

**D. Alioto, *La justicia de los contratos. Dialéctica y principios de los contratos privados*, Colección Circa Humana Philosophia, Buenos Aires, 2009, 282 pagg.**

di

**María de Todos los Santos de Lezica**

L'opera di Daniel Alioto propone un tema che a prima vista si può dire fondamentale ma che allo stesso tempo non è stato ancora superato. Si tratta dell'argomento dell'autonomia nell'ambito dei contratti.

Subitaneamente emergono alcune domande: si può parlare di autonomia della volontà? Oppure l'autonomia è una proprietà della ragione nella sua funzione pratica? Ma potrebbe ritenersi eventualmente una ragione distaccata del volere della volontà? Ancora, l'autonomia potrebbe infrangere l'eguaglianza della giustizia che si verifica nei contratti, e cioè, l'eguaglianza reciproca?

A questo riguardo l'autore si occupa del *principio della reciprocità dello scambio*, prendendo le mosse dal pensiero di Aristotele, ma cogliendo anche il pensiero di vari autori che proseguono nella linea del pensiero classico come san Tommaso, sant'Antonino di Firenze, il Cardinale Tommaso di Vio Gaetano, Martin di Azpilcueta, Domingo di Soto O.P. e Luigi di Molina S.J., comunque ciascuno con qualche particolarità. Ma questo principio si può capire, in ambito contrattuale, solo se sommato al principio latino *pacta sunt servanda* perché entrambi indicano diversi punti di vista della realtà contrattuale e producono anche diversi effetti (p. 28). E allora, nel libro viene evidenziata l'evoluzione del pensiero con riguardo i principi classici, ma specialmente, in relazione a qualche ragione che fa evolvere la dottrina contemporanea sulla base dei principi accennati.

I principi rimangono sempre stabili, ma siccome l'oggetto del Diritto e dell'Economia è sempre qualcosa di contingente perché è qualcosa di umano, questi principi stabili ed invariabili devono venir correttamente interpretati perché il passo del tempo non li porti a causare/giustificare delle situazioni di ingiustizia attraverso di una cattiva interpretazione di essi.

Allora, il primo principio accennato ci porta a stabilire che la validità del contratto in generale riguarda non soltanto quello voluto dalle parti ma l'equivalenza in sé. E allora facendo una riflessione di uno assieme l'altro principio anzidetto, entrambi ci portano al problema dell'obbligo del contratto, del suo fondamento, e cioè, della sua necessità di esecuzione. Perché si deve esaudire un contratto? Perché questo comporta almeno una obbligazione? Le cause di validità del contratto girano attorno ad entrambi questi principi. Il contratto nasce del volere di due o più parti; ma soltanto ciò può farlo diventare imperativo, obbligatorio? Se riteniamo che il principio *pacta sunt servanda* è legato alle esigenze della giustizia oggettiva, non potremmo dire che il contratto è imperativo soltanto per il fatto che il suo carattere obbligatorio è nella forza della volontà delle parti da imporsi. Anzi, il carattere obbligatorio del contratto sembra avere a che vedere con l'altro principio della *reciprocità* perché, come abbiamo già detto, l'ultimo riguarda tutti i rapporti contrattuali in generale. Dunque il *pacta sunt servanda* non potrebbe venir capito lontano dal principio della *reciprocità*.

D'altra parte, il principio dell'autonomia della volontà è nato assieme ad alcune dottrine economiche, anzi, si potrebbe dire che è nato in seno all'influsso di alcune teorie delle c.d. libertà, tali come la libertà di ogni intervento governativo o sindacale; la libertà di commercio; la libertà di libera disposizione della proprietà individuale; la libertà contrattuale; la libertà di moto personale e finalmente quella di associazione (pp. 46 e ss.).

Nei secoli XVII e XVIII, secondo le riflessioni dell'A. il modo di comprendere la convenzione è stata conseguente all'indirizzo metodologico delle scienze sociali che respinsero le fondamenta dell'ordine naturale e soprannaturale. Da allora il contratto si è costituito come una qualcosa avente un valore assoluto e a partire del quale si è preteso di stabilire un sistema non attaccabile dal punto di

vista razionalistico, perché formalmente coerente. Sarà Kant che porterà il principio dell'autonomia della volontà al grado di principio supremo della moralità. Comunque la compatibilità del principio *pacta sunt servanda* e dell'idea di eguaglianza nel complesso del principio della *reciprocità dello scambio*, sembrano annunciare la crisi del dogma dell'autonomia della volontà.

Seguendo Aristotele, con riguardo al principio della *reciprocità dello scambio*, l'A. chiarisce che l'uguaglianza aritmetica della giustizia correttiva non si contrappone all'idea della reciprocità proporzionale e neanche quest'ultima s'identifica con l'uguaglianza geometrica della giustizia della distribuzione. Anzi, la reciprocità proporzionale propria della giustizia correttiva presuppone l'ordine della giustizia della distribuzione (p. 65).

A questo punto, l'autore affronta con dettaglio l'argomento dell'usura. Secondo Aristotele l'usura è una forma di economia di scambio "proprio censurata", "la più antinaturale tra tutti i tipi di commerci, per quanto il denaro lascia di compiere una funzione strumentale allo scambio" (p. 87). Tramite di essa il denaro acquista un valore che non ha un valore in sé stesso. Ma, secondo l'A., il denaro soltanto ha un valore di mezzo per l'acquisto delle cose. L'usura sarà condannata ripetute volte dalla Chiesa cattolica, sia dai padri della Chiesa, sia dai concili. Infatti, san Tommaso segnala che «*se si recupera la cosa data in prestito e, allo stesso tempo, si fa pagare un prezzo, si ha una evidente disuguaglianza contraria alla giustizia commutativa*» (p. 101). Il denaro – secondo san Tommaso – non ha un valore in sé stesso, bensì un solo valore di scambio. Il valore è della cosa che rappresenta. E allora il solo valore del denaro è quello di strumento per lo scambio.

Seguendo ora la dottrina di san Tommaso in un'epoca nella quale si produce un cambiamento nell'attività economica, l'autore dedica un capitolo al pensiero di Sant'Antonino di Firenze e la sua dottrina riguardo l'usura. Questo pensatore riteneva che ogni volta che siamo davanti ad un contratto che ha come materia il prestito e come forma l'intenzione principale del lucro, ci siamo davanti ad un prestito usurario (p. 120). Comunque sia il suo pensiero circa l'usura, tale pensatore non giustifica il lucro cagionato dal trascorso del tempo; riconosce la perdita sofferta dal commerciante quando viene privato del suo denaro perché non ha la disponibilità di esso per investirlo. E allora sarà proprio sant'Antonino a riconoscere per primo la funzione del capitale monetario nella produzione e nel commercio, sempre con riguardo al contratto di mutuo. Il denaro non produce denaro per il solo trascorso del tempo, ma si può estrarne qualche profitto se lo si applica al lavoro.

Viene anche dedicato un capitolo a Cardinale Caietano. Il suo punto di partenza è diverso dai suoi predecessori. Viene qui difatti introdotta la dottrina del volontario misto, che *brevitatis causae* sarebbe un atto tra volontario e obbligatorio perché il dare volontariamente non significa presumere che si abbia voluto trasmettere il dominio della cosa data, come accade con chi butta via i suoi effetti personali nel mare per salvarsi dal naufragio; il solo fatto di buttarli non permette che qualsiasi altro se ne impadronisca (p. 143).

Con l'abbondanza di denaro e l'aumentare dei prezzi, accaduto con il trascorso del tempo, si torna a riflettere sui problemi presentati dall'usura nello scambio di denaro ed ora l'argomento sarà affrontato seguendo le riflessioni anche di Martin de Azpilcueta facendo concorrere le fonti di diritto civile, diritto canonico e teologia morale assieme alla sua esperienza personale acquistata nella Francia, nella Spagna e il Portogallo. La sua analisi è un contributo per differenziare le operazioni di scambio lecite dalle pratiche usuarie di sua epoca. Quest'autore finirà con l'accettazione degli strumenti economici di credito che sfuggono il principio del divieto dell'usura, con il quale è concorde (p. 154). «*Oltre cogliere il denaro nella sua funzione di mezzo di pagamento delle merci, accetta la moneta come oggetto suscettibile di essere comprato e venduto a diversi prezzi, senza cadere in qualsiasi illecito oppure ingiustizia*» (pp. 154-155). Azpilcueta parte dalla dottrina di Aristotele che accetta la doppia funzionalità della moneta sia come 'unità di valore' sia come 'unità di misura'; ma non rifiuta – come, spiega Alioto, facevano invece Aristotele e san Tommaso – ogni ricompensa ottenuta dal cambiavalute (p. 155). Invece proponeva che il cambiavalute fosse nominato dall'autorità pubblica e che quindi avesse anche uno stipendio, non generato dallo stesso denaro ma dal lavoro svolto per la comunità. Questa

ricompensa a causa del lavoro non era paragonabile con il lucro né era contrario alla giustizia. Eppoi si vede la sua evoluzione circa il pensiero di Aristotele perché ritiene che «*l'uso del denaro, per guadagnare con il suo scambio, non è contrario alla sua natura*» (p. 158). Il lucro in sé non ha un fine in sé stesso e nel pensiero di Aristotele sarebbe sempre lucro. D'altra parte Azpilcueta ritiene che sia lecito lo scambio di denaro per un'altra moneta avente un altro valore. E allora perché ciò possa accadere è necessario che si tratti di monete con diverso valore in sé oppure con diverso valore secondo i luoghi. Mentre Aristotele ritiene che la moneta perda il suo valore se non svolge la sua funzione di scambio, Azpilcueta considera che nella sua funzione di scambio è una merce che ha valore in sé stessa, il cui valore di scambio dipende della sua abbondanza o scarsità. In questo modo il suo pensiero prosegue oltre con la formulazione della legge della domanda e dell'offerta. Nell'economia reale ciò che interessa è il potere di acquisto, e cioè, il valore reale del denaro, piuttosto che la sua manifestazione nominale addetta dalla pubblica autorità. L'abbondanza di denaro produce l'innalzamento dell'offerta e la discesa dei prezzi; invece, la mancanza di liquidità, abbassa il potere di acquisto e invece solleva i prezzi dei prodotti.

Dunque il valore della moneta dipende dall'autorità pubblica, ma anche dalla sua scarsità, facendo distinzione tra il valore reale e quello nominale di essa (p. 163). In questo senso, Azpilcueta precede la teoria della previsione stabilendo il principio dell'inalterabilità del valore reale del prestito. Concorde con san Tommaso, ammette il risarcimento del danno e, con riguardo al lucro cessante, pensa che sia giusto sempre che si riferisca alla perdita di una garanzia come risultato di una attività commerciale (p. 166). L'autore spagnolo introduce una novità interessante circa il risarcimento del danno. Questo avrà luogo anche quando ci si mantenga una capacità di compra indeterminata, che si conosce come «*il privilegio dalla liquidità*» (p. 167). Azpilcueta conferma le tesi classiche condannando l'usura, ma tenta di distinguere gli affari leciti dai quelli illeciti.

A continuazione l'A. analizza il pensiero di Domingo di Soto e Luigi da Molina come due importanti rappresentanti della Scuola Spagnola del XVII secolo che affrontano il problema dell'usura dalla prospettiva della *reciprocità degli scambi*. Con riguardo al problema dell'alterazione del prezzo, Domingo di Soto, distingue tra il prestito e la compravendita. Con riguardo al primo, non si deve restituire il valore della roba, ma la sua sostanza materiale che deve essere della stessa specie e qualità, senza che il suo prezzo rilevi; con riguardo al secondo, ciò che interessa è il valore della cosa. Se ciò che si dà in prestito sono monete, si deve restituire una quantità simile al valore che essa aveva al momento in cui sono state consegnate al alienatario. Dopo precisare i pregiudizi ai quali fa riferimento quando parla di lucro cessante e risarcimento del danno, elenca cinque conclusioni (cfr. p. 177). In quei casi non ci sarà usura. Il denaro non ha un valore in sé stesso, ce l'ha soltanto con riguardo all'attività dell'alienatario. Perciò tra le tre forme di scambio che segnala Aristotele: 1) una cosa per altra cosa; 2) una cosa per denaro; 3) denaro per denaro, l'ultima la considera usuraia. Risulta lecito lo scambio di denaro per ragione del luogo ma non del tempo. Non è vero che il denaro si muove di un luogo in un altro e perciò non si deve pagare per il trascorso del tempo perché se si dà denaro in certo luogo per recuperarlo in un altro, si fa un prestito usuraio. Il sol fatto del tempo, non giustifica ricevere una somma diversa (pp. 182-185). Luigi da Molina si occupa della dottrina del giusto prezzo, seguendo Aristotele che aveva anche riflettuto sulla giustizia nella cornice della vita economica. Con riguardo alla compravendita, ritiene che in certi casi sia lecito incassare un sovrapprezzo, e cioè: quando risulti una ricompensa dall'attività del commerciante; quando si tratti di sostenere il valore delle merci data la fluttuazione dei prezzi; infine, quando il prezzo viene adeguato ragionevolmente (pp. 192-193). Molina distingue il prezzo giusto della compravendita in *naturale*, quello che hanno le cose in sé stessi, e cioè, dipendendo della stima che di esso ha l'uomo; e in *legale*, quello che viene stabilito dall'autorità pubblica con fondamento nel primo (p. 194). Le cose non hanno un valore in sé medesime; hanno soltanto valore di mezzo, di strumento per la soddisfazione delle necessità umane. Ergo il giusto prezzo di una cosa sarà il prezzo naturale, e cioè, il prezzo adeguato allo giusto naturale. Quindi il valore in cui una cosa viene scambiata per altra di un valore equipollente. Ogni contraente ha un

interesse immediato che è il contrappeso. Inoltre la compra e vendita si ordina a soddisfare un bene comune delle parti, il cui non sarà aggiunto se il valore del contrappeso non è equo con la cosa scambiata (p. 203).

Risulta molto interessante la disamina che svolge l'A. sul concetto di atto volontario. Lui descrive la sua struttura, facendo cenno delle circostanze, del suo oggetto, e cioè, di quello che determina la volontà e in fine, di come si trova quell'oggetto nell'intelligenza dell'uomo (pp. 210-214). Dopo descrivere l'azione congiunta di intelligenza e volontà, elencando le funzioni proprie di ciascuna: è proprio della volontà la soddisfazione di essa davanti al bene che è presentato come tale dall'intelletto; ma anche l'intenzione del fine; l'elezione dei mezzi per raggiungere il fine, che sebbene presuppone un atto dell'intelletto, della ragione pratica in ordine al fine – dato che la volontà vuole il fine –, in un certo senso, vuole anche il migliore dei mezzi per raggiungerlo. Ergo, il mezzo giusto sarà frutto di un'elezione della volontà. Ma prima di quell'atto proprio della volontà, c'è l'atto deliberativo della ragione pratica che precede quello della volontà. Infine, ci sarà l'atto dell'imperare che secondo quanto stabilito dal Dottore Angelico, è un atto proprio della ragione pratica. Dopo l'arricchente studio dell'atto volontario, l'autore applicherà tutta questa sua riflessione all'argomento della contrattazione. E allora, si può dire che il *finis operantis* di ogni parte, e cioè, l'oggetto che fa sorgere il contratto, è un bene che a sua volta è un mezzo di apprezzamento economico.

Il contratto si forma attraverso il consenso di entrambi le parti. Questo consenso significa: 1) l'atto di volontà di due o più persone che coincidono nell'elezione del contratto come mezzo per raggiungere un bene che non potrebbero raggiungere da soli; 2) l'adesione delle parti all'oggetto che ha fatto nascere il contratto; 3) l'elezione del co-contrattante (pp. 215-224). Ma, siccome il contratto fa parte di un rapporto sociale ed è uno istituto giuridico, e allora si deve aver conto del fatto della situazione giuridica di ogni parte nella contrattazione, l'A. segnala nove ragioni del carattere dialettico del contratto che in breve si potrebbe dire sono il risultato di riconoscere il carattere dialettico del Diritto *tout court*.

*«Il contratto ha una struttura intenzionale nella quale si proietta l'atteggiamento di entrambi le parti verso il raggiungimento di un obiettivo comune, che è la ragione di essere dello scambio»* (p. 239). Questa struttura intenzionale, come ogni fenomeno sociale è in parte necessaria e in parte contingente.

La causa finale di ogni contratto è l'obiettivo per cui le parti si mettono d'accordo e fanno il contratto. Il contratto, dunque, è uno strumento d'associazione che non s'identifica soltanto con un bene particolare. E perciò – spiega l'A. – il contratto costituisce un bene comune, poiché è un mezzo per raggiungere un fine determinato (p. 247). Ma è interessante la considerazione che fa l'A. dei contratti bilaterali dove non si dà una stretta uguaglianza delle prestazioni. Può darsi che non ci sia una uguaglianza aritmetica per causa del piacere che porta un bene, il cui acquisto motiva il contratto. Oppure la magnanimità di una delle parti, o qualche ragione economica strana la stessa contrattazione. Se la ineguaglianza è consentita da chi soffre la perdita, la validità del contratto è indisputabile (p. 254). Infine, ciò che diventa obbligatorio il contratto e valido il principio *pacta sunt servanda* radica nella propria ragione dell'uomo, che diventa efficace per la volontà delle parti. Il contratto diviene un obbligo *«per la libera decisione delle parti di sottomettersi all'impero di una regola comune, che è la causa esemplare estrinseca di quello che è giusto»* (p. 256).

Il contratto è uno strumento della vita dell'uomo adeguato per l'acquisto delle sue necessità, quindi, è uno strumento per la sua vita piena, per raggiungere quelle cose che da solo non potrebbe mai ottenere. Il contratto esige una cooperazione che si fa tramite la coordinazione verso il fine tanto comune –del contratto che conformano- come delle loro intenzioni. Questa coordinazione è nei confronti con il principio della *reciprocità dello scambio*, nel senso che s'indirizza a un ordine con riguardo a tutto ciò che si rapporta con il contratto (p. 258). Ma il contratto, come l'autore ci ha già spiegato, riceve il suo valore anche di un altro principio, quello del *pacta sunt servanda*, che comunque è un principio valido perché ci si fonda, oltre la volontà delle parti, sulla natura dello stesso istituto, cui perfezione non è che il raggiungimento del fine o bene comune. Si guardi, la sola volontà delle parti

non basta per giustificare la sua obbligatorietà; e non basta non perché quella non sia efficace, ma perché non è possibile una volontà distaccata dalla ragione, una volontà che sia autonoma sarebbe una contraddizione in termini! A prescindere dal fatto che la volontà sia stata chiamata "appetito razionale"!

L'esercizio arbitrario e non controllato della propria autonomia personale, non ordinata al termine del contratto è in contro della giustizia obiettiva che è al centro del principio della *reciprocità dello scambio*, e cioè, questo principio soltanto si capisce nei confronti con l'uguaglianza e allo stesso momento, essa fa possibile il raggiungimento del bene comune. Di modo che l'uguaglianza obiettiva, sarà un'uguaglianza legata al giusto naturale, non a una qualcosa arbitraria. Ma se le parti accordano una corrispondenza convenzionale diversa dal giusto naturale, «*la validità della sproporzione obiettiva dipende della sua inserzione nell'ordine intenzionale del contratto*» (p. 261) e secondo la quale una parte accetta ricevere una prestazione diversa dal punto di vista della giustizia aritmetica. Oggigiorno che è possibile presumere il grado produttivo del denaro, davanti ad un contratto di credito, e cioè, di prestito oneroso di denaro, è giusto esigere un interesse aggiuntivo ad esso. Prima non era possibile una concezione del denaro come uno strumento di produzione in grado di accrescere la ricchezza; invece oggi si può misurare il suo valore e il suo prezzo nel mercato finanziario (p. 261). Oggi un interesse di questo tipo non trasgredisce il principio della *reciprocità dello scambio*. Poi, c'è un'altra considerazione molto importante che mette in luce l'A.: il fatto che raggiungere l'uguaglianza e per tanto, il bene comune contrattuale, non è soltanto una cosa che riguarda le parti, invece, quello suppone compiere una funzione sociale ed economica, e cioè, un andare oltre le parti direttamente coinvolti. Tutta la comunità che conforma la cornice delle parti, la famiglia, i comuni, ecc., stanno in alcun modo coinvolti.

I principi *pacta sunt servanda* e quello della *reciprocità degli scambi*, non si contraddicono, anzi, entrambi devono essere presenti nella contrattazione e colti nel loro esatto valore. Il contratto non potrà offrire alcunché che possa essere ritenuto giusto – sia naturale o convenzionale – se non viene rispettata la *reciprocità*, ma neanche sarà valido, se le parti non si obbligano per il principio del *pacta sunt servanda*, il quale sarà efficace nei confronti dell'uguaglianza.

Forse, per quelli che conoscono il pensiero classico, e cioè, di Aristotele, San Tommaso e così via, potrebbero pensare che quanto è sottomesso a riflessione in quest'opera, non sia niente di innovativo, anzi, un fare emergere quella vecchia dottrina ancora una volta. Ma una breve considerazione è opportuno evidenziare. Non si va avanti soltanto quando si propongono nuovi concetti, disamine, questioni, ma quando si può dare una nuova spiegazione dei principi antichi. Ancora, quando si ha la chiarezza di poter spiegare modernamente i principi classici. E non è una questione semplice quando di economia si tratta, perché si tratta di materia contingente, mutabile e oggetto di considerazione dialettica. Eppoi per questo il suo carattere dialettico, sia nella materia giuridica, sia nell'economica, da quando c'è tensione, c'è una problematicità da considerare. Non è che si tratti di una tensione senza possibilità di venir risolta, ma una tensione che evince il carattere problematico della natura umana e allora che non si può fare a meno. Anzi, questa tensione deve venir affrontata di modo dialettico, nella maniera come è stato colto dall'A. in relazione ai contratti. E in questo senso, riteniamo che l'opera possa essere considerata un reale sforzo in tal senso.