



CARLOS DE CORES HELGUERA

*Titular de Derecho Civil – Universidad Católica del Uruguay*

## SULLA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO \*

Quindici anni fa, nel Dipartimento di Storia del Diritto Medievale e Moderno dell'Università di Milano ho trovato un'opera<sup>1</sup>, che considero la più antica ed originale nell'ambito della teoria generale del contratto. Pubblicata nel 1646 dal gesuita Pietro di Oñate – e lunga più di 3.500 pagine – quest'opera è stata il materiale di studio più completo e prezioso, poiché al suo interno ho potuto reperire informazioni, a mio avviso essenziali, sull'origine della teoria generale del contratto.

Come si può intuire dalla mera lettura del suo titolo, il libro attiene alla storia della teoria generale del contratto.

Che cosa si intende per “teoria generale del contratto” è ben noto a tutti noi.

La c.d. teoria generale del contratto – che incontriamo, fin dai primi passi mossi come studenti di diritto, sia nella letteratura giuridica, che nei testi di diritto positivo – presenta un carattere formale: e, cioè, la divisione tra parte generale (che fornisce spiegazioni generali sul significato del contratto) e parte speciale (che disciplina analiticamente i diversi tipi di contratto: compravendita, permuta, donazione, e via dicendo).

Allo stesso modo, i codici civili presentano questa separazione tra parte generale e parte speciale: la prima come disciplina di struttura, la seconda come disciplina di contenuti<sup>2</sup>.

È possibile tracciare un nitido concetto di teoria generale del contratto come quell'insieme di conoscenze che definisce e spiega il contratto in modo unitario e generale ed organizza gli enunciati intorno all'idea del contratto sotto un elevato grado di astrazione, lontana da caratteri specifici e concreti.

Il disegno di una teoria generale richiama una nozione generale di contratto; e così si parla di contratto come convenzione, come “l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (art. 1321c.c.).

Successivamente, intorno a quella nozione astratta e generale, si sviluppano diversi discorsi razionali, sia sulle classificazioni, sia sugli elementi essenziali, sia sugli effetti, sia sul-

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. in occasione della presentazione, presso l'Università degli Studi di Milano il 19 maggio 2016, del suo volume “*Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*”, Montevideo, 2015.

<sup>1</sup> OÑATE VALLISOLETANO, *De contractibus*, Roma, 1646.

<sup>2</sup> MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 1 ss.; ID., *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986 cc*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 16 ss.



l'estinzione del rapporto che nasce da quell'accordo.

A questi brevi cenni, non è necessario aggiungere altro: per tutti noi, quanto ho appena detto appare piuttosto elementare.

È altresì noto come questo insieme di teorie e dottrine, conosciuto come teoria generale del contratto, sia colpito da un'importante crisi.

Questa crisi può essere riassunta in modo efficace nel titolo del diffuso libro di Grant Gilmore, *“La morte del contratto”*<sup>3</sup>, che fa capo, a mio avviso, a due temi diversi.

In primo luogo, l'idea stessa di accordo come fondamento dell'idea di contratto. La c.d. autonomia privata – cioè, la libera possibilità dei privati di costruire regole fondate sulla loro volontà – è stata criticata, dopo più di un secolo, come strumento ideologico, che nasconde la disuguaglianza reale tra gli individui. A questo proposito, Giorgio De Nova parla della “libertà del passero nella gabbia delle aquile”<sup>4</sup>. Più di un secolo di lotte sociali hanno condotto alla generale consapevolezza che la libertà formale non è sufficiente, ma deve essere completata da una considerazione della realtà, che attribuisca il necessario rilievo alle condizioni concrete, economiche e sociali, delle parti contraenti.

In secondo luogo – e questo è l'aspetto che mi pare più interessante – la crisi del contratto si riferisce al contratto come categoria generale e, conseguentemente, alla teoria del contratto come teoria unitaria, incentrata in un unico asse: il consenso; cioè, il libero accordo della volontà delle parti.

Questa idea della frammentazione della teoria generale del contratto ha condotto all'idea – altresì ben nota a tutti noi – della “decodificazione”; idea espressa da Natalino Irti negli anni settanta del secolo scorso<sup>5</sup>.

Secondo Giorgio De Nova, la parte generale sul contratto non può più essere considerata come disciplina di una figura unitaria, perché “si è riaperta la forbice tra contratti tra privati e contratti di impresa, si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali, sicché il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte all'indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale”<sup>6</sup>.

Oggi è generalmente condiviso l'assunto, secondo cui l'emersione della disciplina sui rapporti di consumo e il c.d. processo di costituzionalizzazione del diritto privato hanno colpito in modo vigoroso la struttura della parte generale dedicata al contratto nei codici civili e la teoria

---

<sup>3</sup> GILMORE, *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974.

<sup>4</sup> DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 655 ss.

<sup>5</sup> IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. C'è una versione in lingua spagnola dal 1992, *La edad de la descodificación*, traduzione di Luis Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona, 1992.

<sup>6</sup> DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 327 ss.

# JUS CIVILE



generale del contratto come costruzione unitaria.

Questi processi intellettuali, condotti dalla dottrina ed emersi in seguito alle trasformazioni storiche delle nostre società, dal punto di vista storico, hanno senz'altro inciso vicendevolmente sulla concreta costruzione dei diritti positivi.

Questi processi vengono acuiti dall'inserimento della categoria del contratto di consumo all'interno della parte generale dei codici, come accadde nel BGB ed anche nel diritto italiano, sia – prima – attraverso l'incorporazione della disciplina dei contratti di consumo nel codice civile, sia – poi – attraverso la creazione di un codice di consumo. In tal modo, il diritto del consumo non appare più come un diritto settoriale, ma viene elevato a parte generale del contratto.

Come si rileva in uno dei più diffusi manuali universitari di diritto privato, la disciplina dei rapporti con consumatori non viene concepita come la disciplina di un tipo contrattuale, bensì come una disciplina di ordine generale, applicabile ai contratti stipulati dai consumatori, quale che ne sia il tipo<sup>7</sup>.

Una tappa più radicale di questo processo di frammentazione della teoria generale del contratto si è avuta con l'approvazione, avvenuta lo scorso anno, del nuovo codice civile argentino, che risale allo scorso anno.

L'organizzazione della disciplina del contratto in generale che emerge da questo codice si fonda sull'idea della frammentazione della teoria generale del contratto: ciò è evidenziato dalla bipartizione della disciplina del contratto in generale in due capitoli diversi non appartenenti entrambi a una categoria comune.

Il libro terzo del codice civile argentino, che attiene ai diritti personali, è infatti diviso in quattro titoli: il primo, sulle obbligazioni in generale; il secondo, sui contratti in generale; il terzo, sui contratti di consumo; il quarto, sui contratti in particolare. Nel codice argentino la disciplina dei contratti di consumo viene dunque separata dalla disciplina generale del contratto; sicché, non esiste più nel codice civile argentino una parte generale sul contratto unica, ma una parte generale sui contratti che non sono di consumo e, accanto a questa, una parte generale sui contratti di consumo.

È molto interessante vagliare in dettaglio le fonti di queste idee, come sono state formulate e fondate in un documento intitolato “*Fundamentos*”, prodotto dai membri della commissione speciale nominata nel 2011 dal Potere Esecutivo Argentino e composta da Ricardo Lorenzetti, Elena Highton e Aida Kemelmajer de Carlucci.

In un certo senso, quelle idee risalgono alla dottrina di Attilio Alterini, noto professore argentino autore del progetto di codice del 1998 e fonte indiscutibile del codice argentino attuale nel settore dei contratti. Alterini parlava della “balcanizzazione” del diritto dei contratti e proponeva di distinguere tra i contratti c.d. discrezionali, o “*gré a gré*”, fondati sulla libertà e sull'autonomia privata, limitati soltanto dalle norme imperative, e i contratti con i consumatori, dove la libertà contrattuale deve ritenersi esistente in misura minore, posto che gli imprenditori

---

<sup>7</sup> TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 701.



predispongono le clausole contrattuali rendendo, quindi, necessaria una protezione del contraente debole<sup>8</sup>.

Peraltro, la Commissione del 2011 va oltre quanto prospettato da Alterini, affermando che dopo il 1998 si è realizzata una evoluzione tale da richiedere un atteggiamento più radicale. La Commissione sostiene che i contratti paritari (o discrezionali) e i contratti di consumo sono “due oggetti diversi”<sup>9</sup>. La frammentazione così operata nella categoria generale del contratto approda a due classi di “contratti in generale”, come due generi diversi, e non come due specie dello stesso genere. Siamo di fronte ad una lineare applicazione dell’idea della frammentazione della teoria generale del contratto, perché il contratto di consumo non è più concepito come una specie del genere contratto, ma come categoria generale, eterogenea rispetto alla categoria – anch’essa generale – del contratto discrezionale, arrivando in questo modo alla frammentazione del diritto contrattuale.

Ora, considerato il modo in cui l’odierno codice civile argentino disciplina le regole generali sul contratto, si può affermare che ci troviamo dinanzi alla fine della teoria generale unitaria del contratto?

Il problema pare sufficientemente rilevante da non poter essere trascurato.

Uno dei possibili indirizzi di lavoro è rappresentato dall’indagine storica ed è proprio in questa direzione che io ho cercato di trovare alcuni spunti di riflessione.

Se è vero che la teoria generale del contratto è finita e che ci accingiamo ad un nuovo periodo della storia delle idee sul contratto, sarebbe forse utile risalire al momento in cui nacque la stessa nozione di teoria generale del contratto, per cercare *ab ovo* le sue ragioni essenziali e vedere fino a che punto esse possano considerarsi obsolete.

Così, osservando la sua nascita, potrebbero forse trovarsi nuovi argomenti, nuovi spunti per affrontare questa inedita situazione: e, cioè, la scomparsa della teoria generale del contratto ed il venir meno della sua legittimazione logica ed assiologica, che mette in dubbio le nozioni e le conoscenze che da sempre avevamo a disposizione e che credevamo fossero immutabili.

Anticipando sinteticamente le conclusioni di questa indagine storica, si può segnalare che è chiaro – secondo la maggior parte degli autori – che la teoria generale del contratto, come corpo scientifico, non è rinvenibile nel vecchio diritto romano.

Intanto, a Roma non esisteva il principio consensualistico, che costituisce la base stessa del nostro sistema. Il pensiero romano era piuttosto formalista ed aveva un approccio di tipo casistico. Ed anche se è vero che a Roma il patto o la convenzione, come “*verbum generale*”, non era privo di effetti giuridici, è noto che il brocardo “*nudum pactum non parit actionem*”, secondo cui il concetto di contratto come accordo idoneo a produrre effetti giuridici, retto dal principio

---

<sup>8</sup>ALTERINI, *Bases para armar la Teoría General del Contrato en el derecho moderno*, in *Rev. Asociación de Escribanos del Uruguay*, n. 2 (Extr.), 1994, pp. 283-295.

<sup>9</sup>“*Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*”, in adempimento del Decreto n. 191/2011 del Potere Esecutivo, p. 143.

## JUS CIVILE



del consensualismo, non assumeva tra gli antichi romani il valore che oggi riveste come nucleo centrale di tutto il diritto privato patrimoniale. Voglio dire che – malgrado che a Roma si possa trovare l'origine di tutte le istituzioni del diritto delle obbligazioni, ed anche del diritto dei singoli contratti (compravendita, locazione, deposito, e via dicendo) – non è però riscontrabile, tra i romani, la fonte della teoria del contratto come categoria generale.

Sostiene Pietro Rescigno che il passaggio alla moderna concezione del contratto come convenzione o accordo – che si avverte già nel *Code Napoléon* e, dopo, nei codici italiani, prima del 1865, poi del 1942 – è stata compiuta lentamente, sotto l'influsso di diversi fattori recenti, fra cui Rescigno menziona: la dottrina del diritto canonico, costruita sul principio “*pacta sunt servanda*”; le concezioni delle scuole del diritto naturale; il diritto mercantile, che si dirigeva verso il consensualismo come modo più semplice per addivenire alla rapida conclusione degli affari<sup>10</sup>.

La dottrina civilistica si è posta il problema dell'origine precisa della teoria generale del contratto; e la questione è generalmente risolta nel senso condiviso, che già nel secolo XVII – e, in segnatamente, in Domat e, dopo, in Pothier – esiste una teoria generale del contratto compiutamente formulata. Tutti gli autori concordano nel dire che la fonte della teoria generale del contratto va rinvenuta nella scuola del diritto naturale del nord Europa (in Francia come anche nei Paesi Bassi) e, precisamente, nell'opera di autori protestanti, quali Hugo Grozio e Samuele von Pufendorf e, in modo particolare, nei lavori di Domat e di Pothier.

Francesco Galgano segnala gli stessi fattori che hanno determinato la nascita della moderna concezione di contratto; ma, al contempo, richiama l'attenzione sul fatto che le indicazioni sulle fonti dell'idea del contratto contenute nelle opere di Domat e di Pothier sono necessariamente incomplete e non seguono, in alcun caso, l'itinerario preciso secondo cui si approda all'idea della convenzione come fonte di obbligazioni<sup>11</sup>.

Dopo aver focalizzato l'attenzione sul processo attraverso cui, prendendo le mosse da un diritto configurato sulla disciplina e sulla teoria dei singoli contratti, si è passati ad un diritto sul contratto in generale, e dopo aver cercato fonti di informazione su tale processo, nella voce “Contratto”, pubblicata nel 1961 nell’“Enciclopedia del diritto”, Francesco Messineo, conclude che gli storici del diritto non hanno esposto risultati particolarmente ricchi. E, alla luce di questa constatazione, l'autore afferma che se siamo pervenuti a conoscere il punto di arrivo di questa evoluzione, non sappiamo però come e perché, prima in Domat e poi in Pothier (i c.d. progenitori del codice civile francese), si parta da una concezione del contratto come accordo di volontà e, ad un certo punto, emergano regole che fanno riferimento ad elementi costanti e comuni a tutti i contratti; con il risultato che, accanto agli stessi, appare la figura del contratto come categoria generale, che fa astrazione del suo contenuto: del contratto per antonomasia<sup>12</sup>.

È forse per questo che, nella seconda metà del secolo scorso, alcuni attenti cultori della storia

---

<sup>10</sup> RESCIGNO, *Premessa*, in *Trattato dei contratti. I contratti in generale*, t. I, Torino, 2006, p. XXIX.

<sup>11</sup> GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 3.

<sup>12</sup> MESSINEO, voce “*Contratto*”, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, p. 785 ss.



del diritto hanno indirizzato le loro indagini verso il periodo della seconda scolastica e, in particolare, sulla c.d. Scuola di Salamanca.

Sarà appunto nella Scuola di Salamanca che, per la prima volta, si realizzerà la coniugazione fra una concezione oggettiva del contratto, come rapporto (contratto *in facto esse*), propria dell'antico diritto romano e medievale, ed una nuova concezione soggettiva dello stesso, come consenso (contratto *in fieri*); così come emergerà un'ampia teoria generale intorno a questo concetto consensualistico, che abbraccia i generi del contratto oneroso e del contratto gratuito (ivi compresa la donazione), e si avrà un'ampia accettazione della possibilità dei privati di porre in essere contratti non appartenenti ai tipi nominati.

L'interesse di questa indagine è evidente, atteso che la storiografia tradizionale – con le note eccezioni di qualche attento cultore della storia del diritto, principalmente in Italia e in Germania – non parla solitamente della Scuola di Salamanca come fonte della teoria generale del contratto.

Non è questa, certamente, la sede per trattare singolarmente dei diversi componenti di questa Scuola, i quali peraltro si sono occupati di vari ambiti della scienza moderna, dalla filosofia all'economia, ma anche del diritto.

Ciò che – a mio avviso – non può essere trascurato è il fatto che nel solco della tradizione intellettuale della Scuola di Salamanca si può trovare una lunga schiera di autori (di cui rende conto il mio libro), attraverso il cui pensiero è possibile tracciare in modo preciso una linea progressiva che prende le mosse da un pensiero escludente sui singoli contratti, del tutto privo di una idea generale del contratto, e si avvicina poco a poco ad una concezione generale del contratto ed alla teoria generale di quest'ultimo, che oggi conosciamo, con tutte le sue problematiche e le sue crisi.

La Scuola di Salamanca sviluppa il suo pensiero sulla scia della tradizione scolastica, la quale considerava il contratto soprattutto sotto il profilo oggettivo, preoccupandosi precipuamente della giustizia e dell'equivalenza delle prestazioni, conformemente alle linee fondamentali del pensiero di San Tommaso d'Aquino, e con la finalità principalmente morale e pastorale, volta a delineare istruzioni chiare per i confessori.

Ma prendendo le mosse da questi antecedenti, il contratto si evolve fino ad una concezione fondata sul profilo soggettivo; questa concezione è propria della c.d. Seconda Scolastica ed identifica nel consenso l'essenza del contratto.

Il riferimento alla Scuola di Salamanca come culla della moderna teoria generale del contratto ci permette di identificare tre spunti – a mio avviso – di grande interesse.

Il primo spunto consiste nel fatto che tutte le opere che si occupano del tema del contratto – sia in una prima fase, del contratto in particolare, cioè, con particolare riferimento ai singoli contratti, specialmente la compravendita e il prestito (mutuo); sia in una seconda fase, facendo un discorso sul contratto in generale – sono state realizzate con una finalità non propriamente giuridica, ma piuttosto morale: si tratta, generalmente, di manuali per i confessori, che hanno l'obiettivo di fornire direttive pastorali per la prassi del sacramento della Penitenza.

## JUS CIVILE



Il secondo spunto è che la Scuola di Salamanca non si è sviluppata in un contesto esclusivamente europeo, ma in uno spazio più ampio comprensivo anche dell'America Latina. Invero, questa circostanza poteva allora apparire piuttosto scontata: la scoperta del nuovo mondo diede infatti al commercio tra Spagna ed America una spinta notevole, sollevando in tal modo problemi che gli spagnoli non avevano mai sperimentato; e tra questi, ad esempio, i problemi dell'offerta e della domanda di denaro, che furono appunto studiati dai professori della Scuola di Salamanca.

A differenza del Portogallo che non ha mai costituito università nelle colonie lusitane, la Spagna ha condotto una politica chiaramente volta alla creazione di molteplici centri universitari nel Nuovo Mondo. Così, poco dopo la scoperta dell'America, nel 1510 è nato a Santo Domingo un centro universitario con sede nel convento dei frati domenicani; nel 1551 sono state costituite le università di Messico e di Lima; nel 1612 è stata fondata dai gesuiti l'Università di Cordoba. Quest'ultima – come vedremo subito – ha giocato un ruolo non marginale nella storia della teoria generale del contratto, dal momento che il primo libro che sviluppa in forma chiara la teoria in parola è stato scritto proprio in quella Università, sebbene la sua pubblicazione sia avvenuta poi a Roma nel 1646.

Si può dire, dunque, che la teoria generale del contratto viene poco poco articolata grazie ad una continua circolazione di scrittori e di testi da una parte all'altra dell'Oceano Atlantico.

Il terzo spunto di riflessione è offerto dall'importante ruolo che ebbero i gesuiti all'interno della Scuola di Salamanca. L'approfondita riflessione sulla libertà dell'uomo, svolta da San Ignazio e dai teologi gesuiti, rappresenta la cornice in cui s'inscrive una radicale posizione consensualista in materia contrattuale; come quella che, come si vedrà, palesa proprio Pedro de Oñate. Questa constatazione permette di ipotizzare che esista una qualche connessione tra il pensiero e la spiritualità dei gesuiti, da un lato, e le principali tracce della moderna teoria generale del contratto, dall'altro. Questo argomento appare – a mio avviso – piuttosto originale e merita senz'altro un approfondimento. Compiendo un'inevitabile selezione fra i diversi autori dell'America latina dei secoli XVI e XVII, tratteremo solamente delle opere attraverso cui è possibile scorgere una progressiva e chiara evoluzione verso una teoria generale del contratto.

In primo luogo, vi è la *Suma de tratos y contratos* di Tomás de Mercado (1523/30-1575)<sup>13</sup>. Secondo Italo Birocchi, si tratta di un'opera emblematica e rappresentativa del pensiero scolastico sul contratto, posto che essa si occupa dei problemi giuridici con una chiara connotazione morale e pastorale e, in modo particolare, con la finalità di fornire ai confessori criteri di giudizio per risolvere i casi di coscienza sui negozi tra privati. Mercado intende costruire una sintesi dei contratti più comuni nel commercio tra Spagna e America (ovvero, la compravendita ed i cambi di moneta): sebbene non si tratti, dunque, di uno studio sul contratto in generale, Mercado ritiene che le sue conclusioni possano essere utilizzate per risolvere casi di coscienza più complessi, che si verificano nella prassi commerciale e portano con sé il pericolo dell'ingiustizia e dell'usura; e, in

---

<sup>13</sup> Una nuova edizione di questa opera venne pubblicata nel 2010 per l'Università di Barcellona.



ragione di questo potenziale impiego, l'autore tenta delle generalizzazioni. Tuttavia, queste prime bozze di una teoria generale del contratto non vengono accompagnate da una concezione consensualistica dell'istituto. A riprova di ciò, si può considerare il passaggio in cui Mercado afferma che *“nessuno viene obbligato per la nostra sola autorità, o volontà, bensì per altra maggiore, che viene efficace e potente per obbligare a tutti, cioè, quella di Dio, della Natura e della Chiesa o della Repubblica”*. È facile notare che, nel momento chiave, in cui si domanda quale sia il fondamento della forza vincolante del contratto, Mercado non si rivolge alla volontà individuale o all'accordo, ma a fonti eteronome: ovvero, alla legge di Dio ed alla legge della Chiesa o della Repubblica.

Secondo Birocchi, le opere di Bartolomé de Albornoz e di Francisco Garcia costituiscono tentativi più chiari di sistemazione di una teoria generale del contratto.

Marjorie Grice-Hutchinson – scrittrice inglese che ha il merito di avere coniato il sintagma “Scuola di Salamanca” – afferma che nell'anno 1570 apparve a Valencia un gruppo interessante di economisti; e, fra questi, menziona proprio Bartolomé de Albornoz e Francisco García<sup>14</sup>.

Bartolomé de Albornoz è un professore appartenente alla Seconda Scolastica latino-americana. Egli lavora nell'Università del Messico sin dalla sua fondazione nel 1553, ed è noto come il padre dei giureconsulti messicani. Il suo lavoro si intitola *Arte de los contractos*, e viene pubblicata a Valencia nel 1573.

Si può dire che l'opera di Albornoz contenga effettivamente le basi di una teoria generale del contratto. C'è un passo di questo autore che dimostra in modo particolare l'importanza di questa Scuola, composta da teologi, nell'organizzazione della moderna teoria generale del contratto. Dice Albornoz: *“così, il caso di coscienza su un contratto: potrà essere risolto dal teologo, che non sa di che cosa è fatto il contratto, né quali sono le sue componenti, né può risolvere i suoi primi principi?”* Questa è la ragione per cui è possibile affermare che c'è un rapporto fra la prassi dei confessori del cinquecento e l'origine della teoria generale del contratto. Maggiore interesse presenta un altro passo di Albornoz, che rivela un primo vero tentativo di costruzione di una teoria generale: *“se io affermassi di essere il primo a ridurre questa materia a Arte e Metodo universale, forse non mentirei, perché non l'ho visto mai negli scritti dei filosofi gentili e cristiani, greci o latini”*.

Ciò malgrado – secondo il Birocchi – non è stato nemmeno Albornoz il fondatore della teoria generale del contratto, poiché questo autore non ammette che l'autonomia dei privati possa dar vita a figure contrattuali nuove e diverse dai tipi nominati. Infatti, l'opera di Albornoz presta adesione alla visione medievale, che non riponeva fiducia nella libertà dei soggetti, temendo che nelle figure contrattuali atipiche si potesse nascondere il pericolo dell'ingiustizia e dell'usura.

Un'altra opera di grande interesse nella ricerca delle origini della teoria generale del contrat-

---

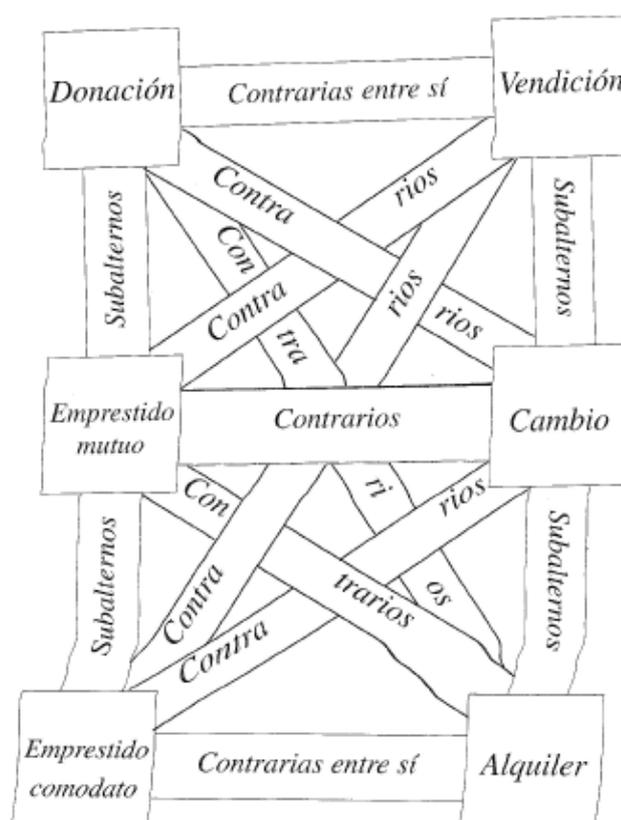
<sup>14</sup> GRICE-HUTCHINSON, *The school of Salamanca. Readings in Spanish monetary theory, 1544-1605*, cit., p. 46.

# JUS CIVILE



to nel solco della Scuola di Salamanca è il *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos* di Francisco García (1583)<sup>15</sup>.

Sempre secondo Birocchi, la concezione del contratto in Francisco García denota continuità con la tradizione scolastica, che privilegiava l'aspetto oggettivo, ma, al tempo stesso, definiva il contratto come “*legittimo consenso da cui nasce alcuna obbligazione*”. Dal punto di vista della storia della teoria generale del contratto, l'opera di Francesco Garcia presenta un interesse spiccato. Dapprima, l'autore sembra privilegiare la trattazione differenziata dei singoli contratti nominati; salvo poi sviluppare, alla fine dell'opera (nei capitoli 10 e 11), un interessante tentativo di sistematizzazione.



Questo schema segna un importante momento evolutivo verso una concezione generale e sistematica, perché presenta una divisione tra contratti onerosi e gratuiti, facendo capo alla compravendita e alla donazione. Si tratta di una teorizzazione che non era certamente comune all'epoca.

Questi progressi saranno poi perfezionati dagli autori gesuiti spagnoli e americani, e si giungerà, alla fine, ad una completa teoria generale del contratto perfezionata con l'opera di Oñate,

<sup>15</sup> GARCÍA, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos, cuantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, in *Colección de pensamiento medieval y renacentista*, Navarra, 2003.



già nel secolo XVII, prima degli autori protestanti del nord dell'Europa.

Per completare il discorso, è ancora necessario fare un cenno agli ulteriori passaggi evolutivi realizzati ad opera degli autori gesuiti in materia di contratto.

Poiché essi si inseriscono nel solco di una particolare tradizione spirituale e intellettuale, occorre dapprima segnalare quali siano state le tracce principali di quella tradizione: questo punto rappresenta il centro della nostra indagine. I gesuiti della Scuola di Salamanca si inseriscono chiaramente in seno ad una tradizione filosofica, antropologica e giuridica, come si può desumere dalle numerose citazioni di opere dei diversi dottori scolastici precedenti.

Nella cultura gesuitica il tema della libertà umana riveste un'importanza speciale e nuova, al punto che diventerà il punto centrale della sua teoria generale del contratto. La compagnia di Gesù è nota per il suo Fondatore, Ignazio di Loyola; ed è generalmente condiviso che l'opera più significativa di quest'ultimo è stata gli "*Esercizi Spirituali*". In questo scritto, il soggetto è concepito come protagonista di un processo che consiste in un rapporto personale con Dio ed è finalizzato alla conoscenza della sua volontà e all'organizzazione della propria vita secondo la volontà di Dio. Però, il soggetto deve esercitare la sua libertà personale, nel senso che nessun altro soggetto deve condizionarlo. La questione della libertà dell'uomo, la grazia di Dio e il determinismo religioso si presentano come argomenti centrali nel Rinascimento. Un punto che divide il pensiero della Riforma protestante e la Contro-Riforma cattolica è quello del rapporto fra la libertà dell'uomo e la grazia divina.

Una delle opere più significative, per comprendere la centralità dell'idea della libertà, che si inserisce nella cosiddetta *polémica de auxiliis*, è la *Concordia liberi arbitrii cum gratia edonis* di Luis de Molina S.J. (1535-1600), che contiene un'ampia riflessione sul problema del rapporto tra la libertà dell'uomo, la grazia e la volontà di Dio. Non essendo possibile, e neanche utile, approfondire in questa sede la questione, è sufficiente accennare al fatto che, secondo il grande teologo gesuita, autore anche di un voluminoso trattato sul diritto e sui contratti, la libertà è carattere essenziale dell'uomo. Diversamente da quello che accadeva fra i greci, che manipolavano l'uomo per realizzare i loro personali interessi, secondo i teologi cattolici, il Dio giudeo-cristiano è rispettoso della libertà dell'uomo. Il potere di Dio è grande ed ha creato l'universo. Ma, siccome ha creato l'uomo libero, Dio si è limitato nei suoi rapporti con l'uomo, nel senso che il suo rapporto con l'uomo va avanti soltanto se l'uomo lo accetta. Questo implica che i processi umani, personali, ma anche politici e sociali, nonché economici, non vengono determinati da Dio, ma dipendono dall'uomo.

La stessa matrice si avverte nell'opera del filosofo Francisco Suárez S.J. (1548-1617). La stessa linea di pensiero che è presente nella *Concordia liberi arbitrii* di Luis de Molina è rinvenibile in *De legibus*; ma qui quell'ideologia assume una dimensione politica.

Si può fare un parallelo tra queste dottrine gesuitiche e le concezioni contrattualiste della Scuola del Diritto Naturale del Nord Europa.

Innegabile è l'influsso di Grozio sugli autori della Scuola di Salamanca, come Francesco de

## JUS CIVILE



Vitoria, Diego de Covarrubias, Domingo de Soto y Fernando Vázquez<sup>16</sup> ed anche Lenaert Leys (Leonardus Lessius, 1554-1623), che nacque vicino ad Amberes, fu professore di teologia morale nel Collegio gesuita di Lovanio alla fine del secolo XVI, ed agì come ponte tra il pensiero teologico spagnolo e la tradizione giuridica del diritto naturale del Nord Europa.

Birocchi ci ricorda che le opere di Luis de Molina sono citate in Germania<sup>17</sup>, e lo stesso viene affermato da ricercatori tedeschi e italiani, come Paolo Grossi<sup>18</sup>.

Non è infatti difficile trovare un profilo simile tra il discorso di Grozio e le teorie gesuitiche, posto che tutte e due fanno capo alla libertà dell'uomo.

Il fondamento del contratto, in Molina, in Lessio ovvero in Oñate s'incentrerà sul libero consenso, non diversamente di quanto accade anche negli autori del razionalismo protestante o laico.

Secondo Birocchi è facile trovare profili simili in Oñate e in Grozio.

Per concludere questo *excursus*, accenniamo all'opera di Oñate, il quale scrive non in un contesto europeo, ma nelle missioni gesuitiche dell'America del Sud. Infatti, Oñate è stato capo della Provincia Gesuitica del Paraguay (la "Paraquaria"), fondatore dell'Università di Cordoba, ed anche professore nel Collegio Massimo di Lima in Perù. La parte più cospicua dell'opera di Oñate attiene al contratto in generale. Il primo volume del suo trattato sui contratti, intitolato "*De contractibus in genere*", è lungo quasi 1.000 pagine.

In primo luogo, si avverte in Oñate un radicale consensualismo, come si evince da un passaggio di grande interesse: "*Quare non est potestas aliqua Iudicis, ac Principis, nec Rex, nec Papa potest obligare ex contractu sine consensu. Poterunt quidem illi, maxime Deus obligare ad idem, ad quod se obligant contrahentes; sed illa obligatio ex contractu non erit sine consensu contrahentium; quia contractus consensum, et intentionem se obligandi essentialiter requirit*" (T. I – D. 1 – S. V – n. 62).

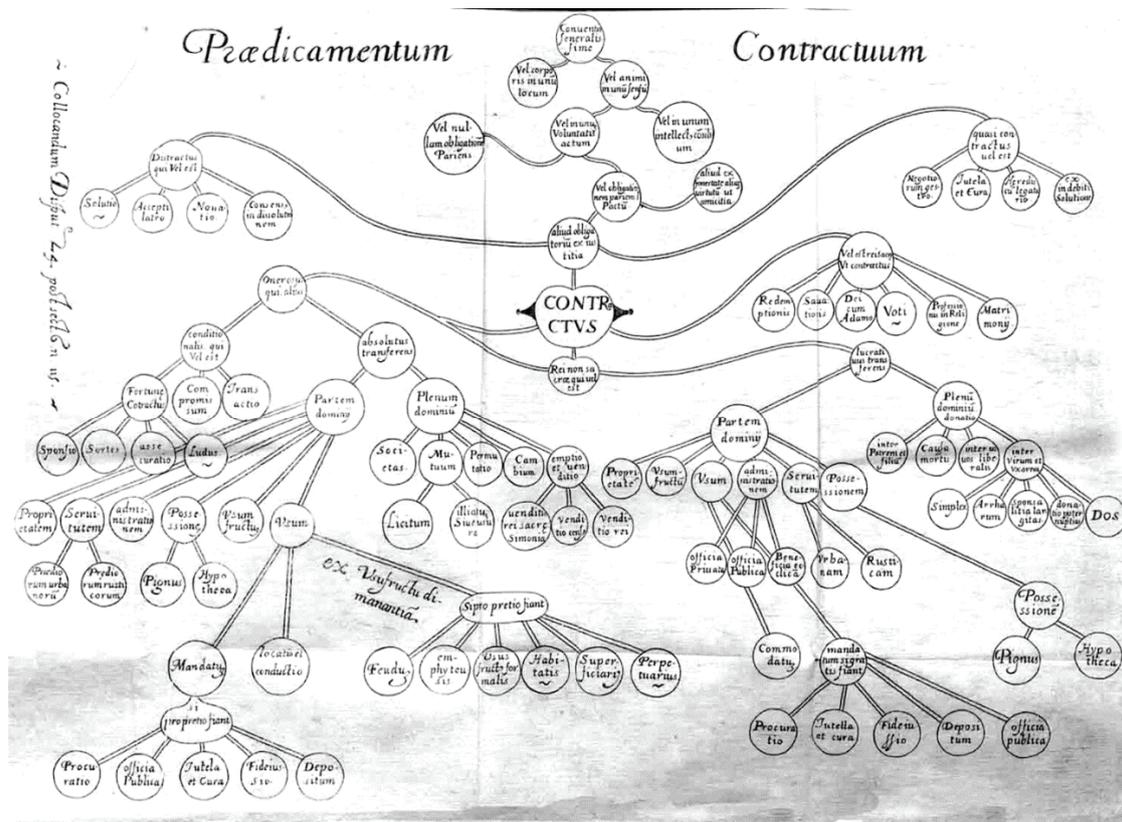
In secondo luogo, nell'opera di Oñate si riscontra chiaramente una completa e sviluppata visione generale del contratto, come si può notare dallo schema della classificazione dei contratti, che si presenta molto più complesso e articolato rispetto a quella che troviamo, per esempio, in Francisco Garcia:

---

<sup>16</sup> THIEME, "*Qu'est ce que nous, les juristes, devons a la seconde scolastique espagnole?*", in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno, incontro di studio*, Milano, 1973, p. 9.

<sup>17</sup> BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997, p. 204.

<sup>18</sup> GROSSI, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973.



Giunto a questo punto, provo a formulare qualche riflessione conclusiva.

Anzitutto, è opportuno chiarire che, se vi ho rappresentato l'origine della teoria generale del contratto, non è stato soltanto per puro interesse storico, per soddisfare la semplice curiosità verso il nostro passato, ma per appagare un bisogno attuale, per creare una base migliore per comprendere la situazione presente.

A quest'ultimo proposito, si può ricordare che, all'inizio, abbiamo dato conto dell'esistenza di una crisi della categoria generale del contratto in un duplice senso: crisi della volontà come fondamento della forza vincolante; crisi dell'unitarietà della teoria fino ad arrivare ad una frammentazione (come si vede chiaramente nel nuovo codice civile argentino).

Ecco, allora, che il tentativo di risalire alle origini della teoria generale del contratto può tornare utile solo se e nella misura in cui il risultato di questo sforzo ci fornisce elementi per valutare e per prendere posizione di fronte alla crisi attuale.

In tale senso, a mio avviso, la lezione che ci propone la considerazione della storia del diritto contrattuale – mettendo in luce i valori ed i meriti dell'enorme edificio concettuale che si concretizza nella teoria generale del contratto, così come fu concepita dalla Scuola di Salamanca – permette di affermare che la categoria generale del contratto deve essere conservata per due ordini di ragioni: logiche ed assiologiche.

La costruzione della teoria generale del contratto, come abbiamo appena visto, presuppone

# JUS CIVILE



l'organizzazione concettuale delle conoscenze in genere e in specie. L'ammissione del principio di libertà e di sussidiarietà, il riconoscimento del valore essenziale della volontà di ogni persona, implica un valore nei sistemi politici ed economici che consiste nel rispettare le decisioni prese dall'individuo nel momento dello scambio di beni e di servizi e nelle forme di soddisfazione dei loro interessi. Questo rispetto coinvolge non soltanto i contratti di diritto comune, ma anche i contratti di consumo. Non si deve infatti dimenticare che l'oggetto finale della disciplina del diritto dei consumatori, è la promozione dell'uomo, attraverso il rispetto della sua libertà e mediante lo stimolo della sua responsabilità. Deve pertanto ritenersi erroneo rinunciare all'idea del contratto in generale, la quale – come dimostrano gli insegnamenti della Scuola di Salamanca – rappresenta il principale strumento di affermazione della dignità della persona, posto che costituisce, come categoria unitaria, la garanzia della libertà individuale, nel senso che il soggetto, nell'ambito dei suoi rapporti di diritto privato, rimarrà obbligato soltanto nei termini a cui acconsente.

Per rafforzare questa conclusione, si può citare anche un passo dell'autore spagnolo Díez Picazo, il quale sottolinea che la protezione dei consumatori è possibile soltanto in mercati retti dal principio della libertà contrattuale<sup>19</sup>.

Il valore di uno schema unitario, organizzato intorno all'idea della libertà e della responsabilità, non sembra, dunque, aver perso la sua utilità ordinante per gli atti di autonomia privata, sia nell'ambito dei contratti paritari, sia nello spazio riservato ai rapporti di consumo.

Come dice Díez Picazo, qualificare le operazioni di consumo fuori dal genere contrattuale ci impedisce l'utilizzo di un complesso e raffinato strumento senza fornirci un equivalente adeguato. Dal punto di vista pratico, dunque, è meglio che le operazioni di consumo siano considerate contratti, anziché altra cosa<sup>20</sup>. E questo, naturalmente, senza che ciò si risolva in una diminuzione della tutela degli interessi economici dei consumatori.

Della stessa opinione è anche Enrico Gabrielli, secondo il quale l'utilità e il valore di uno schema astratto, che si risolve nella categoria generale del contratto, risulta dunque riaffermata e conseguentemente ribadita, poiché essa non sembra aver perso, né poter perdere, quale categoria logica e formale, il suo ruolo centrale nel quadro degli atti di autonomia privata<sup>21</sup>.

Anche Vincenzo Roppo esprime il suo timore in ordine al diritto risultante dalla frammentazione della teoria generale del contratto, in quanto potrebbe divenire troppo incoerente per disciplinare in forma efficiente i rapporti economici<sup>22</sup>.

La convinzione dell'importanza e del valore di questa imponente creazione dell'intelligenza

---

<sup>19</sup> DÍEZ PICAZO, *Contratos de consumo y Derecho de contratos*, in *Anuario de derecho civil*, vol. 59, n. 1, 2006, p. 11.

<sup>20</sup> DÍEZ PICAZO, *Contratos de consumo y Derecho de contratos*, cit., p. 16.

<sup>21</sup> GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in RESCIGNO-GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, Torino, 2006, t. I, p. 50.

<sup>22</sup> ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere Giuridico*, 2009, pp. 280-281.



umana ci aiuta, peraltro, a valorizzare gli sforzi di armonizzazione ed unificazione del diritto dei contratti.

Malgrado le critiche e le posizioni scettiche, lavori come quello della Accademia dei Giuristi Europei – che propone le basi per un diritto armonizzato dei contratti, sia nella parte generale, che in quella speciale del diritto contrattuale – si inseriscono nel solco della tradizione del pensiero giuridico, anche se non sono coronate da un trionfo immediato. D’altro canto, il fatto che il Progetto dell’Accademia sia stato menzionato nel Rapporto del Guardasigilli francese, dimostra come il lavoro sistematico sulle idee generali si riveli sempre di grande interesse ed utilità.

Insomma, a mio avviso, la categoria generale del contratto costituisce un acquisto irrinunciabile del pensiero giuridico, perché contiene in sé i principi e le regole sia per disciplinare il diritto comune degli atti di autonomia privata, sia per regolare i rapporti tra mercato e contratto<sup>23</sup>.

Ecco, dunque, dimostrata l’utilità di un’indagine storica sulle origini della teoria generale del contratto: essa si rivela uno strumento adeguato a rafforzare le idee sostanziali in un tempo, come quello postmoderno, caratterizzato da grande instabilità.

Il nuovo diritto contrattuale sarà sicuramente più complesso di quello che si rinviene all’interno dei codici ottocenteschi. Ma ciò non toglie l’attualità ed il perdurante vigore dell’idea secondo cui l’essenza del contratto s’identifica con la libertà umana e che tutta la complessità dell’organizzazione di generi e specie ruoti intorno a questa idea centrale della libertà umana. Libertà che, a sua volta, risulta coesistente all’uomo, tanto che, in ragione di questo legame, si può affermare che l’uomo è uomo perché può promettere: l’*“homo promittens”*. L’averlo rilevato è merito indiscusso della Scuola di Salamanca.

Da altro lato, questa libertà non può essere insensibile alle esigenze della giustizia commutativa; che, seppur non sufficiente a garantire un rapporto patrimoniale giusto, resta in ogni caso necessaria.

In conclusione, si può affermare che il ricorso alla storia delle idee sul contratto ci fa ricordare, piuttosto che le opportunità mancate, i valori fondamentali della teoria generale unitaria del contratto, fondata quattro secoli fa dalla Scuola di Salamanca; e che, malgrado le sue enormi trasformazioni, la teoria generale del contratto continua a rappresentare uno strumento utile per orientarsi in tempi difficili.

---

<sup>23</sup>GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, p. 35.