente la distinzione tra i “megacontratti”, i negozi tra coloro che si trovano in condizioni di parità giuridica e i contratti tra coloro che sono diseguali. A quest'ultima categoria compete un regime coerente di norme imperative, che apprestano «precauzioni legislative» tendenti alla «restaurazione della libertà contrattuale laddove si trova minacciata». Pertanto, Alterini pensava che – con indipendenza delle disposizioni puntuali delle leggi sui consumatori – il codice, fondamentalmente, dovesse regolare i contratti predisposti³⁸.

Si tratta di una proposta coerente con l'idea di “frazionamento” e di “ri-

³⁸ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit.

codificazione”, che abbiamo identificato come propria del diritto contrattuale del terzo millennio. Il contratto con il consumatore o il contratto per adesione cessavano di essere ubicati nella periferia del sistema, andando ad occupare un luogo centrale nella teoria generale del contratto e provocando la frammentazione della disciplina.

Già nelle “Giornate Nazionali di diritto civile” tenutesi a Buenos Aires nel 1997, Alterini aveva proposto che «nei contratti discrezionali o paritari, le cui parti si trovano in situazione di uguaglianza giuridica, governasse pienamente l'autonomia privata (art. 1197 c.c.) con le classiche limitazioni» relative agli oggetti proibiti o inidonei, alle finalità illecite o immorali, alla trasgressione delle norme di ordine pubblico e alle norme imperative.

Nell'estremo concettuale opposto si trovano i contratti con i consumatori nella cui disciplina statutaria spicca l'ordine pubblico economico, sia di protezione che di coordinamento. In quest'ambito di contratti, il regime di protezione è stabilito a favore di una parte (il consumatore) ragion per cui la legge fissa un minimo e un massimo di protezione, che può essere derogato, sempre che sia a favore della parte protetta.

Quella proposta di Alterini rifletteva già la crisi della categoria generale di contratto che era stata tracciata dal diritto contrattuale moderno e consacrata nelle codificazioni dell'epoca delle grandi rivoluzioni.

Queste idee erano già state delineate nel *Proyecto de Código civil* argentino del 1998, preparato dalla Commissione creata mediante decreto del Potere esecutivo nazionale 685/95³⁹. Tuttavia, l'innovazione si limitava a contemplare, all'interno del sistema del diritto comune, la distinzione tra contratti discrezionali e contratti per adesione, senza che, all'interno del codice, si prevedesse un'ubicazione speciale per i contratti con i consumatori.

V.6.4. *Lo schema del nuovo codice*

Tentando di proporre una posizione propria, la Commissione del 2011 si allontanò dalla forma in cui era stata proposta la regolamentazione della questione nel progetto di Codice civile argentino del 1998. In quel tentativo, la questione fu risolta distinguendo tra contratto discrezionale e contratto per adesione a clausole predisposte, in sede di forza vincolante del contratto⁴⁰. Tuttavia, la Commissione del 2011 non seguì questo disegno.

³⁹ Cfr. A. ALTERINI, *La teoría general del contrato en el Proyecto argentino de Código Civil de 1998*, in *Estudios de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1999, 437 ss.

⁴⁰ «Articolo 964. Contratti discrezionali. I contratti discrezionali obbligano le parti come la legge stessa e le sue stipulazioni prevalgono sulle norme legali suppletive e sugli usi».

«Articolo 965. Contratti predisposti. Salvo quanto previsto dalle disposizioni speciali, i contratti predisposti e le clausole predisposte, obbligano in generale con la stessa ampiezza stabilita nell'articolo precedente».

Invocando come argomento la «evoluzione che ha sperimentato la materia da allora».

Questa frase è rivelatrice del fatto che i mutamenti che sperimentiamo nell'attuale fase storica del diritto contrattuale avvengono in maniera vertiginosa. La Commissione non esitò a fare riferimento ad un'evoluzione risalente a meno di quindici anni prima, ma che fu in grado di determinare un cambio di posizione. La regolazione dei contratti con i consumatori aveva portato, di pari passo, all'applicazione del principio di protezione del consumatore. Il progressivo ampliamento ed applicazione analogica della definizione di consumatore aveva generato una tendenza all'applicazione del principio di protezione in maniera generale, come se tutti i contratti fossero stipulati con i consumatori. Secondo la Commissione, questa tendenza era produttiva di inconvenienti, perché il sistema veniva gravemente distorto ed era «inappropriato applicare questo regime alla contrattazione tra imprese per la costruzione di un ponte o lo sviluppo di una tecnologia, o una fornitura, o qualsiasi altro vincolo simile. In tutti questi casi [sarebbe stato] necessario preservare l'autonomia privata, secondo l'opinione maggioritaria nel nostro paese [l'Argentina, n.d.t.] e in tutto il diritto comparato. Né si [sarebbe potuto] seguire un criterio quantitativo che port[asse] alla conclusione per cui, se si concludono maggiormente contratti con i consumatori, questi costituiscono la regola generale, perché ciò non avviene in nessun sistema di diritto comparato, né potrebbe avvenire. La differenziazione è argomentativa, valutativa e basata su principi, ma non su quantità che possono variare sensibilmente». In giurisprudenza, il problema principale è che si finisce per applicare i principi posti a tutela del consumatore a contratti commerciali, con conseguente deterioramento della sicurezza giuridica. In dottrina, ci sono molti dibattiti derivati dalla mancanza di una chiara partizione nella legislazione. Gli autori più inclini al principio di protezione formulano critiche tenendo presente il contratto con i consumatori che intendono generalizzare, mentre quelli più favorevoli all'autonomia della volontà, principalmente in materia commerciale, vedono compromessa la sicurezza giuridica⁴¹.

Non si potrebbe chiedere una descrizione migliore di ciò che costituisce il fulcro della discussione attuale sul diritto contrattuale, la questione centrale che influisce sulla stabilità della dottrina generale del contratto, che è la trasposizione delle tendenze protezionistiche proprie del diritto delle relazioni con i consumatori al diritto generale del contratto, che inizia ad essere influenzato dall'idea di tutela della parte debole, o della parte che subisce l'asimmetria del potere negoziale, o che manca di informazioni, o il principio di equilibrio o giustizia contrattuale materiale o riguardante il contenuto, o di collaborazione o solidarietà contrattuale.

Risulta quindi interessante notare che la linea orientativa contenuta nel documento sui "Fondamenti", parte dal significato di tutela della legisla-

⁴¹ Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2012, 143.

zione sulle relazioni con i consumatori e dall'impatto che ha prodotto sulla teoria generale del contratto, ma dà anche grande importanza alla sicurezza giuridica. La proposta è progettata in modo che il giudice non possa riesaminare indiscriminatamente qualsivoglia contratto ogni qual volta verifichi una disparità nel potere negoziale. Potrà farlo quando vi sia una relazione specifica con un consumatore o un abuso di posizione dominante sul mercato. Il significato tutelare delle regole sui rapporti con i consumatori risulta, in tal modo, allo stesso tempo confermata nel suo ambito e limitata rispetto all'applicazione analogica al di fuori di esso.

Fissato questo punto di partenza, la Commissione propone una soluzione, per la quale suggerisce una distinzione fondamentale. «Il problema è che parlano di oggetti diversi»⁴², afferma la stessa riferendosi al contratto discrezionale ed al contratto con il consumatore.

La frammentazione operata nella categoria generale di contratto determina, quindi, l'esistenza di due tipi di "contratto in generale" con caratteristiche e regole differenti. In questo modo, i contratti con i consumatori non sono più concepiti come un nuovo tipo speciale (esempio: la vendita), ma come una «frammentazione del tipo generale di contratti, che influenza i tipi speciali» (esempio: compravendita con un consumatore); da qui la necessità di incorporare la sua disciplina nella Parte Generale.

Come si può notare, ci troviamo di fronte all'ammissione esplicita della frattura della teoria generale del contratto, prodotta dalla volontà di porre il regime di protezione proprio del contratto con i consumatori in relazione al contratto discrezionale o paritario. Siamo all'interno della teoria generale del contratto, perché sia il contratto discrezionale sia il contratto con il consumatore sono presentati nella loro formulazione generale; ma il contratto con il consumatore non è concepito come una specie, bensì come una categoria generale, eterogenea rispetto alla categoria del contratto discrezionale, consacrando la frammentazione del diritto contrattuale. La Commissione afferma che, per arrivare a questa soluzione, la dottrina argentina aveva maturato, da molto tempo, l'idea per cui l'ordinamento giuridico dovesse reagire alla nuova realtà determinata dalla contrattazione con i consumatori e raggiungere una definizione che includesse, da un lato, la tutela della parte debole e, dall'altro, il rispetto per l'autonomia della volontà.

La separazione del concetto di contratto per adesione dall'idea di contratto o relazione con i consumatori consente di stabilire, con carattere generale, un regime dei contratti per adesione, che include tutti i contratti con condizioni generali predisposte, anche se non disciplinanti relazioni con i consumatori; si applicherà, in particolare, alle relazioni tra imprese con diverso potere contrattuale, quando cioè una imponga all'altra condizioni generali di contratto, dando così risposta ad una delle principali sfide del nuovo diritto contrattuale.

⁴² Cfr. *Fundamentos*, cit., 143.

Va notato che questa soluzione appare come un modo concreto e originale di superare la crisi della teoria generale del contratto nella seconda metà del XX secolo, e consiste nel limitare il regime di tutela del contratto con il consumatore, salvo il controllo sulle condizioni generali di contrattazione, che è concepito a livello di contratto in generale, sempre che configuri un caso di adesione.

CAPITOLO VI

CONCLUSIONI.

IL FUTURO DELL' IDEA DI CONTRATTO E I CONTRIBUTI DELLA SCUOLA DI SALAMANCA

SOMMARIO: VI.1. Introduzione. – VI.2. Per una rinnovata validità della teoria generale unitaria del contratto. – VI.2.1. Introduzione. – VI.2.2. La Scuola di Salamanca e la frammentazione della teoria generale del contratto. – VI.2.3. Persistenza dell'idea unitaria e generale di contratto. – VI.2.3.1. Dal punto di vista logico. – VI.2.3.2. Dal punto di vista assiologico. – VI.2.4. Costituzionalizzazione, decodificazione e pluralismo delle fonti. – VI.2.5. Contributo della Scuola di Salamanca: il dialogo tra diritto e morale. – VI.3. Il recupero dell'idea di libertà come essenza del contratto. – VI.3.1. La libertà contrattuale come fulcro dell'attuale sistema di diritto privato. – VI.3.2. La lezione impartita dallo studio storico della teoria generale del contratto. – VI.3.3. La persistenza dell'autonomia privata e della libertà contrattuale. – VI.3.4. Giustizia, solidarietà e autonomia privata. – VI.3.5. Adempimento del patto, responsabilità e dignità. – VI.3.6. Il nuovo volto della giustizia contrattuale.

VI.1. *Introduzione*

Astrarre, cercare l'idea centrale, il principio da cui deriva tutto, separarlo da ciò che è superficiale, circostanziale e anedddotico, non è mai stato un compito semplice.

Tuttavia, nel diritto contrattuale del XX secolo, è possibile rilevare un problema che si presenta con forza tale da facilitarne la formulazione: tutti sostengono che la disciplina del contratto sia in crisi.

A partire dalla formulazione ottocentesca del potere della volontà, la crisi della disciplina del contratto deriva, da un certo punto di vista, dall'aspirazione all'equilibrio della relazione contrattuale. La posizione individualista della tradizione liberale è venuta moderandosi con l'introduzione della funzione sociale del contratto e del valore della solidarietà. Indiscutibilmente il principio di autonomia privata mantiene il rango di principio generale, ma l'appello alla conclusione di un contratto abba-

stanza giusto risulta sempre più penetrante¹. Il nuovo ordine contrattuale è caratterizzato dalla postulazione di un equilibrio che irradia l'intero processo contrattuale, come risposta alla libertà unilaterale esercitata dalla parte contraente dominante. Questa cultura si traduce nell'imposizione di doveri di moderazione e cooperazione che neutralizzino i vantaggi sproporzionati².

Ma questo – e qui sta, a nostro avviso, la nota caratteristica dell'attuale momento della cultura del diritto privato – si scontra con il principio di libertà, della forza vincolante del contratto e dell'intangibilità delle convenzioni liberamente stipulate.

D'altra parte, e come conseguenza di quello scontro tra «due principi fondamentali e opposti» – come ha affermato Federico de Castro – emerge il problema della frammentazione della teoria generale del contratto. Insigni professori affermano che essa ed il concetto generale di contratto in quanto tale, unitario, sono già scomparsi, per lasciare il posto a una dualità o pluralità di idee generali, diverse tra loro, non suscettibili di essere ricondotte utilmente a una figura unitaria.

All'inizio di questo lavoro, abbiamo formulato l'ipotesi per cui una retrospettiva sulle origini della teoria generale del contratto avrebbe potuto fornire elementi utili per orientarsi rispetto a tali problemi fondamentali. A nostro giudizio, l'analisi storiografica potrebbe dimostrare che, a prescindere da altre genealogie, è possibile individuare, nella Scuola di Salamanca un'origine della teoria generale del contratto.

L'ultima domanda che dobbiamo porci è come ha contribuito e può contribuire quel pensiero originale sulla teoria generale del contratto, quel complesso di riflessioni portate avanti da quegli iniziatori dell'idea di contratto in generale riuniti nella Scuola di Salamanca, ai fini della comprensione dei problemi attuali.

Riteniamo che i principali contributi a tale riguardo siano due, strettamente correlati l'uno all'altro.

In primo luogo, la riaffermazione della validità della teoria generale unitaria del contratto, basata precisamente sul consenso libero e volontario.

In secondo luogo, la speciale considerazione del valore della libertà umana espressa nel consenso contrattuale e il principio di responsabilità per la fiducia riposta nell'altro contraente, non slegati da esigenze di giustizia sostanziale ed equilibrio materiale, come accaduto a partire dalle concezioni razionaliste proprie del periodo illuminista.

¹ Cfr. L.V. MOSCARINI, *Riflessioni sul tema del "contratto giusto"*, in ID. (a cura di), *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile*, Padova, 2009, 232, 246.

² Cfr. D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in C. JAMIN-D. MAZEAUD (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, Parigi, 2003, 136.

VI.2. *Per una rinnovata validità della teoria generale unitaria del contratto*

VI.2.1. *Introduzione*

La presentazione della teoria generale del contratto in una prospettiva storica consente, infine, di riflettere sulla sua situazione attuale in ordine alla sua unità o frammentazione. È possibile affermare che la teoria generale del contratto rappresenta un corpo unitario e coerente di pensiero appartenente ad un'epoca determinata – che riconosce in Pedro de Oñate un'espressione originale ed eccellente – ma che sta vivendo una fase terminale, che si è concretizzata nel nuovo Codice civile argentino del 2014, dove si afferma la divisione del contratto in due generi diversi?

Ricordiamo quell'espressione del professore cileno Eduardo Soto Kloss, secondo cui l'idea di contratto come accordo di volontà costituirebbe solo una parentesi nella storia generale del pensiero sul contratto, una parentesi che si è già chiusa³, o l'intuizione di Rogel Vide, quando si chiedeva se il periodo della codificazione potesse essere già considerato come passato prossimo⁴.

VI.2.2. *La Scuola di Salamanca e la frammentazione della teoria generale del contratto*

Come abbiamo visto, il modo impiegato in Argentina per superare questo problema è stato quello di progettare un confine tra due spazi, che distingue chiaramente l'area del contratto paritario – per preservare al suo interno la sicurezza giuridica – dall'area del contratto di consumo, entro la quale la volontà gioca un ruolo molto meno rilevante. E nell'ambito del contratto paritario, viene riservata una disciplina speciale ai contratti per adesione, anche se conclusi tra società. In questo senso si parla di una frammentazione: la distinzione tra categorie non omogenee.

Tuttavia, se vogliamo essere coerenti con l'importanza di una teoria generale del contratto come quella fondata dalla Scuola di Salamanca, basata sulla libertà, a mio parere, la netta separazione tra le varie aree contrattuali, ad esempio l'ambito dei contratti B2B e quello dei contratti B2C, non implica necessariamente la frammentazione, né la perdita di unità della categoria generale del contratto.

Penso che sia tecnicamente preferibile riconoscere la validità teorica della categoria generale del contratto, non frammentato, sebbene separato in

³ Cfr. E. SOTO KLOSS, *La contratación administrativa; un retorno a las fuentes clásicas del contrato, entre otros*, in *Revista de Administración Pública*, 86 (2000), 570.

⁴ Cfr. C. ROGEL VIDE, *Derecho civil. Método*, cit., 165.

due settori (specie) di un genere comune. L'idea di contratto, come schema unitario astratto, generato a partire da tipi singolari, costituisce una conquista monumentale del pensiero giuridico. Le norme, vigenti nella maggior parte dei nostri codici, che si riferiscono all'applicabilità dei precetti di Parte Generale a tutti i contratti, anche a quelli atipici, rappresentano «il fondamento positivo della categoria civilistica del contratto». La vigenza della categoria generale del contratto e l'utilità della sua disciplina diventano evidenti quando si analizza la legislazione settoriale, dove è comune trovare carenze normative e lacune, nonché contraddizioni.

La soluzione di queste questioni non può che essere trovata ricorrendo all'inquadramento sistematico; diversamente si rischierebbe l'arbitrarietà⁵. Tutto ciò riafferma l'utilità ed il valore di uno schema unitario astratto quale la categoria generale del contratto⁶.

Non sembra, dunque, che la teoria generale del contratto debba essere divisa in due, dovendo, invece, riflettere unicamente la maggior complessità dell'attuale diritto contrattuale⁷; semplicemente, quella visione unitaria, d'ora in poi, dovrebbe essere più articolata, dando conto di una maggiore complessità; il che obbligherà l'operatore del diritto, sia esso il giudice, l'avvocato o l'accademico, a sforzarsi per contemplare, al momento dell'applicazione, quando il dover essere si converte in essere e le entità di ragione danno origine alla realtà, un orizzonte più ampio di variabili, tenendole in considerazione simultaneamente. Si è detto che, a differenza dell'arte della morale – che è la scienza dell'atto buono e si nutre di dichiarazioni generali – l'arte del diritto – ossia la scienza dell'atto giusto – è fatta di distinzioni⁸.

Pare dunque non giustificato l'atteggiamento consistente nel prescindere dalla categoria generale del contratto. Nel progetto argentino si parla di un frazionamento che separa la categoria dei contratti discrezionali dai contratti con i consumatori, ma entrambi vengono denominati contratti: il contratto discrezionale e il contratto con il consumatore, suggerendo in tal modo l'esistenza di un nucleo concettuale comune, un genere prossimo, che non è altro che il contratto in generale.

Infine, oltre all'argomento tecnico, milita, a favore della vigenza dell'unità della teoria generale del contratto, un argomento etico e politico: sembra esserci un forte consenso sul fatto che quella teoria generale del contratto di carattere unitario, che costituisce la spina dorsale del diritto contrattuale, trovi il suo fondamento nella libertà.

Anche i rapporti con i consumatori sono basati sui contratti, cioè, su atti liberi che coinvolgono la responsabilità dei soggetti. Ritengo doveroso rico-

⁵ Cfr. G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 673.

⁶ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 43 ss.

⁷ Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, 2011, 240.

⁸ Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 50.

noscere l'autonomia della volontà e la responsabilità del consumatore, posto che parliamo di contratti, ossia – come diceva Filippo Vasalli – atti liberi per antonomasia⁹. Come sottolinea Díez Picazo, in qualunque modo si analizzino, le operazioni effettuate in ambiti ove opera la libertà di mercato, integrano necessariamente dei contratti¹⁰; lo strumento contrattuale, basato sulla libertà, è quindi essenziale in tutto il campo del commercio giuridico.

La disciplina di protezione può ridurre o comprimere, ma non escludere l'autonomia privata e l'auto-responsabilità. L'autonomia privata risulta molto limitata, ad esempio dal controllo di abusività persino delle clausole negoziate (nullità di protezione), dall'applicazione d'ufficio della disciplina di protezione¹¹ e dal fatto che il consumatore non è tenuto a "investire" nell'informazione, come nel caso dell'imprenditore; così come dai requisiti della pubblicità del contratto e dal diritto di recesso, nei casi particolari in cui è ammesso.

Tuttavia, il criterio per un controllo efficace dell'incorporazione delle condizioni generali, che consiste nell'esclusione di quelle clausole che il consumatore non avrebbe potuto conoscere, dimostra che il modello, lungi dall'allontanarsi dal concetto di libertà, è posto a tutela dell'opzione e della volontà del consumatore.

Anche in questo senso, non va dimenticato che il progetto argentino, nemmeno nell'ambito del contratto con i consumatori, dove la tutela raggiunge il massimo grado, ammette l'intervento dello Stato in materia di opzioni sul rapporto qualità-prezzo, che continua ad essere un'area riservata alla libera scelta del consumatore, che deve essere informato ed educato per l'esercizio responsabile di quella stessa libertà.

In quest'ottica, sembra preferibile la standardizzazione nell'ambito del contratto, e non nell'ambito delle obbligazioni, che è stato il modello scelto dal codice argentino e dagli autori del DCFR (*Draft of Common frame of Reference*). E questo perché – in merito all'integrazione economica del mercato – ciò che è richiesto è l'unificazione del diritto degli atti di autonomia privata che costituiscono il mercato, ossia i contratti. Come afferma Díez Picazo in Spagna, una regolamentazione dei contratti deve anteporre la disciplina della libertà; ciò fornisce un senso e un contenuto che svanisce se la disciplina parte dal concetto astratto di obbligazione¹².

In definitiva, la necessaria standardizzazione del diritto contrattuale

⁹ Cfr. F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi Giuridici in onore di Cicu*, Pubblicazione della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma, III-II, *Studi vari* (1942-1955), Milano, 1960, 753 ss.

¹⁰ Cfr. L. DíEZ PICAZO, *Contratos de consumo y derecho de contratos*, cit., 11.

¹¹ Come fece la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nei casi Océano-Salvat Editores, sentenze C/240/98, C/241/98.

¹² Cfr. L. DíEZ PICAZO, *Reforma de los códigos y derecho europeo*, in *ADC*, 56, n. 4, 2003, 1570.

negli ambiti dell'integrazione economica, siano essi europei o latinoamericani, richiede l'impiego approfondito delle cornici concettuali di una teoria generale del contratto e del rispetto del principio di libertà, sussidiarietà e autonomia della volontà, fatta salva la definizione di ambiti determinati che necessitano di protezione.

Credo che i lavori successivi, sia in Europa che in America Latina, ammetterebbero come guida imprescindibile, come vero *tableau de marche*, il progetto preliminare di Codice europeo dei contratti di Pavia. In effetti, il modello del Codice di Pavia è quello che sembra più sicuro. Oltre ai motivi espressi nelle conclusioni del congresso di Tucuman¹³, si può aggiungere che il ricorso alle norme sembra più appropriato del ricorso a principi, che appaiono troppo astratti e non riescono a garantire l'uniformità delle soluzioni applicative a livello giurisprudenziale.

Ribadisco: una legislazione di qualità non può essere costituita solo da principi; risulterebbe vaga. La dimensione basata su principi risulta di stimolo per la comparsa di valori nell'orizzonte dell'applicazione del diritto, ma, allo stesso tempo, si caratterizza per un'inevitabile difficoltà di determinazione e ambiguità che contraddistingue i valori e i principi rispetto alle regole, che sono generalmente più precise e offrono soluzioni specifiche.

D'altro canto, la legislazione non può nemmeno essere ridotta a una proliferazione di norme settoriali; ha bisogno di un sistema articolato di norme generali, proprie della Parte Generale del diritto dei contratti, di norme speciali e di norme specifiche incorporate da leggi settoriali.

All'inizio di questo lavoro abbiamo formulato l'ipotesi per cui una corretta applicazione e un approccio equilibrato al diritto contrattuale, richiedano necessariamente l'incorporazione delle prospettive proprie sia della Parte Generale, sia della Parte Speciale, in una visione dialettica e integrata del diritto contrattuale¹⁴; e nel suo sviluppo abbiamo percepito come tale prospettiva debba essere completata mediante il ricorso ai principi costituzionali ed alla normativa settoriale.

Grant Gilmore suggerisce che, allo stesso modo che nell'arte e nella letteratura, dove si presenta un'alternanza tra periodi classici e periodi romantici, anche nel diritto è possibile percepire la regolarità di un'alternanza di ritmi; così, i periodi classici, in cui tutto è ordine, prolissità, chiarezza, strutturazione e armonia, sono seguiti da tempi di pausa, nei quali assistiamo allo smantellamento delle strutture, e questi, a loro volta, sono seguiti da altri periodi in cui torniamo ad aspirare all'ordine, anche quando è un nuovo ordine¹⁵.

Così come accadeva 500 anni fa, quando la scuola di Salamanca operava oltre l'oceano Atlantico in un andirivieni di professori e libri, al giorno

¹³ Cfr. *supra*, V.6.

¹⁴ Cfr. *supra*, I.1.12.

¹⁵ Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, cit., 112.

d'oggi, nel mondo globalizzato, sia in Europa che in America Latina, siamo sempre più consapevoli del potere strutturante del diritto civile¹⁶, che si traduce in una teoria generale del contratto e in una Parte Generale del diritto contrattuale, che non funziona più meccanicamente, bensì integrandosi con la Parte Speciale, le norme costituzionali e la legislazione settoriale, pur risultando, di per sé, imprescindibile per dare coerenza alla cornice giuridica generale della contrattazione in un mercato integrato.

VI.2.3. *Persistenza dell'idea unitaria e generale di contratto*

Abbiamo visto come la tendenza centrifuga del diritto contrattuale moderno, prodotto della decodificazione, sia giunta fino all'estremo di determinarne la frammentazione.

Possiamo dunque affermare che quell'imponente costruzione dell'Albero di Porfirio dei predicati sui contratti, elaborata da Oñate, costituisce oggi una mera curiosità archeologica?

A nostro avviso, quella concezione che, al di là di un'amplessissima varietà di specie, pone il contratto nell'ambito del genere delle convenzioni, e mai al di fuori di esso, è assolutamente attuale.

La proliferazione dei contratti non spaventò gli autori della Scuola di Salamanca. Al contrario, l'unitarietà non li portò ad escludere la complessità. La disciplina del contratto che emerge dalla crisi non dovrebbe rinunciare a quell'unità di genere fondata sulle origini della teoria generale del contratto. L'idea di contratto come schema unitario astratto, generato a partire dai tipi particolari, dopo un lungo processo che sfocia nell'opera dei pensatori della Scuola di Salamanca e che culmina, secondo la nostra ricerca, con la costruzione di Oñate, professore a Lima e Cordoba, costituisce, senza dubbio, uno strumento valido del pensiero giuridico.

Evidentemente, l'idea di contratto in generale che oggi impieghiamo, soprattutto nella contrattazione che opera nel mercato, è caratterizzata dalla combinazione di modelli e forme tradizionali con forme contrattuali introdotte dalla prassi internazionale¹⁷, e persino da ipotesi fattuali che difficilmente possono definirsi come negozi giuridici volontari. Tuttavia, ciò non richiede, né rende conveniente abbandonare la teoria tradizionale dell'autonomia privata, che, non solo può sempre essere utile a livello tecnico, ma può anche fornire una prospettiva eticamente orientata delle relazioni contrattuali¹⁸. Le norme vigenti nella maggior parte dei nostri codici, che riguardano l'applicabilità delle norme della Parte Generale a tutti i contratti, anche a quelli atipici, rappresentano, come diceva Benedetti, «il

¹⁶ C. PRIETO, *Une culture contractuelle commune en Europe*, in <http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/er20030106prieto.pdf>, 16.

¹⁷ Cfr. E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, cit., 16.

¹⁸ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., 50.

fondamento positivo della categoria civilistica del contratto»¹⁹.

Secondo questa posizione, la proliferazione di leggi speciali non influisce sulla validità della categoria generale del contratto o del ruolo centrale che ricoprono le norme che disciplinano la figura del contratto in generale. Al contrario, l'indiscutibile processo centrifugo di una certa legislazione ribadisce la necessità di una Parte Generale ai fini di un'interpretazione e un'applicazione armoniche dell'ordinamento giuridico. Ciò senza tener conto che i nuovi contratti innominati non riescono, di norma, a trovare una disciplina adeguata in sede di contratti tipici e ancor meno nella legislazione speciale estranea ad essi.

Tutto ciò corrobora l'utilità e il valore di uno schema unitario astratto che si risolve nella categoria generale del contratto²⁰.

Sin dalla sua genesi, l'opera di codificazione è stata messa in discussione e contestata come forma di regolamentazione delle relazioni sociali. Tuttavia, a fronte di questo invito ad abbandonare i codici, considerandoli come una forma obsoleta di legislazione, possiamo verificare che essa non solo non tramonta, ma, al contrario, ha visto una notevole fioritura negli ultimi anni. I Codici civili si confermano come testi irrinunciabili ed ineliminabili dall'esperienza e dalla storia in cui siamo immersi²¹.

Certamente, il processo di decodificazione e di frammentazione della teoria generale del contratto pone la sfida di riformularlo per dar conto delle novità evidenti e inevitabili. La possibilità di sussistenza di una teoria generale del contratto sarà in futuro dipendente dalla sua attitudine a coordinare i principi costituzionali, le norme generali e speciali del Codice civile e i microsistemi isolati, nonché a servire come un cordone ombelicale che collega i contratti civili, commerciali, di lavoro, amministrativi, finanziari, con il consumatore, nonostante la loro autonomia, all'idea di "contratto in generale"²².

Gamarra ritiene comprensibile il fatto che la dottrina attuale concentri il suo interesse sulla Parte Speciale. Tuttavia, sembra impossibile costruire una seconda parte (quella speciale) prescindendo dalla Parte Generale, perché da norme settoriali non è possibile estrarre principi generali per l'intero sistema. Anche se si assegna alla Parte Generale una funzione residuale, come fanno Irti o De Nova, va notato che ciò che è residuale non assume qui una connotazione peggiorativa, dal momento che le menzionate norme disciplinano segmenti essenziali come quello che definisce il con-

¹⁹ Cfr. G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., 649 ss.

²⁰ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 43 ss.

²¹ Cfr. P. RESCIGNO, *L'unificazione del diritto in materia di contratti nel sistema giuridico romanistico, Roma e America. Diritto Romano Comune. Diritto dell'integrazione e de l'unificazione del diritto in Europa e America Latina. Unificazione del diritto dei contratti in America Latina*, 7, Modena, 1999, 167 ss.

²² Cfr. J. GAMARRA, *Neoconstitucionalismo. Código y ley especial*, cit.

tratto, quello che stabilisce i suoi requisiti, le regole di interpretazione, nullità e responsabilità, fissa la classificazione di obbligazioni e contratti, ecc., materie senza le quali l'interprete navigherebbe alla cieca, nel caos dell'anarchia²³; si tratta di norme imprescindibili per il funzionamento (e l'esistenza stessa) del diritto contrattuale²⁴. Come sottolineato da Benedetti, senza la categoria logico-formale del contratto in generale, non sarebbe nemmeno possibile articolare un discorso idoneo a risolvere qualsiasi problematica in materia contrattuale²⁵.

La riflessione sulla storia del diritto contrattuale e sulla teoria generale del contratto sembra dimostrare che la conservazione della categoria del contratto in generale sia necessaria dal punto di vista logico e conveniente dal punto di vista assiologico.

VI.2.3.1. *Dal punto di vista logico*

In effetti, se i contratti discrezionali sono contratti, e lo sono anche i contratti con i consumatori, evidentemente tutti sono contratti; questo conduce ineludibilmente, seguendo il metodo di definizione secondo genere e specie che abbiamo appreso dai maestri della scolastica, a postulare l'esistenza della categoria generale del contratto.

Seguendo Benedetti, ci rifiutiamo di rinunciare all'utilità sistematica e alla valenza assiologica della categoria generale di contratto, perché comprendiamo che la Parte Generale, contenente i predicati fondamentali sul contratto in generale, e la Parte Speciale e i sottosistemi e microsistemi costituiscono i poli ineliminabili di una fertile dialettica²⁶.

Tutta l'ermeneutica giuridica presuppone il gioco discreto di regola ed eccezione, del generale e del particolare; è opportuno stabilire i principi di validità universale e, a tempo debito, delimitare i casi in cui tali principi vengono lasciati da parte o modificati. Le regole generali governano tutti gli atti giuridici, con i necessari adeguamenti, nella Parte Generale del contratto, mentre, nella Parte Speciale si trovano le norme tipiche di ciascuna figura particolare²⁷.

L'utilità e il valore di uno schema unitario astratto risulta riaffermata, posto che non sembra aver perso, né potrebbe perdere, come categoria logico-formale, il suo ruolo centrale nell'ambito degli atti di autonomia privata²⁸.

²³ Usando le parole che Oñate prende in prestito da Ovidio, il diritto contrattuale è definito come «abissi immensi, caos infinito, sabbie mobili, mare innavigabile, nube oscura».

²⁴ Cfr. J. GAMARRA, *Neoconstitucionalismo. Código y ley especial*, cit.

²⁵ Cfr. G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 104.

²⁶ Cfr. G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti*, cit., 669.

²⁷ Cfr. A. ALTERINI, *Bases para armar la teoría general del contrato*, cit., 283-295.

²⁸ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale*, cit., 379 ss.

Nell'ambito teorico, dunque, non si può negare alla scienza giuridica l'ambito aperto delle costruzioni generalizzanti del potere della volontà.

Al contempo, non si può nemmeno negare il suo valore pratico, poiché unifica e contempla ciò che è comune alle varie specie di negozi²⁹.

Come Díez Picazo afferma acutamente, tentare di qualificare le operazioni con i consumatori con un'etichetta diversa da quella contrattuale, ci farebbe sprofondare nella maggiore delle complessità possibili, perché non sapremmo di che tipo di operazione si tratterebbe e saremmo costretti a cercare un regime giuridico suppletivo di cui non disponiamo, per giustificare le attribuzioni patrimoniali.

In sintesi, per il maestro è meglio, da un punto di vista pratico, che si tratti di contratti piuttosto che di qualunque altra cosa³⁰.

In effetti, fatta salva la tutela degli interessi economici dei consumatori e della più o meno limitata capacità decisionale o libertà del consumatore, a cui può aggiungersi la posizione di supremazia in cui si trova l'imprenditore rispetto al consumatore, non appare possibile escludere la natura contrattuale delle operazioni con i consumatori³¹.

Come sottolinea Roppo,

«... l'attuale trasformazione strutturale del diritto contrattuale può destare preoccupazione, non per cieca fedeltà verso l'ordine sistematico in questione, o per nostalgia verso l'unitarietà del soggetto giuridico, conquistato dalla pandettistica, parallelamente alla costruzione della categoria del negozio giuridico, ora minacciata dalla frammentazione del soggetto secondo categorie socio-economiche diverse (consumatore e professionista); ma per il rischio che questo processo di rottura dell'unità indotto dalla categoria del contratto con il consumatore non si limiti a convertire il sistema del diritto contrattuale in uno strumento articolato e flessibile, adatto a offrire risposte adeguate a richieste sociali differenziate; estendendosi ed accentuandosi, invece, fino al punto di deformare il diritto contrattuale in un contesto normativo troppo frammentato e incoerente per funzionare come una macchina efficiente per regolare e governare le relazioni sociali. Questa preoccupazione sembra essere presente nel pensiero stesso della Commissione europea, che, sempre più spesso, riconosce nella disciplina della protezione dei consumatori un'eccessiva frammentazione, affermando la necessità di superarla»³².

Mutatis mutandi, ci sembra che si tratti della stessa preoccupazione di raggiungere l'unità di significato a fronte della frammentazione normativa

²⁹ Cfr. J. ROCA JUAN, *Recensión a Albaladejo, Manuel, El negocio jurídico*, in *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, XVI, n. 3-4, Curso 75-76, 1980, 335-336.

³⁰ Cfr. L. Díez PICAZO, *Contratos de consumo y derecho de contratos*, cit., 16.

³¹ Cfr. L. Díez PICAZO, *Contratos de consumo y derecho de contratos*, cit., 14.

³² Cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, cit., 271 ss.

che esprimeva Oñate con le seguenti parole nel tomo II, disp. 24, dell'opera che abbiamo commentato:

«Riguardo al diritto civile (precedente a Giustiniano) e con ragione, si poteva perfettamente sollevare la stessa obiezione erronea, verso chi, da quel caos rozzo e indistricabile di tante miriadi di antiche leggi, riuscì, al fine di non ofuscare o rinchiudere l'ingegno degli studenti, a mettere un titolo a tutto, per separare con chiarezza, ordine e distinzione, tutto ciò che con ampia dedizione preoccupò i supremi e sapientissimi uomini e che ora risulta con chiarezza ... questa serie del predicamento, quest'ordine, questa distinzione, contiene tutto il necessario per la conoscenza dei casi. E coloro che si preoccupano di ciò che mancò a Giustiniano e agli antichi scrittori ... devono essere elogiati.

Nuovamente, nessuno pensi che sia impossibile; se, in effetti, partendo dalle sacre scritture e dagli antichi dottori, senza alcun ordine scolastico, ma confusamente, e quando gli interpreti ne avevano l'occasione, non fu impossibile per la teologia scolastica tornare a quell'ordine e chiarezza che vediamo e di cui godiamo tutti: perché non riconosciamo lo stesso, in maniera simile, del vasto e confuso mare del diritto?».

Il diritto civile – in senso stretto, il diritto comune – recupera così la funzione primigena di costituire uno strumento tecnico solido, al servizio altresì di altre discipline³³.

VI.2.3.2. *Dal punto di vista assiologico*

Ma ci sono anche considerazioni di natura assiologica. Non si può dimenticare che l'obiettivo ultimo della relativa disciplina è la protezione dei consumatori, fornendo loro strumenti per un'azione responsabile. Inoltre, la teoria generale del contratto, come discorso unitario, funge da punto di riferimento per un'applicazione uniforme e ugualitaria dei diritti del consumatore, e per l'allineamento delle nuove tipologie contrattuali ai modelli noti³⁴.

Da qui l'inopportunità di rinunciare all'idea di un contratto in generale, strumento per eccellenza – come ci ha chiaramente insegnato la Scuola di Salamanca – per l'affermazione della dignità della persona, in quanto costituisce, come categoria unitaria, una garanzia individuale di libertà, nel senso che il soggetto, nei suoi rapporti di diritto privato, sarà obbligato solo nei termini a cui ha acconsentito.

³³ Cfr. N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del Trabajo*, I, 3.^a ed., México, 1979, n. 41, 107, citato in C. MANGARELLI, *Aplicación supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2000, 29.

³⁴ Cfr. A. CAUMONT, *Derecho subjetivo del consumidor a una tipología contractual transparente e inequívoca. La teoría general del negocio jurídico como garantía del debido respeto a tal derecho*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXVII, 1997, 461.

Ricordando Antonio Gómez: «... *in quolibet actu vel negotio, in primis quaerendum est de personae*»³⁵.

Come esempio di ciò, Rescigno sostiene che anche il diritto del lavoro, primo ramo del diritto che si è separato dall'ideologia della codificazione, ritorna all'idea di contratto, nella cui vecchia struttura si trovano le garanzie per il lavoratore per quanto riguarda l'oggetto, le modalità e i limiti della collaborazione e dell'impiego della diligenza che può essergli richiesta³⁶.

In questo senso, si pronuncia anche Díez Picazo il quale sostiene che le operazioni con i consumatori sono contratti e che, pertanto, è legittimo parlare di «contratti con i consumatori»; afferma, inoltre, che per enfatizzare il carattere di tali operazioni è sufficiente considerare che la protezione del consumo e dei consumatori è comprensibile e fattibile unicamente nei mercati di massa che operano in regime di libertà.

Ha poco senso, o meglio non ne ha, parlare di protezione dei consumatori in paesi o zone soggette a regimi d'economia controllata, come avveniva, e in una certa misura continua ad accadere, nei cc.dd. paesi del socialismo reale, che si trovavano dietro la cortina di ferro³⁷.

In breve, riteniamo che la categoria generale del contratto costituisca un'acquisizione irrinunciabile della scienza del diritto; la disciplina generale del contratto prevista nei nostri Codici civili contiene intrinsecamente i principi e le regole sia per la disciplina di diritto comune degli atti di autonomia privata, ossia la disciplina della libertà umana nelle sue relazioni economiche, sia per la disciplina delle relazioni tra contratto e mercato³⁸.

Si chiude, dunque, la trattazione della questione, riconoscendo l'indubbia esistenza di una tendenza alla frammentazione e riaffermando l'impressionante attualità della teoria generale del contratto come imperativo razionale prima, e giuridico poi.

Quelle categorie forgiate dalla Scuola di diritto naturale e dalla Seconda Scolastica della Scuola di Salamanca non sembrano aver perso valore.

Da un lato, le categorie logiche ordinanti: l'organizzazione del contratto in genere e specie, ciascuna delle quali ha caratteristiche proprie che s'impongono all'interprete al momento di definire il regime giuridico dell'operazione economica; dall'altro, le categorie assiologiche: il valore del consenso, la consacrazione giuridica della libertà e, soprattutto, l'esecuzione forzata dell'obbligazione come espressione della responsabilità che comporta la libertà, requisito indispensabile per la promozione dell'uomo.

Non sembra, dunque, che la teoria generale del contratto si sia divisa

³⁵ D.A. GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civilis*, cit., 425. V. Cfr. *supra*, II.8.1.

³⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Premessa*, in *Trattato dei contratti*, cit., XLII.

³⁷ Cfr. L. DíEZ PICAZO, *Contratos de consumo*, cit., 11.

³⁸ Cfr. E. GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, 35.

in due; comunque essa – sempre unitaria – mostra una maggiore complessità³⁹; semplicemente, ciò che avviene è che quella visione globale, sarà, nel futuro, chiaramente, più articolata, e caratterizzata da maggiore complicatezza.

Il nuovo diritto contrattuale sarà decisamente più complesso e risponderà ad esigenze molto superiori a quelle proprie della visione classica liberale. Saranno necessarie la contestualizzazione del contratto e l'osservazione della reale condizione delle parti. L'interprete dovrà tenere in considerazione questo dato, di cui prima non si teneva conto: era sufficiente la considerazione formale del consenso privo di vizi. La tendenza del legislatore della ricodificazione è quella di accettare la teoria della lesione qualificata e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta⁴⁰. Oggi non si analizzerà allo stesso modo un contratto tra professionisti e quello tra professionisti e consumatori. Non si faranno oggetto delle medesime considerazioni i contratti istantanei e quelli il cui adempimento avviene durante un periodo prolungato. Sarà presente il concetto di contratto relazionale, rispetto al quale si pone particolarmente in evidenza l'iniquità del comportamento opportunistico, posto che, nel lungo periodo, è normale che appaiano circostanze impreviste (non necessariamente imprevedibili), che fanno emergere la questione della solidarietà.

In ogni caso, se scegliamo di non perdere di vista il grande insegnamento dei classici, la domanda essenziale da considerare a proposito del contratto sarà sempre la questione della libertà e della ragione attorno ad essa. In questo modo si riafferma la validità della teoria generale del contratto, come concetto unitario e generico, basato sul rispetto del libero consenso come principio generale della disciplina dei rapporti di diritto privato, come dottrina generale, suscettibile di essere applicata indiscriminatamente a tutti i vincoli tra i soggetti che ricorrono al commercio giuridico per la soddisfazione dei loro bisogni economici, siano essi rapporti di consumo o meno. Si rivela così corretta l'idea di Royo Martínez che parlava della «persistenza del contratto», proponendo la correzione degli abusi

³⁹ Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., 240.

⁴⁰ Così il Codice Europeo dei contratti di Pavia prevede, nel suo articolo 30.3, la lesione qualificata: è rescindibile, come previsto nell'art. 156, il contratto con il quale una parte, abusando dello stato di pericolo, di necessità, di incapacità di intendere e di volere, di inesperienza, di soggezione economica o morale della controparte, fa promettere o dare a sé o a terzi una prestazione, o altri vantaggi patrimoniali, manifestamente sproporzionati rispetto alla controprestazione da lei data o promessa; nell'articolo 157, l'obbligazione di rinegoziare; nei principi dell'Unidroit sui contratti commerciali internazionali, nell'articolo 3.10 si prevede la lesione qualificata (*gross disparity*), nel caso in cui una parte si approfitti in maniera ingiustificata della dipendenza, sofferenza economica o necessità urgenti; nell'articolo 6.2.1, l'eccessiva onerosità sopravvenuta (*hardship*). Nei Principi Lando, articolo 4.110, si prevede l'annullamento del contratto che provochi un disequilibrio significativo, contrario alla buona fede, tra i diritti e le obbligazioni derivanti dal contratto.

senza prescindere dalla natura contrattuale del vincolo⁴¹.

Anche dal punto di vista politico, la teoria generale del contratto basata sul consenso, fondata sulla libertà, può essere percepita come una garanzia della libertà individuale. Nel nuovo diritto contrattuale, non è possibile prescindere dall'orientamento fondamentale verso la libertà, né dall'unità della teoria generale.

La teoria generale unitaria del contratto, fondata, quattrocento anni fa, sulla libertà, nonostante profonde trasformazioni, non ha quindi perso attualità.

VI.2.4. *Costituzionalizzazione, decodificazione e pluralismo delle fonti*

Quest'aspetto della crisi che stiamo vivendo in materia di disciplina dei rapporti contrattuali, deriva dal fatto che la risposta a tutte le questioni applicative non è più racchiusa nel Codice civile, considerato isolatamente, avvertendosi, invece, la necessità di rivolgersi ad altre fonti: da un lato, come si è detto, alla legislazione settoriale, e dall'altro, fundamentalmente, alla costituzione. L'interpretazione della legge non segue più esclusivamente i dettami dei titoli preliminari dei codici civili, richiedendo che venga eseguita anche alla luce della costituzione⁴². In particolare, è il principio di uguaglianza, riconosciuto in tutte le costituzioni democratiche come principio generale di diritto, quello che ha avuto il ruolo più aggressivo rispetto alla teoria generale classica del contratto, caratterizzata dalla predominanza del principio di libertà.

Si dice che, come conseguenza della frammentazione del diritto contrattuale, una delle caratteristiche del diritto privato "postmoderno" sia il pluralismo delle fonti. Posto che sono contemporaneamente in vigore, da un lato, i codici, in particolare il Codice civile, e con essi la Parte Generale e la Parte Speciale del diritto dei contratti, e dall'altro, le norme settoriali, le quali generano "microsistemi", l'interprete deve affrontare la sfida di organizzare l'applicazione di questa normativa plurale. Secondo Jayme, citato da Claudia Lima Marques, dall'attuale «pluralismo postmoderno», implicante un diritto con una pluralità di fonti, sorge la necessità di un coordinamento tra loro, e secondo l'autore, la soluzione a questa pluralità di fonti rappresenta «la prima sfida di colui che, in epo-

⁴¹ Cfr. M. ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, in ADC, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1949, 4.

⁴² Cfr. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, 189, 246; G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, 2009, 39-40; M. RISSO FERRAND, *¿Qué es la Constitución?* Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010, 29; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, Codice civile e codici di settore*, in ID. (a cura di), *Remedies in contract. The common rules for a European Law*, Padova, 2003, 274.

ca contemporanea, è chiamato ad applicare il diritto»⁴³.

Nello stesso senso, Díez Picazo afferma che il punto centrale oggetto di dibattito è la relazione che esiste e deve esistere tra disciplina generale dei contratti nel Codice civile (ed eventualmente, anche nel Codice di Commercio) e l'esistenza di quest'altro ordinamento, che include i contratti coi consumatori e che sembra presentarsi come un diritto di carattere speciale e, in un certo modo, frammentario⁴⁴.

Davanti al problema del conflitto tra due norme contraddittorie, il diritto vigente prima della congiuntura attuale proponeva una soluzione univoca e rigida, mediante l'esclusione totale di una di esse, al fine di garantire l'armonia dell'ordinamento. A tal fine, vi erano principi fissi e determinati: il principio di gerarchia, di deroga e di competenza. Invece, la dottrina attuale propone, al posto dell'esclusione o della sostituzione totale di una norma con un'altra, l'armonizzazione o il coordinamento tra loro. Quest'obiettivo di armonizzazione tra diverse norme si converte, nel mondo postmoderno, in una necessità, posta dal processo di "decodificazione", di incidenza della topica e di micro-codificazione.

In precedenza, imperava esclusivamente il Codice civile. Il processo di decodificazione ha generato nuove normative settoriali, ma non l'ha abrogato. Entrambi i sistemi normativi coesistono e hanno una vocazione applicativa. Piuttosto che un'esclusione totale di un sistema generale da parte di un sistema speciale, si propone un coordinamento tra entrambi, presieduto dal criterio della c.d. *efficienza funzionale* del sistema plurale complesso del nostro diritto contemporaneo⁴⁵. Di conseguenza, si potrebbe giungere a superare la contraddizione mediante ciò che Sauphanor chiama la *coerenza derivata o restaurata*⁴⁶. Il risultato finale è ciò che Jayme definisce come «dialogo delle fonti», processo che consentirebbe un'applicazione simultanea, coerente e coordinata di diverse fonti convergenti.

VI.2.5. *Contributo della Scuola di Salamanca: il dialogo tra diritto e morale*

Riguardo a questa questione del pluralismo delle fonti, ha qualcosa da dirci la Scuola di Salamanca?

I nostri autori della Seconda Scolastica, seguendo la tradizione che diede origine alla teoria generale del contratto, si sono occupati in maniera

⁴³ Cfr. C. LIMA MARQUES, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, São Paulo, 2010, 30.

⁴⁴ Cfr. L. Díez PICAZO, *Contratos de consumo*, cit., 16.

⁴⁵ Cfr. C. LIMA MARQUES, *Comentários ao código*, cit., 31.

⁴⁶ Cfr. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, Paris, 2000, 23-32, cit. in C. LIMA MARQUES, *Comentários ao código*, cit., 31.

approfondita della relazione tra il diritto e la morale. L'ordinamento giuridico che gli autori della Scuola di Salamanca hanno in mente non è unitario, bensì dialogico.

Allo stesso modo, attualmente, si parla del fatto che la presenza dei principi costituzionali fornisce un «modello assiologico», e rappresenta un vento fresco e rinnovatore che alleggerisce i pesanti fardelli del nostro tradizionale positivismo. Il neo-costituzionalismo è fortemente differente rispetto al positivismo (che separa completamente il diritto dalla morale)⁴⁷. In questo modo è possibile sostenere che si afferma una nuova cultura del diritto privato attorno al pluralismo e al dialogo delle fonti.

In questa nuova cultura, a giudicare dalla sintesi raggiunta nel nuovo Codice civile argentino, si riconosce un ruolo centrale alla legge, interpretata come fece tradizionalmente la Scuola dell'Esegesi, ma in una dimensione più ampia e profonda, che include i principi e valori costituzionali; ciò conduce alla distinzione tra legge, come fonte individuale, e diritto, come risultante dall'applicazione di tutte le fonti dell'ordinamento.

Ciò si traduce necessariamente in un diritto privato più complesso e articolato. Come conseguenza della visione postmoderna, tutte le questioni sulla teoria del contratto saranno inevitabilmente più sfumate a partire da questa nuova cultura del diritto che abbandona l'illusoria linearità dell'interpretazione per richiedere al soggetto una capacità di articolazione della pluralità di *topoi* o gruppi di argomenti. Come abbiamo detto, il diritto dei contratti si presenterà come molto più complesso e si farà interprete di esigenze molto superiori a quelle della visione classica liberale.

Non si prescinderà dal nucleo concettuale che diede origine alla teoria generale del contratto, ma sarà necessaria la contestualizzazione del contratto, l'osservazione della condizione reale delle parti⁴⁸. L'interprete dovrà tener conto di questo dato che prima poteva ignorare, posto che gli era sufficiente la considerazione formale del consenso privo di vizi. I contratti tra professionisti e quelli tra professionisti e consumatori non saranno analizzati allo stesso modo. Non saranno oggetto delle medesime considerazioni i contratti istantanei e quelli il cui adempimento avviene durante un periodo prolungato. E, fondamentalmente, sarà necessaria una riflessione sull'importanza dell'inserimento della regolamentazione delle relazioni con i consumatori nell'ambito della teoria generale del contratto.

In questo senso, sembra possibile affermare che l'evoluzione del nostro diritto contrattuale comporta la necessità di accettare la distinzione – che un rigido positivismo esegetico vorrebbe respingere – tra diritto e legge: il primo, come rappresentazione dell'insieme di norme costituito dall'insie-

⁴⁷ Cfr. J. GAMARRA, *Neoconstitucionalismo. Código y ley especial*, cit., 6.

⁴⁸ Cfr. G. CAFFERA, *El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia*, cit., 593.

me di fonti, e la seconda come concetto che denota un unico tipo di fonte, quella legislativa⁴⁹.

E qui c'è un'altra parte importante del lascito della tradizione che stiamo studiando. Gli sviluppi monumentali a proposito del foro della coscienza e dell'obbligazione naturale che abbiamo visto in Oñate possono farci ricordare che il sabato è fatto per l'Uomo, non l'Uomo per il sabato. La Seconda Scolastica dominava le fonti di diritto positivo, diritto romano, diritto canonico, il diritto castigliano e altre norme; ma non sottostava indiscriminatamente a quel diritto positivo⁵⁰.

La coscienza, la ragione naturale e la fede costituiscono patrimonio irrinunciabile di ogni essere umano e una cittadella che non arriverà mai ad essere totalmente dominata dal monopolio del potere costituito. Al di là degli errori umani, la possibilità di criticare, di pensare in modo autonomo e di comunicare agli altri le proprie idee renderà sempre possibile la formazione di orientamenti di pensiero diversi e persino opposti a quelli che ispirano il diritto positivo, il che costituirà un motore inevitabile per informare le decisioni di ogni uomo di buona volontà. È la *vis directiva* dell'obbligazione naturale di cui ci parlava Oñate, che impone al soggetto di diritto il rispetto degli impegni giuridicamente vincolanti e delle esigenze di giustizia⁵¹.

Ciò rappresenterà una fonte di incertezza? Sarebbe, forse, desiderabile che tutte le materie potessero essere regolate dalla legge. Tuttavia, le necessità della società sono così varie, e gli interessi e le relazioni umane sono così complessi, che risulta impossibile, al legislatore, prevedere tutto.

Il magistrato, quindi, avrà inevitabilmente un certo grado di discrezionalità. Tuttavia, si riafferma la convinzione per cui il giudice non deve agire liberamente davanti alla sua coscienza, come voleva la "Scuola del diritto libero" di Géný e Kantorowicz, perché non deve applicare il dettato della sua volontà, bensì il diritto. E cos'è il diritto? Più precisamente: che cos'è il diritto che dovrebbe essere applicato dal giudice? È difficile stabilire cos'è il diritto, ma da quanto detto in precedenza, è forse più facile affermare com'è. E in questo senso, risulta evidente che il diritto, in particolare, il nuovo diritto contrattuale, non sarà semplice.

Ciò comporta, come diceva magistralmente Corbin, che deve essere gestita razionalmente l'illusione della certezza dell'ordinamento, l'illusione per cui la legge è assoluta ed eterna e le dottrine possono essere impiegate

⁴⁹ Questa è la posizione della Commissione che ha elaborato il Progetto Preliminare di Codice civile e commerciale della nazione argentina del marzo del 2012. Secondo la Commissione, non è concepibile un sistema di fonti monista, «non essendo ammissibile, allo stato attuale dell'evoluzione giuridico-filosofica» l'identificazione tra diritto e legge. Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 10 ss.

⁵⁰ Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous*, cit., 20.

⁵¹ Cfr. *supra*, III.4.2.

meccanicamente ed esistono definizioni corrette e imm modificabili⁵².

Ciò suppone aprire la mente per lasciarsi interrogare dalle circostanze del caso, che spesso richiedono soluzioni che non sono plasmate in tipi o modelli generali.

Già in occasione del discorso preliminare al progetto di Codice civile francese, Portalis aveva chiaramente visto che la soluzione, data dal legislatore o codificatore, anche se complessa, non sarebbe mai stata sufficiente ad esaurire la pluralità infinita di situazioni che si presentano nella pratica degli affari nelle società sviluppate. In tal modo, la pretesa che tutti i problemi applicativi, tutte le circostanze dei casi concreti sottoposti alla decisione dei magistrati, potessero essere risolti dal codice, applicando i meccanismi del titolo preliminare, era già vana all'epoca del codice; e lo è molto di più adesso, nell'epoca tremendamente più complessa in cui viviamo⁵³.

È a questo punto che la legge cede il posto al diritto, che Portalis, nel *Discours préliminaire*, definisce come:

«... un grande volume di raccolte, trattati, ricerche e dissertazioni, che vanno di pari passo con una scienza giuridica che definisce i dettagli che la legge non può contenere, raccogliendo minuziosamente la tradizione di usi e costumi, massime e regole che forniscono una vera stabilità al diritto e fanno sì che ciò che è stato giudicato ieri sia giudicato domani. È il possesso dell'arte del diritto, costruita a partire da abitudini di studio, ragionamento e argomentazione, ciò che costituisce la missione di un'intera classe di persone che professano tale scienza, dedicata allo studio delle leggi».

Se queste idee erano già presenti al tempo di Portalis, per quanto tempo dovranno continuare ad esserlo nel nostro?

VI.3. *Il recupero dell'idea di libertà come essenza del contratto*

VI.3.1. *La libertà contrattuale come fulcro dell'attuale sistema di diritto privato*

Díez Picazo, in Spagna, sembra essere d'accordo con questo approccio quando esprime la sua opinione in relazione ai tentativi della "Commissione Generale di Codificazione" nel senso di redigere una proposta di riforma del Codice civile, al fine di avvicinare – in materia di obbligazioni e contratti – la legislazione commerciale e quella civile. In questo senso, si

⁵² Cfr. G. GILMORE, *The death of contract*, cit., 64. Cfr. *supra*, IV.1.8.

⁵³ In senso contrario: Cfr. A. CAUMONT, *La función jurisdiccional del magistrado es aplicar el Derecho Objetivo. Infungibilidad del poder normativo*, cit., 188 ss.

chiede se la Parte Generale debba prevedere un diritto delle obbligazioni premesso ad un diritto dei contratti, allo stesso modo seguito dalle *Institutiones* di Giustiniano, che si aprono con una ben nota definizione di obbligazione, come *vinculum iuris*, e solo dopo si allude alla fonte dell'obbligazione, iniziando con i noti testi di Gaio ricostruiti nelle *Institutiones*; percorso seguito altresì dai giusnaturalisti e razionalisti e soprattutto da Hugo Grotius, nonché da Domat e Pothier, e dal codice francese, a differenza del percorso seguito dal diritto inglese.

Secondo Díez Picazo, anche se si può dire, come si dice da secoli, che il contratto è una delle più importanti, ma solo una, delle fonti delle obbligazioni, questa è una verità astratta; quando le cose si guardano in concreto e in dettaglio, non è così, perché la maggior parte delle discipline delle obbligazioni sono pensate e sono applicabili solo alle obbligazioni di tipo contrattuale. L'autore conclude affermando che anteporre la libertà contrattuale significa dotare la disciplina di un senso e di un contenuto che si perde quando si inizia a parlare, astrattamente e senza riferimenti speciali, di obbligazioni⁵⁴.

Questa è una prospettiva assolutamente condivisibile, che proietta le sue importanti conseguenze in sede di inadempimento del contratto; se il contratto è inteso come una semplice "fonte di obbligazioni", l'inadempimento, ossia la responsabilità contrattuale, non differirà sostanzialmente da qualsiasi altro caso di responsabilità civile, derivante dall'inadempimento di qualsiasi obbligazione o dovere imposto dall'ordinamento. Se, invece, il contratto è concepito come una fonte particolare di obbligazioni, basato sul consenso, si tenderà a concepire la responsabilità contrattuale con caratteri diversi da quelli propri della responsabilità extracontrattuale⁵⁵.

È possibile che il carattere eminente e direttivo che Díez Picazo riconosce al libero consenso contrattuale, il quale, non costituisce un mero principio tecnico-giuridico in materia di contratti, bensì, e soprattutto, il fondamento basilare dell'intera società civile, si debba, tra l'altro, alla Scuola di Salamanca e al pensiero dei gesuiti della prima Compagnia.

Il rispetto dell'autonomia della volontà è perfettamente combinato con il principio di sussidiarietà del sistema giuridico dello Stato. Citando nuovamente l'enciclica *Caritas in veritate*,

«manifestazione particolare della carità e criterio guida per la collaborazione fraterna di credenti e non credenti è senz'altro il principio di sussidiarietà, espressione dell'inalienabile libertà umana. La sussidiarietà è prima di tutto un aiuto alla persona, attraverso l'autonomia dei corpi intermedi. Tale aiuto viene offerto quando la persona e i soggetti sociali non riescono a fare da sé e implica sempre

⁵⁴ Cfr. L. DÍEZ PICAZO, *Reforma de los códigos y derecho europeo*, cit., 1570.

⁵⁵ C. DE CORES-R. GAMARRA-B. VENTURINI, *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre el contrato no cumplido*, Capitolo introduttivo, I, La ley Uruguay, Buenos Aires, 2013.

finalità emancipatrici, perché favorisce la libertà e la partecipazione in quanto assunzione di responsabilità. La sussidiarietà rispetta la dignità della persona, nella quale vede un soggetto sempre capace di dare qualcosa agli altri. Riconoscendo nella reciprocità l'intima costituzione dell'essere umano, la sussidiarietà è l'antidoto più efficace contro ogni forma di assistenzialismo paternalista»⁵⁶.

Secondo García Amigo, la «civilizzazione del contratto» si contrappone ad altri modelli di organizzazione sociale, quali la «civilizzazione dell'atto di stato», la cui caratteristica essenziale era (ed è, in misura ridotta, oggi) la soppressione della libertà, anche contrattuale, come conseguenza dell'eliminazione della libertà d'impresa⁵⁷.

Navarro Mendizábal, dal canto suo, sostiene che il contratto è il regno dell'autonomia della volontà: è inondato di libertà, sia di quella formale nella creazione del contratto che non richiede, come carattere generale, nessuna formalità, sia libertà di contenuto, posto che tutto può formare oggetto di patto, salvo i pochi limiti di ordine pubblico⁵⁸.

VI.3.2. *La lezione impartita dallo studio storico della teoria generale del contratto*

La ricerca è stata avviata con un'idea e si conclude con un'altra differente.

Come si ricorderà, una delle ipotesi iniziali era che la Seconda Scolastica implicasse una sintesi della concezione antica, scolastica o medievale del contratto, quella concezione che considerava l'equilibrio oggettivo delle prestazioni come l'essenza stessa del contratto. Tale concezione sarebbe stata radicalmente modificata dal liberalismo razionalista, implicando l'esaltazione della volontà e la perdita di centralità della questione dell'equilibrio contrattuale. Rimaneva da scoprire, nella ricerca, in quale preciso momento, e dalla penna di quale autore, era stata scartata quell'antica nozione di contratto ed avviata la nuova era del contratto moderno.

Alla stregua dei dati iniziali, sembrava che quell'autore non potesse appartenere alla Scuola di Salamanca. Ci aspettavamo di trovare nella «teoria contrattuale aristotelico-tomista e specialmente nella c.d. Seconda Scolastica, ... un'antropologia più ricca di quella che abbiamo ereditato dei nostri predecessori liberal-illuministi del XIX secolo»⁵⁹. Quella frase, che

⁵⁶ Enciclica *Caritas in veritate*, del sommo Pontefice Benedetto XVI sullo sviluppo umano integrale nella carità e nella verità, Roma, 29 giugno 2009, n. 57.

⁵⁷ Cfr. M. GARCÍA AMIGO, *Idea del contrato: cincuenta años después*, in *Foro*, Nueva Época, n. 2/2005, 13.

⁵⁸ Cfr. I. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., 234.

⁵⁹ Cfr. M. GRAZIADEI, *Commentario al libro di James Gordley, The philosophical origins of the modern contract doctrine*, in *Riv. dir. civ.*, XXXVIII, 1992, 528, cit. in Cfr. J. BLENGIO, *La*

diede impulso a questo lavoro, sebbene formalmente suggerisse solo che la Seconda Scolastica poteva offrire una teoria del contratto più ricca e articolata, basata su una concezione dell'uomo meno riduzionista di quella propria del liberalismo, presupponeva che in essa si ritrovasse l'affermazione di una visione oggettiva del contratto, fortemente associata alla giustizia correttiva, propria della cosmo-visione antica e medievale, fondata su una visione del contratto come equilibrio oggettivo piuttosto che come prodotto dell'autonomia della volontà. Senza dubbio ciò è vero nella Scolastica iniziale. Tuttavia, se consideriamo la totalità della produzione intellettuale della Seconda Scolastica nella Scuola di Salamanca e in particolare nella Scuola Gesuita e nel lavoro di Oñate, la conclusione è diversa.

Insieme ai valori morali, da chiarire nel foro della coscienza, insieme a una visione trascendente, che comprende all'orizzonte la visione di una vocazione dell'uomo destinato ad essere migliore e più perfetto partecipando a un nuovo regno, fondato su principi superiori che si nutrono della fede in Dio e offrono una spiegazione a tutti i rapporti umani, mostrandoli in una prospettiva particolare, Oñate, seguendo una tradizione iniziata da Ignacio de Loyola e proseguita da Francisco Suarez e Luis de Molina, concepisce l'uomo come creato da Dio, ma libero e responsabile, capace di organizzare autonomamente il complesso delle relazioni sociali. In questa prospettiva, che – come altre correnti giusnaturaliste, protestanti e laiche – si riconosce nella definizione di umanista, si conferisce alle questioni giuridiche un'autonomia che pone l'uomo al centro della scena, conferendogli il protagonismo della sua stessa costruzione e la conseguente responsabilità delle proprie azioni.

È vero che una lettura della dottrina sociale della Chiesa permette di concludere che il modello di cooperazione che proviene dal pensiero cattolico implica che il contratto non sia il risultato di un atto di volontà creatrice del diritto, bensì un processo di adattamento delle volontà private all'utilizzo degli sforzi comuni finalizzati alla soddisfazione degli interessi individuali reciproci⁶⁰. Ciò è coerente con le espressioni dell'insegnamento della Chiesa. Nell'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII, si legge: *Subest semper aliquid ex iustitia naturali, idque libera pascientium voluntate majus et antiquius*; frase che appare come epigrafe nell'opera di Emmanuel Gounot sull'autonomia della volontà. In quella visione, la volontà delle parti non si trova al livello più alto, c'è sempre qualcosa di più in alto, che appartiene alla giustizia naturale.

Tuttavia, ci sembra di aver trovato prove sufficienti del fatto che, nella concezione dei teologi-giuristi gesuiti della prima Compagnia, questa questione non era negata, ma rimaneva, in certa misura, integrata nella considerazione principale, che era la costruzione di una regola vincolante ad

autonomía de la voluntad y sus límites, cit., 395; ID., *¿Hacia una contratación más equilibrada y justa?*, cit., 539 ss.

⁶⁰ Cfr. J. GAMARRA, *Buena fe contractual*, cit., 32.

opera della volontà delle parti; l'analisi giungeva fino all'affermazione del principio per cui il consenso era, per la ragione naturale, fondamento sufficiente dell'obbligazione contrattuale, perché Dio ha creato l'uomo libero, e quindi, se l'uomo vuole pattuire con un altro la trasmissione di un diritto o la costituzione di un vincolo, ciò è giusto e costituisce diritto.

Subtilitas ac libertas, tale sarebbe il motto della Seconda Scolastica⁶¹, motto assai condivisibile ai nostri giorni.

La conclusione che può trarsi – almeno in una visione coerente con l'interpretazione del mondo fatta propria dal Concilio Vaticano II – è che si tratta di un fondamento suscettibile di essere condiviso non solo da coloro che si considerano cattolici o credenti, bensì da tutti i membri della società civile.

Il libero consenso umano è necessario e sufficiente affinché il contratto sia valido ed efficace. Come diceva Oñate, una cosa è che il contratto sia valido, un'altra è che sia giusto, un'altra ancora è che sia moralmente lecito. La validità giuridica, fondamento della società civile organizzata, è il consensualismo, ossia il contratto come accordo di volontà.

Come ha sottolineato Stoffel-Munck, la forza obbligatoria del contratto è uno degli strumenti mediante i quali la questione morale entra nell'ambito giuridico⁶². La concezione secondo cui la libertà contrattuale ha come unici limiti l'ordine pubblico e la razionalità sembra difendibile dal punto di vista morale. La forza obbligatoria del contratto è una conseguenza dell'obbligazione di mantenere la parola data, dell'obbligazione di adempiere la promessa, di non nuocere ad altri e di assumersi la propria responsabilità. Questa responsabilità partecipa dei tratti caratteristici della dignità dell'uomo libero⁶³.

Di conseguenza, si tratta di un volto della giustizia tanto importante quanto quello orientato alla considerazione dell'equilibrio obiettivo nel contratto, e – a nostro giudizio – quell'aspetto è giustamente enfatizzato dalla Scuola gesuita sul contratto.

Come abbiamo visto, quando Oñate definisce la giustizia commutativa, non lo fa nel senso proprio della scolastica tradizionale, che focalizzava l'attenzione sull'equilibrio oggettivo tra prestazioni contrattuali, ma si riferisce alla forza coercitiva del vincolo creato dal mutuo consenso espresso liberamente, alla necessità di adempiere l'obbligazione giuridica, che trascende l'imperativo morale e religioso, *coram Deo*⁶⁴.

Riproponiamo, dunque, su questa base, un giudizio critico conclusivo sulle tendenze del moderno diritto contrattuale.

⁶¹ Cfr. H. THIEME, *Qu'est ce que nous*, cit., 21.

⁶² Cfr. P. STOFFEL-MUNK, *L'éthique*, cit., 29.

⁶³ *Ivi*, 47-48.

⁶⁴ Cfr. *supra*, III.5.17.

VI.3.3. *La persistenza dell'autonomia privata e della libertà contrattuale*

Gli autori che si riferiscono all'espressione *crisi del contratto* si preoccupano, sovente, di chiarire che ciò non significa estinzione dell'istituzione contrattuale, bensì solo la sua trasformazione, posto che dobbiamo considerare l'evidenza di una «vigorosa sopravvivenza» del contratto come fonte obbligatoria e l'emergere costante di nuove figure negoziali, compreso l'ampliamento dei casi che sono sussunti nell'orbita contrattuale.

Anche se è ormai trascorsa l'epoca in cui regnava indiscussa l'autonomia della volontà, si ammette che, ancor oggi, essa conforma il maggior numero di precetti all'interno dei codici e abbraccia i negozi più frequenti, che non han fatto altro che aumentare con il progresso economico e complicarsi a fronte delle esigenze dei nostri giorni⁶⁵. Díez Picazo e Gullón affermano che, pur essendo vero che l'autonomia della volontà risulta oggi giorno totalmente indebolita, è anche vero che dovrà essere imposto un limite all'intervento statale nell'orbita dell'autonomia privata, in maniera tale da non soffocarla o abolirla, così continuando a mantenere un sistema sociale di libertà⁶⁶.

Alterini si riferì al «rinverdire dell'autonomia della volontà», riconoscendo che «il cosiddetto dogma dell'autonomia della volontà o dell'autonomia privata è considerato in Argentina «un principio generale di diritto, di fonte costituzionale». Allo stesso modo, nella moderna dottrina francese, esso è considerato come «uno dei fondamenti dell'ordinamento civile» (Cornú), con valore di «principio» (Carbonnier), e si afferma che «il consenso continua ad essere l'elemento primordiale creatore dell'obbligazione» (Mazeaud-Chabas). Anche ammettendo un flusso e riflusso nell'autonomia della volontà (Malaurie-Aynes), e che essa non sia assoluta, si sostiene, tuttavia, che «continua ad essere la regola» (Flour-Aubert) e che la sua «crisi non si manifesterà, senza dubbio, con la sparizione definitiva di questo principio» (Larroumet). Si è anche notato che negli ultimi anni c'è stata una ripresa della sua efficacia (Bénabent)⁶⁷.

L'opinione generale degli autori è nel senso che esistano interessi contrastanti, che si tratti di un negozio in cui c'è sempre opposizione o conflitto di interessi tra le parti, e che il contratto rappresenti precisamente la composizione volontaria di questo conflitto⁶⁸.

L'aspirazione alla giustizia contrattuale non può, dunque, significare l'ignoranza del fatto che il contratto è una composizione di interessi economici, e che la natura delle cose impone alla trattativa contrattuale una

⁶⁵ Cfr. H. LAFAILLE, *Contratos, Derecho Civil*, t. VIII, Buenos Aires, 1953, 6.

⁶⁶ Cfr. L. DÍEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., 32.

⁶⁷ Cfr. A. ALTERINI, *Tendencias en la contratación moderna*, cit., 19.

⁶⁸ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, VIII, 4ª edición, FCU, Montevideo, 1995, 14.

certa natura antagonista. L'accordo appare allora come una tregua provvisoria tra le parti nel contesto del gioco conflittuale dei loro interessi; un consenso essenzialmente parziale e limitato, nella misura in cui le parti contraenti rappresentano poli opposti ⁶⁹. Il contratto appare sempre come il risultato di una tensione tra forze antagoniste, come punto di equilibrio tra interessi divergenti; pertanto, il postulato di un dovere di collaborazione tra i contraenti offre del negozio una visione idilliaca, il cui pericolo può consistere nel farci dimenticare lo sfondo conflittuale.

La nozione di contratto come unione di interessi non può essere generalizzata nella misura in cui si basa su un approccio idealizzato, che presenta il pericolo di introdurre un terzo personaggio che potrebbe interferire nella vita contrattuale. In effetti, il giudice, sotto la copertura della lealtà e della giustizia, può far sì che il contratto diventi un *menage à trois* nel cui seno il suo intervento comprometterà la sicurezza giuridica, senza la quale il contratto, come strumento di controllo del rischio futuro, perde buona parte della sua efficacia; ed il male dell'abuso rischia in questi casi di essere sostituito dall'insicurezza ⁷⁰.

La libertà contrattuale consiste nella discrezione di fissare la misura dello scambio, vale a dire, stabilire il valore delle prestazioni. In questo settore, quando non vi sono vizi nel consenso, governa l'uguaglianza non solo sostanziale, ma anche formale. Secondo l'espressione letteralmente impiegata da Federico de Castro, l'atto con cui le parti stabiliscono l'equivalenza – soggettiva – dello scambio costituisce il «cuore» del contratto ⁷¹. Nemmeno nell'ambito delle relazioni con i consumatori, dove esiste una forte protezione di questi ultimi, è stata prevista, in termini generali, la possibilità di un controllo con riguardo alla giustizia economica del contratto; viene preservato unicamente l'equilibrio normativo, e ciò perché un'indagine di questo tipo metterebbe in crisi il fondamento stesso dell'autonomia privata e del libero mercato.

Citando Hesselink, Momberg sostiene che in molti stati membri dell'Unione Europea «la libertà contrattuale non può più essere considerata il principio essenziale del diritto contrattuale» ⁷².

Tuttavia, per quante condizioni e limitazioni possano essere concepite, sembra che non ci sia contratto senza libertà, né libertà senza contratto.

⁶⁹ Cfr. G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4 luglio-agosto 2003, 412 e 415.

⁷⁰ F. TERRE-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les Obligations*, 6^a ed., Dalloz, Paris, 1996, 36 e 348.

⁷¹ Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, in *ADC*, 1982, 990 e 991.

⁷² Cfr. R. MOMBERG URIBE, *Análisis crítico del proceso de armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, XXII, 1^o julio de 2009, 10.

Pertanto, la libertà costituisce l'essenza del contratto e ciò non è altro che la ripetizione della formulazione del pensiero gesuita che abbiamo apprezzato nella penna di Oñate. Non si tratta di un'essenza esclusiva, posto che mantiene un rapporto di dialogo con altri principi, come la solidarietà e la giustizia; tuttavia conserva la sua propria identità.

VI.3.4. *Giustizia, solidarietà e autonomia privata*

L'imperativo dell'altruismo può implicare la necessità che quanto pattuito debba essere corretto; e la possibilità che questo possa essere fatto o meno dal giudice, è – in concreto, e dal punto di vista strettamente giuridico – la questione centrale della discussione. Si tratta di stabilire, fino a che punto il giudice, a seconda della prescelta costruzione dogmatica sulla buona fede e sulla solidarietà nella condotta contrattuale, possa rivedere e modificare l'accordo delle parti. La perdita di centralità della libertà (delle parti) a beneficio della giustizia (amministrata dal giudice), toglie alle parti il ruolo di protagoniste per consegnarlo al giudice. Questa è, in termini pratici, la conseguenza della teoria della solidarietà del contratto; e qui sta lo speciale interesse e, allo stesso tempo, l'aspetto di questa teoria che può prestare il fianco a maggiori riserve.

Lo spostamento del centro dell'attenzione, che non risiede più nella volontà individuale e nella protezione dell'aspettativa legittima e dell'interesse generato dall'accordo⁷³, in maniera tale che lo scopo principale del contratto passi ad essere identificato con la realizzazione delle ragionevoli aspettative delle parti⁷⁴, rende necessario che un terzo (il giudice) concretizzi e cristallizzi ciò che si considera ragionevole, applicando parametri sociali piuttosto che ciò che è stato pattuito.

Adottare questo modello significherebbe però abbandonare l'economia di mercato, per collocare il commercio tra gli uomini nell'ambito di un potere dello Stato. Un'economia di mercato comporta che il giudice debba mantenere le sue mani fuori dal contratto; in primo luogo, perché la legge non gli attribuisce facoltà di intervento; vi è accordo sul fatto che l'intervento del giudice sul contratto debba essere eccezionale e che non possa modificare i termini dello stesso. Il giudice non può assumere la funzione di stabilire il valore della prestazione, poiché lo farebbe facendo riferimento alla propria concezione.

Secondo Irti, la giustizia del prezzo consiste nella legalità della sua formazione e Benedetti invita a rifiutare la proporzionalità delle prestazioni

⁷³ Cfr. G.H. TREITEL, *An outline of the law of contract*, 5th edition Butterworths, London, 1995, 5, 6.

⁷⁴ Cfr. A.L. CORBIN, *Corbin on contracts*, One volume edition 25th reprint, West Publishing, Saint Paul Minnesota, 1992, 1, 2.

come elemento del contratto sinallagmatico, perché con essa si rischia di minare l'intera costruzione del contratto dalle sue fondamenta⁷⁵.

Come insegna Raiser, il fallimento della dottrina del giusto prezzo, *a posteriori* dell'ascesa dell'economia classica, non dipende dall'assurdità dei suoi postulati incentrati sulla giustizia commutativa, bensì dall'inadeguatezza di una dottrina economica che pensava in termini puramente statici e credeva di possedere dei criteri assoluti ed obiettivi per misurare il valore delle merci⁷⁶.

Un mercato aperto e caratterizzato dalla libera concorrenza è incompatibile con un intervento generalizzato sul contratto. Invocare la giustizia è sufficiente per sopprimere niente di meno che la forza vincolante del contratto che fino ad ora era incentrata sulla libertà e fedeltà al vincolo pattuito. Non esiste un giusto valore oggettivo che non costituisca il riflesso di valori soggettivi espressi nelle scelte individuali delle parti contraenti. Come direbbe Oñate, esistono tanti prezzi per le cose, quanti sono i giudizi sulla cosa⁷⁷.

La questione del rischio morale e degli inconvenienti del paternalismo in materia di diritto privato, sono già stati chiaramente esposti dal codificatore uruguayano Tristán Narvaja che, seguendo ad oltranza le idee liberali, ruppe con tutti i criteri di giustizia sostanziale, in misura persino maggiore degli altri codificatori americani: Bello, Vélez Sarsfield o De Freitas; è paradigmatico il paragrafo da lui redatto contenuto nel parere della "Commissione di Codificazione" del 1867 che, giustificando l'abrogazione dell'istituto della lesione, esprime quanto segue:

«Risponde all'interesse pubblico che gli accordi leciti siano sempre efficaci, non solo per il rispetto che meritano le promesse fatte e la parola data, ma anche perché la sicurezza del dominio contribuisce notevolmente allo sviluppo della ricchezza e al miglioramento delle condizioni materiali della società. L'uomo deve contrattare con prudenza, e se non lo fa e subisce un danno, la legge non dovrebbe prestargli aiuto, sempreché non sia stato commesso alcun delitto o quasi-delitto da parte dell'altro contraente o esista qualche altro vizio radicale nel contratto. Smetteremmo di essere responsabili delle nostre azioni, se la legge ci permettesse di rimediare a tutti i nostri errori o alle nostre imprudenze»⁷⁸.

Questa è, a nostro avviso, la questione chiave. Come gestire la contraddizione tra l'aspirazione alla giustizia, all'equità ed all'uguaglianza, che sono alla base dell'essenza stessa del diritto, e la certezza che per il corret-

⁷⁵ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, XXVI, FCU, Montevideo, 2009, 335 ss.

⁷⁶ Cfr. L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 99.

⁷⁷ Cfr. *supra*, III.5.17.

⁷⁸ *Código Civil de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli*, FCU, Montevideo, 2005 prep. 16. È possibile che tali parole siano opportune dopo la presentazione delle idee di Pedro de Oñate.

to sviluppo delle relazioni sociali si dovrebbe tener conto dell'egoismo dell'uomo, e porvi fine mediante la responsabilità, il che implica l'assunzione delle conseguenze della propria condotta.

Secondo Gamarra, intendere, come fa Ghestin, che il contratto non obbliga se non è giusto, implica assegnare al contratto una funzione sociale, il che significa sovrapporre la valutazione dello Stato alla valutazione soggettiva delle parti rispetto ai termini dello scambio. E aggiunge:

«Condivisibile pare l'affermazione di Cavalagio quando scrive che l'evoluzione del diritto negoziale, dall'autonomia privata fino al paternalismo giusnaturalista, può causare danni irrimediabili al sistema civilistico, che al centro della sua teoria generale del contratto pone la libertà e la fedeltà al vincolo pattuito»⁷⁹.

Queste parole del maestro uruguayano sono di capitale importanza per le conclusioni di questa indagine. Mostrano, innanzitutto, l'importanza della discussione che ci occupa. La dialettica tra giustizia o equilibrio oggettivo del contratto, tra richiesta dell'equivalenza delle prestazioni e della salvaguardia della funzione sociale del contratto, da una parte, e della libertà e fedeltà alla parola data, d'altra, costituisce una discussione che concerne il nucleo stesso del diritto contrattuale e del «sistema civilistico». Egli osserva, in secondo luogo, che l'accoglimento della soluzione che non condivide può produrre «danni insuperabili», il che dimostra l'importanza del problema. Si riferisce, in terzo luogo, al «paternalismo giusnaturalista».

Precisamente, la tesi che abbiamo difeso è che il «paternalismo giusnaturalista» non appartiene alla tarda Scolastica, e come prova di ciò, abbiamo presentato l'opera di Pedro de Oñate che, pur evidenziando delle complessità, sviluppa coerentemente un pensiero che concepisce il contratto come un obbligazione di giustizia, che rivendica essenzialmente la fedeltà al patto e l'adempimento degli accordi liberamente presi, attribuendo a tale significato un'importanza uguale o superiore – per quanto riguarda l'essenza dell'istituzione contrattuale – all'equivalenza obiettiva delle prestazioni.

Secondo Gamarra, il contratto è un istituto di cui si valgono i privati per realizzare i propri interessi, i quali, essendo esclusivi dell'individuo che li persegue, rispondono a una valutazione soggettiva, che può essere effettuata solo dall'interessato, poiché il legislatore non potrebbe decidere, al posto dei cittadini, ciò che è giusto per loro, senza violare il principio di libertà costituzionalmente garantito.

Non si tratta di qualcosa di molto diverso da quello che sosteneva Oñate criticando la definizione di contratto fornita da Comitulus, sostenendo che «il fine delle parti contraenti non è il bene pubblico (che attiene alla

⁷⁹ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, cit., 341.

giustizia legale), ma l'utilità privata, che riguarda la giustizia commutativa» (T. I – D. 1 – S. 3 – n. 14)⁸⁰.

Ne consegue che, in linea di principio, non esiste un giusto valore oggettivo che non costituisca il riflesso dei valori soggettivi espressi nelle scelte individuali delle parti contraenti. Il meccanismo del mercato richiede la concorrenza dei prezzi, che vengono concordati dagli individui, e solo eccezionalmente possono essere fissati dallo Stato, come accade nei casi di monopoli o nelle aree di interventismo statale⁸¹.

Di conseguenza, senza negare l'importanza dell'argomento che considera la solidarietà come valore e persino come elemento strutturale del contratto, nonché di tutta la società civile, è, d'altra parte, necessario riconoscere che il contratto, come regolamento di interessi patrimoniali, contiene sempre – come abbiamo visto – un potenziale conflitto. In materia economica, la carenza di mezzi a disposizione dell'uomo per soddisfare esigenze che per definizione lo superano, determina invariabilmente l'esistenza di un piano di conflitto intersoggettivo.

Il fatto di portare alla luce questo conflitto e di inserirlo in ordini normativi che lo regolino in funzione di valori superiori, al di là della legge della giungla di un mercato ciecamente governato da considerazioni materiali, costituisce il punto cruciale della civiltà.

Tuttavia, il dubbio centrale causato dalla teoria della solidarietà contrattuale è: fino a che punto il diritto contrattuale (non la morale o la religione) può imporre alle parti che subordinino le loro posizioni agli interessi dell'altra.

Alla soglia del XXI secolo la sensibilità moderna ha modellato un concetto di diritto patrimoniale che tiene nella dovuta considerazione l'importanza della persona e rifiuta l'esecuzione disumana del contratto. Tuttavia, l'adempimento dell'obbligazione continua a essere concepito come un imperativo morale. E come si deduce dallo studio effettuato, l'attribuzione di valore morale all'adempimento degli impegni non è patrimonio esclusivo del kantismo, ma è stato affermato fin dagli inizi della riflessione sul diritto: *Pacta sunt servanda, nihil tam congrui humana fide quam pactum servare*.

VI.3.5. Adempimento del patto, responsabilità e dignità

In tale prospettiva, il rischio fondamentale della teoria della solidarietà è la paternalizzazione del diritto privato e la perdita del senso di responsabilità che accompagna il concetto stesso di persona. La dignità della persona va di pari passo con l'adempimento. Qualunque invocazione della so-

⁸⁰ Cfr. *supra*, III.5.6.

⁸¹ Cfr. J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, cit., 343.

lidarietà deve essere accompagnata dalla cura della libertà e della responsabilità.

Nonostante ciò, non vi è dubbio che il nuovo diritto dei contratti sia molto più complesso e tenga conto di esigenze molto superiori a quelle proprie della classica visione liberale. Si richiede la contestualizzazione del contratto, l'osservazione della condizione reale delle parti. L'interprete deve tenere conto di questo dato, che prima non veniva preso in considerazione, poiché era sufficiente la considerazione formale del consenso privo di difetti. Oggi non si analizzano allo stesso modo il contratto tra professionisti e il contratto tra questi ultimi ed i consumatori. C'è persino la tendenza a considerare la rilevanza della differenza del potere contrattuale tra grandi e piccole imprese. Non sono oggetto delle stesse considerazioni i contratti istantanei e quelli il cui adempimento si prolunga nel tempo. Appare dunque il concetto di contratto relazionale, in cui si pone in particolar evidenza l'iniquità del comportamento opportunistico, posto che, nel lungo termine è frequente che compaiano circostanze impreviste (non necessariamente imprevedibili) che pongono in evidenza la questione della solidarietà.

VI.3.6. *Il nuovo volto della giustizia contrattuale*

Naturalmente, gli autori della Scuola di Salamanca non hanno trascurato il problema dell'equilibrio e del prezzo giusto. Considerando la visione scolastica del mondo nella sua globalità, includendo quella della Seconda Scolastica e soprattutto della Scuola gesuita, non sembra possibile affermare che la libertà contrattuale possa essere ignorata o superata da un altro valore giuridico o morale. Tuttavia, tale affermazione radicale della *libertas contractuum*, che postula l'idoneità della volontà umana a produrre effetti giuridici in virtù della responsabilità che è insita nell'idea di libertà, non risulta separata dall'idea di equilibrio contrattuale.

Anche se oggi, la questione del giusto prezzo, cara agli scolastici, non viene presentata come tale nell'ambito della discussione scientifica sul contratto, ossia entro la teoria generale del contratto, l'idea riappare nel mercato postmoderno sotto nuove vesti: quelle della correzione delle falle del mercato.

Così, l'indubbia presenza della normativa di protezione del consumatore e di controllo della libera concorrenza e prevenzione dell'abuso di posizione dominante sul mercato appare come il nuovo volto del giusto prezzo scolastico, impossibile da applicare come tale in un mondo che non è più statico, ma il cui fondamento persiste, in maniera ricorrente, nelle pretese di correzione di ciò che De Castro chiamava aporie dell'autonomia della volontà⁸².

⁸² Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., 17.

Analizzando il diritto europeo delle Direttive, che rappresenta un non completamente definito, ma chiaramente percettibile, nuovo diritto contrattuale, la dottrina afferma che non è chiaro se l'*acquis* comunitario sul contratto sia ispirato alle idee di giustizia o a una concezione strumentale focalizzata sull'obiettivo puramente economico dell'integrazione del mercato⁸³.

Ma, al di là del dubbio, ciò che appare certo è che entrambe le questioni "marciano" insieme. La preoccupazione di mantenere il buon funzionamento del mercato tende, in definitiva, a creare le condizioni per la giustizia dei contratti.

Ricordando lo schema mentale di quell'illustre esponente della Seconda Scolastica che fu Melchor de Soria, si tratta di preservare la parità del potere negoziale, che egli definisce «voti» dei partecipanti nel mercato, al fine di evitare che coloro che possiedono un maggiore potere contrattuale, una posizione dominante, abusino della stessa per ottenere un vantaggio ritenuto ingiusto. Soria ragionava sulla convenienza o meno di fissare un prezzo ufficiale per il grano, considerando che, in astratto e in generale, l'offerta e la domanda dovrebbero tendere ad equilibrarsi:

«il venditore, per il fatto di effettuare molteplici usi della sua merce, per ottenere un maggiore profitto, si arrende a venderla a un prezzo più ridotto e il compratore, siccome non acquista per subire una vessazione, occulta il suo denaro e paga il prezzo più basso che può, e così, discutendo tra loro, lo aggiustano, in maniera tale che normalmente ne esce un contratto giusto».

Il prezzo negoziato in una situazione di parità di potere contrattuale, ossia nell'ambito del contratto discrezionale, produce, quindi, una soluzione giusta.

Tuttavia, Melchor de Soria riteneva opportuno considerare circostanze speciali, come nel caso di un anno sterile e di penuria. In quell'ipotesi, la regola generale non poteva funzionare correttamente, perché ci sarebbe stata una grande disparità di potere negoziale tra i «signori del grano», proprietari dei nove decimi del grano e i contadini. Mentre i primi contrattano «da una posizione d'attesa», i secondi contrattano «per urgenza». Ciò implica una disparità di «voti», che converte quella transazione giusta in violenta e quindi illecita⁸⁴.

Pertanto, quando nel nuovo diritto contrattuale viene sanzionato l'abuso di posizione dominante nell'ambito delle leggi sulla concorrenza o si dichiarano nulle le clausole abusive nei contratti conclusi per adesione a

⁸³ Cfr. C.U. SCHMID, *The instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire*, in *Consumer law and its implications on a European Contract Law Code*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 211 ss.

⁸⁴ M. DE SORIA Y VERA, *Tratado de la justificación y conveniencia de la tasa del pan y de la dispensación que en ella haze su Majestad con todos los que siembran*, Toledo, 1633, edición castellana a cargo de Francisco Gómez Camacho, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1992, 29.

condizioni generali, sebbene si escluda dall'analisi critica la questione del giusto prezzo, nel senso di equilibrio tra le prestazioni, è senza dubbio presente una componente di giustizia. C'è un «nuovo volto» del giusto prezzo, che non fa riferimento all'equazione economica in sé, bensì all'ordinamento del mercato, plasmato dalle leggi sulla libera concorrenza e sulla protezione dei consumatori.

La conciliazione tra i valori della libertà, da un lato, e della giustizia commutativa, dall'altro, non è più ferma alla discussione relativa al giusto prezzo; sembra essere orientata alla dimensione costituzionale, che inquadra e limita la facoltà di utilizzare il contratto in maniera tale da non pregiudicare i diritti dei consumatori e la libertà di concorrenza nel mercato⁸⁵.

Roppo afferma che l'asimmetria a cui si riferisce il nuovo diritto contrattuale non è quella derivante da asimmetrie «patologiche», ma da asimmetrie «fisiologiche»⁸⁶.

I problemi che definisce «patologici» derivano dai vizi del consenso, suscettibili di essere rilevati a partire dall'analisi della volontà individuale; i problemi «fisiologici» derivano dalle falle del mercato, che portano all'abuso della posizione dominante o alla redazione abusiva delle clausole nelle condizioni generali di contratto. Ciò significa che il nuovo diritto contrattuale gioca pienamente la sua prospettiva assiologica nella concretizzazione di una giustizia nel mercato. La giustizia contrattuale non gioca solo nel campo del consenso individuale, facendo sì che questo sia privo di vizi, ma anche nel considerare la posizione del consumatore come parte debole della relazione, e nella tutela della libera concorrenza, vigilando il mercato affinché non si verifichino abusi; qualcosa di impensabile nella visione classica dell'economia liberale.

La stessa idea viene fatta propria da Blengio affermando che la debolezza non era né è una figura estranea al regime del Codice civile, sebbene questo preveda forme più limitate di quelle attuali: fondamentalmente quelle che offrivano una tutela attraverso la regolamentazione dell'incapacità e dei vizi del consenso⁸⁷. La visione moderna, al contrario, non parte da una visione soggettiva, ma allude oggettivamente a determinati tipi di contratti o relazioni giuridiche, come la locazione, il contratto di lavoro, i rapporti con i consumatori, ecc. L'abbondante legislazione speciale sulla contrattazione, che ha proliferato attorno alla disciplina generale del contratto, ha inciso sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni generali del contratto, ecc.; ma ora, fondamentalmente, si concentra sulla difesa del consumatore mediante una normativa orientata alla tutela del contraente più

⁸⁵ Cfr. L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., 102.

⁸⁶ Cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Del contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, cit., 279 ss.

⁸⁷ Cfr. J. BLENGIO, *La parte contractual débil*, in ADCU, FCU, Montevideo, 2009, XXXIX, 623 ss.

debole nel rapporto contrattuale, proteggendolo di fronte a pratiche restrittive del mercato, distorte dalla presenza di monopoli o oligopoli, mediante i contratti per adesione, le condizioni generali di contratto, le clausole abusive o vessatorie, ecc.⁸⁸.

È chiaro che il mercato, una volta libero, corre il pericolo di condurre a situazioni di concentrazione che implicano dialetticamente la negazione della propria libertà; è il diritto che, analizzando quella situazione, rinuncia alla neutralità e sanziona le situazioni abusive, contrarie ai dettami della buona fede, che determinano un danno per la parte più debole⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. J. BLENGIO, *La autonomía de la voluntad y sus límites*, cit., 395 ss.

⁸⁹ Cfr. L. DíEZ PICAZO, *Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)*, in A. MENÉNDEZ-L. DíEZ PICAZO (a cura di), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, 67.

EPILOGO

Lo scopo di questo lavoro non è stato altro che cercare di arricchire il dibattito contemporaneo sul contratto e sul diritto privato, in una prospettiva storica.

La sensazione di un certo movimento pendolare tra i paradigmi di giustizia e libertà potrebbe indurci a sostenere – come fa Jorge Luis Borges in *El Aleph* – una concezione circolare del tempo. Condividendo l'idea di Teilhard de Chardin in *El fenómeno humano*, per cui il tempo trascorre con un certo movimento a spirale – che anche con periodici cambiamenti di fronte e prospettiva, implica sempre un progresso – preferiamo affermare che siamo consapevoli nel nostro presente della ricchezza acquisita dal nostro passato.

La ricerca riesce finalmente a valorizzare, al di là e fatti salvi i limiti imposti dall'osservazione della realtà sociale, gli elementi della forza vincolante del contratto e dell'adempimento della promessa, come aspetti inseparabili dalla libertà e dalla dignità dell'uomo: elementi costitutivi dell'umanità stessa. Nel complesso panorama della società postmoderna, il contributo concreto che sembra emergere dalla visione degli iniziatori della teoria generale del contratto che abbiamo studiato, è l'affermazione della libertà, che deriva, come diceva Charles Fried, dal principio promissorio, per cui l'uomo ha il potere di imporsi obbligazioni che prima non esistevano¹, e la fonte di tali obbligazioni risiede nel dovere giuridico e morale di non deludere la fiducia creata nel prossimo con la propria promessa.

In tal senso, sulla scorta dei gesuiti della prima Compagnia potremmo dire che l'uomo è uomo perché può obbligarsi ed aver fiducia nell'impegno assunto; perché può promettere e accettare la promessa; perché è *homo promittens*.

In termini volgari, l'uomo è uomo perché può obbligarsi, perché può contrattare.

In questa prospettiva, si collocano al centro la libertà e la responsabilità, perché non è concepibile un vero progresso senza che esso migliori e promuova la stessa dignità umana. Ecco perché Aynes osa affermare che nel processo di costituzionalizzazione c'è un pericolo per il contratto, per-

¹ Cfr. C. FRIED, *Contract as Promise*, cit., 1.

ché a forza di opporre un certo numero di diritti fondamentali alla libertà contrattuale, si rischia di erodere e poi, semplicemente, di negare il valore dell'impegno; ossia, in realtà, si finisce col violare un principio superiore che presidia l'organizzazione dell'intera società: la responsabilità individuale e il significato della parola data².

Forse questo è il massimo insegnamento della Scuola di Salamanca e della tradizione gesuita. Non c'è sviluppo della persona, né della comunità in uno schema paternalistico; non c'è fomento senza libertà e senza responsabilità.

Nella costruzione teorica dei gesuiti, il mondo del contratto sarà, dunque, essenzialmente volontario, rappresenterà l'ambito della libertà più radicale, perché «né il re né il Papa» e neppure Dio potranno imporre all'uomo obblighi contrattuali senza il suo consenso.

Pertanto, nel panorama complesso di oggi, il recupero del pensiero degli autori della Scuola di Salamanca viene a ricordarci la necessità, per qualsiasi ordine economico e sociale, di riservare spazi di libertà adeguati alla valorizzazione dell'uomo.

Anche nell'ambito delle relazioni con i consumatori, suscettibili di essere considerate, piuttosto che come contratti, come pratiche sociali della vita quotidiana caratterizzate dal loro carattere ripetitivo, l'uomo non è ridotto a oggetto di protezione, ma esige di essere trattato come un soggetto, il che implica l'adozione di tutte le misure per preservare al massimo la sua libertà e attribuirgli le conseguenze delle sue decisioni, ossia, trattarlo come un essere responsabile.

Come afferma Díez Picazo, per quanto ci si possa riflettere, le operazioni effettuate nei mercati che funzionano in regime di libertà concorrenziale devono necessariamente essere contratti³; lo strumento contrattuale, basato sulla libertà, risulta quindi essenziale.

Il ricorso agli autori della Scuola di Salamanca rammenta l'essenzialità del libero consenso nella gestione della vita economica della comunità e dell'individuo, se si mira ad una civilizzazione più perfetta ed eccellente.

È vero che è possibile tracciare una differenza tra la prospettiva liberale razionalista e la tradizione gesuita della Scuola di Salamanca. La libertà che viene predicata in altri contesti di pensiero manca di punti di riferimento al di là dei limiti esterni che impone l'ordine pubblico. Invece, la libertà degli autori della Scuola di Salamanca deriva da una considerazione particolare della relazione trascendente dell'uomo con Dio; per cui Dio dona alla sua creatura la libertà.

L'affermazione per cui la libertà umana non solo non prescinde da Dio, ma suppone l'atto creatore di Dio, si erige come monumento centrale di tut-

² Cfr. L. AYNES, *La constitucionalización del derecho de los Contratos*, cit., 424.

³ Cfr. Díez PICAZO, *Contratos de consumo y derecho de Contratos*, cit., 11.

ta quella corrente di pensiero. È a partire da tale affermazione che si costruisce la relazione dell'uomo con Dio, della creatura con il suo Creatore, e tale dichiarazione, propria della fede, è ciò che illumina e dà senso a tutta la vita umana, e per ciò che qui interessa, alla contrattazione. Come ogni atto umano, il giudizio sul contratto si proietta su un orizzonte che trascende la vita presente; quindi anche l'idea di giustizia è costruita tenendo conto del messaggio su un regno che proviene dalla rivelazione. In questo senso, il concetto di giustizia si manifesta, ad esempio, nei libri Sapienziali della Bibbia, o nell'insieme degli insegnamenti del Vangelo, ed è inseparabile dall'attenta osservazione di ciò che costituisce il piano di Dio. E quel piano differisce radicalmente dalla visione secolarizzata, che è gestita esclusivamente con gli impulsi delle forze e delle passioni umane, che tendono a concentrare il potere e non a dividerlo, e generano una dinamica di abuso ed oppressione del debole, che è essenzialmente contraria alla giustizia.

«Voi sapete che i principi delle nazioni le signoreggiano e che i grandi le sottomettono al loro dominio. Ma non è così tra di voi: anzi, chiunque vorrà essere grande tra di voi, sarà vostro servitore; e chiunque tra di voi vorrà essere primo, sarà vostro servo; appunto come il Figlio dell'uomo non è venuto per essere servito ma per servire e per dare la sua vita come prezzo del riscatto per molti» (Matteo, 20, 25).

Tuttavia, quella della Scuola di Salamanca è una tradizione intellettuale che ha sempre sostenuto l'assenza di contraddizione tra fede e ragione, e ciò consente un dialogo basato sulla ragione senza che la fede rappresenti un ostacolo; anzi, essa costituisce un incentivo per la ricerca della verità al servizio della comunità. Quella concreta scuola di pensiero, nutrita della tradizione scolastica che diede origine, nella storia dell'umanità, all'istituzione universitaria e che fondò un numero elevato di università affinché fossero luoghi di ricerca e scoperta della verità in tutti i suoi aspetti, è anche una fonte indiscutibile della teoria generale del contratto.

È vero che, nella prospettiva liberale individualistica, l'affermazione della libertà dell'uomo disconoscerà ogni fondamento esterno; nel pensiero della tradizione gesuita, invece, quella libertà troverà il suo «principio e fondamento» in Dio; deriva da Dio e genera una responsabilità trascendente, nel foro della coscienza, di fronte a Dio e al prossimo.

Ciò nonostante, in entrambe le visioni, lo sviluppo della persona in ambito economico e giuridico, percorrerà maggiormente la via del discorso razionale, dell'esercizio della libertà e dell'assunzione di responsabilità, piuttosto che la via della distribuzione centralizzata e paternalistica. Al di là di quella diversità rispetto al fondamento, non sembra esserci alcuna differenza riguardo alla formulazione della teoria generale del contratto e del principio promissorio in sé, cioè del principio dell'autonomia della volontà, tra la visione propria della dottrina giusnaturalista protestante o della Scuola di Salamanca, e quella propria delle visioni secolariste; in entrambi i casi

si sostiene che l'uomo è libero di consentire obbligazioni, e che, se lo fa, la giustizia commutativa lo obbliga con forza giuridica vincolante.

Si sostiene che attualmente, un discorso scientifico sul diritto non può presupporre l'esistenza e conoscibilità di entità di valore, poiché è del tutto evidente che in società come le nostre, che sono moralmente complesse e dinamiche, la legittimazione dei sistemi giuridici non può dipendere da tali entità⁴.

La Scuola di Salamanca e la tradizione gesuita, al contrario, entrano nella questione contrattuale, con un disegno importante: capire com'è il contratto, per contrattare senza offendere né Dio né il prossimo.

Tuttavia, nella tradizione gesuita, la credenza in una realtà trascendente, nell'ordine di un regno che non appartiene a questo mondo – elemento questo che rappresenta, senza dubbio, nell'ambito di una corrente che la precede e la continua, la caratteristica centrale della Seconda Scolastica – non si oppone, in alcun modo, al discorso razionale, così come non si opponeva a Grotius, né a Domat, né a Pothier, i quali hanno anch'essi costruito le basi della teoria generale del contratto a partire dall'idea per cui un diritto privato umanista si basa su due leggi fondamentali: l'amore per Dio e l'amore per il prossimo, che costituiscono lo spirito della legge civile; ma hanno affermato contemporaneamente la radicale libertà dell'Uomo al momento di prendere le sue decisioni e l'autonomia dei sistemi normativi della convivenza sociale.

Il carisma gesuita ha come componente essenziale l'applicazione metodica del lavoro intellettuale per superare il formalismo e scoprire il profondo senso spirituale che trascende l'apparenza; è una grande idea-forza che ha guidato, per cinquecento anni, centinaia e centinaia di persone che dedicarono la loro vita al lavoro intellettuale nelle opere scientifiche ed educative della Compagnia di Gesù. La conclusione che i gesuiti trassero sin dai primi tempi di Parigi è che l'intelligenza è una forma privilegiata di dare «maggiore gloria a Dio», di lodare, venerare e servire Dio mediante il suo riflesso nelle verità accessibili allo spirito umano, modo, questo, eccellente di rispettare il «principio e fondamento» di cui parlava Sant'Ignacio de Loyola.

Si spiega così l'ampio sforzo di cercare una giustificazione al di là della semplice sanzione di una norma da parte del legislatore statale, in cui la ragione e la fede vadano di pari passo, e ciò costituisce, nell'era postmoderna, un valore importante, che lo rende degno di considerazione e di menzione nel dibattito sul fondamento del diritto.

Come ha evidenziato Paolo Grossi, la modernità politica europea, nell'ambito di una visione del mondo liberal-illuminista e positivista, legata, prima, alla monarchia assoluta, e poi al giacobinismo rivoluzionario, deter-

⁴O. SARLO, *Principios jurídicos y positivismo "inclusivo"*, in *Revista de derecho*, 6, 2004, 154.

minò una riduzione del concetto di diritto – prima inteso come espressione di una razionalità ordinata al bene comune – a quello di legge, come espressione autoritaria del comando del sovrano, il cui valore deriva unicamente dal suo adeguarsi a un procedimento formale di elaborazione prestabilito. Questa manovra politico-ideologica ha operato con successo fino al presente come una pesante ipoteca culturale, riducendo l'argomentazione giuridica all'esegesi della legge statale⁵.

La crisi della modernità positivista, impossibilitata ad adempiere al preteso superamento di tutti gli stadi anteriori e con la sua autoproclamata capacità di contenere la soluzione definitiva di tutti i problemi, costituisce motivo di attenzione per i giuristi a proposito della necessità di aprirsi a considerare i fondamenti che vanno al di là del formalismo e del letteralismo legalista, orientandosi verso la ricerca riflessiva delle categorie razionali, derivate dai principi costituzionali.

Su questo terreno, la posizione della Scuola di Salamanca colloca la ragione e anche la fede. Tuttavia, in ciò non si osserva alcuna contraddizione, perché si tratta di una fede che non esclude la ragione, sebbene vada oltre la ragione. Non proclama una fede esoterica, irrazionale, bensì l'attitudine dell'uomo razionale, che esaurisce il periplo della ragione senza rinunciare a nessuno dei suoi postulati, rimanendo aperto a una realtà che supera precisamente quella ragione ed opera fuori dai suoi limiti.

Per questo, il pensiero della Scuola di Salamanca, partendo dalla fede, ma risultando, in maniera non claudicante, razionale, possiede attitudine a dialogare con altre scuole di pensiero. Risulta quindi possibile – come ribadisce il Concilio Vaticano II – che tutti gli uomini, credenti e non credenti, collaborino nella costruzione di questo mondo, in cui vivono insieme, obiettivo che non può essere conseguito senza un prudente e sincero dialogo⁶.

Come sottolineò chiaramente Jean Carbonnier, il problema del diritto naturale non è che non esiste, ma che ne esiste più di uno. Il pericolo è che manifestiamo i nostri stessi pregiudizi in un unico presunto diritto naturale⁷, convertendo il Codice civile in una torre di Babele⁸. In una società pluralistica, il diritto naturale – o meglio, come ha affermato Carbon-

⁵ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015; "Nobiltà del diritto. Profili di giuristi", col. *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 80, Milano, 2008; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; ID., "Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 26, n. 1, 1997, 377-405; ID., "Modernità politica e ordine giuridico", in *Quaderni fiorentini*, 27, 1998, 13 ss. (conferenza presso l'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli); ID., "Itinerari dell'assolutismo giuridico", in *Quaderni fiorentini*, n. 27, 1998, 169 ss.

⁶ Cfr. Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el mundo actual, n. 21.

⁷ Cfr. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1992, 336.

⁸ Cfr. J. GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia contractual: Código Civil o Torre de Babel*, FCU, Montevideo, 2006.

nier, i diritti naturali, le credenze e opzioni plurali – non risulta inutile, nella misura in cui si parta dal rispetto reciproco e da un forte impegno in una discussione da cui dovrebbero derivare, *hic et nunc*, le soluzioni più giuste e il progresso della società civile.

Nel documento sugli esercizi spirituali di Sant'Ignacio de Loyola viene stabilito un presupposto, «affinché colui che impartisce gli esercizi spirituali e colui che li riceve, si aiutino a vicenda e ne approfittino». Questo presupposto è «che ogni buon cristiano deve essere maggiormente disposto a salvare la proposta del prossimo piuttosto che a condannarla».

Probabilmente, questo noto assioma costituisce l'eredità più ricca che ci ha lasciato – anche in merito al contratto – la tradizione gesuita. Nel mondo attuale, il progresso della società civile e, in particolare, il progresso della cultura giuridica dipenderà dal dialogo tra le diverse concezioni dell'universo e della società. Questo dialogo non richiede che tutti abbiano le stesse convinzioni o credenze, tranne una: quella per cui quel dialogo è possibile.

APPENDICE

EUROPA E AMERICA LATINA: UN SOLO SPIRITO, UNA SOLA ANIMA, UN SOLO DIRITTO

di Antonio Saccoccio

SOMMARIO: 1. America Latina e resistenza. – 2. Anche l'America Latina appartiene all'Europa? – 3. *Europa und Lateinamerika "zusammengehören"*. – 4. L'America Latina nel "sistema". – 5. Linee di continuità. – 6. Dalla continuità alla specificità alla "mezcla". – 7. Dalla "mezcla" al "bloque". – 8. Sistema e valori.

1. America Latina e resistenza

Ancora agli inizi del 1900 Paul Koschaker avvertiva che «l'Europa non è un dato di fatto geografico e naturale, bensì un prodotto della storia»¹.

Così, allo stesso modo di "Europa", la denominazione "America Latina" non è destinata a individuare una realtà meramente geografica o etnica, ma piuttosto esprime un concetto polisemico e poliedrico, che riunisce in sé elementi di comunanza dal punto di vista sociale, politico, religioso, ma anche giuridico, con una evidente valenza ideologica.

In questa prospettiva, lo stesso nome "America Latina" riveste una importanza fondamentale e ideologica, in quanto esso non indica un dato meramente geografico o etnografico, ma si erge a portatore di una precisa identità culturale e giuridica, riflessa già nella valenza dell'essere "Latino" per il diritto romano². Proprio l'uso della denominazione "Latina" per la

¹ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1947, cito dalla trad. it. di A. BISCARDI, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, 9.

² Così cfr. S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, in AA.VV., *Il diritto nei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza. Genova, 5-7 novembre 1992*, a cura di G. Visintini, Padova, 1994, 96 ss.; ID., *Latinità e sistema giuridico romanistico*, in *La latinité en question. Colloquie internationale, Paris 16-19 mars 2004*, Paris, 2004, 312; più in generale, sul punto, cfr. anche F. LORUSSO, *L'invenzione dell'America Latina (e del latinoamericanismo)*, pubblicato il 13 gennaio 2010 in *Carmilla. Letteratura, immaginario e cultura d'opposizione* (<https://www.carmillaonline.com/2010/01/13/l'invenzione-dellamerica-latina>). Una posizione contraria, ma a mio avviso insostenibile, assume di recente P.L. CARBONE, *Latin American System*, in *Comparazione e diritto civile* (<http://www>.

popolazione di una parte del continente americano costituisce un'arma di difesa, consapevolmente scelta da questi popoli a partire dal 1851, della «raza latina» verso la «agresión de la "raza anglosajona"»³.

Le «resistenze culturali e sociali» dell'America Latina⁴, soprattutto nei confronti dell'espansionismo imperialista nordamericano⁵, costituiscono una formidabile arma di rivalutazione delle istanze interne che i popoli di questa area geografica non esitano ad usare nella lotta per resistere alla penetrazione di influenze esterne al sistema⁶, prima fra tutte l'individualismo di matrice anglo-americana⁷. Tali resistenze costituiscono altresì uno

comparazonedirittocivile.it/prova/files/carbone_latino.pdf), 14 ss., il quale adotta la denominazione «America del Sud».

³ Cfr. soprattutto M. QUIJADA, *Sobre el origen y difusión del nombre 'América Latina' (o una valoración heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad)*, in *Revista de Indias*, vol. 58, n. 214, 1998, 595 ss. e partic. 603 ss., e, più di recente, S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, cit., 96 ss.

⁴ Di resistenze culturali parla già H.-A. STEGER, *Emancipación y aculturación como instrumentos de dominación de la región latinoamericana y del Caribe*, in *Latinoamérica. Anuario de estudios latinoamericanos*, 8, 1975, 99 ss.

⁵ Cfr. A.B. TICKNER-C. CEPEDA-M. e J.L. BERNAL, *Anti-americanismo, pro-americanismo y sentido común en América Latina*, in *Foro internacional*, 55, n. 3, 221, 2015, 805 ss.; sul punto, vd. anche A.F. LOWENTHAL-F.G. MOSTAJO, *Estados Unidos y América Latina 1960-2010: de la pretensión hegemónica a las relaciones diversas y complejas*, in *Foro internacional*, 50, n. 3/4 (201/202), 2010, 552 ss.; S. LOAEZA, *Estados Unidos y la contención del comunismo en América Latina y en México*, in *Foro internacional*, 53, n. 1 (211), 2013, 5 ss. Più in generale, sui rischi dell'imperialismo nordamericano, cfr. ora N. CHOMSKY, *Egemonia o sopravvivenza. I rischi del dominio globale americano*, Milano, 2005 (trad. it.). Va comunque riconosciuto che oggi l'influenza statunitense sull'America Latina è in netto calo: cfr. P. MIGLIAVACCA, *America Latina, un rinascimento lontano dai 'yanquis' sognando l'unificazione*, in *Il Sole 24 ore*, 10 settembre 2015.

⁶ Su diritto romano e resistenza per l'America Latina vd. già H.A. STEGER, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und im 20. Jahrhundert*, in *Index*, 4, 1973, 7 ss. (ma vd. anche *supra*, nota 4). In Italia, il paladino dell'idea del diritto romano come arma di resistenza dei popoli (non solo) latinoamericani contro il diritto di matrice angloamericana è stato senza dubbio Pierangelo Catalano: cfr. già P. CATALANO *Diritto romano e paesi latinoamericani*, in *Labeo*, 20, 1974, 434; ID., *Derecho Romano y Países Latinoamericanos (Elementos de resistencia de origen romanístico del sistema jurídico latinoamericano: los ejemplos de Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Colombia)*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 1979, 637 ss.; vd. però anche M.A. LAQUIS, *Desde Vélez Sársfield hasta la actualidad: independencia y elementos de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, 515 ss. (= in *La Ley*, Buenos Aires, 51, 153, 12 agosto 1987, 1 ss.).

⁷ Sull'ultra-individualismo della *common law* vd. R. POUND, *The spirit of common law*, Franconston (New Hampshire), 1921 (e poi Boston, 1922, più volte ristampato), 37; sulla concezione utilitaristica dell'*American way of life* vd. anche E. BETTI, *Relazione sulla visita alla Universidade do Rio Grande do Sul*, in *RISG*, 92, 1957-58, 435 ss. (ristampato con titolo diverso [*Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico*] in *Jus*, 10, 1959, 266 ss.); che il diritto romano avesse una impostazione esattamente opposta è conquista già di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di diritto comparato e di*

snodo culturale fondamentale, una testimonianza di quella identità culturale latinoamericana, che rappresenta una conquista già del secolo XIX⁸, ma che ancora oggi vive sviluppi⁹ che non è possibile ignorare¹⁰. Il diritto,

studi legislativi, 21, 1941, ma pubbl. anche separatamente, Giappichelli, 1999; infine, per uno spirito universalistico (eredità del diritto romano) del sistema latinoamericano, in contrapposizione allo spirito nazionalista «que esclaviza Europa», cfr. H. VALLADÃO, *Le Droit latino-américain*, Paris, 1954, 11 s.; J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema jurídico iberoamericano*, in *Revista de Estudios políticos*, 157, 1968, 214 s.; ID., *El sistema de derecho privado iberoamericano*, in *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor José Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, 155 ss. (= in J. CASTÁN TOBEÑAS-J.M. CASTÁN VÁZQUEZ-R.M. LÓPEZ CABANA, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, 2002, 143 ss.); P. CATALANO *Diritto romano e paesi latinoamericani*, cit., 434.

⁸ Il punto di partenza, notissimo, può essere identificato nell'articolo *Nuestra América*, che il rivoluzionario cubano JOSÉ MARTÍ scrisse per la *Revista ilustrada de Nueva York* il 1 gennaio del 1891, poi più volte ristampato.

⁹ Vale la pena qui ricordare il personaggio di Calibano, noto protagonista della Tempesta shakespeariana, cucciolo deforme e lentigginoso, non onorato di forma umana, figlio bestiale e selvaggio della strega Sicorace e di un diavolo, tenuto segregato come schiavo dal mago Prospero su un'isola; questo personaggio viene rapidamente reinterpretato nella tradizione latinoamericana come simbolo di democrazia (cfr. E. RENAN, *Caliban, suite de la tempeste*, 1° ed. 1877, più volte ristampato; trad. it. *Calibano, séguito della tempesta*, Palermo 1995), dell'anticolonialismo (mi riferisco certamente al movimento letterario della 'negritudine' di Aimé Césaire, originario della Martinica: cfr. A. CÉSAIRE, *Une tempête*, Paris, 1969), della contrapposizione tra le tendenze positive e negative della natura umana, esemplificata dal conflitto tra Ariel e Calibano, secondo la rilettura dell'uruguayano José Enrique Rodó Piñeyro (J.E. RODÓ, *Ariel*, 1° ed. 1900 Rep. Dominicana, trad. it. Bologna, 1999), e soprattutto come simbolo del riscatto di quell'America meticciosa in cui il cubano Roberto Fernández Retamar ha riposto le sue speranze per vincere l'oppressione e lottare per la libertà che tutti i popoli latinoamericani (guidati dal popolo cubano) meritano: cfr. J. FERNÁNDEZ RETAMAR, *Calibán*, in *Casa de las Américas*, 68, 1971, più volte ristampato, trad. it. in ID., *Calibano. Saggi sull'identità culturale dell'America Latina*, Firenze, 1992, ma vd. anche ID., *Note towards a Discussion of Culture in Our America*, in *The Massachusetts Review*, 15, 1974, 7 ss.; ID., *Caliban y otros ensayos. Nuestra América y el mundo*, La Habana, 1979; sul punto, *ex multis*, cfr. N. LIE, *Calibán en contrapunto. Reflexiones sobre un ensayo de Fernández Retamar* (1971), in *América. Cahiers du CRICCAL*, 18, 1997, 573 ss.; G. F. OLIVERIRA BENTLEY, *Latin-American Identity in the Tempest: Ariel or Caliban*, in *Revista de Pós Graduação em Letras UNESP – Campus de Assis*, 7, 2010; Ariel y Calibán mirando al Sur. Convegno internazionale di Americanistica – Salerno 10-12 maggio 2017, a cura di G. NUZZO, Salerno-Milano, 2018.

¹⁰ Come è ovvio, il tema della identità culturale latinoamericana è troppo vasto per essere qui affrontato; per orientarsi, dopo D. RIBEIRO, *La cultura latinoamericana*, in *Cuadernos de cultura latinoamericana*, 6, 1978, cfr. E. SARAIVA, *La identidad cultural latinoamericana*, in *Casa del Tiempo (México)*, vol. 6, n. 41, junio 1984; J. VERGARA ESTÉVEZ-J. VERGARA DEL SOLAR, *Cuatro tesis sobre la identidad: una reflexión sociológica*, in *Rev. de ciencias soc.* (Univ. A. Prat, Chile), 12, 2002, 77 ss.; C. TÜNNERMANN BERNHEIM, *América Latina: identidad y diversidad cultural. El aporte de las universidades al proceso de integración*, in *Polis. Rev. Latinoamericana*, 18, 2007; O. OSTRIA REINOSO, *Otra vuelta a la identidad latinoamericana en los estudios literarios y culturales*, in *Atenea*, n. 512, 2012, 29 ss.; per un approccio che tende alla sua valorizzazione come mezzo per opporsi al dilagante fenomeno della globalizzazione vd. S. SOSA FUENTES, *La identidad cultural latinoamericana en José Martí y Luís Villoro: Estado plural, autonomía y liberación en un mundo globalizado*, in *Rev. mex. de ciencias pol. y soc.*, vol. 52, n. 208, 2010, 41 ss.

e il diritto romano in particolare¹¹, hanno costituito e costituiscono senza dubbio il collante che tiene insieme questo edificio identitario, saldandolo con la cultura, anche ma non solo giuridica, di tradizione romanistica: si è parlato a questo proposito dell'America Latina come della «casa nacional dedicada específicamente a la problemática del derecho romano e sus contextos global y regional», auspicando la fondazione di una «sociología latinoamericana del derecho romano»¹².

2. Anche l'America Latina appartiene all'Europa?

Poco più di tre lustri or sono uno studioso svizzero, Eugen Bucher (1929-2014), professore ordinario di Diritto privato e di Storia del diritto nell'Università di Berna, ha sostenuto, in un suo bel saggio dal titolo omonimo, che “anche l'America Latina appartiene all'Europa”: *zu Europa gehört auch Latein-amerika*¹³.

Si tratta di una affermazione di estrema importanza, che, al principio del nuovo millennio tende a rivalutare le prospettive di studio che interessano l'America Latina: essa, però, corre il rischio di impostare i “nuovi” studi su questo tema da una angolatura limitata, che può indurre a false rappresentazioni e va per questo meglio calibrata e precisata.

All'affermazione, infatti, può senz'altro essere riconosciuta una importanza fondamentale da almeno un duplice punto di vista.

Da un primo profilo, essa riconosce finalmente la dovuta importanza al diritto latinoamericano, che per lungo tempo i comparatisti hanno contribuito ad offuscare, faticando a trovare un posto al sub continente latinoamericano all'interno delle classificazioni da essi elaborate perfino nei manuali¹⁴, o addirittura teorizzando la necessità di due distinte epistemolo-

¹¹ Cfr. H.-A. STEGER, *La significación del derecho romano para la universidad latinoamericana en los siglos XIX y XX*, in *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. XX, n. 1, junio de 1979, 99 ss.; non mi pare inutile sottolineare che Steger non era né un giurista, né uno studioso del diritto romano: vd. *infra*, nota 17.

¹² Cfr. H.-A. STEGER, *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, in *Index*, 14, 1986, 114. Vale appena la pena qui ricordare la convergenza di queste idee con la ricerca su “*Elementos de resistencia (de origen romanista) del sistema jurídico latinoamericano*”, proposta nel 1973 dall'ASSLA-Associazione di Studi Sociali Latino-Americani, e approvata dal CNR-Consiglio Nazionale delle Ricerche nello stesso anno e poi portata avanti con il consueto spirito battagliero da Pierangelo Catalano: ne riepiloga egli stesso le tappe in P. CATALANO, *Introducción pro memoria*, in J. ADAME GODDARD e H. HEREDIA VÁZQUEZ (a cura di), *Estudios latinoamericanos de derecho romano*, México, 2017, 3 ss.

¹³ E. BUCHER, *Zu Europa gehört Lateinamerika!*, in *ZeuP*, 2004, 515 ss.

¹⁴ Per non fare che pochi esempi soltanto, peraltro di opere estremamente conosciute e

gie, una per il «Legal Latin Americanism» (cioè per gli studi “sul” diritto latinoamericano) e una, differente, per il «legal discourse in Latin America» (cioè per gli studi “di” studiosi latinoamericani)¹⁵.

Da un secondo e diverso punto di vista, essa riconosce la evidente comunanza che affratella i due richiamati continenti sotto il profilo giuridico: tale comunanza può essere declinata all'interno della nozione di “sistema giuridico”, sulla quale, pure, tornerò nelle pagine seguenti.

I limiti della prospettiva di Bucher sono a mio avviso evidentemente connessi a quella sorta di eurocentrismo che affetta la dottrina soprattutto (ma non solo) europea, che porta a considerare il vecchio continente come il centro del mondo, e l'America Latina (e il “suo” diritto) quasi come una propaggine, una scaturigine, un “ramo collaterale” (vd. *infra*, nota 19) degli eventi del resto del denominato “Occidente”¹⁶.

E così, dire oggi che l'America Latina “appartiene” all'Europa non solo rispecchia quelle vecchie prospettive che il più grande latinoamericanista europeo, il sociologo tedesco Hanns-Albert Steger¹⁷ chiamava (sulla scia di Rodó: vd. *supra*, nt. 9) “Nordomania” o “Erodianesimo”¹⁸, ma legittima in

diffuse, l'America Latina non trova posto in P. AMINION-B.B. NOLDE-M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, Paris, 1950, 42, mentre in A. MALMSTRÖM, *System of Legal Systems. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law*, Scand. Stud. in Law, 1969, 127 ss., in K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, Grundlagen, Tübingen, 1984 cito dalla trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, I, Principi fondamentali, Milano, 1998, 76 ss., e in A. PIZZORUSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998², seguendo sostanzialmente l'impostazione delle famose “famiglie” di René David (vd. ora R. DAVID-C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. della 11^a ed., Padova, 2004, 22 ss.) l'intera area latinoamericana viene sì assimilata alla “famiglia romano-germanica”, ma senza riconoscere ad essa alcuna specificità (David, però, sottolineava già nel 1956 la necessità di approfondire lo studio del tema: cfr. R. DAVID, *L'originalité de droits dans l'Amerique Latine*, Paris, 1956, 5 ss. [poi anche in ID., *Le droit comparé: droit de d'hier, droits de demain*, a cura di A. Tunc, Paris, 1982, 161 ss.]).

¹⁵ L'impostazione è chiarissima, ad es., in J.L. ESQUIROL, *Symposium: Legal Latin Americanism*, in *Yale Human Right Development Law Journal*, 16, 2013, 145 ss. Secondo questo studioso (cfr. anche J.L. ESQUIROL, *The Fictions of Latin American Law*, in *Utah Law Review*, 1997, 426 ss.) proprio la mancata recisione del cordone ombelicale che lega l'America Latina all'Europa avrebbe causato quell'«unpragmatical and intractable legalism», che, impedendo qualsiasi tentativo di riforma, costituirebbe il vizio di fondo dell'America Latina dal punto di vista giuridico.

¹⁶ Ciò già a partire da R. DAVID-C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*¹¹ cit., 22 ss.; ma l'impostazione è evidente anche in contributi recenti: cfr., ad es., J.L. ESQUIROL, *The Fictions of Latin American Law*, cit., 426 ss. Sul punto si sofferma anche M. ROSTI, *Sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano. La ricostruzione di un dibattito e prospettive di ricerca* (<http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2007/rostri1.pdf>).

¹⁷ Alla persona di Hanns-Albert Steger, certamente il maggiore latinoamericanista europeo, è dedicato il volume 36/2015 della Rivista *Roma e America. Diritto romano comune*. Sul punto, mi permetto di rinviare anche ad A. SACCOCCIO, *Hanns-Albert Steger latinoamericanista romanista*, in *Visioni latinoamericane*, 22, 2020, 103 ss. (https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/29466/3/6_Visioni_Latinoamericane_n.22_gennaio_2020-2.pdf).

¹⁸ Cfr. H.-A. STEGER, *La significación del derecho romano*, cit., 107 s.: secondo Steger, fi-

qualche modo anche quanti affermano, in modo a mio avviso del tutto errato, che il diritto latinoamericano costituisce «un ramo del tutto collaterale del modello europeo» o, peggio ancora, «una imitazione, spesso sbiadita» di quest'ultimo¹⁹, giungendo quasi a considerare l'America Latina in qualche modo come il Sud del mondo²⁰.

Come se questo non bastasse, questa sorta di occhiale deformante con cui si guarda al diritto del Nuovo Mondo, conduce alla proposizione di un ulteriore, inaccettabile corollario, cioè che il diritto latinoamericano, in quanto legato a doppio filo all'Europa, non abbia né abbia mai avuto sviluppi suoi propri²¹: si ignorano così sia le specificità del diritto di questa area geografica, che vengono invece viste come deviazioni da una presunta «tradizione giuridica occidentale»²² e che invece, a mio avviso, vanno opportunamente inserite nel più ampio quadro della «*identidad latinoamericana*», sul quale, per ovvie ragioni, è qui impossibile trattenersi²³; sia gli evidenti (e ormai molto studiati) legami «interni» che collegano dal punto di vista giuridico l'uno all'altro i Paesi del sub-continente²⁴ e che spesso

no alla metà del secolo passato le classi latinoamericane, sebbene vivessero in America Latina, si comportavano come se vivessero a New York, Roma o Parigi, così come Erode, il quale, pur vivendo in Palestina, si comportava come se vivesse a Roma.

¹⁹ Così, invece, cfr. G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 29, 2011, 164.

²⁰ Rischio dal quale mette in guardia A. SOMMA, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, n. 5, 2012, 1 ss. (<https://ssrn.com/abstract=2169420>), il quale combatte la tendenza a vedere nell'America Latina una periferia dell'Europa.

²¹ Cfr. M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, X ss.; U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano 1994, I, 777 ss.

²² Cfr. V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law-common law*, Torino, 2014⁵, 397. Sul presunto «vizio di fondo» che sarebbe costituito da una asserita dipendenza dell'America Latina dall'Europa in campo giuridico vd. *supra*, nota 14.

²³ Vd. *supra*, nota 10, per un primo generale inquadramento.

²⁴ Sulla rete di reciproche influenze, nonché sulle peculiarità dei Cc. latinoamericani, fondamentale rimane A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago [Chile] 2000); e poi O. MORETEAU-A. PARISE, *Recodification in Louisiana and in Latin America*, in *TLR*, 83, 2009, 1103 ss. e in particolare 1121 ss.; S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ. – Aggiornamento Quinto*, 2010, 310 s.; C. SORIANO CIENFUEGOS, *Circulación de modelos y centralidad de los Códigos civiles en el derecho privado latinoamericano*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46, n. 136, 2013, 125 ss.; sulle Costituzioni latinoamericane degli ultimi decenni, e sul modello di democrazia «partecipante» da esse proposto, che prevede anche il riconoscimento dell'identità indigena, cfr. soprattutto il volume *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, a cura di R. Viciano Pastor, Valencia, 2012, con cui cfr. M. CARDUCCI, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 319 ss.; M. PETTERS MELO, *Neocostituzionalismo e 'nuevo constitucionalismo' in America Latina*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 342 ss.; S.

hanno portato gli ordinamenti latinoamericani a discostarsi, e di molto, dai presunti “modelli” europei con esiti del tutto propri e innovativi, spesso precorrendo anche i tempi rispetto al nostro continente²⁵.

3. Europa und Lateinamerika “zusammengehören”

Meglio, allora, appare assumere come punto di partenza le parole messe nero su bianco da San Giorgio La Pira, già sindaco di Firenze e professore di diritto romano, in un messaggio inviato nel 1974 in occasione del I Seminario Internazionale organizzato dall'ASSLA (Associazione di Studi-Sociali Latino-Americani): secondo La Pira, Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica e anche in un certo modo sociale, economica e politica, che la scienza romana saldamente cementa e unifica – *unitas et pax orbis ex iure*»²⁶.

Ed è proprio il “cemento” costituito dal diritto romano che impedisce di costruire i rapporti tra Europa e America Latina secondo quella chiave gerarchico-derivativa adottata da Bucher.

Si legge, infatti, già nell'art. 1 della Costituzione di Cadice del 1812, che la nazione spagnola riunisce gli abitanti di “ambo gli emisferi”, ad indicare una continuità, e non una separazione (e nemmeno una derivazione) tra Europa e America Latina, nell'ottica di quella *civitas augescens*²⁷ che è patrimonio comune della tradizione giuridica romanistica.

La comunicazione tra vecchio e nuovo mondo, se trova la sua scaturi-

BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State?*, in AA.VV., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, a cura di S. Bagni, Bologna, 2013, 19 ss.

²⁵ Io stesso mi sono soffermato sul c.d. principio del consensualismo, che si è affermato in America Latina per vie solo al principio collegate al dibattito europeo, ma poi di fatto del tutto indipendenti e per certi versi anche più avanzate: cfr. A. SACCOCCIO, *Dal 'sistema romano dei contratti' all'affermarsi del principio del consensualismo in America Latina*, in *Diritto@Storia*, 11, 2013; per altri esempi, che vanno dall'azione popolare all'azione di *amparo*, vd., ad es., J.L. DÍEZ SCHWERTER-V.P. DELGADO, *Sobre la función preventiva de la responsabilidad aquiliana ante daños contingentes: el caso del artículo 2333 del Código Civil chileno*, in É. CORTÉS MONCAYO-D.F. ESBORRAZ-R. MORALES HERVÍAS-S. PINTO OLIVEROS-G. PRIORI POSADA (a cura di), *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, 701 ss., a cui adde C. SALGADO RAMÍREZ, *L'azione popolare nel modello di Codice di Andrés Bello e la sua influenza sulla tutela degli interessi collettivi*, in corso di stampa negli atti del Convegno internazionale “Zu Europa gehört auch Lateinamerika! Römische Recht und lateinamerikanisches Rechtssystem. In memoriam Eugen Bucher”, svoltosi a Harder Kulm (Interlaken), il 13 settembre 2019.

²⁶ Cfr. *Quaderni latinoamericani*, 1, Firenze, 1977, 10.

²⁷ Sul concetto, cfr. soprattutto M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in *SDHI*, 60 (1994), 759 ss., con fonti e dottrina; EAD., *Cittadini, popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino, 2011².

gine storica in eventi che hanno preso le mosse in Europa (e segnatamente a Roma), non può e non deve prendere quest'ultima come principio da intendersi come "principio in senso forte", valutandola come una *arché* ilozoistica dalla quale il diritto ivi applicato sia scaturito e trasmigrato. Al contrario, è necessario valutare il rapporto tra Europa e America Latina in una chiave vorrei dire quasi sinallagmatica, corrispettiva, o, meglio, in una chiave che sappia adeguatamente ponderare il senso di universalità che promana dalle fonti romane, dalle quali deriva il diritto attualmente in uso in entrambi i continenti.

Del resto è di tutta evidenza che, sotto alcuni profili, il legame del diritto latinoamericano con l'esperienza giuridica romana è più saldo e più diretto che non quello che con la stessa esperienza può vantare l'Europa, dove i filtri ideologici (operati più o meno consapevolmente da movimenti come l'*usus modernus pandectarum* o la Pandettistica) sono stati più numerosi e più penetranti²⁸.

4. L'America Latina nel "sistema"

Per queste ragioni è indispensabile indagare proprio queste radici, e quindi è necessario andare a ricercare alla fonte primigenia di questo legame che unisce l'esperienza giuridica latinoamericana con quella romana, nell'ambito della medesima tradizione di studi e di ricerca.

E allora dobbiamo rivolgere il nostro sguardo precisamente alla sapienza dei giuristi romani, di cui il precipitato è stato consegnato alla posterità dalla lungimiranza di Giustiniano, il quale lo ha raccolto all'interno del *Corpus iuris civilis*.

Questa compilazione, a cui lo stesso Giustiniano dà il nome di "Codici"²⁹, già nella mente dell'imperatore non era destinata soltanto ai sudditi del suo impero³⁰, ma si poneva come orizzonte le generazioni future³¹.

²⁸ Cfr. H.-A. STEGER, 'Siete tesis equivocadas sobre América Latina' de Rodolfo Stevenhagen, in *Temas de nuestra América. Revista de estudios latinoamericanos*, vol. 2, n. 4, 1985, 16.

²⁹ Cfr., con riferimento a *Digesta* e *Institutiones*, *Tanta/Dédoken*, 23. Vale appena la pena qui osservare che questi "Codices" non hanno nulla a che vedere con il concetto moderno di "Codice", racchiuso entro le mura ideali degli Stati nazionali, che vanamente tentano di isolare in compartimenti stagni un diritto che è creato dagli uomini e destinato agli uomini (a tutti gli uomini: cfr. *Hermog.*, 1 iur. ep. D. 1.5.2).

³⁰ Al riguardo, vd. già G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 192 ss.

³¹ *Cost. Tanta*, 12. ... *Omnipotentis Deo et hanc operam ad hominum substantiationem piis optulimus animis uberesque gratias maximae deitate reddimus, quae nobis praestitit et bella feliciter agere et honesta pace perpotiri et non tantum nostro, sed etiam omni aevo tam instanti quam posteriori leges optimas ponere* («Con animo devoto abbiamo offerto a Dio onnipotente anche quest'opera, diretta a essere sostegno per gli uomini, e abbiamo reso abbondan-

In altre parole, per Giustiniano il diritto che egli andava “codificando” non doveva essere limitato né geograficamente³² né temporalmente (*in omne aevum valituras*, dice l'imperatore), e l'eternità costituiva la vera misura di esso³³. Lo stesso Giustiniano per indicare questa complessa opera codificatoria usa la parola latina “*compilatio*” e quella greca “*σύστημα*”³⁴, ad indicare un complesso organico e sistematico di istituti, principi, norme, valido per il presente, però aperto e orientato al futuro, costruito e costantemente³⁵ aggiornato e attualizzato dai giuristi in funzione degli uomini, ovviamente secondo delle specificità di cui ciascuno di essi in tutte le latitudini e in tutte le epoche si erge o si sarebbe in futuro eretto a portatore³⁶. Per tale “sistema”, è chiaro allo stesso Giustiniano come sia indispensabile riconoscere l'esistenza di un diritto comune tra tutti i popoli che abitano l'ecumene, noti o ancora ignoti, e che si potrebbero incontrare, in una prospettiva universalistica che le moderne contrapposizioni tra gli Stati e tra gli ordinamenti che dagli Stati derivano rendono faticoso, se non quasi impossibile, cogliere³⁷.

E non può essere certamente frutto del caso il fatto che la parola “sistema” si legga già nella monumentale opera di Friedrich Carl von Savigny³⁸, così

ti grazie al sommo Dio, che ci ha concesso sia di condurre felicemente le guerre, sia di godere di una pace onorevole, sia di proporre un diritto ottimo non solo per la nostra epoca, ma anche per quelle future, tanto imminenti quanto successive»; cfr. S. SCHIPANI [a cura di], Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, *Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e Traduzione*, I [1-4], Milano, 2005, 47). Lo stesso Giustiniano (cfr. *Const. Deo auctore* 5, significativamente indirizzata a “tutti i popoli” [*omnes populi*]) aggiunge che è sua intenzione costruire un vero tempio della giustizia e quasi una “cittadella del diritto” (*oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare*): sul punto, cfr. B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano*, in *Eos. Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, Varsaviae, 1957, II, 177 ss. (= in *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano. Problemi generali*, Milano, 1956, 447 ss.).

³² Vd. *Const. Tanta/Dédoken*, 24; non a caso Giustiniano si indirizza a *omnes orbis terrarum homines*, come si legge nel § 19 della stessa Costituzione, o, meglio, a tutti i popoli e a tutte le città dell'ecumene, come si legge nel testo greco della medesima.

³³ Cfr. *Const. Deo auct.* 14: ... *ut codex consummatus et in quinquaginta libros digestus nobis offeratur in maximam et aeternam rei memoriam*.

³⁴ Cfr. *Const. Tanta/Dédoken*, 7,

³⁵ Continuamente, giorno per giorno (= *cottidie*), per usare le parole del giurista romano Pomponio: cfr. D. 1.2.2.13.

³⁶ Per una forte sottolineatura dell'indispensabilità dell'opera del giurista (o – meglio – dei giuristi delle varie epoche che lo hanno costantemente re-interpretato e adeguato alla realtà del loro tempo) a rompere gli schemi imposti dallo statual-legalismo, e per tendere verso «un sistema universalisticamente orientato», vd. S. SCHIPANI, *Premessa*, in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, cit., XXVI s.

³⁷ Mi permetto il rinvio ad A. SACCOCCIO, *Il sistema del diritto romano come patrimonio comune dell'umanità*, in A.F. URICCHIO e M. CASOLA (a cura di), *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona, il diritto*, I, Bari, 2019, 551 ss.

³⁸ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlin 1840-1849 (= *Id., Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. di V. Scialoja, Torino, 1889-1898).

come anche, pochi anni dopo, nella meno conosciuta opera di un giurista giapponese, Nobushige Ozumi³⁹, ma anche, per toccare un terzo continente, negli scritti del peruviano padre gesuita Jorge Basadre⁴⁰. E non trascurerei nemmeno l'espressione "sistema romanistico" che si legge negli scritti di uno studioso italiano del diritto commerciale, che ha avuto diverse e penetranti esperienze di studio e di lavoro in America Latina, come Tullio Ascarelli⁴¹.

In tempi a noi più vicini, la diatesi sistema/ordinamenti, con specifico riferimento all'America Latina⁴², è un cavallo di battaglia di Pierangelo Catalano⁴³, ma anche di Sandro Schipani⁴⁴. La nozione di sistema è posta al centro delle proprie ricerche anche da altri prestigiosi giuristi, tra i quali mi limito a ricordare Riccardo Cardilli⁴⁵, David Esborraz⁴⁶ e Ignazio Castellucci⁴⁷.

³⁹ Cfr. N. OZUMI, *Lectures on the new Japanese Civil Code as material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Tokio, 1912²; dell'opera esiste anche una trad. it., che io però non ho potuto vedere.

⁴⁰ Cfr. J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967², 83: «sistema son unidades que presentan determinado grupo de instituciones, normas y principios, que poseen líneas de ascendencia común que sobrepasan las limitaciones de tipo nacional o continental». Di "sistema esterno del diritto romano" parla recentemente anche lo studioso russo Leonid Kofanov (cfr. L. KOFANOV-O. SACCHI, *Il sistema «esterno» del diritto romano. Ius naturae, ius gentium e diritto commerciale nel pensiero giuridico antico*, Napoli, 2017, 1-408), ma a mio avviso in senso improprio, ad indicare quello *ius naturae* o *gentium* che è alla base del diritto romano e al quale in nessun senso può riconoscersi una "esternalità" rispetto al diritto romano stesso.

⁴¹ Cfr. T. ASCARELLI, *Diritti dell'America Latina e dottrina italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 909; sull'emigrazione forzata a cui furono costretti diversi e illustri professori italiani, i quali scelsero l'America Latina come luogo in cui professare la loro scienza in quegli anni bui, vd. G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali ed il ceto dei giuristi*, Milano, 2014², 120.

⁴² Per altre e significative tappe dell'accoglimento in dottrina della nozione di sistema giuridico latinoamericano mi sia qui consentito rinviare a quanto dico in A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 3 ss.

⁴³ Sulla diatesi "sistema-ordinamenti" vd. soprattutto P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 18, 2004, 19 ss. (= in S. SCHIPANI (a cura di), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005, 18 ss.)

⁴⁴ S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24, 2007, 3-15.

⁴⁵ R. CARDILLI, *«Bona fides» tra storia e sistema*, Torino, 2010.

⁴⁶ D. ESBORRAZ, *La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno del propio sistema jurídico interno romanista (I) e (II)*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006, 5-56 e 24, 2007, 33-84; ID., *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, 25 s.

⁴⁷ I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano. Una verifica*, Torino, 2011. Tra i comparatisti, cfr. anche S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Napoli, 2017 ed EAD., s.v. *Sistema giuridico latinoamericano*, in *Dig. delle disc. priv., sez. civ. – Aggiornamento Settimo*, 2016, 711 ss.

Infine, calzante, ed in linea con quanto qui sostengo, mi pare la metafora del diritto romano come “sistema giuridico aperto” che usa Gianni Santucci, ad indicare giustamente un modello antitetico (e probabilmente meglio funzionante) rispetto a quelli circolanti nei diritti codificati odierni⁴⁸.

5. Linee di continuità

Anche dopo la fine del c.d. impero romano d'Oriente, la continuità tra Roma, Costantinopoli (Nuova Roma) e Mosca (Terza Roma) è un dato da tempo acquisito dalla dottrina⁴⁹, che testimonia l'espansione nel tempo e nello spazio del modello giuridico “inventato” dai giuristi romani.

La comunicazione di queste fonti con l'America Latina, certamente per il tramite della Spagna, è un dato indiscusso che oggi anche la dottrina non specialistica dei temi giuridici tende a riconoscere⁵⁰: il *Liber iudiciorum*, il *Fuero Juzgo*, le *Siete Partidas*, le *Ordinações Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*, le *Leyes de Toro*, l'*Ordenamiento de Alcalá*, la *Recopilación de Leyes de las Indias*, la *Nueva* e la *Novísima Recopilación* sono tutte tappe di questo percorso, che ovviamente non è questa la sede per indagare, ma che trovano un punto di arrivo nei Codici e nelle Costituzioni dei moderni Stati che occupano oggi questa area geografica⁵¹.

Attraverso queste tappe, il diritto romano viene “trasfuso”⁵² in America

⁴⁸ Cfr. G. SANTUCCI, *Il sistema aperto del diritto romano. Antologia di testi*, Torino, 2018², vd. già p. XIV.

⁴⁹ Su Mosca Terza Roma cfr. C. TOUMANOFF, *Moscow the Third Rome. Genesis and Significance of a Politico-Religious Idea*, in *The Catholic Historical Review*, 30, 1955, 411 ss.; V.T. PASUTO, *Mosca-Terza Roma*, in *Da Roma alla terza Roma*, Documenti e Studi, I, Roma, Costantinopoli, Mosca, Napoli, 1983, 458 ss.; C. ALZATI, *Gerusalemme, Roma, Bisanzio: traslazioni di un ideale*, in AA.VV., *Roma antica nel Medioevo. Mito rappresentazioni, sopravvivenze nella 'Respublica Christiana' dei secoli IX-XIII. Atti della quattordicesima settimana internazionale di studio, Mendola, 24-28 agosto 1988*, Milano, 2001, 205 ss. Fondamentali sono a questo proposito i seminari Da Roma alla Terza Roma organizzati annualmente in Campidoglio da oltre tre decenni nella ricorrenza del Natale di Roma dal Centro Studi Giorgio La Pira del CNR – “Sapienza” Università di Roma, di cui le anime sono P. Catalano e P. Siniscalco, e di cui sono pubblicati vari volumi di atti.

⁵⁰ Cfr., per es., M. CACCIARI, *L'epoca della globalizzazione*, in G. Torresetti (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica*, Macerata, 2-5 ottobre 2002, Macerata 2008, 50 (= ID., *Pensare la globalizzazione*, in F. Minazzi-L. Norasco (a cura di), *Bioetica, globalizzazione ed ermeneutica. L'impegno critico della filosofia nel mondo contemporaneo*, Milano 2007, 82).

⁵¹ Su queste fonti, cfr. soprattutto A. GARCÍA GALLO, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972; ID., *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, in *AHDE*, 44, Madrid, 1974, 197 ss.

⁵² Il primo a parlare di “trasfusione” del diritto romano negli ordinamenti latinoameri-

Latina all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, mostrando una ecletticità e una resistenza che, al contrario, gli ordinamenti giuridici europei non hanno saputo mantenere.

Il sopra descritto saldo legame tra il diritto romano e l'America Latina, esce confortato da alcune teorizzazioni che, con un vasto impatto nel Nuovo Mondo, danno per presupposta questa continuità.

La prima è la teoria del "Quinto Impero" che si legge negli scritti del padre gesuita Antonio Vieira (1608-1697)⁵³.

Il 29 aprile 1659 padre Vieira scrisse una lettera⁵⁴, che dal Brasile raggiunse il vescovo del Giappone, André Fernandes. In essa Vieira, in tono consolatorio, rielaborava la profezia del profeta Daniele a proposito del sogno di Nabucodonosor⁵⁵, nella convinzione che l'Antico Testamento «contained in prophecy the whole history of creation from its beginnings to the final consummation»⁵⁶. Egli profetizzò così l'avvento di un "quinto impero", portoghese e cristiano, che nell'ottica biblica sarebbe stato rappresentato dal dominio del popolo ebraico, ma che il religioso collega alla prosecuzione dell'eredità romana da parte dei portoghesi in America Latina: in

cani è stato l'argentino Augustín Díaz Biale (in vari lavori: qui cito solamente A. DÍAZ BIALET, *La transfusión du droit romain*, in *RIDA*, 18, 1971, 471 ss., ID., *Influencia del derecho romano en el derecho positivo de la Argentina. Acerca de la transfusión del derecho romano*, in *Romanitas*, 10, 1970, 235 ss.); successivamente vd. soprattutto S. SCHIPANI, *I codici latinoamericani della «transfusión» del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo»*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, 645 ss.

⁵³ Cfr. A. VIEIRA, *História do Futuro*, cito dalla ed. curata da M.L. CARVALHÃO BUESCU, Lisboa, 1992², 271 ss.

⁵⁴ La denominazione più diffusa della lettera è *Esperança do Portugal, Quinto Império do mundo*, da cui il nome della "teoria" di Vieira.

⁵⁵ La vicenda è narrata in *Dan.*, 2,31 ss.: Nabucodonosor, re di Babilonia una notte fece un sogno; al mattino, turbato dal sogno, convocò tutti i sapienti del suo regno, invitandoli a indovinare la sua visione onirica e offirgliene una spiegazione; di fronte alla dichiarata impossibilità dei sapienti di indovinare il sogno, il re ordinò che essi fossero messi a morte. Il profeta Daniele, per evitare l'esecuzione di una così crudele sentenza, per illuminazione divina ebbe una visione del sogno e ne offrì al re una interpretazione, che lo convinse che il Dio, il quale aveva così illuminato Daniele, era veramente un Dio potente. Il sogno vedeva il re osservare una statua con la testa d'oro, le braccia d'argento e il ventre e le cosce di bronzo, le gambe e i piedi di ferro misto a creta; i piedi della statua, colpiti da una pietra caduta dalla montagna si frantumarono, e di conseguenza l'intera statua cadde in pezzi; la pietra, rimasta intatta dopo la collisione, si trasformò a sua volta in una grande montagna. Nell'interpretazione di Daniele, la testa d'oro rappresentava il re Nabucodonosor, che governava su tutta la terra; dopo di lui sarebbe sorto un regno inferiore (d'argento) e poi un terzo regno, ancora inferiore (di bronzo), a cui avrebbe fatto seguito un quarto regno, di ferro, che, come il ferro spezza tutto, avrebbe spezzato e frantumato il mondo. Il quinto regno, che sarebbe succeduto, sarebbe stato incarnato nella pietra: questo, avrebbe a sua volta annientato tutto il mondo, come la pietra aveva distrutto la statua, e sarebbe durato per sempre, annichilendo gli altri regni.

⁵⁶ Cfr. R. RICHARD, *Prophecy and Messianism in the Works of Antonio Vieira*, in *The Americas*, 17, 1951, 358.

particolare, secondo padre Vieira, dopo l'impero Assiro, quello persiano e l'"impero" greco, il quarto impero sarebbe stato incarnato dai romani che sarebbero stati il popolo più forte che la terra aveva fino a quel momento conosciuto. Ma – continua Vieira – più forti di loro sarebbero stati gli spagnoli, e più forti ancora i portoghesi, che avrebbero unificato, sulla scia proprio dei romani, i due continenti, e sarebbero stati per questo destinati a dominare il mondo al tempo conosciuto⁵⁷.

La profezia di Vieira, cristallizzata nell'opera (pubblicata postuma nel 1718) *História do futuro* condurrà Vieira all'inquisizione⁵⁸, e, soprattutto, finirà per avere esiti imprevisi e imprevedibili nella storia seguente soprattutto del continente latinoamericano, fino a far nascere un vero e proprio movimento messianico, il sebastianismo⁵⁹, che in Brasile condurrà a esiti imprevedibili, con larga partecipazione di folle e un grande impatto sulla pubblica opinione⁶⁰. L'idea di fondo è quella qui rappresentata: la continuità dell'America Latina rispetto all'esperienza romana, declinata però nelle forme della costruzione di un impero universale⁶¹.

⁵⁷ Scrive Vieira: «Assim que, considerando todo o corpo do Império Romano e todas as suas empresas, os fortes dos Romanos foram os Cipiões, os Pompeus, os Césares, os Augustos; os fortíssimos foram os Espanhois, e entre esses Espanhois os fortíssimos dos fortíssimos foram os Portugueses»: cfr. A. VIEIRA, *História do Futuro*, cito dalla ed. curata da M.L. CARVALHÃO BUESCU, Lisboa, 1992², 271 ss.

⁵⁸ Cfr. A. NOVINSKY, *Padre Antonio Vieira, the Inquisition and the Jews*, in *Jewish History*, 6, 1992, 151 ss.

⁵⁹ Il sebastianismo prendeva le mosse dalla morte del re portoghese Sebastiano I in Marocco nella battaglia di Alcácer-Quibir nel 1578 (vd. F. SALES LOUREIRO, *D. Sebastião e Alcácer Quibir*, Lisboa, 1989) e dell'idea di un suo ritorno sulla terra, a seguito del mancato ritrovamento del suo corpo: sul punto, cfr. R. RICHARD, *Prophecy and Messianism* cit., 358; sul sebastianismo, cfr. G. LANCIANI, *Il sebastianismo: un sogno che nasce come logos*, in *Sogno e scrittura nelle culture iberiche*, Atti del XVII Convegno dell'Associazione degli Ispanisti italiani [Milano, 24-25-26 ottobre 1996], I, Roma, 1998, 339 ss.).

⁶⁰ Penso soprattutto alla "*Guerra de Canudos*", raccontata da Euclides da Cunha nel suo famoso *Os Sertões*, São Paulo, 1902, e agli echi di questi eventi nel pensiero e nelle opere di molti studiosi e uomini di cultura successivi, tra cui lo scrittore portoghese Fernando Pessoa (cfr. F. PESSOA, *Portugal, Sebastianismo e Quinto Império*, cito dalla ed. Lisboa, 1986) e il peruviano Mario Vargas Llosa (cfr. *La guerra della fine del mondo*, trad. it. edita da Einaudi nel 1983, ed. originale del 1981) entrambi, come è noto, insigniti del premio Nobel per la letteratura, il filosofo portoghese Agostinho da Silva (vd. *Considerando o Quinto Império*, in *Tempo presente*, 17-18, a. II, 1960, 9 ss. [= in *Ensaio sobre cultura e literatura portuguesa e brasileira*, I, Lisboa, 2000, 249 ss.]) o alcuni registi cinematografici, come il brasiliano Glauber Rocha (*Il Dio nero e il diavolo biondo*, 1964) o il portoghese Manoel de Oliveira (mi riferisco al lungometraggio *Il Quinto Impero. Ieri come oggi* del 2004).

⁶¹ Cfr. S. PELLOSO, *Antonio Vieira e l'inquisizione: il Quinto Impero e il problema della continuità dell'impero romano*, in *Roma, Lisbona, Brasilia tra antichità e futuro. Diritto e profezia nel pensiero di Antonio Vieira*, Roma, 1998, 1 ss.; ID., *Messianesimo e profezia: dal sebastianismo al Quinto impero di Antonio Vieira*, in AA.VV., *Civiltà letteraria dei Paesi di espressione portoghese. Il Portogallo: dalle origini al Seicento*, a cura di L. Stegagno Picchio, Firenze, 2001, 557 ss.; ID., *Antonio Vieira e l'impero universale*, Viterbo, 2014 (eBook); M.J. JORDÁN,

La seconda costruzione prende le mosse dalla teoria della Roma Americana.

Il giurista e uomo politico brasiliano José da Silva Lisboa (Salvador, 1756 – Rio de Janeiro, 1835), visconte di Cairu, tenne un discorso nel Parlamento brasiliano il giorno 27 agosto 1823⁶², poco prima della c.d. “notte di agonia” (il 12 novembre dello stesso anno), quando l'imperatore del Brasile, Dom Pedro I, ordinò all'esercito di invadere e sciogliere l'assemblea costituente che doveva traghettare il Brasile verso un'era di maggiore democrazia.

La discussione verteva sulla fondazione di una o più università in Brasile⁶³: Lisboa propendeva per la fondazione di una prima e sola università (a San Paolo), aumentandone poi il numero con l'accrescersi dell'impero sotto il profilo economico e demografico.

Nell'ottica di Lisboa, la neonata università avrebbe dovuto formare le nuove classi dirigenti, le quali avrebbero dovuto studiare lo «spirito del nostro “sistema” [ancora il sistema!] nella Roma Americana»⁶⁴. La Roma americana, esemplificata dalla nuova capitale Rio de Janeiro, doveva esprimere la continuità dell'eredità romana nelle Americhe, delineando i confini di quei valori ai quali il nuovo impero doveva ispirarsi, derivandoli direttamente da Roma: tolleranza delle diversità etniche e culturali; unificazione dell'amministrazione della giustizia attraverso la centraliz-

The Empire of the Future and the Chosen People: Father Antônio Vieira and the Prophetic Tradition in the Hispanic World, in *Luso-Brazilian Review*, 40, 2003, 45 ss.

⁶² Cfr. *Senado Imperial. Anais do Senado. Ano de 1823*, IV, *Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléia Constituinte do Império do Brasil*, Transcrição, 172 (https://www.senado.leg.br/publicacoes/anaais/pdf/Anaais_Imperio/1823/1823%20Livro%204.pdf);

⁶³ Ricordo che mentre la colonizzazione spagnola aveva di mira la costituzione nel Nuovo Mondo di una sorta di prolungamento della Spagna, e di conseguenza già nella prima metà del 1500 i *conquistadores* si adoperarono per la fondazione di varie Università (dalla prima a Santo Domingo nel 1538 e poi via via le altre, come San Marcos de Lima nel 1551, Città del Messico nel 1553 ecc.), la colonizzazione portoghese aveva più il carattere di una esplorazione commerciale, così che si dovette attendere il trasferimento della corte in Brasile nel XIX secolo per assistere la nascita delle prime Università, che presero il posto delle Accademie: sul punto, cfr. S. BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 1ª ed., 1936, dell'opera esistono varie riedizioni (compresa la trad. it. *Alle radici del Brasile*, Milano-Roma, 1954), io cito dalla ed. São Paulo, 1995, 98 s.; G.L. DE ROSA, *Identità culturale e protonazionalismo. Il ruolo delle Accademie nel Brasile del XVIII secolo*, Milano, 2011, 237 ss. Per il ruolo svolto dalle Università nell'acculturazione delle classi dirigenti latinoamericane e nella creazione di un fertile tessuto sociale, imprescindibile rimane H.-A. STEGER, *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, I (*Das lateinamerikanische Universitätswesen zwischen geschichtlicher Überlieferung und geplanter Zukunft*), Bielefeld, 1967 [trad. port. *As universidades no desenvolvimento social de América Latina*, Rio de Janeiro, 1970; trad. spagn. *Las universidades en el desarrollo social de la América Latina*, México, 1974]; utile è anche D.F. ESBORRAZ, *La Università degli avvocati e l'individuazione di un sottosistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 35, 2014, 375 ss.

⁶⁴ «Importa pois, que os que devem influir nas classes menos instruidas, venhão fazer estudos e firmar o espirito do nosso systema na Roma Americana».

zazione dell'organizzazione giudiziaria; incoraggiamento del decentramento amministrativo attraverso il rafforzamento dei municipi; rafforzamento degli strumenti di democrazia diretta. Tutto ciò, a suo avviso, sarebbe stato necessario per compensare, con vantaggi sensibili, i costi che l'organizzazione del Brasile come impero avrebbe sicuramente comportato⁶⁵, senza escludere l'importanza che la "Roma Americana" avrebbe rivestito nella formazione dei giuristi nelle neo-nate Università brasiliane, che avrebbero fornito la linfa al nuovo regime, sotto forma di classe dirigente⁶⁶.

Per Lisboa, quindi, la "Roma Americana" avrebbe rappresentato una idea (o forse un ideale) anche giuridica, che le classi colte latinoamericane avrebbero dovuto raccogliere dal mondo romano, fare propria e trasmettere alle generazioni successive, nell'ottica del buon andamento dell'impero⁶⁷, con un modello che la dottrina non ha da tempo mancato di riconoscere⁶⁸.

Questa idea della Roma americana, che si rispecchia certamente nella "*Nuestra America*" del rivoluzionario cubano José Martí (José Julián Martí Pérez, 1853-1895)⁶⁹, ha evidentemente costituito il fertile *humus* sul quale si è impiantata la teoria della razza cosmica, del politico e scrittore messicano José Vasconcelos (1822-1959)⁷⁰, il quale ipotizza l'insediamento in America Latina di una sorta di "quinta razza", cioè un agglomerato di tutte le razze esistenti nel mondo, che troverebbe il suo sviluppo in questa parte del mondo, senza riguardo al colore o alla origine, per fondare una nuova civilizzazione ("*Universopolis*": una sorta di "era universale dell'umanità"), sulla base dell'eredità romana.

Sempre nella stessa linea, tutt'altro che trascurabile appare poi, in tempi a noi più recenti, la concezione del neoromanismo latinoamericano, che può leggersi nelle pagine dell'antropologo e uomo politico brasiliano Darcy Ribeiro (1922-1997), il quale teorizza l'esistenza di una "nuova Roma nelle Indie", vestita di carne india e negra per costruire una "enorme latinità"⁷¹. Per Ribeiro l'America Latina era un concetto essenziale, per lui quasi con-

⁶⁵ Cfr. JOSÉ MURILO DE CARVALHO, *O pecado original da República*, 2017 (l'ed. che ho potuto consultare era priva di numerazione progressiva).

⁶⁶ Cfr. S. SCHIPANI, s.v. *Codici civili nel sistema latinoamericano*, cit., 302 ss.

⁶⁷ Cfr. J.H. RODRIGUES, *A Assembléia Constituinte de 1823*, Rio de Janeiro, 1974.

⁶⁸ Cfr. S. SCHIPANI, *I Codici latinoamericani della 'transfusión' del diritto romano*, cit., 664 e nota 101; I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, cit., 11, nota 29.

⁶⁹ Mi riferisco, evidentemente, a J. MARTÍ, *Nuestra América*, cit. *supra* alla nota 8.

⁷⁰ Cfr. J. VASCONCELOS, *La raza cósmica. Misión de la raza Iberoamericana. Notas de viajes a la América del Sur*, Madrid, 1925 (più volte riedito).

⁷¹ Cfr. D. RIBEIRO, *O Povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, 1995², 265; ID., *Siamo noi i neo-romani*, in *L'illustrazione italiana*, 44, 1987, 48, il quale parla di una "enorme latinità".

sustanziale, una “Patria grande”⁷² senza la quale gli sarebbe stato impossibile addirittura respirare⁷³.

6. Dalla continuità alla specificità alla “mezcla”

Le evidenti linee di continuità del diritto latinoamericano con il diritto romano non possono però far dimenticare che il subcontinente latinoamericano costituisce un territorio vastissimo, che va dal Rio Grande ad Ushuaia, più grande della stessa Europa.

Si tratta, in tutta evidenza, di un continente per il quale è impossibile e semplicistico affermare l'appartenenza alla “cultura occidentale”⁷⁴, anche dando per presupposto che “cultura occidentale” abbia un significato oggettivamente declinabile. Al contrario, è necessario sottolineare la «visión del mundo enteramente distinta de la europeo-occidental o de la norteamericana» che domina in questa area geografica⁷⁵: non vi è dubbio, infatti, che qui, «debajo de la superficie occidentalizada subyacen y perduran conceptos autóctonos»⁷⁶, tali che hanno portato ad affermare il valore dell'«América como consciencia»⁷⁷.

Dal punto di vista giuridico ciò è forse ancora più evidente che in altri ambiti. Basta, infatti, scavare appena sotto la superficie dei Codici e delle Costituzioni attualmente vigenti, per scoprire come, rispetto all'Europa, l'America Latina ha sofferto in misura minore i colpi dei nazionalismi giuridici e dello statual-legalismo, che nel vecchio continente ha determinato una chiusura su se stessi degli ordinamenti nazionali⁷⁸, i quali si sono organizzati sulla base di una sorta di incondizionato “assolutismo legale”, che ruota intorno al predominio indiscusso della legge come unica fonte di diritto, espressione del predominio che gli Stati stessi intendevano affermare sui

⁷² D. RIBEIRO, *América Latina. A Pátria Grande*, Rio de Janeiro, 1986, più volte ristampato.

⁷³ D. RIBEIRO, *A América Latina existe?*, in *Ensaio ensólitos*, Porto Alegre, 1979, 217 ss., dove l'a., identificate alcune diversità linguistiche, ma anche etniche, nel subcontinente latinoamericano, auspica la *fusión total* per fondare il “neo-americano”, in una ottica di chiara contrapposizione al mondo angloamericano.

⁷⁴ È questo uno dei punti sottolineati nelle famose sette tesi errate sull'America Latina: cfr. R. STEVENHAGEN, *Siete tesis equivocadas sobre América Latina*, pubblicato nel quotidiano *El día*, il 25 e 26 giugno 1965.

⁷⁵ Cfr. H.-A. STEGER, *Homunculus Germanicus in der neuen Welt*, in *Zeitschrift für Kulturaustausch*, 1, 1980, 72 ss.

⁷⁶ Cfr. M. RALL, *El texto desplazado. La literatura y la perspectiva de la alteridad*, in *Anuario de letras modernas*, Fac. de Letras y Filos. de la UNAM, México, 2, 1984, 213.

⁷⁷ Cfr. L. ZEA, *América como conciencia*, México, 1972.

⁷⁸ Cfr. F. CASAVOLA, *Dal diritto romano al diritto europeo*, in *Diritto@Storia*, 5, 2006, § 6.

propri “sudditi”⁷⁹. A nulla rileva il fatto che oggi, in Europa come in tutto il mondo, questo modello sia stato nei fatti svuotato dall'interno dalla c.d. globalizzazione giuridica⁸⁰, che ha dato luogo ad un fenomeno che efficacemente è stato definito di «autopoiesi giuridica»⁸¹, delegittimando nei fatti il potere stesso degli Stati⁸², in favore dell'affermarsi di un predominio sempre più marcato della finanza e dei mercati, che travolge l'essenza stessa di questi ultimi⁸³.

Nel Nuovo Mondo, il modello dello Stato nazionale si è di fatto impiantato, a partire dal XIX secolo, su una precedente ripartizione in unità amministrative, propria dell'organizzazione spagnola, e con una sostanziale assenza di nazioni⁸⁴, rivelandosi socialmente, culturalmente e politicamente inadeguato a offrire soluzioni “giuste” ai problemi di democrazia e di giustizia che quelle popolazioni rivendicavano: da qui la sua diffusa instabilità, resa evidente dalle continue rivoluzioni e colpi di stato⁸⁵. Tale modello “statuale” ha così rivelato una evidente «mancanza di forza espansiva» per chiudere al suo interno il diritto, che, a differenza di quanto avveniva negli stessi anni in Europa⁸⁶, si è qui man-

⁷⁹ Sul ruolo di assoluta sudditanza cui oggi i cittadini sono ridotti nei nostri sistemi pseudodemocratici cfr. soprattutto S. TAFARO, *La democrazia ricorrente. Democrazia o oligarchia?*, in *Civitas et lex*, 2 (6), 2015, 39 ss.

⁸⁰ Cfr. S. CASSESE, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, 2012, trad. it. *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2012, 7, 17 e 35.

⁸¹ Così cfr. N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in A. FEBBRAJO e F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, Milano, 2013, 6; lo stesso a. definisce efficacemente questo fenomeno, per cui la creatura si fa creatore, dimenticando la sua origine e la sua derivazione, come un «misto di mitologia europea e di arcaico giusnaturalismo»: cfr. N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1243 ss., ora in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 125 ss.; cfr. anche ID., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 626 ss.

⁸² La risoluzione delle controversie sul commercio internazionale viene oggi affidata non già a organi giurisdizionali acconciati a tal uopo dagli Stati nazionali, ma piuttosto dal potere giudiziario privato, nelle mani di grandi studi privati, che sono in grado di gestire l'ordine degli arbitrati internazionali. Agenzie di valutazione del debito, come *Moody's* o *Standard & Poor's*, svolgono una funzione di sorveglianti dell'economia globale ma anche della credibilità dell'economia dei singoli Stati: cfr. A. DIACONO, *La crisi dello Stato nazione nell'epoca della globalizzazione: Bauman, Beck e Giddens a confronto*, reperibile in rete all'indirizzo www.filosofico.net/inattuale/crisi_stato.htm.

⁸³ Illuminante, ancora una volta, N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 4 ss.

⁸⁴ Cfr. S. SCHIPANI, *A proposito di diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index*, 14, 1986, 6.

⁸⁵ Cfr. R. CAMPA, *Perfil político de América Latina*, in *Revista de literatura hispánica*, 71/72, 2010, 360: «para algunos países del área, medio siglo de independencia no resulta suficiente para la instauración de un orden político estable».

⁸⁶ Sottolinea S. SCHIPANI, *A proposito di una proposta di codificazione dei 'principi generali del diritto latinoamericano' nell'art. VIII del Tit. prel. del Codice civile del Perù del 1984*, in

tenuto ad un livello per così dire diffuso, sovranazionale⁸⁷.

Il risultato più evidente di questo processo è costituito dal fatto che in America Latina «Codici, leggi, sono rimasti immersi nel diritto comune pre-esistente, nel quale erano stati concepiti», senza essere involucrati, assorbiti nel sistema-Stato⁸⁸. Si è così affermato un ruolo diverso del giurista, che nel nuovo continente, a differenza che in Europa, si concreta quasi in un nuovo “formante”⁸⁹, grazie anche al ruolo fondamentale che hanno giocato le Università nella formazione della *cupida legum iuventus*⁹⁰. Da qui anche un *mos latinoamericanus iura legendi*⁹¹, che differenzia nettamente anche su questo punto l'Europa dall'America Latina, dove il senso di universalità del diritto appare meno soffocato dai confini nazionali: notava ancora nella prima metà del secolo passato un giurista raffinato come Tullio Ascarelli che nel giurista latinoamericano una minore attenzione alla finezza delle argomentazioni giuridiche «è certo compensata da una maggiore ricchezza di informazione internazionale»⁹².

Ma non si può certo dimenticare come un'altra evidente specificità dell'America Latina sia costituita dal riconoscimento e dalla valorizzazione dei diritti dei popoli indigeni, la cui meritevolezza è stata recentemente riconosciuta anche dalle Nazioni Unite⁹³, ma la cui valorizzazione

Scritti in onore di S. Galeotti, II, Milano, 1998 (trad. spagn. in *Código civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas. Congreso internacional*, I, Lima, 1995, 13 ss.), cito da ID., *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino, 1999, 179, che in Europa gli «Stati nazionali moderni si sono orientati ad una chiusura su se stessi, cercando di isolarsi rispetto alla dimensione comune del diritto romano, che veniva “nazionalizzato”, “statalizzato”».

⁸⁷ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, in *Riv. dir. civ.*, 40/2, 1991, I, cito da ID., *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 137.

⁸⁸ Cfr. ancora S. SCHIPANI, *Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika*, in *Studia in honorem V. Pólay septuagenarii*, Szeged, 1985, 355 ss.; ID., *Il codice civile spagnolo come ponte*, cit., 137.

⁸⁹ H.-A. STEGER, *‘Universidad de abogados’ y Universidad futura*, in *Index*, 4, 1973, 59 ss.; sul punto, cfr. anche I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, cit., 21.

⁹⁰ Sul punto, cfr. D.F. ESBORRAZ, *La ‘università degli avvocati’*, cit., 377 ss.; I. CASTELLUCCI, *Identità latinoamericana e ruolo degli abogados secondo Hanns-Albert Steger*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 36, 2015, 25 ss.

⁹¹ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Mos latinoamericanus iura legendi*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 15 ss.

⁹² Cfr. T. ASCARELLI, *Diritti dell'America Latina e dottrina italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 910 s., poi inserito nel vol. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952.

⁹³ Mi riferisco alla Dichiarazione 61/295 del 13 settembre 2007 delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni: cfr. V. ZAMBRANO, *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, in *La Comunità*, 2009, 55 ss.; EAD., *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, 2009, 225 ss.; A. SCAFFIDI, *Il diritto alla autodeterminazione dei popoli. La dimensione interna*, Milano, 2018, *passim*.

è opera meritoria della dottrina latinoamericana (mi riferisco, in particolare, agli studi della professoressa messicana Mercedes Gayosso y Navarrete [1940-2014])⁹⁴, alla cui memoria mi piace qui ricordare che Rivista *Roma e America* ha dedicato il numero 38 del 2016), ma anche italiana⁹⁵.

È pertanto possibile parlare dell'America Latina come di una “mezcla”, che, come afferma il peruviano padre Jorge Basadre, costituisce «la base sociocultural de la unidad del sistema latinoamericano»⁹⁶.

7. Dalla “mezcla” al “bloque”

In America Latina, pertanto, se troviamo comunanze di vita, di lingua, di costumi sociali, che costituiscono l'eredità più viva di una antica tradizione culturale (ma anche, per quello che qui rileva, giuridica) che rimonta certamente a Roma (e al suo diritto), riscontriamo anche specificità e diversità, che si mescolano alle prime, eredità della tradizione europea e romana. Proprio la multiculturalità, la multietnicità, il sincretismo di idee e tradizioni diverse rappresentano, nei diversi campi dei saperi e delle scienze, la forza stessa di quell'identità culturale latinoamericana di cui abbiamo parlato sopra. Il sapere giuridico trasmigrato nel nuovo Mondo dal diritto romano per il tramite del continente europeo viene qui rielaborato, risistemato, ricalibrato, giungendo a risultati che sono del tutto peculiari e differenti dagli esiti che nello stesso torno di anni un analogo processo di penetrazione veniva svolgendo nel vecchio continente⁹⁷.

I principi e i valori veicolati nel sistema latinoamericano dal diritto romano, mediante un'opera di “transfusión”⁹⁸, o di compenetrazione di reciproche influenze⁹⁹, si sono infiltrati all'interno delle singole legislazioni dei Paesi latinoamericani, determinando esiti del tutto peculiari¹⁰⁰.

⁹⁴ Vd. particolarmente M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Veracruz, 1992.

⁹⁵ Vd., ad es., il volume *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, a cura di S. LANNI, Napoli, 2011.

⁹⁶ Vd. J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967², 83.

⁹⁷ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española 1492-1824*, in AA.VV., *Latinidade da América Latina. Enfoques histórico-jurídicos*, a cura di L. Dal RI e A. Dal Ri Jr., São Paulo, 2008, 97 ss. (= in *Index*, 6, 1976 3 ss.).

⁹⁸ Sulla “trasfusione” del diritto romano negli ordinamenti giuridici latinoamericani vd. *supra*, nota 52.

⁹⁹ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *La penetración de los derechos europeos*, cit., 97 ss. (= 3 ss.).

¹⁰⁰ Cfr. L. LABRUNA, *Tra Europa e America Latina: principii giuridici, tradizione romanisti-*

Il principale di questi esiti è stato senza dubbio la nascita, nel mondo del diritto, di un “*bloque romano-ibérico-precolombino*”¹⁰¹, il quale si è quasi naturalmente commutato nell’esistenza sincretica di un *bloque romano-ibérico-precolombino-indígena*’¹⁰², in cui la tradizione romanistica si è saldata con i diritti dei popoli indigeni e con le tradizioni endogene, in un blocco coeso e unitario che solo banalizzando la storia e le categorie dogmatiche a essa connesse può essere letto con la chiave moderna del “*legal transplant*”¹⁰³.

ca e ‘humanitas’ del diritto, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 17, 2004, 17 ss. e particolarmente 22 ss. (= in *Histoire, Espaces et Marges de l’Antiquité*, III, *Hommages à M. Clavel-Lévêque*, Besançon, 2004, 36 ss. e particolarmente 44 ss.)

¹⁰¹ Mi limito qui a rinviare ai numerosi lavori di Pierangelo Catalano sul tema: cfr. P. CATALANO, *Diritto romano e paesi latinoamericani*, cit., 433 s.; ID., *Il diritto romano attuale dell’America Latina*, in *Index*, 6, 1976, 87 ss. (= in ID., *Diritto e persone*, I, Torino, 1990, 121 ss.); ID., *Derecho romano y Países latinoamericanos*, in *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 1979 637 ss.; ID., *Diritto romano, sistemi giuridici, diritto latinoamericano*, in *Studia in honorem E. Pólay*, Szeged, 1985, 167 ss.; ID., *Sistemas jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano*, in *Direito e Integração: experiência latino-americana e européia*, Brasília, 1981, 17 ss. (= in spagnolo in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, 161 ss.); ID., *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano*, CNR – Progetto Italia-America Latina, Roma, 1989, 1 ss.; ID., *Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano*, in *Revista de investigaciones jurídicas*, 15, México, 1991 101 ss. Cfr. anche S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni [intervento di saluto]*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 19/20, 2005, 711 ss. [= in S. SCHIPANI (a cura di), *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005, 711 ss.]].

¹⁰² Cfr. P. CATALANO, *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericana. A propósito del “bloque romano-indígena”, de Xalapa 1974 a Morelia 2006*, in J.L. CUEVAS GAYOSSO (a cura di), *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Veracruz, 2009, 23 ss.

¹⁰³ Rifiuto qui espressamente il concetto, oggi di gran moda, di *legal transplant* (cfr., ad es., A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens and London, 1993², trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984; ID., *Society and Legal Change*, Edinburgh, 1977, cito dalla trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006, particolarmente 155 ss.) che può condurre a storture sulle quali ho già espresso il mio pensiero (vd. A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in *Sistema giuridico latinoamericano. Summer school [Brescia, 9-13 luglio 2018]*, a cura di A. Saccoccio e S. Cacace, Torino, 2019, 31 ss.). Ma per delle critiche, vd. già G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Up in New Divergences*, in *The Modern Law Review*, 61, 1998, 11 ss.); invece, per l’applicazione del modello anche in America Latina, vd. J.A. TITO AÑAMURO, *Bases para un ius commune privado latinoamericano: breve análisis de objeciones y materiales jurídicos*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49, n. 146, 2016, 253 ss., il quale individua addirittura un «primero *legal transplant* del nuevo mundo» nella recezione del diritto romano portato dagli spagnoli, e un secondo *transplant* nella recezione operata dai codici, con la conseguenza negativa (a suo avviso), di «dejar en las sombras toda ingenería de conocimiento jurídico auténtico, es decir, la del derecho indígena».

La dottrina europea e latinoamericana ha curato e cura continuamente il rinnovo e l'adeguamento alla vita concreta di tale *bloque*. Il diritto romano ne costituisce innegabilmente la base viva¹⁰⁴; esso, in quanto "base della legislazione universale", per usare le parole del *libertador*, Simón Bolívar¹⁰⁵, viene così adeguatamente cucito con la tradizione giuridica e, soprattutto, con la cosmovisione dei popoli indigeni, a formare una globalizzazione controegemonica che declina il rispetto dell'"altro", grazie alla ri-scoperta del valore, già romano, del pluralismo giuridico¹⁰⁶, dell'anti-individualismo, della pluralità delle fonti, nonché del ruolo fondamentale del giurista nel suo costante rinnovamento.

Il sistema giuridico latinoamericano, pertanto, non risulta formato solamente da valori trasmigrati (o, se proprio si vuole, "trapiantati") dall'esperienza giuridica romano-iberica, ma consta anche di aspetti che valorizzano specificità proprie dell'area dal punto di vista geografico e culturale, le quali, lungi dall'essere una imitazione del modello europeo (*supra*, nota 19), presentano delle peculiarità che, rielaborando al proprio interno i dati della tradizione, li mescolano con il patrimonio indigeno, garantendogli così una incomparabile originalità.

In tal modo, il *bloque* finisce per costituire non solo una evidente eredità di una più ampia tradizione giuridica propria, nella quale il giurista latinoamericano si forma, ma anche uno strumento modernissimo, ma formidabile, di unificazione del diritto nell'intera area, sulla base proprio della tradizione romanistica, fornendo altresì una affilatissima arma contro l'ingresso di influenze che possano destabilizzare il sistema.

Ciò rappresenta senza dubbio un arricchimento: la diversità di conte-

¹⁰⁴ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, in *Index*, 6, 1976, 74 ss.; P. CATALANO, *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6, 1976, 87 ss.; E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las Codificaciones civiles de América Latina*, in AA.VV., *Latinidade da América Latina. Enfoques histórico-jurídicos*, a cura di L. Dal RI e A. Dal Ri Jr., São Paulo, 2008, 143 ss. Recentemente, scrive J.L. CUEVAS GAYOSSO, *Mercedes Gayosso y Navarrete. 1940-2014, Roma e America. Diritto romano comune*, 37, 2016, 12, in America Latina lo studio del diritto romano costituisce ancora oggi una necessità e una alternativa per la risoluzione di problematiche giuridiche contemporanee, al punto che ci si è spinti addirittura a ravvisare nella "sistemologia romanistica" un particolare formante del diritto attuale dell'America Latina: così cfr. I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, cit., 21.

¹⁰⁵ Cfr. *Método que se debe seguir en la educación de mi sobrino Fernando Bolívar*, in una lettera scritta nel 1821 al generale Carlos Soublotte, il quale conduceva il fratello Fernando a studiare negli Stati Uniti: «El derecho romano, como base de la legislación universal, debe estudiarlo» (<http://fluidos.eia.edu.co/lecturas/bolivar.html>).

¹⁰⁶ Cfr. S. BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 48, n. 143, 2015, 39 ss.; S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, cit., 123 ss.

sto, di posizione in cui ci si colloca, e il contributo che da queste posizioni deriva allarga gli orizzonti della nostra capacità di giuristi di adeguare di volta in volta il diritto applicabile in maniera più aderente alla realtà della società concreta in cui viviamo ¹⁰⁷.

8. Sistema e valori

Concludendo, possiamo affermare che, da un lato, il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano non contrasta con l'esistenza, anche in America Latina, dei singoli ordinamenti nazionali, facenti capo a ciascuno dei singoli Stati che compongono il sub-continente. Al contrario, esso trova in questi il suo necessario completamento, e all'interno di essi si dispiega, si articola e viene continuamente rielaborato e attualizzato: è però appena il caso di segnalare che una interpretazione di un singolo ordinamento nazionale slegata dal sistema a cui appartiene risulterebbe assolutamente carente di sistematicità ¹⁰⁸.

Dall'altro lato, il medesimo riconoscimento porta con sé alcune conseguenze di più ampio respiro, come la ricomposizione di un ordine giuridico universale sovranazionale, fatto chiaro dall'espressione *western-non western legal tradition* ¹⁰⁹, ma anche dal superamento di una rigida contrapposizione giuridica tra Europa e Asia ¹¹⁰, o dalla nascita di istanze sovranazionali (come ad es. il BRICS) ¹¹¹, che tendono ad arginare il dilagare del predominio di istanze economiche e finanziarie ai danni del *bonum et aequum*, in cui, secondo l'insegnamento del giurista romano Celso, il giuridico si risolve.

Alla base del sistema latinoamericano è facile riconoscere i principi e

¹⁰⁷ Cfr. C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano, 1999, 50 ss., il quale parla della costruzione di una sorta di scienza giuridica "transnazionale" quanto meno agli ordinamenti giuridici europei, che però, nell'opinione dello studioso, non ha come obiettivo l'unificazione dei diritti positivi che vi sono imperanti.

¹⁰⁸ Per la distinzione tra "sistema" e "ordinamenti", vd. *supra*, nota 16.

¹⁰⁹ Vd., per es., M. PANEBIANCO, *Il BRICS e la 'tradizione romanistica moderna'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33, 2012, 301 ss. Sulle errate conseguenze (evidenti soprattutto negli scritti di Sacco e della sua scuola [Monateri, Mattei, ecc.]) a cui questa impostazione può condurre, vd. soprattutto P. CATALANO, *Per un romanismo socialista del XII secolo. Verso la solidarietà eurasiatica: Sassari-Roma-Xi'an 1973-2013*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 37, 2016, 253; ID., *Diritto romano e Eurasia*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 40, 2019 15 ss.

¹¹⁰ Cfr. P. CATALANO, *Per un romanismo socialista del XII secolo*, cit., 241 ss.

¹¹¹ Vd. *Sistema giuridico romanistico e BRICS*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33, 2012, 275 ss.

i valori veicolati nel sistema latinoamericano dal diritto romano (solidarietà; anti-individualismo; *favor debitoris*; *fides*; *bona fides*; *humanitas*, ruolo della persona umana, ecc.)¹¹², che ogni buon giurista, europeo o latinoamericano, non può mancare di porre alla base ogni giorno (*cotidianie*) della propria attività. La diversità di contesto, di posizione in cui ci si colloca, e il contributo che i colleghi latinoamericani danno all'accrescimento del sistema partendo dalla loro posizione e dal loro punto di vista, allarga gli orizzonti della nostra capacità di giuristi di vedere i problemi e di scegliere conseguentemente le soluzioni giuridiche "migliori e più eque"¹¹³, in una sorta di volano virtuoso, che conduce il diritto costantemente innanzi, per il meglio¹¹⁴.

La centralità della persona umana come colonna portante dell'intero sistema¹¹⁵ porta evidentemente al riconoscimento di alcuni principi di portata chiaramente universalistica, che l'elaborazione scientifica degli *iuris periti* non tarda a individuare all'interno del sistema medesimo¹¹⁶, riconoscendoli come colonne portanti: così *l'humanitas*, la *fides bona*, *l'aequitas*, la *voluntas*, la *libertas*, l'eguaglianza sostanziale; la causalità nei contratti; il *favor debitoris*; la lotta contro le usure e gli usurai, ecc. costituiscono un patrimonio comune per i giuristi odierni proprio grazie

¹¹² Cfr. L. LABRUNA, *Tra Europa e America Latina: principii giuridici, tradizione romanistica*, cit., 17 ss. e particolarmente 22 ss. (= 36 ss. e particolarmente 44 ss.); significative sono, sul punto, le parole di un civilista colombiano, Arturo Valencia Zea, il quale (cfr. A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, I, Bogotá, 1979, 35) afferma che: «el derecho civil que rige la vida social y económica de los pueblos occidentales (excepción hecha de los países anglosajones) es derecho romano; derecho romano profundamente transformado a través de más de veinte siglos de asimilación, pero derecho romano en todo caso».

¹¹³ Mi permetto di ricordare qui anche i due recentissimi volumi, esito di un fortunatissimo Congresso svoltosi a Brescia nel 2019, che testimoniano proprio di questo scambio culturale tra giuristi europei e latinoamericani: cfr. *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano – Europa y América Latina. Dos continentes, un solo derecho*, a cura di A. Saccoccio e S. Cacace, Torino-Valencia, 2020.

¹¹⁴ Cfr. *Pomp. Lib. sing. ench.*, D. 1.2.2.13.

¹¹⁵ Cfr. S. TAFARO, *Diritto e persona: centralità dell'uomo*, in *Diritto@Storia*, 5, 2006; cfr. anche M.T. CAPOZZA, *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum: a proposito della crescita della civitas e della centralità dell'uomo nel sistema giuridico romano*, in *Itinerari di riflessione da Pio XII e Giorgio La Pira. Per l'ottantesimo della LUMSA*, a cura di M.P. BACCARI VARI, Modena, 2019, 167 s., con particolare riferimento alle celebri parole di Giorgio La Pira: "non la persona per lo Stato, ma lo Stato per la persona (...): ecco la legge base del vero ordine giuridico".

¹¹⁶ Cfr. E. LEVY, *Natural Law in Roman Thought*, in *SDHI*, 15, 1949, 10: «the jurists then called a rule natural when it seemed to them in conformity with either the physical condition of man or his normal conduct or expectation in social relation». Per degli spunti in questo senso, vd. già S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, II, Milano, 1954, 7, ma soprattutto poi B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni*, cit., 177 ss. (= 451 ss.).

al riconoscimento che di essi hanno fatto i giuristi romani nell'ambito del sistema¹¹⁷.

¹¹⁷ Cfr., per una visione di sintesi, soprattutto S. SCHIPANI, *Ius romanum commune ed eguaglianza tra i popoli nelle prospettive del BRICS*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33, 2012, 293 ss. (versione russa in T. ALEXEEVA e P. CATALANO (a cura di), *Pravovye aspekty BRIKS. Sbornik dokladov i vystu – plenij na naučnom seminare, 8-9 sentjabrja 2011 goda* [Aspetti giuridici del BRICS. Raccolta delle relazioni e degli interventi del Seminario scientifico 8-9 settembre 2011], San Pietroburgo, 2011).

Finito di stampare nel mese di giugno 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Per i tipi Giuffrè:

VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*

ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*

MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*

ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*

ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*

VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*

ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*

VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*

VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*

ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*

ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" ab-sburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*

VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*

ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*

FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*

MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*

CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*

VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*

FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I – L'offesa mediante violenza.*

ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III – Guerra giusta? – Le metamorfosi di un concetto antico.*

VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*

CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*

ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*

ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*

ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*

MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*

- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*.
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*.
- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*.
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*.
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*.
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo*.
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico*.
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*.
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*.
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzi e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, «La causa della conservazione del bello». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento*.
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*.
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*.
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione»*.
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*.
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*.
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*.
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*.
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*.
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*.
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*.
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*.
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata*.
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo*.
- GIOVANNI TURELLI, «Audi Iuppiter». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*.
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*.
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*.
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*.
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia*.

ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*

MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*

CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*

VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*

ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), «Afferrare ... l'inafferrabile». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.*

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*



Per i tipi Giappichelli:

Seconda Serie

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, 2015.
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective*, 2016.
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, 2016.
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, 2016.
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, 2017.
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, 2017.
7. SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, 2017.
8. CHIARA MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli*, 2017.
9. STEFANO LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, 2017.
10. FABIO RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, 2018.
11. LUCA PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, 2018.
12. VERONICA MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, 2018.
13. LUCA MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018.

Terza Serie

14. ANTONIO SACCOCCIO-SIMONA CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano*. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018), 2019.
15. SIMONA CACACE-ADELAIDE CONTI-PAOLA DELBON, *La Volontà e la Scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, 2019.
16. LUISA PASCUCCHI, *Usura e oneri eventuali*, 2019.
17. ANTONIO SACCOCCIO, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, 2020.
18. GIOVANNI TURELLI, *Transferre iudicium. Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, 2020.
19. ALAN SANDONÀ, *Della tutela dei diritti. Storia del VI libro del Codice civile italiano*, 2020.
20. ANTONIO SACCOCCIO-SIMONA CACACE (a cura di), *Europa e America latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, 2020.
21. IVAN LIBERO NOCERA, *La tutela dei creditori del legittimario*, 2020.
22. ALBERTO VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, 2020.
23. STEFANO PORCELLI, *Hetong e Contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, 2020.
24. CARLO DE CORES, *La teoria generale del contratto: una prospettiva storica*, con un saggio su *Europa ed America Latina* di A. Saccoccio, ed. it. a cura di A. Sciumè, trad. di A. Sandonà e S. Cauli, 2020.

I Quaderni

1. ANTONELLO CALORE-FRANCESCO MEZZETTI (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, 2019 (LaCIS - I).

Scritti scelti

1. CHIARA MINELLI (a cura di), *Scuola, religione, nuove generazioni. Esperienza giuridica e risorse del futuro*, 2020.

