

# 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 |

|   | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 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         |
| <br><i>Epilogo</i>  | <br>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 <i>und Lateinamerika</i> "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 |