

RESEÑA ROMANÍSTICA

A. D'ORS Y M. GARCIA GARRIDO

IN MEMORIAM

Queremos recordar al iniciar esta reseña los nombres de algunos romanistas ilustres que nos han dejado en el pasado año: *Raymond Monier* (5 de octubre de 1956), *Fritz Schulz* (12 de noviembre de 1957), *Siro Solazzi* (30 del mismo mes), *Wesenberg* (6 diciembre 1957), *Chiazzesse* (14 del mismo mes), *Simonius* (24 del mismo mes). [Posteriormente han fallecido. *De Zulueta, Kreller, Riccobono, Taubenschlag, Ambrosino.*] D. e. p.

I. LIBROS

No es difícil que, en nuestro deseo de concentrar nuestra atención sobre los temas que de manera especial parecen haber atraído en los últimos años la de los autores, dejemos de mencionar obras generales, sobre todo aquellas de las que aparecen nuevas ediciones que no alteran esencialmente las anteriores. Quisiéramos no olvidar hoy la tercera edición «interamente rinovata» de las *Istituzioni di Diritto Romano* (Nápoles 1955) de C. SANFILIPPO, la cuarta de *The Elements of Roman Law, with a Translation of the Institutes of Justinian*, de R. W. LEE (Londres 1956), la segunda de la *Römische Rechtsgeschichte* de G. DULCKEIT (Munich 1957) y la séptima «con note aggiunte», de la *Storia del Diritto Romano* (Nápoles 1957) de V. ARANGIO-RUIZ. En las apretadas «aggiunte» (tantas como letras del abecedario y extendidas en otras tantas páginas), Arangio-Ruiz se refiere a la literatura reciente, tomando posición en muchos casos (especialmente interesantes las relativas al origen de la República, la dictadura, concepto de *imperium*, ordenamiento centuriado, origen de la plebe, constitución Antoniniana y sus efectos [424-427], derecho vulgar, etc.). Igualmente conviene tener presentes los «Nachträge» [p. 364-378] que acompañan a la nueva edición de M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Colonia-Graz 1956), también con la literatura reciente.

Como obras nuevas hay que señalar el *Corso di Storia del Diritto Romano* (Roma 1954) de P. FREZZA, así como P. VOCI, *Diritto ereditario romano, II: Parte speciale* (Milán 1956).

Otros dos libros generales, ambos de 1957, tienen distinto carácter: C. A. MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica* (Milán 1957), libro que trata de la sensibilidad histórica de los juristas romanos, de sus enunciaciones programáticas en ese sentido y de ciertas construcciones especiales que aquélla operó a través de la experiencia histórica, así como de la eliminación de referencias históricas en los libros prejustinianos y justinianos; en p. 80, una repulsa un poco sumaria de la calificación de Gayo como distinto de los «clásicos». Por otro lado, H. F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law* (Oxford 1957), obra póstuma, que, como otras obras de estos últimos tiempos, viene a señalar el iter seguido por ciertas ideas romanas hasta servir de base a las modernas legislaciones; se trata aquí de las fuentes del derecho de personas y del de familia. Libro pequeño, pero en que un maestro enseña muchas cosas; muy recomendable a los civilistas.

La nueva edición de los *Basilicos* se ha visto incrementada por un nuevo tomo de «escolios»: H. J. SCHELTEMA y D. HOLWERDA, *Basilicorum libri LX, Series B, vol. III: Scholia in libr. XV-XX* (Gravenhage 1957). La crítica debe tener en cuenta las orientaciones de F. PRINGSHEIM presentadas hace años a la Academia de Prusia y ahora publicadas: *Zum Plan einer neuen Ausgabe des Basiliken* (Berlín 1956).

Para el derecho público [vid. siempre la útil «rassegna» (*La Storia della costituzione romana*) que publica F. SERRAO en *Studi Romani* (1957, 433-445)] presenta alguna utilidad la recopilación de datos, sistemáticamente ordenados, que ha publicado H. SCHNIDER, *Aeltere Quellen zum römischen Staatsrecht* (Winterthur 1955). Una interesante aportación para la historia de *Das Volkstribunat der klassischen Republik* (Munich 1955) ofrece J. BLEICKEN. Contra la idea mommseniana, y en cierto modo común, de que el tribuno de la plebe, incorporado al cuadro constitucional de la República, se convirtió en un como defensor ordinario de los intereses populares, el A. sostiene que, por el contrario, al no poder acomodarse como una magistratura más, por carecer de los poderes de los otros magistrados (*imperium, auspicium, coercitio y iudicatio*), el tribunado hubo de servir a otro poder constitucional: al Senado. Desde el plebiscito Hortensio (287 a. C.) a la crisis de la República con los Gracos (133 a. C.), el tribunado, tanto en su función de rogación legislativa como de intercesión y apelación a los *patres*, como en su competencia de revisión de condenas penales, no habría hecho más que reforzar los intereses del Senado, o, eventualmente, defender la política de una minoría senatorial; sólo en algún caso excepcional como el de Gayo Terencio Varrón o en el del Cayo Flaminio, el único propiamente revolucionario en ese período de siglo y medio, se habría dado una actuación independiente del Senado.

Los estudios sobre procedimiento formulario han sido en-

riquecidos por dos monografías de jóvenes romanistas italianos. F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, trata en una primera parte de la *Translatio iudicii* (Nápoles 1956), siguiendo así su serie de publicaciones sobre la naturaleza de la *litis contestatio* formularia (*Studi Albertario* 1) y la *mors litis* (AG. 1952). La *translatio iudicii* viene configurada como una facultad del demandante —*potestas iudicii transferendi*—, intrínseca ya en la misma *litis contestatio*, a que la condena judicial se refiera, activa o pasivamente, a un sujeto distinto del de la fórmula, siempre que haya intervenido una causa que paraliza el proceso inicial (muerte de uno de los litigantes, nombramiento sobrevenido de *cognitor*, etc). Así, no se trataría en modo alguno de una nueva *litis contestatio*, ni requeriría la rescisión por medio de *restitutio in integrum*. Con todo, la fórmula modificada debía ser aprobada por las dos partes, lo que le daba el carácter convencional similar al de la *litis contestatio*. Consecuente con sus ideas, el A. rechaza, rectamente, la calificación de «contrato» para la *litis contestatio*. Por otro lado, distingue la *datio iudicii* del *iussum iudicandi*, sin insistir en el problema de unidad o no de decreto, a la vez que subsume la *datio iudicis* en el *iussum iudicandi*. La distinción me sigue pareciendo más lógica que acreditada en las fuentes, conforme con la crítica de Carrelli a Wlassak. Después de exponer su punto de vista general, el A. trata especialmente de la *translatio* al heredero, la *cognitoria* y la *translatio a filio in patrem*, así como de otras hipótesis controvertidas, entre ellas la de *mutatio iudicis*, que no constituiría una propia *translatio*. A propósito de FV.317, sobre el que el A. (p. 81ss.) no hace quizá una crítica suficiente, en relación con la *translatio* procuratoria, vid. mis observaciones sobre P. Mich.456 r, en *Emerita* 19 (1951) 10 ss.

A. PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico* (Milan 1956), presenta un estudio de conjunto, y, en consecuencia, dada la extensión del libro (161 páginas de texto), necesariamente elemental, de todas las excepciones, dogmáticamente encuadradas. En una primera parte, el A. repasa los medios de defensa del demandado, desde la primitiva *contravindicatio* (el epígrafe «dalla contravindicatio alla exceptio» resulta quizá excesivamente genético), luego, la aparición y función de la *exceptio* formularia, finalmente la clasificación de los casos. A propósito de las *praescriptiones pro reo* (p. 58ss.), el A. hace hincapié en el hecho de que Modestino todavía hablara de ellas en sus dos obras: el *liber singularis* y (cfr. Dig. 45,1,101, y Lenel, *Paling.* I, p. 723 n. 1) otro en cuatro tomos; de suerte que la presunta desaparición de las mismas y confusión con las excepciones no debería admitirse más que para las provincias. En el problema de esa dúplice obra no podemos entrar aquí (de haber escrito Modestino una obra en varios tomos, el *liber singularis* correría el riesgo de ser muy probablemente un epítome tardío), pero sí conviene prevenir que esas referencias de Modestino no se refieren al procedimiento del *ordo* ni a la fórmula, de cuya aplicación en provincias cabe, por lo demás, tener graves dudas. En general, el A.

parece no considerar suficientemente la realidad del procedimiento *extra ordinem* ya en época clásica.

Una notable aportación a la historia de la fianza supone el libro de I. K. TRIANTAPHYLOPOULOS, *Lex Cicereia* ΕΠΙΥΗΤΙΚΑ I (Atenas 1957), con un amplio resumen en alemán. Aparte una introducción sobre las fianzas, en general, el A. dedica una primera parte a las otras leyes relativas a esa institución y otra a la ley Cicereia concretamente. La gran riqueza de resultados originales a que llega el A. no puede reflejarse en una breve noticia como la de esta Reseña. Indicaremos tan sólo algunos como muestra del gran interés de esta notabilísima monografía: conciliación de la tesis sacral y de la procesal acerca del origen de la *sponsio*; Gayo III, 120 «*peregrinus fideipromissor*» no se refiere a un *colonus Latinus*, sino a un peregrino de Oriente; *sponsor* no se dice del deudor principal, sino sólo del fiador; la *lex Publilia de sponsu*, de mediados del s. IV a. C.; Gayo III 121 a, *sed cum lex Furia tantum in Italia locum habet, evenit ut «inceteris provinciis»...* que produjo una repetición en el 122, puede explicarse: o bien (con Löfstedt) como contaminación del giro «en las otras partes del Imperio», o bien suponiendo que el escritor está en una ciudad de *ius-Italicum*, de la que distingue las que carecen de él (quizá, en mi opinión, sea excesivo querer liberar a Gayo de llamar *provincia* a Italia, como se hace corrientemente a partir del s. IV: Gayo «pre-postclásico!»); la *lex Furia* no obedece a un sentido mercantilista contrario a los actos gratuitos, antes bien facilita las fianzas, tomando el bienio probablemente del derecho griego; la *lex Furia* no es perfecta ni imperfecta, porque no es prohibitiva, sino que establece la sanción de la *manus iniectio ex lege Furia*; Gayo III 123 es un texto perfectamente puro; la *sponsio* no tenía que hacerse *uno actu* con la estipulación principal, ni tenía carácter necesariamente novatorio por hacerse después; la *lex Cicereia* es poco posterior a la *lex Furia* (180 a. C.), pero anterior a la *interpretatio* relativa al momento de la división entre cofiadores; Gayo Cicereyo, cuya biografía puntualiza críticamente el A., no fué probablemente quien propuso la ley, siendo el 173 a. C. *praetor Sardiniae*; *se desconoce el *rogator*.

En relación todavía con el derecho de las garantías personales que-remos mencionar la tesis de J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en Droit Romain* (Nancy 1957). La parte más extensa del libro trata de las formas de intercesión personal y de las estipulaciones de garantía; el A. explica la dificultad formal para incluir el nombre de tercero de una estipulación y los paliativos encontrados para tal dificultad. En el mismo orden de ideas, pero con amplia referencia al derecho común de Pandectas y al derecho civil moderno, se trata de la dificultad del derecho romano para admitir *servidumbres a favor de persona determinada* en el libro de J. M. SONTIS, *Αί περιωρισμένα προδικαστικά δουλείαι* (Atenas 1957).

II. LOS NUEVOS FRAGMENTOS FLORENTINOS DE ULPIANO:
PSI. 1449

La más relevante novedad de este último año en orden a las fuentes ha sido la publicación por V. Arangio-Ruiz, en la serie de los PSI (*Papiri della Società Italiana*, Florencia), vol. XIV, num. 149—tengo a la vista también y cito por ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana*, en *Archivio Giuridico* 22 (1957) 1-2 p. 140-158—de un pequeño trozo de pergamino en letra minúscula datable, dentro de cierta aproximación, en el s. IV, y procedente de Egipto.

El verso del pergamino contiene restos de 13 líneas, que se pueden completar perfectamente, por corresponder al pasaje del lib. 32 *ad edictum* de Ulpiano recogido en Dig. 19,2,15,1 y 2: desde ... [*aut villa no*]n *reficitur*, hasta ... *prae]stare debe[at videamu]s. [E]t refert//*. Este final muestra ya cómo la cita de Servio que aparece en el Digesto (*Servius omnen vim...*) se introducía aquí con otro giro: probablemente, como conjetura Arangio-Ruiz, mediante referencia de un jurista intermediario, quizá Pomponio: [*E]t refert// Pomponius (?) Servium existimasse omnem vim...* Este tipo de supresiones son ya conocidas, incluso en el mismo *ad ed.* de Ulpiano; cfr., en primer lugar, H. J. Wolff, en *Scritti Ferrini* (Milán) IV 64. Otras pequeñas variantes que presenta el verso respecto al paralelo del Digesto son: (l. 6) *pr]aestetur* (corrección de escriba sobre *pr]earetur*), en lugar de *praestatur*; (l.11-12) *hoc nomine aliquid praestare*, donde Dig. omite *hoc nomine*.

Estas pequeñas variantes del texto muestran, sí, que estamos ante un texto algo distinto del compilatorio, pero no presentan especial interés. No ocurre lo mismo con los restos del recto del pergamino. Aquí, además, se conservan dos glosas griegas marginales, lo que muestra el uso escolástico del manuscrito, y da un nuevo valor al pergamino. Dejando aparte estas dos glosas marginales, a las que aludiremos después, el recto nos presenta, en sus líneas 10-14, los siguientes comienzos de línea (el subrayado indica lectura menos segura):

Si servum.[
s. fecero..[
rius scribit[
esse actio[nem
si cus[t]o[

Este fragmento no parece identificable; quizá se trate, como conjetura el A., de la opinión del jurista *Severus Valerius* acerca de que, en caso de fuga de un esclavo, *si custoliendus fuit*, procedía la acción del arrendador: *esse actionem ex locato*. En todo caso, se trata de un pasaje omitido por los compiladores.

El mayor interés del nuevo texto está en las primeras nueve líneas del recto, donde leen los editores:

.g.[... esse actionem ex]
 locato pa[tri eius Iul(ianus)]
 dicit, iniu[riarum a(u)t(em) ne-]
 gat, quia no[n iniuriae fa-]
 ciendae c(ausa) id [fecerit,]
 ser praeci[piendi. Se-]
 d et de Aquil[ia quid sen-]
 tiamus alio [(com)m(en)tario tradi-]
 dimus.

Se trata aquí de Dig. 19, 2, 13, 4, texto que, en la versión compilatoria del libro 32 *ad ed.* precede a poca distancia (se interponen los §§ 5-11 del frag. 13) al otro (h. t. 15), que reproduce el verso del nuevo pergamino, pero que en éste se hallaba a una distancia mucho mayor, lo que prueba las importantes mutilaciones operadas por los compiladores al aprovechar el comentario ulpiano del *edictum de rebus* (no comprendo por qué el A. habla *de rebus «creditis»*; en su *Storia* p. 380 distingue rectamente la *pars de rebus* de la especial *de rebus creditis*, a la que, naturalmente, no pertenece el libro 32). El paralelo es aquí muy aleccionador, pues pone en evidencia las alteraciones de la versión compilatoria, y precisamente en un punto interesante.

La cuestión sobre la que versaba aquí Ulpiano es la del caso presentado por Juliano (lib. 86 *dig.*) del *sutor* que saca un ojo con una horma al aprendiz libre inobediente. El padre del aprendiz puede reclamar del zapatero por la *actio ex locato*, pero no por la *actio iniuriarum*, pues el daño no se hizo por injuriar, sino por disciplina didáctica. Al existir culpa, se piensa si acaso, a pesar de ser la víctima un libre, no se puede dar también la *actio legis Aquililiae*, punto respecto al cual Ulpiano se remite a otro lugar de su obra (¿por qué no: *alio [libro tradi]dimus?*), concretamente al comentario edictal de su libro 18, que precisamente se nos conserva en Dig. 9, 2, 5, 3). El cotejo de estos textos me parece del más alto interés. Reproduzco a continuación, a doble columna, las dos versiones del texto del lib. 32 (a: Frag. Flor., y b: Dig.), separando visualmente sus distintas partes, y al pie de ambos textos el del libro 18:

32a

.....
 esse actionem ex locato patri-
 eius Iulianus dicit

32b

Item Iulianus libro octagesimo
 sexto digestorum scripsit, si su-
 tor puero parum bene facienti
 forma calcei tam vehementer
 cervicem percusserit, ut ei ocu-
 lus effunderetur, ex locato
 esse actionem patri eius

iniuriarum autem negat
quia non iniuriae faciendae
causa id fecerit sed praecipien-
di

sed et de Aquilia quid sentia-
mus alio commentario tradidi-
mus

quamvis enim magistris levis
castigatio concessa sit, tamen
hunc modum non tenuisse

sed et de Aquilia supra dixi-
mus

iniuriarum autem actionem
competere Iulianus negat, quia
non iniuriae faciendae causa
hoc fecerit, sed praecipien-
di

18

Si magister in disciplina vulneravit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum qui luscaverat discipulum in disciplina:

multo magis igitur in occiso idem erit dicendum
proponitur autem apud eum species talis: sutor inquit, puero
discenti ingenuo filio familias parum bene facienti quod demon-
straverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero per-
funderetur.

Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non compe-
tere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monen-
di et docendi causa

an ex locato dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa
est docenti

sed lege Aquilia posse agi non dubito:

(h. t. 7) qua actione patrem consecuturum ait quod minus ex operis filii
sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia quae pro eius cū-
ratione fecerit.

El nuevo texto de Ulpiano (32a) se nos presenta con una estructura
límpida: afirmación de la *a. ex locato*, negación de la *a. iniuriarum* y
reenvío a otro libro (al 18) para la *a. legis Aquiliae*. Una estructura así
puede pertenecer perfectamente al original clásico, y por eso nos parece
acertada la suposición de Arangio-Ruiz de que tenemos ahí un punto se-
guro para delatar las alteraciones de los otros dos textos compilatorios
(32b y 18).

Llama la atención, en primer lugar, que si Jul.-Ulpiano admitían
sin más la *a. legis Aquiliae*, como se dice aparentemente en 18, no se di-
jera así en el 32, sin necesidad de remitir al lector al lib. 18. Este reenvío
más bien hace pensar que se trataba de un punto que no era del todo
claro, y que tenía en el 18 una discusión apropiada, que debía tener pre-
sente el lector antes de adoptar una solución demasiado simplista. Esta
sospecha queda confirmada por la lectura, difícil pero probable, del se-

gundo de los escolios griegos del recto del nuevo pergamino. En el primero de ellos se indica que procede la acción τ]οῦ π *actu* (confusión postclásica entre pacto y contrato!) y no la τῶν *iniuriarum*, lo que resume las dos primeras proposiciones del texto de Ulpiano; pero el segundo escolio dice así:

[E]ν τῷ *Aquilio* τῶν *de iud(iciis)*. Ἐδέξατο δὲ ἐκ τοῦ(του) εἶναι *Aquil* (ιον) οἰῶν(ιλιον)]

Es decir, de ser acertada esta lectura del escolio marginal, la acción dada por Ulpiano en el 18, y recordada a propósito del reenvío que se hacía a tal libro (perteneciente a la *pars de iudiciis*), sería la *a. legis Aquilae utilis*, como ya indicaba el censurado Dig. 9,2,13pr. No se trataría de una acción ficticia, aclara acertadamente Arangio-Ruiz (op. cit. p. 151, nota 19), sino un *a. in factum*. La discusión se ha simplificado, en la versión de 18, mediante una afirmación sin más de la *a. legis Aquilae*. Esto sería obra de los compiladores. Y la conjetura de Arangio Ruiz me parece puede apoyarse en esta consideración general, de que Justiniano tiene un nuevo concepto sobre la terminología de la acción de la ley Aquilia (*Inst.* 4, 3, 16, cfr. Collinet, *Nature des actions* p. 352 ss.), a saber: «directa», cuando el *damnum* es *corpore corpori*, «*utilis*», cuando es *corpori* pero no *corpore*, e «*in factum*» cuando no es ni *corpore* ni *corpori*. La mención de la acción *utilis* (no distinta para el clásico de la *in factum*) en un supuesto de *damnum corpore corpori*, como era el del zapatero, no cuadraba, pues, con el esquema justiniano, y de ahí que a pesar de lo excepcional del caso (el ser la víctima libre y no esclava), los compiladores prefirieran dar la acción directa sin más. Cfr., sin embargo, la *actio utilis* en el citado frag. Dig. 9,2,13 pr.

Por el contrario, el nuevo texto (32a) nos confirma en lo que ya sabíamos (32b) acerca de la indubitable procedencia en el caso propuesto de la *a. ex locato*, lo que aparece mal reflejado en el 18: *an ex locato dubitat*. Evidentemente, esta frase no puede ser de mano ulpiana, pues consta que Ulpiano sabía que Juliano no tenía dudas sobre este punto. Estas dudas parecen proceder, en cambio, de una consideración que vemos introducida en 32b y 18: la que debe admitirse un cierto poder correccional en los maestros de profesiones sobre sus aprendices; este criterio estaría en consonancia con la rígida organización disciplinaria de las profesiones bajo el régimen corporativo del Bajo Imperio, y (observamos por nuestra parte) viene a ser un eco del *modus castigandi* impuesto a los dueños respecto a sus esclavos (Cfr. CTh. 9, 12, 1 y 2, PS. 5, 23, 6; Ep. Gai 1, 3, 1, con las observaciones de De DOMINICIS, *Riflessi di costituzioni imperiali del Basso Impero nelle opere della Giurisprudenza postclassica* (1955) p. 24ss [cfr. una curiosa resonancia de este problema en Ecesvinto LV. 6, 5, 8]). Se trataría de otro elemento insiticio.

Según Arangio-Ruiz, esta alteración se habría realizado en ambos textos del siguiente modo: «surgió en un cierto momento de la larga edad postclásica la cuestión de la conciliabilidad entre procedencia de la ac-

ción contractual y el poder disciplinario correspondiente al *magister*; pareciendo a unos que el haber actuado en ejercicio de tal poder exoneraba al maestro en todo caso, sosteniendo otros que la gravedad de la lesión excluía la exoneración». La interpolación de 32b (*quamvis-non tenuisse*) «fué obra de un defensor de este último punto de vista, el cual, por tanto, quiso mantener la solución clásica contra la nueva tendencia: por el contrario, en un manuscrito del libro 18 cayó la mano de un fautor de la exoneración que en obsequio de la admitida *castigatio* invirtió la solución de los juristas clásicos; salvo que, más tarde, sobre el manuscrito así interpolado se detuvo la atención de otro estudioso, defensor de opinión contraria, y éste observó que el razonamiento de su predecesor habría valido tan sólo si la *castigatio* hubiera sido leve (y a esta tercera mano atribuiríamos, no sólo la palabra *dumtaxat*, justamente tachada, como fuente de confusión, por Riccobono y Albanese, sino también el adjetivo *levis*, que, en boca de un defensor de la exoneración, tendría sabor de ironía). La contradicción entre 18 y 32 se explicaría por pertenecer a dos masas distintas dentro de la compilación justiniana.

Hasta aquí la explicación de Arangio-Ruiz, que no puede negarse es muy ingeniosa. Sin embargo, séame permitido sugerir una posibilidad más sencilla.

Ante todo, quiero llamar la atención sobre el comienzo del fragmento 7 del 18. A mi modo de ver, este giro *qua actione...*; una vez admitida la clara interpolación del inciso *sed lege Aquilia posse agi non dubito*, tiene que referirse directamente a la primera parte del texto, donde se trata de la procedencia de la *a. legis Aquiliae*. Esto quiere decir que hay que eliminar como insiticias las cuatro partes intermedias: 1) *proponitur autem apud eum species talis (!)...*, 2) *dicit igitur Iulianus iniuriarum...*, 3) *an ex locato dubitat...* y 4) *sed lege Aquilia non dubito*. En todo este trozo parece haber un evidente reflejo de 32: el ejemplo que allí se refería, y que Ulpiano no repetía, aquí, ha sido añadido; luego, la negativa de la *a. iniuriarum* y la referencia a la *a. ex locato*. Como todo esto venía a interrumpir el discurso, el interpolador hubo de cerrar el inciso con una nueva afirmación de la *a. legis Aquiliae*, a la que seguía refiriéndose la continuación del texto de Ulpiano (*qua actione...*). Esta interpolación, en mi opinión, sería justiniana; pero la referencia a la supuesta duda de Juliano respecto a la procedencia de la *a. ex locato* se debería simplemente a que en el texto de 32 se había introducido ya la observación pre-justiniana *quamvis enim magistris — non tenuisse*. Esta observación sobre la posible exoneración en caso de *levis castigatio* venía a debilitar, en la mente del lector, la afirmación de Jul.-Ulp. respecto a la procedencia de la acción contractual, y de ahí que, con la tendencia de los justinianos a ver *dubitationes* y *altercationes* de los *veteres*; sobre todo, cuando se habían introducido las contradicciones de los glosemas postclásicos, se llegara a decir que Juliano «dudaba».

Todavía, aunque Ulpiano habla de herida o muerte (*vulneravit servum vel occiderit*), la frase *multo magis igitur in occiso idem erit dicen-*

dum no acaba de ser nítida, pues la mayor intensidad del daño no influye en una mayor adecuación de la acción. Se trataría de un añadido que quizá se pueda atribuir a una mano prejustiniana. Pero con esto llegamos a un punto fundamental: ¿dónde está en esta primera parte la referencia a que la víctima era un libre y no un esclavo, lo que constituía el núcleo de toda la cuestión?

En el texto leemos: *vulneravit servum... y eluscaverat discipulum...* Evidentemente, se hablaba en el texto originario de una víctima libre, pues en la continuación leemos: *qua actione patrem consecuturum... filii sui...* Parece como si en el comienzo del texto se hubiera querido soslayar la cuestión, pues incluso la palabra *discipulus* puede referirse a un esclavo. Así, pues, no es imposible pensar que los compiladores, al alterar el texto para dar la acción directa en vez de la *utilis* que daban Jul.-Ulpiano, han dejado caer alguna referencia que concretaba la hipótesis de ser libre y no esclavo la víctima. Francamente, el punto dudoso parece haber sido desplazado: para el clásico la duda acerca de la procedencia de la acción provenía de ser libre la víctima, pero el reconocimiento de la *levis castigatio* de los maestros (reflejo, como queda dicho, del *modus castigandi* de los dueños de esclavos), aparte hacer posible algunos casos de exoneración, había venido a hacer dudar de si había aquí un culpa extracontractual, que diera lugar a la aplicación de la *lex Aquilia* o simplemente una extralimitación en la obligación contractual. Para este nuevo punto de vista problemático, el que la víctima fuera libre o esclava no importaba demasiado. De ahí que se borrarán las referencias concretas a ser libre la víctima, y de ahí también que, una vez admitida la acción, se diera, sin más reparos, como directa.

Así pues, aunque hemos separado antes como insiticio todo el texto intermedio entre la primera referencia a la *d. l. Aquiliae* y la continuación ulpiana *qua actione...*, debemos admitir, asimismo, que también aquella primera referencia está alterada por mano compilatoria.

El texto 32b no estaría tan profundamente alterado. En él ya hemos señalado como glosa prejustiniana el inciso *quamvis-tenuisse* (propio de fines del siglo IV, probablemente); pero todavía llama la atención que el reenvío al comentario sobre la *a. legis Aquiliae* proceda y no siga (como en 32a) a la negativa de la *a. iniuriarum*, por lo que no me parece excesivo pensar que en un momento imprecisable, quizá al introducirse la glosa anterior, se haya operado la anticipación de esta frase; delata la abreviación su comparación con la forma más amplia y pura de 32a.

Arangio-Ruiz cierra su estudio tomando base en este nuevo documento para afirmar la importancia de las alteraciones en los textos de la jurisprudencia ocurridas antes de Justiniano, pero después de la época de Diocleciano. Con esto reacciona contra cierta tendencia de la romanística alemana a considerar que las ediciones standard quedaron hechas a fines del siglo III (en coincidencia con la reedición de los *volumina* en forma de *codices* y que estas ediciones habrían llegado prácticamente

inalteradas a manos de los compiladores. Toda contraposición de opiniones me parece, en esta difícil materia, altamente provechosa, pues puede evitar teorías excesivamente simplistas. Por mi parte, me inclino a pensar que hay dos momentos de profunda alteración de la tradición librera de la jurisprudencia clásica anteriores a Justiniano: primero, a fines del siglo III, cuando las nuevas ediciones en forma de *codex* (conforme en esto con Wolff y Wieacker), luego, a fines del siglo IV o principios del V, cuando se forman los *corpora* a que se refiere la Ley de Citas. La estratificación de las PS., según Levy (que sigo, salvo en el que él supone estrato C contemporáneo de la *Interpretatio*, que no me parece evidente), señala precisamente esos dos momentos (estratos A y B de Lévy). Así, pues, no me parece imposible que existan alteraciones postdioclecianas-prejustinianas. Sin embargo, no creo que del presente pergamino puedan deducirse datos seguros en un sentido u otro. Es verdad que admitiría, como de estrato B (fin. s. IV. pr. V) algún glosema, tanto en 32b como en 18, pero no tenemos una seguridad absoluta de que 32a, correspondiente al estrato A, sea exactamente el texto de Ulpiano. ¿Podemos estar seguros, por ejemplo, de que Ulpiano, escribía, aquí, como ocurre en otros lugares, «*de Aquilia*» sin más? Hay que tener en cuenta que las alteraciones de estrato A («*standard edition*» de Wolff) son muchas veces imperceptibles, simplificaciones, ligeras vulgarizaciones, que no alteran sustancialmente el texto clásico. Esto es lo que hace posible que se dé esta alteración de los textos clásicos precisamente en la época de Diocleciano, emperador que parece luchar por la conservación de todo lo clásico.

III. E. NARDI, SOBRE LA RETENCION

El nombre de Nardi va inevitablemente vinculado al de un instituto que ha constituido tema central de sus estudios: la *retentio*. Empezó con su libro de 1939 sobre *Ritenzione e pegno Gordiano*; vino luego el amplio artículo *Sulla ritenzione in diritto romano*, en AG. 124 (1940) 165; continuó, después de la guerra, con un estudio (en *Scritti Ferrini* [Milán 1947] 354) sobre el problema de los *Testi in origine relativi alla ritenzione?*, y, simultáneamente, con el I de una serie de *Studi sulla ritenzione in diritto romano: Fonti e casi* (Milán, 1947); serie que, con alguna publicación marginal, como la de *Studi Parmensi* 5(1955) sobre los *Rapporti fra ritenzione, prescrizione e obbligazione naturale in diritto romano e vigente*, se ha cerrado en el pasado año con la publicación del II: *Profilo storico* [el primer cap. (*L'origine della ritenzione*) se reproduce en *Symbolae Taubenschlag* II 217-227] y III: *Dogmatica giustiniana* (Milán 1957). Un esfuerzo de veinte años aplicado al estudio de un instituto merece siempre nuestra especial consideración.

Definida la retención como «posibilidad jurídica de subordinar la devolución o abandono de una cosa no obtenida en garantía a la satisfacción efectiva por la otra parte de una propia pretensión de crédito rela-

cionada con la misma cosa», el A. encuentra el punto de partida histórico, primer caso atestiguado ya en Servio (Dig. 14, 2, 2 pr.), en la retención que se concede a propósito de la liquidación del *iactus mercium* por avería marítima, para cobrar, en trámite de *actio locati*, la indemnización correspondiente por el daño común. Tal retención, inspirada por la práctica del comercio marítimo internacional (*lex Rhodia de iactu*), se habría introducido en Roma merced a la flexibilidad del procedimiento formulario y bajo el signo de la buena fe y la equidad. Pero pronto habría sido ampliada su aplicación en función de garantía para cobro de impensas recuperables por parte del obligado a devolver una cosa a su dueño, es decir, en trámite de reivindicatoria o de interdicto, independientemente, por tanto, de la *bona fides* de la acción y merced ahora a la intervención de una *exceptio doli*.

De este modo surgió la idea de que la *retentio* viene a garantizar un derecho del deudor, un contra-crédito, que puede ser reclamado por una acción, y en tal función se aplicó la retención a supuestos nuevos, en favor del comodatario, depositario, *negotiorum gestor* y mandatario. Estos serían propiamente los únicos casos clásicos. Naturalmente, esto supone, como hace el A., una discrepancia respecto a mi duda sobre la retención del comodatario [según MARRONE, en *SDHI*. 1955, 175ss. éste sería, incluso, el único caso clásico de retención en relaciones obligacionales]. Mi duda se fundaba, siguiendo al mismo Nardi, en la analogía con el *pignus*, donde no hay propia retención y en la aplicación de la idea no clásica del «quasi-pignus», pero, según el A., todavía queda una base para la retención clásica del comodatario en las *causae retinendi* de Dig. 47, 2, 60 59 (*Studi II*, p. 21 n. 10 y p. 99) y en el *ius pensationis* de Dig. 13, 6, 18,4 (*Studi II* p. 78 n. 15), en cambio, en Dig. 47, 2, 15, 2, que está interpolado (*Studi II* p. 38 n. 89 y p. 130 ss.). Este es un punto en el que debo intentar una revisión a fondo, tomando en consideración también la crítica de F. SCHWARZ, en *SZ*. 1954; cfr. *AHDE*. 1956, página 185, n. 6.

El derecho postclásico y justiniano amplió todavía más la aplicación de la retención, que servía de afirmación y tutela de los derechos reclamables por acciones o, en todo caso, como garantía de contrapretensiones. Propia de esta última etapa es la idea de que la retención constituye algo como una prenda legal: un «quasi-pignus», y de ahí que se le conceda carácter de derecho real; defensa de carácter dilatorio, se realiza procesalmente mediante una «*exceptio in rem*».

Los futuros estudios sobre este instituto tendrán que tomar siempre por base esta compacta serie de trabajos publicados por E. Nardi.

A. O.

IV. EL EDICTO DE LOS EDILES CURULES

De gran importancia para el conocimiento del derecho edilicio deben considerarse los recientes estudios sobre las distintas y no fáciles cues-

tiones que sobre la jurisdicción de los ediles curules han venido siendo planteadas. Las aportaciones doctrinales de estos últimos años, aunque no han obedecido a un propósito preconcebido de trabajo conjunto, han contribuido decisivamente a iluminar particulares aspectos, como el origen y funciones de los ediles, el edicto, jurisdicción y acciones edilicias, y la naturaleza de las normas de este derecho, aspectos todos que, complementándose, llevan a una visión o panorama general de esta extensa materia. Los resultados alcanzados, que no pueden considerarse en su mayor parte definitivos, son interesantes, sobre todo, por la rica problemática que plantean y los nuevos horizontes que abren a la investigación.

De los orígenes y primitivas funciones de la magistratura edilicia trata SABBATUCCI, *L'Edilità romana: Magistratura e Sacerdozio*, en *Memorie Accademia Nazionale dei Lincei*, Serie VIII, 6 (1954) 255 ss., que estudia detenidamente las funciones edilicias de *cura ludodum solemnium*, *cura annonae* y *cura urbis* y deduce que los ediles fueron originariamente sacerdotes de una antigua religión plebeya de carácter agrícola que rendía culto a las divinidades agrícolas de *Ceres*, *Liber Libera* y *Flora*. Destaca Sabbatucci—frente a la tesis de Mommsen de que la edilidad romana resulta de la imitación de la agoranomía y astinomía griegas—, que la *cura annonae* fué una de las primitivas funciones religiosas de los ediles, con respecto a la plebe, que tuvo por objeto vigilar el normal desenvolvimiento de la cosecha anual (*annona* significa año agrícola), y que fué a partir del final de la República cuando es reconocida oficialmente esta función y se atribuye a los ediles la administración annonaria de la ciudad.

La monografía de IMPALLOMENI, *L'Editto degli Edili curuli* (Cedam, Padova 1955), tiene el indudable acierto de ofrecer un tratado unitario de los distintos aspectos de la jurisdicción edilicia. En primer lugar, este autor expone los diferentes edictos dados por los ediles curules, *edictum de mancipiis vendundis*, *de iumentis vendundis* y los edictos extraños a la compraventa (*de feriis* y *de castratione puerorum*). Después trata de la génesis histórica del derecho edilicio, señalando que el *ed. de mancipiis vendundis*, el más antiguo de todos, existió ya en el 168 a. C. y desde entonces podía ejercitarse la *actio redhibitoria*, concedida primero por la omisión de los letreros indicadores de los defectos de los esclavos puestos en venta y después por la falta de denuncia de los vicios. El edicto fué enriqueciéndose sucesivamente con nuevas disposiciones y el período de mayor actividad de los ediles es el que va de Varrón a Celio Sabino, en cuyo tiempo puede considerarse completo el edicto. En cuanto al *ed. de iumentis vendundis*, fué dado en tiempo posterior a Cicerón y anterior o coetáneo a Labeón, en cuya época existía ya el *elogium*, que extendía las normas referentes a la obligación de denunciar los vicios a toda clase de *pecora*. No puede determinarse, en cambio, la época en que fueron emanados los otros dos edictos, *de feriis* y *de castratione puerorum*. Estudia a continuación Impallomeni la jur.

dicción edilicia y considera a los ediles como magistrados *sine imperio*, a los que se atribuyeron las funciones de *coercitio* y *iurisdictio*, que siendo independientes del *imperium* tenían su fuente en la ley; al faltar una ley conocida de *iurisdictione aedilium curulium*, el A., siguiendo a Girard y frente a Mommsen, Karlowa y Pugliese, defiende la tesis de una atribución de poderes que, más que por ley, se daría por una usurpación realizada progresivamente sin que los mismos ediles se diesen cuenta al extenderse y transformarse algunos de sus poderes. En un primer tiempo, los ediles habrían conocido, en vía administrativa, de las violaciones a su edicto por las que podían imponer multas, admitiéndose que, en sustitución de ellas y a instancias del comprador, se reintegrase el precio previa devolución del esclavo. Por tanto, a imitación de la *in integrum restitutio* pretoria, y siguiendo el ejemplo del derecho griego, los ediles habían instituido la *actio redhibitoria*, sustituyéndose el pago de la multa por la devolución del precio. Más tarde, considerándose la denuncia del comprador de la contravención al edicto como el ejercicio de una acción privada ante la jurisdicción edilicia, los ediles, como el pretor, delegarían el conocimiento de la controversia a los particulares con especiales instrucciones al respecto; estas instrucciones pudieron fácilmente transformarse en fórmulas, y la amenaza edictal de un procedimiento administrativo en una promesa edictal de una acción penal *in factum*. En cuanto al procedimiento ejecutivo, el A. afirma que el cumplimiento de la orden edilicia cuando se reconoce a los ediles una propia jurisdicción, estaría asegurada por una sanción administrativa consistente en pagar una multa igual al doble del precio. Conforme a esta idea el A. sostiene que en el famoso texto, Gayo, D.21.1.45 la expresión *dupli pretii et accessionis condemnari iubetur* es una alteración justiniana de la originaria *dupli pretii et accessionis multari iubetur*, pretendiendo con ello explicar la referencia en este texto a la condena *in duplum* frente a la condena *in simplum* de otros textos que tratan de la acción redibitoria. En tiempo posterior, el A. conjetura que los ediles obligarían al que perdió el litigio al cumplimiento de la condena usando como medio indirecto la amenaza de la multa del doble, o que, una vez obtenida la sentencia, el vencedor se dirigiría al pretor solicitándole una *missio in bona*. En lo que se refiere a la extensión del edicto a Italia y a las provincias imperiales, el A. afirma que la jurisdicción edilicia se delegó en los dos *aediles municipales* y en los *quattuorviri* que tenían la *aedilicia potestas* y que el edicto venía aplicado a las provincias imperiales *extra ordinem* por funcionarios imperiales. Sigue en la monografía un estudio de las acciones edilicias. El A. trata, en primer lugar de la *actio redhibitoria* estudiando las prestaciones de las partes en el juicio redibitorio y, en especial, los problemas que plantea el resarcimiento de los daños ocasionados al esclavo vendido por un hecho del comprador, o de su sometido o procurador y también los causados al comprador por el esclavo. Respecto al primer punto, el A. afirma que el comprador no podía obtener la restitución sin haber reparado el daño oca-

sionado al esclavo y que, en el caso de que el daño se ocasionase por un *subiectus*, no existía la posibilidad de una *noxae deditio*, basándose en que los ediles, que no tenían *imperium*, no podían hacer operar la redibición *ex tunc*, es decir, a partir de un momento en que el esclavo estaba aún en la potestad del vendedor. En relación con los daños ocasionados al comprador por el esclavo vendido, el A. cree que existieron diversas opiniones de los juristas clásicos. Sabino admitía que la indemnización del daño podía solicitarse también por la misma *actio redhibitoria* y estaría comprendida por ello en la condena; Gayo y Ulpiano habían asegurado al comprador la restitución por un derecho de retención; Juliano afirmaba que el vendedor quedaría liberado de responsabilidad por daños si se negaba a hacerse cargo del esclavo, lo que equivalía a un abandono noxal; y, por último, Paulo, siguiendo a Sabino y a Juliano, sostenía que el vendedor estaba obligado al resarcimiento, pero le concedía claramente un derecho al abandono noxal. En cuanto a la *actio aestimatoria* o *quantum minoris*, el A., siguiendo a Pringsheim y frente a Monier que la atribuye a los compiladores, defiende su origen clásico y afirma que la rúbrica del edicto *de mancipiis* relativa a esta acción fué promulgada lo más tarde al tiempo de Labeón, aunque pudo ser emanada en época anterior. Tratando de las relaciones entre el derecho edilicio y el derecho civil, y de la *actio empti* en funciones de garantía, el A. sigue a la doctrina dominante al sostener que la *actio empti* sería ejercitable en derecho clásico sólo contra el vendedor de mala fe y tenía no a la redibición, sino más propiamente a la reparación del daño. Termina Impallomeni su estudio señalando cómo Justiniano, que ha querido fundir el derecho civil y edilicio en un único sistema, ha atribuido a la acción contractual *ex empto* la antigua función de las acciones edilicias.

Importantes y acertadas observaciones a las conclusiones de Impallomeni hacen PEZZANA, rec. a Impallomeni y Volterra en *Iura* 7 (1956), 249ss., y MEYLAN, rec. a Impallomeni en *Labeo* 2 (1956, 117 ss. Pezzana con respecto al carácter de la jurisdicción edilicia, acepta que los ediles fuesen magistrados *sine imperio*, pero critica la concepción de que el *imperium* tenga un valor meramente formal y destaca que no puede negarse que a todos los magistrados, en cuanto tales, pertenece el poder jurisdiccional, por lo que estima es en este principio donde debe buscarse la explicación histórica y jurídica de la jurisdicción edilicia, considerando equívoco el hablar de usurpación. También en un trabajo reciente sobre los censores, CANCELLI, *Studi sui censori...* (Milano, 1957), p. 55 s., considera a los ediles como magistrados *sine imperio*, pero debe tenerse presente la observación que hace Meylan a Impallomeni de que no puede desecharse a la ligera el importante testimonio de una de las tablas de Herculano, que presenta a los ediles como dotados de *imperium*. En cuanto al fundamento de las acciones edilicias, Pezzana, sosteniendo que el concepto de responsabilidad objetiva que sigue Impallomeni es muy dis-

cutible y equívoco y en él falta una de las características fundamentales, como es la obligación del resarcimiento del daño, afirma que se trata de un caso de error que incide sobre la causa del sinalagma al que los ediles curules dan relevancia, cuando exigen del vendedor un conocimiento de la cosa y una responsabilidad por daño si ésta resulta viciosa, y al conceder contra él una acción de resolución y una acción de reducción del precio mediante la que se restablece el equilibrio entre las dos prestaciones. Con respecto al procedimiento ejecutivo, Pezzana y Meylan rechazan la exégesis de D.21.1.45, ya que no se basa Impallomeni en alguna prueba o base textual. El primero observa que el sistema seguido por los ediles habría sido muy poco eficiente para la tutela de los intereses del comprador que vencía en el litigio, porque la amenaza de la multa no sería en todo caso una sanción eficaz. Meylan duda también de las reconstrucciones textuales del A. con respecto a la responsabilidad por los daños ocasionados al comprador por el esclavo y afirma que el A. tiene por clásicas proposiciones que son, en realidad, muy sospechosas. En relación con la *a. quanti minoris*, Meylan observa que Impallomeni se priva del mejor argumento aducido por Pringsheim para probar la procedencia clásica de esta acción al renunciar a considerar la *a. redhibitoria* en sus orígenes como la sanción de la negativa a concluir la estipulación de garantía de los vicios. En cuanto al régimen justiniano, Pezzana destaca, frente a Impallomeni, que la evolución hacia una agravación de la responsabilidad por vicios se puede encontrar en la tendencia general del mundo postclásico hacia una agravación de la responsabilidad por evicción. Otras interesantes observaciones a Impallomeni hace HUBRECHT en *Latomus* 16 (1957), 395 ss.

VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli*, en *Scritti in on. di U. Borsi* (Padova, 1955), p. 1 ss., trata especialmente de la naturaleza de las normas del Derecho edilicio, cuestión que Impallomeni sólo toca de pasada y que, sin embargo, es de gran importancia en el estudio de la jurisdicción de los ediles curules. Volterra combate la opinión hasta ahora dominante de que el Derecho edilicio fuese sólo una parte del *ius honorarium*, como expresamente se dice en I. 1.2.7: *quod edictum iuris honorarii portio est*. El A. parte en su estudio de la necesidad de explicar cómo en el libro Sirio-Romano de Derecho que contiene, según la hipótesis de Nallino, sólo *ius civile* y *ius novum*, se encuentran varios fragmentos que tratan de la *a. redhibitoria* y concluye que los clásicos no consideraron el derecho edilicio como parte del *ius honorarium*. Fundamental esta conclusión en el hecho de que los juristas clásicos estudiaron el edicto edilicio en las obras dedicadas al *ius civile*, mientras que la afirmación de que el edicto de los ediles curules formase parte del *ius honorarium*, que no se encuentra en ningún texto clásico—en D.1.2.2.12 y 44.7.56.2, que la doctrina considera interpolados, se afirma en sentido general que los edictos de los magistrados forman parte del derecho honorario—se formula en textos justinianos y bizantinos y en el índice del Código Florentino se encuentran comprendidos los libros *ad*

edictum aedilium in curulium, de Ulpiano, Paulo y Gayo, en apéndice a los comentarios al edicto del pretor. Por tanto, para este A. fueron probablemente los compiladores justinianos los que, al reformar el orden de materias, clasifican las normas del Derecho edilicio, que ellos modifican y ponen en relación con las del edicto pretorio, entre las pertenecientes al *ius honorarium*.

Contra la tesis de Volterra y en defensa de la opinión tradicional, se pronuncia GUARINO, *L'Editto edilizio e il diritto onorario*, en *Labeo*, 1 (1955), 295 ss., que afirma que, aparte de que la hipótesis de Nallino no sea del todo acogible, la derivación clásica de I.1.2.7. es evidente y viene confirmada por fuentes clásicas—entre las que incluye D.1.2.2.12—; observa, además, que es necesario tener en cuenta que las materias del edicto edilicio fueron sustancialmente fundidas con las del *ius civile* en edad postclásica. A estas objeciones, VOLTERRA, *Ancora sull'editto degli edili curuli*, en *Iura*, 7 (1956), 141 ss., replica resumiendo sus conclusiones, que estima no fueron valoradas suficientemente por Guarino, y pone de relieve que este A. no consigue encontrar una fuente clásica y genuina que afirme que el edicto edilicio y sus comentarios fuesen clasificados ya en el derecho clásico como una *portio* del *ius honorarium* y que tampoco explica por qué los justinianos habían limitado el concepto del *ius honorarium* al del *ius praetorium*. A este artículo sigue la réplica de GUARINO. *Ancora sull'editto edilizio*, en *Labeo*, 2 (1956), 352 ss., que insiste en sus argumentos y afirma que la tesis de Volterra se basa en un preconcepto inaceptable como es el suponer que la unidad del *ius honorarium* debe suponer unificación de los edictos magistratuales o de sus comentarios, mostrándose decididamente partidario de la doctrina común.

En esta discutida cuestión creemos de interés las observaciones de Pezzana, *rec. cit.*, pp. 254-260, que acepta sustancialmente la tesis de Volterra, admitiendo que los juristas clásicos tuvieron bien presente las diferencias entre derecho pretorio y derecho edilicio y que este último se trataba ampliamente en las obras de derecho civil, y observa que los romanos no consideraron el derecho edilicio como una parte del derecho civil, sino que vieron en él una exteriorización del *ius edicendi*; de otra parte, afirma que, el ser estudiado el derecho edilicio en los comentarios de derecho civil y precisamente en los comentarios a Sabino, depende de razones de conveniencia expositiva y que a través de estos comentarios han pasado las instituciones edilicias al Libro Siro-Romano.

Por último, SERRANO, *La storia della costituzione romana* (Rassegna), II, en *Studi romani*, 5 (1957), 437, afirma que Volterra ha conseguido destacar tanto que el término *ius honorarium* no era, en general, muy usado y a él se prefería la referencia especial al edicto del pretor o de los ediles como que los juristas consideraban distintos los comentarios a los dos edictos y que ninguna fuente permite afirmar que la codificación juliana se extendiese también al edicto de los ediles curules, pero, aun considerando estas conclusiones de mucho interés, destaca que no permiten negar

que el derecho edilicio fuese considerado parte del derecho honario en la concepción romana.

Para terminar, debemos expresar el deseo de que nuevas investigaciones, teniendo en cuenta los distintos puntos de vista y tratando, sobre todo, de poner en relación las múltiples y complejas cuestiones estudiadas, consigan llegar a resultados satisfactorios en esta materia de la jurisdicción edilicia, cuyo conocimiento es base fundamental para el estudio de muchas instituciones.

V. EL SENADOCONSULTO VELEYANO

Del carácter y finalidad del famoso SC. Veleyano, que prohibió la *intercessio pro aliis* de las mujeres, se han ocupado los autores en estudios recientes que tratan de los distintos aspectos de esta prohibición.

Las últimas aportaciones parten de la monografía de Vogt, *Studien zum Senatus consultum Velleianum* (Bonn, 1952). Este A. destaca que la finalidad de esta disposición fué la de prohibir a la mujer actuar en negocios que eran considerados como *virilia officia*, entre los que se incluía la *intercessio*. Siguiendo a Gide y Schulz, el A. señala cómo la prohibición del Senado derivaba de las antiguas concepciones romanas que situaban la esfera de actuación de la mujer no en el Foro, ya que la actividad pública de la mujer es considerada contra el *mos maiorum*, sino en la casa y en la familia. Junto a este fundamento, que es el que aducen los juristas clásicos, el carácter de protección de la disposición basado en la *sexus imbecillitas, infirmitas feminarum* o *periculum rei familiaris*, con que aparece también en las fuentes, debe atribuirse a Justiniano, que lo introducé en los textos como nuevo fundamento, siguiendo su tendencia legislativa de benevolencia hacia la mujer. Si el SC. hubiese sido un precepto protector de los intereses de la mujer no hubiera debido aplicarse en los supuestos en que la mujer no sufría algún perjuicio, ni considerarse si el acreedor tenía o no conocimiento de la intercesión. Estudiando el texto del SC., el A. elimina del fragmento de Ulpiano (D.16.1.2.1) las frases *quod dictum esse* y *arbitrari-servetur*, y considera también como objeto de una interpolación en masa todas las referencias textuales al carácter protector de la prohibición. A continuación trata el A. de los diferentes negocios de intercesión y destaca que, junto a los caracteres objetivos de estos negocios, pueden señalarse dos caracteres subjetivos del acto de intercesión, como son el *animus intercedendi* de la mujer y el conocimiento del acreedor de que la mujer se obliga por ótro, conocimiento que en ciertos casos no sólo era necesario, sino también suficiente para la aplicación de la prohibición. Con respecto a los negocios con intercesión directa, el A., frente a Rotondi, afirma que los juristas romanos habían distinguido, en el caso de que la mujer hubiese garantizado o novado una deuda ajena por medio de persona interpuesta, el *agere in fraudem legis* del *agere contra legem*, concediendo

en el primer caso una *exceptio fraudis SC. factae*. Por último, estudia el A. los negocios excluidos de la prohibición de interceder, señalando que la principal causa de excepción admitida en el derecho clásico era la de que la mujer realizase la intercesión en interés propio, y atribuye a Justiniano otras excepciones, como la establecida en beneficio de aquellos actos que suponen una liberación de dote, la regla sobre la responsabilidad de la mujer que contrata con un menor en el caso de insolvencia del *prior debitor* y también que la mujer hubiese recibido una contraprestación por la *intercessio* o que la renovase, o prestase garantía por ella, dos años más tarde.

TALAMANCA, rec. a Vogt en AG., 142 (1952), 172 ss., afirma que la principal observación que se puede hacer a este A. es la de no haber separado netamente los negocios cuya causa típica supone la asunción de una obligación ajena y que, cuando la mujer los realiza, representan un *agere contra SCum*, y aquellos otros negocios en que el intento de interceder es perseguido indirectamente *in fraudem SCi*. De aquí, observa Talamanca, que el A. haya generalizado indebidamente el requisito del *animus intercedendi* de la mujer, que es específico de los negocios *in fraudem legis*, y, en cuanto al conocimiento del acreedor como requisito, positivo, las fuentes romanas consideran la buena fe del acreedor mejor como un hecho que impide la aplicación de la prohibición.

KRELLER, rec. a Vogt en ZSS., 72 (1955), 401 ss., hace interesantes observaciones a las conclusiones de Vogt, y destaca especialmente que la disposición de excluir a la mujer del *civile officium* de la *intercessio* tenía también un carácter protector, pues debiendo efectuarse la intercesión con la presencia del intercedente podía existir un riesgo personal para éste, contra el que se debía proteger a la mujer, por lo que rechaza la hipótesis de que sea de origen justiniano el carácter protector de la prohibición. Este A. ha vuelto sobre el tema en un trabajo, *Das Verbot der Fraueninterzession von Augustus bis Justinien* (*Anz. der phil.-hist. Klasse der österr. Akad. der Wiss.* 1956), que no hemos podido consultar.

La reciente monografía de MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus consultum Valleianum* (*Forschungen zum röm. Recht. 8 Abhandlung*, Köln-Graz, 1957), intenta una nueva reconstrucción de la prohibición senatorial, que examina en sus diferentes aspectos. Este A. afirma que los textos referentes al SC. son en esencia auténticos y que las partes no genuinas deben atribuirse a reelaboraciones antejustinianas que, más que cambiar la prohibición, han añadido a las decisiones clásicas otros fundamentos o ejemplos. Los compiladores no efectuaron tampoco alteraciones sustanciales y sólo generalizaron las particulares decisiones y eliminaron de los textos las controversias clásicas. En cuanto a la finalidad del SC., afirma que fué la de proteger a la mujer de los especiales peligros que suponían los negocios de intercesión y que este carácter de protección fué siempre tenido en cuenta por el pretor y los juristas clásicos. El Senado pudo tener en cuenta el motivo de que la mujer debía ser excluida de los negocios en interés público, pero este fundamento

sólo fué considerado por los juristas en un segundo plano. Justiniano acentúa especialmente la finalidad de protección a la mujer. A continuación, el A. distingue las obligaciones directas de la mujer, que se comprenden en la protección de intercesión, las obligaciones directas simplemente y las obligaciones indirectas de la mujer, estudiando detenidamente los distintos negocios que a ellas se refieren, y concluye, frente a Vogt, que no puede distinguirse entre los negocios a los que se aplicaba directamente el SC. y aquellos a los que se extendía la prohibición en forma indirecta, porque si es evidente que se tenía en cuenta el conocimiento de la intercesión por parte del acreedor, nada prueba que haya existido una hipótesis de la que resulte un propósito de rodeo para eludir la prohibición. Destaca el A. que la evolución del SC. está orientada hacia una permanente debilitación de la prohibición que servía a los intereses del acreedor, pues éste no debía sufrir perjuicio alguno si nada se le podía reprochar; de otra parte, la atenuación de la prohibición servía a los intereses de la mujer misma, porque la limitación de su ámbito negocial, que resultaba necesariamente como consecuencia de la prohibición, se mantiene en un mínimo posible. Concluye Medicus que el SC. Veleiano ofrece un ejemplo de un precepto cuyo texto es poco claro, pero que ha podido ser conocido mejor gracias a la labor efectuada en su aplicación por el pretor y los jurisconsultos clásicos.

En nuestra monografía sobre el régimen patrimonial de la mujer casada, *Ius Uxorium* (Roma-Madrid, 1958), p. 157 ss., estudiamos la cuestión de la intercesión de la mujer por el marido. Un edicto de Augusto, confirmado después por Claudio (Ulpiano, D.16.1.2 pr.), prohibió especialmente este acto de intercesión por el marido, probablemente como medida complementaria de la legislación imperial en materia de dote. Esta prohibición se extendió después a todo acto de intercesión de la mujer *pro aliis* (en el mismo sentido, *Medicus*, op cit., p. 15), y aunque fué comprendida en el régimen general, los juristas destacaron especialmente el supuesto de intercesión a favor del marido, que, al final de la evolución, vuelve a considerarse con independencia de la prohibición general, ya que Justiniano la declara nula *ipso iure*, salvo prueba de que el acto favorecía también a la mujer.

En cuanto a la cuestión de si el SC. tuvo o no aplicación a las provincias, VAN OVEN, *Le SC. Velleien et le P. Col.* 123, en *Labeo*, 2 (1956), página 85 ss., deduce del hecho de que ningún papiro mencione el SC. ni se encuentre tampoco el título a él relativo en el Código Teodosiano, que la prohibición de intercesión no penetró en las provincias y que cayó en desuso en todas partes en el período postclásico. Sin embargo, ARANGIO RUIZ, en *Gnomon*, 28 (1956), 190, a propósito del quinto rescripto de los *Apokrimata*, de Septimio Severo, que excluía la prohibición (Vid. WESTERMANN-SCHILLER, *Apokrimata*, New York, 1954, p. 17 s.; reseña de Fuenteseca en *AHDE* 26 (1956), 80 ss.), destaca el hecho de que sea recogido en D.16.1.2.3 un rescripto en griego de este emperador que la menciona y que estaba dirigido evidentemente a interesados no romanos, aparte del

indicio que proporciona la frase *feminis omnibus subventum est* (D.16.1.2.1).

VI. «PARAPHERNA»

Los recientes estudios sobre los bienes parafernales parten de la aportación de CASTELLI, *I παράφερνα nei papiri greco-egizii e nelle fonti romane* (Milano 1913), reproducida en *Scritti giuridici* (Milano 1923), páginas 1-94, ya que las conclusiones de este A. acerca del origen de estos bienes en el derecho de los papiros greco-egipcios y de su régimen jurídico tienen todavía actualidad.

GERNER, παράφερνα en *PW, Supplem. VIII* (1956), col. 401-431, y *Beiträge zum Recht der Parapherna (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgechichte, 1954)*, estudia las diversas regulaciones de estos bienes en los derechos antiguos. Comienza por el derecho de los papiros, en el que los *parapherna* consisten en vestidos, objetos de tocador y de adorno, mobiliario, dinero, pero nunca en fundos, y permanecen siendo propiedad de la mujer, que los entrega al marido en goce y administración. A diferencia de la dote, *ferné*, y de una tercera masa de bienes, *prosforá*, integrada por tierras, derechos sobre fundos y esclavos, los bienes parafernales no son objeto de estimación, y cuando ésta se efectúa eventualmente, es siempre *taxationis causa y no venditionis causa*, según la terminología romana ya usada por Castelli; de otra parte, el marido está obligado a devolverlos a la disolución del matrimonio, inmediatamente o en un plazo de treinta o sesenta días. Pese a estas diferencias, el A., considerando que *parapherna* y *ferné* procedan del mismo fundamento económico y modo de formación, concluye que es difícil distinguirlos desde el punto de vista jurídico. En cuanto al origen de estos bienes, el A. admite una recepción del derecho egipcio en el derecho de los papiros griegos, aunque no excluye la posibilidad de que el Derecho griego haya recibido con anterioridad esta institución, que era conocida desde el siglo V en el Oriente próximo. Estudiando después el Derecho griego reafirma su opinión sobre el origen de estos bienes, porque ni en el derecho ático ni en el derecho de las ciudades griegas existe algún testimonio sobre la existencia de los parafernales. Con respecto al Derecho Romano, el A. destaca que el término *parapherna* es susceptible de dos distintos significados en la época imperial: en sentido amplio, designa el conjunto de *res extra dotem*, sobre el que la mujer conserva todos sus derechos, y en sentido estricto se aplica aquellos bienes, comprendidos los fundos, que con motivo o en el transcurso del matrimonio se convenía poner a disposición del marido con fines de custodia o administración. Con el primer significado de *res extra dotem*, en general, se usa este término en una constitución de Teodosio y Valentiniiano del año 450 (CI. 5.14.8) y en la Nov. 97.5 de Justiniano, mientras que en el sentido estricto de parafernales se utiliza en D.23.3.9.3., que considera interpolado, y en una constitución de Justiniano del 530 (CI.5.14.11 pr.). El A. afirma después que estas dos categorías de parafernales se distinguen también en

los libros del Derecho sirio. En cuanto al Derecho común, el A. pone de relieve la distinción de *dos*, *parapherna* y *bona recepticia* y afirma que mientras los parafernales comprenden todos los bienes no dotales, los *bona recepticia* son aquellos sobre los que la mujer se reserva la disposición.

Resumen las conclusiones de Gerner la recención de M.^a TERESA LENGER, en *Tijdschrift* 23 (1955) 359-361, y la breve nota de CALDERINI, en *Aegyptus* 35 (1955) 133.

WOLFF, *Zur Geschichte der Parapherna*, en *ZSS.* 62 (1955) 335-347, afirma que el concepto jurídico de *parapherna* no es muy limitado ni preciso y que la caracterización de estos bienes debe buscarse, más que en la forma jurídica, en su consideración sociológica, y mejor en el Derecho matrimonial que en el derecho puramente patrimonial. El A. critica la distinción entre el sentido amplio y estricto de *parapherna* patrocinado por Gerner, y afirma que en *Cl.5.14.8.* se hace referencia sólo a una aparente generalidad sobre los bienes extradotales, ya que si el legislador ha tomado la concepción griega, ello significa, no que haya querido introducir un nuevo concepto, sino que ha querido referirse, acogiendo la práctica griega, a una determinada clase de bienes en disposición de la mujer; el uso del término en *Nov. 97.5* se refiere a todo el patrimonio de la mujer fuera de la dote, pero en él puede verse sólo un descuidado modo de expresión y no una prueba para una nueva terminología técnica; también en *D.23.3.9.3* se hace una remisión al concepto griego, del mismo Ulpiano o de un glosador, pero en ningún caso expresa un concepto jurídico imperial. De ello deduce el A. que no existen pruebas de que el término *parapherna* hubiese tenido un significado técnico derivado de los documentos en el Derecho imperial y que puede también dudarse de que tuviese un real significado práctico.

En la monografía *Ius Uxorium* cit. p. 31 ss., sostenemos que el régimen jurídico de los *parapherna* del Derecho greco-egipcio penetró en Derecho romano en época clásica tardía y que fué conocido ya por Papiniano, Paulo y Ulpiano, que acudieron, para adaptar esta nueva concepción a las ideas romanas, a la antigua práctica del peculio. De las dos concepciones a las que se hace referencia en el texto de Ulpiano, *D. 23.3.9.3* (sobre la interpretación de este texto vid. *Varia romana* en este mismo *Anuario*), *traditio* e *illatio*, la primera representa probablemente la institución provincial adaptada, mientras la segunda constituye la práctica habitual en Roma. En el régimen de Justiniano, en el que influyen en parte las concepciones helénicas y en parte también el nuevo régimen general de bienes entre cónyuges que el emperador instaura, se distingue entre los bienes extradotales propios de la mujer, y que ella continúa administrando, y los bienes parafernales que ella entrega en administración al marido a efectos de custodia y gestión.

M. G. G.