



**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Editorial Board**

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor  
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor  
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary  
Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra  
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU  
Matthew Mirow, Florida International University  
Andrew Simpson, University of Aberdeen

**Student Editorial Board**

José Franco Chasán (Website Editor and Coordinator), Andrea Andreu Gutiérrez, Pau Cuquerella Miralles, Mar García Peirats, Lucía Gil Esteban, Nicolás Ingo Ivars Obermeier, Pablo Muñoz Martínez

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, Northwestern University; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

**Citation**

Valerio Marotta, "Peripecias de la obligación e identidad de la *res*", *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 11 (2014), pp. 65-84 (available at <http://www.glossae.eu>)

## PERIPECIAS DE LA OBLIGACIÓN E IDENTIDAD DE LA RES

### VICISSITUDES OF OBLIGATION AND THE IDENTITY OF THE RES

Valerio Marotta  
Università di Pavia

#### Resumen

Una *quaestio* de Paulo, transmitida en dos pasajes del *Digesto* (D. 45.1.83.5 y D. 46.3.98.8), trata el caso del esclavo liberado que cae nuevamente en esclavitud. Según el jurista, una *stipulatio* es *inutilis* si alguien estipula respecto de una cosa sagrada o religiosa o de una pública, o de un hombre libre. Tampoco la estipulación puede permanecer en suspenso, porque la cosa pública puede hacerse privada y el hombre libre puede hacerse esclavo. De este modo, a la inversa, aunque una cosa pueda haber sido válidamente estipulada al principio, además, si esto después cae bajo cualquiera de las clases de cosas antes mencionadas, sin la falta del *promissor*, la estipulación se extingue. Tal estipulación, también, como la siguiente, es nula *ab initio*: “*illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?*”. En suma, si la *stipulatio* estuviera ya extinguida, ninguna modificación de circunstancias podría renovarla: “*in perpetuum sublata obligatio restitui non potest*” (D. 46.3.98.8).

#### Abstract

A Paul's *quaestio*, transmitted in two passages of the *Digest* (D. 45.1.83.5 and D. 46.3.98.8), deals with the case of the freed slave who became slave again. According to the jurist, a *stipulatio* is *inutilis* if anyone stipulates for a sacred or a religious thing or for a public thing, or for a freeman. Nor will the stipulation remain in suspense, because the public thing may become private, the freeman may become a slave. So, conversely, although a thing may have been validly stipulated for originally, yet, if it afterwards falls under the class of any of the things before mentioned, without the fault of the *promissor*, the stipulation is extinguished. Such a stipulation, too, as the following, is void *ab initio*: “*illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?*”. In conclusion if the *stipulatio* were once extinguished, no alteration of circumstances would renew it: “*in perpetuum sublata obligatio restitui non potest*” (D. 46.3.98.8).

#### Palabras clave

*res sacrae, res publicae, liber homo*, derecho natural y *ius civile*, *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*

#### Keywords

*res sacrae, res publicae, liber homo*, natural law and *ius civile*, *res in patrimonio* and *res extra patrimonium*.

**Sumario:** 1. Una premisa. 2. Los textos. 3. Dos posiciones confrontadas. 4. *Neque civile neque naturale est*.

#### 1. Una premisa

El método histórico de Yan Thomas podría compendiarse, a mi entender, en dos proposiciones, por otra parte estrechamente conectadas entre sí: no dejarse engañar por la transparencia y el contenido social del documento jurídico y, en un plano distinto, profundizar en primer lugar el estudio de aquellos dispositivos normativos que el sentido común juzga correspondientes a datos naturales y universales y por lo tanto, para la mayoría, completamente obvios. Desde esta perspectiva, no es tarea del historiador del derecho poner al desnudo, a través del derecho y pese al derecho, a los agentes mismos y sus acciones propias, reconstruyendo una transparencia que vería

anulada la distancia entre derecho y realidad, entre normas y hechos, entre representación y presencia. Es esta transparencia, al contrario, lo que el historiador del derecho debe poner en cuestión, buscando, por tal motivo, describir y comprender con la mayor exactitud posible, precisamente esta distancia, haciendo de ésta su principal objeto de estudio. Y todo esto, ciertamente, no para negar que el derecho se relacione con referentes concretos – lo cual sería absurdo –, sino para describir los efectos prácticos de su mediación formal gracias a los cuales el derecho se interpone entre el sujeto y sí mismo y entre la sociedad y sí misma. Para describir, en suma, el trabajo mediante el cual el derecho actúa a su vez sobre estos referentes para transformarlos, así como cualquier técnica social transforma la sociedad a la cual se dirige, pero sobre la cual, al mismo tiempo, opera<sup>1</sup>.

Sobre la base de estas indicaciones metodológicas, se podría profundizar la lectura de un texto – D. 45.1.83.5 (Paul. 72 *ad ed.*) Lenel 798 –, en el cual, más claramente que en otro lado, se observa una asociación que hoy, como ha subrayado Yan Thomas<sup>2</sup>, parece sorprendente. *Res sacrae, religiosae, publicae* y libertad del hombre son todas tomadas en consideración sobre la base de las mismas categorías que disciplinan el régimen de indisponibilidad de las cosas sustraídas al *commercium*: D. 45.1.83.5 *Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor* «Realizo un acto inválido si me hago prometer una cosa sacra o religiosa, o destinada a perpetuidad a uso público, como un foro o una basílica, o también un hombre libre ...»<sup>3</sup>.

Los hombres libres, que debieran la propia libertad al nacimiento o a una *manumissio*, eran rigurosamente indisponibles a los otros. Un principio aparece absolutamente inderogable y se lo funda también sobre la idea de la inestimabilidad: la indisponibilidad, para terceros, de la libertad de un hombre libre. ‘El hombre libre, en efecto, no puede ser estimado en ningún precio’. Pero ¿por qué la libertad del hombre no lo puede ser? No se puede hacer de él el objeto de una promesa, resalta Modestino<sup>4</sup>, porque la *intentio* de la fórmula, en casos como éste, no habría podido ser construida con las palabras *dare oportere*, o sea ‘la propiedad debe ser transferida’. Al mismo tiempo, tampoco una estimación en dinero de tal prestación parecería posible. En otras palabras, el promitente no estaba obligado a transferir la propiedad de este hombre a su acreedor ni a abonarle, en su lugar, el equivalente pecuniario (*pretium*): tampoco el juez habría tenido medio alguno para determinar el valor de esta prestación evidentemente imposible. Modestino compara una promesa, así concebida, con aquellas que tomasen como objeto un esclavo muerto o un terreno ocupado por el enemigo<sup>5</sup>. Para los juristas del segundo y del tercer siglo la indisponibilidad, para terceros, de la libertad era disciplinada por el derecho del mismo modo que aquella de las *res sacrae, religiosae* o *publicae*<sup>6</sup>. En suma, la garantía última, reservada por el derecho a la libertad de los

<sup>1</sup> Una breve y clara exposición de su pensamiento se halla en Thomas, Y., “Présentation”, *Annales Histoire, Sciences Sociales* 57/6, 2002, pp. 1425-1428.

<sup>2</sup> Thomas, Y., “L’indisponibilité de la liberté en droit romain”, *Hypothèses. Travaux de l’École doctorale d’histoire de l’Université Paris I Panthéon-Sorbonne* 10, 2006, pp. 379 ss.

<sup>3</sup> Para el texto cf., *infra*.

<sup>4</sup> D 45.1.103 (Mod. 5 *pand.*) Lenel 115; cf. P.S. 5.1.1.

<sup>5</sup> D 45.1.103 (Mod. 5 *pand.*) Lenel 115: se encuentra aquí el tema de la muerte, bien presente en un texto pomponiano citado *infra*: *manumissio mortis similis est*. Cf. también Gaius 3.97-99, Epit. Gai 2.9.5 y I. 3.19.2

<sup>6</sup> Cf. D. 18.1.4 (Pomp. 9 *ad Sab.*) Lenel 533; D. 11.7.36 (Pomp. 26 *ad Q. Mucium*) Lenel 293; Gaius 3.97-99, (cf. Epit. Gai. 3.9.5); D. 41.3.9 (Gaius 4 *ad ed. prov.*) Lenel 110; D. 18.1.34.1 (Paul. 33 *ad*

hombres, se fundaba sobre un régimen construido del mismo modo que aquel concebido para los *loca sacra, religiosa, sancta y publica*. El hombre libre, al igual que el esclavo, es una *res*: pero, a diferencia del esclavo, él (y, por tanto, su *libertas*) es indisponible para terceros. Cuando Séneca definió al hombre como *sacra res*<sup>7</sup>, aludía quizá al espíritu de la categoría jurídica de las *res quae nullius in bonis [sunt]*<sup>8</sup>.

Ningún procedimiento cierto, ninguna *consecratio*, ninguna *publicatio* se realizaba para proteger el estatuto del hombre libre. Se recurría exclusivamente al expediente tecnico-jurídico de la equiparación: la libertad conquistaba así un fundamento tan sólido como aquel con el cual la ciudad se hacía, de alguna manera, indisponible a sí misma. Los romanos no cultivaron nunca la idea de comparar el estatuto de inalienabilidad de los seres humanos con aquel de las cosas naturales – el mar, los *litora*, el agua corriente y el aire – que eran inapropiables en tanto comunes a todos los hombres. Y, en verdad, tal equiparación nunca fue registrada en las fuentes antiguas, antes de Gregorio de Nisa a finales del s. IV<sup>9</sup>. Hoy, al contrario, estamos todavía muy próximos a este modo de pensar cuando observamos que la libertad del hombre es sagrada. De hecho, ella es concebida como un valor demasiado elevado como para no garantizarla institucionalmente, colocándola, en consecuencia, más allá de cualquier institución humana: se intenta, en otras palabras, inscribirla en una esfera tanto más elevada cuanto más inviolable, bajo la protección de un derecho universal natural o de un derecho querido por Dios. De esta manera – remarca Yan Thomas – pensamos poder tutelarnos contra nosotros mismos, declarando la libertad humana sustraída a nuestro poder. En tanto laicizada, esta concepción ha sido definida por el cristianismo medieval. Este mecanismo está, sin embargo, en las antípodas de aquello que emerge de los textos jurisprudenciales romanos. En el derecho romano se podía pensar que el estatuto de libertad fuese ‘sacro’ de la misma manera en que aquellas cosas que un rito jurídico habría podido convertir en tales o que otro rito habría podido hacer públicas: dos ritos complementarios, entonces, que no reenviaban en modo alguno a una disposición divina o humana en tanto esencias, sino que continuamente asociaban como instituciones, como estatutos, como procedimientos, la pertenencia de una cosa a los dioses o a la ciudad.

## 2. Los textos

D. 45.1.83.5 refiere a un *tractatus*, también transmitido a nosotros en una versión diferente en D. 46.3.98.8, que más de una vez ha capturado el interés de los romanistas, empezando por Cujas en el s. XVI. Es un pasaje sin duda complejo y, junto a los puntos ya puestos en evidencia por Yan Thomas, muchos otros aparecen igualmente relevantes:

*Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis <res> (Momm.) sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri*

---

ed.) Lenel 505; D. 43.1.2.1 (Paul. 63 *ad ed.*) Lenel 745; D. 43.1.2.2 (Paul. 63 *ad ed.*) Lenel 745; cf. D. 17.1.22.6 (Paul 32 *ad ed.*) Lenel 487; D. 43.1.1pr. (Ulp. 67 *ad ed.*) Lenel1459; I. 3.19.2; 3.23.5.

<sup>7</sup> *Ep.* 15.95.33; cf. también 15.95.53.

<sup>8</sup> Cf. Gaius 2.1-11. Es una observación de Thomas, “L’indisponibilité ...”, p. 381, para quien esta extensión era ya conocida en el s. I, mucho antes, entonces, que Gayo y los textos que podemos leer en el Digesto.

<sup>9</sup> *Homilia IV in Ecclesiastem* 2.7.326, 20: cf. Thomas, “L’indisponibilité de la liberté en droit romain”, p. 383.

*potest. nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit. <Celso tamen contra visum est><sup>10</sup> quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit: nam et si navem, quam spopondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. sed haec dissimilia sunt: adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: “illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?” item “eum locum, cum ex sacro religioso profanus esse coeperit, dari?” quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest et ea dumtaxat, quae natura sui possibilis sunt, deducuntur in obligationem. vini autem non speciem, sed genus stipulari videtur et tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur. et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est: nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt. et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit...<sup>11</sup>.*

La noción de imposibilidad sobrevenida de una prestación (a no confundir, desde el punto de vista dogmático, con aquella de la imposibilidad de la prestación intervenida por un hecho imputable al deudor) no encuentra, como tal, algún prototipo en la elaboración conceptual de los juristas romanos. No obstante eso, los tantos problemas, allí implicados, fueron afrontados en más de una ocasión por los jurisconsultos de la época del Principado, como claramente surge, por otro lado, también y sobre todo de D. 45.1.83.5. Es oportuno – pese al riesgo de aburrir al lector – proponer una paráfrasis detallada de este pasaje que se detenga en sus múltiples contenidos.

Se realiza un acto inválido si en él se hace prometer una *res sacra* o *religiosa*, o destinada en perpetuo a uso público, como un foro o una basílica, o también un hombre libre, si bien una cosa sacra puede devenir profana<sup>12</sup>, una cosa destinada a uso público puede ser reconducida a uso privado y un hombre pueda pasar de ser libre a ser esclavo.

<sup>10</sup> Cf. Cuiacius, J., *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligetissime exacta auctiora atque emendatiora. Editio altera Pratensis* II (ex officina Frat. Giachetti, Prato 1859), p. 662; VI (ex officina Frat. Giachetti, Prato 1862) pp. 627-28; cf. Troje, H.E., “*Celso tamen contra visum est*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 122 (2005), pp. 172 ss.

<sup>11</sup> El texto prosigue de esta manera: *hic tractatus etiam ad praetorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur et an eadem res sit, quaeri.* D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.) Lenel 798.

<sup>12</sup> Cf. Macr. *Sat.* 3.3.3 *quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est...* Esta definición fue retomada por el Servius auctus. *Aen.* XII, 779 y por el comentador de Frontón, p. 22 Lachmann. Se puede, sin duda, comparar con D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.) Lenel 798: *sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti*, lo que puntualmente significa que las cosas sacras y públicas pueden retornar a la disponibilidad de los privados, habiendo *reversum*, en tal contexto, el mismo sentido de *conversum* en Trebatius Testa (Macr. *Sat.* 3.3.3 = *de religionibus* Huschke, I, fr. 1 = Bremer I, p. 404 s., n. 2); cf. I. 3.23.5, donde profano es el contrario de sacro y religioso, y privado el contrario de público.

De hecho, incluso con aquel que hubiera prometido de *dare*, o sea de transferir la propiedad de una cosa profana o del esclavo Estico, queda liberado si, sin su intervención, la cosa devino *sacra* o Estico fue manumitido: tampoco es sujeto nuevamente a la obligación si, sobre la base de una ley, la cosa *sacra* se vuelve profana y Estico de persona libre deviene de nuevo esclavo. Celso, sin embargo, expresó una opinión distinta<sup>13</sup>, desde el momento en que tanto la causa de la liberación del *promissor* cuanto la causa de su obligación serían, cada una, una sola y la misma, y esto es, respectivamente, que el *dare* fuera posible o no fuera posible: de hecho – siempre según Celso – si uno hubiera prometido una nave (perteneciente a un tercero) y el propietario la hubiera desarmado y después rearmado con las mismas tablas, en tanto que la nave sigue siendo la misma, el *promissor* volvería a estar obligado. En el mismo sentido<sup>14</sup>, Pedro escribe que se puede también llegar a la siguiente conclusión: si me han hecho prometer cien ánforas del vino que será producido en cierto terreno, debo esperar hasta que el vino haya sido producido; y si, después que hubiera sido producido, se perdiera sin culpa del *promissor*, debo de nuevo esperar que sea producido desde el comienzo y se pueda transferir su propiedad: así, en conformidad con estos casos, la obligación dependiente de la *stipulatio* entrará en latencia o en vigencia. Pero estos casos – señala Paulo – son distintos. De hecho, cuando fue prometido un hombre libre, no se debe pensar en el tiempo en el que pudiera eventualmente ser esclavo, tanto es así que no podría admitirse siquiera esta *stipulatio* de un hombre libre: «¿prometes darme aquel tal, cuando se convierta en esclavo?» y tampoco «¿prometes darme aquel lugar, cuando de sacro o religioso devenga profano?» porque la cosa (que es objeto de estas estipulaciones) no puede ser objeto de obligación en tiempo presente, y solo las cosas que por su naturaleza son posibles deben considerarse tales. Del vino, en cambio, no se estipula la especie sino el género, desde el momento en que la estipulación prevé tácitamente el tiempo. Al contrario un hombre libre está determinado en la especie, y no es ni *civile* ni conforme al derecho natural<sup>15</sup> tomar en consideración las desgracias que puedan abatirse sobre un hombre libre. Los negocios, que podemos realizar correctamente, atañen a las cosas que actualmente pueden ser objeto de nuestro uso o propiedad. En cuanto a la nave – observa Paulo –, si ha sido desarmada para destinar las tablas a un empleo distinto, aun si después, habiendo el propietario cambiado de idea, ella hubiera sido rearmada, la nave ha desaparecido y, en consecuencia, debe considerarse otra la nave ahora existente; pero si todas las tablas fueron separadas para rehacerla desde el inicio, la nave no ha sido todavía eliminada, y, una vez repuestas juntas las tablas, ella es la misma de antes; como las vigas, extraídas de un edificio con el intento de restituirlas, pertenecen siempre al edificio; edificio que sin embargo, una vez demolido hasta al suelo, y aún así, si se reconstruyese empleando el mismo material, será otro edificio.

Antes de leer en detalle D. 46.3.98.8, es necesario afrontar un evidente problema filológico propuesto por el examen de D. 45.1.83.5. ¿Se debe concordar o no con la integración recibida que en verdad, como ha demostrado Hans Erich Troje<sup>16</sup>, no fue concebida originalmente por Cujas? Para formular más claramente esta pregunta: ¿se

---

<sup>13</sup> Esta explícita referencia a Celso, en D. 45.1.83.5, es fruto de una integración. Cf. *supra* nota 10.

<sup>14</sup> Pero esta interpretación de las palabras *pro quo*...no es compartida por muchos estudiosos (cf. *infra* nota 24).

<sup>15</sup> Para la interpretación de las palabras *neque civile neque naturale est* (cf. *infra*).

<sup>16</sup> Troje, “*Celso tamen contra visum est*”, pp. 172 ss.

debe insertar, inmediatamente después de las palabras *et Stichus - effectus sit*, la frase *Celso tamen contra visum est* u otra de análogo contenido?

Sobre este punto es suficiente recoger – pese a las recientes observaciones críticas de Jan Dirk Harke<sup>17</sup>, que no llegan sin embargo, como ha mostrado Dieter Nörr<sup>18</sup> a conclusiones convincentes – aquella que es, desde hace tiempo, la *communis opinio*. Por otra parte, el pensamiento del contradictor, resumido por Paulo en D. 45.1.83.5, sin duda coincide con aquel de Celso, así como ha sido transmitido en D. 46.3.98.8 y en:

*Area legata si inaedificata medio tempore fuerit ac <nunc> (Momm.) rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur. 3. Servus quoque legatus si interim manumittatur et postea servus factus sit, peti potest*<sup>19</sup>.

No tiene mucha importancia que D. 32.79.2-3 se refiera a legados y no a *stipulatio*. La *intentio* de la acción puesta a tutela del *legatum per damnationem*, o sea, en este específico caso, de la formula de la *actio ex testamento certi*, debía reproducir en la definición de la pretensión, además de la ulterior indicación de las palabras *ex testamento*, el tenor de la formula de la *condictio*<sup>20</sup>.

Como ya recordado precedentemente, la *quaestio* examinada por Paulo en D. 46.3.98.8 es, en gran medida, la misma que en D. 45.1.83.5:

D. 46.3.98.8 (Paul. 15 *quaest.*) Lenel 1398 *Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est. respondi, si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor. nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus effectus sit, alius videtur esse. nec simili argumento usus est, ut, si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem navis est, quam te daturum spondidisti, ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse. homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit. diversum dicemus, si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio. area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit.*

<sup>17</sup> Harke, J.D., “Vorübergehende Unmöglichkeit”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 123, 2006, pp. 107 ss., pp. 112 ss.

<sup>18</sup> Nörr, D., “Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, D. Mantovani – A. Schiavone (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, pp. 544 ss. y p. 553 en particular.

<sup>19</sup> D. 32.79.2-3 (Cels. 9 *dig.*) Lenel 161. El vínculo de D. 32.79.2-3 con D. 46.3.98.8 es identificado explícitamente también por Lenel, O., *Palingenesia iuris civilis I* (ex officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae 1889) p. 162, nr. 226 y nt. 1.

<sup>20</sup> Lenel, O., *Edictum perpetuum. Ein Versuch zu einer Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, p. 367 s.; D. Mantovani, *Le formule del processo romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999, p. 48 s. En nuestro caso – si, por ejemplo, si había habido *infinitatio* – la formula se podría, quizá, reconstruir de esta manera: ... *Si paret N. Negidium Aulo Agerio servum Stichum ex testamento dare oportere, qua de re agitur, quanti ea res est tantam pecuniam duplam ... iudex N. Negidium A. Agerio condemnato...*

Se ha prometido un terreno sin edificación a otro. El propietario ha construido allí un edificio de varias plantas. Se ha preguntado si la *stipulatio* ha desaparecido. Paulo propuso la siguiente solución: si se ha prometido a otro un esclavo y éste ha sido manumitido por su propietario, el *promissor* queda liberado de la obligación. Ni se admite – observa Paulo – aquello que sostiene Celso: o sea que si éste, por efecto de alguna ley, ha sido de nuevo esclavizado se lo puede pretender. De hecho, una obligación extinguida en modo definitivo no puede revivir más y si aquel ha sido de nuevo esclavizado, se lo considera otro esclavo. Tampoco Celso, a entender del jurista severiano, se ha beneficiado de un argumento fundado en la analogía<sup>21</sup> diciendo que «si la nave que has prometido, el propietario la hubiera desarmado y, después, la hubiera rearmado con las mismas tablas, tú estás obligado». De hecho, en este caso, la nave es la misma que tú habías prometido de *dare*. En consecuencia, se considera que la obligación ha permanecido en latencia, y no que se extinguió. El caso será en cambio análogo a aquel del esclavo manumitido si se propusiese el ejemplo de una nave que ha sido desarmada con el intento de utilizar las tablas para otros usos y, después, cambiada la idea, las mismas hubieran sido recompuestas. En este caso se considera otra la *posterior navis*, así como aquel que, después de la liberación y la nueva reducción a servidumbre, es otro esclavo. No es similar a estas hipótesis aquella del terreno en el cual se ha puesto un edificio: de hecho no ha cesado de existir en naturaleza. El terreno, precisamente por esto, puede ser pretendido en juicio y se deberá pagar su valor: el *area*, de hecho, es parte de la *insula* y, de esta manera, la más importante, la que es acrecentada por la *superficies* (siguiendo el principio *superficies solo cedit*). De otra manera se deberá decidir si el esclavo prometido ha sido capturado por los enemigos: éste, entretanto, no puede ser pretendido, como si fuese debido a término y este término aún no hubiera expirado. En el caso, sin embargo, de que el *servus* retorne de este lado de los confines, en tal caso podrá ser pretendido, precisamente porque la obligación había entrado en latencia. El terreno, al contrario, está presente, al igual que las otras cosas con las que el edificio fue hecho.

Tres son los juristas protagonistas de este debate, tal como puede ser reconstruido a la luz de D. 45.1.83.5 y de D. 46.3.98.8<sup>22</sup>. En primer plano se destacan las figuras de Julio Paulo, el autor del *tractatus*, y de Juvencio Celso: sus doctrinas, de hecho, constituyen el principal objeto de la polémica del jurista severiano. Más en un segundo plano pero bien visible aparece también Sexto Pedio, autor de *libri ad edictum* que algunos estudiosos ubican en época flavia y otros, en cambio, en la tardo adrianea. Se puede percibir, leyendo estos pasajes, cuál fue el alcance de las divergencias que distanciaban a Paulo de Celso. Resulta arduo, al contrario, establecer cómo se desarrolló el razonamiento de Sexto Pedio y si éste proponía otras reflexiones más allá de aquella sobre el caso de la extinción del objeto de una obligación genérica, o sea del vino producido en el viñedo y en la bodega de un determinado terreno.

---

<sup>21</sup> Sobre este tema finalmente, con específica referencia a D. 46.3.98.8, cf. Mayer-Maly, Th., “Argumentum”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 125, 2008, pp. 273 ss.; remarcable la contribución de Mantello, A., “L’analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici”, *Studi in onore di Remo Martini II*, Milano, 2009, pp. 605 ss.

<sup>22</sup> No se debe olvidar el D. 32.79.2-3 (cf. *supra*).

Las formas empleadas en el *tractatus* paulino, recordando la doctrina de Pedio, plantean, sin duda, un grave problema histórico-exegético: aludo a las palabras “pro quo et illud dici...” El tenor de esta frase parecería dar razón a cuantos sostienen que Pedio vivió después o, como máximo, en los mismos años que Celso. Pero el conjunto de los testimonios, que atañen a este jurista, debe inducirnos a la cautela<sup>23</sup>. Después de todo, las palabras “pro quo” etc.... podrían tal vez traducirse “en el mismo sentido...”<sup>24</sup>.

En un plano general los dos textos paulinos (D. 45.1.83.5 y D. 46.3.98.8) utilizan, para describir las peripecias de la obligación, tres verbos: *extingui*, *cessare*, *valere*. El primero señala que la obligación está de aquí en adelante extinguida (pero es utilizado solo en D. 46.3.98.8); el segundo que la obligación está en latencia (inexigibilidad temporaria); el tercero que la obligación y el derecho retoman vigencia al finalizar la latencia (únicamente en D. 45.1.83.5).

Sobre las consecuencias de la extinción del objeto de una obligación genérica Paulo conviene con Pedio<sup>25</sup>: ... *Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem*. No es posible establecer si, en Pedio, este ejemplo se coordinaba con una sucesiva valoración de los casos del esclavo, objeto de la *stipulatio* liberado en un primer momento y luego reducido de nuevo a servidumbre, y de la nave, desarmada y después reconstruida con las mismas tablas. Ni, menos aún, podemos arriesgar la hipótesis de que sus esfuerzos interpretativos se sirvieron del precedente debate jurisprudencial sobre las estipulaciones condicionales<sup>26</sup>. Sea como sea, Paulo decididamente ha bloqueado el camino a esta posibilidad desde el momento en que, contraponiendo a la del vino las hipótesis del esclavo y de la nave, subraya cómo, en el caso de que fuera prometido un hombre libre, no se debe pensar en el tiempo en el que aquel hombre pudiera, eventualmente, devenir esclavo. Para el jurista severiano no podría siquiera admitirse una *stipulatio* de un hombre libre concebida de este modo: «¿prometes darme aquel tal, cuando se convierta en esclavo?» y tampoco esta otra: «¿prometes darme aquel lugar, cuando de sacro o religioso devenga profano?». De hecho, a su entender, la cosa (prometida con estas

<sup>23</sup> Cf. Giachi, C., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, pp. 1 ss., donde otras referencias.

<sup>24</sup> Así Cannata, C.A., *Corso di Istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino, 2003, pp. 222 ss., p. 226, p. 228 (Paulo habría leído el análisis de Pedio en los libros de Celso) -en esta monografía el autor vuelve a proponer una contribución aparecida en dos diferentes versiones, con los siguientes títulos: “Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la *culpa debitoris* nelle obbligazioni da *stipulatio in dando*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 32, 1966, pp. 63 ss.; *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano*, Milano, 1969-. En sentido contrario Nörr, “Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, *op. cit.*, p. 553: a su entender Pedio habría retomado, desarrollándola ulteriormente, la argumentación celsina. Es necesario, sin embargo, reconocer que si la traducción, propuesta por Cannata, de las palabras *pro quo et illud dici* podría no convencer plenamente, incluso otras, que proceden del presupuesto de que Pedio habría recordado explícitamente la doctrina celsina, pueden dar cabida a dudas asimismo consistentes: “en nombre del cual” o “en lugar del cual”, por ejemplo, serían tentativas de traducción que no darían cuenta adecuadamente del hecho de que, en D. 45.1.83.5, las palabras *Celso tamen contra visum est* no aparecen. En otras palabras, en tal ámbito, toda conjetura presenta amplios márgenes de incertidumbre.

<sup>25</sup> Pero Sexto Pedio – preceda o no, en el tiempo, cónsul ordinario de 129 – debía ciertamente arribar a conclusiones más próximas al pensamiento de Celso que a aquel de Paulo.

<sup>26</sup> Cf., sobre el argumento, Masi, A. *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 11 ss. y Flume, W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn–München–Wien–Zurich, 1990, pp. 120 ss.

estipulaciones) no puede ser objeto de obligación en tiempo presente. Al contrario – observa Paulo – del vino, no se estipula la especie sino el género, y esta estipulación prevé tácitamente el tiempo, a diferencia del hombre libre que, al contrario, está determinado en la especie.

### 3. Dos posiciones confrontadas

Para Paulo una imposibilidad originaria o sucesiva, aquella que está prevista por el *ius*, no puede nunca ser subsanada por una posibilidad sobrevenida en el caso del hombre libre, de la *res sacra* o de la *res publica*.

Resulta oportuno describir solo *per capita* la posición de Paulo, concentrándose exclusivamente sobre los puntos que revelan su contraste con Celso.

Para Celso el caso de la nave, en el caso de ser reconstruida, debe resolverse en el sentido de la reviviscencia de la *obligatio*, prescindiendo de la *mens* del *dominus* al momento de la disolución<sup>27</sup>. Al contrario, según Paulo esta circunstancia – o sea la *mens* del *dominus* de la nave – es decisiva.

Si un esclavo manumitido sufre una nueva reducción a la esclavitud, para Celso se determina una reviviscencia de la *obligatio*. Paulo, al contrario, considera que se trata de un *alius servus*.

Para Celso, mientras el edificio reposa sobre el *area*, no se puede iniciar una acción porque la obligación se extingue. Pero puede producirse su reviviscencia en caso de destrucción del edificio. Paulo, por su parte, considera que el terreno puede ser pretendido en juicio para obtener su valor pecuniario: de hecho no solo es parte del edificio, sino la más importante, respecto del cual también el edificio es cosa accesoría.

Según el entender de Carlo Augusto Cannata<sup>28</sup>, Celso no habría tomado en consideración la distinción (sobre la cual, en cambio, Paulo se concentra) entre extinción e inexigibilidad temporaria (latencia). Él habría admitido solo la primera. La reviviscencia, en el pensamiento del jurista adrianeo, correspondería, en cambio, a una nueva emergencia de la misma *obligatio*. Celso, en otras palabras, no habría distinguido extinción definitiva y temporaria, sino simplemente observado el despliegue objetivo de los eventos, para reflejar solo sobre las peripecias de la *res*: peripecias determinadas por la naturaleza de la cosa o por el *ius*.

He atribuido al pensamiento de Celso, no alejándome, sin embargo, de la *communis opinio*, el contenido de la frase *quoniam – possit*<sup>29</sup>. Para Dieter Nörr<sup>30</sup>, que

<sup>27</sup> Es un caso muchas veces propuesto en el debate filosófico griego a partir del ejemplo de la nave de Teseo: Plut. *Thes.* 23.1; *de communibus notitiis* 1083a; *de sera numinis vindicta* 559b; Arist. *Cat.* 15a, 15-15b 17. Sobre el tema, por sus implicaciones en el plano filosófico y jurídico, Schermaier, M.J., *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, pp. 221 ss., con otros reenvíos a las fuentes. Nuevas, ulteriores indicaciones en Behrends, O., “Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie. Die Rationalität der antiken Rechtssysteme und das romantische Rechtsbild Dieter Nörrs”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 37, 2009, pp. 397 ss.

<sup>28</sup> Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II,1, p. 231.

<sup>29</sup> D. 45.1.83.5 (Paul. 72 *ad ed.*): “No obstante, Celso expresó una opinión distinta, desde el momento en que tanto la causa de la liberación del *promissor* como la causa de su obligación serían, cada una, una sola y la misma, y esto es, respectivamente, que el *dare* fuera posible o no fuera posible”.

repropone una observación ya formulada por Jacques Cujas<sup>31</sup>, el punto de partida de Celso coincidiría con la siguiente observación: única e idéntica es la causa que da lugar tanto al *liberari* cuanto al *obligari*. En suma, el *dari posse* y el *dari non posse* serían los dos aspectos (positivo y negativo) de la *una atque eadem causa*, o sea, de la *stipulatio*. Al contrario, según Carlo Augusto Cannata<sup>32</sup>, la frase debería ser interpretada en modo sensiblemente diferente: una sola y siempre idéntica es la *causa liberandi*, y una sola y siempre idéntica es la *causa obligandi*; y respectivamente que la *res dari non potest* o *dari potest*. Para Celso la extinción genera el *dari non potest* con consecuente liberación, en cualquier caso. Simétricamente la reconstitución determina siempre el *dari potest*, y da, por tanto, lugar a la *obligatio*. Celso confía en el principio de no contradicción. Es o no es: *tertium non datur*<sup>33</sup>.

Para establecer, por ejemplo, si el *promissor* del esclavo está actualmente (o sea *nunc*) todavía obligado a transferir su propiedad, se debe poder decir que él (el *servus*) es el mismo del *tempus praesens* de la *stipulatio (tunc)*.

Un pasaje de Venuleyo Saturnino (un jurista de época antonina) puede, probablemente, contribuir a definir mejor el cuadro en el cual ubicar la posición de Celso. Es de notar, de hecho, que Venuleyo, en el tema de la *stipulatio condicionalis* de *res sacrae, religiosae, publicae*, en función de una posición doctrinal ampliamente compartida –común, entonces, a Paulo y probablemente también al más remarcable Juvencio Celso – utilice una *fictio*. Se finge, en casos como éstos, la imposibilidad natural para motivar la ineficacia de una estipulación bajo condición *contra ius* o ilícita<sup>34</sup>. No es casualidad, por otra parte, que para Paulo el objeto de la *stipulatio sub condicione* deba ser por *natura* posible: a propósito de la hipótesis del hombre prometido bajo condición “si *servus esse coeperit*”, el jurista juega, con la fineza intelectual que le era propia, oscilando, gracias a la ambigüedad del término *natura*, entre existencia natural y licitud natural. Pero, como bien sabía Paulo, no era éste el punto controvertido. Tampoco Celso habría resuelto el problema de estas particulares *stipulationes condicionales* en términos diferentes: también él habría observado, precisamente como Paulo, el tiempo presente. Es Paulo, entonces, quien inserta en su itinerario elementos que, a primera vista, no aparecerían del todo congruentes con el objeto principal de la controversia.

<sup>30</sup> Nörr, “Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, pp. 552 ss.

<sup>31</sup> Cuiacius, *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem* VI, p. 628.

<sup>32</sup> Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II,1, pp. 230 ss.

<sup>33</sup> Aristóteles – es sabido – desarrolló todas las implicancias lógicas de esto (*Metafisica* Δ cc. 3-7, 1005 a – 1012 a; 1005 b part.): “es imposible que la misma cosa pertenezca o no pertenezca a una misma cosa, en el mismo tiempo y al mismo respecto”. Es, sin duda, el principio más evidente de todos.

<sup>34</sup> Cf. D. 45.1.137.6 (Ven. 1 *stip.*) Lenel 53 *Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio*. Sobre el mecanismo de la ficción, en este contexto, Thomas, Y., “*Fictio legis*. L’Empire de la fiction romaine et ses limites médiévales”, *Droits. Revue française de théorie juridique* 21, 1995), p. 58; sobre el pasaje, con una exégesis que he retomado y que comparto, Nörr, “Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, pp. 555 ss.

En suma, estos argumentos podían sin duda sostener las posiciones paulinas, pero no hasta el punto de silenciar todas las eventuales objeciones que fuesen inspiradas por el pensamiento del maestro proculiano.

Precisamente por tal motivo el tema de la identidad de la *res* parece ser y es tan importante en los presupuestos del discurso paulino.

El jurista severiano, en su crítica a Celso, insiste sobre todo en la versión de la *quaestio* transmitida por D. 46.3.98.5: es decir, sobre el requisito de la identidad del objeto, que no subsistiría, a su entender, en la hipótesis del *servus manumissus* – *alius servus* – y, razonando en torno a la *mens* del *dominus*, en aquella de la nave – *alia navis*, cuando su propietario hubiese tenido la intención, desarmándola, de emplear sus tablas para construir otra *res*.

Según Paulo hay causas de eliminación de la cosa estipulada que por sí mismas tienen efecto definitivo.

En la exégesis de estos fragmentos el pensamiento de los juristas no aparece, al menos a primera vista, del todo claro. Es posible que los compiladores justinianos lo hayan recortado radicalmente. Pero no se puede siquiera excluir que ellos propusieran reenvíos solo implícitos a doctrinas precedentes o consolidadas. Por ejemplo, ¿qué significa, en Paulo, la expresión *alius servus*, referida al esclavo manumitido y después nuevamente esclavizado? La posición del jurista severiano deviene inmediatamente comprensible si confrontamos nuestros textos con:

*Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te staret quo minus dares, a domino manumissus sit, haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset, non teneris*<sup>35</sup>.

Como resulta inmediatamente evidente, para Pomponio, la *manumissio* es semejante a la muerte, mientras el mismo Paulo, en otro contexto, define *novus homo* al esclavo liberado y nuevamente esclavizado<sup>36</sup>: la idea de que un cambio de *status* fuera comparable al cambio del *genus* e incluso a la muerte es formulada, en muchos ámbitos, con extrema claridad<sup>37</sup>. El liberto nuevamente esclavizado no es idéntico al esclavo objeto de la *stipulatio*: es necesariamente un *alius*. Se trata, entonces, de una doctrina consolidada, objeto – podríamos presumir –, si más antigua que Pomponio, de las críticas de Celso.

Es quizá superfluo subrayar en este punto, que el caso del esclavo manumitido y luego nuevamente esclavizado ha atraído sin duda, más que los otros, la atención de Paulo. Sin embargo, el argumento, no estrictamente técnico-jurídico (*et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est*), al cual recurre, no puede ser dirigido, como ya se ha observado, contra el punto de partida de Celso. Como máximo, se lo puede utilizar contra los posibles, posteriores desarrollos que

<sup>35</sup> D. 46.3.92pr. (Pomp. 9 *epist.*) Lenel 196.

<sup>36</sup> D. 34.4.27.1 (Paul 21 *quaest.*) Lenel 1410 *Servo legato et inter vivos manumisso si legatum adimatur, nullius momenti ademptio est: igitur legatum, quod ipsi datum est, capiet. nam etsi rursus in servitute ceciderit, non tamen legatum eius resuscitabitur: novus enim videtur homo esse.*

<sup>37</sup> Gaius 3.153; I. 1.16; D. 4.5.11 (Paul. 2 *ad Sab.*) Lenel 1628; D. 1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*) Lenel 1912; I. 1.16.4.

derivan de la profundización del caso propuesto por Pedio: aquel de las ánforas que contienen el vino producido en un mismo terreno. Paulo sabía que el ejemplo pediano podía revelarse insidioso si era empleado para justificar una *stipulatio condicionalis* de este tipo: *illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?* (o sea, la promesa de una cosa futura)<sup>38</sup>.

Resulta oportuno, en este punto, concentrarse todavía un instante en el caso de la nave y el relevamiento de sus peripecias en las argumentaciones de Celso y de Paulo.

Celso había defendido su opinión, a propósito del esclavo liberado y luego nuevamente esclavizado, aduciendo la analogía de la nave desarmada y en seguida reconstruida con el mismo material. Según Paulo – como ya se ha resaltado muchas veces – el ejemplo de la *navis*, introducido por Celso para sostener la posibilidad de demandar en juicio al esclavo manumitido y después nuevamente esclavizado, no es conclusivo desde el momento en que no siempre la nave, deshecha y sucesivamente rearmada, es la misma nave. En el caso de que alguno hubiese prometido transferir la propiedad de una nave de un tercero y éste la hubiese desmontado reduciéndola a una cantidad de tablas, habiéndola después recompuesto, si la recomposición hubiese sucedido con la intención del propietario de destinar las tablas a otro uso (“hac mente...”), la obligación habría debido considerarse definitivamente extinguida; mientras, al contrario, si la embarcación hubiese sido desarmada por el *dominus* con la intención de recomponerla, la nave objeto de la obligación habría sido la misma y, por lo tanto, el acreedor, después de la recomposición, habría tenido de nuevo el derecho de pretenderla. Para Paulo es siempre la actividad voluntaria la que decide si la cosa deviene definitivamente un *aliud*.

Pero, según Dieter Nörr<sup>39</sup>, “ninguno manumite un” *servus* “con la intención de” reducirlo, en seguida, nuevamente a la esclavitud». En suma en esta circunstancia, a diferencia de aquella de la *navis*, la *mens* del *dominus* no tendría relevancia alguna. No creo que se pueda cuestionar seriamente esta afirmación. Pero se podría preguntar si, en la expresión “lege aliqua”, no es posible identificar, aun excluyendo toda alusión al *dominus* que ha efectuado la manumisión, una referencia a la *voluntas* de quien se lo vendió o de otro, precedente en el tiempo, *dante causa*. Es oportuno, en este punto, profundizar el análisis del significado de la expresión “lege aliqua”.

La hipótesis del esclavo manumitido y luego nuevamente esclavizado es sin duda un caso límite (pero las reglas del derecho se ponen a punto precisamente en esas circunstancias): en todo caso no aparece del todo inverosímil, como confirma, por otra parte, también un famoso pasaje de los *Anales* de Tácito<sup>40</sup>.

Más pertinente sin embargo, respecto del episodio relatado por el historiador, me parece la confrontación con otro ejemplo, recordado por Gayo en el primer comentario:

---

<sup>38</sup> Debemos resaltar que Paulo no atiende, en este contexto (pero es del todo explícito en D. 18.1.34.1-2, cf. *infra*), al hecho que la *res futura*, en cuanto objeto de una estipulación, podría ser también una *species*: piénsese, por ejemplo, al *partus ancillae*.

<sup>39</sup> Nörr, “Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, p. 551.

<sup>40</sup> Cf. Tac. *Ann.* 13.26-27. Otras referencias en Nörr, “Alla ricerca...”, p. 546 y nt. 106. Junto a las disposiciones de la *lex Aelia Sentia* (cf. *infra* nota 40), se deben recordar aquellas del *senatusconsultum Claudianum*.

*Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege aut senatus consulto aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur. Quin etiam in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur; et si qui contra ea fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire iubentur ea condicione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant neve umquam manumittantur; et si manumissi fuerint, servi populi Romani esse iubentur. Et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt<sup>41</sup>.*

A los *dediticii* llamados *Aeliani*, o sea a *servi* manumitidos *tanto turpi*, les era prohibida toda posibilidad de acceso a la *civitas Romana*<sup>42</sup>. Se les prohibía incluso permanecer en la Urbe y dentro de cien millas de su *pomerium*: en caso de violación de la prohibición, habrían sido vendidos públicamente junto con sus bienes, con la cláusula de que no sirvieran en Roma y dentro de cien millas de la misma y que no fuesen nunca manumitidos. Donde esto se verificase, éstos no obtenían la ciudadanía y la libertad, sino que devenían *servi populi Romani*.

Pero la expresión *lege aliqua*, como se puede intuir, podría referirse más verosímelmente a una *lex venditionis*, o sea a una *lex mancipii*: ello surge sin duda de la casuística del título 18.7 del Digesto y, en formas todavía más evidentes, de Vat Frg. 6 (Pap. 3 *resp.*) Lenel 471<sup>43</sup>:

*Mulier servam ea lege vendidit, ut, si redisset in eam civitatem, unde placuit exportari, manus iniectio esset. Manente vinculo servitutis si redierit, quae vendidit manum iniciet et ex iure concessio mancipium abducat. post manumissionem autem si redierit, in perpetuam servitutem sub eadem lege publice distrahetur. Quae vendidit si manum iniecerit non liberatae, mancipium retinere poterit ac manumittere; adimi quippe libertatem et publice venditionem ita fieri placuit propter pericula venditorum, qui vel metuentes servis suis offensam vel duritiam possunt paenitendo remittere.*

A mi entender el arco de las hipótesis examinadas por Celso puede circunscribirse dentro de los confines trazados por las *leges venditionis* que, en su momento, habían quizá provisto un modelo a la ley Elia Sencia. En suma, en referencia a estos libertos que, contraviniendo al dispositivo de la *lex venditionis*, hubiesen retornado al lugar de residencia de su antiguo amo, habría sido más bien arduo afirmar, al menos desde tal flanco, que se tratase de *alii homines* o de *alii servi*.

La sanción a ellos infligida por un amo precedente, aunque prevista bajo condición *si redierit in eam civitatem*, no había sido ciertamente anulada por la manumisión.

Al contrario, en Paulo, si bien inexpresada (pero los compiladores podrían haber recortado estos textos), debía encontrar espacio y aplicación indiscutida la doctrina, transmitida a nosotros por Pomponio y, en otro lugar, por el mismo Paulo, por la cual *manumissio morti similis est*. Por otra parte, al centro de los ejemplos propuestos por el

---

<sup>41</sup> 1.26-27

<sup>42</sup> Gaius 1.26. Esto está, sin duda, confirmado también por las reglas que gobiernan la *erroris probatio*: Gaius 1.67-68; Tit. Ulp. 7.4.

<sup>43</sup> Cf. D. 18.7.1 (Ulp. 32 *ad ed.*) Lenel 942: cf. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, p. 895. Sobre el texto Sicari, A., *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, en particular pp. 301 ss.

jurista severiano, en la simetría esclavo manumitido / nave desarmada, no está tanto el problema de la voluntad sino, como se haya puesto en evidencia, aquel de la identidad<sup>44</sup> (como criterio del *posse* o *non posse*). La analogía entre muerte y *manumissio*, si bien – repito – no expresa, permite a Paulo, en D. 46.3.98.8, definir como *alius homo* al esclavo manumitido y luego, *lege aliqua*, devenido nuevamente *servus*. Pero el jurista severiano advierte la insidia que podría esconderse en un replanteo profundizado de los argumentos pedianos. En otras palabras si da cuenta de que, para algunos libertos, los mismos términos de su liberación preveían, en determinadas condiciones, la eventualidad de una nueva esclavización.

Para Paulo, en cualquier caso, falta el requisito de la identidad del objeto, desde el momento en que se trata de un *alius servus* (la *manumissio*, en analogía con la muerte, aniquila al esclavo en cuanto *res venalis* (o *in commercio*); el *homo*, por esto, en el caso de que recaiga en servidumbre, es un otro esclavo). Detrás de su construcción dogmática, que niega la identidad del esclavo, objeto de la *stipulatio*, con el liberto (nuevamente esclavizado), se esconden, sin embargo, profundos valores sociales inherentes a la doctrina de los *status*.

#### 4. *Neque civile neque naturale est*

La frase *et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est* se dirige polémicamente contra la misma eventualidad de prefigurar una *stipulatio condicionalis* de este tipo: *illum, cum servus esse coeperit, dare spondes*, también en el caso en el cual – debemos presumir – la posibilidad de volver a ser esclavo se conecta a una cláusula que lo ha acompañado en todos los sucesivos actos de alienación de los cuales él haya sido objeto. No obstante, no podemos establecer si, para Celso y Pedio, la presencia de cláusulas sancionatorias, como aquellas referidas en Vat. Frg. 6, impidiese de equiparar la manumisión a la muerte. Pero para los *dediticii Aeliani* y aquellos libertos – alienados, antes de la liberación, con dispositivos similares o idénticos a aquellos descritos por el texto de Papiniano – la posibilidad de ser nuevamente esclavizados era inherente en el fondo a su condición. Por esto quizá Paulo contesta toda semejanza con la promesa de cosas futuras con expresiones enfáticas. Pero él, diversamente de cuanto surge del conjunto de las otras argumentaciones utilizadas en D. 45.1.83.5 y en D. 46.3.98.8, motiva su aserción, recurriendo a una noción ético-social<sup>45</sup>: *...et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est...*

*Naturale*, en D. 45.1.83.5, se refiere al concepto de la *ratio naturalis*: su significado es entonces inmediatamente perceptible. El poder evocativo de este término completa y sustituye una motivación dogmática. Es al contrario más elusivo, cuanto menos a una primera, sumaria valoración, el sentido de la expresión *neque civile ... est*.

<sup>44</sup> Se puede sin duda suscribir esta conclusión de Nörr, “Alla ricerca vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, pp. 550 ss. en particular. Cf. también Mantovani, D., *Lessico dell'identità*. en Corbino, A., Humbert, M. & Negri, G. (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010, p. 3 ss., en particular la 30.

<sup>45</sup> Pero es necesario reconocer que una motivación dogmática que no se apoye en el sistema ético tiene un valor insuficiente.

Dieter Nörr, razonando sobre el significado del adjetivo *civile*, instituye una confrontación con D.32.23<sup>46</sup>: esta operación lo induce a concluir que, en el pasaje paulino, la expresión *civile* no indicaría el ordenamiento jurídico, sino en forma coloquial, ella congregaría con lo justo y lo equitativo aquello que *decet*.

En verdad las interpretaciones plausibles de la expresión *neque civile... est* son ciertamente muy numerosas<sup>47</sup>.

Antonio Palma<sup>48</sup> subraya cómo, para Paulo, la moralidad de la estipulación constituía un límite infranqueable a la tutela del elemento causal, al cual, en los otros casos tomados en consideración en D. 45.1.83.5, se muestra, en cambio, atento. El jurista aparecería particularmente sensible a la tutela de una íntima moralidad de los mecanismos jurídicos. En sustancia no se atribuye a la expresión *neque civile... est* un valor específico, sino que se interpreta su sentido en estrecha conexión con el otro elemento de la misma locución: *neque naturale ...*

Max Kaser<sup>49</sup> remarca que, en este texto, la antítesis *civilis – naturalis* asume un significado específico. La estipulación que tiene por objeto a un hombre libre, si bien condicionada por la eventualidad que éste deviniera esclavo, es inmoral porque contraviene, especulando sobre la posible pérdida de su libertad, a la dignidad humana

---

<sup>46</sup> (Paul. 5 sent.) *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare inverecundum est: decet enim tantae maiestati eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur*. Cf., en argumento, Nörr, “Alla ricerca vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)”, p. 556.

<sup>47</sup> Y todo esto, sin siquiera concentrarse en las conjeturas de la historiografía interpolacionista. Aludo, en particular, a las contribuciones de Beseler, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I, Tübingen, 1910, 111, II, 17; “Miszellen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 45, 1925, p. 451; “*Et ideo – Declarare- Hic*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 51, 1931, p. 81; “Textkritische Studien”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 53, 1933, p. 44, y de Martino, F. de, “*Navis eadem navis-specificatio*”, artículo de 1937, que cito por *id.*, *Diritto privato e società romana*, Roma, 1982, pp. 53 ss., pp. 55 ss., p. 60 en particular (= *Diritto Economia e Società nel mondo romano*, con una nota de lectura de D’Ippolito, F., *Diritto privato* I, Napoli, 1995, pp. 55 ss., p. 59, en particular), que han condenado sin apelación estos textos. Francesco de Martino, además de emplear los argumentos estilísticos acostumbrados de las investigaciones interpolacionistas de aquel tiempo, ha juzgado no genuinos D. 45.1.83.5 y D. 46.3.98.8 también sobre la base de una confrontación de contenidos con D. 7.4.10.7 (Ulp. 17 *ad Sab.*) Lenel 2555. Es necesario poner de relieve, sin concentrarse en presupuestos historiográficos que transforman a menudo a los compiladores en incorregibles desorganizados, cómo la nave es relevante, en D. 45.1.83.5, a diferencia de cuanto sucede en el texto ulpiano transmitido por D. 7.4.10.7, en tanto es objeto de una relación de naturaleza obligatoria. En el caso de la propiedad y de los derechos reales fraccionarios el ordenamiento y, en consecuencia, los juristas deben proponer reglas que respeten la exigencia de la certeza del derecho (en esta específica circunstancia [D. 7.4.10.7], es necesario determinar si y cuándo se extingue el *usus fructus legatus* [porque concierne a este tema, según la reconstrucción palingenética de Lenel, D. 7.4.10.7]). A la inversa, en el caso en el que el mismo bien, la nave por ejemplo, fuera el objeto de una prestación deducida en obligación, no es únicamente relevante determinar la identidad material del bien mismo, cuanto, más bien, establecer si la prestación, de la cual el bien en cuestión es objeto, es o no posible. En el fondo el derecho de las obligaciones opera prioritariamente en función de la exigencia de justicia: para este tema cf. Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II.1, pp. 16 ss. Desde este punto de vista creo que se deban recordar las conclusiones recientemente formuladas por Nörr, “*Exempla nihil per se valent*. Bemerkungen zu Paul. 15 *quaest.* D. 46.3.98.8; 72 *ad ed.* D. 45.1.83.5”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 126, 2009, pp. 1 ss., pp. 50-54, en particular.

<sup>48</sup> Palma, A., “Vicende della res e permanenza della causa”, *Sodalitas (Scritti A. Guarino)* III, Napoli, 1984, pp. 1489 ss.; “Civile, incivile, civiliter, inciviliter. Contributo allo studio del lessico giuridico romano”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 12, 1983-1984, p. 265.

<sup>49</sup> Kaser, M., *Ius gentium*, Wien–Köln–Weimar, 1993, p. 82.

sea en el caso de un *civis Romanus* (*neque civile*), sea en el caso de cualquier otro hombre (*neque naturale*).

Carlo Augusto Cannata traduce, de este modo, la frase *neque civile neque naturale est* : «no conforme al derecho ni a la naturaleza». En *civilis*, por tanto, deberemos captar una referencia a la noción de *ius civile*<sup>50</sup>: a mi entender esta interpretación podría iluminar otros casos en la compilación justiniana<sup>51</sup>.

Por otra parte, si se prefiere seguir el itinerario indicado por Max Kaser, *civilis* puede asumir, en tal contexto, matices de significado sensiblemente diferentes: en el caso de un *civis Romanus*, el *neque civile* debería (o mejor) podría ser referido al plano eminentemente político del *detrimentum rei publicae* que se determinaría en el caso en que un *civis* fuera reducido a la esclavitud. En los juristas de época severiana se registra todavía, por otra parte, la identificación, en sustancial continuidad con la tradición republicana, entre *res publica* y síntesis concreta de sus elementos personales, es decir, el conjunto de los *cives Romani*<sup>52</sup>. Pero a *civilis*, desde otro flanco (siempre permaneciendo, sin embargo, en el cuadro de la solución kaseriana), podría también atribuirse una acepción ulterior. En latín, a partir del s. IV, términos como *civilis* o *civilitas* indican frecuentemente, si referidos al emperador y a sus virtudes, valores como la *urbanitas* y, sobre todo, la sociabilidad. En realidad esta ampliación de significado es relevante ya en la prosa del s. II d.C. En una carta escrita por Antonino Pio, pero transmitida a nosotros por el epistolario de Frontón, se elogia el arte oratoria del rétor de Cirta con estas palabras: *Nihil istis sensibus validius, nihil elocutione, salva sanitate tamen, civilius*, que yo traduciría así: “nada más fuerte que estos sentimientos, nada más sociable que este estilo, que sin embargo conserva intacta su pureza”<sup>53</sup>. *Civilis* connota, entonces, una virtud social: la capacidad de evitar comportamientos signados por el desapego y la presuntuosidad. Si se pudiese captar en D. 45.1.83.5 un significado análogo, entonces esta expresión se colocaría en el mismo plano de valores definido por

<sup>50</sup> Corso di Istituzioni di diritto romano II,1, pp. 226 y 231. En este sentido, por último, también Nörr, “*Exempla nihil per se valent. Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5*”, p. 41.

<sup>51</sup> Se trata una conclusión plausible, aunque, como es obvio, controvertida. Ciertamente en *civilis* (*civile*) se individualiza una referencia al *ius* fruto de la actividad interpretativa de los *prudentes* (*ius civile* D. 1.2.2.5 Lenel 178 Pomp. *l.s. ench. sed communi nomine appellatur ius civile* – D. 1.2.2.39 Lenel 178 Pomp. *l.s. ench. Post hos fuerunt ... qui fundaverunt ius civile*). Un pasaje de Ulpiano provee, sin embargo, un ejemplo todavía más pertinente: D. 34.1.14pr.-1 (Ulp. 2 *fideic.*) Lenel 1867 *Mela ait, si puero vel puellae alimenta relinquuntur, usque ad pubertatem deberi. sed hoc verum non est: tamdiu enim debetur, donec testator voluit, aut, si non paret quid sentiat, per totum tempus vitae debentur. Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquuntur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciatur Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartum decimum annum alantur, et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse imperator noster rescripsit. sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum non est incivile*. Pero la observación de Ulpiano podría también tener una valencia más neutra y aludir, genericamente, a la tradición de la *civitas*. Sobre el texto, por los aspectos que nos atañen más cercanamente, cf. el detallado análisis de Tafaro, S., *Pubes e viripotens nella esperienza giuridica romana*, Bari, 1988, pp. 200 ss. de la expresión *incivile*; indicaciones también en Palma, “Civile, incivile civiliter, inciviliter. Contributo allo studio del lessico giuridico romano”, pp. 266 ss. Desde otro lado, téngase presente la convincente exégesis de Mainino, G., “La Tabula Alimentaria di Veleia fra politica, diritto ed evergetismo: problemi e prospettive”, *Archivio Storico per le Province Parmensi* 4<sup>a</sup> s. 44, 1992, pp. 7 ss.

<sup>52</sup> Con específica referencia al contenido de D. 49.15.21.1 (Ulp. 5 *opin.*) Lenel 2343, cf. sobre el punto Marotta, V., *Ulpiano e l'Impero* I, Napoli, 2000, pp. 99-110.

<sup>53</sup> *Ad Ant. Pium* 2 – Van den Hout<sup>2</sup> 156-157.7.

la locución *naturalis*, porque, aunque sea en el cuadro de las relaciones referibles a la pertenencia a una única *civitas*, aludiría a la benévola disposición que todo *civis* debe nutrir hacia sus conciudadanos. El vínculo de la solidaridad política (en el significado antiguo de la expresión) impediría nutrir sentimientos no amigables en relación a los conciudadanos y pensar solo en sí mismos.

Valor y significado de la expresión *neque naturale est* pueden ser definidos todavía mejor gracias a la comparación con algunos textos del mismo Paulo o de época severiana<sup>54</sup>. Particularmente interesante aparece:

*Omnium rerum, quas quis habere vel possedere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: "cum servus erit", quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus expectare*<sup>55</sup>.

Confróntese el *neque naturale est* de D. 45.1.83.5 con el *nec enim fas est ...* de D. 18.1.34.1-2. Este último pasaje propone una evidente conexión con:

*Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse*<sup>56</sup>.

Se insiste, en el texto de Florentino, sobre la identificación del lazo social con la parentela natural<sup>57</sup>. Parece evidente la referencia a la noción de *oikeiōsis* o, mejor, a la así llamada *oikeiōsis* social<sup>58</sup>: esta última, a diferencia de la estrecha *oikeiōsis pròs eautó* que ignora cualquier instinto social, no limita al hombre, así como cualquier otro animal, al amor exclusivo hacía sí mismo y los propios hijos. El hombre, al contrario, precisamente porque es un ser racional, supera los confines de la sociedad familiar, para establecer una relación con la humanidad entera<sup>59</sup>. Existe entonces, entre los hombres, un vínculo que deriva no de la utilidad, sino de la recíproca benevolencia, un vínculo que halla en la amistad su expresión más alta<sup>60</sup>. Ambos textos (de Paulo y de Florentino) sancionan toda violación de esta disposición dictada por la *natura* definiéndola *nefas*, es decir, contrastante con el *fas*. Es *nefas*, o contra el *fas*, cualquier comportamiento, violento o no, orientado no solo a dañar a un semejante sino también dispuesto, incluso, a postular una eventual desventura. Un hombre libre no puede ser considerado como un esclavo en potencia. Por otra parte, solamente una *adversa fortuna*, un enésimo revés

<sup>54</sup> Pero también cf. C.7.51.3 Honor. et Theodos. AS. Asclepiodoto PP. *Terminato transactoque negotio posthac nulli actio neque ex rescripto super sumptuum repetitione praestetur, nisi iudex, qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis iuridica pronuntiatione signaverit victori causae restitui debere expensas aut super his querellam iure competere. post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est litem alteram consurgere ex litis primae materia.* <a 423 d.Iii k.April.Constantinopoli Asclepiodoto et Mariniano cons.>

<sup>55</sup> D. 18.1.34.1-2 (Paul. 33 *ad ed.*) Lenel 505.

<sup>56</sup> D. 1.1.3 (Florent. 1 *inst.*) Lenel 1.

<sup>57</sup> Querzoli, S., *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle Institutiones*, Napoli, 1996, pp. 134 ss. en particular. Menos significativa aparece esta referencia en C. 7.3.3 (a. 423) = CTh. 4.18.2.

<sup>58</sup> Cf. Cic. *de off.* 1.11.

<sup>59</sup> Cic. *de fin.* 3.65; *de off.* 1.153; Diog. L. 7.123.

<sup>60</sup> Cic. *de fin.* 3.63; 3.68. Sobre estos textos y aquellos citados en las notas 53 y 54, cf. Marotta, V., "Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones ulpianee", Mantovani, D. & Schiavone, A. (eds.), *Testi e problemi...*, pp. 597 ss.

radical de la suerte puede hacer sí que un liberto sea nuevamente reducido a la esclavitud<sup>61</sup>.

La *ratio decidendi*, que ha determinado a Paulo a recorrer un itinerario opuesto a aquel seguido por Celso induciéndolo, en consecuencia, a excluir la reviviscencia de la obligación en caso del esclavo manumitido nuevamente esclavizado, no es ciertamente reconocible en las palabras *et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est*. Debemos dirigirnos, más bien, a la analogía registrable, sobre la base de una doctrina transmitida hasta nosotros por Pomponio y por el mismo Paulo, entre *manumissio* y *mors*. Un indicio en este sentido surge también del cuidado que el jurista pone en discutir la lectura celsina del caso de la *navis* desmontada y luego rearmada. Una nave desarmada para utilizar su madera para otros fines, si es reconstruida, no será, en base a tal consideración de la *mens* del *dominus*, la misma nave sino otra.

Se nos escapan, al contrario, los motivos que han inducido a Paulo a emplear en el pasaje transmitido a nosotros por D. 18.1.34.1 las palabras *nec enim fas est* – en lugar de la expresión *neque civile neque naturale est*, utilizada en D. 45.1.83.5. Mediante el uso de la locución predicativa *nefas est* (*nec fas*), utilizada para valorar la conformidad de toda acción, de todo comportamiento a la norma religiosa, el jurista, en tal circunstancia, ha referido quizá a dos significados contiguos, pero distintos: “no es lícito” / “no es posible”<sup>62</sup>. En caso de aceptar la segunda solución, Paulo habría incluso negado, a causa de estas premisas, que se pudiese concebir un acto obligatorio (una *stipulatio*) completado por la cláusula “*cum servus erit*”. Pero yo me inclinaría por la primera solución: el jurista, actuando así, habría pretendido definir una ilicitud de carácter distintivamente ético, o, mejor, ético-social: la contrariedad de ciertas cuestiones respecto de los principios de la *naturalis ratio*, de los *mores civitatis* y de los *boni mores*. El discernimiento ético, en este caso, no es reconocible tanto en el genérico someterse a las leyes de la *natura* (una idea muy lejana, por otra parte, de las concepciones de los juristas romanos), cuanto, más bien, en la así llamada *oikeiōsis* social que engloba hombres y dioses en una única comunidad y, al mismo tiempo, en los valores de la *civilitas* y, quizá, en los principios del mismo *ius civile*.

## Apéndice bibliográfico

Behrends, O., “Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie. Die rationalität der antike Rechtssysteme und das romantische Rechtsbild Dieter Nörrs”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 37 (2009).

Beseler, G., “*Et ideo – Declarare- Hic*”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 51 (1931).

<sup>61</sup> De notable interés, en D. 45.1.83.5, también la expresión *adversa fortuna*. En la Cena de Trimalción, los comensales dan un gran papel a la *fortuna* (o a la *sors*): la mala suerte conduce a la esclavitud y la fortuna a la liberación: Petr. *Sat.* 71, pero también cf. 54-55. En la pseudo-quintiliana *decl.* XIII p. 273 H. se leen las palabras *taceo de servis quos bellorum iniquitas in praedam victoribus dedit, isdem legibus, eadem forma, eadem necessitate natos. Ex eodem caelo spiritum trahunt, nec natura vilis sed fortuna dominum dedit ...* “Callo sobre los esclavos que la iniquidad de las guerras ha dado como botín a los vencedores, si bien nacieron con las mismas leyes, el mismo aspecto, el mismo destino; ellos traen el espíritu del mismo cielo y no la naturaleza sino la suerte les dio un amo”: sobre el texto (y su traducción) Mantovani, D., “I giuristi, il retore e le api. *Ius controversum* e natura nella *Declamatio XIII*”, Mantovani, D. & Schiavone, A. (eds.), *Testi e problemi...*, pp. 323 ss.

<sup>62</sup> Sobre el punto Cipriano, P., *Fas e Nefas*, Roma 1978, pp. 35 ss.

- Beseler, G., "Miscellen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 45 (1925).
- Beseler, G., "Textkritische Studien", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 53 (1933).
- Beseler, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, Tübingen, 1910.
- Cannata, C.A., "Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la *culpa debitoris* nelle obbligazioni da *stipulatio in dando*", *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 32 (1966).
- Cannata, C.A., *Corso di Istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino, 2003.
- Cannata, C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano*, Milano, 1969.
- Cipriano, P., *Fas e Nefas*, Roma 1978.
- D. Mantovani, *Le formule del processo romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999.
- D'Ippolito, F., *Diritto privato I*, Napoli, 1995.
- Flume, W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990.
- Giachi, C., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005.
- Harke, J.D., "Vorübergehende Unmöglichkeit", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 123 (2006).
- Kaser, M., *Ius gentium*, Wien-Köln-Weimar, 1993.
- Lenel, O., *Edictum perpetuum. Ein Versuch zu einer Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927.
- Lenel, O., *Palingenesia iuris civilis I*, Leipzig, 1889.
- Mainino, G., "La Tabula Alimentaria di Veleia fra politica, diritto ed evergetismo: problemi e prospettive", *Archivio Storico per le Province Parmensi* 4<sup>a</sup> s. 44 (1992).
- Mantello, A., "L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici", *Studi in onore di Remo Martini II*, Milano, 2009.
- Mantovani, D., "I giuristi, il retore e le api. *Ius controversum* e natura nella *Declamatio XIII*", Mantovani, D. & Schiavone, A. (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007.
- Mantovani, D., *Lessico dell'identità*. in Corbino, A., Humbert, M. & Negri, G. (eds.), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010.
- Marotta, V., "*Iustitia, vera philosophia* e natura. Una nota sulle *Institutiones ulpianee*", Mantovani, D. & Schiavone, A. (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, pp. 563-601.
- Marotta, V., *Ulpiano e l'Impero I*, Napoli, 2000.
- Martino, F. de, "*Navis eadem navis-specificatio*", *Diritto privato e società romana*, Roma, 1982,
- Masi, A. *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966.
- Mayer-Maly, Th., "Argumentum", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 125 (2008).
- Nörr, "Exempla nihil per se valent. Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 126 (2009).
- Nörr, D., "Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)", D. Mantovani – A. Schiavone (eds.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007.
- Palma, A., "Civile, incivile, civiliter, inciviliter. Contributo allo studio del lessico giuridico romano", *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 12 (1983-1984).
- Palma, A., "Vicende della res e permanenza della causa", *Sodalitas (Scritti A. Guarino) III*, Napoli, 1984.
- Querzoli, S., *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle Institutiones*, Napoli, 1996.
- Schermaier, M.J., *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992.
- Tafaro, S., *Pubes e viripotens nella esperienza giuridica romana*, Bari, 1988.
- Thomas, Y., "*Fictio legis*. L'Empire de la fiction romaine et ses limites médiévales", *Droits. Revue française de théorie juridique* 21 (1995).
- Thomas, Y., "L'indisponibilité de la liberté en droit romain", *Hypothèses. Travaux de l'École doctorale d'histoire de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne* 10 (2006).
- Thomas, Y., "Présentation", *Annales Histoire, Sciences Sociales* 57/6 (2002), pp. 1425-1428.
- Troje, H.E., "Celso tamen contra visum est", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte R. A.* 122 (2005).