

# El problema del objeto del contrato en la tradición civil\*

ROBERTO FIORI

SUMARIO: I. *Las interpretaciones de la doctrina civilista italiana.*- II. *La estructura del contrato en la perspectiva de los juristas romanos.*- III. *El nacimiento de la modelo de la compraventa.*- IV. *Los humanistas: Doneau y la aplicación de los substantialia a contratos diversos de la compraventa.*- V. *El iusnaturalismo: del elemento esencial 'res' al elemento esencial 'objeto'.*- VI. *El modelo francés: el objet du contrat.*- VII. *El modelo alemán: el Gegenstand des Vertrages.* VIII. *La imperfecta síntesis de la experiencia italiana.* IX. *El rol del objeto en la estructura del contrato y la necesaria distinción entre 'elementos' y 'condiciones' del negocio.*

## I. LAS INTERPRETACIONES DE LA DOCTRINA CIVILISTA ITALIANA

La noción de objeto del contrato en el derecho civil italiano es notoriamente discutida. La razón de las incertidumbres reside en la ambigüedad de la redacción normativa del código civil, que en materia contractual utiliza la expresión "objeto" para significar ya la prestación<sup>1</sup>, ya el bien económi-

\* Publicado en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, NAPOLI, 2003, 169 ss. Traducción del italiano JOSÉ FÉLIX CHAMIE.

1 A la noción de prestación parecería ante todo referirse el conjunto de los arts. 1325, 1346-1349 (al cual, dado el reenvío, puede también agregarse el art. 1418). Si, en efecto, nada puede directamente deducirse de los arts. 1325 y 1346, en mi sentir la confrontación con los artículos restantes resulta en gran medida ilustrativa: el art. 1346 habla de "objeto posible", y el art. 1347 de "posibilidad sobrevinida del objeto" y de "prestación inicialmente imposible" hecha posible; el art. 1348 de "prestación de cosas futuras"; el art. 1349 de "determinación del objeto", identificándolo con la "determinación de la prestación". Pero la noción se encuentra en varios artículos relativos a contratos específicos, a veces expresamente (art. 1469bis, pero cfr. el inciso 4 del art. 1568 y el art. 1677) a veces indirectamente (art. 1378, contrato de transporte: "transferencia de cosas determinadas sólo en su género"; art. 1615,

co<sup>2</sup>; que repite la misma ambigüedad cuando habla de 'objeto de la obligación'<sup>3</sup>; y que adicionalmente complica el cuadro cuando utiliza la noción de 'objeto de la prestación' para indicar unas veces un bien, otras veces un hecho<sup>4</sup>.

En la interpretación de estos datos, algunos estudiosos se han dirigido, sin mas, hacia la noción de 'bien'<sup>5</sup> –a veces también entendido en sentido lato, como «punto objetivo de referencia (por ejemplo, la cosa y el precio en la venta)» del interés o de la utilidad de las partes<sup>6</sup>. No obstante, a la teoría se han opuesto diversas objeciones: ante todo que en tales casos no se reconoce en el contrato bien alguno, sino sólo derechos y obligaciones, de modo que en estas hipótesis el contrato sería nulo dada la ausencia de uno de sus elementos esenciales. Y que otras veces –también cuando en el contrato se prevé una 'cosa', como por ejemplo en la compraventa- el código indica como objeto no el bien, sino la transferencia de derechos, de manera que ello llevaría a distinguir entre un 'objeto inmediato' (transferencia del derecho) y un 'objeto mediato' del contrato (el bien objeto de transferencia)<sup>7</sup>, haciendo vana, en sustancia, la coincidencia absoluta con el 'bien'. Finalmente, se ha destacado que la identificación del objeto con el bien no podría explicar la exigencia normativa de la 'licitud' del objeto<sup>8</sup>.

*affitto*: "goce de una cosa productiva"; art. 1722, mandato: "cumplimiento de actos"; art. 1731, comisión: "la adquisición o la venta de bienes").

- 2 Arts. 1416, 1469bis co. 4, 1469ter, 1472, 1474, 1516, 1518, 1524, 1529, 1531, 1567, 1625, 1627, 1647, 1782.
- 3 Prestación: arts. 1174, 1178, 1282, 1288. Bienes: arts. 1182, 1209, 1224, 1243.
- 4 Bien: arts. 1221, 1257, 1259, 1316. Hecho: art. 1316. La expresión se utiliza sin especificaciones en el art. 1429.
- 5 L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (pero 1948), 625; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 146 (sin embargo cfr. ya, bajo el imperio del código del 65, ID., *Appunti sulle obbligazioni*, en "Riv. dir. comm.", 1915, I, 528ss.; ID., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, 219 ss.); M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 63; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 98 ss.; ID., *Contratto*, en "ED", IX, Milano, 1961, 836 ss.; ID., *Contratto in genere* (Trattato Cicu-Messineo), I, Milano, 1968, 138 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960, 479 nota 1; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 14 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1987, 331; F. GALGANO, *Il negozio giuridico* (Trattato Cicu-Messineo), Milano, 1988, 103 ss.
- 6 G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 152 ss.; ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, en "Quadrimestre", 1989, 11 s.
- 7 G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967, 174; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 126 ss.; G. FURGIUELE, *Vendita di 'cosa futura' e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, 135; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto* (Comm. Schlesinger), Milano, 2001, 15.
- 8 G. DE NOVA, *L'oggetto del 'contratto di informatica': considerazioni di metodo*, en "Dir. inf." 1986, 804, seguido por G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 148.

Otros prefirieron pensar en la "prestación"<sup>9</sup>. A esta otra perspectiva, sin embargo, se opone el hecho de que en nuestro ordenamiento existen contratos con efectos reales, en los cuales se puede hablar de prestación sólo ampliando esta última noción al punto de hacer entrar en ella también la transferencia de derechos, esto es, hasta hacerle perder todo carácter de peculiaridad<sup>10</sup>.

Junto a estos planteamientos, se coloca una doctrina según la cual con el término "objeto" debería indicarse no algo del mundo natural, sino su representación ideal, constituyendo así la realidad sólo un término "exterior" del negocio, atraído hacia el "interior" del mismo por la previsión volitiva de las partes o del ordenamiento<sup>11</sup>. La propuesta responde, ciertamente, a la exigencia de una mayor limpieza conceptual, pues es claro que, siendo el contrato una realidad ideal, en él nunca podrá entrar la *res* entendida en sentido material, sino sólo su representación. No obstante, esta perspectiva también pone una serie de problemas. Ante todo, dada la elección de la mayoría de sus sostenedores de identificar el término exterior con la cosa o la prestación<sup>12</sup>, se podría preguntar si la teoría en discusión no se limita, en el plano

- 9 Cfr. por todos S. PIRAS, *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto*. I. *La struttura*, Milano, 1952, 75; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 33 ss.; ID., *I contratti*, Torino, 1990, 111 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 151 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* (art. 1321-1352) (Comm. Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1970, 351; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, en "ED", XIX, Milano, 1979, 180 s.; R. SACCO, *Il contenuto*, en P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, X (*Obbligazioni e contratti*, 2), Torino, 1982, 247; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, en P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, IX (*Obbligazioni e contratti*, 1), Torino, 1984, 35; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 104; ID., *Diritto civile e commerciale*, II.1, PADOVA, 1999, 211 ss. Cfr. también respecto del código de 1865, E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*. I. *Dei contratti in generale*, Padova, 1931, 27 (posición luego mantendida en ID., *La causa del contratto secondo il nostro codice*, en "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1950, 338); F. FERRARA Sr., *Teoria dei contratti*, NAPOLI, 1940, 98, que identifica el objeto (con el contenido y) con la prestación.
- 10 IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 127 s.; FURGIUELE, *Vendita di 'cosa futura'*, cit., 138 s. (resaltando que esta teoría, nacida y desarrollada bajo el imperio del viejo código civil, experimentaba un "clima cultural en el cual la noción de contrato, no obstante los progresos a nivel de definición, en últimas no resultaba a tal punto lo suficientemente articulada para recibir integralmente la ampliación actuada por la atribución de eficacia real al consenso en los contratos traslativos de la propiedad o de otros derechos reales"); DE NOVA, *L'oggetto del 'contratto di informatica'*, cit., 804; GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 148; GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 28 ss.
- 11 A. FALZEA, *Le condizioni e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 301 ss. (representación del bien); G. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepti*, en "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1948, 82 ss.; N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, en "NNDI", XI, Torino, 1965, 803 ss. ('objeto del negocio' como contenido de la voluntad que designa un *quid* del mundo natural, externo al negocio); ID., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., 137 ss. (el bien entendido como "paradigma de los términos externos"); P. PERLINGIERI *I negozi su beni futuri*. I. *La compravendita di 'cosa futura'*, NAPOLI, 1962, 60 ss., en especial 67 ("posibilidad de la prestación"); F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 145 ss., en especial 155 ("descriptiva de la prestación"); GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 28 ss.
- 12 Cfr. nota anterior.

jurídico, a cambiar de posición la cuestión si, en efecto, "objeto del contrato" es la representación del "término externo", ¿este último debe ser identificado con el bien o la prestación? En segundo lugar, se podría sostener que, en materia de validez, los requisitos de la existencia y de la posibilidad deben referirse al "objeto" (o sea a la representación) y no al "término externo", respecto del cual serían relevantes sólo en términos de eficacia<sup>13</sup>. Esto conduciría no sólo a admitir la validez de un contrato en el cual se haya representado un término externo inexistente o imposible<sup>14</sup>, sino que, en general, determinaría la imposibilidad sustancial de un negocio inválido. Esto porque, en la concepción 'voluntarista', en la cual la representación se agota en la voluntad de las partes, sería suficiente, para dar validez al negocio, la existencia de la previsión volitiva<sup>15</sup>. Y en la perspectiva "normativista", según la cual la voluntad es mera "predisposición de alguna cosa al efecto jurídico"<sup>16</sup>, no evidenciaría ni la falta de correspondencia entre el orden fáctico –que es externo al negocio, y como se ha dicho sobresa sólo bajo el plano de la eficacia– y el modelo normativo, ni entre este último y la voluntad de las partes que se sostiene, no incide ni sobre el orden fáctico, sino como acción concreta, ni sobre su "vestido" jurídico, que procede del ordenamiento. Sin embargo, no me parecería posible salir del *impasse* relacionando las condiciones de la posibilidad y de la existencia al término externo, entendido no como "elemento", sino como "presupuesto" necesario del contrato<sup>17</sup>. En efecto, al proceder de tal modo, nos encontraríamos frente al dilema de sostener que el dictado del código es más ambiguo de cuanto normalmente se presume, habiéndose referido el legislador a la 'representación' cuando habla de los elementos esenciales del contrato (art. 1325) y al 'término externo' cuando de estos fija las condiciones (art. 1346); o bien de admitir que la mediación del objeto-representación sea inútil, y que en ambos casos el legislador se refiere al objeto-realidad.

Puestas tales bases de partida, algunos autores han sido inducidos a desvincularse de la alternativa bien/prestación y, a veces recorriendo caminos ya trazados durante

13 IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 136 y 140. Distinta era la posición de este a. en ID., *Oggetto del negozio giuridico*, cit., 805 s., en la cual los requisitos de la ilicitud y de la imposibilidad se referían directamente al 'término externo', provocando la nulidad del negocio.

14 GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 158.

15 En efecto OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., 82, afirma que "el destinatario y el objeto no se reducen a la previsión volitiva, y por lo tanto a la voluntad, sino que son términos de referencia objetiva de la voluntad, de la cual constituyen el objeto precisamente como una cosa que tiene, y debe tener, existencia objetiva fuera de ella. En caso contrario la previsión es irrelevante y al contenido de la voluntad faltaría un elemento esencial". Con lo que, sin embargo, se aparta de la perspectiva de la representación y se entra en aquella de la realidad (así FURGIUELE, *Vendita di 'cosa futura'*, cit., 137).

16 IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 136.

17 FURGIUELE, *Vendita di 'cosa futura'*, cit., 158: "el presupuesto consiste en una entidad de cuya existencia depende la posibilidad misma de que se realice una situación posterior" (pero cfr., sustancialmente, ya IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, cit., 805 s.).

la vigencia del viejo código, a identificar el objeto del contrato con la transferencia de derechos –contratos con efectos reales– o con el vínculo obligatorio –contratos con efectos obligatorios: eventualmente distinguiendo, también en este caso, entre ‘objeto inmediato’ del contrato, identificado con la obligación, y ‘objeto mediato’, coincidente con la prestación–, entendidos como el resultado que pretenden las partes, con el entero programa contractual, en una palabra, con aquello que normalmente se denomina su ‘contenido’<sup>18</sup>. Sin embargo, también esta reconstrucción puede dar lugar a críticas. Si en efecto se identifica el objeto con el contenido, y este último con el conjunto de los requisitos esenciales y accidentales del negocio<sup>19</sup>, se está obligado a hacer coincidir una ‘parte’ del contrato, cual es el objeto así definido por los arts. 1346 ss. c.c., con el ‘todo’<sup>20</sup>. Y el cuadro no cambia si se asume el contenido como una ‘parte’ del contrato<sup>21</sup>, por ejemplo identificándolo con la prestación, ya que se plantean nuevamente todos los problemas discutidos en relación al objeto<sup>22</sup>.

De un cuadro como este, surge la tentación de llegar a conclusiones radicales, o sea, a la inutilidad de una noción tan ambigua y contradictoria. Como se sabe,

- 18 G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. III. *Fonti delle obbligazioni*. *Contratti*, Firenze, 1877, 304 ss.; G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1933, 93, seguidos por G. OSTI, *Contratto*, en “NNDI”, IV, Torino, 1959, 503 s.; F. CARESSI, *Il contenuto del contratto*, en “Riv. dir. civ.”, 1963, I, 365 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 352 s.; ID., *Contratti in generale*, Milano, 1972 (rist. 1980), 133 s.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987 (rist.), 316 ss.; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, 17 ss. A estos autores quizás podría añadirse GITTI, *Loggetto della transazione*, cit., 148 ss., que critica la búsqueda de una definición ‘de esencia’ de la noción, propendiendo por una definición ‘estipulativa’, esto es, una valoración del caso concreto y una consecuente elección dogmática, que se movería dentro del ámbito del entero espectro de posibilidades ofrecidas por el contenido del contrato: una propuesta interesante y original, pero que sin embargo podría parecer extrema, colocando en crisis la unidad conceptual a la cual aparentemente tiende, al menos como aspiración, el legislador.
- 19 CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit, 181 ss.; cfr. también E. ROPPO, *Contratto*, en “Digesto” (secc. civ.), IV, Torino, 1989, 111. Esta concepción puede conducir a resultados que me parecen contradictorios: así CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione del oggetto del contratto*, cit. 150 s., define el contenido como “el contrato mismo”, pero al mismo tiempo como “el *id* sobre el cual recae y se forma el consenso”, en el cual confluirían “todos los aspectos, esenciales y no, del supuesto de hecho que las partes se representan”; en otras palabras, el autor afirma la identidad del contenido con el contrato, pero luego sostiene que el requisito de la voluntad resulta extraño al contenido, cuando por el contrario tanto la vicisitud histórica de los *essentialia* (sobre lo cual cfr. *infra*), como el dato normativo (art. 1325 n. 1 c.c.it. 1942) incluyen la voluntad al interior del contrato.
- 20 Me parece que ésta sea, sustancialmente, la crítica de IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit. 129.
- 21 S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 80 s.
- 22 L. BIGLIAZZI GERI- U. BRECCIA- F.D. BUSNELLI- U. NATOLI, *Diritto civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 17 ss.

esta es la posición asumida por GINO GORLA<sup>23</sup> y acogida —al menos eso parece—, por los principios de Unidroit y por el proyecto de Código Europeo de los contratos.<sup>24</sup> Pero una perspectiva tal, en cuanto está basada en premisas que se pueden compartir y sobre una valoración crítica ciertamente no inmotivada del modo de trabajar del jurista continental, choca con el uso difundido y hoy imprescindible de la categoría de 'objeto' (no solo del contrato) en el razonamiento jurídico. Un uso que, en realidad, va más allá del planteamiento del código y que implica una entera *forma mentis* del jurista de *civil law*, o sea un comportamiento cultural que debe aceptarse, no sin críticas, pero que (salvo en el largo plazo) no puede desarraigarse o eludirse inclusive con el análisis más perfecto. En este sentido, el intérprete sólo puede intentar comprender qué sucedió y esclarecer lo mejor posible las aporías del sistema<sup>25</sup>: un examen que desde mi punto de vista debe partir del estudio de los mecanismos histórico-dogmáticos que han dado vida a la noción.

- 23 Cfr. G. GORLA, *La teoria del oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, en "Jus", IV, 1953, 289 ss. (303: la noción es "una de las manifestaciones del espíritu sistemático y 'lógico' del *civil law*"); cfr. también, adhesivamente, K. ZWEIFERT - H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. II, *Institutionen*, Tübingen, 1984 = *Introduzione al diritto comparato*. II. Istituti, Milano, 1995, 9, y A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, en N. LIPARI (dir.), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 604 ss., specialmente 606. La crítica al concepto adelantada por G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau* Erlangen, 1875, en especial 20 ss., 159 ss., que consideraba inútil la categoría (identificada con la 'Leistung') sustituyendo la noción de 'finalidad', se dirigía claramente en sentido diverso (para la discusión al respecto, cfr. por todos L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, en "Jus", III, 1952, *passim*).
- 24 Cfr. UNIDROIT, *Principi dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 1994, 114 ss. (arts. 5.1 ss), en los que se refiere hablar de 'contenido', comprendido sobretodo en sentido lato: cfr. al respecto, G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, en G. ALPA - M. BESSONE (dir.), *I contratti in generale. Aggiornamento 1994-1998*, III, Torino, 1999, 1984 ss.; G. ALPA - R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, en M. BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato*. XIII. *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 350 ss., además, en cuanto al impacto de ésta noción sobre los sistemas jurídicos ligados a la noción de 'objeto' del contrato y del negocio jurídico (y en particular sobre el sistema latinoamericano), A. GARRO, *El 'contenido' del contrato bajo los principios de Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales: su impacto en el 'Mercosur'*, en J. BONELL - S. SCHIPANI, *'Principi per i contratti commerciali internazionali' e il sistema giuridico latinoamericano* (Atti Roma, 1993), Padova, 1996, 169 ss. en especial 181 ss. En los estudios preparatorios para el código europeo de los contratos, el objeto del contrato se comprime entre los *main concepts used in the different legal systems which obstruct the harmonisation of contract law*, y se define como *a mishmash of various issues*: la propuesta consiste en sustituirlo con una noción, bastante lata, de 'contenido' (M.E. STORME, *The Validità and the Content of Contracts*, en A.S. HARTKAMP - M.W. HESSELINK - E.H. HONDIUS - C.E. Du PERRON - J.B.M. VRANKEN [ed.], *Towards a European Civil Code*, Dordrecht-Boston-London, 1996, 162 ss., que cita Gorla y Zweigert-Kötz [*ibid.*, 165 nota12]; cfr. también O. LANDO - H. BEALE [ed.], *The Principles of European Contract Law. Part. I. Performance, Non Performance and Remedies*, Dordrecht-Boston-London, 1995, 75 nota 1); cfr. todavía ALPA - MARTINI, *Oggetto e contenuto*, cit., 348 ss.
- 25 Como advertía, hace más de un siglo, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1900, 11 s. nota 1 = *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925, 8 s. nota1 (§ 252): cfr. *infra*, nota 227.

## II. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO EN LA PERSPECTIVA DE LOS JURISTAS ROMANOS Y SUS PRESUPUESTOS CULTURALES

Aunque a menudo es utilizada por los romanistas, el derecho romano no conoció la noción de 'objeto del contrato'. Y esto, no en el sentido de que no haya sido utilizada explícitamente por los *prudentes*, a pesar de haber estado "latente" (para usar la expresión de E. BETTI<sup>26</sup>) en sus elaboraciones<sup>27</sup>. Al contrario, para su uso y su nacimiento faltaban todas las premisas en el derecho romano.

Ciertamente hay pasajes en los que se afirma, por ejemplo, que no existe una compraventa que no tenga *res* o *pretium* (o *conventio*)<sup>28</sup>. Pero en este sentido, juristas romanos no pretenden sostener, en absoluto, que en el contrato falte un elemento esencial, sino más bien y únicamente que sin estos dos elementos las respectivas obligaciones de la *emptio venditio* serían imposibles. Los *prudentes*, en efecto, no miran el 'contrato' como una realidad hipostática compuesta de 'elementos', sino que consideran el *contrahere* simplemente como uno de los modos en los que puede nacer la obligación.

La perspectiva que identifica el contrato romano con el acuerdo de voluntad, adelantada en los inicios del siglo XX, sobre todo por S. RICCOBONO<sup>29</sup> y que adquirió un notorio interés en años recientes<sup>30</sup>, no encuentra justificación alguna

26 E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, en "AG", XCIX, 1928 = *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 1991, 67.

27 Como por ejemplo parecería sostener A. GUARINO, *La multiforme locatio conductio*, en "lura", L, 1999, 3 s., según el cual faltaría en las fuentes romanas un "planteamiento explícito" de la teoría del objeto del contrato, pero sólo porque los juristas romanos la habrían considerado demasiado obvia como para gastar palabras al respecto.

28 Cfr. p. ej. Pomp. 9 *ad Sab. D.* 18,1,8 pr.; Ulp. 1 *ad Sab. D.* 18,1,2,1; 28 *ad Sab. D.* 18,1,9 pr.; cfr. Inst. 3,23,1.

29 S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10,3,14 (Paul 3 'ad Plautium')*, en "AUIPA", III-IV, 1917 = *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 113 ss.; ID., *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, en *Studi P. Bonfante*, I, Milano, 1929, 123 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Stipulationes, cocontractus, pacta*, Milano, 1935, 262 ss.; ID., *Contratto (diritto romano)*, en "NDI", IV, Torino, 1938, 31; ID., *Der Wille als Entwicklungsfaktor in römischen Rechte*, en *Scritti C. Ferrini*, IV, Milano, 1949, 55 ss. Riccobono fue seguido sobretodo por P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 7 ss., 297 ss.; ID., *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, en *Scritti C. Ferrini*, Milano, 1946, 383 ss.

30 A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, en especial 131 s. y nota 178; ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, 240 nota 76; ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, en N. BELLOCCI (dir.), *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea (Atti Siena, 1989)*, Napoli, 1991, 125 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, *passim*; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, en N. BELLOCCI (dir.), *Le teorie contrattualistiche*, cit., 3 ss.; ID., *Synallagma e conventio nel contratto*, I-II, Torino, 1992-1995, *passim*. Cfr también R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town-Wetton, Johannesburg, 1990, 559 ss. Cautelosa la posición de BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di La beone*, en "SDHI",

en las fuentes, al menos en los términos en que ha sido planteada. En los textos comunmente indicados al respecto, y aquí no puedo sino limitarme a señalarlos, nunca se va más allá de la afirmación de la necesaria presencia del consenso en los contratos<sup>31</sup> o de la posibilidad de llevar, al *genus 'conventio'*, aquellos acuerdos que recaen en un *nomen contractus*<sup>32</sup>, mientras se percibe a menudo, si no siempre, la centralidad de la *obligatio* respecto del *contrahere*<sup>33</sup>. Por ello, aunque tal vez sería también necesaria una mayor historicidad respecto de la posición de cada jurista en particular, prefiero reafirmar la doctrina tradicional<sup>34</sup>, según la cual para los *prudentes* no existe tanto el *contractus* cuanto la *obligatio contracta*, y la tipicidad de un contrato, su ser en sí mismo y no otro, se da no por sus elementos esenciales, sino por la naturaleza de las obligaciones, o sea de los comportamientos a los cuales se está vinculado<sup>35</sup>. Este dato se concilia con el contexto concreto en el

LI, 1985, 458 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in La beone*, en AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Atti Milano, 1987), I, Milano, 1988, 17; ID., *Sulle nozione di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en *Seminarios Complutenses de derecho romano*, V, 1993 = *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, specialmente 61 ss.

31 *Ped. ad. Ed. fr.* 1 LENEL = Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 3.

32 Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 1.

33 *Q. Muc. Fr.* 239 LENEL = Pomp. 4 *ad Q. Muc.* D. 46, 3, 80; *Lab. Fr.* 5 LENEL = Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19.

34 Si se miran los últimos desarrollos de la doctrina: pero se trata en realidad de la teoría más innovadora, si se la confronta con la interpretación de las fuentes romanas en los últimos siglos.

35 Como es conocido, la reorganización del elemento consensual alcanzó, en las formulaciones de A. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, en "ZSS", IX, 1888 = *Parerga*, III, Weimar, 1888, 195 ss., y de S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 = *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 311 ss. (cfr. también ID., *Il contratto consensuale classico*, en *Studi F. Schuffler*, Torino, 1898 = *Scritti giuridici*, cit., II, 565 ss.; ID., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, en "Mem. Acc. Sc. Bologna (cl. Sc. Mor., sez. giur.)", V, 1915-16 = *Scritti giuridici*, cit., II, 443 ss.), a negar todo valor al elemento del *consensus*. Ante estas posiciones reaccionó Riccobono, llenando quizás demasiado lejos con su respuesta. Las posiciones que siguieron el debate fueron más moderadas, e incluso de la diversidad de cada solución particular, me parece pueda tomarse una visión de fondo común en las obras de P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni*, cit., 249 ss.; ID., *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'* en "RIL", XL, 1907 = *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, 107 ss.; ID., *Sul 'contractus' e sui 'pacta'*, en "Riv. dir. comm.", 1920, I = *Scritti giuridici varii*, cit., III, 135 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987 (rist. corr.) 327; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, en "BIDR" XXVIII, 1915, 3 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962, 66 ss.; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 321 ss.; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, en "Riv. dir. comm.", 1923, I = *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 77 ss.; O. LENEL, *Interpolationenjagd*, en "ZSS", XLV, 1925, 25; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, 80 ss. (aún ligado sobretodo a Perozzi; cfr. también ID., en "TR" XXXV, 1967, 129 ss.); M. LAURIA, en "SDHI", IV, 1938 = *Contractus, delictum, obligatio*, en *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 620 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 29 ss. (pero cfr. la primera edición, Torino, 1945, 42 ss.); ID., *Contratto (diritto romano)*, en "ED", IX, Milano, 1961, 750 ss.



cual se formó el sistema contractual romano, que es el de la vigencia del proceso formulario: frente a una tutela nacida caso por caso, en la aluvional construcción del edicto pretorio sobre la base de acciones típicas, el sistema debía caracterizarse, necesariamente, por el sentido de la tipicidad. Es decir, atribuyendo relevancia más a los rasgos distintivos de las figuras particulares (las prestaciones) que a los rasgos comunes (el acuerdo), para acentuar más el momento de la tutela del vínculo que el de su formación.

No obstante, si se acepta esta perspectiva, y se considera el *contrahere* no como una 'esencia', sino sólo como un modo para hacer nacer la *obligatio*, el uso de la categoría 'objeto del contrato' se hace del todo impropio y puede determinar graves tergiversaciones. Para dar un ejemplo, si se sostiene que en la *locatio operarum* es 'objeto del contrato' (u 'objeto de la prestación', que a su vez representaría el 'objeto del contrato'<sup>36</sup>) la persona del trabajador, se podría llegar a la paradoja de sostener, como se ha hecho, si bien con gran autoridad<sup>37</sup>, que el hombre libre pudiese, con fines específicos, ser considerado *res*: lo que para un jurista romano constituiría, a mi modo de ver, un absurdo. Es claro que, en una locación de obra, el trabajador debía colocarse a disposición de quien daba el trabajo: no empero porque él fuese 'objeto' del contrato, sino porque sólo en este modo podía cumplir el vínculo asumido de atribuir al *conductor operarum* el goce de la propia actividad<sup>38</sup>.

Sin embargo, el problema es aún más general. Más allá de los resultados exegéticos que puedan sostenerse de las fuentes jurisprudenciales, es necesario preguntarse previamente si en la *Weltanschauung* de los *prudentes* pueden rastrearse sin más, las condiciones para el nacimiento de una concepción del contrato análoga a la moderna de 'sujetos' que actúan mediante la propia voluntad sobre una realidad reducida a 'objeto'.

Ante todo, y para tal fin, resulta necesario interrogarse sobre las nociones de 'sujeto' y 'objeto', que son consideradas hoy los "dos polos de todo fenómeno jurídico"<sup>39</sup>, pero que no constituyen categorías del pensamiento obvias y

Para un cuadro historiográfico más amplio y profundo, cfr. ahora C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 194 ss.

36 Así por ejemplo L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, en "BIDR", LII, 1959, 60 ss.; cfr. 19 s. nota 33.

37 V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 31 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968, 122 ss.; especialmente 134 ss., acerca de lo cual cfr. la crítica oportuna de G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano*, Torino, 1974, 16 ss.; y recientemente de P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 4, 4, 12*, en *Studi M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 109 ss.

38 Reenvío, al respecto, a R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, en especial 291 ss.

39 IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 120; cfr. 124. Cfr. también F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova, 1949, 46 ("el mundo se divide [...] en una multitud de objetos. Objeto es aquella porción del mundo que podemos mirar") y las páginas de SAVIGNY citadas infra § 6 y nota 211.

metahistóricas, sino más bien conceptos culturales, y así, relacionados con ambientes y épocas determinados.

Ahora bien, un dato antropológico del pensamiento romano, que en ciertos aspectos lo acerca más a la percepción medieval<sup>40</sup> que no al clasicismo humanista, es aquel que considera la realidad no como un panorama que se observa desde un punto de vista individual, como una cosa distinta a sí misma, sino como un sistema complejo del cual el observador es parte, en cuanto *persona*, junto con los otros elementos primarios como *dii* y *res*, que se colocan jerárquicamente entre ellos y dentro de cada categoría<sup>41</sup>. La del romano, para usar una terminología sociológica<sup>42</sup>, es una aproximación 'holista' a la realidad humana y cósmica, contrapuesta a aquella 'individualista' propia del pensamiento moderno, que coloca al observador, 'sujeto', en el centro del cósmos, 'objeto' de su mirada. El particular no es portador de derechos en cuanto 'sujeto de derecho', sino en cuanto parte de un sistema que le atribuye una posición, un *honos*, a la cual corresponden determinadas prerrogativas<sup>43</sup>. Y todo esto no sólo es relevante en el plano jurídico<sup>44</sup>, lo es también, sin duda, en el plano político, ético, religioso y, en sentido lato, cultural.

Sin embargo, esta visión del universo asume en la perspectiva romana ciertas particularidades, aunque es común al pensamiento de las civilizaciones de la antigüedad clásica, claramente caracterizadas por un objetivismo gnoseológico y ético que toma en consideración —aquél que nosotros llamaremos— el subjetivismo sólo como fenómeno marginal y en el fondo como expresión de crisis, puesto que lo percibe como un límite a aquella objetividad que debería fundar los valores teóricos y prácticos<sup>45</sup>. En este sentido, resulta en extremo significativa la ausencia

40 Cfr. *infra* § 3 y nota 92.

41 Acerca de la importancia del concepto de *maiestas* en la cultura romana, me sea permitido reenviar a R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 107 ss., 307 ss., 465 ss., 507 ss.

42 Aunque, como se sabe, nacida en la biología: para una aplicación en las ciencias sociales cfr. L. DUMONT, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, 1977 = *Homo aequalis. I. Genesi e trionfo dell'ideologia economica*, Milano, 1984, 18 ss.

43 R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 144. Acerca de la noción de *honos* y su relación con *maiestas*, me permito reenviar a R. FIORI, *Materfamilias*, en "BIDR", XCVI-XCVII, 1993-1994, 480 ss.

44 Me limito a reenviar, en lo que respecta al derecho privado, y en donde se podrían presentar las mayores perplejidades, al estudio de F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto privato romano*, en "Annuario di dir. Comp. E di st. legis.", XVI, 1, 1941 = *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 248 ss. (cfr. también la *Introduzione*, *ibid.*, XVII ss.).

45 Cfr. por todos G. CALOGERO, *Soggettivismo*, en "Enciclopedia Italiana", XXXII, Roma, 1950, 28. Un 'objetivismo', naturalmente, bien diverso de aquél que caracterizó la filosofía y la ciencia jurídica en los siglos XIX y XX, nacido de la transformación del 'subjetivismo' moderno, o sea teniendo presente su (aparente) opuesto, es de considerar sobretudo, cómo respecto a nuestras materias demostró, y con gran finura, un nuevo 'subjetivismo', ORESTANO, *Introduzione*, cit., 325 ss.

en el pensamiento romano del esquema lógico-gramatical 'sujeto-verbo-objeto' que ya en el siglo XIX S. SCHLOSSMAN había reconocido como modelo del negocio jurídico<sup>46</sup>. En las teorías gramaticales griegas y latinas, las palabras se ponen al mismo nivel en cuanto nombres, 'partes de la frase', distintas sólo del caso y de su relación respecto del verbo, en una perspectiva 'no subjetivista'<sup>47</sup>. Están ausentes sin más (por influencia del estoicismo, según una de las hipótesis planteadas) las nociones aristotélicas de sujeto (ὑποκείμενον) y predicado (ατηγόρεμα), que para los gramáticos antiguos designan una oposición más cercana a aquella moderna de significante-cosa significada, entendida como un referente extralingüístico distinto del significado<sup>48</sup>. Pero, por otra parte y es sabido, también la filosofía aristotélica construía la relación sujeto-predicado en terminos bastante diversos a los modernos: el ὑποκείμενον no es nuestro 'sujeto' pero coincide, en sentido ontológico, con el substrato material que permanece igual en sí mismo en las transformaciones de los seres, y al cual se refieren los accidentes<sup>49</sup>; y, en sentido lógico-predicativo, con aquello de lo que se discute<sup>50</sup>. Para no hablar de la noción de 'objeto', que en la gramática moderna entraría en el predicado, y que por el contrario para Aristóteles existe sólo como 'opuesto' al sujeto, ἀντικείμενον.

En fin, en la perspectiva de los juristas romanos también está ausente esa visión sustancialista, que nació, creció a partir del medioevo, conforme a la cual los conceptos jurídicos se colocan y seccionan en forma organicista en sus elementos primarios, mediante definiciones 'sustanciales', de 'esencia'. Estas últimas definiciones, naturalmente no faltaban en la metodología de los prudentes y en su estructura formal (diairetica) pero que no asumieron ese valor 'ontológico' que se les atribuiría luego, sino que fueron empleadas sólo con fines de *explicatio verborum* o de construcción sistemática<sup>51</sup>. No por casualidad están ausentes del pensamiento

46 S. SCHLOSSMAN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, 133 s. Acerca de esta intuición, cfr. A. PASSERIN D' ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, 5 s. nota 7, y P. CAPELLIN, *Il negozio giuridico, (storia)*, en "Digesto" (sez- civ.), XII, Torino, 1995, 106.

47 Cfr. por todos D. DONNET, *La place de la syntaxe dans les traités de grammaire grecque, des origines au XIIIe siècle*, en "L'antiquité classique" xxxvi, 1967, 22 ss.; M. BARATIN, *Sur l'absence de l'expression des notions de sujet et de prédicat dans la terminologie grammaticale antique*, en J. COLLART (ed.), *Varron. Grammaire antique et stylistique latine*, Paris, 1978, 205 ss.; P. MATTHEWS, *La linguística greco-latina*, en G.C. LEPSCHY (dir.), *Storia della linguística*, I, Bologna, 1990, 280 y 297 s.; R.H. ROBINS, *Les grammairiens byzantins*, en S. AUROUX (dir.), *Histoire des idées linguistiques. II. Le développement de la grammaire occidentale*, Liège, 1992, 73; G. LEPSCHY, *Appunti sul soggetto e sull'oggetto nella storia della linguística*, en "Biologica", V, 1991 = *Soggetto e oggetto*, en L. LEPSCHY - G. LEPSCHY, *L'amanuense analfabeta e altri saggi*, Firenze, 1999, 90 ss.

48 BARATIN, *Sur l'absence*, cit., 209, seguido por LEPSCHY, *Soggetto e oggetto*, cit., 91.

49 Cfr. Arist. *Phys.* 1,7 (190b, 20); *metaph.* 5, 28 (1024b, 9); 1,4 (985b, 10).

50 Cfr. Arist. *Cat.* 1 (1a, 20); 3 (1b, 10-11); *interpr.* 1-4 (16°, 1-17a, 7).

51 Me parece que esto es lo que resulta de la investigación de R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, *passim*, especialmente 366 ss. y de M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, en AA.VV, *La filosofia greca e il diritto romano* (Atti Roma, 1973),

de los juristas romanos no sólo el análisis del contrato como acuerdo de voluntad entre 'sujetos' sobre un 'objeto', sino también las definiciones del mismo como entidad a descomponer: la comprensión de los *prudentes*, en suma, no es estática, 'por sustancia', sino dinámica, 'por actividad', en el sentido de que atiende más al concreto 'hacerse' de las relaciones que a su 'esencia'<sup>52</sup>.

### III. EL NACIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LOS *SUBSTANTIALIA* EN LA INTERPRETACIÓN MEDIEVAL DEL *CORPUS IURIS CIVILIS*: EL MODELO DE LA COMPRAVENTA

La visión 'sustancialista' del contrato surge con las doctrinas de los juristas medievales. Al estudiar el *Corpus iuris*, estos encontraron un pasaje de PAPINIANO (10 *quaest.* D. 18, 1, 72 pr.) que les pareció cargado de principios filosóficos<sup>53</sup>. El jurista severiano observa que los *pacta conventa* luego de celebrarse una compraventa –sea cuando excluyen, sea cuando agregan alguna cosa– constituyen *adminicula emptionis*. Así, por ejemplo, un acuerdo que excluye la prestación de una *cautio duplae* o que prevé junto a ella la presencia de un *fideiussor*, y no valen si es el *emptor* quien promueve la acción, pero pueden hacerse valer por éste como *exceptio*. Con razón, escribe el jurista, se discute si se puede decir lo mismo respecto de un pacto relativo al aumento o la disminución del precio: en efecto, en el precio es de observar la *substantia* de la compraventa. Paulo, por su parte, supera el *quaeritur* al afirmar que un pacto sobre la disminución o el aumento del precio determina una *nova emptio*<sup>54</sup>.

Estas afirmaciones de PAPINIANO se encuentran también en un texto de ULPIANO (4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5), en el que, sin embargo, no se utiliza la expresión *substantia*, sino el término *natura*. Citando a PAPINIANO, ULPIANO afirma que, si en un momento posterior a la celebración de la *emptio* se acuerda entre las partes *aliquid extra naturam contractus*, no se podrá actuar *ex empto* en virtud de la regla conforme a la cual un *pactum* no puede generar una *actio*<sup>55</sup>.

Roma, 1977, *passim*, especialmente 211 ss. Cfr. también B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, en *Studi G. Scaduto*, III, Padova, 1970 = *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 718 nota 43.

52 Uso la terminología de ORESTANO, *Introduzione*, cit., 149 ss. y en especial 151.

53 Cfr. BALDO DE UBALDIS, *In secundam partem super Digesto Veteri*, a D. 18, 1, 72 pr., ed. Venetiis, 1599, 133r. "I. constituta principis philosophicis".

54 Pap. 10 *quaest.* D. 18, 1, 72 pr.: *pacta conventa, quae postea facta datrabunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non intesse. quod locum habent in his, qua adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminutio pretio, non imperito quaesitum est, quondam emptionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.*

55 Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5: (...) *idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo*

El problema del carácter genuino de las expresiones *substantia emptio* y *natura contractus* contenidas en los dos textos fue discutido sobretodo en el pasado. Se creyó, en efecto, que ellas fueron incluidas por los compiladores en homenaje a la doctrina bizantina de la *natura contractus*. Pero la cuestión está, por lo demás, ya superada a favor de la autenticidad, tanto respecto de D. 18, 1, 72 pr.<sup>56</sup>, cuanto de D. 2, 14, 7, 5<sup>57</sup>.

*aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter tandem regular, ne ex pacto actio nascatur.*

56 La última parte del pasaje de Papiniano, que es la que acá nos interesa, ha sido señalada como compilada en su totalidad por H. SIBER, *Contrarius consensus*, en "ZZS", XLII, 1921, 86 ss., en especial 89 (*sed quo casusu – ex pretio*); sólo en parte interpolada por PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 321 nota 1; B. BIONDI, *Iudicium bonae fidei*, en "AUPA", VII, 1920, 31 nts. 2-3; H. STOLL, *Die formose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses in römischen Recht*, en "ZSS", XLIV, 1924, 66, en especial 68, y G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'. Patti e contratti*, Torino, 1928, 24 ss., especialmente 28 nota 1 (*quondam – ex pretio*). Para STOLL, *loc. ult. cit.*, en particular, la inserción de la expresión *substantia contractus* derivaría de la teoría bizantina de la *natura contractus* (así como también la referencia a los *adminicula*). En realidad, sin embargo, la expresión *substantia* aparece con un significado similar también en otras fuentes (cfr. *infra* nota 59), de modo que no hay motivo para sostener que está interpolada (cfr. en este sentido B. SANTALUCIA, *Le note pauline e ulpiane alle 'quaestiones' ed ai 'responsa' di Papiniano*, en "BIDR", LVIII, 1965, 71, pero parece pronunciarse a favor del carácter genuino ya P.-É. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, 127 nota 1); por otra parte el mismo G. ROTONDI, *Natura contractus*, en "BIDR", XXIV, 1911, 107 ss., quien, junto a Carlo Longo desde un perfil procesal (C. LONGO, *Il criterio giustiniano della 'natura actionis'*, en *Studi V. Scialoja*, I, Milano, 1904, 607 ss.; ID., *'Natura actionis' nelle fonti bizantine*, en "BIDR", XVII, 1905, 34 ss.), fue el mayor seguidor de ésta teoría (cfr. empero también P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1912, 192 ss., que acogió y desarrolló las teorías precedentes, y Fr. PRINGSHEIM, *'Natura contractus' und 'natura actionis'* [Ἐκάστωτων συνλλαγμάτων φύσις ἐπιτεθείκασι σοφοί], en "SDHI", I, 1935, 73 ss., que pretendió corregir el planteamiento de Longo y de Rotondi con el hecho de atribuir la creación de la noción a las escuelas prejustinianas antes que a la legislación imperial), consideraba genuina la expresión, subrayando la diferencia con la paralela (y parecería interpolada: cfr. *infra*, nota 57) expresión *natura contractus* de Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5. Acerca del tema, cfr. recientemente, con particular atención al diverso valor de la expresión en la jurisprudencia clásica, en derecho bizantino y en derecho romano, Th. MAYER-MALY, *Natura contractus*, en *Collatio iuris Romani (Études H. Ankum)*, I, Amsterdam, 1995, 291 ss. (sobre los pasajes de PAPINIANO y ULPIANO, especialmente 294 s.).

57 La autenticidad de este texto presenta mayores dudas: cfr. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 58, 107 ss.; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, en "ZZS", LXXXIV, 1967, 142; ID., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, 66. Pero la doctrina reciente está orientada también en este caso a favor de la autenticidad: cfr. recientemente MAYER-MALY, *Natura contractus*, cit., 291 ss., en especial 294 s., quien ha puesto particular atención al diverso valor de la expresión en la jurisprudencia clásica, en derecho bizantino y en derecho moderno. Por otra parte, es importante recordar (y el mismo ROTONDI, *op. ult. cit.*, 51; cfr. 22, 58, 96 ss., 101 ss., lo reconoce), que el término *natura* está usado por los clásicos también en expresiones como *natura depositi* o *mandati* (Pap. 9 *quaest.* D. 16, 3, 24; Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 4).

Ante todo, resulta necesario preguntarse qué valor tenían tales expresiones para los dos juristas. A mi modo de ver, en ambos casos no puede pensarse en un uso 'técnico' del vocabulario filosófico<sup>58</sup>: el uso de expresiones como *substantia emptio*, *obligatio*, *cognatio*, *exceptio*, *actio*, asume, en los textos de los juristas tardo-clásicos y en las constituciones del siglo III<sup>59</sup>, el valor genérico de 'esencia, existencia, contenido' (de la compraventa, de las relaciones obligatorias, etc.). Se trata, en este caso, de una terminología de origen filosófico que no obstante no parece introducirse —en el uso que de ella hacen los juristas— dentro de concepciones bien definidas<sup>60</sup>. Es probable que PAPIANUS, con la oposición entre *adminicula* y *substantia emptio*, entendiera simplemente significar la presencia en el contrato de elementos cuya ausencia no perjudica la existencia misma del negocio, y de elementos que por el contrario deben estar necesariamente presentes para que tal negocio pueda existir. El mismo discurso puede hacerse respecto de ULPIANUS. Es probable que él utilice el término *natura* en el sentido, común a los juristas

58 Como aquel que me pareció lograr rastrear —respecto del término *substantia*— en SABINO: cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 190 ss.

59 *Substantia emptio*: C. 4, 38, 3; C. 4, 44, 8 (a. 293); *substantia obligatio*: C. 4, 2, 6 pr. (a. 293), Scaev. 2 *quaest.* D. 14, 6, 6; Paul. 56 *ad ed.* D. 46, 3, 54 y PAUL. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. (cfr. también *Inst.* 3, 22, 1, 3, 27 pr.); *substantia cognatio*: Mod. 12 *pand.* D. 38, 10, 4, 2. Cfr. también *substantia exceptio*: GAI. 4, 118; *substantia actio*: *Inst.* 4, 6, 7; 4, 6, 13.

60 El valor de *substantia* ha sido estudiado en particular respecto de PAUL. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. El pasaje fue considerado interpolado por PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 319 nota 1, para el cual *substantia* sería la traducción literal del término οὐσιώα, así como resulta usado por Platón y Aristóteles: no sería, en consecuencia, ni término, ni concepto romano, sino que probaría serlo de los bizantinos (estarían interpolados también D. 14, 6, 6 y D. 18, 1, 72 pr.). La mayoría de los estudiosos, sin embargo, admitieron la procedencia clásica de la expresión y del concepto, en el sentido descrito en texto de 'esencia, existencia, contenido': cfr. (me limito a algunas citas) E. CARUSI, *Sul concetto di obbligazione*, en *Studi V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 142; C. FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, 30 s.; G. PACCHIONI, *Concetto e origine dell' 'obligatio' romana*, App. I de Fr. C. VON SAVIGNY, *Le Obbligazioni*, I, Torino, 1912, 655 s.; ID., *Trattato delle obbligazioni*, Tornino, 1927, 3 y nota 3; A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazioni*, en "BIDR", XXIX, 1916, 13 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni*, en *Opere*, VII, Milano, 1979, 18; G. SEGRÈ, 'Obligatio, obligare, obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, en *Studi P. Bonfante*, III, Pavia, 1929, 547 ss.; M. KASER, *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit'*, en "ZSS", XCI, 1974, 172; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im Klassischen römischen Recht*, en "TR", LI, 1983, 230; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 6; C.A. CANNATA, *Usus hodiernus pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, en "SDHI", LVII, 1991, 393. En general, a favor de la autenticidad, y con un análisis crítico de la doctrina precedente, cfr. G. SCHERILLO, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, en *Studi G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 102 ss.; cfr. también L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di 'obligatio'*, en *Studi G. Grosso*, IV, Torino, 1971, 183 nota 18, 186. Atribuyen el uso del término a influencias filosóficas (pero sin poner en duda la autenticidad del texto) A. CARCATERA, *Dialettica e giurisprudenza*, en "SDHI", XXXVIII, 1972, 315 s. y M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, en "ED", XXIX, Milano, 1979, 19 nota 130.

clásicos, de "estructura de un instituto (...) en cuanto ella resulta así configurada objetivamente, por necesidad material o lógica"<sup>61</sup>.

En fin, PAPINIANO afirma simplemente que no es concebible una compraventa sin *pretium*; no, como a menudo se le hace decir<sup>62</sup>, que el precio es un 'elemento esencial' de la compraventa. Él no conoce la doctrina de los *substantialia contractus*<sup>63</sup>, así como ULPIANO no alude a aquella de los *naturalia*<sup>64</sup>: una y otra noción son el producto de un proceso de sistematización que tiene inicio en la interpretación de los juristas medievales.

La comprensión medieval de estos pasajes, naturalmente, se debe valorar en el contexto de las metodologías y de los instrumentos interpretativos de los glosadores. Estos, como es conocido, se formaron y operaron en un marco cultural bien distinto del de los juristas romanos. Los *prudentes* sufrieron ciertamente una influencia de la filosofía griega ya desde finales de la república; pero las nuevas concepciones se juntaron a una tradición fuertemente arraigada desde la época de la jurisprudencia sacerdotal, así que su influencia ha sido sobretudo

61 ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 51; cfr. 22, 58, 96 ss., 101 ss. Concepción esta que, resulta distinta de aquella propia de los bizantinos, para los cuales *natura contractus* es "la estructura jurídica positiva que la ley atribuye a los institutos particulares, estructura considerada sea en su totalidad sea en cada uno de sus elementos constitutivos" (*ibid.* 67; cfr. 51, 73).

62 Cfr. E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, I, Bologna, 1894, 350: "elemento sustancial"; GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, cit., 27: "elemento esencial"; P.W. DUFF, *An Arrangement Concerning Shortage of Measure, and Pacts in General*, en *Studies in the Roman Law of Sale (Studies F. De Zuleta)*, Oxford, 1959, 70: "essential element"; cfr. también STOLL, *Die formose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses*, cit., 68.

63 Ausente también en derecho bizantino: cfr. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 67. Ello está, por otra parte, demostrado por el hecho de que en Bas. 19, 1, 72 (SCHELTEMA, A. III, 922), en comentario a D. 18, 1, 72 pr., se omite sin mas la referencia a la *substantia*, mientras en Bas. 11, 1, 7, 5-6 (SCHELTEMA, A. II, 626 s.) y en el sch. Εἰρήκαμει (13) ad loc. (SCHELTEMA, B. I, 194 ss.), en comentario a D. 2, 14, 7, 5, se habla difusamente de la φύσις του υναλλάγαυατος. La misma, todavía en la doctrina de las Basilicas, se trae de la anónima *Meditatio de pactis nudis*, 4, 4; 5, 13; 6, 9; 6, 17; 6, 23 (particularmente importante); 7, 13 (cfr. la edición de H. MONNIER – G. PLATON, *La 'meditatio de pactis nudis'*, en "NRHD", xxxvii, 1913, 158 ss., 311 ss.; cfr. 135 ss., 474 ss., 624 ss.). Según H. COING, *A Typical Development in the Roman Law of Sales*, en "The Jurist" (Seminar), VIII, 1950, 19 ss.; ID., *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, cit., 32 (seguido por I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, I, Torino, 1997, 58 nota 86), la doctrina de los *essentia, naturalia* y *accidentalita negotii* habría nacido en edad medieval mediante una precisión del concepto bizantino, de *natura contractus*; pero la materia tiene origen, como veremos, en el pasaje de Papiniano sobre *substantia-adminicula* y de su legámen con la expresión ulpiana (¿o bizantina?) *natura contractus*: en la exégesis medieval, y en la tradición romanística en general, *natura contractus* tiene más de un significado: cfr. *infra*, nota 83.

64 La concepción romana de *natura (contractus)* "no se conecta en modo alguno a la doctrina de los *naturalia negotii*... *Natura*, por el contrario, es para los romanos no otra cosa que estructura jurídica de la relación, la cual a veces es derogable, a veces inderogabile" (C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 98; cfr. 77 ss., 97 ss.; cfr. también TALAMACA, *Obbligazioni*, cit., 19 nota 128).

circunscrita a la adquisición de técnicas lógicas y argumentativas, primera entre todas la diairetica<sup>65</sup>, no llegando casi nunca, salvo casos raros y marginales<sup>66</sup>, a condicionar las elecciones jurídicas del intérprete. El jurista medieval, en cambio, se ve llamado a reinventar una tradición jurisprudencial, y lo hace acudiendo a los instrumentos culturales de los que dispone, que son luego esencialmente las ciencias del *Trivium*<sup>67</sup>, en particular la dialéctica<sup>68</sup>, construida sobre las bases de la lógica aristotélica filtrada mediante las obras de BOECIO y el *Isagoge* de PORFIRIO<sup>69</sup>. Su bagaje cultural coincide con la filosofía, y de ésta deriva gran parte de las mismas categorías jurisprudenciales.

De todo esto tenemos ya una prueba en la fuente más antigua a nuestra disposición respecto de la interpretación medieval de D. 18, 1, 72 pr., la gl. *Dolia in horreis* a D. 18, 1, 76 de IRNERIO quien sostiene que los pactos se pueden introducir respecto de la *substantia* del contrato o (*vel*) respecto de la *adminicula* o (*vel*) *extranea*<sup>70</sup>. El texto nace, y parece claro, de la contaminación de D. 18, 1, 72 pr. y D. 2, 14, 7, 5. Del primero se tomó la referencia a *substantia* y *adminicula*; del segundo la referencia a aquello que es *extra naturam*, o sea, interpreta el jurista, *extraneum*. La matriz cultural del razonamiento del jurista se hace evidente en el hecho de que el comentario se concentra no sobre el problema del *pretium* o de la *cautio duplae*, sino sobre las expresiones *substantia*, *adminicula*, *extra naturam*. Aquí IRNERIO encuentra un lenguaje que le es todavía más familiar que aquel en sentido estricto jurisprudencial y sobre el que construye la propia interpretación. Al respecto, podemos proponer dos soluciones. O los dos *vel* tienen valor distinto, el primero disyuntivo y el segundo explicativo, e IRNERIO prosigue la dicotomía papiniana ('pactos sobre la *substantia* del contrato o también sobre los *adminicula* del contrato, de otra manera llamados *extranea*')<sup>71</sup> o bien tienen igual valor disyuntivo, y entonces debemos pensar que

65 Basta reenviar, al respecto, al ya clásico estudio de TALAMANCA, *Lo schema genus-species*, cit., 3 ss.

66 Pienso por ejemplo a las discusiones entre sabinianos y proculeyanos acerca de la doctrina de la especificación (y a sus reflejos en la estructura de la locación: cfr., sobre ambos problemas, FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 190 ss.), o a las teorías sobre los *corpora* (cfr. por todos ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, cit., 122 ss.).

67 Piénsese a la tradición de Irnerio *magister in artibus* conservada en ODOFREDI, *Lectura super Digesto Veteri*, a D. 1, 1, 6, ed. Lugdini, 1550, 7r. Cfr. por todos, acerca de la cuestión, E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medioevo*, Roma, 1995, 63 s. notas 15-16.

68 Cfr. por todos G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, 1971.

69 Me limito a reenviar, aunque son cosas conocidas, a una obra clásica: C. PRANTL, *Geschichte der Logik im Abendlande*, II, Leipzig, 1885 = *Storia della logica in Occidente*, II, Firenze, 1937, 3 ss.

70 Gl. *Dolia in horreis* a D. 18, 1, 76: "inserirunt pacta ut de substantia contractus vel adminicula contractus vel estranea et hoc circa rem vertentem in contractu vel extra". Cfr. E. BESTA, *L'opera d'Irnerio. II. Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino, 1896, 180.

71 Así P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, en "Quaderni Fiorentini", XV, 1986, 617 s. nota 47.



ya en Irnerio estuviesen presentes las primeras señales de la tripartición que se afirmará luego<sup>72</sup>, siendo dos elementos *in contractu*, y uno *extra*.

En desarrollo de una u otra interpretación, se diseña la relación entre la posición de IRNERIO y las opiniones expresadas por sus alumnos JACOBO y MARTINO<sup>73</sup>, protagonistas de una *dissensio* acerca de la posibilidad de relacionar el pacto de evicción con la *natura contractus*. MARTINO la admite, pero JACOBO la niega, sosteniendo que es atinente a la *natura*, o sea, a la *substantia* del contrato, aquel pacto sin el cual el contrato no puede existir, como el pacto relativo al aumento o disminución del precio; en cambio, el pacto referido a la prestación de la evicción,

72 Esta era mi opinión en FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 320 y nota 62, que ahora redimensionaré, habida cuenta del exámen de M. F. CURSI, *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, en "Index", XXIX, 2001, 316 nota 5.

73 De confrontar esta glosa boloñesa con los respectivos textos provenientes de otros centros menores, parece deducirse que, al menos inicialmente, la atención al problema se dio por la escuela de Boloña: el tema se afrontará por los glosadores en comentario a C. 2, 3 y 4, 54, pero no encontramos señales de ello ni en la *Summa Trecentis*, 2, 3 y 4, 54, en H. FITTING (hrsg.), *Summa codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, 25 ss., 123 ss. (sólo una referencia a los *pacta extra naturam contractus*, pero ninguna sistemática; en 4, 45, 7, ed. cit., 119, el *pretium* se refiere a la *natura contractus*), ni en *Lo Codi*, 2, 3 y 4, 64 (versión provenzal), en F. DERRER (ed.), *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert*, Zürich, 1974, 9 s. y 97 s. = 2, 3 y 4, 66 (versión latina de RICCARDO PISANO), en H. FITTING (hrsg.). *Lo Codici in der lateinischen Übersetzung der Ricardus Pisanus*, Halle, 1906, 10 ss., 134 ss. En las Instituciones de Justiniano se hace referencia a la *substantia obligationis* en Inst. 3, 22, 1, pero la cuestión no se aprovecha minimamente en *Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere'*, 3, 13 (ad. Inst. 3, 22), en P. LEGENDRE (ed.), *Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere'* (Manuscript Pierpont Morgan 903), Frankfurt am Main, 1973, 108, como por el contrario si lo será por ejemplo en VACARI, *Liber Pauperum*, 3. 22. B, en F. DE ZULETA – P. STAIN (edd.), *The Teaching of Romano Law in England around 1200*, London, 1990, 96. Una influencia de D. 18, 1, 72 pr. en obras no conectadas con Boloña, puede tomarse en gran medida –pero en una dirección distinta– en la *Summa Vindobonensis*, o sea en un comentario a las Instituciones compuesto de textos atribuidos a IRNERIO, BULCARO y MARTINO, pero "ciertamente de origen no boloñes" (CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 135 nota 90): cfr. *Summa Vindobensis*, 3, 13 (ad. Inst. 3, 13), en I. B. PALMERIUS (ed.), *Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, en *Scripta anecdota glossatorum* (BIMAE), I, Bononiae, 1914, 374 s., en la cual se encuentra una referencia a la *substantia obligationis* respecto de la *summa divisio* de las obligaciones en *civiles y praetoriae*; y a los *dmnicula*, comprendidos, sin embargo, en el sentido que, en las *obligationes re, verbis aut litteris contractae*, debe agregarse al simple consenso también un "*admiculum, vel rei, vel verborum, seu litterarum*" (*Summa Vindobonensis*, 3, 22 [ad Inst., 3 22], en BIMAE, I, 392). Pero la línea no queda sin seguidores: en el mismo sentido se pronuncia también GIOVANNI BASSIANO (Ioh. BASSIANI, *de ordine iudiciorum*, § 474, en I. TAMASSIA – I. B. PALMERIUS [ed.], *Iohannis Bassiani libellus de ordine iudiciorum*, en *Scripta anecdota glossatorum* [BIMAE II], Bononiae, 1892, 239), que tal vez fue alumno de GUILLERMO DE CABRIANO (H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, 206) quien enseñó en Boloña y tuvo como alumno a AZÓN, no obstante su obra no puede colocarse en la línea de los maestros boloñeses (CORTESE, *op. cit.*, II, 120).

entraría no en la *substantia contractus*, sino en los *adminicula*<sup>74</sup>. Aquí tampoco resulta fácil la interpretación. Es posible que para ambos juristas la *natura* coincidiese con la *substantia*, oponiéndose a los *adminicula*, y que la discusión se refiriese sólo a la ubicación del *pactum de evictione* en una (MARTINO) o en los otros (JACOBO). En tal caso, los dos juristas habrían discutido ambos en términos de bipartición, como pretendía KANTOROWICZ<sup>75</sup>, y entonces sería probable la hipótesis de la bipartición también en IRNERIO. Pero resulta posible también que sólo JACOBO identificara *natura* y *substantia*, y que por el contrario MARTINO distinguiera entre las dos nociones, quizás, según una hipótesis sugestiva<sup>76</sup>, de acuerdo con la concepción de la doctrina católica, que separaba precisamente la φύσις de la οὐσία identificadas en ARISTÓTELES y todavía en SAN AGUSTÍN como reacción a la herejía nestoriana, una doctrina traducida en el lenguaje metafísico de BOECIO en el *contra Eutychem et Nestorium* y luego retomada en el siglo XII por GILBERT de la PORRÉE en su comentario al escritor romano. En tal caso, resultaría oportuno interrogarse acerca de la relación entre *natura* y *adminicula* en el pensamiento de MARTINO: él podría haber identificado las dos nociones, relacionándolas con el *pactum de evictione*, o también haber distinguido tres figuras. Imaginando todavía un tripartición en IRNERIO, podría pensarse que MARTINO identificase *natura* y *adminicula*, pero, siguiendo al maestro, los distinguiese de los *extranea*.

En todo caso, se llegará bien pronto a una sistematización definitiva del esquema<sup>77</sup>. En ROGELIO, encontramos una distinción entre *pacta de substantia, de natura o extra naturam*<sup>78</sup>: los primeros se tienen, por ejemplo, "*in venditionibus, si pactus sum de augendo pretio vel diminuendo*"; los segundos, cuando "*caveatur de evictione cum fideiussore*"; los terceros, cuando se haya vendido una casa "*hac lege ut habitare liceret*"<sup>79</sup>. Y en PLACENTINO, jurista propenso particularmente a las conceptualizaciones filosóficas<sup>80</sup>, se abandonará la terminología de las fuentes romanas en ventaja de expresiones

74 G. HAENEL (ed.), *Dissensiones domorum*, Lipsiae, 1834, 37 ss. (vetus collectio § 52): "*in eo etiam dissentiunt: utrum pactum de evictione sit de natura contractus, et dicit Martinus, esse. Iacobus contra: nam dicit, id pactum de natura, id est, de substantia contractus esse, sine quo contractus esse non possit, veluti pactum de augendo, vel diminuendo pretio, ut evictio praestetur, de adminiculis esse dicit et non de substantia contractus [...]*". cfr también Rogerius, § 21, ed. cit., 85, que reporta una versión en la que falta la referencia a JACOBO.

75 KANTOROWICZ, *Glossators*, cit., 211.

76 GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 593 ss., especialmente 613 ss. (seguido por BROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., I, 59 nota 87).

77 Acerca de la evolución, en el pensamiento de los glosadores, de la relación entre las varias categorías, cfr. recientemente, R. Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, 2001, en especial 332 ss.

78 En el *Codex manuscriptus bibliothecae Laurentianae florentinae*: Plut. v. sin., Cod. 10, se lee *estranea*.

79 Cfr. ROGERII, *Summa Codicis*, 2, 3, 20-21; 4, 54, en I. B. PALMERIUS (ed.), *Rogerii Summa Codicis*, en *Scripta anecdota glossatorum* (BIMAE, I), Bononiae, 1914, 65 y 129.

80 Me limito a reenviar a CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 141 s.

ligadas en mayor medida a la tradición aristotélico-escolástica: *substantialia, natura, accidentalia*<sup>81</sup>. Luego de lo cual AZÓN hablará de *substantialia, naturalia, accidentalia*<sup>82</sup>, y la tripartición no sufrirá durante siglos transformaciones<sup>83</sup>.

Pero con ACURSIO, en los pliegues de este esquema, se introduce una novedad de gran importancia, que no sabemos hasta dónde se pueda atribuir a un cambio consciente o simplemente a la maduración natural y a la explícita manifestación de concepciones ya adquiridas, pero no declaradas en las fuentes precedentes. Hasta la *magna glossa*, en efecto, las discusiones se refieren a la materia sobre la cual inciden los *pacta*, y no salen de los lugares de la compilación en los cuales se discute de los

81 PLACENTINI, *Summa Codicis*, ad 4, 54 (ed. Moguntiae, 1536, 182): "et quidam pactorum, quae cum emptoribus fiunt, quaedam sunt de substantia negotii, quaedam de natura, quaedam prorsus extra sive accidentalia. De substantia negotii sunt, quae de augendo sive diminuendo pretio fiunt... De natura negotii pactum est quod pro evictione fit. Prorsus accidentale est, puta ut Codex venditus ad exemplum detur". Cfr. también PLACENTINI, *Summa Codicis*, ad C. 2, 3 (ed. cit., 43): "(pacta) accessoria alia sunt de natura negotii ut de evictione, alia sunt de substantia ut de agendo precio, alia sunt accidentalia: puta ut Codex venditus detur ad exemplum".

82 AZONIS, *Summa*, ad C. 4, 54 n.2 (ed. cit., 434).

83 A ella parecería por el contrario substraerse ACURSIO que, reconstruyendo, en sustancia, junto con la posición de JACOBO, hace coincidir *naturalia* y *accidentalialia*, identificando ambas con los *admicula* y oponiéndolas a los *substantialia*: cfr. gl. *Admicula* ad D. 18, 1, 72 pr.: "*id est, accidentalialia sive naturalia contractus, non autem substantialialia*"; ACCURSIUS, gl. *an idem* ad D. 18, 1, 72 pr.: "*supra, dixit de naturalibus vel accidentalibus pactis: nunc de substantialibus*". Naturalmente ACURSIO se da cuenta del hecho de que en el *Corpus iuris* el '*substantia*' de PAPINIANO se hacía en D. 2, 14, 7, 5 con '*natura*', y explica *natura(m)* con "*id est, substantiam*". Pero luego, continuando en su propia y peculiar interpretación, advierte que "*alii dicunt id naturale, quod nos substantialiale*" (gl. *extra naturam* ad D. 2, 14, 7, 5). Cfr. también gl. *nova emptio* ad D. 18, 1, 72 pr.: "*ut plane habeas, dic pactorum quaedam sunt de substantia contractus: ut de dando Codicem exemplaris loco, vel quid simile, non attingens emptio. Quae de substantia contractus dicimus esse, eadem quidam vocant de natura: ut supra de pact. l. iurisdictionum. § idem responsum scio (D. 2, 14, 7, 5). Sed nos pactum de natura dicimus esse, quod fit super id, quod est naturale: ut de evictione praestanda. Quod autem in accidentalibus dixero, idem in iis quae fiunt, super naturalibus contractibus intelligas*". ACURSIO es seguido por VIVIANI, *casus* ad D. 2, 14, 7: "*lex ista fecit differentiam inter pacta quae sunt de substantia contractus, et ea quae sunt de natura contractus*". Junto a cuanto se ha dicho, parece exacto resaltar un valor anómalo de *natura contractus*, o sea "*id... quod convenit*", "*quod nominatim inter contrahentes convenerunt*" (ROGERII, *Summa codicis*, 4, 24; 4, 39; 4, 40; 4, 41; 4, 49 y 4, 62 [ed. cit., 112, 120 ss.; 127; 133]; pero cfr. también *Summa Trecentis* 4, 23; 4, 45, 7; 4, 57, 4 [ed. cit., 95, 119 y 130]), y esto es, ante todo, la prestación del *pretium* y la *traditio* de la *res*, en la compraventa; la prestación de la *merces* y la atribución del *uti frui* al conductor en la locación; pero también los eventuales *pacta* adjuntos); aquello que puede pedirse *ex natura actionis*, o sea "*que neque sunt dicta neque cogitata*" (por ejemplo, los gastos soportados por el vendedor, o la evicción; el dolo, la culpa, la custodia); y lo que se obtiene *officio iudicis* (por ejemplo los intereses moratorios). Pero no se llega nunca a indicar los elementos constitutivos del contrato: es más, el hecho mismo de que en esta perspectiva el *pretium* se conecta con la *natura contractus* incluso por juristas como ROGELIO, que conocen los *substantialia* como distintos de los *naturalia*, muestra claramente que la tripartición de los elementos del contrato es una cosa distinta de esta acepción de *natura contractus*.

pactos y en particular de los pactos agregados a la compraventa<sup>84</sup>, así que en los glosadores pre-acursianos no se encuentran indicados los *substantialia* del contrato. En cambio, con ACURSIO, por primera vez la categoría deja de ser un todo genérico de aquello que los *pacta* no pueden modificar, y dicha categoría se colma con aquellos que de ahora en adelante serán indicados como los 'elementos esenciales' de la compraventa (*consensus, pretium y res*)<sup>85</sup>. Esta teoría, que aparentemente no modifica nada, es en realidad de fundamental importancia: hasta ACURSIO, se tiene contrato de compraventa cuando dos partes acuerdan acerca de la transmisión de una *res* a cambio del pago de un *pretium*; y no puede haber compraventa sin reunir un consenso, un precio y una cosa. De ACURSIO en adelante, la compraventa es el contrato constituido por tres elementos esenciales: *consensus, pretium y res*. En el aparente respeto de las formas, desde un punto de vista dogmático este es un completo vuelco de perspectivas, que no quedará sin efectos en el futuro.

No obstante, resulta importante señalar que en el pensamiento medieval se abre camino la doctrina de los 'elementos esenciales', pero no la del 'objeto del contrato'. El *pretium* y la *res* no se introducen en una categoría lógica superior, sino que permanecen distintos e indican concretamente el dinero y la cosa comprada y vendida, porque no se había afirmado todavía una filosofía 'subjetivista'<sup>86</sup>. Es más, siguiendo una línea de continuidad con el pensamiento antiguo, y en perfecta antítesis con el moderno, para los medievales el *esse subiective* pertenece a las representaciones de la conciencia<sup>87</sup>. Así como en las teorías gramaticales, incluso si se cambian de la lógica aristotélica las nociones de sujeto y predicado —expresadas por lo demás como *suppositum* y *appositum*—<sup>88</sup>, el primero a ser percibido

84 Hasta PLACENTINO, el tema de los *substantialia* – *naturalia* – *accidentalialia* se trató en el ámbito del comentario a D. 2, 14, 7, 5, D. 18, 1, 72 pr., C. 2, 3 (*de pactis*) y C. 4, 54 (*de pactis inter emptorem et venditorem compositis*), o sea en general respecto de los *pacta* y en particular respecto de los *pacta* inherentes a la compraventa (cfr. PLACENTINI, *Summa Codicis*, ad C. 2, 3; 4, 54 [ed. cit., 41 y 182]); con AZÓN la atención de los juristas comienza a concentrarse sobre la compraventa (AZONIS, *Summa Codicis*, ad C. 4, 54 n. 2, [ed. cit., 434]).

85 ACCURSIVS, gl. *ex pretio* ad D. 18, 1, 72 pr.: "*quia sine pretio esse venditio non potest: ut supra eodem l. ii § i (D. 18, 1, 2, 1). Idem si fiat super re vendita agenda vel minuenda: ut supra de pact. l. iurisgentium § adeo (D. 2, 14, 7, 6). Cum res similiter sit de substantia emptionis, nec sine ea esse possit: ut supra eodem l. nec emptio (D. 18, 1, 8). Item consensus est de substantia: ut supra, eodem l. iii (D. 18, 1, 2-3). Alia vero quae ibi dicuntur et fiunt, non sunt substantialia, cum sine eis possit contractus consistere*".

86 Aun si del 1300 en adelante puede observarse un cambio de perspectivas en sentido individualista: pero cfr. *infra* n. 142.

87 G. CALOGERO, *Oggetto*, en "Enciclopedia Italiana", xxv, Roma, 1949, 194; ID., *Soggetto*, en "Enciclopedia Italiana", xxxii, Roma, 1950, 28.

88 Cfr. L. M. DE RIJK, *Logica Modernorum. A Contribution to the History of Early Terminist Logic*, II, 1, Assen, 1967, 180 s.; 516 ss.; G. L. BURSILL-HALL, *Speculative Grammar of the Middle Ages. The Doctrines of the Partes Oratoris in the Modistae*, The Hague, 1971; R. PFISTER, *Zur Geschichte der Begriffe Subjekt und Prädikat*, en "Münchener Studien zur Sprachwissenschaft", xxxv, 1976, 105 ss.; R. H. ROBINS, *Functional Syntax in Medieval Europe*, en "HL", vii, 1980, 231 ss.; A. MAIERÜ, *La linguistica*, II, Bologna, 1990, 128 ss.; LEPSCHY, *Soggetto e oggetto*, cit., 92 ss.

esencialmente como 'aquello de lo cual se predica'<sup>89</sup>, es decir, como la materia del discurso, y el segundo –incluso si a veces se extiende a comprender expresiones adverbiales o nominales seguidas al verbo<sup>90</sup>, lo que hoy llamaremos 'sintagma verbal'<sup>91</sup>–, está ausente del todo la noción de 'objeto'. Por otra parte, vale la pena subrayar que en esta época la percepción del jurídico es 'antisubjetivista', en el sentido de que, análogamente a cuanto se observa en la perspectiva romana, ella presupone la existencia de un orden natural subyacente a la realidad, en el cual la dimensión comunitaria y natural es preeminente a aquella individual<sup>92</sup>.

#### IV. LOS HUMANISTAS: DONEAU Y LA APLICACIÓN DE LOS *SUBSTANTIALIA* A CONTRATOS DIVERSOS DE LA COMPRAVENTA.

La Glosa acursiana trasladó el tratamiento de los *substantialia contractus* de la esfera de los *pacta* al ámbito de la compraventa, pero los juristas posteriores, postacursianos y comentaristas, tienden a mantener la aplicación traslativa de los *substantialia* a éste contrato<sup>93</sup>. Así, por ejemplo, se reclama continuamente la *familiaritas* de la

89 Incluso si, según algunos, el pensamiento medieval habría ya distinguido el sujeto lógico (tema del discurso) del sujeto gramatical (de la frase): cfr. A. DE LIBERA – I. ROSIER, *Construction et correction des énoncés*, en AUROUX (dir.), *Histoire des idées linguistiques*, cit., II, 170.

90 LEPSCHY, *Soggetto e oggetto*, cit., 95.

91 Cfr. por todos N. NHOMSKY, *Language and Problems of Knowledge. The Managua Lectures*, Cambridge (Mass.), 1988 = *Linguaggio e problemi della conoscenza*, Bologna, 1991, 48 ss., con referencia expresa a la lógica aristotélica.

92 Sobre la idea de 'orden' en el pensamiento jurídico medieval cfr. sobre todo P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 13 ss., 80 ss., 135 ss.; cfr. también *ibid.*, 57 ss., 61 ss. acerca del 'naturalismo' de tal concepción (cfr. también 175 ss.), e *ibid.*, 75 ss., 195 ss., sobre la relación individuo-comunidad.

93 Cfr. ODOFREDI, *Lectura super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 72 pr. (ed. cit., 99v); IACOBI DE RAVANIS, *Lectura super Codice*, ad C. 4, 38, 13, ed. Parisiis, 1519, 199v (la obra ha sido erróneamente atribuida a PIERRE DE BELLEPERCHE: cfr. E. M. MEIJERS, *L'Université d'Orléans au XIII siècle*, en *Études d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, 72 ss.; CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, 398 nota 21); PETRI A BELLA PERTICA, *In aliquot Digesti veteris leges*, ad D. 2, 14, 7, 5, en *In Digestum Novum ... item: Explicationes singulares, sive... Repetitiones... in aliquot Digesti Veteris et Codicis Iustiniani...*, ed. Francofurti ad Moenum, 1571, 48 n.4; CYNII CISTORIENSIS, *Lectura in Codicem*, ad C. 4, 38, 13, ed. Francofurti ad Moenum, 1578, 258v, IACOBI BUTRIGARII, *In primam et secundam Veteris Digesti partem*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. Romae, 1606, II, 227 ss., donde el discurso sobre los *substantialia* no se limita más a la explicación de D. 18, 1, 72 pr., sino que se extiende a todo el contrato y se utiliza también para comentar otros pasajes, como por ejemplo D. 18, 1, 59, o D. 18, 1, 79; ID., *Lectura super Codice*, ad C. 4, 38, 3, ed. Parisiis, 1516, 137v, ALBERICI DE ROSATE *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. Venetiis, 1585, 135v ss.; BARTOLI A SAXOFERRATO *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2, 14, 7, 5, ed. Venetiis, 1615, 82r, ID., *In secundam Digesti Veteris partem*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. cit., 113r, ID., *In primam Codicis partem*, ad C. 2, 3, 13, ed. cit., 44r, BARTHOLOMEI A SALYCETO *In iii. et iiii. Codicis libros*, ad C. 4, 38, 13, *in vendentis*, n. 2, ed. Venetiis, 1586, 201r, PAULI CASTRENSIS *In primam Digesti Veteris partem*, ad D. 2, 14, 7, 5, ed. Venetiis, 1622, 149r.

*emptio venditio* con la *locatio conductio*, pero no encontramos todavía una aplicación clara de los *substantialia* también a ésta, sino en términos de una cierta analogía entre los elementos singulares de dos contratos<sup>94</sup>.

Las razones de la dificultad de ir más allá de la *emptio venditio* se deben buscar probablemente en el hecho de que la interpretación de los comentaristas, no obstante las novedades metodológicas respecto a la época de los glosadores<sup>95</sup>, se expresa todavía con gran dependencia de los textos. La adhesión de los intérpretes medievales al orden legal justinianeo estaba extremadamente conectado, como es sabido, a la convicción de que las leyes romanas constituyesen un *donum Dei*, y que mediante ellas hablase, sin más, el Espíritu Santo; la autoridad del texto era la autoridad de Justiniano, del Papa y del emperador<sup>96</sup>. Esto naturalmente excluía no sólo la crítica sino también la simple modificación del orden de las *leges*, de modo que las exigencias sistemáticas, todavía presentes, se realizaban en formas, por así decirlo, 'metatextuales' de la red de remisiones<sup>97</sup>.

Las cosas cambian, una vez más, cuando se modifica el contexto ideológico dentro del cual operan los juristas. El humanismo, con sus instancias de historicidad, y por tanto de relativización de los textos antiguos, pone en crisis el principio de autoridad y transmite confianza en ideales de racionalidad y libertad de la ciencia. El surgimiento de los Estados nacionales redimensiona, en el campo político, la visión universalista imperial así como la reforma religiosa desencaja la unidad del Papado y consiente liberarse de los esquemas de autoridad tradicionales. Se trata de vicisitudes conocidas, de tal manera que no ameritan ser discutidas adicionalmente.

94 Por ejemplo, en Baldo leemos que "*sicut emptio et venditio consensu contrahit, ita locatio et conductio non procedit sine mercede. (...) quod in contractu locationes requiritur precium .i. merces, quae praestatur pro usu rei, sed in emptione requiritur precium, quod praestatur pro ipsa re*" (BALDI DE UBALDIS. *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 19, 2, 1 [ed. cit., 145r]).

95 Además de lo ya mencionado acerca de la atención de Baldo a las implicancias filosóficas de la interpretación medieval de D. 18, 1, 72, pr. (*supra* nota 53), podemos agregar que él fue el primero en sustituir la tradicional expresión '*substantialia*' con la alternativa '*essentialia*', completamente separada de la terminología de D. 18, 1, 72 pr., y plenamente 'filosófica': cfr. BALDI DE UBALDIS *In primam partem super Digesto Veteri*, ad D. 2, 14, 7, 7, ed. Lugduni, 1558, 129v. "*essentialia sive substantialia*"; cfr. ID., *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 9 (ed. cit., 128v): "*essentialia*"; ad D. 18, 1, 72 pr. (ed. cit. 132r): "*essentialia sive substantialia*".

96 Me limito a reenviar a los estudios de un autor particularmente sensible a éstos temas como lo es V. MIANO MORTARI, *L'argomento ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, en "RISG", XC, 1953-1954 = *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, 77 ss.; ID., *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, en "Studi medievali", s. III, VI, 1965 = *Dogmatica e interpretazione*, cit., 95 ss.; ID., *Il problema della interpretatio iuris nei Commentatori*, en "Annali di storia del diritto", II, 1958 = *Dogmatica e interpretazione*, cit., 155 ss. Bibliografía adicional en A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, 631 s.

97 Es un dato expresado claramente por PIANO MORTARI, *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, cit., 95 ss.; ID., *Il problema della interpretatio iuris nei Commentatori*, cit., 214 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., I, 115 s.

Sin embargo, es útil examinar de cerca las páginas del autor que explica de modo radical las instancias de abandono del orden legal justiniano, H. DONEAU.

Calvinista, activo en las luchas religiosas de su tiempo, DONEAU lleva a su fin un proceso que ciertamente no era nuevo. Parcialmente anticipado por su maestro FRANÇOIS DUAREN sobre todo en la célebre carta a ANDREA GUILLART, *De ratione docendi discendique iuris* (1544)<sup>98</sup> y en los *Commentarii iuris civilis* de FRANÇOIS CONNAN (1553), en los cuales la grilla sistemática de las Instituciones justinianas se asume como contenedor para el tratamiento de todo el *Corpus iuris*<sup>99</sup>. Pero, es en las páginas de DONEAU que se encuentra la máxima evidencia de la separación: la *auctoritas* de JUSTINIANO o de SALVIO JULIANO. Allí escribe que no pueden condicionar al jurista, quien debe ordenar su propio análisis según el significado de las expresiones lingüísticas –que ningún príncipe, y mucho menos JUSTINIANO, puede cambiar, en cuanto expresiones del *usus populi*–, de la naturaleza misma de las cosas y de su conexión orgánica<sup>100</sup>. De allí desciende una completa libertad de los esquemas romanísticos, que, aún manteniendo su valor sustancial en cuanto ellos mismos son expresión de racionalidad jurídica, se convierten sólo en punto de partida para las construcciones intelectuales del jurista culto<sup>101</sup>. Ya se observan, aunque todavía sólo *in nuce*, las primeras huellas de la concepción ‘subjettivista’ que, de allí a poco, habrían de transformar la aproximación del jurista moderno<sup>102</sup>.

Es la ocasión para decir que todo esto no responde simplemente a una distinta disposición de las materias en los tratados, sino que influencia con fuerza, y en la sustancia, los métodos y las selecciones dogmáticas del jurista. Un ejemplo bien elocuente es el hecho de que, a diferencia de sus predecesores, lo que lo distingue también de humanistas contemporáneos<sup>103</sup>, DONEAU no se limita a enumerar los

98 Me limito a reenviar a V. PIANO MORTARI, *Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duaren*, en “Labeo”, xv, 1969 = *Diritto logico metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, 392 ss.; ID., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1980, 325 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, Napoli, 1990, 252 ss.

99 Cfr. Sin embargo, V. PIANO MORTARI, *La sistematica come ideale umanistico nell’opera di Francesco Comano*, en AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966 = *Diritto logico metodo nel secolo XVI*, cit., 301 ss.; ID., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, cit., 319 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, cit., 233 ss.

100 H. DONELLI, *Commentaria de iure civili*, I, 1, 12, en *Opera omnia*, I, Lucae, 1762, 10: mi paráfrasis tiene cuenta de aquella de ORESTANO, *Introduzione*, cit., 640 s.

101 Cfr. por todos PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, cit., 355 ss.; ID., *Cinquecento giuridico francese*, cit., 368 ss.; ID., *L’ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, en AA.VV., *La sistematica giuridica*, Firenze, 1991, 277 ss.

102 ORESTANO, *Introduzione*, cit. 168.

103 Cfr. A. ALCIATI *In Digesta*, ad D. 50, 16, 13, n. 6, en *Opera*, I, Basileae, 1571, 143; ID., *In Codicem*, ad C. 2, 3 *in bonae fidei contractibus ita demum*, en *Opera*, III, Basileae, 1591, 357; ID., *Paradoxorum libri*, 5, 16, en *Opera*, cit., III, 149 ss.; F. CONNAN, *Commentarii Juris civilis*, V, 2, 6, ed. Neapoli, 1724, I, 328; F. HOTMAN, *In LXX titulos Digestorum et Codicis*, ad D. 2, 14, 7, 5, en *Opera*, II, 2, s.l. 1600, 16 ss. François Duaren y Jacques Cujas, por una parte, están abrumados de preocupaciones filológicas que les inducen a sostener un regreso a la interpretación de

elementos constitutivos del contrato de compraventa<sup>104</sup> y repetir que, siendo la locación *proxima* a la *emptio*, ella se rige con las mismas *regulae iuris*<sup>105</sup>. Él llega a aplicar expresamente la conceptualización de los *substantialia* a la *locatio conductio*: también esta, como la compraventa, está constituida por *merces, res* y *conventio*<sup>106</sup>.

La estructura interna de la locación, por primera vez<sup>107</sup>, se diseña así completamente en sus elementos esenciales. Pero la transposición de los *substantialia* en

PAPINIANO suprimiendo la distinción entre *substantialia* y *naturalia*, y llamando *adminicula* los *accidentalialia*: cfr. F. DUARENI *Commentaria*, in tit. *De pactis*, ad D. 2, 14, 7, 5, en *Opera omnia*, Francofurti, 1607, 58, para quien el *natura* de ULPIANO se entiende como *substantia* en PAPINIANO, y que resalta como "*adminicula emptionis, barbari interpretes accidentalialia at naturalia appellarunt*"; J. CUIACII *In libros quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18, 1, 72, pr., en *Opera*, iv, Neapoli, 1758, 247 ss., en contra del cual se muestran juristas más tradicionales, como Ioh. D'AVEZAN *Contractuum liber prior*, en G. MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, iv, Hagae-Comitum, 1752, 12 ss. Por otra parte, no dudan en reconocer en la *substantia* de Papiniano un llamado a los *substantialia* romanísticos: cfr. DUARENI *Commentaria*, in tit. *De contrabenda emptione*, cap. I, ed. cit., 1017: "...ad substantiam huius contractus (sc. emptionis) tria necessaria esse. In primis necessaria est res quae veneat, deinde definiri certum pretium debet. Tertio consensus contrahentium intervenire debet"; CUIACII *In libros quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18, 1, 72 pr., en *Opera*, cit., iv, 251.C: la *substantia emptionis* "*consistit ex re, pretio et consensu. Extra haec tria, quae accedunt, adminicula sunt contractus*"; cfr. también ID., *Ad titulum de pactis*, ad D. 2, 14, 7, 5, en *Opera*, cit., I, 927.D; ID., *Recitationes solemnes in tit. I. de reb. cred. lib. XII Digestorum*, ad D. 12, 1, 19, en *Opera*, cit., VII, 676.B; ID., *Recitationes solemnes in tit. VII de obl. Et act. lib. XLIV Digestorum*, ad D. 44, 7, 3, en *Opera*, cit., VIII, 326.D. Una posición similar será asumida también por G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus*, en *Opera omnia*, I, Lugduni Batavorum, 1735, 509 ss., en especial 511, e ID., *Commentarius ad Digesta*, ad D. 18, 1, en *Opera omnia*, cit., II, 386.

104 H. DONELLI, *Commentaria de iure civili*, XII, 1, 5 ss., en *Opera omnia*, III, Lucae, 1763, 763 ss.

105 DONELLI, *De iure civili*, XIII, 6, 1, en *Opera*, cit., III, 814.

106 Cfr. DONELLI, *De iure civili*, XIII, 6, 6, en *Opera*, cit., III, 820 s.: "*ut emptio sine re; ita sine re locatio et conductio nulla est*"; "*ut in emptione pro re pretium, sic in locatione pro usu rei vel operae intervenire oportet mercedem*"; en últimas, también en la locación se requiere una "*conventio*".

107 Verdaderamente, no sabría si reconocer en la obra de DONEAU, aparecida entre 1589 y 1590, una contribución absolutamente nueva, o mas bien la sede en la que, por razones de estructura de la obra, puede expresarse mejor una doctrina ya afianzada en la tradición anterior; tradición que él, más que otros, desarrolla. Incluso en obras mas o menos contemporáneas, como el comentario al *Digesto* de DENIS GODEFROY (primera ed., privada de la Glosa, 1583), seguido por Antonio Favre (primera ed. 1605-1624), en efecto encontramos la aplicación de los *substantialia* a la locación (D. GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, ad D. 19, 2, 2 pr., ed. Amstelodami – Lugduni Batavorum 1763, 281: "*tria sunt substantialia huius contractus: consensus [...], merces seu pensio, res quae locatur*"; A. FABRI *Rationalia in Pandectas*, ad D. 19, 2, 2, 1, ed. Aurelianae, 1626, v, 541: "*sunt igitur tria substantialia huius contractus quae hic Gothofredus notat, consensus, merces, quam ille pensionem vocat, et id quod sive res sit aliqua corporalis, ut fundus, sive factum*"). Sin embargo, el problema de una paternidad, a nuestros fines, reviste una importancia relativa; podemos, al menos, tomar a DONEAU como modelo de un comportamiento mental nuevo incluso respecto de juristas de su misma época.



un contrato diverso de la *emptio* introduce ya en las páginas de DONEAU el gérmen de una aporía.

En la compraventa, escribe el jurista francés, el *pretium* se da a cambio de la *res*. Pero no sucede lo mismo en la locación. En esta, la *merces* se da *pro usu rei aut operae*<sup>108</sup>. De tal manera que ¿existen dos *res locatae*? Y en consecuencia, continúa a preguntarse DONEAU, ¿existen dos<sup>109</sup> locaciones?

Para comprender el valor de este interrogante es importante recordar que en la locación romana, lo que no se discute en la mayoría de la tradición romanista, la *locatio conductio* es un tipo contractual unitario, en cuanto todos los modelos negociales concretos en los que se manifiesta no son otra cosa que diversas expresiones del mismo sinalagma obligatorio: la prestación de *merces* a cambio del *uti frui*. Puesto que, como se ha dicho, para los juristas romanos la unidad de un contrato está determinada no por la identidad de elementos esenciales, sino por la coincidencia de las obligaciones, los *prudentes*, teniendo incluso clara la consciencia de la distinción entre los varios tipos negociales, no pusieron jamás en discusión la unidad del tipo, en el sentido de que todos los supuestos de hecho entraban en la tutela de las *actiones locati* y *conducti*<sup>110</sup>. Sin embargo, es claro que si se abandona esta lógica y se razona en términos de elementos esenciales, una duplicidad de *res* debería conducir a una duplicidad del contrato, y el problema, como se observa, lo asume DONEAU con gran lucidez desde su planteamiento inicial.

Sin embargo, el jurista francés no llega a fracturar la *locatio conductio*. Él no pretende desviar la estructura del contrato, sino simplemente desarrollar, en todas sus implicancias lógicas, el alcance de la tradición. Y así, por un lado mantiene unida la locación; del otro, lleva a consecuencias extremas la *veterum regula* de la correspondencia entre locación y compraventa, aplicando los *substantialia* también a la primera. En fin, para superar la mencionada aporía, 'desmaterializa' el elemento esencial *res*, al afirmar que *res locata* no es simplemente la 'cosa' (como en la compraventa) sino el *usus* de la *res corporalis* y la *praestatio* de la *opera*<sup>111</sup> – *praestatio* que,

108 DONELLI *De iure civili*, XIII, 6, 2, en *Opera*, cit., III, 814.

109 O sin mas tres: en la *locatio factorum* la *opera* puede ser valorada en dos maneras: puede haber una locación de un *opus faciendum* "nostro sumptu", por lo cual el trabajador "solam operam nobis praestat" y respecto del comitente se habla de *conducere operas*; y "suo sumptu", por lo cual el trabajador está llamado a garantizar el resultado de su *operae*, y para el comitente se habla de *locare opus* (DONELLI *De iure civili*, XIII, 6, 5, en *Opera*, cit., III, 818 s.). No obstante no se trata todavía de una tripartición de la locación.

110 Mi opinión acerca del punto ha sido expuesta en FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., *passim* y en especial 285 ss.

111 Naturalmente, ya en las fuentes romanas la expresión *res locata* tenía a veces un significado 'inmaterial', indicando todo el negocio de locación (cfr. por ejemplo, lo destacado por A. PERNICE, *Labo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.2.1, Halle, 1900, 98 nota 2; H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, en "ZSS", LXV, 1947, 197 ss.; BETTI, *Istituzioni*, cit., II.1, 220 y 222). Pero, en primer lugar, con ella se indicaba, precisamente, la entera relación, y no solamente un elemento; en segundo lugar, es claro

entendida la *opera* como *res*<sup>112</sup>, ella misma «*quasi usus est operae*»<sup>113</sup>. De esta manera, el *uti frui* de los juristas romanos se convierte en la *res* de los *substantialia* romanistas. Y sin embargo, la operación no es indolora. Para acoger las figuras del *usus rei* y de la *praestatio operae*, el elemento esencial '*res*' debería perder completamente sus propias características originarias de '*cosa*' de la compraventa. Pero tal proceso –como veremos– no llegará nunca a cumplirse.

#### V. EL IUSNATURALISMO: DEL ELEMENTO ESENCIAL RES AL ELEMENTO ESENCIAL 'OBJETO'

Del siglo XVI en adelante, la aplicación de los *substantialia* a la locación y ocasionalmente a otros contratos<sup>114</sup>, puede considerarse consolidada. Además de Francia<sup>115</sup>, la encontramos en las obras de los tratadistas italianos<sup>116</sup>, en la así

que en la reconstrucción de DONEAU hay un salto lógico en la comparación entre la *res* de la compraventa, que solo es '*cosa*', y la *res* de la locación, que puede indicar tanto la '*cosa*', cuanto su uso.

112 DONELLI, *De iure civili*, XIII, 6, 5, en *Opera*, cit., III, 819: "est enim opera res".

113 DONELLI, *De iure civili*, XIII, 6, 6, en *Opera*, cit., III, 820.

114 Así por ejemplo, en U. ZASII *Singularium responsorum libri* 1, 12, 1-6, en *Opera*, v, Lugduni, 1550, 72 s.; EIUUSD., *In Digestum Vetus*, ad D. 2, 14, 43, en *Opera*, cit., I, 610, resulta aplicada al contrato de sociedad.

115 Además de los autores ya recordados, me limito a referir D'AVEZAN *Contractuum liber alter*, ed. cit., 97: *estque istud negotium emptioni venditioni proximum, et vicinum, iisdemque juris regulis consistit, id est, substantiam capit [...]. Nam, ut emptio et venditio contrahitur solo consensu, statim atque de certa re, certoque pretio convenerit, nulla conditione injecta (...) si locatio et conductio intelligitur sola convenientia, simul atque de re certa locanda convenerit, et certa constituta fuerit merces, nulla incerta conditione (cfr. 78 sobre la substantia emptionis).*

116 Cfr. por ejemplo, F. MANTICAE. *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, v, 1, 4, ed. Romae, 1613, I, 317; cfr. I. 12, 18 (ed. cit., I, 27; acerca de la obra de Mantica en relación con los *substantialia*, cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, Torino, 1984, 172 ss.); V. CAROCCI *Tractatus locati et conducti*, I, 1, 7, ed. Venetiis 1675, 1, para quien *locatio est contractus bonae fidei, ulro citroque obligatorius, qui consensu, re et mercede certa perficitur; ibid.*, I, 4, cit., I, 9): la *substantia locationis* está constituida por "*res, merces et consensus*" (al respecto, Carocci cita a Ioh. CEPHALI *Consilia*, cons. 626 n. 58, ed. Venetiis, 1582, v, 73, que no obstante no habla de *substantialia locationis*, sino sólo del hecho que no puede haber *locatio* sin *pecunia*); P. PACIONI *De locatione et conductione*, I, 1, 2, ed. Coloniae Allobrogum, 1689, 2, el cual define la locación como "*personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda conventa*", siguiendo a AZÓN, pero agrega (n.10) que la atribución del mero *usus rei* "est *substantia hujus contractus*" y (n.11) que "*merces est de substantia locationis*".

llamada jurisprudencia elegante de los Países Bajos<sup>117</sup>, en los juristas alemanes del *usus modernus pandectarum*<sup>118</sup>.

En el siglo XVI, sin embargo, se verifica un paso adicional hacia el camino de la abstracción de la *res* como elemento esencial. Nos damos cuenta de esto con un vistazo, a modo de ejemplo, a unas líneas sobre la locación a finales de dicho siglo (1696), redactadas por un jurista menor, Andreas WEGE. Los primeros dos

117 Me limito sólo a algunas citas: A. VINNII *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius*, III, 25, ed. Venetiis 1783, 179: "ut emptio solo communi consensu de re pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei et mercede convenerit"; U. HUBERI *Praelectiones iuris civilis*, III, 25, 2, ed. Neapoli, 1784, I, 325: las *regulae* de la locación son las mismas de la compraventa, y "vel circa conventionem versantur, vel circa rem, vel circa pretium" (cfr. III, 24, 2 [ed. cit., I, 319]: "substantialia hujus contractus [sc. emptionis] vulgo tria esse dicuntur, consensu, mercede, item usu rei aut operae"; cfr. también ad D. 18,1 (ed. cit. 386), respecto de la compraventa: "...ejus (sc. contractus emptionis venditionis) substantia consistere ex his tribus: consensu, pretio, et mercede"; Joh. VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad D. 19, 2, n. 1, ed. Coloniae Allobrogum, 1769, I, 667: la locación, *proxima* a la *emptio venditio*, es "contractus bonae fidei, consensu constans, de usu vel operae cum mercede commutanda". Para indicaciones adicionales sobre la locación en el 'derecho romano-holandés', cfr. E. SCHRAGE, *Locatio conductio*, en R. FEENSTRA – R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin, 1992, 245 ss., donde entre otras se comenta con amplitud la definición de locación suministrada por U. HUBER, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit, Soo elders als in Frieslandt gebrukelyk*, III, 8, ed. Amsterdam, 1768.

118 También acá me limito a citar algunos juristas, consciente de cumplir una elección bastante drástica: J. H. BOEHMERI *Introductio in ius digestorum*, I, Halae Magdeburgicae, 1773, 450 s. (§§ 4, 6 y 9): en la locación "requiritur, ut in emtione (...): (I) consensus ab utraque parte; (...) (II) usus rei vel facta locari solita; (III) merces"; G. A. STRUVII *Syntagma iuris civilis [cum additionibus P. Mülleri]*, exerc. XXIV ad D. 19, 2 *locati conducti*, § 7, ed. Francofurti-Lipsiae, 1738, I, 1675: "forma itaque locationis conductionis consistit in consensu de rei usu concedendo: aut opera personae praestanda operave faciendo pro certa mercede". En la nota de P. MÜLER se lee (ed. cit., I, 1676): "quemadmodum emtio et venditio tribus substantialibus consensu, re et pretio (...) ita locatio et conductio consensu, rei usu et mercede absolvitur". Cfr. *ibid.*, exerc. VI ad D. 2, 14 *de pactis*, § 24, ed. cit., I, 288: "sunt itaque substantialia contractus, quae id ipsius essentiam spectant, ac sine quibus is subsistere non nequit" (sigue el ejemplo de la *emptio venditio*); y la nota de MÜLLER: "caeteri quoque cocontractus habent sua substantialia: sic contractus consensualis locationis conductionis substantialia requisita praeter consensum [...], consistunt in re [...] vel opera [...] et merces in pecunia numerata" (siguen otros contratos); S. STRYKII *Tractatus de cautelis contractuum necessariis*, sect. II caput IX *de locatione et emphyteusis*, en *Supplementum dissertatum et operum*, XIII, ed. Francofurti-Lipsiae, 1752, 107 ss., quien inicia por recordar la *proximitas* entre la locación y la compraventa (107, § 1), y advierte que "circa consensum, rem et mercedem nihil est, quod moneamus; coincidunt enim illa cum materia emptionis" (108, § 4); Io. G. HEINECCI *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum et Pandectarum*, en *Opera*, V, Genevae, 1748, 329 ( § 318): "tria itaque et huius contractus (sc. locationis) substantiam ingrediuntur, consensus, res et operae, et merces" (cfr. *ibid.*, 310 [ § 254], sobre la compraventa); Chr. Fr. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XVII, Erlangen, 1815, 265 ss. y 269 = *Commentario alle Pandette*, XIX, Milano, 1891, 35 s. y 41 ( § 1044): existen "drey wesentliche Stücke: 1) Einwilligung der Contrahenten. 2) Ein bestimmtes Object... 3) merces".

capítulos de la obra tratan de la definición<sup>119</sup> y de las divisiones<sup>120</sup> de la locación, sin separarse, ni en la sustancia ni en la forma, de los tratados tradicionales. Pero luego, al describir los 'tipos' de la locación, WEGE agrega que tal distinción se deduce «*ab objecto*»<sup>121</sup>. Más adelante, en el capítulo IV, *De objecto, seu rebus, quae locari et conducere possunt*, que sigue a un capítulo *De subjecto*<sup>122</sup>, escribe explícitamente que «*objectum locationes conductionis*» son *res* y *operae*<sup>123</sup>. Una vez más, un cambio aparentemente poco significativo es prueba de una diversa concepción del contrato. DONEAU, ligado a la terminología de la compraventa, hablaba de *res locata* también para las *operae*, y estaba constreñido a desmaterializar el concepto de *res* para colocar sobre el mismo plano *usus rei* y *praestatio (quasi usus) operae*. WEGE muestra una posición aún mas radical: no habla ya de *res*, sino de *obiectum locationis*<sup>124</sup>.

Si de los textos de los prácticos nos dirigimos a los grandes teóricos de esta época, se comprende el sentido de esta transformación<sup>125</sup>. Como es conocido, la introducción de la oposición sujeto-objeto en el vocabulario conceptual de los juristas se debe a LEIBNIZ. En la *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667) critica la sistemática justiniana de *personae, res, actiones*, y sostiene, en primer lugar, que la categoría de las *actiones* es superflua, pues hace referencia siempre a *personae* o a *res*; y, en segundo lugar, que tal *methodus* se deduce no "*ex juris, sed facti*

119A. WEGENS *De locatione et conductione*, ed. Lipsiae-Islebiae, 1696: cap. 1, *Definitione nominali et reali*, § 28 (ed. cit., 1 ss. especialmente 8): la locación es un "contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, solo constans consensu, de rei cuiusdam usu fructuve aut hominis opera pro mercede certa illico constituita".

120 WEGENS *De locatione et conductione*, II, 2 (ed. cit., 9 ss.): *De locationis conductionis divisionibus et distinctionibus*, en el cual se distingue entre *locatio rei* y *locatio facti sive operae*.

121 WEGENS *De locatione et conductione*, II, 2 (ed. cit., 9 ss., espec. 13): "Locatio conductio autem est vel rei vel facti sive operae. Illa est, quae usus rei (non res ipsa aut dominium [...]) pro mercede conceditur (...). Haec distinctio, cum ab objecto sit desumpta, infra cap. 3 [4]. Plenius explicabitur".

122 WEGENS *De locatione et conductione*, cap. III (ed. cit., 37 ss.).

123 WEGENS *De locatione et conductione*, cap. IV (ed. cit., 97 ss.), espec. IV, 48 (ed. cit., 115 s.): "non tantum res, sed etiam operae officiales et artificiales, quare honestae et locari solitae sunt, recte objectum locationis conductionis constituunt".

124 Verdaderamente, de *obiectum locationis* habla también JOHANNES VOET en sus *Commentaria ad Pandectas*, aparecidos por primera vez en 1680 (cfr. VOETII *Commentarius ad Pandectas*, ad 19, 2, n. 33 [ed. cit., I, 679]), pero, el uso de la expresión no es, en su obra, estructural y de base como si lo es en la sistemática de WEGE.

125 La relación entre WEGE y las teorías iusnaturalistas se puede deducir del hecho de que él, por ejemplo, cita a GROCIO respecto del consenso (WEGENS *De locatione et conductione*, v, 16 [ed. cit., 133]); además de autores de la Segunda escolástica, como F. SUAREZ, L. DE MOLINA, D. PEREZ (por ejemplo II, 23 [ed. cit., 49]; III, 46 y 49 [ed. cit. 58 s.]; III, 66-67 [ed. cit., 64], etc.). Pero no encuentro noticia de él ni en F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, ni en R. STINTZING – E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I-III.2, Leipzig-München-Berlin, 1880-1910. La obra es utilizada, pero sin dar indicaciones del autor, por K. GENIUS, *Der Bestandschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1972, 140 ss.

*visceribus*": "*personae enim et res sunt facti, potestas et obligatio etc. Sunt iuris termini*"<sup>126</sup>. En el lugar de *personae* y *res*, terminología que todavía usa ALTHAUSEN en 1617, si bien distinguiendo entre el plano del *factum* y el plano del *ius*<sup>127</sup>, LEIBNIZ proponía adoptar las nociones más 'lógicas' de sujeto y objeto<sup>128</sup>.

Tampoco se trata en este caso, naturalmente, de una mera sustitución de términos. Las nociones romanas de (*homo-*) *persona*<sup>129</sup> y *res* no eran simplemente el criterio ordenador primario de las Instituciones de GAYO y JUSTINIANO, sino que tenían una historia antiquísima, que se remonta con toda probabilidad a la jurisprudencia sacerdotal. Y eran expresión de aquella perspectiva objetivista que hemos descrito atrás, en virtud de la cual también la realidad física se ordena jurídicamente, hacia de una "percepción [...] realístico-normativa de la naturaleza y del mundo"<sup>130</sup>. En esta perspectiva, las nociones jurídicas no aspiran a ser abstractas y lógicas, pero constituyen sobretodo conceptos concretos, naturales y jurídicos a un mismo tiempo<sup>131</sup>. La crítica de LEIBNIZ a las nociones romanas, en otras

126 G. G. LEIBNITZII *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, II, 10, en *Variorum opuscula*, Pisis, 1799, 195.

127 J. ALTHUSII *Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectens*, ed. Francofurti, 1649 (primera ed. 1617), citada por LEIBNITZII *Nova methodus*, II, 13 (ed. cit., 198); acerca de la obra de ALTHAUSEN, cfr. O. VON GIERKE, *Johannes Althusius un die Entwicklung der naturrechtlichen Staatsbeorie*, Breslaw, 1913 = *Giovanni Althusius e los sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, 1974, 54 ss.; y, sobre la relación con LEIBNIZ, CAPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 107.

128 Nociones que además él no relaciona con las de *persona-res*: 'sujeto' y 'objeto' no pueden ser, en cada caso particular, una *persona* o una *res*, siendo conceptos simplemente lógicos: cfr. LEIBNITZII *Nova methodus*, II, 16-17 (ed. cit., 200 s.), y el comentario de C. VASCOLI, *Enciclopedia, pansofia e riforma 'metodica' del diritto nella "Nova methodus" di Leibniz*, en "Quaderni Fiorentini", II, 1973, 73 ss. Acerca de esta innovación cfr. sobretodo G. HARTMANN, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph*, en *Festgabe R. von Jhering (Juristenfakultät Tübingen)*, Tübingen, 1892, 26 ss. Cfr. también G. ACETI *Sulla 'Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae' di Godoffredo Guglielmo Leibniz*, en "Jus", VIII, 1957, 12 ss., 21 ss.; T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, en T. ASCARELLI (dir.), *Th. Hobbes, A dialogue between a philosopher and a student of Common Laws of England* -G. W. Leibniz, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum - De casibus perplexis - Doctrina conditionum - De legum interpretatione*, Milano, 1960, 41 s.; K. LUIG, *Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts*, en O. BEHREND - M. DIESELHORST - W. E. VOSS (hrsg.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition (Symposion F. Wieacker)*, Ebelsbach am Main, 1985, 226 ss.; CAPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 95 ss., espec. 107 ss. En general, sobre el pensamiento jurídico de Leibniz, cfr. la bibliografía citada por VASOLI, *op. cit.*, 37 s., nts. 1-2, quien *addé*, con particular referencia al derecho romano, Fr. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz*, Tübingen, 1968 (Recht und Staat, Heft. 348/349)

129 Acerca del surgimiento de la noción más reciente de *persona* respecto de aquella más antigua de *homo*, basta reenviar, por todos, a B. ALBANESE, *Persona (storia)*, en "ED", XXXIII, Milano, 1983, 169.

130 A. SCHIAVONE, *I saperi della città*, en A. MOMIGLIANO - A. SCHIAVONE (dir.), *Storia di Roma*. I. *Roma in Italia*, Torino, 1988, 552.

131 Sobre la 'concreción' y 'juridicidad' de las concepciones romanas cfr. sobretodo ORESTANO,

palabras, es históricamente errada<sup>132</sup>; y sin embargo, es no solamente legítima, sino también significativa, si se la considera en el contexto histórico-cultural en que fue planteada.

En efecto, en el siglo XVII había cambiado profundamente el comportamiento filosófico frente al pensamiento subjetivo. Si, como se ha dicho, las culturas antigua y medieval asumían posiciones de sustancial escepticismo respecto de un subjetivismo entendido como límite a la consciencia de lo verdadero, el cuadro se invierte cuando, con el *cogito ergo sum* cartesiano, la consciencia subjetiva del pensamiento se manifiesta como el único punto estable de partida para todo conocimiento, o sea para la superación del escepticismo<sup>133</sup>. En verdad, no obstante la importancia de tal pensamiento sobre el plano de la ideología y de la mentalidad, DESCARTES utiliza la expresión *subiectum* en el significado antiguo y medieval. Pero con HOBBS y LEIBNIZ se reafirmará, por primera vez, una acepción encaminada a designar al sujeto de la actividad de los sentidos. Inicialmente, según las reglas de la lógica clásica y calificando la percepción como atributo del 'sujeto' corpóreo al cual es inherente da paso rápidamente a un vuelco de la perspectiva precedente para designar el *subiectum* como entidad a la cual referir la consciencia y el pensamiento, contextualmente a un uso de *obiectum* para indicar su opuesto, la realidad circunstante<sup>134</sup>.

El esfuerzo de LEIBNIZ, empero, no se comprendería si no se tuvieran presentes también otros factores. Los progresos, sobretodo metodológicos, de las ciencias naturales y exactas se agrupan en esta época con una serie de investigaciones en el campo de la lógica y de la lingüística. Esta última, en particular, al confluir con los más diversos impulsos intelectuales<sup>135</sup>, se encamina hacia la creación de lenguas universales, 'matemáticas' capaces de expresar exactamente la realidad y de construir razonamientos científicamente correctos, así como hacia la construcción 'racional' de las lenguas naturales.

*Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, cit., 105 ss., acerca de la noción de *res*, y P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino, 1990, XII; 167 s., acerca de la noción de *persona*.

132 Esta consciencia, que quede claro, no implica un juicio global de la aproximación de Leibniz a la historia del derecho: sobre la necesidad advertida, para el jurista, de conocer tanto la "historia interna" del derecho, cuanto la "historia externa", o sea el contexto histórico general dentro del cual se ubica el derecho romano, además de la "historia media", o sea la historia de los tiempos modernos, cfr. VASOLI, "Nova methodus" di Leibniz, cit., 84 ss.

133 CALOGERO, *Soggettivismo*, cit., 28.

134 CALOGERO, *Soggetto*, cit., 28 s.; cfr. también ID., *Oggetto*, cit., 194.

135 El hermetismo renacentista, la tradición cabalista, el descubrimiento de los ideogramas chinos, la egiptología kirqueriana, la así llamada lingüística rosacruciana, el simbolismo alquimista, etc. Acerca de todo esto, cfr. por todos P. ROSSI, *Clavis universalis. Arte della memoria e logica combinatoria da Lullo a Leibniz*, Bologna, 1983, 221; R. PELLERRY, *Le lingue perfette nel secolo dell'utopia*, Roma-Bari, 1992, 51 ss.; U. ECO, *La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea*, Roma-Bari, 1993, 129 ss.

En ambos campos LEIBNIZ cumplió un papel importante. Nótese que el texto en el cual se explican en mayor medida el interés del filósofo por una característica universal, la *Dissertatio de arte combinatoria*, antecede en un año a la *Nova methodus*<sup>136</sup>. Pero resulta también significativo recordar la dirección lógica y subjetivista que fue asumida con fuerza por el estudio gramatical de las lenguas naturales. En este sentido, la *Grammaire générale et raisonnée* de PORT-ROYAL desarrolló una tarea fundamental (1660) que, junto a la *Logique* dos años posterior, llevó a término el planteamiento del "paralelismo lógico-gramatical"<sup>137</sup>, ya presente en las especulaciones medievales, que entonces resulta comprendido de forma totalmente nueva. La *Grammaire*, en efecto, distingue las partes de la frase en dos grupos: partes que indican los objetos de nuestro pensamiento (nombres, artículos, pronombres, participios, preposiciones, adverbios) y partes que indican las formas o los modos de nuestro pensamiento (verbos, conjunciones, interjecciones). De este planteamiento es imposible no resaltar la matriz 'subjetivista'. No se trata todavía, ciertamente, de la afirmación de la teoría moderna de un 'sujeto de la enunciación' (o sea del sujeto-parlante)<sup>138</sup> distinto del 'gramatical' (de la frase) y del 'lógico' (el tema del discurso) pero la premisa de la nueva dicotomía entre las partes del discurso es claramente el intento por distinguir el sujeto pensante del objeto y de las formas de sus pensamientos. Dicha sistemática no puede no tener una fuerte influencia sobre la teoría de la estructura sintáctica. En efecto, el esquema tradicional sujeto-predicado queda abandonado, porque entre estas dos nociones, que explican los 'objetos' del pensamiento, se presupone siempre un tercer componente, la cópula, que indica la 'forma' del pensamiento: "es lo mismo decir 'Pedro vive' que 'Pedro está vivo'"<sup>139</sup>. Del encuentro entre las teorías de PORT-ROYAL y la tendencia de los lingüistas franceses, ya a partir del siglo XVI,

136 Texto en C. I. GERHARDT [hrsg.], *Die philosophische Schriften von G. W. Leibniz*, Berlin, 1875, IV, 63 ss. LEIBNIZ se dedicó sobretodo (pero no exclusivamente) en sus años juveniles al problema de la lengua universal, acerca de este interés cfr. A. HEINEKAMP, *Ars characteristic und Natürliche Sprache und Allgemeine Charakteristik bei Leibniz*, en '*Leibniz' Logik und Metaphysik*, Darmstadt, 1975, 349 ss.; ROSSI, *Clavis universalis*, cit., 259 ss.; PELLERY, *Le lingue perfette*, cit., 77 ss.; ECO, *La ricerca della lingua perfetta*, cit., 289 ss.; M. MUGNAI, *Introduzione alla filosofia di Leibniz*, Torino, 2001, 245 ss. Parecería inclinarse más tarde su interés hacia las ciencias naturales, en un primer momento respecto de su construcción racional y luego respecto de su génesis, pero a menudo regresan las temáticas juveniles (p. ej. el interés por la China): cfr. S. GENISI, *Leibniz e le lingue storico-naturali*, en ID. (dir.), *Leibniz. L'armonia delle lingue*, Roma-Bari, 1995, 3 ss. (con bibliografía); MUGNAI, *op. cit.*, 239 ss.

137 Para la noción, C. SERRUS, *Le parallélisme logico-grammatical*, Paris, 1993.

138 La teoría, como es sabido, se formuló en numerosos escritos de Emile Benveniste (cfr. por todos E. BENVENISTE, *De la subjectivité dans le langage*, en "*Journal de Psychologie*", 1958, ahora en *Problèmes de linguistique générale*, I, Paris, 1966 = *Problemi di linguistica generale*, I, Milano, 1971, 310 ss.), encuentran desarrollo sobretodo en la semiología francesa: cfr. por todos G. BASILE, *Significato e uso. La dimensione sociale del significare*, en D. GAMBARARA (dir.), *Semantica. Teorie, tendenze e problemi contemporanei*, Roma, 1999, 51 ss.

139 C. LANCELOT – A. ARNAULD, *Grammaire générale et raisonnée contenant les fondamens de l'art de parler*,

cabe destacar la 'lógica' del orden de las palabras en la propia lengua, naturalmente perfecta, y en particular de la construcción directa de la frase, que correspondería al orden natural del pensamiento humano. Así nace el esquema lógico-gramatical 'sujeto-verbo-objeto'<sup>140</sup>. Un modelo, que por la influencia recibida de las teorías de PORT-ROYAL, incluso sobre la enseñanza de la gramática en las escuelas occidentales hasta nuestros días<sup>141</sup>, se convirtió en un esquema lógico de referencia mucho más allá del círculo de los especialistas.

La lógica y la lingüística tienen de esta manera un notable peso en la formación de los conceptos y de los usos terminológicos. Sin embargo, incluso reconociendo tal rol, no parece de todos modos posible seguir a SCHLOSSMANN en la idea de conducir enteramente la estructura 'sujeto-actividad (voluntad)-objeto' del negocio jurídico a las influencias de la gramática: la 'revolución' del siglo XVII es un movimiento general del pensamiento, que pasa, a veces, involucrando a sus protagonistas mismos por las ciencias exactas, la filosofía y la lingüística, pero también por el pensamiento político, la teología y el derecho.

En este sentido, desempeñaron un papel fundamental tanto el surgimiento de uno de los rasgos más representativos del iusnaturalismo, esto es el reconocimiento de la existencia de derechos innatos, que corresponden al individuo no en cuanto parte de un sistema, sino en absoluto, en cuanto hombre<sup>142</sup>, como la valorización del elemento de la voluntad, que, en ámbito filosófico y jurídico, se liga ciertamente a destellos ya presentes en el pensamiento medieval, pero que se discute nuevamente en clave subjetivista<sup>143</sup>. Así, si resulta cierto que la doctrina canonista medieval había ya afirmado —en sentido opuesto a las reglas del derecho

Paris, 1676, traducida en R. SIMONE (dir.), *Grammatica e Logica di Port-Royal*, Roma, 1969, 16, 49 ss., 170 ss.

140 Cfr. PELLERÉY, *Le lingue perfette*, cit., 141 ss., espec. 149 ss. con bibliografía.

141 Cfr. SIMONE, *Introduzione a Grammatica e Logica di Port-Royal*, cit., VIII.

142 Acerca de esta vicisitud, cfr. por todos B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church law 1550-1625*, Atlanta, 1997 = *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1550-1625*, Bologna, 2002.

143 Acerca de los impulsos individualistas del franciscanismo y su influencia en el ámbito jurídico cfr. por todos P. GROSSI, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, en "Quaderni Fiorentini", 1, 1972 = *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 141 ss., el cual, sin embargo, resalta que "la sistematización franciscana no merece ser calificada, pura y simplemente, de individualista, puesto que no logra renunciar a un fondo universalista de marca mística y teocrática de la cual está constantemente impregnada" (*ibid.*, 149); cfr. también ID., *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, en *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Atti Firenze, 1972), Milano, 1973 = *Il dominio e le cose*, cit., espec. 305, donde se rastrea la relación de continuidad pero también de fuerte diferenciación entre la visión individualista franciscana y aquella de la Segunda escolástica. Cfr. también M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975 = *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1986, 195 ss., 207 ss.



civil de corte romanista<sup>144</sup>— que *ex nudo pacto oritur actio*<sup>145</sup>, lo cual se justificaba con la regla del ordenamiento canónico según la cual el incumplimiento de una promesa es *peccatum*. Al contrario, la aproximación de los teólogos-juristas de la Segunda escolástica española al problema del carácter vinculante de la promesa unilateral<sup>146</sup>, que naturalmente no puede ser visto como un bloque unitario, sino que responde a lógicas compartidas<sup>147</sup>, se apoya en una noción, mucho más moderna, de la voluntad como dominio sobre los propios actos y como poder eficiente de transferir el derecho<sup>148</sup>. Una visión que ciertamente depende de la tradición canonista<sup>149</sup>, pero que se liga sobretudo a una nueva concepción de la propiedad como afirmación del espacio del individuo antes que como repartición del espacio de la comunidad: la voluntad se percibe como expresión de la libertad del individuo, de la cual la propiedad constituye la garantía<sup>150</sup>.

De esta manera se ponen algunas de las premisas más importantes para los desarrollos ideológicos y normativos posteriores del derecho privado: la exasperación en clave subjetivista del principio cristiano de la instrumentalidad de las cosas para el hombre<sup>151</sup>, que 'objetiviza' la realidad natural sometiéndola a la voluntad del sujeto; y la atribución, que involucra también la estructura del contrato, de un rol central a la propiedad como medio de apropiación de la realidad y de afirmación de la libertad individual.

Este legado ideológico se transmite al iusnaturalismo del siglo XVIII, particularmente en el área holandesa y alemana, quizás gracias a la pertenencia común al imperio Ausburgo<sup>152</sup>, donde desarrolla su influencia sobre la especulación

144 Salvo excepciones que de todos modos serán conducidas a la regla: cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, cit., 157 ss.

145 Cfr. gl. *Distantiam ad can. Iuramenti*, c. 12, causa XXII, quaestio 5: "item hic est argumentum quod ex nudo pacto actio oritur", sobre lo cual cfr. por todos F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967, 267 ss.

146 Basta reenviar a CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit. 334 ss.; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., I, 445 s.; ID., 'Contractus' und 'obligatio' im *Naturecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, en AA. VV., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Atti Firenze, 1972), Milano, 1973, 223 ss.; CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104 ss., mientras que, para una mayor profundización, a M. DIESELHORST, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, 1959, espec. 4 ss. acerca del precedente de Grocio.

147 Piénsese a la polémica entre L. DE MOLINA y L. LESSIUS evidenciada por CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104.

148 CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 104.

149 Y que verosíblemente es deudora también de la normativa castellana, que desde el siglo XIV había reconocido eficacia obligatoria al simple acuerdo: cfr. I. BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, en J. BARTON (ed.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, 1990, 145.

150 GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., 281 ss.

151 GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., 317.

152 La referencia es de BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, cit., 143.

de GROCIÓ y PUFENDORF acerca del valor de la *promissio*<sup>153</sup>. La relevancia atribuida al *consensus* negocial se liga a diversos factores, por una parte del pensamiento medieval<sup>154</sup>, pero también las exigencias de la praxis en reconocer eficacia obligatoria a los *pacta* y la revalorización de la antigua *fides* germánica, contrapuesta a la *subtilitas* romana<sup>155</sup>, formando un tejido complejo, en el cual resulta difícil distinguir las causas de los efectos, pero que tiene el éxito de hacer regresar dentro del esquema contractual la discusión sobre la voluntad, sobretodo mediante las elaboraciones de THOMASIIUS y WOLFF<sup>156</sup>.

El vestido jurídico del 'movimiento' que liga el sujeto al objeto-realidad reducido a su atributo, a su predicado, el 'verbo', para seguir con la metáfora gramatical de la relación jurídica, lo ofrece una vez más LEIBNIZ<sup>157</sup> quien, luego de sustituir *personae* y *res* con 'sujetos' y 'objetos', reelabora también la noción sistemática de *actio*, transformándola en 'acto' (*actus*) entendida ya —aunque en escritos que no tendrán una influencia directa sobre las elaboraciones posteriores pues permanecieron inéditos— como *declaratio voluntatis*<sup>158</sup>.

De aquí en adelante se trata de hechos conocidos. En Alemania la doctrina del negocio jurídico, basada en la *Willenserklärung*, parecería encontrar su 'creador' en D. NETTELBLADT<sup>159</sup>, alumno de Ch. WOLFF, y por tanto ligado a la filosofía de LEIBNIZ<sup>160</sup>, quien no se limita a describir la categoría general del *actus iuridicus* (llamado también *negotium iuridicum*)<sup>161</sup> sino que transporta los *substantialia* (así como los *naturalia* y los *accidentalialia*) del contrato al negocio, señalando que *substantialia*

153 Además de la sistemática de las obras de los dos autores y de los así llamados códigos iusnaturalistas, que oponen el derecho de las personas (comprendido el de familia) a los derechos patrimoniales (derechos reales; obligaciones y sucesiones como modos para adquirir la propiedad): sobre Grocio y Pufendorf, el ALR, el ABCB y el *code civil*, cfr. por todos WIEACKER, *op. cit.*, I, 499).

154 DIESELHORST, *Die Lehre des Grotius vom Versprechen*, cit., 4 ss., 34 ss.

155 BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, cit., 147 ss. (Países Bajos) y 158 ss (Alemania).

156 Cfr. por todos K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16 bis 18 Jahrhundert*, München, 1985, 135 ss., especialmente 156 ss.

157 LEIBNITZII *Nova methodus*, II, 18 (ed. cit., 201 s.). Pero es también importante, lo señala CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 107 s., el papel de ALTHUSEN y su reelaboración del concepto de *negotium*.

158 G. W. LEIBNIZ, *Ad elementa iuris civilis (1668-1671?)*, en G. GRUA (ed.), G. W. Leibniz. *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, II, Paris, 1948, 705 s., 710 s., recordado por CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 110 y 113 n. 105.

159 Así PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico*, cit., 78 s. y CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., 340 s.; cfr. para una reciente y diferente perspectiva, CAPPELLINI, *Negozio giuridico*, cit., 116.

160 Acerca de la relación ente LEIBNIZ y WOLFF reenvío por todos a P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, Milano, 1984, 513 ss., con bibliografía.

161 Cfr. D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*, I, 1, 5 § 63 ss., ed. Halae Magdeburgicae, 1762, 71 ss. espec. § 64 (ed. cit., 72), sobre el *actus iuridicus*; la expresión *negotium iuridicum* se recorre en *ibid.* III, 1 § 1 (ed. cit., 761).

*actuum iuridicorum dicuntur quae falso actu abesse nequeunt*<sup>162</sup>: el *consensus*, bisagra de los *essentialia contractus*, se convierte entonces en *declaratio voluntatis*, centro de los *essentialia negotii*<sup>163</sup>. También en Francia, donde incluso la doctrina permanece sustancialmente ajena a la categoría del negocio jurídico<sup>164</sup>, las nociones romanas de *personae* y *res* resultan proyectadas en los conceptos más 'lógicas' de sujeto y objeto, y se construye una noción de contrato que coincide en varios puntos con la de *Rechtsgeschäft*, porque depende de los mismos presupuestos ideológicos: en otras palabras, en Francia se habla todavía de *essentialia contractus*, como en la tradición del derecho común, pero en una dirección mucho más sistemática y de clara matriz subjetivista y voluntarista.

## VI. EL MODELO FRANCÉS: 'L'OBJET DU CONTRAT'

Es posible ahora comprender mejor el esfuerzo de generalización cumplido por ROBERT-JOSEPH POTHIER. Se trata, como ha sido señalado, de la primera elaboración acabada de una teoría del objeto del contrato<sup>165</sup>, pero este dato no puede ser sobrevalorado. "Pothier es el último de los viejos juristas, y no el primero de los nuevos", el mérito de su obra debe ser reconocido más en la sistematización de lo existente, que en la creación de nuevas teorías<sup>166</sup>. Y también en nuestro ámbito él no hace otra cosa que volcar la elaboración culta, primero medieval y luego moderna, de los *substantialia contractus* en los contenedores dogmáticos ofrecidos por la cultura de su tiempo, y en particular en las nociones de 'sujeto' y 'objeto'. Si surge un dato nuevo, es sobretodo en la circunstancia de que la ubicación de la obra de POTHIER debía sacar a la luz, necesariamente, las aporías y contradicciones ínsitas en la operación de extender los *substantialia* a contratos distintos de la compraventa, operación necesaria, dadas sus premisas ideológicas, medievales, pero imposible, considerada su vicisitud histórica. Ya DONEAU se había encontrado frente a ese problema, cuando aplicaba la teoría de los elementos esenciales a la locación, y lo había resuelto desmaterializando la noción de *res*, en la cual se comprendía sea las cosas, sea las actividades, sea el goce sobre ellas<sup>167</sup>. Ahora POTHIER apunta, aplica

162 NETTELBLADT, *Systema elementare*, I, 1, 5 § 68 (ed. cit., 72 s.).

163 Respecto de los *essentialia negotii* en la doctrina contemporánea, me limito a referir pocas obras clásicas: V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1933 (reimp.), 94 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (reestampa de la ed. Torino, 1960), 182 s. (cfr. también 102); W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1992, 80 s. (cfr. también 611, 627 s., 635 s.)

164 Cfr. por todos R. SACCO, *Negozio giuridico (circolazione del modello)*, en "Digesto" (sez. civ.), XII, Torino, 1995, 89 s.

165 C. A. Cannata, *Objeto del contratto*, en "ED", XXIX, Milano, 1979, 827.

166 P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, en "Quaderni Fiorentini", XIV, 1985 = *Il dominio e le cose*, cit., 390 ss. (cita *ibid.*, 391).

167 Cfr. *supra* § 4.

la teoría de los *substantialia* a todos los contratos, y de allí, puesto que el contrato representa para él el arquetipo de las obligaciones, a todas las obligaciones.

En el *Traité des obligations* (1761) el jurista francés toma la *essence* de la obligación en su fuente, en las personas entre las cuales ella nace, en las *choses* que de ella pueden constituir el *objet*<sup>168</sup>.

Puesto este esquema general, es natural esperarse que los elementos estructurales 'sujeto' y 'objeto' se encuentren en todo tipo de obligación, y también en el contrato: éste último se construye como acuerdo (*consensus*)<sup>169</sup> de 'sujetos' sobre un cierto 'objeto' (en el ejemplo tradicional de la compraventa, *pretium* y *res*)<sup>170</sup>. En tal modo, la categoría tradicional de los *substantialia* se vierte en la sistemática iusnaturalista; es la proyección de la noción de *res* en aquella, lógica y abstracta, de 'objeto', consciente de extender los *substantialia* a todo contrato<sup>171</sup>.

168 R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, II, Paris, 1848, 3.

169 Incluso el consenso en el *code civil* parecería ser concebido –acorde con el pensamiento del primer jusnaturalismo, de GROCIO y PUFENDORF– como coconsenso unilateral de aquél que se obliga: cfr. B. SCHMIDLIN, *La causa del contrato nel codice civile francese. Qualche osservazione sul consenso unilaterale e la causa lecita nell'obbligazione secondo l'art. 1108 del codice civile*, en L. VACCA (dir.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Palermo, 1995), Torino, 1997, 283 ss.

170 POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 6 ss. (n. 6-8).

171 El punto es, como resulta evidente, de extrema importancia, y no sin consecuencias. El sistema de los *substantialia* nació, lo hemos visto, respecto de la compraventa, cuyos elementos esenciales son consenso, precio y cosa. Del humanismo en adelante, la categoría se aplicaba a veces incluso a otros contratos pero no se había creado una sistemática general. La única excepción en tal sentido puede verse en MANTICAE *Vaticanae lucubrationes*, cit., I-II, en donde al análisis de los contratos en particular precede una cierta clase de 'parte general' (cap. I-III) en la que se trazan las líneas dogmáticas generales de los *substantialia*: la *substantia contractus* es para Mantica y sus predecesores (y en efecto él cita reiteradamente a Baldo), la "principalis ipsus (sc. contractus) essentia, quae submota contractus nullius est momenti, ut est pretium in contractu emptionis" (*ibid.* I, 12, 2 [ed. cit., I, 16]). Pero el jurista friuliano se limita a individualizar en el *consensus* la *substantia communis* a todo contrato (*ibid.* I, 12, 3-4 [ed. cit., I, 26]), el autor cita PAUL. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr. e *Inst.* 3, 22 para sostener que el consenso es "substantia omnium obligationum", distinguiendo luego en cada tipo contractual una *substantia propria*, como por ejemplo, en la compraventa, *pretium* y *res* (*ibid.* I, 12, 6 [ed. cit., I, 26]). Así que, en realidad, el consenso resulta generalizado, pero no cada elemento 'esencial'; y esto deriva claramente del hecho que para Mantica el modelo es todavía la compraventa, y si el consenso se encuentra en todo contrato, lo mismo no puede decirse para *pretium* y *res*. POTHIER va mas allá, también para él, naturalmente, el consenso es elemento común a todo contrato (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 4 s. [n.3]), y también para él, como para toda la tradición precedente, el modelo es la compraventa. Pero la noción de 'objeto' permite superar las diferencias contingentes entre los contratos particulares en un esfuerzo adicional de abstracción.

La operación, sin embargo, no se logra plenamente. El origen 'material' del elemento esencial '*objet*' –nacido de la *res* de la compraventa<sup>172</sup>– mantiene su peso, y es causa de constante confusión y ambigüedad<sup>173</sup>.

*Objet des contrats*, escribe el jurista francés, es una *chose* que el deudor se obliga a dar, hacer o no hacer<sup>174</sup>. Parecería una 'cosa' en sentido material; tanto es así que respecto de todos aquellos contratos en los que no se verifica una *chose*, Pothier tiende a utilizar la expresión sólo aparentemente sinónima de *matière du contrat*<sup>175</sup>; sin embargo, para mayor esclarecimiento en orden al concepto reenvía a la tradición acerca del objeto de la obligación, que constituye evidentemente una noción, si no coincidente, al menos ligada a las mismas reglas<sup>176</sup>.

La noción de *objet des obligations*, empero, resulta extremadamente equívoca. Por una parte, Pothier afirma que objeto de la obligación puede ser no sólo una *chose* que el deudor se obliga a dar, sino también un '*fait*' que él se obliga a hacer o no hacer –distingue coherentemente, el tratamiento de las *choses* y de los *faits*<sup>177</sup>. Por otra parte, afirma que no puede haber obligación alguna que no prevea una '*chose*' que sea debida, la cual constituye de aquella "*l'objet et la matière*"<sup>178</sup>– de modo que él parece afirmar que también un *fait* debe de todas maneras prever una *chose*. Por otra parte, sostiene que 'objeto de la obligación' pueden ser no solamente las cosas, sino también el simple uso o posesión de las mismas, por ejemplo, si se arrienda una cosa, objeto de la obligación es mas el uso de la cosa, que no la cosa misma<sup>179</sup>.

172El elemento esencial '*pretium*' tiene escasa relevancia autónoma, en cuanto comprendido en la noción de *res*: hay sin embargo contratos – POTHIER da el ejemplo del mutuo, mandato y depósito- cuya 'essence' es "qu'ils soient gratuits" (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 7 [n. 6]).

173Acerca de la equivocidad de la doctrina de POTHIER sobre el punto, cfr. también CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 830.

174POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 32 (n. 53): "*les contrats ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner, ou quelque choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui fera, ou qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire*".

175La expresión se usa como sinónimo sólo en los títulos de los párrafos y capítulos, pero nunca en las verdaderas y propias trataciones: algunas veces, como en la definición de '*objet der matière des obligations*', el término '*matière*' está en el título, pero en la definición está sólo el '*objet*' (POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 ss. [n. 129 ss.]); otras veces, cuando falta una '*chose*', en la tratación se habla sólo de '*matière*' (como p. ej. para el mandato: cfr. R. J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, en *Oeuvres*, v, Paris, 1847, 173 ss. [n. 6 ss.]).

176Contrariamente a lo afirmado por MESSINEO, *Contratto*, cit., 837; ID., *Il contratto in genere*, cit., I, 137; POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 32 (n. 53), relativo al objeto del contrato, contiene un preciso reenvío al objeto de la obligación. Cfr. en el sentido aquí propuesto CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 827 s.

177POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 ss (n. 131-135; 136-140).

178POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 (n. 129).

179POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 61 (n. 130): "*L'objet d'une obligation peut être ou une chose proprement*

En fin, la noción de *objet des contrats* coincide todavía, sin duda, con la figura que la generó, es decir, con la *res* de la compraventa. Por lo menos en las definiciones: cuando se desciende a los contratos en particular, se refugia en la *matière du contrat*. Pero ni siquiera la noción de *objet des obligations* logra liberarse del todo del significado originario de 'cosa' porque, en este punto es claro, la figura 'objeto de las obligaciones' no es sino una proyección, a toda la categoría 'obligaciones', de la figura 'objeto del contrato'.

Volviéndo una vez mas al 'laboratorio' que nos ofrece la locación, para examinar el éxito de estas innovaciones dogmáticas, debemos recordar de manera preeliminar que la materia de la así llamada *locatio operarum* fue en el derecho francés sustancialmente sustraída del ámbito civilista, para ser disciplinada por los reglamentos de las corporaciones de las profesiones y de las *ordonnances* reales. El hecho de que en el *Corpus iuris* se buscara únicamente la materia de la llamada *locatio rei e operis*, favoreció sin duda el señalado valor de 'cosa' de la noción de 'objeto del contrato'.

POTHIER, en el *Traité du contrat de louage*, define el *louage des choses* como un contrato en el que una parte se obliga a atribuir a la otra el uso o el goce de una cosa durante un tiempo determinado a cambio del pago de un precio<sup>180</sup>, y el *louage des ouvrages* como un contrato en el que una parte asigna a la otra una obra —en el sentido de *opus*— a cumplir a cambio del pago de una compensación<sup>181</sup>. En ambos casos, la *substance* de la locación está constituida por tres elementos: consenso, precio y cosa<sup>182</sup>; solo que, en la locación de cosa, la *matière* está dada por el *usage d'une chose* (*res utenda datur*), mientras que, en la locación de obra, la '*matière*' está dada por un *ouverage donné à faire* (*res facienda datur*).

Como se observa, se corre sobre el filo del equívoco. En el empalme de todas estas definiciones, el 'objeto' se identifica con la *res*, pero esta *res* tiene al menos tres significados, 'bien' sobre el cual se realiza el goce; el 'goce' mismo; la 'obra' derivada de la actividad. No obstante, se continúa todavía a sostener que el

*dit (res), que le débiteur s'oblige de donner, ou un fait (factum) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire (...). Non-seulement les choses mêmes (res) peuvent être l'objet d'une obligation; le simple usage d'une chose, ou la simple possession de la chose, en peut être l'objet. Per exemple, lorsque quelqu'un loue sa chose, c'est l'usage de sa chose, plutôt que la chose même, qui est l'objet de l'obligation qu'il contracte".* Cfr. también POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 11 (n. 22).

180 POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 2 (n. 1): "un contrat par lequel l'un des deux contractans s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer".

181 POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 133 (n. 392): "le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entres elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer".

182 Para la locación de cosa, cfr. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit., 6; para la de obra, *ibid.*, 134 (cfr. también ID., *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, ad D. 19, 2, n. 2, ed. Lugduni, 1782, I, 533).

empalme entre todas las figuras está en la *res*<sup>183</sup>, o sea en el *objet*, con la previsible confusión que de ello se sigue.

El *code civil* acoge la definición de *objet du contrat* diseñada por POTHIER, luego de un tentativo, en sede de trabajos preparatorios, de seguir sobretudo la definición de *objet des obligations*<sup>184</sup>, y afirma que es objeto del contrato la *chose* que una parte se obliga a dar, hacer o no hacer<sup>185</sup>.

El valor 'cosa' de la noción de *objet du contrat* no desaparece. Por ejemplo, en el centro de toda forma de locación se coloca siempre un *res*: en el *louage des choses*, se está obligado à *faire jouir...d'une chose*<sup>186</sup>; en el *louage des ouvrages*, se está obligado à *faire quelque chose*<sup>187</sup>. Pero, puesto que existen contratos en los que está ausente una 'cosa', ya la doctrina del siglo XIX se encontró con la necesidad de distinguir entre una *signification générale* de 'chose' (comprensiva del 'fait') y una *signification spéciale* (exclusiva de 'chose')<sup>188</sup>. Recientemente se afirmó que el contrato no tendría, propiamente, algún objeto, en el sentido de que tiene solamente efectos, que se identifican con el nacimiento de una o más obligaciones<sup>189</sup>. El valor 'cosa' del objeto en el art. 1128 c.c. fr. constituiría en realidad *une ellipse*: 'objeto del contrato' sería siempre una situación jurídica (p. ej., el derecho de propiedad en una compraventa)<sup>190</sup>,

183 Cfr. la definición de locación en POTHIER, *Pandectae Justinianae*, ad D. 19, 2, n. 1 (ed. cit., I, 533): "*locatio conductio est contractus quo de re fruenta vel facienda pro certo pretio convenit*".

184 Cfr. *Projet du Code civil*, art. 23: "*Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige de donner, ou un fait que l'une des parties s'oblige de faire ou de ne pas faire*" (cfr. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, Paris, 1827, 7; cfr. también 227). Sin embargo, la redacción definitiva del art. 1126 c.c.fr. (cfr. *infra*, n. 185) sigue la definición de Pothier de '*objet des contrats*' (me parece que la razón de la modificación se encuentra en esta preferencia, y no, como quería C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, en *Cours de Code Napoléon*, XXIV, Paris, 1877, 284- en el hecho de que el Tribunado quisiese evitar la riña "*faire un fait*", y en tal modo, al considerar superflua la expresión '*fait*', la haya suprimido; cfr. en este sentido también CANNATA, *Oggetto del contratto*, cit., 828). La noción de '*objet des obligations*' de Pothier parecería por el contrario haber sido acogida por el *código civil* español, en el cual se afirma que pueden ser 'objeto de contrato' sea "las cosas", sea "los servicios" (art. 1271).

185 Art. 1126 c.c.fr.: "*tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire*". Cfr. también los arts. 1128-1130 c.c.fr.

186 Art. 1709 c.c.fr.: "*Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et, moyennant un certain prix che cell-ci s'oblige de lui payer*".

187 Art. 1710 c.c.fr.: "*Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*".

188 Para la distinción, cfr. DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, cit., 284 s.; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles, 1878, 103 ss. Una aplicación concreta de la diferencia puede encontrarse por ejemplo en M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1909, 58: "*on appelle 'objet' de l'obligation la chose qui peut être exigée du débiteur par le créancier. Cet objet peut être un fait positif, comme l'exécution d'un travail ou un versement d'argent: on l'appelle alors 'prestation', ce peut être aussi un fait négatif, c'est à dire une abstention*".

189 Cfr. por todos J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Paris, 1993, 654; B. STARCK – H. ROLAND – L. BOYER, *Obligations. II. Contrat*, Paris, 1995, 210.

190 GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 655; STARCK – ROLAND – BOYER, *Obligations. II. Contrat*, cit., 210.

y en la definición del código se encontrarían diversas nociones. El objeto de la obligación, que coincide con la prestación: p. ej., en la venta, *la délivrance de la chose vendue*. El objeto de la prestación en el ejemplo de la venta coincide con la cosa, que puede consistir también en un bien inmaterial, como p. ej., un crédito. Es más, se destaca que objeto de la prestación es, en estricto rigor, no la cosa, sino el derecho sobre ella, o sea la propiedad, el uso, la posesión, etc. En fin, el objeto del contrato, que es definido por algunos como la operación jurídica que las partes buscan realizar, pero que coincide, para la doctrina dominante, con el objeto de la obligación<sup>191</sup>.

Es necesario reconocer, sin embargo, que la temática del *objet*, en el debate doctrinal acerca de la estructura del contrato, ha tenido siempre un rol marginal. Lo cual se debe verosímilmente a diversos factores. En primer lugar, al hecho de que el 'modelo', si bien con todas sus incongruencias, es relativamente coherente, al ser unívocamente 'cosa': según la estructura del contrato, se podrá mantener el valor de cosa o bien 'desmaterializarla', recorriendo la vía trazada por DONEAU. En segundo lugar, a la concepción unitaria del contrato en el derecho francés, que tiene sólo y siempre efectos obligatorios<sup>192</sup>. En fin, a la relevancia en gran medida asumida en las discusiones de la doctrina francesa, de la noción de *cause*, si es posible que se presente aún más ambigua que la de *objet*<sup>193</sup>. Sobre todo, nacieron dificultades en la coordinación entre las dos nociones. Si, en efecto, se dice en general que el objeto tiene que ver con el *quid debetur* y la causa con el *cur debetur*<sup>194</sup>, por otra parte la distinción entre los respectivos ámbitos no resulta siempre fácil: cuando en los contratos a título oneroso falte una contrapartida, es difícil establecer si se trata de ausencia de objeto o de causa, porque la *lésion*, entendida como desequilibrio entre las prestaciones, tiene que ver con el objeto, pero determina una ausencia parcial de causa; y lo mismo debe decirse cuando haya hipótesis de ilicitud o inmoralidad<sup>195</sup>.

191 Cfr. por todos GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 654 ss., con bibliografía.

192 Cfr. *infra*, § 7.

193 Una notable panorámica de las posiciones de la doctrina en GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 821 ss.

194 STARCK – ROLAND – BOYER, *Obligations. II. Contrat*, cit., 310; cfr. también GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 819.

195 GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 819 s. Y en efecto, la doctrina tiende a discutir de ilicitud del objeto también en ausencia de una expresa previsión normativa, respecto de hipótesis de causa ilícita o de contrariedad al orden público: cfr. *idid.*, 801 ss.



## VII. EL MODELO ALEMÁN: EL GEGENSTAND DES VERTRAGES.

Incluso si en el BGB faltan párrafos análogos a los arts. 1108 y 1126 c.c. fr., 1104 y 1116-1118 c.c. it. (1865), 1325 y 1346 c.c. it. (1942) un exámen, si bien veloz de las obras de codificación y de doctrina que constituyen los puntos de partida, muestra claramente que la noción de 'objeto del contrato' también fue relevante en la experiencia alemana. En ésta, en efecto, se observa una fuerte dependencia de las propuestas del iusnaturalismo.

En lo que tiene que ver con los códigos, si bien no encontramos sustanciales novedades en el CMBC (aunque en el *Anmerkungen* de Kreittmayr se habla claramente de *objectum* con relación a contratos específicos<sup>196</sup>), en el ALR el *Gegenstand des Vertrages* coincide con el *Gegenstand der Willenserklärung*<sup>197</sup>, identificado en cosas y actos<sup>198</sup>, y en el ABGB los requisitos de la posibilidad y la licitud del objeto se colocan como condición de la validéz del contrato<sup>199</sup>.

En doctrina, la influencia de la revolución sistemática leibniziana se retoma ciertamente en iusnaturalistas tardíos como DARJES<sup>200</sup>, PÜTTER<sup>201</sup> y sus alumnos

196 W. X. A. VON KREITTMAYR, *Ammerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, München, 1765, 1540 (locación).

197 ALR, I, 5 § 39: "Ueber alles, was der Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung seyn kann, können auch Verträge geschlossen werden".

198 ALR, I, 4 § 5: "Alle Sachen und Handlungen, auf welche ein Recht erworben, oder Andern übertragen werden kan, können Gegenstände der Willenserklärungen seyn". La primera parte del código está toda colocada sobre la distinción entre *personae, res* y *facta* (tit. I: *Personen*; tit. II: *Sachen*; tit. III: *Handlungen*), que son respectivamente sujeto y objeto de la declaración de voluntad (tit. IV: *Willenserklärungen*).

199 "Möglichkeit und Erlaubtheit" del 'Gegenstand des Vertrages' (§§ 878-882 ABGB) constituyen requisitos de validéz del contrato junto a la capacidad y la voluntad no viciada del sujeto-persona (*Fähigkeiten der Personen*, §§ 865-868; *Wahre Einwilligung*, §§ 869-877). En el ABGB, la influencia del iusnaturalismo se observa también a nivel sistemático: luego de una primera parte dedicada al *Personenrecht*, encontramos una segunda parte dedicada al *Sachenrecht*, a su vez dividida en un primer título relativo a los derechos reales (*Von den dinglichen Rechten*) y un segundo título relativo a los derechos patrimoniales personales (*Von den persönlichen Sachenrechten*), entre los cuales se comprenden los contratos. En particular, a contratos y negocios jurídicos está dedicada la sección décimo séptima (*Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt*).

200 J. G. DARJES, *Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae*, Jena, 1749, que intitula el primer capítulo de la parte general *De iurium atque obligationum obiecto*. Acerca de la obra y de la problemática relación del autor con la escuela de Wolff, cfr. R. STINTZING – E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III. 1, München-Leipzig, 1898, 284 s.

201 J. S. PÜTTER, *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*, Göttingae, 1776, que titula la primera parte de su obra *De varietate subiectorum et obiectorum iuris*.

HABERNIKKEL y HOFACKER<sup>202</sup>, o en las obras de Madihn, alumno de Nettelblad<sup>203</sup>, para dar tan solo algunos ejemplos. THIBAUT, en particular, criticaba, como LEIBNIZ, la falta de lógica en la sistemática justiniana: *die Römer haben für eine logische Systematisierung fast nichts gethan*<sup>204</sup> y por lo tanto sustituía con las nociones de 'sujeto' y 'objeto de derechos' aquellas 'físicas' y no 'jurídicas' de *personae* y *res*<sup>205</sup>.

Pero el modelo jusnaturalista 'sujeto-objeto', considerado ya instrumento lógico-sistemático imprescindible, también es acogido por secuaces de la Escuela histórica, HUGO, SAVIGNY y PUCHTA y, trámite estos últimos, llega a la Pandectística, que elevará el esquema, al hacer girar, alrededor del perno del sujeto y de su voluntad, el entero sistema, distinto en sus diversos ámbitos sobre la base del variar infinito de los 'objetos'.

HUGO, cuyo principal referente desde el punto de vista de la metodología jurídica era LEIBNIZ<sup>206</sup> - escribía que, para la validez de una *Willenserklärung*, es necesario que haya, *wesentlich*, "1) eine Person (...) 2) ein Gegenstand (...) 3) eine

202 E. HABERNIKKEL, *Institutiones iuris Romani*, Göttingae, 1776, y C. Cr. HOFACKER, *Institutiones iuris Romani metodo systematica adornatae*, Tubingae, 1773, ID., *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, I, Tubingae, 1800, donde *personae*, *res* y *facta* son asumidos como *obiectum legis* o *iuris*. Pero nótese que, por ejemplo, en HOFACKER, *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, cit., III, el término *obiectum* se utiliza nuevamente en las obligaciones para indicar el objeto de la *conventio* (*op. cit.*, 45 ss.: *res* o *factum*) y de la prestación (*op. cit.*, 47 ss., entendido esencialmente como "id quod debetur"), que es utilizado luego en los contratos en particular (mutuo: 114; comodato: 126; depósito: 130; locación, cuyo objeto son *res*, *factum* y *opus*: 224 ss., etc.), salvo que para la *emptio venditio*, para la cual se continua a utilizar el término *res* (150 ss.): aquí, naturalmente, no es necesario un concepto abstracto. Acerca de estos autores, ambos secuaces de Johann Stephan Pütter, cfr. SINTZIG – LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III, 1, 358 ss.

203 L. G. MADIHN, *Principia iuris Romani, systematicae in usum praelectionum disposita*, Francofurti, 1785, cuyo primer capítulo de la parte general está dedicado a *De iuribus et obligationibus eorumque subiecto et obiecto*. Acerca del autor, cfr. SINTZIG – LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III, 1, 440 s.

204 THIBAUT, *System des Pandecten-Rechts*, I, Jena, 1834, 6 s. (§ 6).

205 Las *personae* se representan como 'Rechtssubjecte' (THIBAUT, *System*, cit., I, 48 [§ 57]; 97 ss. [§§ 118 ss.], y las *res* como "alles, was kein Rechtssubject ist" (*ibid.*, I, 7 [§ 6]). Objeto inmediato del derecho ('Gegenstand der Gesetze') son 'Rechte' y 'Verbindlichkeiten' (entendidos como comportamientos remitidos a la voluntad del titular), de los cuales es fuente (más allá de la ley) el negocio jurídico (*ibid.*, I, 90 [§ 104]), y que tienen como objeto (*ibid.*, I, 48 [§ 57]; 125 s [§§ 158 ss.]) el *actus* ('Handlung': *ibid.*, I, 97 [§ 118]). La *res*, en cuanto 'Object der Handlungen' (*loc. ult. cit.*), es por tanto objeto (dos veces) mediato del derecho (*ibid.*, I, 133 [§ 167]: "...mittelbar Gegenstand der Rechte"). En esta sistemática, el contrato está naturalmente diseñado como el resultado de la voluntad de los contratantes, 'sujetos' (*ibid.*, II, 4 [§ 444]), ejercida sobre un 'objeto' constituido por cosas corporales o incorporeales (*ibid.*, II, 15 [§ 457]) que, en el caso de la locación, son 'Sachen' y 'Dienste' (*ibid.*, II, 59 [§ 511]).

206 Me limito a reenviar a M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1981, 356 ss.; cfr. también R. SINTZIG – E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, München-Berlin, 1910, 11 (Text) y 4 nota 21 (Noten). Naturalmente, esto sin negar los numerosos motivos de separación entre la doctrina de HUGO y el iusnaturalismo, acerca de lo cual cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1968, *passim*.

Willensäußerung über diesen Gegenstand»<sup>207</sup>; y que *Gegenstand einer Forderung* puede ser «eine Sache, an welcher ein Recht gegen Jeden erworben werden soll (dare), oder eine Handlung ohne alle nähere Beziehung auf eine Sache (facere), oder das Gestatten des Gebrauchs einer Sache (praestare)»<sup>208</sup>.

En la obra de SAVIGNY, influida o no por el iusnaturalismo mediado por HEISE<sup>209</sup>, las temáticas iusnaturalistas se vislumbran sobre diversos planos. Ante todo en la distinción, en el ámbito de los *Privatrechtsverhältnissen*, entre realidad de facto y realidad de derecho<sup>210</sup>. Luego, en la contraposición entre hombre y mundo exterior, este último percibido como objeto (*Gegenstand*) del dominio de la voluntad individual, dominio que es considerado la esencia de la relación jurídica<sup>211</sup>. En fin, en la adopción de la partición iusnaturalista de las relaciones jurídicas en las dos esferas del derecho de familia (*Familienrecht*) y de los derechos patrimoniales (*Vermögensrecht*), entre los cuales se comprenden derechos reales y obligaciones<sup>212</sup>. Y lo mismo debe decirse para la construcción de las obligaciones: la *Natur der Obligationen* se trata distinguiendo entre sujeto (persona) y objeto (*Gegenstand*) de la obligación, éste último llamado también 'contenido' (*Inhalt*) e identificado con la prestación (*Leistung, Handlung*)<sup>213</sup>; nótese que, como ya antes POTHIER, SAVIGNY identifica el *Gegenstand der Obligation* con el *Gegenstand des Vertrages*<sup>214</sup>.

207 G. HUGO, *Lehrbuch der Pandekten oder des heutigen römischen Rechtes*, Berlin, 1805, § 33.

208 G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, II, Berlin, 1819, 450 (§ 332); cfr. IV, Berlin, 1820, 207 s. (§ 223).

209 G. A. HEISE, *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten – Vorlesungen*, Heidelberg, 1807. Sobre esta influencia, cfr. por todos A. B. SCHWARTZ, *Zur Entstehung des modernen Pandectensystems*, en "ZSS", XLII, 1921, 578 ss., especialmente 582; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1947, 279 = *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1966, 130 ss.; L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach am Main, 1984, 141 ss.; el epistolario entre Savigny y Heise fué publicado por O. LENEL, *Briefe Savignys an Gregor Arnold Heise*, en "ZSS", XXXVI, 1915, 96 ss.

210 Fr. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 333 (§ 52).

211 SAVIGNY, *System*, cit., I, 333 s. (§§ 52-3); 386 (§ 58). En este sentido, sin embargo, es interesante notar que el proyecto inicial del primer libro del *System* había sido concebido por Savigny como *Allgemeiner Theil* subdividido en seis capítulos, de los cuales el primero sobre las fuentes del derecho, el segundo sobre los objetos y las tipologías que de los objetos derivan: cfr. *ibid.* I, 334-, el tercero sobre las personas, entendidas como 'Subjecte der Rechtsverhältnissen', y los restantes sobre las vicisitudes y sobre la tutela de la relación. Acerca de estas noticias sobre la redacción del *System*, y en general sobre la vicisitud compositiva del § 52, cfr. H. KIEFNER, *Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts. Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das 'Wesen der Rechtsverhältnisse'*, en H. HORN (hrsg.), *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift H. Coing)*, I, München, 1982, 149 ss., en especial 151 s.

212 Cfr. SAVIGNY, *System*, cit., I, 334 ss. (§ 53); 367 (§ 56).

213 Cfr. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, 4 ss. (§§ 2 ss.); en particular, sobre el 'Gegenstand der Obligation', cfr. 295 ss. (§§ 28 ss.).

214 SAVIGNY, *Obligationenrecht*, cit., II, 2 ss. (§ 52).

Para PUCHTA, en fin, todo derecho consiste en la relación entre la voluntad y un objeto (*Gegenstand*), y una relación tal se realiza como sujeción del objeto mismo<sup>215</sup>. Individualizado este esquema, él coloca el objeto a la medida del entero sistema jurídico. Puesto que la voluntad del sujeto es elemento constante en toda esfera del derecho<sup>216</sup>, la clasificación de los derechos puede efectivamente realizarse sólo sobre la base de sus diferentes objetos: *Sachen, Handlungen, Personen* (de lo cual tendremos respectivamente derechos reales; obligaciones; derechos de la personalidad, posesión, derecho de familia, sucesiones)<sup>217</sup>. Naturalmente, también las obligaciones y el contrato<sup>218</sup> se estructuran en términos de *Subject*<sup>219</sup> y *Gegenstand*<sup>220</sup>.

En lo que tiene que ver con la Pandectística, tratar los autores particulares sería inútil y repetitivo. Basta recordar que todo el derecho privado está construido sobre las nociones de *Rechtssubjekt, Rechtsobjekt* y *Rechtsgeschäft*, que se basa en los dos primeros<sup>221</sup>. Por otra parte, la sistemática se transmitió en aquélla época

215 Cfr. G. F. PUCHTA, *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, en "RhM", III, 1829 = *Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig, 1851, 230. Naturalmente la crítica de Puchta a la distinción sujeto-objeto sobre un plano gnoseológico, a continuación de la doctrina de Schelling (acerca del cual cfr. por todos J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas [1798-1846]*, Karlsruhe, 1975, 147 ss.; HERBEGGER, *Dogmatik*, cit., 399 ss.), se coloca sobre un plano distinto.

216 Sobre el objeto, cfr. PUCHTA, *Pandekten*, cit., 36 ss. (§§ 32 ss.); 49 ss. (§§ 33 ss.).

217 PUCHTA, *Betrachtungen*, cit., 230 ss.; ID., *Pandekten*, cit., 69 s. (§ 46).

218 Definido como 'Geschäftsobligation': cfr. PUCHTA, *Pandekten*, cit., 448 (§ 303).

219 Cfr. PUCHTA, *Pandekten*, cit., 348 ss. (§§ 232 ss.); 449 ss. (§§ 304 ss.); ID., *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1881, 315 ss. (§ 262).

220 Cfr. PUCHTA, *Pandekten*, cit., 328 ss. (§§ 220 ss.); 449 ss. (§§ 304 ss.); ID., *System und Geschichte*, cit., II, 298 ss. (§ 258).

221 Me limito a citar brevemente, a título de ejemplo, la sistemática de algunos autores. F. MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Gießen, 1820, lee sin más la *personae* como 'Subjekt' (117 [§ 108]); la *res* como 'Objekt' (141 [§ 134]); el '*Rechtsgeschäft*' como relación entre sujeto y objeto (152 ss. en especial 154 s. [§§ 150-151]). Así también J. Fr. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, I-III, 2, Göttingen 1838-1840: I, 116 (§ 32: persona como sujeto), 216 (§ 68: cosa como objeto), 264 ss. ('*Rechtsgeschäft*'): esp. 267 ss. [§ 91], sobre el objeto, y 269 ss. [§ 92], sobre el objeto); cfr. II, 2, 7 ss. (§§ 372 ss.) sobre los sujetos de la obligación, 40 ss. (§§ 383 ss.) sobre el objeto. Chr. Fr. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, I-III, Halle, 1844, particularmente atento a los perfiles de interpretación gramatical y lógica de la ley (I, 136 ss. [§§ 58 ss.]), halla el "*wesentlicher Charakter*" del derecho privado en las nociones de '*Rechtssubjekt*' (*persona*), '*Rechtsobjekt*' (*res*), '*Forderungsverhältnisse*' (*obligaciones*) (I, 170 s. [§ 78]); estructura la materia de las obligaciones en *Begriff und Eintheilungen* (II, 250 ss. [§ 322]), *Subject* (II, 252 s. [§ 323]), *Gegenstand* (II, 253 ss. [§ 324 ss.]), *Wirkung* (II, 258 ss. [§§ 327 ss.]), *der Obligation*; y sobre el mismo esquema ordena los contratos (II, 266 ss. [§§ 331 ss.]) (nótese que tanto el objeto de la obligación cuanto aquel del contrato se hacen coincidir con el vínculo, con la cosa o con el comportamiento). E. BÖCKING, *Einleitung in die pandekten des gemeinen Civilrechts*, Bonn, 1853, construye el sistema del derecho privado sobre la base de las nociones de *Rechtssubjekte* (135 ss.), *Rechtsobjekte* (243 ss.), *Recht* (relación entre voluntad del sujeto y voluntad común: 307 ss.); K. L. ARNDTS, *Pandette* (tr. it.), I, 1, Bologna,

también a los autores que estudiaban el derecho romano en una perspectiva preponderantemente histórica<sup>222</sup>, que no se perderá en la actual sistemática del derecho privado romano.

A pesar del contexto similar, el concepto de 'objeto del contrato' es ambiguo. PUCHTA, por ejemplo, identifica a veces el *Gegenstand des Vertrages* con la prestación (como en el mandato, donde falta una *res* y el objeto es el *Geschäft*<sup>223</sup>) y entonces

1882, divide el derecho según el contenido, citando Puchta (101 s. [ § 22]); identifica *persona* con *sujeto* (105 [ § 24]), y *res* con objeto (155 [ § 48]); estructura en negocio jurídico según el esquema sujeto-voluntad-objeto (197 [ § 64]); II, cit.: toma la 'esencia' de las obligaciones en el esquema 'concepto-objeto-sujeto-eficacia' (9 ss.); el objeto de la obligación es la prestación (11 [ § 202]), y en el contrato el contenido se identifica con la causa (108 s. [ § 233]), pero respecto de los contratos en particular, regresa a veces el concepto de 'objeto' (cfr. *infra*). K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I-III, Marburg, 1875-1876, identifica *persona* y 'Subjekt' (I, 64 ss.), *res* y 'Objekt' (I, 102 ss.); construye la *obligatio* (III, 16 ss.) y el contrato (III, 248 ss.) bajo la provisión de las nociones de sujeto y objeto. J. A. VON SELIFFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, I-III, Würzburg, 1860-72, titula sin más *Subject und Object* un parágrafo del capítulo dedicado al '*Rechtsgeschäft*' (I, 89 s. [ § 74]), dedica un capítulo al *Gegenstand der Obligation* (II, 11 ss.), y dos párrafos al *Gegenstand des Vertrages* (II, 67 ss. [ §§ 258-259]). A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1879, 3, habla de '*Gegenstand der Haftung*' (entendida como efecto de la *obligatio*: cfr. *ibid.*, 1). E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, especialmente 45 ss., construye todo el '*Rechtverhältniss*' sobre las nociones de 'Subjekte' y 'Objekte'. J. B. ARON, *Pandekten*, Leipzig, 1893, identifica *persona* con sujeto (37 [ § 17]) y cosa con objeto (70 [ § 37]); incorpora los conceptos de 'objeto de la obligación' (394 ss. [ § 225]), y de 'objeto del contrato'. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, utiliza las nociones de '*Rechtssubjekt*' (77 ss. [ § 15], 234 ss. [ § 56]) y de '*Rechtsobjekt*' (357 ss. [ §§ 94 ss.]). C. Fr. F. SINTENIS, *Das praktische gemeine Civilrecht*, I-III, Leipzig, 1868-1869, ordena, sobre la base de los diversos '*Gegenstände*', el *Rechtssystem* (I, 83 ss. [ § 11]) y las obligaciones (II, 20 ss. [ § 83]); luego habla de *Gegenstand der Leistung* (II, 57 ss. [ §§ 85 ss.]), hace sustancialmente coincidir el objeto del contrato con el objeto de la obligación (II, 284 ss. [ § 97]). H. DERNBURG, *System des römischen Rechts (Pandecten)*, I-II, Berlin 1912: el *allgemeiner Theil* está sustancialmente estructurado sobre '*Rechtssubjekt*' (I, 78 ss.), '*Rechtsobjekt*' (I, 113 ss.), '*Rechtsgeschäft*' (I, 157 ss.) (es de notar que los *essentialia negotii* continúan a ser ejemplificados sobre la compraventa: I, 163 [ § 81]); se utiliza ampliamente el concepto de '*Gegenstand der Obligation*' (II, 589 ss.) y, todavía repitiendo las observaciones de Windscheid (cfr. *infra*, nota 227) acerca de la ambigüedad de la noción e identificándola en la '*Leistung*' (II, 590 [ § 280]), se la emplea en los contratos singulares para indicar también los bienes económicos. Entre los juristas italianos ligados en mayor medida a la Pandectística alemana, es imposible no mencionar al menos F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, I-II, Modena, 1899, el cual ordena su tratación de las *Teorie generali* esencialmente sobre el esquema 'sujeto (persona)-objeto (cosa)' (I, 115 ss [ §§ 3 ss.]; 176 ss. [ §§ 12 ss.]), identifica el objeto de la obligación en la prestación (II, 3 s. [ § 100]) y hace coincidir con ella el objeto del contrato (II, 3 s. [ § 104]).

222 Cfr. por ejemplo A. GÜNTHER, *Principia iuris privati Romani novissimi*, Ienae, 1805, 688 (§ 982): *objectum locationis*; Th. M. ZACHARIAE, *Institutionem des römischen Rechts*, Breslau, 1816, 743: '*Gegenstand*' de la locación; L. A. WARKÖNIC, *Commentarii juris Romani privati*, II, Leodii, 1829, 2 s.: *objectum obligationis*; A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionem und Geschichte des römischen Privatrechts*, III, Leipzig, 1846, 15 ss. ( § 227): '*Gegenstand und Inhalt der Obligation*'; 442 ( § 302) '*Gegenstand*' de la locación.

223 PUCHTA, *Pandekten*, cit., 474 ( § 323).

la noción coincide con aquella de *Gegenstand der Obligation*<sup>224</sup>; otras veces, con un bien económico (una *res*, como en la compraventa<sup>225</sup>) y, coherentemente, como la mayoría de los pandectistas, observa el objeto de la locación no en el uso de la cosa o en la prestación de las obras, sino, sin más, en la *res* o en las *operae*<sup>226</sup>.

La ambigüedad, denunciada explícitamente en toda su gravedad por WINDSCHEID<sup>227</sup>, parece ser superada, aunque sólo en apariencia, en el BGB. Continúa en la turbia relación entre 'objeto' (*Gegenstand*) y 'contenido' (*Inhalt*) de la obligación y del contrato, que sin embargo no parece haber suscitado problemas para la doctrina alemana<sup>228</sup>. Sólo la disciplina del contenido se encuentra en el BGB, y tal contenido se identifica con la prestación (*Leistung*)<sup>229</sup>, pero no se comprende si es algo distinto o igual al objeto, incluso teniendo en cuenta que la expresión *Inhalt* fue introducida en los *Protokolle* de la segunda comisión en sustitución de *Gegenstand*,

224 Cfr. PUCHTA, *Pandekten*, cit., 328 ss. ( § 220).

225 PUCHTA, *Pandekten*, cit., 514 ( § 360).

226 PUCHTA, *Pandekten*, cit., 524 s. ( § 365): "*Der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird, können Sachen und Rechte seyn (locatio conductio rerum), oder Kräfte, und diese entweder unmittelbar, so daß zu leistende Dienste der Gegenstand sind (l. c. operarum), oder mittelbar, so daß die dadurch hervorzubringende Wirkung z. B. eine zu verfertigende Sache, Transport einer Sache etc. Gegenstand ist (l. c. operis)*". Es tal la ambigüedad que en la misma frase oscila entre un uso de 'objeto' para indicar la prestación de las *operare* o del *opus* (no del *usus rei*), y un uso para indicar la *res*, las *operae* o el *opus*, que no obstante me parece pertinente (y seguro, más allá de toda duda, en ID., *System und Geschichte*, cit., II, 360 [ § 275]). En la misma dirección de Puchta, cfr. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, cit., II, 2, 370 s. ( § 507); MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts*, cit., II, 428 ss. [ § 408]; cfr. 431 s. ( § 411), 439 ( § 414); ARNDTS, *Pandette*, cit., II, 324 ss. ( § 309 ss.); SEUFERT, *Praktisches Pandektenrecht*, cit., II, 223 ( § 326), 235 ( § 332); BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., II, 751 s.; BARON, *Pandekten*, cit., 523 ( § 292); SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, cit., II, 660 s. ( § 118), 677 ss. ( § 118), 689 ss. ( § 119); DERNBURG, *Pandekten*, cit., II, 782 ( § 368), 787 ss. ( §§ 369-370); cfr. 780 (367); cfr. también SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., II, 136 ss. ( § 137). Se distingue de la mayoría F. L. VON KELLER, *Pandekten*, Leipzig, 1861, I, 75 s. ( § 334), el cual considera 'Object' de la locación el uso o el goce de *res* y *operae*.

227 WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II, 11 s. nota 1 = *Pandette*, cit., II, 8 s. nota 1 ( § 252): con '*Gegenstand des Forderungrechts*' puede indicarse la prestación que será requerida en virtud del derecho de crédito; o también la persona del obligado, para cuantos sostienen equivocadamente que ésta se encuentra sometida al acreedor; o bien, igualmente de manera inexacta, la cosa *praestata*. En ausencia de expresiones sustitutivas, la locución debe ser conservada, escribe el autor, pero resulta necesario estar en guardia, para no utilizar inconscientemente la expresión una vez en uno, unas veces en el otro sentido. Y en efecto, coherentemente con la propia afirmación, Windscheid individualiza como '*Gegenstand*' de la locación no la *res* o le *operae*, sino el *usus* de la *res* o de las *operae*: WINDSCHEID, *Pandectenrecht*, cit., II, 671 = *Pandette*, cit., II, 539 ( § 399): "*die Miethe, welche den Gebruch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt Dienstmiethe*".

228 Me limito a citar E. A. KRAMER ( § 241), en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IIa. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, München, 2003, 55 ss., y V. EMMERICH, ( §§ 311 ss.), *ibid.* 1475 ss.

229 Cfr. §§ 241 ss. BGB (*Inhalt der Schuldverhältnisse*); §§ 306 ss. (*Inhalt des Vertrages*) en la primera redacción, §§ 311 ss. después de la reforma.

todavía presente en los *Motive* de la primera<sup>230</sup>, y que la noción de *Gegenstand des Vertrages* está todavía presente en el código, indicando la mayoría de los casos la prestación, pero en algunos también la cosa<sup>231</sup>. Lo que determina una cierta confusión: para dar sólo un ejemplo, el *Wesen* del *Dienstvertrag* está reconocido en la *Leistung* (= contenido) *der Dienste* (= objeto) (§ 611)<sup>232</sup>; pero, en el *Werkvertrag*, el *Wesen* del contrato, o sea la realización (*Herstellung*) del *opus*, que debería corresponder solamente al *Inhalt*, coincide con el *Gegenstand* que no es, como por el contrario se podría esperar, el *opus* realizado (§ 631)<sup>233</sup>. Complica aún más las cosas el hecho de que la noción de *Inhalt* es más amplia que la de objeto, puesto que desempeña en el ámbito alemán el rol que en el derecho francés reviste la causa, y esto es, el control de la validez del contrato<sup>234</sup>.

### VIII. LA IMPERFECTA SÍNTESIS DE LA EXPERIENCIA ITALIANA

El código civil italiano de 1865 recibe, aquí como en otros aspectos, el modelo francés<sup>235</sup>, y aún si falta un artículo expresamente dedicado a una definición del

230 Cfr. B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. II. *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, 3 ss., 500 ss., 97 ss., 614 ss.

231 Para limitar las referencias al *Allgemeiner Teil* (libro I, §§ 1-240) y al *Recht der Schuldverhältnisse* (libro II, §§ 241-853), el término '*Gegenstand*' se usa en el sentido de objeto del contrato, además de los párrafos indicados en texto, las más de las veces para designar la prestación (§§ 312, 312b, 499, 505, 651, 651l, 675, 676), y solo en un caso la cosa (§§ 468). Pero la noción '*cosa*' está siempre presente en los usos generales de la expresión: §§ 185, 216, 268, 273, 285, 292, 326, 246, 347, 418, 450, 457, 458, 459, 460, 463, 467, 584b, 732, 747, 752, 753, 755, 757, 816 (otras veces se usa en sentido meramente lógico: §§ 32, 194, 309; para indicar el objeto de derechos: §§ 93; el objeto del negocio: §§ 135, 161, 184; el objeto del acuerdo: § 611a; el objeto de la oferta al público: § 661; el objeto de la prestación: § 387).

232 Cfr. § 611 BGB: "(1) *Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.* (2) *Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein*". En los párrafos dedicados al '*Wesen*' de '*Mite*' y '*Pacht*' (§§ 535 y 581) la esencia del contrato se reconoce todavía en el *uti* y en el *frui*, pero a veces se habla de '*Gegenstand*' en el sentido de *res*: cfr., p.ej., § 581: "...den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes".

233 Cfr. § 631 BGB: "(1) *Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.* (2) *Gegenstand des Werkvertrag kann sowohl die Herstellung herbeizuführender Erfolg sein*". Más correctos los *Motive* de la primera comisión: el '*Werkvertrag*' "*ein Werk (im engeren oder weiteren Sinne) oder das Erzeugniß der Dienste oder der Arbeit zum Gegenstande hat*" (cfr. MUGDAN, *Materialien*, II, cit., 254; cfr. 262).

234 G. HOHLOCH, *Causa e contratto. Riflessioni relative all'attuale fase del diritto tedesco*, en VACCA (dir.), *Causa e contratto*, cit., 363. Cfr. *infra*, § 8.

235 Pero cfr. también *Codice del Regno delle Due Sicilie*. I. *Leggi civili*, arts. 1080, 1083 y 1084; *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, arts. 1069, 1096-1099, 1101-1102; *Codice civile del Regno di Sardegna*, arts 1195 y 1216; *Codice civile del Ducato de Modena*, art. 1147.

objeto del contrato, la noción es todavía, sin duda, la de cosa<sup>236</sup>. Pero, también aquí se presentan fuertes ambigüedades. Por ejemplo, el art. 1125 c.c. it. (1865), define, 'objeto del contrato' como la "transferencia de la propiedad o de otro derecho"<sup>237</sup>. Y la definición de la locación, ya ambigua en el código francés, resulta más incoherente aún: en efecto el código de 1865, si al respecto de las figuras particulares reproduce los artículos del *code civil* –por lo que se afirma que en la locación de cosas se nos obliga a procurar a la otra parte el goce de una cosa, y en la locación de obra a hacer para la otra una cosa<sup>238</sup>–, establece sin embargo un artículo, ausente en el código francés y que podría encontrar una premisa en los códigos italianos preunitarios<sup>239</sup>, con el cual en cierto modo se recupera la definición de 'objeto de la obligación' de POTHIER, atribuyendo de nuevo relevancia al '*fait*', o sea a las obras<sup>240</sup>. Se afirma, en efecto, que "el contrato de locación tiene por objeto las cosas o las obras" (art. 1568 c.c. it. [1865]), y con ello se realiza una verdadera y propia contradicción: ¿'objeto' de la locación de obra es la cosa producida, o bien, la obras dirigidas a producirla?

Pero, todo esto no es nada respecto de cuanto ocurre luego en el código de 1942. Este es, como se repite a menudo, el resultado de la contaminación entre el modelo francés y el modelo alemán. Pero también es, mediante estos, la precipitación de toda la tradición precedente, incluso de aquella que no encontró formalización expresa en los modelos originarios, aunque contribuyó a la formación de los mismos.

236 Art. 1116 c.c.it. (1865): "le sole cose che sono in commercio, possono formare oggetto di contratto"; art. 1117 c.c.it. (1865): "la cosa che forma l'oggetto del contratto, debb'essere determinata almeno nella sua specie. 2. La quantità della cosa può essere incerta, purché si possa determinare"; art. 1118 c.c.it. (1865): "le cose future possono formare oggetto di contratto".

237 FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 146; ID., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico*, cit., 10; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 132. La ambigüedad de la noción en la vigencia del viejo código había sido notada ya por V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Verona-Padova, 1898, 94 s.

238 Art. 1569 c.c.it. (1865): "La locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga a pagarle"; art. 1570: "La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede". Es de notar que en el código civil italiano de 1865 falta un artículo correspondiente al art. 1126 c.c.fr., aún siendo el art. 1104 c.c.it. (1865) relativo a los requisitos esenciales del contrato la exacta traducción del art. 1108 c.c.fr. Por el contrario están traducidos los arts. 1128-1130 c.c.fr. (cfr. arts. 1116-1118 c.c.it. [1865]). Cfr. también *Codice del Regno delle Due Sicilie*. I. *Leggi civili*, arts. 1555-1556; *Codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, arts. 1626 y 1689; *Codice civile del Regno di Sardegna*, arts. 1715-1716; *Codice civile del Ducato di Modena*, arts. 1642-1643.

239 Cfr. *Codice del Regno delle Due Sicilie*. I. *Leggi civili*, art. 1554; *Codice civile del Regno di Sardegna*, art. 1714; *Codice civile del Ducato di Modena*, arts. 1641.

240 Acerca de este artículo cfr. por todos PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, cit., 338 (§ 269).



El artículo 1325 sobre los requisitos del contrato y los artículos 1346-1349, que tratan específicamente del objeto, derivan claramente en la concepción sistemática del modelo francés, representando el último acodo de la doctrina de los *substantialia contractus* que, como se ha dicho, se formó a partir de textos romanos en los que se trataba de pactos adjuntos a la compraventa. De allí el valor eminentemente 'cosal' de la noción de objeto en la tradición francesa, que no se separó tanto de los esquemas medievales, llegando al máximo a desmaterializar la *res* hasta hacer entrar en ella, aunque sólo allí donde era inevitable, la prestación: la jurisprudencia culta no rechaza la doctrina tradicional de los *substantialia*, limitándose a aplicarla explícitamente a los contratos diversos de la compraventa. POTHIER se coloca en estrecha continuidad con la tradición culta, al sustituir solamente la noción de *res* (ya desmaterializada) con aquella más 'moderna' de objeto; y el *code civil* acoge este planteamiento. La doctrina italiana que observa en sentido 'cosal' la noción de 'objeto del contrato' resulta entonces plenamente justificada. La formulación del código no es ni casual ni elíptica, como a veces se afirma, sino más bien cargada de significado e historia.

A este valor, sin embargo, se acompañó otro, igualmente relevante en la construcción de la noción, que debe ser rastreado en la tradición del área germánica. Aquí la doctrina de los *substantialia* tuvo un peso relativo respecto de la afirmación de la voluntad individual. El consenso contractual en Francia sufrió sin duda una transformación en sentido iusnaturalista, pero permaneció siempre anclado en la sistemática tradicional de los elementos esenciales, porque, como se ha dicho, la sistematización de POTHIER depende todavía en gran medida de la doctrina culta, en la cual sin embargo se manifestaron las mayores resistencias a una construcción del contrato en sentido puramente voluntarista<sup>241</sup>.

En Alemania, por el contrario, la construcción iusnaturalista del negocio jurídico estuvo libre, en gran medida, de la tradición medieval. Más que del consenso contractual, la *declaratio voluntatis* recogió del esquema de la promesa unilateral, puesto en términos nuevos por la Segunda escolástica, atendiendo, sin duda, exigencias ya surgidas también en ámbito contractual en el derecho canónico, acogido en el área germánica gracias a la mediación de GROCIO y

241 Baste considerar, todavía en el siglo XVI, las discusiones de Alciato y Conan sobre la definición labeoniana de *contractum* como συναλλαγμα, en las cuales el dato consensual aparece del todo secundario (U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, en BARTON [ed.], *Towards a General Law of Contract*, cit., 215 ss.; cfr. también BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 116 ss.). Y que la 'teoría general del contrato' expresada por Doneau en su *Commentarius de iure civili*, reproduzca exactamente —aunque en un contexto ideológicamente diverso, y salvo la referencia a la *approbatio*, que lleva al jurista francés incluso a una crítica de Teófilo: pero es claro que en el modelo romano esta función la desempeñaba el *nomen contractus* civilístico y el edicto del pretor— la tratación de las *conventiones iuris gentium* contenida en los *libri ad edictum* de ULPIANO (DONELLI *De iure civili*, XII, 6, en *Opera*, cit., III, 471 ss.; sobre la teoría contractual de Doneau cfr. BIROCCHI, *op. ult. cit.*, 178 ss.).

PUFENDORF. Cuando esta 'voluntad' regresó al contrato con el tardío iusnaturalismo, ya había encontrado su vestido dogmático y sistemático en la reelaboración leibniziana de la noción romana de *actio* en el sentido de 'acto', y ya tenía, entonces, una fuerte caracterización propia. Resulta verosímil que justo esta autonomía de la *Willenserklärung* del *consensus* haya permitido al objeto de la voluntad estar menos condicionado por el objeto del consenso, o sea de la *res* de los *substantialia*. Aquí debe entrar en juego, más allá de la supraestructura de los esquemas conceptuales, la operatividad concreta del sistema contractual romano, efectivamente vigente en Alemania hasta finales del siglo XIX, ordenado en modo tal que coloca en primer plano la prestación: es con esta última, aunque si con ningún titubeo en sentido 'cosal', que se hace coincidir el *Gegenstand der Willenserklärung* en ámbito obligatorio, y esta es la noción que mediante la Pandectística fue recibida, como se ha visto, no sin alguna ambigüedad, con el BGB. De este modelo tiene el origen la identificación del objeto del contrato con la prestación en algunos artículos del código civil italiano de 1942, identificación que no casualmente aparece en aquella parte que constituye el *allgemeiner Teil* de las obligaciones (arts. 1173-1320), ausente en el *code civil* y en el *codice civile* de 1865<sup>242</sup>, y en las definiciones del contrato, dependientes ciertamente mas de la parte general (arts. 1174 y 1346 ss.). Así que resulta importante reconocer que no está errada ni siquiera la parte de la doctrina que identifica el 'objeto del contrato' en la prestación. Esta acepción, en efecto, contribuyó, y de manera relevante, a la construcción dogmática de la noción.

El semblante del contrato cambió en gran medida, en el sistema italiano, cuando fue recibida, y reinterpretada, la novedad francesa del consenso translaticio<sup>243</sup>. Como se sabe, en efecto, el *code civil* estableció que el simple consenso puede transferir la propiedad de una cosa, y esta regla la repite sea el código civil italiano de 1865, sea el de 1942, diferenciándose con fuerza del modelo romanístico perpetuado en ámbito germánico, aun cuando de formas diversas en Austria y Alemania. Sin embargo, resulta importante recordar que en derecho francés el contrato es siempre obligatorio, en el sentido de que el consenso determina una obligación de dar que coincide con la de *livrer la chose*, que sin embargo hace propietario al acreedor incluso antes de la transmisión de la cosa<sup>244</sup> y coherentemente, en el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar una cosa, pero la propiedad se transfiere al momento del consenso<sup>245</sup>. Aún si desaparecida la *traditio*, en suma, en el derecho francés entre el consentimiento y la transferencia de la propiedad está siempre presente el filtro de la prestación. El cuadro no era diferente en el código

242 Cfr. por todos A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale* (arts. 1173-1176) (Comm. Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1988, 77 s.

243 El cuadro más claro y agudo de esta vicisitud resta aquél trazado por M. GIORGIANNI, *Causa* (*dir. priv.*), en "ED", VI, Milano, 1960, 548 ss., que sigo de cerca.

244 Arts. 1036 y 1038 c.c.fr.

245 Arts. 1582 y 1583 c.c.fr.

civil italiano de 1865: el contrato se concebía siempre en función del vínculo<sup>246</sup>, incluso si el simple consentimiento podía transferir la propiedad u otro derecho<sup>247</sup>; y por ello en la venta se hablaba de obligación de dar la cosa, agregando que la propiedad se adquiere con el consentimiento<sup>248</sup>. En los primeros treinta años luego de la entrada en vigor del viejo código, la doctrina italiana no se separó de estos esquemas. Pero con el tiempo, en principio inadvertidamente, luego conscientemente, se abandonó la perspectiva puramente obligatoria del contrato y se admitió la posibilidad de un contrato con efectos reales: un viraje que se reflejó significativamente sobre la reescritura de la definición de contrato cumplida por el código de 1942, en el cual se suprimió el llamado al "vínculo jurídico", prefiriendo hablar de "relación jurídica patrimonial"<sup>249</sup>. Esta vicisitud tuvo notables resultados sobre el concepto de 'objeto del contrato'. Si ya la noción oscilaba entre el valor de cosa y el de prestación, una vez admitida la posibilidad de un contrato que a veces debilita la prestación y determina directamente la adquisición de un derecho sobre una cosa, la ambigüedad de la figura se enfatiza. En efecto, en un sistema como el nuestro, en el que las definiciones generales padecen de la influencia alemana e identifican el objeto con la prestación, la sobrevivencia del valor 'cosal' en los restantes artículos, habría sido interpretada como en Francia, sin fundamento histórico, como expresiones elípticas relacionadas propiamente con el objeto de la prestación. Pero, si existe un contrato sin prestación, el valor 'cosal' no puede sino recuperar vitalidad e importancia de significado, se refiera directamente a una cosa material o al derecho sobre la cosa.

En realidad, como muestra el análisis histórico, no sólo la noción de objeto del contrato es deudora, en nuestro ordenamiento, sea del valor 'cosal', sea del significado de 'prestación', aunque, estos dos valores no sean plenamente alternativos entre ellos. De un lado, el significado de objeto como *res* nació y se desarrolló en contextos que no habían excluído absolutamente las concepciones romanas del contrato como mera fuente de obligación y de un rol, en suma, secundario del consenso, y que por ello, incluso en función subsidiaria, han debido tener presente siempre la prestación. Del otro, la identificación con la prestación, se favoreció con la vigencia, en Alemania, del derecho romano, y entonces se alimentó de la concreta estructura de las relaciones, pero se cumplió dentro de perspectivas culturales en las que el esquema 'sujeto-voluntad-objeto', entendido como modelo de apropiación del mundo de las cosas por parte del hombre, era ya de tiempo atrás absorbente, de modo que no era posible escapar a una—aunque secundaria—, visión 'cosal' del objeto.

246 Art. 1098 c.c.it. (1865).

247 Art. 1125 c.c.it. (1865).

248 Arts. 1447 y 1448 c.c.it. (1865).

249 Art. 1321 c.c.it. (1942). Cfr. GIORGANI, *Causa*, cit., 548 ss., 561 ss.

Pero no basta. Como se ha visto, la noción de 'objeto del contrato' se formó mediante la recompreensión en clave subjetiva de la 'cosa' y de la 'prestación'; y el surgimiento del subjetivismo como valor positivo se realizó sobretudo en el plano gnoseológico. Por ello, en sustancia, también la teoría de la 'descriptiva negocial' revela uno de los factores de formación de la noción.

En otras palabras, sea la teoría del bien económico, sea la de la prestación, sea aquella de la representación, toman aspectos relevantes del problema, pero siempre de manera parcial en el proceso de hacer absoluta una perspectiva en perjuicio de las otras, encuentra su principal límite. Adquirida esta consciencia, intentemos sacar alguna conclusión.

#### IX. EL ROL DEL OBJETO EN LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO Y LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE 'ELEMENTOS' Y 'CONDICIONES' DEL NEGOCIO

La categoría 'objeto del contrato' es un producto histórico, que se formó a merced de la confluencia de factores con naturaleza y proveniencia diversas. El uso práctico de las reglas y de los modelos del derecho romano fuera de su contexto, la interpretación secular de estos modelos con lentes siempre distintos, la memoria de las transformaciones que a menudo desaparece y genera confusiones y abstracciones indebidas esto contribuyó a formar la noción y, en cierta manera, trazó su código genético e individualizó, valdría decir, la 'esencia'. Un uso de la categoría que prescindiera de su historia es por tanto impensable. No sólo en el sentido de que nació en contextos precisos y no debe ser utilizada fuera de tales contextos, pues se padece de graves fenómenos de autoproyección. Pero tampoco en la dirección de una definición dogmática, porque una correcta determinación de su estructura no puede prescindir de los componentes que contribuyeron a crearla, y que son todavía vitales en su interior.

Estos componentes son esencialmente tres: el originario y persistente valor 'cosal'; la herencia romana de la centralidad de la prestación; y la aproximación subjetivista que caracteriza a la cultura jurídica moderna.

En sede de definición, resulta necesario ante todo tener en cuenta el esquema 'ideológico' dentro del cual se coloca la noción ('sujeto'-'objeto') que no fue abandonado ni siquiera luego de la desvalorización del elemento de la voluntad en las más recientes posturas interpretativas alrededor del negocio jurídico<sup>250</sup>. Se trata de un modelo antropológico que ciertamente puede y, en cierta medida, debe ser puesto en discusión, pero del cual no puede prescindirse en la interpretación del ordenamiento vigente.

Ahora, me parece que cuando se percate de la penetración de un esquema tal en todo aspecto del imaginario jurídico, y particularmente en la concepción moderna del contrato, no podrá sino atribuirse al 'objeto del contrato' un valor

250Cfr. por todos FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 31 ss.

bastante amplio, en el sentido de que dicho valor deberá indicar todo aquello que en el negocio es distinto del sujeto. Con esto pareciera que las posiciones más cercanas a la lógica del instituto sean aquellas que identifican el objeto con el entero programa contractual o, según una terminología difundida, son su 'contenido'. Pero al respecto es conveniente advertir que tales teorías no pueden ser acogidas en las formulaciones generalmente propuestas por la doctrina. De un lado, en efecto, no se puede hacer coincidir el objeto con el conjunto de los requisitos esenciales y accidentales del negocio: el objeto se contrapone al sujeto y a su actuar, pero el acuerdo de las partes es, históricamente y dogmáticamente, uno de los *substantialia contractus*. Entonces, el objeto puede coincidir sólo con una 'parte' del negocio. Del otro, es necesario aclarar que esta 'parte' no se podrá hacer coincidir con la sola prestación, porque de otro modo se manifestaría nuevamente la insuficiencia de esta última noción para resumir el entero programa contractual<sup>251</sup>. Más bien el contenido deberá ser identificado con la estructura preceptiva del contrato, con la descripción de los efectos queridos por las partes o sea, según el dictado del código, la constitución, reglamentación o extinción de una relación jurídica patrimonial.

De tal modo, será posible recuperar los otros dos componentes de la noción, esto es, los valores del 'objeto' como 'cosa' –no en el sentido reductivo de bien económico, sino en aquel más amplio, surgido ya en la tradición, de 'situación jurídica sobre la cosa'– o como 'prestación', que serán absorbidos dentro del programa contractual como posibilidades, las más significativas, de articulación del contenido; posibilidades que no se excluyen recíprocamente, como quisieran los partidarios de las teorías del 'bien económico' y de la 'prestación', sino que evidencian de vez en cuando, sobre la previsión de la particular disposición de los intereses de las partes, la configuración del 'proyecto' de las mismas. Se podría conservar, entonces, la unidad de la noción, así como hacerla flexible respecto de la multiplicidad de sus aplicaciones.

Sin embargo, la matriz subjetivista sobresa también en otra dirección, y esto es la constante referencia de la noción de 'objeto' hacia un relativismo gnoseológico que impone tener en cuenta incluso aquellos planteamientos según los cuales el objeto del contrato no puede coincidir con algo de la realidad objetiva, sino que debe corresponder a una realidad meramente ideal. En este caso, la adhesión a las doctrinas discutidas (§ 1) no podrá ser completa. En particular, deberá aclararse que si el 'proyecto' se identifica con el objeto del contrato, deberá ser, él mismo, destinatario directo de los requisitos de posibilidad, licitud y determinación o determinabilidad requeridos por el código; pero que, por otro lado, no podrá ser abstraído de la realidad económico-social sobre la cual recaen los efectos jurídicos, y deberá compartir con ella las características. Lo que quiere decir que no será posible ni atribuir las condiciones de validez al solo objeto-representación,

251 Cfr. *supra*, § 1.

sosteniendo que las calidades del objeto-realidad incidan sólo sobre la eficacia, porque esto, como hemos visto, podría inducir a tener como válido un negocio referido a una realidad inexistente o imposible, aunque representada por las partes, o frustraría en absoluto la categoría de negocio inválido. Tampoco referido al solo objeto-realidad, puesto que ello haría sustancialmente inútil la categoría del objeto-representación.

Naturalmente, es imposible ocultar que esta identidad del objeto con todo lo que en el negocio es distinto de los sujetos y de su voluntad, pone un problema constructivo respecto del artículo 1325 del c.c.it. Aquí, en efecto, se mencionan entre los 'requisitos' del contrato, además del acuerdo de las partes y del objeto, también la causa y la forma. ¿Debemos entonces entender el objeto como comprensivo de causa y forma? El problema requeriría un análisis histórico-dogmático aparte, que ciertamente no se puede adelantar aquí. No obstante, creo que es posible delinear, al menos, algunas consideraciones.

Ante todo, ayudados por la vicisitud histórica de los *substantialia*, podemos despejar el campo de equívocos. Como hemos visto, los elementos esenciales del contrato (y luego del negocio) han sido siempre el consenso y el objeto (síntesis de *pretium* y *res* de la compraventa). Ni la causa ni la forma fueron allí comprendidos, hasta la elección del *code civil* primero (respecto de la causa) y del código civil italiano de 1942 después (respecto de la forma) de agregarlos a la lista, hablando respectivamente de '*conditions essentielles*' y de '*requisiti*' (en el código de 1865, '*requisiti essenziali*'). Quizás condicionada por la doctrina de los *substantialia*, la doctrina ha traducido a menudo las '*conditions*' y los '*requisiti*' como 'elementos (esenciales)'. Pero se trata de expresiones bien distintas.

La causa y la forma son necesarias para la existencia del contrato, pero no son sus 'elementos', en el sentido de que no participan en su sustancia estructural<sup>252</sup>. Son, sobretodo, para usar la terminología francesa, 'condiciones' de su existencia como contrato, en el sentido que se agregan a los elementos estructurales del negocio (sujetos-voluntad-objeto) para determinar la conducencia a la figura del contrato<sup>253</sup>. Y esto se comprende cuando se reflexiona sobre su función: se trata de parámetros que permiten al ordenamiento distinguir entre el consenso de todas maneras prestado y los acuerdos jurídicamente relevantes, cosa que sin

252 Naturalmente, se alude en el texto a la forma como requisito especial de algunos negocios, y no al valor lato de forma como condición de reconocibilidad del acto respecto de los otros, que en este sentido podría hacerla entender como elemento de estructura del negocio (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 125 ss.).

253 Pero cfr. también, respecto del derecho inglés, G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, 303 (luego de haber establecido usar la noción de 'objeto del contrato' en el sentido de "quid en orden al cual las partes crean el vínculo contractual": *ibid.*, 285): "toda prestación deducida en *contract* lleva debajo un doble perfil: a) a nivel estructural como componente del objeto del *contract*; b) en sentido funcional, ... como *consideration* justificativa de la vinculabilidad de la relación".

embargo debería hacer reflexionar sobre la afirmación real, más allá de proclamas ideológicas, del principio consensualista en la *civil law*<sup>254</sup>. La causa en particular, en el derecho italiano y francés, tiene la función de justificar el negocio sobre el plano de la atribución patrimonial (problema de la ausencia de causa)<sup>255</sup> cumpliendo una exigencia que en la historia fue en su momento satisfecha por una serie de indicadores —que sin embargo a veces operan en positivo, y no en negativo como los caracteres de la causa en nuestro ordenamiento—. En el derecho romano, del *nomen contractus* o de la *causa* —entendida, en los contratos innominados, como contraprestación ya ejecutada—; en la experiencia medieval, de la doctrina de los *vestimenta*<sup>256</sup>, y en particular en la *causa* de la reflexión canonista, que atempera el carácter absoluto del principio *ex nudo pacto oritur actio*<sup>257</sup> y que se encuentra en las doctrinas de los juristas del siglo XVI, con nuevas vestimentas que anuncian la formación de la noción moderna<sup>258</sup>; en la *common law*, del *deed* y de la *consideration*<sup>259</sup> (que acaso, según diversos autores, no podría haberse formado a partir de la figura elaborada por el derecho canónico<sup>260</sup>) en el derecho alemán, de la *forma*<sup>261</sup> y del *Inhalt*<sup>262</sup>. Una exigencia tan radicada en el plano 'objetivo' de los sistemas, que

254 Sigo naturalmente, en esto, la perspectiva de G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*. I. *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 81 ss., 196 ss., 322 ss. (que a veces también parece discutible sobre el plano de la reconstrucción histórica). Cfr. también, de reciente, P. G. MONATERI – R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, en "Digesto" (sez. civ.), IV, Torino, 1989, 145 ss. En la definición de la causa como 'indicador significativo del intento de vincularse' de ZWEIFERT – KÖTZ, *Introduzione*, cit., II, 89 ss., me parece se enfatiza excesivamente en el perfil subjetivista y voluntarista de la noción.

255 Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratto in generale*, cit., 306; cfr. también *ibid.*, 312: en nuestro derecho falta una norma acerca de la ausencia de causa, pero la regla se deduce de la combinación dispuesta por los arts. 1325 (requisitos), y 1418 c.c.it. (1942) (nulidad por falta de uno de los requisitos).

256 Cfr. de reciente, VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune*, cit., 99 ss., y — con particular referencia a la causa— BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 45 ss.

257 Cfr. por todos R. H. HELMHOLZ, *Contracts and the Canon Law*, en BARTON (ed.), *Towards a General Law of Contract*, cit., 51.

258 Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, en VACCA (dir.), *Causa e contratto*, cit., 189 ss.; ID., *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 137 ss, 254 ss.

259 Acerca de esta función en relación a causa y forma, aún con las debidas distinciones, cfr. por todos CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 25 ss., en particular, sobre la *consideration* como instrumento de selección de los intereses meritorios de tutela, cfr., M. SERIO, *Note su consideration e causa*, en VACCA (dir.), *Causa e contratto*, cit., 385 ss., en espec. 395.

260 Cfr. por todos ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 554 ss.

261 Que, según cuanto enseñaba BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 197 ss., en los negocios abstractos hace las veces de causa, que además no desaparece verdaderamente, sino que asume una relevancia indirecta.

262 HOHLOCH, *Causa e contratto*, cit., 363.

sobrevive incluso cuando de estos se rechazan los parámetros, como sucedió respecto de la causa en el nuevo *Burgerlijk Wetboek* holandés de 1992<sup>263</sup>.

Es importante reconocer que la distinción entre elementos 'estructurales' y elementos 'funcionales' (o 'condiciones') y en particular entre 'objeto' y 'causa'; presenta en el derecho italiano gran dificultad, sobretudo por la incoherencia del texto del código. Por ejemplo, ha sido fuente de confusión la contaminación entre las dos figuras perseguida por el legislador de 1942 cuando se introdujo, entre los requisitos del objeto, también la licitud con el intento de armonizar la materia del objeto con aquella de la causa<sup>264</sup>. Se trata, evidentemente, de una inútil duplicación. Es cierto que puede darse una ilicitud de la causa cuando el objeto sea lícito, pero no puede darse el contrario<sup>265</sup>, tanto que, en concreto, la jurisprudencia configura la mayoría de las veces tales hipótesis como 'ilicitud del objeto y de la causa'<sup>266</sup>. Pero cuando se mira la historia y la comparación, también tales desarmonías se redimensionan, y es más, contribuyen a la mejor comprensión de la estrecha conexión entre los dos requisitos del contrato. Mostrando que la causa no es sino el objeto (contenido) visto desde una perspectiva dinámica o funcional, y el objeto (contenido) es la causa vista en su dimensión inerte o estructural<sup>267</sup>.

263 H. ANKUM, *La causa del contratto nello sviluppo del diritto olandese fino al nuovo codice civile del 1992*, en VACCA (dir.), *Causa e contratto*, cit., 405.

264 Cfr. *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, Roma, 1940, 143 (ad. 211): el relator G. Anselmi resalta como en el Proyecto preliminar se habla de posibilidad y licitud del objeto (en sustitución del requisito de la comerciabilidad requerido por el art. 1116 c.c.it. [1865]) para armonizar la materia con aquella de la causa. Cfr. *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941)*. *Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*. II. *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, Roma, 1942, 63 (art. 211: la *Relazione* de Dino Grandi al proyecto contenida *ibid.*, I, 97 ss., no proporciona explicaciones al respecto, así como la *Relazione al Re* sobre el texto final publicada en *Codice civile. Testo e relazione*, Roma, 1943, 133 [n. 616]). Pero la formulación estaba ya en el proyecto de la Comisión D'Amelio (cfr. *Codice civile, quarto libro, Obbligazioni e contratti. Progetto e relazione*, Roma, 1936, 6, art. 23) y en el *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti* de 1927 (Paris, 1929, 180-181, art. 23, que en la *Relazione* no ofrece luces al respecto: cfr. *ibid.*, 42 ss.). En realidad, se trata de una característica que ya la doctrina había deducido de la condición de comerciabilidad puesta por el código de 1865 (cfr. por todos GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., III, 308, 340 ss.), así como sucedió también en Francia (cfr. *supra*, nota 195).

265 Cfr. por todos GABRIELLI, *Loggetto del contratto*, cit., 81 ss., con la bibliografía.

266 Cfr. V. ZENO – ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, en G. ALPA – M. BESSONE (dir.), *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 730 s.

267 Que no significa anular la causa en el objeto, como sustancialmente proponía, bajo el imperio del viejo código, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., III, 510 ss., sino distinguir el rol de cada uno de los requisitos.